



## İdarenin Düzenleme Konusu Olarak İnternet Ve İnternete Erişim Yasakları

Müslüm AKINCI<sup>1</sup> Ş. Cankat TAŞKIN<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

<sup>2</sup> Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü

### Özet

Türk hukukunda kamusal yaşamın bazı duyarlı alanlarında düzenleme ve denetim öz görevini yerine getiren üst kurullar vardır. Bunlar arasında görsel-ışitsel iletişim özgürlüğü alanında RTÜK geçmişten beri hep tartışma konusu oldu. Zira bu sektörde anayasal duyarlılıklar biraz daha yoğun olarak yer almaktadır. Yayıncı açısından demokratik toplumun çoğulculuk gereğinin bir parçası olarak sektörde pek çok aktöre yer verilmesi istenirken, bu özgürlüğün tüketiciler bakımından yaratabileceği sakıncaları bertaraf etmek üzere inşa edilen üst kurul zaman zaman siyasi tartışmaların içerisine çekildi. Benzer biçimde BTK-TİB yapılanması da İnternete erişim yasakları gündeme geldikçe pek çok çevreden eleştiriler almaya başladı. BTK'nın bağımsız ve tarafsız bir yapı olması gerekmektedir. Siyasi iktidarın güdümünden uzak, tamamen tarafsız ve hukuksal değerlendirmeden öze ölçüt gözetmeyen bir yapıya kavuşturulma zorunluluğu vardır. Aksi takdirde “siyasi iktidarın” organik bir parçası gibi hareket ettiği izlenimi yaratsa “özgürlük karakolu” ya da “sansürücü” yaftasına muhatap olacaktır.

Konu bu yönüyle de ele alınarak hukukumuzdaki internete erişim yasakları, çelişkileri ve çatışmaları ile eleştirel gözle değerlendirilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** BTK, TİB, BİO, internet yasakları, erişim yasakları, sansür, 5651 Sayılı Kanun

## Internet As An Administrative Regulation Subject And Restriction Of Access To The Internet

### Abstract

In sensitive areas of public life in Turkish law there are some of the independent regulatory agencies. As a result of re-regulation of the field of mass-communications, competence, banking etc., Turkish IRA's was founded as an impartial public legal entity that had broader competences and responsibilities. On the one hand we should respect freedoms of consumers and on the other hand State should regulate public order. Access to the internet also one of the sub-subject of public order. Main actor that regulate and supervise of internet is Information and Communications Authority (BTK). ICA has been criticised that not being independent and impartial against to Government. As a basic constitutional freedom guard structure, ICA should be as much as autonomous. If Body act as an organic part of government, it creates the impression as a censor device. We discussed in this presentation ban of access to internet and their legal results.

**Key Words:** BTK, TİB, IRA (independent regulatory agencies), restricted access, censorship, Law No 5651

### 1. Giriş

Geçmiş 1960'lı yıllara dayanan internet<sup>1</sup> zaman içinde gelişmiş ve günümüzde yaşamımızın vazgeçilmez parçası haline gelmiştir. Öyle ki artık dünya üzerindeki iletişimin neredeyse tümü hızlı ve etkin biçimde internet üzerinden yapılmaktadır.<sup>2</sup>

İnternet, yaşantımıza o kadar girmiştir ki artık hemen hemen tüm işlemler internet üzerinden yapılmaktadır. Örneğin internet üzerinden sınavlar ve okul kayıtları, alışverişler yapılmakta; bankacılık, danışmanlık hizmetleri verilmekte, hatta dava dahi açılabilir.<sup>3</sup>

İnternetin geniş kullanım alanı beraberinde birtakım ciddi hukuki sorunları da getirmiştir. Bu nedenle “bilgi suçları”<sup>4</sup>

ussal biçimde işlenmesi bilimi. Bilgi olgusunu, bilgi saklama, erişim dizgeleri, bilginin işlenmesi, aktarılması ve kullanılması yöntemlerini, toplum ve insanlık yararı gözeterek inceleyen uygulamalı bilim dalı. Disiplinlerarası özellik taşıyan bir öğretim ve hizmet kesimi olan bilişim bilgisayar da içeride olmak üzere, bilişim ve bilgi erişim dizgelerinde kullanılan türlü araçların tasarlanması, geliştirilmesi ve üretilmesiyle ilgili konuları da kapsar. Bundan başka her türlü endüstri üretiminin özdevimli olarak düzenlenmesine ilişkin teknikleri kapsayan özdevim alanına giren birçok konu da geniş anlamda, bilişimin kapsamı içerisinde yer alır.” şeklinde tanımlanmıştır.

<http://tdkterim.gov.tr/?kelime=bili%FEim&kategori=terim&hng=m> d (26.7.2013). Bilişim kavramının diğer tanımları için bkz **Yenidünya**, A.Caner- **Değirmenci**, Olgun, (2003), **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları**, Legal Kitabevi, İstanbul, Shf. 27; **Aydın**, D.Emin, (1992) **Bilişim Suçları ve Hukukuna Giriş**, Ankara, Doruk Yay., Shf.3; **Dülger**, Murat Volkan; (2012) **Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku**, 2.Baskı, Seçkin Yay., Ankara, Shf.62; **Kardaş**, Ümit; “*Bilişim Dünyası ve Hukuk*”, **Karizma Dergisi**, Sayı 13, 01.03.2003, Shf. 8; **Taşkın**, Şaban Cankat; (2008) **Bilişim Suçları**, Beta Yay., İstanbul, Shf.4. **Özel**, Cevat; (2001) “*Bilişim Suçları ile İletişim Faaliyetleri Yönünden Türk Ceza Kanunu Tasarısı*”, **İBD**, Yıl 2, 2001, Sayı 7-8-9, Shf. 858; **Yazıcıoğlu**, R.Yılmaz, (1997), **Bilgisayar Suçları**, İstanbul, Alfa Yayınevi, Shf.131. Son yıllarda yapılan çalışmalarda bilişim suçları kavramının kullanıldığı görülmektedir. Öyleyse, öğretilerde kavram üzerinde bir odaya olduğunu söylemek yanlış

<sup>1</sup> **Sterling**, Bruce; “*Short history of the Internet*”, *Internet Society*, 1993. (Özet metin)- (<http://www.internet-society.org/Internet/what-internet/history-internet/brief-history-internet>) (26.07.2013)

<sup>2</sup> Dünya üzerindeki iletişimin neredeyse %97'si internet üzerinden yapılmaktadır. [http://en.wikipedia.org/wiki/History\\_of\\_the\\_Internet](http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_the_Internet) (25.07.2013)

<sup>3</sup> <http://forum.iyinet.com/guncel-konular-haberler/89855-internet-uzerinden-dava-acma.html> (25.07.2013)

<sup>4</sup> Kavram olarak bilişim, Türk Dil Kurumu'nun Bilim ve Sanat Terimleri Ana Sözlüğü'nde “*İnsanoğlunun teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin, özellikle elektronik makineler aracılığıyla, düzenli ve*

adı verilen suç tipleri gelişmiş ve hukuk normları aracılığıyla bu suçlarla mücadele edilmesi gündeme gelmiştir.

## 2. Anayasal Duyarlılıklar/Hukuki Zorunluluklar Dengesi

İnternete erişim yasakları pek çok anayasal değerle ilintili bir konudur. Düşünce özgürlüğü başta olmak üzere, ifade özgürlüğü, eğitim ve öğretim özgürlüğü, bilim özgürlüğü, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, insan onuruna saygı, özel hayatın gizliliği, din ve vicdan hürriyeti, basın özgürlüğü, mülkiyet hakkı, ailenin korunması ve çocuk hakları, çalışma hürriyeti, hukukun genel ilkeleri, hak ve özgürlükler arasında tercih sorunu, öze dokunma yasağı, ölçülülük ilkesi gibi hak ve özgürlük değerleri internete erişim yasaklamaları karşısında dikkate alınması gereken kavramlar olarak belirtilebilir. İdare, kolluk yetkisi kapsamında yasaklama getirirken “öze dokunma yasağı”nı ihlal etmemeli; ölçülü olmalı (badem çekirdeğini kırmak için balyoz kullanmamalı); ulusal gerekler kadar (hatta onların da öncesinde) uluslararası hukuk gereklerini gözardı etmemeli; otorite/hürriyet tartımında demokratik hukuk devleti olmanın bir gereği olarak özgürlükten yana tercihte bulunmalıdır. Ancak hukuk devleti kaotik oluşumlara da prim veremez; vermemesi de gerekir. Bu durumda “kamu düzeni”ni hassasiyetle koruma ödevi öne çıkmaktadır.

## 3. Kamu Düzeninin Yeni Boyutu Olarak İnternet

Geleneksel algılamada kamu düzeni kamu güvenliği, dirlik (esenlik), sağlık boyutları ile tanımlanırken çağın gerekleri bu yapının sınırlarını ve içeriğini yeniden tanımlama zorunluluğu doğurtmuştur. İdare kendisine verilen görev ve yetki kapasitesiyle anayasal duyarlılıklarla bezeli bir alanda kamu düzenini sağlamanın bir gereği olarak interneti düzenlerken elinin nereye kadar uzanabileceğini iyi hesaplamalıdır. Anayasal değerler kümesinde kişi hürriyeti, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, ifade hürriyeti, bilim ve sanat özgürlüğü gibi değerler “özel v. kamusal” tartımında çatışmaya girdiğinde bunların kamu yararı ile bağdaştırılma zorunluluğu vardır. Çağımızın teknik, ekonomik ve toplumsal gerekleriyle eklenen yeni boyutlarla kamu düzeninin yeniden okunması gerekmektedir. Ekonomik kamu düzeni, estetik kamu düzeni, bilişim kamu düzeni bu yaklaşımın somutlaşan yanlarını oluşturmaktadır. Kavramdan kurama; kuramdan pratiğe günlük yaşamımızın bir parçası olan internet hizmetinin kendine özgü kurallarıyla disiplin altına alınması gereği internet kolluğunu oluşturmaktadır. İdari faaliyetin bir parçası olarak internet kolluğu bilişim kamu düzeninin hakem ve beççiliğini yapmaktadır.

