

İNTERNET ORTAMINDA
YAPILAN YAYINLARIN
DÜZENLENMESİNE
İLİŞKİN 30.11.2007
TARİHLİ YÖNETMELİĞİN
11 VE 19. MADDELERİ
ANAYASAYA AYKIRIDIR

Doç. Dr. Tuğrul KATOĞLU*

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim dalı öğretim üyesi.

GİRİŞ

5 651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8 ve 9. maddelerinde, internet ortamında yapılan bazı yayınlara erişimin engellenmesi ile kişilerin haklarını ihlal eden yayın içeriğinin kaldırılması kararlarının yerine getirilmemesi fiilleri suç olarak tanımlanmış ve ceza müeyyidesi öngörülmüştür.

5651 sayılı Kanun'un uygulanmasına ilişkin 30.11.2007 tarihli Yönetmelik'te de aynı fiiller ayrıca suç olarak tanımlanmış, Kanun ile öngörülen ceza müeyyidelerine de bir kez daha yer verilmiştir.

Bu çalışmada, söz konusu yönetmeliğin anılan ceza hükümlerinin anayasaya aykırılığı üzerinde durulacaktır. 5651 sayılı Kanun ve bu kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmeliğin anayasaya aykırı olması ihtimali bulunan diğer hükümleri bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

1. 5651 SAYILI İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARIN DÜZENLENMESİ VE BU YAYINLAR YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARLA MÜCADELE EDİLMESİ HAKKINDA KANUN'DA ÖNGÖRÜLEN CEZA HÜKÜMLERİ

5651 sayılı Kanun'un dikkate değer ceza hükümleri, erişimin engellenmesi, içeriğin kaldırılması kararına aykırılık fiilleri ile bu fiiller için öngörülen ceza müeyyidelerine ilişkindir.

A. Erişimin Engellenmesi Kararı Bakımından

Bilindiği üzere, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ile, kimi suçların internet ortamında işlendiği konusunda yeterli kuşku bulunması halinde erişimin engellenmesi tedbirine başvurulabilmesi kabul edilmiştir. Kanun'da, erişimin engellenmesi tedbiri, kararı veren makam dikkate alınmak suretiyle koruma tedbiri ve idari tedbir olmak üzere iki farklı biçimde düzenlenmiştir. Aslında bünyesel açıdan hiçbir fark bulunmamakla birlikte, sadece kararı veren organ dikkate alınarak yapılan bu ayırım, özü bakımından aynı etki ve sonuçları doğurmakta ve internet yayınlarına erişim engellenmektedir. Yargılama makamları değil de idari bir makam tarafından böyle bir tedbir kararı verilmesine olanak tanınmış olması ayrı bir çalışma konusudur.

Kanun'un 8. maddesinin ilk fıkrasında sayılan suçların işlendiği konusunda yeterli kuşku bulunması halinde, ikinci fıkra uyarınca, soruşturma evresinde yargıçlık makamı, kovuşturma evresinde ise mahkeme makamı tarafından bu tedbire karar verilebilecektir. Gecikmede sakında bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısı da bu tedbire karar verebilecek, ancak bu karar yirmi dört saat içinde sulh ceza hakiminin onayına sunulacak, bu makam da en geç yirmi dört saat içinde kararını verecektir.

Kanun'un 8. maddesinin dördüncü fıkrasında ise, ilk fıkrada sayılan suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın, re'sen erişimin engellenmesi kararı verebileceği öngörülmüştür. Aynı şekilde Başkanlık, ilk fıkrada sayılan bazı suçlar bakımından (çocukların cinsel istismarı ve müstehcenlik), yer sağlayıcısının yurt için bulunması halinde dahi re'sen erişimin engellenmesi kararı verebilecektir.

Kanun'da, yargıçlık ve mahkeme makamı ile yargıçlık makamı tarafından onaylanmış olmak kaydıyla savcılık makamı tarafından verilecek erişimin engellenmesi kararları koruma tedbiri olarak kabul edilerek bu kararların yerine getirilmemesini, fiilin daha ağır bir ceza gerektiren başka bir suç oluşturmaması koşuluyla altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırmıştır (m. 8/f. 10). Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından re'sen verilen, erişimin engellenmesi kararları ise Kanun'da idari tedbir olarak nitelendirilmiş, bu kararlara aykırılık halinde on bin liradan yüz bin liraya kadar idari para cezası verilmesi öngörülmüştür. Ayrıca, idari para cezasının verildiği andan itibaren yirmi dört saat içinde erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde yayın için verilen yetkilendirmenin Kurum tarafından iptal edilebileceği hükmüne de yer verilmiştir.

