

Torba Yasa Tasarısı ve Sansürlenmek İstenen Sosyal Medya: Whatsapp Gruplarını Silip Yeniden Kurmalı Mıyız?

Murat Volkan Dülger* / Onur Özkan*

Bugünlerde en sık duyduğumuz sorulardan biri: “*Whatsapp üzerindeki yazışmalarımız kayıt altına alınmaya başlanacakmış, grupları silip bir daha kurmalı mıyız?*” oldu. Sadece soru olarak değil, çözüm olarak da bunu önerenler var. Buna göre, kanunlarda yapılacak değişiklik ile Whatsapp’taki yazı, ses ve görsel iletilerin denetlenmeye başlanacağı ve herkesin “fişleneceği” düşünülüyor. Bunun çözümünün grupları silip yeniden kurmak olduğunu düşünmek, en basit haliyle saflık olur. **Ancak temel sorun, bu endişenin yaratılması.** Bu çözümü önerenler de bu sorunu yaratanlar değil elbette, yalnızca kendi kaygılarına çözüm arayanlar. O halde sorunun temeline inmek gerek.

Salgın ve kriz dönemi, kişilerin kendisi ve yakınlarının hayatlarından endişe ettiği bir dönem. Dayanışmanın ve güvenin hat safhada olması gereken bir süreçten geçiyoruz. Tüm dikkatimiz toplum sağlığına dair atılan adımların ve gelişmelerin üzerinde; öyle ki medyada nereye baksak gördüğümüz konu bu. **Ne yazık ki böyle dönemlerde, oldukça esaslı değişikliklerin biz farkına varmadan yapılmasına karşı savunmasız duruma geliyoruz. Kamuoyu gündemine daha az geleceği, konuşulacağı, eleştirileceği düşüncesiyle olsa gerek mevcut duruma dair düzenlemelerin yanı sıra ilgisiz pek çok değişiklik yapılmaya çalışılıyor...**

Daha öncesinde, savunma hakkını hiçe sayan ve son derece sınırlayan, Ceza İnfaz Yönetmeliği’ni eleştirmiş ve avukatların cezaevi görüşmelerinde savunma belgelerinin incelenmesinin hukuka aykırılığından dem vurmıştık. Şimdi de benzer bir durum, sosyal medya üzerinde yapılacak gözetim ve denetim için geçerli.

Whatsapp grupları izlenecek mi? Esasında bu sorunun temelinde, korona virüs salgını ile ilgili olarak bazı kanunlarda değişiklik yapılmasını öngören **Torba Yasa Tasarısı** yatıyor. Bu tasarımı şu şekilde anımsayabiliriz; 3 ay süre ile iş akdi fesih yasağı (Torba Yasa Tasarısı m. 5) ve ücretsiz izin halinde 39,24 TL ücret yardımı (m. 5) bu teklif ile düzenleniyor. **Ancak bunun yanında, salgın ile ilişkilendirilemeyecek pek çok değişiklik de öneriliyor.** Bunlardan biri de, 5651 sayılı İnternet Kanunu¹ ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’na getirilen değişiklikler oldu. Öncelikle, İnternet Kanunu üzerinde duralım.

* Avukat, Doç. Dr., İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, volkan.dulger@dulger.av.tr.

* Stajyer Avukat, İstanbul Barosu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Yüksek Lisans Öğrencisi, onur.ozkan@dulger.av.tr.

¹ Tam adı ile; İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, Resmî Gazete Tarihi: 23 Mayıs 2007, R. G. Sayısı: 26530.

Soru: İnternet Kanununda Ne Değişiyor?

İnternet Kanunda yapılan ilk değişiklik (teklifi), “sosyal ağ sağlayıcı” kavramını kanuna eklemek oluyor. Buna göre sosyal ağ sağlayıcı:

“sosyal etkileşim amacıyla kullanıcıların internet ortamında metin, görüntü, ses, konum gibi verileri oluşturmalarına, görüntülemelerine veya paylaşımlarına imkân sağlayan gerçek veya tüzel kişiler”

olarak tanımlanıyor. Sosyal ağ sağlayıcıyı, sosyal medya platformları olarak düşünebiliriz. Buna göre; Facebook, Twitter, Instagram, TikTok gibileri bu kapsamda. Peki ya Whatsapp, Telegram ve Skype gibi iletişim bazlı uygulamalar?