## 4. Düzenleyici Kurumsal Yapı: BTK-TİB

Türk hukukunda kamusal yaşamın bazı duyarlı alanlarında düzenleme ve denetim özgörevini yerine getiren üst kurullar vardır. Bunlar arasında görsel-işitsel iletişim özgürlüğü alanında RTÜK geçmişten beri hep tartışma konusu oldu. Zira bu sektörde anayasal duyarlılıklar biraz daha yoğun olarak yer almaktadır. Yayıncı açısından demokratik toplumun çoğulculuk gereğinin bir parçası olarak sektörde pek çok aktöre yer verilmesi istenirken, bu özgürlüğün tüketiciler bakımından yaratabileceği sakıncaları

bertaraf etmek üzere inşa edilen üst kurul zaman zaman siyasi tartışmaların içerisine çekildi. Benzer biçimde BTK-TİB yapılanması da İnternete erişim yasakları gündeme geldikçe pek çok çevreden eleştiriler almaya başladı. BTK'nın bağımsız ve tarafsız bir yapı olması gerekmektedir. Siyasi iktidarın güdümünden uzak, tamamen tarafsız ve hukuksal değerlendirilmeden öze ölçüt gözetmeyen bir yapıya kavuşturulma zorunluluğu vardır. Aksi takdirde “siyasi iktidarın” organik bir parçası gibi hareket ettiği izlenimi yaratırsa “özgürlük karakolu” ya da “sansürcü” yaftasına muhatap olacaktır.

Konu bu yönüyle de ele alınarak hukukumuzdaki internete erişim yasakları, çelişkileri ve çatışmaları ile eleştirel gözle değerlendirilecektir.

## 4.1. BTK Üzerine, BİO Gereklere Açısından Yapısal Tahlil

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın bağlı bulunduğu BTK'nın bir bağımsız idari otorite olup olmadığı konusunun, karşılaştırmalı hukuk verileri ışığında ortaya konması gerekir. Bir idari yapının BİO olması için bağımsızlık, tarafsızlık, özerklik, uzmanlık gerekleri bakımından mercek altına alınması gerekir.

### 4.1.1. Bağımsızlık:

Dışsal bir gücün denetim, sınırlandırma, güdüleme veya kısıtlamalarına konu olmama durumu olarak da tanımlanan bağımsızlık, hukuk düzenine uyarlanabilir bir kavramdır. Kurumsal işlevlerini tam olarak ve istenen biçimde yerine getirebilmesin için dışsal etkiden arınmış olma isteği, yönetsel ve denetsel organların öteden beri mücadele ettikleri konuların başında gelmektedir. Bağımsız idari otoritelerin düzenleme, denetleme ve kolektif yararı koruma işlevlerini siyasi iktidar, idari bürokrasi ve özel gruplar tarafından bir etkilenme olmaksızın yerine getirebilmesine olanak vermek, bir anlamda yargıya benzer bir dokunulmazlıkla korumak düşüncesiyle bu kuruluşlara ayrıcalıklı bir statü tanınmaktadır. Bağımsız Düzenleyici Kurulların yürütmeden bağımsız olarak oluşturulması, genel olarak yasama organının bir idareyi politik olarak “nötralize etme” ve yürütmenin hiyerarşisinden kurtulan hizmetleri kendi organlarının denetimi altında tutma isteğinin bir tezahürüdür. Yürütme erkinin anayasal konumuna ayırksı bir yapı olarak tasarlanan Bağımsız idari otoriteler, kendi sorumlulukları, kendi yönetimleri, kendi personeli ve bütçesi ile klasik yapılardan ayrılmaktadır. Bu durum onların özerklik formlarını somutlaştırmaktan çok, bağımsızlıklarını ön plana çıkarmaktadır.

Bağımsızlık temelde, yargılama, karar verme, danışma, önerme, bilgi verme, soruşturma gibi etkinliklerin yerine getirilmesinde başkalarının yönlendirme ve etkilemelerine karşı bağımlı olmamayı gerektirir. Yönetim ile siyaset (ve giderek siyasi iktidar) arasındaki ilişki ve etkileşimin yoğunluğu, yönetimi denetleyen özerk yapıları da olumsuz yönde etkilemektedir. İlişkisel bağın yoğunluğu arttıkça bağımsızlık zayıflamaktadır. Bu nedenle varsayımsal bağımsızlık tam bir güvence oluşturmamaktadır. Bağımsız idari otoritelerin etkinliği de nihayet yasaya tabidir. Yasaların çizdiği sınırlar içerisinde faaliyette bulunurlar. Ancak politik yönlendirmeler karşısında etkinliklerinin bağımlı olmayışı, onlara göreceli bir bağımsızlık güvencesi sağlar. Buna karşın yasama organı karşısında tam olarak bağımsızlıktan söz etmek

olmayacaktır. Bu nedenle, bu çalışmada siber suçlar, bilgisayar suçları gibi “tartışmalı” kavramların yerine bilişim suçları kavramı tercih edilmiştir.

olanaklı değildir. Yasama organı onları dilediği gibi düzenleyebilir, yetkilerini arttırabilir veya kısımlarını.

Bağımsızlık ilişkisel bir kavram olarak özgürce kendi davranışına, ne yapması gerektiğine karar verebilen birinin durumunu gösterir. Bir kamu örgütünün bağımsızlık planındaki durumu bu örgüt üzerinde kendini hissettiren hukuki ve fiili koşullardan ayrı düşünülemez. Bu anlamda bağımsızlık, koşullar karşısında özgürlük biçiminde formüle edilebilir. Aynı biçimde siyasi yönlendirmeler karşısında bağımlı olmama ve esastan denetim yokluğu bu kamu örgütü için bağımsızlık güvencesini pekiştiren destekleyici öğeler olarak düşünülebilir.<sup>5</sup>

Bağımsızlık, yapısal açıdan idari teşkilat içerisinde hiyerarşik ve vesayet denetime konu olmamak gibi bir ayrıcalık sağlarken; hukuksal açıdan da araştırma, inceleme ve soruşturmasını kamusal yetkilere dayalı olarak yapmalarına, geleneksel yapıların ulaşamadığı derinliğe ulaşmalarına olanak vermektedir. Bu nedenle politik güçlere ve baskı kümelerine karşı bireylere “çifte siperli” bir güvence sağlayan bağımsız idari otoritelerin gerçek varlıklarını ortaya koyabilmeleri için onlara organik ve işlevsel bir bağımsızlığın verilmesi gereği üzerinde tartışma bulunmamaktadır.<sup>6</sup>

**Kurumsal “Bağımsızlık” Göstergeleri:** Bir kurumun yasal statüsünü ortaya koyan normların ona bağımsızlık nitelmesi vermeye yeterli olmadığı gibi, öznel değerlendirmeler içeren görüş ve yaklaşımlar da “bağımsızlık” durumunu yok saymaya elvermez. Hakemlik kararı veren, yaptırım öneren ve uygulayan, düzenleme ve denetim yapan bağımsız idari otoritelerin bağımsızlığını ortaya koyan minimum gerekler bulunmaktadır.

1. Öncelikle bağımsızlık, yönetsel organizmanın üyelerinin atanması sürecinde ön plana geçmektedir. Örgütün normatif statüsü onun eylem özgürlüğünün derecesini, hüküm verebilme ve yargılamada bulunma yeteneğinin sınırlarını belirlemektedir. Kurul üyelerinin atanma biçimi, görev süresi, görevi yenileme olanağının mevcut olup olmadığı ve haklı nedenlerle görevden alma olanağının var oluşu atama sürecine ilişkin yasal koşulları oluşturmaktadır.

Atama yönteminde bağımsızlığı sağlamlaştıran bir başka etken de “çok üyelilik”tir. İdari otoritenin üye sayısındaki nicel çokluk dış etkilere karşı korunmada yararlı olabilmektedir. Çoğulcu ve dengeli bir oluşum örgütün karar verme ve araştırma yapma gibi süreçlerinin sağlığı üzerinde de etkili olmaktadır.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Gaudement, Y., (1981), "*Le Médiateur est-il une autorité administrative ?*", Mélanges Charlier, Shf.117

<sup>6</sup> Weiss, W. Leonard - Klass, W. Micheal, (1986), **Regulatory Reform**, What Actually Happened, Boston: Little, Brown and Company, Shf. 2 vd.

<sup>7</sup> Fransa’da Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu (CNIL) üyelerinin sayısal çokluğu dikkat çekici bir örnektir. CNIL’nin 17 üyesi bulunmaktadır. Bunlardan altı üye, Anayasa’nın öngördüğü asambleleri temsil ederken; iki tanesi Millet Meclisi’ni; iki tanesi Senato’yu ve iki tanesi de Ekonomik ve Sosyal Konsey’i temsil etmektedir. Diğer altı üye en yüksek üç yargı organını (Danıştay, Yargıtay ve Sayıştay) temsil eder. Geriye kalan beş üye ise nitelikli kişiliklerdir. Bunlardan ikisi bilişim uygulamaları bilgilerinden dolayı, üçü de otoritelerinden ve yeteneklerinden dolayı seçilir. Bkz. Bernard, Michel, (1996), “Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés”, Bağımsız İdari Otoriteler, Türk-Fransız Ortak Kolokyumu, 21-22 Ekim 1996, İstanbul: Alkım Yay. s.81 vd..