B. İçeriğin Kaldırılması Kararı Bakımından

Aynı kanunda ayrıca, internet ortamında yapılan yayınlar vasıtasıyla kişilerin haklarının ihlal edildiği durumlarda içeriğin yayından kaldırılmasını talep ve cevap hakkı düzenlenmiştir. 5651 sayılı Kanun'un, "*İçeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı*" kenar başlıklı 9. maddesinin ilk üç fıkrasında talep ve cevap hakkının kapsamı, ilgili usul, yetkili merciler, merci kararlarına karşı başvuru gibi konular düzenlendikten sonra dördüncü ve son fıkrada, sulh ceza hakimi tarafından verilerek kesinleşen içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkının kullanılması kararlarını yerine getirmeyen sorumluların altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılması öngörülmüştür. Fıkranın son cümlesi uyarınca, içerik sağlayıcının ya da yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanacaktır.

2. İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARIN DÜZENLENMESİNE DAİR USUL VE ESASLAR HAKKINDA YÖNETMELİK'TE ÖNGÖRÜLEN CEZA HÜKÜMLERİ

İçeriğin kaldırılması ve erişimin engellenmesi kararların verilmesi usulü ile bu kararlara aykırılık halinde uygulanacak ceza müeyyidesine, İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te de yer verilmiştir. Yani Yönetmelik'te, hem koruma tedbirleri ve bu tedbirlere ilişkin usul hem bu tedbir kararlarına aykırılığı suç sayan hükümler hem de bu kararlara aykırılık halinde hükmedilecek ceza müeyyidesi öngörülmüştür.

A. İçeriğin Yayından Çıkarılması Bakımından

30.11.2007 tarih ve 26716 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesinde, internet ortamında yapılan ve kişilerin haklarını ihlal eden yayın içeriklerinin yayından çıkarılması ve cevap hakkı öngörülmüş, sulh ceza hakimi tarafından verilerek kesinleşen içeriğin çıkarılması ve cevabın yayınlanması kararının yerine getirilmemesi Yönetmeliğin 11. maddesi ile suç sayılarak cezalandırılmıştır.

Her ne kadar, aynı fiil 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesinin dördüncü fıkrası ile suç sayılmakta ise de, aynı suç tanımı ve ceza müeyyidesinin, bir yönetmelik hükmünde ayrıca yer alması, Anayasa'nın 38. maddesi ile güvence altına alınan suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin ihlalini oluşturmaktadır. Söz konusu yönetmelik hükümleri ayrıca, kanunilik ilkesinin öngörüldüğü TCK'nun 2. maddesine de aykırıdır.

Yönetmeliğin, "*Cezai yaptırım*" kenar başlıklı 11. maddesinde içeriğin "*Sulh ceza hâkiminin kararını, 10 uncu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanır*" hükmüne yer verilmiştir.

Yönetmeliğin 11. maddesi, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin son fıkrasının tekrarıdır. Ancak suç tanımının ve ceza müeyyidesinin bizzat Kanun ile öngörülmüş olması, Yönetmeliğin 11. maddesinin anayasa aykırı olmasına engel değildir. Bir yönetmelikte her ne suretle olursa olsun suç tanımı ya da suçun bazı unsurlarının öngörülmesi veya ceza müeyyidesine yer verilmesi Anayasa'nın 38. maddesinin ve TCK'nun 2. maddesinin ihlalidir. Bilindiği gibi, Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, suç tanımı öngörülmesi yasama organının tekelinde tutulmuştur. Yani suçun unsurları ancak kanun ile gösterilebilir. Kanun

hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, tebliğ gibi düzenleyici işlemleri suç tanımı yapılamaz. Bu çerçevede, kanun ile öngörülmüş bir suç tanımının, bir yönetmelik hükmü ile tekrarı dahi mümkün değildir.

Anayasa'nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasında, "*ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*" hükmüne yer verilmiştir. TCK'nun 2. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde de aynı kural öngörülmüştür. TCK'nun 2. maddesinin ikinci fıkrasında "*İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz*" hükmüne yer verilerek düzenleyici işlemler ile suç tanımı yapılması ve ceza müeyyidesi öngörülmesi yolu kapatılmıştır.

Bu hükümler uyarınca, suç tanımı ve ceza müeyyidesinin sadece biçimsel anlamda kanun ile öngörülebileceği açıktır.