Soru: Whatsapp, Kanuna Göre Bir Sosyal Ağ Sağlayıcı Sayılabilir Mi?

Önce şu soruya yanıt verelim, Whatsapp bir sosyal medya platformu mu? Hayır, Whatsapp bir sosyal medya platformu değil. Zira Whatsapp daha ziyade haberleşmek, konuşmak için kullanılıyor ve telekomünikasyon amaçlarına hizmet ediyor. Bu yönüyle Facebook, Twitter veya Instagram gibi gönderilerin, belirsiz sayıdaki kişi için sosyal etkileşime açıldığı ve paylaşma dönük bir uygulama değil. Bu özellikleri, onu sosyal medya platformu olmaktan çıkartıyor.

Öte yandan temel soru söz konusu iletişim yazılımlarının Kanunda yapılması istenilen değişiklik neticesinde sosyal ağ sağlayıcı olarak kabul edilip edilmeyeceği olmalı. Tanımı incelediğimizde, “sosyal etkileşim amacı” ifadesi dikkati çekiyor. Buna göre bu amaca yönelik internet ortamında metin, görüntü, ses gibi verilerin oluşturulabildiği, paylaşılabilirdiği ya da görüntülenebildiği mecralar birer sosyal ağ sağlayıcı kabul ediliyor.

Öncelikle tanım fazlasıyla geniş. Sosyal etkileşim ifadesi ise fazlasıyla belirsiz. **Özellikle belirtmek isteriz ki, bu tanım yalnızca sosyal medya ile sınırlı kalmamak adeta internet aleminin tüm “kalelerini” kuşatmak için yapılmış gibi.** Bugün her şey bir sosyal etkileşim dahilinde sayılabilir, yolda yürürken bir arkadaşınızla konuşmanız da bir sosyal etkileşim olabilir; bir kişiye mektup göndermeniz de ya da mektubun dijital bir yolu olan Whatsapp yazışmalarınız da. Bu nedenle, neyin sosyal etkileşim sayılacağı büyük önem taşıyor. Tanım öylesine geniş ki, bugün haber ya da köşe yazılarının altını yoruma açan medya kuruluşlarının web sitelerinin de bu kapsama girmesi ve sosyal ağ sağlayıcı kabul edilmesi dahi mümkün.

Ancak bize göre, Whatsapp’ın ya da bu türden iletişim araçlarının sosyal ağ sağlayıcı sayılmaması gerekir. Bir kişi ya da grupla yazışmak, bir sosyal etkileşim ya da daha doğrusu sosyal ağ sağlayıcı kabul edilmemelidir. Çünkü burada kişiler, iletişimini kendi belirleyebildiği kişiler arasında sağlıyor. Sosyal etkileşim ifadesi dar kapsamda yorumlanmalı, kişilerin yazı, ses ya da görüntü gibi verilerini belirsiz sayıda kişinin paylaşımına açması ve bu anlamda bir etkileşim amaçlanması bu kapsamda sayılmalıdır. Yani

yalnızca gerçek anlamdaki sosyal medya platformları bu kapsamda olmalıdır. Yoksa internetin her bir köşesi, veri paylaşım ve sosyal etkileşim amacı olarak kabul edilebilecektir.

Öyleyse yanıtımız; Whatsapp sosyal ağ sağlayıcı değildir ve bu Kanun kapsamına girmeyecektir. Dolayısıyla bu yöndeki endişelere de gerek yoktur. Ancak şunu ısrarla ve üzerinde durarak ifade etmek gerekiyor, **bu tanım değişmelidir.** Kanunun amacı sosyal medya için ayrıca bir kavram oluşturmaksa, bu tanım maksadını aşmaktadır.