2. İçsel bağımsızlık, bağımsız denetim örgütünün üyelerinin öz niteliklerine ilişkin bir durumdur. Üyelerin yasal statü ile dış etkilenmelere karşı korunması yeterli olmayıp, bir de iç bağımsızlık değerlerine uymak zorunda olmaları gerekmektedir. Üyeler öncelikle “karar verme”de bağımsız olmalıdır. Üyelerin bizzat kendisi ya da yetkilendirilmiş bir başka görevli bir yakınmanın kendi yargılama alanına girip girmediğine karar verebilmelidir. Giriyorsa, onun takdiri de kendisine ait olmalıdır.

Üyelerin bağlı bulunduğu kurumun ilgi alanına giren her türlü seçimli görevleri, kamusal işleri ve kişisel etkinliği bırakması gerekir. “Bağdaşmazlık ilkesi” (incompatibility principle) gereği, üyeler görev alanı ile ilgili iş ve mesleklerde görev almamalı, çıkar ilişkilerine girmemelidir. Görev süreleri boyunca meslek sırrına mutlak biçimde uymalı, bilgi vermeme yükümlülüğünün bilincinde olmalıdır.<sup>8</sup>

İçsel bağımsızlığın bir başka gereği işlem ve eylem yeteneğinde, değerlendirmelerinde, sonuca ulaşmada özgür olmaktır. BİO üyeleri çoğu kez güçlü çıkar çevreleriyle, kamu örgütleriyle karşı karşıyadır. Bu gücün etkilerini üzerinde hissetmeden, iyi bir bilgi donanımına ve vicdan özgürlüğüne sahip olması gerekmektedir ki adalet gerçekleşsin; doğru olan yapılabilsin. Kollektif yarar adına idari yönelimdeki sapmaları tespit etmede içsel bağımsızlığın önemi hiç de azımsanmayacak bir olgudur. Zira yukarıda da değinildiği gibi, bağımsızlık bir anlamıyla koşullar karşısında özgür olmaktır. Bu noktada yetenek, deneyim, ahlak ve sorumluluk gibi yaşamsal niteliklerin önemi yadsınmaz. Birtakım idari otoritelerin doğrudan yaptırım uygulama yeteneğinden yoksun oluşu, onun kamuoyundaki saygınlığını ve güvenilirliğini hiç de zedelememektedir.

Nihayet içsel bağımsızlığı sağlayan bir başka gereklilik de yapısal güçlüklerle ilgilidir. BİO organına yeteri miktarda akçal (mali) ve personel desteği sağlanmalıdır. Bu destekleme yakınmaların etkili ve hızlı biçimde araştırılması ve sonuca varılması için gereklidir. Akçal destek ya başvuru sahiplerinden belli bir harç alınması veya kamu bütçesinden aktarım yoluyla yapılabilir.

#### 4.1.2. Tarafsızlık:

<sup>8</sup> Fransa’da pek çok BİO kurumuna ilişkin yasada bu durum açıkça dile getirilmiştir. Örneğin Görsel İşitsel Üst Kurul üyeleri edebi ve sanatsal mülkiyetle ilgili 11 Mart 1957 tarihli yasanın düzenlemeleri dışında, doğrudan veya dolaylı olarak görsel-işitsel, yayın, basın, reklam veya iletişim sektörlerinde iş yapan işletmelerde ne görev yapabilir, ne de şerefiye alabilir, ne de herhangi bir çıkar elde edebilirler. Aynı zamanda Komisyon’un memurları oldukları için meslek sırrı ilkesine de sıkı biçimde bağlıdırlar. Bkz. Morange; Jean, (1996), “Le Conseil Supérieur de L’Audivisuel”, Bildiri, Bağımsız İdari Otoriteler, Türk-Fransız Ortak Kolokyumu, 21-22 Ekim 1996, İstanbul: Alkım Yay. 103 vd.

İtalya’da CONSOB’un başkan ve üyelerine danışma görevi de dahil olmak üzere mesleki faaliyetler icra etmek yasaklanmıştır. Üyeler ticari şirketlere ne ortak olabilirler, ne de yönetici. Ticari şirketlerin memurluğunu yapamazlar; özetle başka hiçbir kamu görevi üstlenemezler. ISVAP’ın başkanı başka hiçbir etkinlik icra edemez. Bu organın yönetim kurulu üyeleri ücretsiz dahi olsa, bunun dışında hiçbir görev kabul edemezler. Basın Garantörü bu belirtilen yasağa tabi olmaktan başka, mesleki etkinlikleri yürütemez ve kamu ve özel kuruluşlara yönetici olamaz. Bkz. Longobardi, Nino (1995) **Les autorités administratives indépendantes: une première approche** (suite et fin), shf. 23.

Taraflar arasında ayırım yapmama; eşit ve âdil davranma; fark gözetmeme durumu olarak tanımlanan<sup>9</sup> “tarafsızlık”, hukuk uygulamasında özellikle muhakeme makamının önüne gelen bir ihtilafta karar verirken bulunması gereken konumu, takınacağı tavrı belirlemek için kullanılmaktadır. İki yanı olan çekişmeli bir davada yargıcın, olayın çözümüne ilişkin olarak hiçbir yana yakın olmaması; onlara yol göstererek davanın seyrini yönlendirmemesi; vicdani kanaatine göre karar vermesi beklenir.<sup>10</sup>

Araştırma, soruşturma ve denetleme sürecinde bağımsız idari otoritelerin tarafsız olma zorunluluğu bulunmaktadır. Esasında “tarafsızlık” ilkesi, bağımsızlığı destekleyen bir nitelik olarak algılanmaktadır. Bağımsızlık “statüye” ilişkin bir nitelik olmasına karşın, tarafsızlık “davranışa” bağlı bir nitelik olarak belirmektedir. Bununla idari otoritenin olgusal gerçekliği araştırırken, süjelerin herhangi birisi lehine sapma göstermemesi, önyargı ve öznel tutum sergilememesi istenmektedir. Tarafsızlık, mekanik ve çizgisel bir çağrışımından çok, adalet duygusuna hizmet eden erdemli bir tavrı; yaklaşımı ifade etmektedir.<sup>11</sup> Özellikle “hakemlik” ve “garantörlük” gibi önemli bir işlevi yerine getiren idari otoritelerin, yararlar arasında nötralizasyonu sağlayabilmeleri için kesinlikle tarafsız olmaları gereklidir. Kamusal eylem alanında çıkar gruplarının manyetik çekiminden uzak kalabilmek, bütün yarar kutuplarına eşit tavır takınmak çoğulcu demokratik yönetimin de gereklerindedir.

**1. Nesnellik** (objectivity); tarafsızlığın eyleme aktarılan somut belirtimidir. Sadece yan tutmamak yeterli değildir, olgusal gerçekliği aramada önyargılardan kurtulmak, nötr olmak gereklidir. İçsel bir öznitelik olarak nesnellik, duygularına, çıkarlarına, kişisel eğilimlerine kapılmadan, somut bulgular doğrultusunda özgürce davranmaktır.<sup>12</sup>

Kamu yönetiminin duyarlı alanlarında özgürlükleri koruyan, kamu yararını ile özel yarar arasında hakemlik yapan, oyunun kurallarını belirleyen, düzenleme işlevi yerine getiren bağımsız idari otoritelerin elbette ki bu ince denge ve ağır sorumluluk karşısında taraflar-üstü (super-partes) kalmaları gerekmektedir.

**2. Açıklık** (visibility); karar ve değerlendirmelerde esas alınan ölçütlerin halkın bilgisine açık olmasını dile getirir.<sup>13</sup> BİO’lar yetkilerini kullanırken ne gibi pozitif verilere dayandığını kamuya açıklayabilmesi gerekir. Kapalı kapılar ardında verilen kararlar her zaman için kuşkuya açıktır. Açıklık ilkesi, organların çalışma biçiminden, karar alma sürecine kadar her alanda geçerli olmalıdır. İlgili kişiler hangi durumda, ne gibi bir sonuçla karşılaşabileceklerini az çok bilmelidir. Özellikle denetimde açıklık yönetsel

demokrasiye güç veren önemli bir ilkedir. İdari otoritenin yaptırım yetkisinin otoriter veya totaliter bir yönetime girmesine de ancak açıklık engel olabilir.