B. Erişimin Engellenmesi Tedbiri Bakımından

30.11.2007 tarih ve 26716 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin "*İdari ve cezai yaptırımlar*" kenar başlıklı 19. maddesinde, erişimin engellenmesi tedbirine ilişkin kararların yerine getirilmemesi durumunda uygulanacak idari yaptırım ve ceza müeyyidesine yer verilmiştir.

a. Yönetmeliğin 19. Maddesinin İkinci Fıkrasında Öngörülen Suç Tanımı ve Ceza Müeyyidesi

Yönetmeliğin, "*İdari ve cezai yaptırımlar*" kenar başlıklı 19. maddesinin ikinci fıkrasında, "*Soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme; soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini Başkanlıkça bildirilmesinden itibaren yirmidört saat içinde yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" hükmüne ter verilmiştir. Bu şekilde 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin onuncu fıkrasında öngörülen suç tanımına üstelik bazı ifade farklılıklarıyla Yönetmelik'te de yer verilmiş, bu şekilde Anayasa'nın suç ve cezalarda kanunilik ilkesini güvence altına alan 38. maddesi ile TCK'nun aynı yöndeki 2. maddesi ihlal edilmiştir.

b. Yönetmeliğin 19. Maddesinin İlk Fıkrasında Öngörülen İdari Yaptırımlar

Yönetmeliğin 19. maddesinin ilk fıkrasında, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının Başkanlıkça bildirilmesinden itibaren yirmi dört saat içinde yerine getirilmemesi halinde

erişim sağlayıcısına on bin Türk Lirasından yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilmesi öngörülmüştür. Ayrıca, söz konusu idari para cezasının verildiği andan itibaren yirmi dört saat içinde içeriğin kaldırılması kararının yerine getirilmemesi halinde Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından faaliyet belgesinin iptaline karar verilebilecektir. Bu düzenleme ile hem Anayasa hem de 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda güvence altına alınan kanunilik ilkesi ihlal edilmiştir.

Fıkra şöyledir: “İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının Başkanlıkça bildirilmesinden itibaren yirmidört saat içinde yerine getirilmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından faaliyet belgesinin iptaline karar verilebilir.”

Anayasa'nın 38. maddesinin üçüncü fıkrası ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi, 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kanun Hükmünde Kararname'nin anayasaya aykırılığı iddiasıyla yapılan başvuruya ilişkin değerlendirmesinde “Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasa'nın 38. maddesi kapsamındadır” sonucuna varmıştır^[1]. Yani idari para cezaları da Anayasa'nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen kanunilik ilkesinin kapsamındadır.

Öte yandan, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun “Kanunilik ilkesi” kenar başlıklı 4. maddesinin ikinci fıkrasında, “Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenir” hükmüne yer verilmiştir. Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde, idari yaptırım kararlarına karşı kanuna yoluna ilişkin özel kanun hükümleri saklı kalmak koşuluyla, bu kanunun genel hükümlerinin idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı öngörülmüştür. Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesi de bu kanunun genel hükümleri arasında olup, idari para cezası öngörülen yönetmelik hükümleri, 4. maddenin ihlalini oluşturacaktır.

[1] Anayasa Mahkemesi'nin Esas1990/12, Karar 1991/7 sayı ve 4.4.1991 günlü kararı. Anayasa Mahkemesi web sitesinden alınmıştır.

SONUÇ

Her ne kadar, 30.11.2007 tarih ve 26716 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 30.11.2007 tarihinden bu yana beş yıl geçmiş de olsa, bu Yönetmelik hükümlerinin birel uygulamalara konu olduğu işlemler bakımından 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümleri uyarınca iptal davası açılması mümkündür ve mutlaka açılmalıdır.

Söz konusu ceza hükümlerinin, ilgili kanunda ayrıca öngörülmüş olması, bu yönetmelik hükümlerini anayasaya ve TCK’nun 2. maddesine aykırı olmaktan kurtarmamaktadır.

Hukuk düzeninin bu tür düzenleyici işlem hükümlerinden arındırılması başlı başına önem ifade etmektedir. Nitekim, çeşitli yönetmeliklerle suç ve cezalara ilişkin düzenlemeler yapılması yönündeki gayretler dikkat çekmektedir. Örneğin, 15 Şubat 2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik ve yine aynı tarihte yürürlüğe giren Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik’te, anayasaya aykırı olarak idari para cezalarına ilişkin hükümler öngörülmüştür.

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik’te para cezasının belirlenmesine ilişkin ilkeler, temel para cezasının hesaplanmasına, artırılmasına ilişkin esaslar, ağırlaştırıcı ve hafifletirici nedenler öngörülmüş, yine Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik’te de para cezasının verilmeyeceği, cezalarda indirim yapılabileceği hallere yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemelerin, Anayasa’nın 38. maddesinin yanı sıra 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun “*Kanunilik ilkesi*” kenar başlıklı 4. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen “*Kabahatler karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktar, ancak kanunla belirlenebilir*” hükmüne de aykırı olduğu açıktır.

Bu nedenlerle, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza öngörülen düzenlemeler konusunda titiz ve uyanık olunmalı, anılan türdeki örneklerin yaygınlaşması engellenmelidir.