Soru: Sosyal Ağ Sağlayıcıların Sorumlulukları Neler Olacak?

Sosyal ağ sağlayıcıları açıkladıktan ve “bize göre” onları sosyal medya platformları ile sınırladıktan sonra, onlara getirilen sorumlulukları da açıklamak gerekiyor. En önemli sorumluluk, **günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt dışı kaynaklı** sosyal medya platformlarının, Türkiye’de bir temsilci bulundurmak zorunda olmalarıdır.

Buna göre; Facebook, Twitter, Instagram ya da TikTok gibi merkezleri ABD, Çin gibi olan platformlar, Türkiye’ye gelmeli ve bir ofis ve temsilcilik açmalıdırlar. Peki bu temsilcilikler ne ile uğraşacaklardır?

Temsilciler öncelikle, İnternet Kanunun 9. maddesine dayalı olarak yapılan erişim engeli taleplerini karşılamak ve yanıtlamakla yükümlü kılınmışlardır. Kişilik hakkı saldırıya uğrayanların doğrudan ya da Sulh Ceza Hakimliği’nin kararıyla yapılacak başvurular 72 saat içinde yanıtlanmalıdır. Buradaki önemli değişiklik, yalnızca içerik kaldırma ya da erişim engeli değil; o sosyal medya **hesabının kaldırılmasının da istenebilmesidir.** Üstüne üstlük temsilcilikler, kişilerin doğrudan ya da Sulh Ceza Hakimliği kararlarıyla sonuçlandırmak, başvuruların kayıtlarını tutmak ve bunların üç aylık istatistiğini bir rapor şeklinde BTK’ya bildirmekle yükümlü kılınmışlardır.

Bunların yanında, **bir de çok önemli düzenleme; bu sosyal ağların kullanıcı verilerini, Türkiye’de tutması gerekliliğinin getirilmesidir.** Buna göre Türkiye’de sunucu bulundurulmalı, Türkiye’deki kullanıcıların verileri bu sunucularda tutulmalıdır. Bunun en önemli sonucu da şudur. **Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 332. maddesi,** suçların soruşturulması ya da kovuşturulması esnasında Savcılık ve Mahkemelerin, uygun gördüğü kurum, kuruluş ve kişilerden bilgi isteyebileceğini düzenler. Buna göre;

“Suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on gün içinde cevap verilmesi zorunludur.”

Durumu bir örnekle somutlaştıralım. Örneğin, Twitter gibi anonimliğin ön planda olduğu bir ortamda, anonim bir hesap üzerinden; bugünlerin popüler ve adeta her muhalif söylemin içine dahil edildiği “halkı kin ve düşmanlığa tahrik” (Türk Ceza Kanunu m. 216) suçunun işlendiği iddia ediliyor olsun. Bu kapsamda başlatılan soruşturmada, bu anonim hesabın kimliğini öğrenmek isteyen; yani şüphelisini belirlemek isteyen Savcılık makamları da Twitter’in Türkiye temsilciliğine başvuruda bulunacaktır. Twitter da Türkiye’de tutmakta olduğu “kullanıcı verilerini” paylaşmak durumunda kalacaktır. Zira aksi halde, bilgi isteme

düzenlemesine aykırı davranmış olacaktır. Bilgi istemenin yanıtlanmaması ise Türkiye’de bulunan temsilcilikler yönünden görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabilecektir.

Bu düzenleme öncesinde de Savcılık ya da Mahkemeler, sosyal medya platformları üzerinden işlenen suçların yargılamasına ilişkin bilgileri bu kurumlardan talep etmekteydiler. Ancak bu kurumlar ABD merkezli olduğu için bir muhatap bulmak ya da yanıt almak mümkün değildi. Gelen değişiklik teklifi ile bu kurumların Türkiye’de bir muhataplarının olmasının amaçlandığı görülmekte.