**4.1.3. Özerklik:** Merkezi katı bir yönetsel yapılanmanın durağanlığını aşmak için geliştirilen formüllerden biri de “özerklik”tir. Yaptıkları hizmet ve buldukları konum itibarıyla kültürel, ekonomik ve teknik yönetsel organlar kendi amaçlarını daha iyi gerçekleştirmek için, merkezin müdahalesinden uzak kalmayı, eylem marjını bu yolla biraz daha genişletip, daha iyi kamu hizmeti sunmayı amaçlamışlardır. Bu durum “ayrıcılık” bir statü bekleyişinin tersine, tam bir sorumluluk duygusu içerisinde hizmetin serbestçe yerine getirilmesi amacıyla yönelik olarak belirmiştir.<sup>14</sup> Merkezde yetkilerin tek elden toplanması, kararların üst düzeyde merkez organları tarafından alınması hizmetlerin aksamasına neden olurken, gerçek uzmanların ve işten anlayan kişilerin görüş ve düşüncelerinin, alınan kararlara yansması ve isabetli kararlar alınması da güçleşmektedir. Bu nedenle öz sorumluluğa dayalı, hizmetin gerekleri için uygun olan en iyi kararın üretilmesinde özerkliğin önemli bir işlevi bulunmaktadır. Özerklik bir yönüyle yönetsel demokrasinin de sert çekirdeğini oluşturmaktadır. Siyasi iktidarın değişken tutumu karşısında, hizmetin gereğine uygun iş görme olanağı ancak özerklikle olanaklı olabilmektedir. Ancak özerklik, idarenin bütünlüğünü yadsıyan, mutlak bir bağımsızlık anlamı taşımamaktadır. Özerkliğin amacı bazı makam ve kişilere otorite, nüfuz sağlamak değil; hizmetlerin çabuk, basit, ucuz ve daha iyi görülmesini sağlamaktır.<sup>15</sup> Ancak korumanın salt siyasi iktidara karşı düşünülmesi de yeterli değildir. Özerklik bir hizmetin görülmesindeki kamu yararını, hem siyasi iktidar, hem de özel çıkarlar ve bunların ekonomik gücü (eski deyimleriyle iktisadi iktidarı) karşısında koruyan bir araçtır. Bu nedenle toplum adına hareket eden, toplumdaki bütün grupların değer ve çıkarlarını yansıtan kuruluş temsilcileriyle yönetilmeyi öngören kurumlara özerklik statüsü verilmiştir. Özerklik ilke ya da kurallara bağlı olmaksızın, her konuda dilediği gibi davranma özgürlüğü de vermez. Bunun kapsamı ve içeriği normatif düzenle belirlenir.<sup>16</sup>

#### Özerkliğin Gereklileri:

**(a) Yönetsel Etkinliğe İlişkin Gerekliler;** Bir yönetsel yapının özerk sayılabilmesi için öncelikle *kurumsal yapılanmada* ve karar *vermede* bağımsız hareket edebilme yeteneğinin olması gerekir. İdarenin, iç örgütlenmesini öz gücüne dayanarak yapabilmesi gerekir. Özerk kurum, çalıştıracağı personelin kendisi alır<sup>17</sup>; örgütün çalışma ilkelerini kendisi belirler.

Organik anlamda bağımsızlaşma, dışsal etkenlerin olumsuz yansımalarını bertaraf eder. Merkez yönetimin yerli yersiz müdahalesi, sürekli değişen ve değişme tehlikesi taşıyan örgütlerin amacını gerçekleştirebilmelerini, verimli ve kaliteli hizmet sunmalarını zorlaştırır. Bu nedenle merkezden bağımsız olarak hareket edebilme ve koşulların gereklerine

<sup>9</sup> Black’s Law Dictionary, Shf. 752

<sup>10</sup> **Kuru, Baki- Yılmaz, Ejder- Arslan, Ramazan, (2010), Medeni Usul Hukuku,** Ankara: S Yay., Shf. 93vd.

<sup>11</sup> Buna karşı olan bir görüşe göre, tarafsızlık, mekanik ve çizgisel çağrışımlar içeren tam bir kısırlığın habercisidir. Taraflara eşit davranmadığımız, taraflardan eşit uzaklıkta durduğunuz ölçüde tarafsızız. Tarafsız olabilmeniz için mutlaka “taraf”lar olacak, siz bu tarafların dışında, ortasında, üstünde olacaksınız, kendiniz birey olmak ya da yapmak yerine, onların ortalamalarını, ortak paydalarını, açığırtaylarını falan bulacaksınız. Yaratıcı, katkıcı olmayan, kısır bir işlev. Bkz. **Soysal, Mümtaz, (1988), “İki Kavram: Özerklik ve Tarafsızlık”, Bahri Savcı’ya Armağan,** Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yay., Shf. 447

<sup>12</sup> **Dinçkol, Abdullah, (1995), “Hakimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler”, HFSA, Sayı: 2, İstanbul: Afa Yay., Shf. 174**

<sup>13</sup> **Oosting, Martin (1996), The National Ombudsman of the Netherlands, a brief introduction, The Hague, Shf. 27**

<sup>14</sup> Soysal, 1988, 447

<sup>15</sup> **Tortop, Nuri (1994), Mahalli İdareler,** Ankara: Yargı Yay., Shf. 19

<sup>16</sup> **Saran, M. Ulvi, (1995), “Özerklik ve Mahalli İdareler Düzeyinde Denetim”, Türk İdare Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 408, Eylül ‘95, Shf. 21**

<sup>17</sup> Bazı durumlarda özerk bir yönetimin başına üst düzey yöneticiler merkezden atanabilmektedir. Bu mutlaka o kurumun özerkliğini bozacağı anlamına gelmez. Yönetsel sistemde uyum ve birliği sağlama bunu zorunlu kılyorsa bu gerekli de olabilir.

göre davranabilme hem örgüt, hem de onun sahip olduğu özerkliğin gücü açısından önem kazanmaktadır.

Yasalarla belirlenmiş olan eylem alanı içerisinde kendi başına karar alabilme ve bunu yürütme yetkisinin o kuruluşa verilmesi de özerkliğin zorunlu bir gereğidir. Bu “karar özerkliği”ni tanımlar.<sup>18</sup> Buna karşın üst makamların ön iznine veya onayına bağlı olarak karar alabilme durumu özerkliğin doğasına ters düşmektedir. Örgüt, yasalarla ortaya konmuş olan amaç doğrultusunda ve kendi öz sorumluluklarının gereklerine uygun biçimde dilediği gibi düzenleme yapma ve bunu uygulama yeteneğine sahip kılınmalıdır. Eylem yeteneğine ilişkin müdahale ve belirlemelerdeki artış, kurumu giderek işleyemez duruma getirir veya kendisine vâsi atanmış kişi durumuna getirir.

**(b) Mali Destek;** özgürleştirme isteğinin somut belirtisidir. Kurumları salt özekselsel yönetimin otoriter eğilimlerinden korumak onlara gerçek bir güvence vermez. Özerk yapılı bir yönetim parasal yönden desteklenmedikçe, ondan beklenen hizmeti hakkıyla yerine getirmesi olanaklı olmaz.

Bağımsız idari otoriteler, etkinliklerini işlevsel ve teknik özerklik içinde ve karar verme bağımsızlığı içinde yerine getirirler. Yasama ve/veya yürütme erkinin kurucu işlemi dışında, örgütsel iç yapılanmaya, personel alımına, bütçe yapımı ve harcamaya ilişkin konularda kendileri karar verirler. Böylece bu kurumlara siyasi ve yönetsel bir yönelim belirleme olanağı verilmektedir. Yönetsel bütünlük içerisinde, yürütmeye doğrudan bağımlı olmaksızın hareket edebilme yeteneği “örgütlenme özerkliği” ile olanaklı iken, kamusal yönetimin duyarlı alanlarını düzenleme ve denetleme görevini yürütmek için de “işlevsel özerklik” gerekmektedir. BİO modelinde işlevsel özerklik aynı zamanda kurumsal dinamizm için güdüleyici bir etken olarak algılanmaktadır. Özgürlükleri çiğneyen azıllı yarar çekişmelerinde baskın gelebilmek ve garantörlük görevini yerine getirebilmek için bir “otorite”den beklenen ağırlığı bu yolla sağlamaları olanaklı olmaktadır. Görev alanına giren konularda araştırma, görüş bildirme, düzenlemede bulunma, önlem alma, yaptırım uygulama gibi etkinliklerin temelinde bir “kendi belirleyim” (oto-determinasyon) yetkisi bulunmaktadır.

BİO’lar için özerklik, zorunlu bir karakterdir. Zira bu yapılar etkili bir “kamu gücü” kullanılmaktadırlar. Özellikle yaptırım uygulama yetkileri, onları siyasi otoritenin egemenlik alanı dışında, doğrudan ilişkili olmayan bir yerde konuşlanmalarını gerektirmektedir. Siyasi iktidarın baskın gelen eğilimleri bu kurumların işlevsizleşmesine neden olmaktadır. Özerklik bu nedenle egemen siyasi iktidara karşı koruyucu bir perdedir.

#### 4.1.4. Uzmanlık/Yönetsel Otorite Niteliği

Yerine göre yetki, güç, iktidar, kuvvet, egemenlik, saygınlık, nüfuz gibi anlamlarda kullanılan “otorite” sözcüğü, hukuksal anlamda, “hukuksal güç ve yetki, emretme ve işlem yapma hakkı, kamusal görev alanında bir kamu ajanının hukuka uygun olarak verdiği emirleri itaat ettirme iktidarı” biçiminde tanımlanmaktadır.<sup>19</sup> Yönetim hukukunda ise otorite, “yürütülebilir karar alma” ve alınan kararı “yerine

getirme” yetkisini ifade etmektedir.<sup>20</sup> Bağımsız idari otoritelerin yapısal ve işlevsel açıdan otorite olma nitelikleri, onların düzenleme, kamusal özgürlükleri koruma görevlerinin siyasi iktidar, bürokrasi ve özel gruplara karşı etkili ve güçlü olma isteğinden kaynaklanmaktadır. Zira pratik yaşamda etkili güç odaklarını özgürlüklerden yana dizginlemek ancak tam anlamıyla yetkin ve güçlü bir yapıyı gerekli kılmaktadır.

Bağımsız idari otoritelerin gerçek birer “otorite” olup olmadığını ölçmede “belirtiler göstergesi” (*faisceau d’indices*)’nden yararlanılmaktadır.<sup>21</sup> BİO’ların yönetsel otorite olarak değerlendirmede dikkate alınan belirtiler “hukuksal durum” a ve “psikolojik etkiler” e ilişkindir. BİO olarak değerlendirilen organizmalar etkili ve yürütülebilir nitelikte kararlar alıp, bunu başka bir kuruluşun izni ya da onayına gerek kalmaksızın uygulayabilme yeteneğine sahiptirler. Bağımsız karakterli yönetsel otoritenin yasal statüsü, elinde güçlü silahları olan bir kurumsal yapıya olanak tanımaktadır. Özerklik güvencesiyle yapılanmış bu kurumların, yasalarla tanımlanmış görev ve yetkileri bulunmaktadır. Bağımsızlık durumu da görev ve yetkilerin kendi başına, etkin biçimde kullanılmasına olanak tanımaktadır. Bu bağlamda “bağımsızlık” ve “özerklik” BİO tipi yönetsel otoritenin altyapısını oluşturmaktadır. Bunlardan biri ortadan kaldırıldığı veya zayıflatıldığı zaman, kurumun otorite olma özelliği de önemli ölçüde zayıflamaktadır.

BİO’ları gerçek birer “yönetsel otorite” yapan ikinci belirti ve neden onların psikolojik etkisinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de yönetilenlere kurumsal bir özgürlük güvencesi sunma işlevi, BİO’nun karar organlarında yer alan kişilerin seçkin nitelikleriyle olanaklı olmaktadır. Üyelerinin siyasi bağımsızlık, nesnellik, erdem, bilgi donanımı gibi özellikler açısından yetkin olması, BİO’yu psikolojik açıdan da gerçek bir otoriteye dönüştürmektedir. Dürüst, olgun, kararlarında âdil ve güvenilir üyelerin bu kurumlara atanmış olması, kamuoyunda ona belli bir saygınlık kazandırmaktadır. Bu durum kararların yürütülmesi üzerinde açık biçimde etkili olmaktadır. Bazı durumlarda kurumun yakınma üzerine yapmış olduğu araştırma sonucunda elde ettiği bulgular doğrultusunda verdiği bir karar yaptırım içeriyorsa, bunu zorla uygulama yerine ikna yöntemini uygulayabilmektedir. Bunun sonucunda, yasal yaptırım uygulama yetkisi zaman zaman gerilimlere neden olduğundan, uzlaştırmaya yönelik çözüm üretme yönteminde daha başarılı sonuçlar alınmaktadır.

#### 4.1.5. Kamusal Yaşamın Duyarlı Alanları

Endüstri toplumundaki hızlı evrimleşmenin yarattığı toplum ilişkilerindeki yapısal değişimler, siyasal iktidarın ve giderek devlet felsefesinin biçimlenmesi üzerinde de etkili olmuştur. Üretim tarzındaki görev ve işbölümü anlayışı,

<sup>18</sup> Keleş, Ruşen, (1992), *Yerinden Yönetim ve Siyaset*, İstanbul: Cem Yay., Shf.42

<sup>19</sup> Black’s Law Dictionary, 133

<sup>20</sup> Prof. Dr. Lütfi Duran otorite kavramını “İdarenin işlevi” kapsamında değerlendirmektedir. İdare, genel olarak tek yanlı ve kendiliğinden davranır. Bu yolla İdare “kendiliğinden davranma” (re’sen hareket) ve “geçerli karar alma” (icraî karar alma) yetkilerini kullanır. Ayrıca İdare işlem ve eylemlerini, başka kuruluş ve kişilerin yardımına, iznine veya rızasına gerek duymaksızın doğrudan doğruya ve kendi gücü ve olanaklarıyla gerçekleştirir. Buna da İdarenin “doğrudan yerine getirme” (re’sen icra) yetkisi denir. Bkz. Duran, Lütfi (1982), *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: İÜHF Yay. Shf. 7.

<sup>21</sup> Pontier, Jean-Marie, (1992), “Le Mediateur du cinéma”, *La Revue Administrative*, N° 265, Janvier-Fevrier, Shf. 10

toplumsal ilişkilere de yansımış, bunun sonucu toplumsal ilişkileri biçimlendiren kurum ve kurallar da değişmiştir.

“Kamusal yaşam” dediğimiz, toplumun genelini içeren ilişkiler ağı, çağımızda teknolojik gelişmelerin yarattığı devinimle daha da karmaşıklaşmıştır.<sup>22</sup> Bunun sonucu olarak bireyin devlet ve toplum karşısındaki konumu değişmiş, eylem yeteneği ve özgürlük alanı biraz daha daralmıştır.

Anayasal bağlamda düşünüldüğünde, toplumsal ilişkilerdeki yapısal değişimler, bireyin özgürlüğünü amaç edinen hukuk devleti ile amacı herkesin iyiliği (giderek bütünü iyiliği) olan sosyal devlet üzerinde de etkili olmuştur. Anayasanın üzerinde kurgulandığı hukuk devleti ve sosyal devlet (ya da içeriği zenginleştirilen sosyal hukuk devleti) ilkelerinin belirlediği bireyin hak ve özgürlükleri her toplumsal gelişme karşısında yeni bir biçim ve içerikle dengelenmeye, korunmaya, giderek geliştirilmeye çalışılmıştır. Klasik liberalist yaklaşımda hukuk devleti yaşam, özgürlük ve mülkiyet değerleri üzerinde yoğunlaşmaktadır. Yeni hak ve özgürlük demetleri hukuk devletinin anlam ve içeriğini de zenginleştirmiş, ona farklı bir misyon yüklemiştir. Hukuk devletinden beklenen bu özgürlük alanlarını resmi, yarı resmi ve özel müdahalelere karşı korumasıdır. Sosyal devlet ise geniş bağımlı kitlelerin yararı için, yaşayabilme güvenliği, tam istihdam ve çalışma gücünü korumaya çalışmaktadır.<sup>23</sup>

Teknolojik gelişmenin yarattığı toplumsal ivme, bireyin temel hak ve özgürlükleri için olumsuzlaşmaya başlayınca devletin buna müdahale etmesi kaçınılmaz olmaktadır. Bu müdahalede amaç, bireyi korumaktan başlayarak, kamu düzeni, kamu yararı ve giderek genel yararı korumaktır. Özellikle ekonomik yaşamın, vahşi rekabet güdüsüyle alt-üst edildiği bir ortamda bireyin sahip olduğu maddi ve manevi değerler ağır bir yıkıma uğramaktadır.<sup>24</sup> Bundan başka iş ilişkileri, doğa-insan ilişkisi, birey-devlet ilişkisi gibi ilişki zinciri de bireyin değerlerine yönelik tehlikeler içermektedir.

Günümüzdeki birtakım kamusal faaliyet alanları bize güçlü, etkisi ve önemi hiç de azımsanmayacak dışsal etkenleri çağrıştırmaktadır. Bu gibi faaliyetler bireysel özgürlükler üzerinde oldukça etkili sonuçlar doğurmaktadır. Bundan dolayı bu etkinlikler “toplumsal yaşamın duyarlı alanları” olarak görülmektedir. Zira sözkonusu olan bireyin özgürlükleridir. Bireyin ve giderek toplumun yararını

korumak için bu etkinliklerin pozitif hukuk düzeni tarafından daha iyi düzenlenerek bireyin özgürlüklerinin etkili biçimde korunması gerekmektedir. Devlet açısından da bu anayasal bir ödev olarak görülmektedir. Devlet toplumsal barışı, ekonomik dengeyi ve kamu düzenini korumakla ödevlidir. Örneğin girişim özgürlüğünün kamu yararı düşüncesiyle frenlenmediği yerde acımasız rekabet oyunları işlemeye başlamakta, sonuçta bireyle birlikte toplum yararı da bemeay ağır zararlar görmektedir. Kamusal yarar önplana alınmadan serbest bırakılan faaliyetler bir süre sonra “özgürlüğü çığneme özgürlüğü”ne dönüşebilmektedir.

Kamusal yaşamdaki duyarlı sektörlerin özel bir rejime bağlanmak istenişinin nedeni özünde, demokratik yönetimin açık, kararlı ve güvenli yapısını yaşama geçirme isteğinden kaynaklanmaktadır. Günlük politik programların değişkenliklerine bağlı faaliyetlerin demokratik yönetimden beklenen güvenceyi zayıflatmasından bireysel özgürlükler önemli ölçüde zarar gördüğünden, bunun önüne geçebilmek için özerk statülü uzmanlaşmış denetim organlarına iş düşmektedir. Özel sektör açısından “kamu yararı ile etkilenmiş” faaliyetler olarak görülen etkinlikler, kamu sektörü açısından da özel bir önem taşımaktadır. Deneyimler idarenin ruhsat verme, bildirim ve onay (tescil) koşulunu uygulama, tahsis gibi denetime yönelik etkinliklerinin, idarenin dışında, ondan tümüyle bağımsız bir organ tarafından denetlenmediği takdirde istismara kapının aralandığını göstermiştir.