Bu da Kanun değişiklik önerisinin bir başka amacını da ortaya koyuyor: **Twitter, Facebook vb. platformları iş birliğine zorlamak, sosyal medyada anonimliği sonlandırmak, kişileri fişleyebilmek ve oto sansürü sağlayarak sosyal medyadan muhalif seslerin yükselmesinin önüne geçmek...** İşte teklifin temelinde yatan amaç da bu, konuyla ilgili çıkan haber ve görüşler incelenirse, kamuoyunun da bu yönde oluştuğunu söyleyebiliriz.

Soru: Sosyal Ağ Sağlayıcı Temsilci Atamazsa Ne Olur?

Şartları taşıyan sosyal ağ sağlayıcılara, BTK tarafından bildirimde bulunularak temsilci ataması talep edilecektir. Sosyal ağ sağlayıcı **bu bildirimden itibaren 30 günde** temsilci belirlemez ve bildirmez ise BTK’nın yapacağı başvuru ve Sulh Ceza Hakimliği kararı ile o ağın, **internet trafiği bant genişliği yüzde 50 daraltılır; bu kararın uygulanmasından itibaren yine 30 gün içinde** herhangi bir gelişme olmaması halinde, **bu kez yüzde 95 daraltma** uygulanır.

İnternet trafiğinin daraltılması ise Türkiye’den hiçbir şekilde bu sitelere erişimin sağlanamayacak olması anlamına geliyor. Yani eskiden olduğu gibi Türkiye’den erişim engeli konulan web sitelerine VPN gibi servislerle erişmenin önü kesilmiş olacak. Bu siteler artık Türkiye’den tamamen girilemeyecek ölçüde yavaşlatılmış olacak. **Dolayısıyla temsilci atamayan sosyal medya platformlarının fişleri çekilecek.**

Bu platformlar temsilci atadığında ise bu daraltma kendiliğinden hükümsüz hale gelecektir. Bu durumda başta bu bildirimde uymayan bazı platformlara girilemediğini, sonrasında ise bir anda bu platformlara erişebildiğimizi zira temsilcinin atanmış olduğunu görebiliriz.

Bu soru altında şunu da tartışmak gerekiyor. **Böylesi bir yaptırımın (daraltma ve Türkiye’den erişilmez hale getirme) uygulanması ölçülü müdür, meşru mudur, hukuka uygun mudur?** Burada karşımıza çatışan haklar (menfaatler) çıkıyor. Sözgelimi, Twitter mecrası hepimizin haber, görüş aldığı ve paylaştığı bir yer. **Dolayısıyla bu platformların varlığı; ifade özgürlüğü, haber verme ve halkın haber alma, bilgilendirme hakkına dayanıyor.** Bugün Twitter ya da Wikipedia gibi sitelerin hiçbir gerekçe göstermeden keyfi şekilde kapatılması kesinlikle hukuka ve Anayasaya aykırı olacaktır. Nitekim bu kurumlar hakkındaki erişim engeli kararları da Anayasa Mahkemesi tarafından kaldırıldı, ihlal sayıldı.

Ancak daraltma kararı gerekçesiz alınmayacaktır, gerekçesi “temsilci belirleme ve bildirme” yükümlülüğüne uyulmamasıdır. Temsilcinin görevi de kişilik haklarına yönelik

başvuruları yanıtlamaktadır. Öyleyse **kişilik hakları ile haber alma özgürlüğü çatışmaktadır**. Bu çatışmadan, üstün gelen ise kişilerin haber alma özgürlüğü olmalıdır. Çünkü temsilci atanmadığı durumda sitenin girilemez hale getirilmesinde, henüz bir kişilik hakkı saldırısı yoktur. Ayrıca kişilik haklarına yönelik saldırıyı önlemek için yalnızca o içeriğin kaldırılması yeterlidir, sitenin tümünden girilemez hale getirilmesi ölçülü olmayacaktır. Dolayısıyla bir saldırı var olsaydı dahi uygulanamayacak bir yaptırımın, muhtemel bir saldırıyı ortadan kaldıracabilecek bir mekanizmanın (temsilciliğin) kurulmamış olması ile uygulanması hukuka aykırıdır, mümkün değildir.