Birey-toplum-devlet ilişkisinin iyi dengelenmesi için kamusal yaşamın duyarlı alanların, “*kamu yararı*” ve “*kamu düzeni*”ne uygun olarak düzenlenmesi gerektiğinden söz ettik. Burada akla gelen ilk soru, bu kavramların içeriğinin ne olduğudur. Hemen belirtelim ki, hukuk uygulamasında ve öğretisinde ne kamu yararı, ne de kamu düzeni tam olarak tanımlanabilmiştir.<sup>25</sup> Kamu yararı, özünde kamu düzenini de içeren geniş kapsamlı, günün koşullarına göre yorumlamaya elverişli, işlevsel özelliği olan bir ölçüttür.<sup>26</sup> Bireysel yararın toplamından oluşan bir *ortak iyilik* düşüncesiyle uyumlaştırılmış özgürlük sınırıdır. Kamu yararı kavramı, değişik türdeki toplumsal çıkarların arasında bir “hakemliği”, bir “dengeyi” ifade eder.<sup>27</sup> Buna karşın “kamu düzeni” toplumsal yaşamda dirlik ve düzenliğe, güvenliğe ilişkin “maddi ve fiziksel” düzeni ifade eder. Toplum halinde yaşamaktan kaynaklanan ve olağan sınırları aşan rahatsızlıkları, düzen bozukluklarını önlemek ve gidermek için tasarlanmış bir formüldür. Toplumsal yaşamın minimum birlik ve uyum koşulu ve siyasal iktidarın varlık nedeni olarak da tanımlanan kamu düzeni, bireylerin her yerde ve günün her saatinde dirliğini ve dinginliğini bozucu dışsal

<sup>22</sup> Bir görüşe göre “toplumsal değişimin temel öğelerinden biri teknolojidir. Toplumsal değişimde teknoloji, özellikle çağımızda köklü dönüşümlerin belirleyici bir öğesi durumuna gelmiştir.” Armağan, Sibel- İbrahim, (1988), *Toplumbilim*, İzmir: Barış Yay., Shf. 214; bir başka görüşe göre, “toplumsal değişim sürecinin altında, insanoğlunun tüm birikimi yatar. Bu birikim maddi kültür alanında teknoloji, manevi kültür alanında da ideolojidir. Toplumsal değişmeyi, insan-doğa ilişkisinin belirlediği teknoloji ile, insan-insan ilişkisinin belirlediği ideoloji arasındaki etkileşim biçimlendirir.” Kongar, Emre, (1981), *Toplumsal Değişme Kuramları ve Türkiye Gerçeği*, İstanbul: Remzi Yay., Shf. 57

<sup>23</sup> Huber, E. Rudolf, (1970), “*Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet*” (Çev. T. Ansay), *AÜHF Dergisi*, Cilt: XXVII, Sayı: 3-4, Shf. 36

<sup>24</sup> Buna karşın William Graham Sumner gibi düşünürler, rekabete dayanan kapitalist ekonomi sisteminin toplum bakımından en yararlı sonuçları doğurduğunu ve toplumun üstün yetenekli üyelerinin doğal bir seleksiyon süreci içinde kendi yeteneklerini en iyi şekilde geliştirebildiklerini kabul etmekte, “özgürlük içinde eşitlik” tezini ileri sürmektedir. Bkz. Güriz, Adnan, (1993) “*Kapitalizm ve Hukuk*”, *Anayasa Yargısı*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., Shf.200

<sup>25</sup> Duran, (1982), Shf.25

<sup>26</sup> Akıllıoğlu, Tekin, (1988), “*Kamu Yararı Kararı Üzerine Düşünceler*”, *İHİD*, Sayı: 1-3, Yıl: 9, (L. Duran’a Armağan Özel Sayısı), Shf. 11; Tanör, Bülent, (1969), *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası*, İstanbul: Öncü Yay., Shf. 132.

<sup>27</sup> Bir düşünceye göre “*kamu yararı*” ile “*toplum yararı*” farklı anlamlar taşır. Dar anlamda kamu yararı, mülkiyet hakkının sınırlarını belirlemek için kullanılan bir ölçüttür. Geniş anlamda ise bütün toplumsal değerleri kapsar. Siyasal ve ideolojik bir içeriğe sahiptir. Anayasanın toplumsal, siyasal ve ahlaksal normatif değerlerinin dayanağını oluşturur. Geniş anlamda kamu yararı kavramı toplum yararını betimlemek için kullanılır. Bkz. Keleş, Ruşen, (1975), “*Kentleşme ve Kamu Yararı*”, *Ekonomi Hukuk Kongresi*, TBB, Shf. 14-17

etkenlerle rahatsız edilmemesidir.<sup>28</sup> Bu anlamda “güvenlik”, “dirlik ve esenlik” (huzur ve selamet) ve “sağlık” gibi toplumsal yaşamın maddi düzenini oluşturan öğeler, kamu düzeninin tanımlanmasına yardımcı olmaktadır.<sup>29</sup>

Kamu yararı bir üst kavram olarak, kamu düzenini de içermektedir.<sup>30</sup> Kamu düzeni fiziksel bir ölçüyü gösterirken, kamu yararı bunu da kapsamak üzere maddi ve manevi bir değerler kümesini, toplumsal uyum, denge ve bütünlük düşüncesini ifade etmektedir. Kamu yararı, tarımsal ve sınai gelişmeyi sağlayıcı, fiyat denetimini gerçekleştirci, konut sorununu büyük çoğunluk yararına çözümlenici<sup>31</sup>, çalışanları, aileyi, kadını ve çocuğu koruyucu, haksız rekabeti önleyici, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamaya elveren önlemleri geliştirici işlevsel yanı olan ve ancak ampirik yöntemle içi doldurulabilecek kapsamı oldukça geniş bir kavramdır. Bu kavram özgürlükleri daraltma ya da kısma gerekçesi olarak kullanılırken, birey ya da grupların yararını gözardı etmemelidir. Kamusal ve özel yaşamdaki dışsal etkenleri toplum yararı ile uyumlulaştırma çabası, duyarlı dengeleri alt-üst etmemelidir. Daha çok yürütme erkinin faaliyetlerine ilişkin alanda yer alan birey ve grupların etkinlikleri, kamu yararı (ve özelde kamu düzeni) gereklerine ve temel felsefesine uygun biçimde düzenlenmelidir. Egemenlik yetkisi kullanan devletin, bireyin hak ve özgürlükleri üzerinde etkili olan eylem alanlarını kamu yararı düşüncesiyle düzenleme gereği *koruyuculuk*, *geliştiricilik* misyonundaki zorunluluktan kaynaklanmaktadır.

## 5. BTK'nın BİO Gereklere

Yukarıda karşılaştırmalı hukuk verilerinin ortaya koyduğu gereklere karşıladığı ölçüde BTK'nın bir BİO olduğundan söz edilebilecektir. Aksi takdirde idari teşkilat içerisindeki yeri aranırken tanımlanamayan yapısal özellikler bize nasıl bir çıkarımda bulunacağımız konusunda tereddütlere sürükleyecektir.

### 5.1. BTK'nın idari teşkilat içerisindeki yeri

BTK, 2813 ve 5809 sayılı Kanunlar ve diğer mevzuatla verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere kurulan, idarî ve malî özerkliğe sahip bir kamu tüzel kişisidir.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Duran, 1982, 254.

<sup>29</sup> Duran'a göre bu öğelere bir de “genel ahlak”ı eklemek gerekmektedir. Zira, maddi dış düzeni etkilemesi kaçınılmaz olan bireyin fikri ve ahlaki tutum ve davranışları “genel ahlak” yapısına zarar verdiği zaman kamu düzeni de bozulmaktadır. Bkz. Duran, 1982, 255.

<sup>30</sup> Bir görüşe göre, kamu düzeni, kamu yararı düşüncesiyle konulmuş bir özel hukuk düzenidir. Bireye özel bir hukuk alanı ve sözleşme serbestliği sağlayan hukuk düzeni, bunu özel yararlıardan önce gelen kamu düzeni gereklerine göre sınırlayabilir. Örneğin, bir haksız eylemin işlenmesini kolaylaştıran veya bunu yapmayı yükümleyen yahut boşanmayı sağlamayı, çocuğa ödenmesi gereken nafakayı kaldırmayı, ahlaka aykırı biçimde davranmayı şart koşan sözleşmeler kamu düzenine aykırılık nedeniyle geçerli olamazlar. Bkz. **Müderrişoğlu**, Feridun, (1977), “*Anayasal Hak ve Özgürlüklerin ve Özellikle Basın Özgürlüğünün kamu Düzeni İle Sınırlanması ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Düzeni*”, **Onar'a Armağan**, İstanbul: İÜHF Yay., Shf. 491

<sup>31</sup> Tanör, 1969, 133

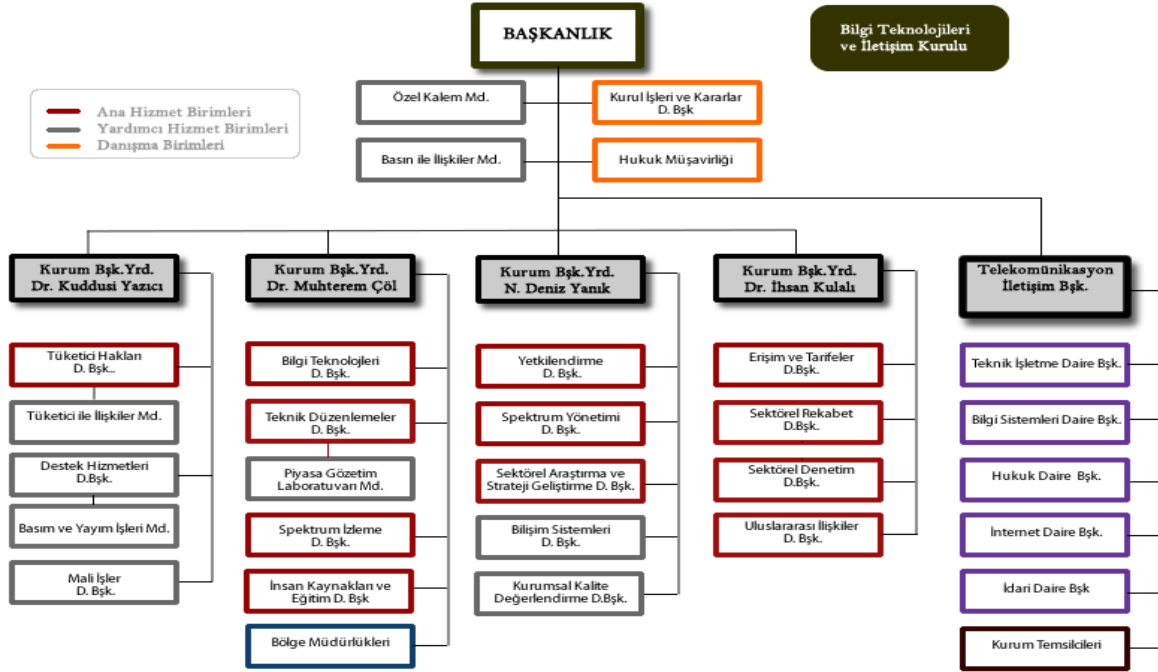
<sup>32</sup> Telekomünikasyon sektörünü düzenleme ve denetleme fonksiyonunun bağımsız bir idari otorite tarafından yürütülmesi amacıyla 2813 Sayılı Telsiz Kanununda değişiklik yapan 27.1.2000 tarihli ve 4502 Sayılı Kanunla kurulan Telekomünikasyon Kurumu,