Bunun yanında, bu sosyal medya platformlarının “yer sağlayıcı” olarak zaten kanunda bulunduklarını ve hali hazırda, değişiklik teklifi kabul görmese de, kişilik hakkına yönelik saldırı içeren yazı, ses ya da görüntüleri erişimden kaldırabildiğini hatırlatmak gerekir. Yani kişilik hakları, temsilci olmasa da korunabilir haldedir, temsilci atanarak yalnızca bu korumanın güçlendirilmesi için siteyi erişilmez hale getirmek ve haber alma özgürlüğünü ortadan kaldırmak hukuka aykırıdır.

Dolayısıyla bu maddenin de değiştirilmesi, düzenlenmesi gerekecektir; aksi takdirde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi muhtemeldir. **Sosyal medya platformlarını, Türkiye’de faaliyet sürdüremeyecekleri tehdidi ile temsilcilik açmaya zorlamak hukuka ve Anayasaya aykırı olacaktır.**

Son Soru: Elektronik Haberleşme Kanununda Ne Değişiyor?

Bu kanunun kapsamına da “Şebekeler üstü hizmet” kavramı eklenmesi ve kapsamın genişletilmesi teklif ediliyor. Buna göre şebekeler üstü hizmet:

“İnternet erişimine sahip abone ve kullanıcılara, işletmecilerden veya sağlanan internet hizmetinden bağımsız olarak bir yazılım vasıtası ile sunulan; sesli, yazılı, görsel iletişim kapsamındaki kamuya açık elektronik haberleşme hizmetleri veya yazılım platformu vasıtasıyla sunulan uygulama hizmetleri”

ifade etmektedir. Bu aslında tam olarak Whatsapp, Skype ya da Telegram gibi platformları tanımlıyor. GSM operatörümüzden bağımsız olarak, haberleşme hizmetini gerçekleştirdiğimiz uygulamalar “şebeke üstü hizmet” sunmuş oluyor ve bu kapsamda sayılıyor. **Dolayısıyla sosyal ağ sağlayıcı olmayan Whatsapp’ın bir şebeke üstü hizmet olduğunu söylemek mümkün.**

Peki, şebekeler üstü hizmet sunanlar Kanun kapsamına alınmakla, ne şekilde değişiklikler öngörülüyor? Bunu da Torba Yasa Tasarısının 58. maddesinde görüyoruz. Buna göre **BTk**, Whatsapp benzeri uygulamaları “kamu yararı” gerekçesiyle düzenleyebilecek, **gerektiğinde ise buralardan haberleşmeyi engelleyebilecektir**. Tam hali şöyle;

“Kurum, kamu yararı gereklerini göz önünde bulundurarak şebekeler üstü hizmet sunumuna ilişkin gerekli düzenlemeleri yapmaya, yetkilendirilmeksizin şebekeler üstü hizmet sunumunun

engellenmesine ilişkin tedbirleri almaya, gerektiğinde işletmecilere Kurum düzenlemelerinde öngörülen tedbirlerin alınması için yükümlülük getirmeye yetkilidir.”

Yine “yetkilendirilmeksizin hizmet sunma” ifadesi ve yetkinin nasıl verileceği gibi sorular belirsiz. Ancak belli olan, sözgelimi Whatsapp, BTK tarafından istenilen şartları sağlamadığında ve yükümlülüklerle uymadığında engellenebilecek ve kullanılmaz hale getirilebilecektir.

Sonuç

Başlıktaki soruya yanıt verelim; Hayır, Whatsapp’taki gruplarımızı silip yeniden kurmayalım. Bu bir çözüm değildir. Nitekim biz konuşmalarımızı silsek dahi bunlar veriler dünyasından yok olmazlar. Belli bir süreliğine depolanmaya devam ederler. Yine, Torba Yasa Tasarısından da Whatsapp konuşmalarının kayda alınacağı sonucunu çıkarmak mümkün değil. Bu daha çok sosyal medyayı, “zapturapt” altına almak için öngörülen bir düzenleme olarak gözüküyor. Ancak tekrar etmemiz gerekir, bu tanım maddesi değişmedikçe, kesin konuşmak zor.