Kurum, Kurul ile Başkanlık teşkilâtından oluşur. Kurul Başkanı Kurumun da başkanıdır. Kurul, Kurumun karar organıdır. Kurul; biri Başkan, biri İkinci Başkan olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur.

Başkan ve üyeler, Bakanlar Kurulu tarafından beş yıllık süre için atanır. Görevi biten Kurul başkanı ve üyelerin aynı göreve yeniden atanmaları mümkündür. Kurul üyelerinin görev güvenceleri vardır. Kurul Başkanı ve üyeleri ancak görevini yapmaya engel bir hastalık veya rahatsızlık nedeni ile iş görememe ya da atanmaları için gerekli şartları kaybetmeleri halinde Bakanlar Kurulu kararıyla süresi dolmadan görevden alınabilirler.

Kurul görevlerini yerine getirirken bağımsızdır. Kurul ilgili mevzuatla kendi görev ve yetkisine verilmiş konularda en üst düzeyde görüşme ve karar alma yetkisine sahiptir.

10.11.2008 tarihli ve 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile yeni bir düzenlemeye tabi olmuş ve adı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu olarak değiştirilmiştir. 2813 Sayılı Telsiz Kanunu yeni bir düzenleme ile Kanunun adı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanunu olarak değiştirilmiştir.



Şekil 1. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Organizasyon Şeması

Kurumun hizmet birimleri; hukuk müşavirliği, daire başkanlıkları ve müdürlükler şeklinde teşkilâtlanan ana hizmet, danışma ve yardımcı hizmet birimlerinden oluşan merkez teşkilâtı birimleri ile bölge müdürlükleri şeklinde teşkilâtlanan taşra teşkilâtı birimlerinden oluşur.

Kurum görevlerini yerine getirirken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi Kuruma emir ve talimat veremez.

Kurumun ilişkili olduğu bakanlık Ulaştırma; Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığıdır. Kurumun merkezi Ankara'dadır.

Kurum, ilgili mevzuatta belirtilen usûl ve esaslar çerçevesinde kendisine tahsis edilen malî kaynaklarını, görev ve yetkilerinin gerektirdiği ölçüde, kendi bütçesinde belirlenen usûl ve esaslar dâhilinde serbestçe kullanır.<sup>33</sup>

İnternete erişim hizmetleri temelinde Kurum'un başlıca piyasa gözetimi ve denetimi dâhil olmak üzere gerekli düzenlemeler ile denetlemeleri yapmak; uzlaştırma prosedürünü işletmek, genel kriterler ile uygulama usûl ve esaslarını belirlemek, mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak, sektörde ortaya çıkan rekabet ihlallerini denetlemek, müeyyide uygulamak, kişisel bilgilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına ilişkin gerekli düzenlemeleri ve denetlemeleri yapmak, eşgüdümleme gibi görev ve yetkileri vardır.

## 5.2. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB)

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu bünyesinde doğrudan Kurum Başkanına bağlı olarak faaliyet gösterir. BTK-TİB ilişkisi idare hukuku bakımından hiyerarşik bir ilişkidir.

TİB'in görev ve yetkileri oldukça geniş biçimde belirlenmiştir. Buna göre başlıca; telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal

bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına yönelik iş ve işlemler, veri iletimi, teknik alt yapının kurulmasını sağlama, arşivleme, uluslararası kurum ve kuruluşlarla işbirliği ve koordinasyonu sağlama, internet ortamında yapılan ve 5651 sayılı Kanun kapsamına giren suçları oluşturan içeriğe sahip faaliyet ve Yay. önlemeye yönelik çalışmalar yapma; önleyici tedbirler alma, yaptırım uygulama gibi görev ve yetkileri vardır. Bunları yaparken **İnternet Geliştirme Kurulu** (İGK)<sup>34</sup> ile gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlayacaktır.

Yapısal olarak bakıldığında TİB, BTK içinde onun hiyerarşik bir parçası olan bir birim olmakla birlikte uygulamada doğrudan karar verme (kesin ve yürütülebilir işlem tesis etme) yetkisine sahiptir. Dolayısıyla TİB dışarıya verdiği görünüm itibarı ile başlı başına bağımsız bir idari otorite gibi yanılığa neden olmaktadır. Üstelik tamamen bürokratlardan oluşan karar organıyla internet üzerinde sansür uygulayan bir yürütme organı görünümüne sahiptir.

<sup>34</sup> İnternet Geliştirme Kurulu; 01/11/2011 tarihli, 28102 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan KHK / 655 Karar Sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 29. maddesine dayanılarak oluşturulmuştur. İnternet Geliştirme Kurulu Görevleri: (a).İnternet ortamının ekonomik, ticari ve sosyal hayat ile bilim, eğitim ve kültür alanında etkin, yaygın kolay erişilebilir olarak kullanımını teşvik edecek politika ve strateji önerileri hazırlamak ve Bakana sunmak. (b).Türk Kültürü, Türk Tarihi ve Türk Dünyasıyla ilgili bilgilerin internet ortamında daha fazla yer alması ve bunların tanıtılması hususunda çalışmalar yapmak, yaptırmak ve öneriler hazırlamak ve Bakana sunmak. (c).İnternet ortamının güvenli, serbest, özgür ve faydalı kullanımı ile katma değer üretmesine yönelik öneriler hazırlamak ve Bakana sunmak.(d).Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

<sup>33</sup> Bakanlar Kurulu'nun 4/4/2011 tarih ve 2011/1688 no'lu kararı ile 8.6.2011 gün ve 27958 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmış olan "Bilgi Teknolojileri Ve İletişim Kurumu Teşkilât Yönetmeliği" m.4



Dış görünüm itibarı ile önemli bir kolluk hizmetini yerine getiren TİB, özerk ve bağımsız olmaması, bürokratik yapısı ile yansızlık güvencesi verememesi gerçeği karşısında BİO olarak değerlendirilemez. Kaldı ki bağlı bulunduğu üst idari yapı BTK açısından da bu çıkarımı yapmak mümkündür. Her ne kadar bütçe özerkliği bulunsun da 2011 yılında çıkarılan 649 sayılı KHK düzenlemesi karşısında bu idari yapıyı da BİO olarak değerlendirmek mümkün değildir. Şöyle ki; 8.8.2011 tarih ve 649 sayılı KHK ile 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun'un 19/A maddesine yapılan "Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dâhil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir." şeklindeki yeni düzenleme BİO'ların idari yapı içerisindeki "bağımsızlık" statülerini ortadan kaldırmıştır. Burada kullanılan ağır bir vesayet yetkisidir. Oysa BİO'lar merkezi idare ile sadece ilişkili yapılar olarak son derece zayıflatılmış bir vesayet ilişkisi ile yapılandırılmışlardır.

## 6. Hukukumuzda İnternete Erişim Yasakları: Çelişki ve Çatışmalar

Hukukumuzda erişim yasaklarını düzenleyen temel norm, 5651 sayılı **İnternet Otamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanun**'dur.<sup>35</sup> Kanun'un 8. maddesinde internet sitelerine erişim yasağının hangi ölçütlere göre ve nasıl konacağı düzenlenmiştir.

Buna göre, bir internet sitesine erişim yasağı konması için 8. maddede sınırlı sayıda sayılan 8 ayrı suçtan birinin işlenmiş olması gerekmektedir.<sup>36</sup> Ne var ki zaman içerisinde, 5651 Sayılı Kanun'un sınırlı sayıda saydığı suçlara rağmen değişik yasalarda değişik erişim yasakları düzenlenmiştir. Bugün için pek çok yasada<sup>37</sup>, erişim yasağı içeren düzenlemeler bulunmaktadır.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> 14 maddeden ve bir geçici maddeden oluşan bu kanun 23.5.2007 gün ve 26530 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış, 3. ve 8. Maddeleri derhal; diğer maddeleri ise yayımdan 6 ay sonra yürürlüğe girmiştir. Bu çalışmada, uzun bir ada sahip olan bu kanun kısaca 5651 Sayılı Kanun olarak ifade edilmektedir. Daha sonra, kanunun uygulanmasını göstermek amacıyla üç ayrı yönetmelik yayımlanmıştır. (İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik: 01.11.2007 T ve 26687 Sayılı Resmi Gazete; Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Erişim Sağlayıcılara ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik: 24.10.2007 T., 26680 Sayılı Resmi Gazete; İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik: 30.11.2007 T ve 26716 Sayılı Resmi Gazete)

<sup>36</sup> Bu suçlar, intihara yönlendirme (TCK 84), çocukların cinsel istismarı (TCK 103), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını kolaylaştırma (TCK 190), sağlık için tehlikeli madde temini (TCK 194), müstehcenlik (TCK 226), fuhuş (TCK 227), kumar oynanması için yer ve imkan sağlama (TCK 228) ve 25.7.1951 tarihli ve 5816 Sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'da belirtilen suçlardır.