Bunun yanında, Whatsapp konuşmaları uçtan uca şifreleniyor. Whatsapp ve istihbarat teşkilatları dahil olmak üzere, kimse bu mesajların içeriğine erişemiyor. Whatsapp yazışmaları Mahkemeye sunmak istese dahi, şifreli mesajlar okunamıyor ve anlaşılamıyor. Dolayısıyla bu konuşmalar ancak sizin ya da sizin mesajı ilettiğiniz kişinin telefonunu ele geçirerek okunabiliyor. Ayrıca bunlar kayda alınabilseydi dahi, Türkiye’deki tüm kişilerin Whatsapp konuşmalarını izleyebilecek teknik kapasiteye henüz erişilmedi. Ancak bu belirlenmiş kişiler için söz konusu olabilirdi. Sonuç olarak bu yönde bir endişeye gerek yok.

Ancak torba yasa, yukarıda açıkladığımız üzere sosyal medya üzerinde büyük bir gözetim ve denetim mekanizması öngörüyor. Yalnızca sosyal medya kullanıcılarını değil, sosyal medya platformlarını da etkileyen büyük çapta değişiklikler var.

Bugün bir taraftan gündelik yaşantımızın önemli bir kısmını geçirdiğimiz sosyal medya platformlarındaki gizliliğimiz ve güvencelerimizden bir taraftan korona virüs salgını nedeniyle kendimizin ve yakınlarımızın canlarından endişe ediyoruz. Böyle bir değişikliğin son derece zamansız yapıldığını, salgın ile ilgili olması gereken bir torba yasanın içerisine konulduğunu ve böylece adeta kamuoyunun ilgisinden kaçırılmak istendiğini görüyoruz. **Yalnızca değişiklik teklifinin ne olduğu değil, nasıl yapıldığı da büyük bir sorun.** Bu yönetim stratejisinden vazgeçilmesini, adil ve şeffaf yönetimin hâkim olmasını; böyle önemli değişikliklerin mümkün olduğunca çok kişinin ilgisine ve denetimine açılmasını, demokrasi ile tartışma ortamının sağlanmasını umuyoruz. Bu **usule ilişkin eleştirimizin** yanında, **esasa ilişkin eleştirilerimizi tekrar etmek gerekiyor.**

Sosyal medya üzerinde bu derece sıkı gözetim şartları öngörülmesi ve kişilerin “fişleneceği” ortamın yaratılması; oto sansüre neden olarak ifade özgürlüğüne müdahale oluşturmaktadır. Sosyal etkileşim ifadesi oldukça belirsiz olup sosyal ağ sağlayıcı tanımı

oldukça geniştir. Düzenlenmesi ve yalnızca sosyal medya platformlarını kapsayacak dar bir tanım yapılmalıdır. Sosyal medya platformlarının temsilci atamaması halinde girilemez hale getirilmesi haber alma hakkına aykırılık oluşturmaktadır, ölçüsüzdür. Aynı durum, şebekeler üstü hizmet sunulmasının engellenmesi için de geçerlidir.

Sonuç olarak beklentimiz, değişikliğin geri çekilmesi ve kamuoyu görüşlerinin değerlendirilerek daha uygun bir teklifin sunulmasıdır. Aksi halde hali hazırda ceza hukukunun bir araç olarak kullanılmak suretiyle olabildiğince kısıtlanan ifade özgürlüğü, bu sefer BTK'ya verilen yetkiyle teknik imkanlar kullanılmak suretiyle fiziksel olarak da kısıtlanacak ve ifade özgürlüğü alanındaki karnemiz “yıldızlı pekiyi” seviyesine çıkacaktır!