<sup>37</sup> Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) m. Ek-4 düzenlemesine dayanılarak konan erişim yasakları, 7258 Sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 5. maddesindeki; 633 Sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun'un 6/6 ve 6/7. maddesindeki; 4250 Sayılı İsperto ve İspirtolu İçkiler Kanunu'nun mülga 6. maddesini düzenleyen 24.5.2013 tarih ve 6487 Sayılı Kanun'un 6/1. maddesindeki; 4733 Sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve

Bu yasaların Anayasa'ya uygunluğu, farklı yasalarda düzenlenmesinin doğruluğu ayrı bir tartışma ve inceleme konusudur.<sup>39</sup> Ne var ki tüm bu yasal düzenlemelere ve tartışmalara rağmen BTK, 22.02.2011 günü 2011/DK-10/91 sayılı "İnternetin Güvenli Kullanımına İlişkin Tebliğ"i web sitesinde yayımlamış<sup>40</sup> ve bu tebliğin 6. maddesinde erişim sağlayıcılara<sup>41</sup> güvenli internet hizmetini standart profil, çocuk profili, aile profili ve yurtiçi internet profili olarak sunma; bireylere ise bunlardan birinden yararlanma zorunluluğu yüklemiştir.

Öte yandan, tebliğin 11. maddesi ile işletmecilere (erişim sağlayıcılar kastedilmektedir) filtreleme işlemini etkisiz kılmak için uygulanan filtre aşma yöntemlerinin engellenmesi amacıyla çalışmalar yapma yükümlüğü de yüklenmektedir. Ne var ki tebliğde bu önlemin nasıl alınacağı, önlemin alınmamasının yaptırımının ne olacağı ve alınan önleme rağmen filtrelemeyi aşan kişilere nasıl bir yaptırım uygulanacağı da ifade edilmemiştir.

Tebliğin 11. maddesinin ceza hukukunu temel ilkeleri ile bağdaştığını söylemek pek mümkün görünmemektedir. Zira ceza hukukunun en temel ilkelerinden birisi "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesidir ki TCK'nın 2. maddesi ile Anayasa'nın 38/1. Maddesi bu ilkeyi teminat altına almaktadır.

Aynı ilke Türkiye için bağlayıcı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 7. ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin (BM-MSHS) 15. Maddesi ile de teminat altına alınmıştır.

Öte yandan, gerek TCK 2/2 gerekse belirtilen diğer normlar, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas edilemeyeceğini, suç ve cezaların ancak kanunla ihdas edilebileceğini ifade etmektedir.

Hukukumuzda internet filtresini aşmak suçu düzenlenmiş değildir. Bilişim suçları TCK 243-244 ve 245. maddelerle yaptırıma bağlanmış olup; 243. madde bilişim sistemine girme ve sistemde kalmayı, 244. madde ise, bilişim sistemindeki verilerin değiştirilmesini, erişilmez kılınmasını, yok edilmesini, sisteme başka veriler yerleştirilmesini yaptırıma bağlamaktadır.<sup>42</sup> 245. Maddenin yaptırıma bağladığı konu ise banka ve kredi kartlarının kötüye

Görevleri Hakkında Kanun'un 8/5-k maddesindeki; 30. 12. 2012 tarih, 28513 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 99/3. maddesindeki düzenlemeler erişim yasağı içeren düzenlemelerdir.

<sup>38</sup> Çalışmamızda, bu yasalardaki veya 5651 Sayılı Kanun'daki erişim yasağı sonucunu doğuran düzenlemeler ayrıntılı olarak irdelenmeyecektir. Zira böylesine bir çalışma, başlıbaşına bir makaleye veya belki de bir teze konu olabilir. Bu nedenle çalışmamızda sadece BTK'nın tebliği ile erişim yasağı konup konamayacağı ve halihazırda devam etmekte olan "aile filtresi" uygulamasının hukuka aykırılıkları değerlendirilmiştir.

<sup>39</sup> Bu yöndeki geniş tartışmalar için aşağıdaki eserlerden yararlanılabilir: **Özen**, Muharrem-**Baştürk**, İhsan, (2011), (Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında) **Bilişim- İnternet ve Ceza Hukuku**, Adalet Yay. Ankara; **Dülger**, Murat Volkan-**Beceni**, Yasin, (2011) **Türkiye'de İnternet Sitelerinin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Farklı Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirmeler**; TÜSİAD Yay., İstanbul

<sup>40</sup> [http://www.btk.gov.tr/mevzuat/kurul\\_kararlari/dosyalar/2011%20DK-10-91ssShf.pdf](http://www.btk.gov.tr/mevzuat/kurul_kararlari/dosyalar/2011%20DK-10-91ssShf.pdf) (29.07.2013)

<sup>41</sup> 5651 Sayılı Kanun'un 2/1-e maddesinde erişim sağlayıcı kullanıcılarına internet ortamında erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır. Telekom, Süperonline gibi şirketler erişim sağlayıcıdır.

<sup>42</sup> Geniş bilgi için bkz Taşkın, Bilişim Suçları

kullanılmasıdır. Bu maddelerin dışında TCK'da adı geçen eylemi suç olarak düzenleyen başka bir madde de yoktur. Şu halde, BTK'nın tebliğinin 11. Maddesinin suçta ve cezada yasallık ilkesi ile bağdaştığını söylemek de mümkün değildir.

Yoğun kamuoyu tepkisi ve "internetime dokunma"<sup>43</sup> gösterileri üzerine BTK tarafından adı geçen tebliğ "yumuşatılarak"<sup>44</sup> 22.08.2011 tarihinde yürürlüğe konmuştur.<sup>45</sup>

Şunu ifade etmeliyiz ki adı geçen tebliğ ile getirilen aile profili uygulaması kanaatimizce, herkesin internete ilişkin tercihlerinin devlet eliyle denetlenmesi uygulamasına yol açacağı için bir tür "merkezi filtreleme" uygulamasına yol açma tehlikesini içermektedir. Kaldı ki bu tür bir uygulama zaten internet kafeler için yasal bir yükümlülüktür.<sup>46</sup>

Bu yükümlüğün ayrıca ailelere verilmesinin yasal bir dayanağının bulunmadığı, tebliğin bu nedenle 5651 Sayılı Kanun'un 4; İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkındaki Yönetmelik'in 7. maddesine aykırılık taşıdığı düşüncesindeyiz. Ayrıca tebliğ bu yönü ile Anayasa'nın 11/2 ve 124/1. Maddelerine aykırılık içerdiğini düşünmekteyiz. Bu nedenle, hukuka aykırı uygulamaya maruz kalan tüm internet kullanıcılarının, konuyu idari yargıya taşıyıp tebliğin iptali için başvuruda bulunmaları mümkündür.<sup>47</sup>

Öte yandan, Anayasa'nın 13. maddesinde de bir temel hak ve özgürlüğün ancak kanunla kısıtlanabileceği ve kısıtlamanın hakkın özüne dokunmaması gerektiği; en önemlisi de bir temel hak ve özgürlük kısıtlaması için Anayasa'nın ilgili maddesinde bir kısıtlama nedeninin gösterilmiş olması gerektiği ifade edildiğinden, tebliğin 13. maddeye de aykırılık taşıdığını söylemek yanlış bir değerlendirme olmayacaktır.

Tebliğin ayrıca Anayasa'nın 7.5.2010 tarih ve 5982/2 maddesi ile Anayasa'nın 20/3. maddesinde yapılan değişiklik karşısında; Anayasa'nın 20/3. maddesine de aykırılık oluşturduğu düşünülebilir. Çünkü adı geçen değişiklikte kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya ancak kişinin açık arzusu ile işlenebileceği ifade edilmiştir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin yasal düzenleme bulunmadığı için bu konuda bir boşluk olduğu ve kişisel verilerin hangi koşullarla saklanacağını belirsizlik taşıdığını söylemek yanlış olmayacaktır. Böyle bir durumda, adı geçen tebliğ ile adeta "fişlenen" kişilerin anasaya ile teminat altına alınmış olan hakları kolaylıkla ihlal edilebilecektir.

Bu durumda, yukarıda değinilen iptal davası seçeneğinin yanı sıra, haklarının ihlal edildiğini düşünen bireylerin TCK 135 veya 136'daki suçlardan birinin işlenmiş olabileceği gerekçesi ile BTK yetkilileri hakkında savcılıklara suç duyurusunda bulunma hakları saklıdır.<sup>48</sup> Keza bireylerin

Anayasa'nın 40/1 (ve son) hükümlerini dayanak göstererek devlete karşı zararlarından ötürü tazminat davası açma hakkı da söz konusu olabilir.

Tebliğde standart profilin de düzenlenmiş olması tebliğin Anayasa'ya aykırılığı yönündeki tartışmaları gidermek için yetersizdir. Zira, tebliğdeki standart profil uygulamasını BTK'nın "kara liste" uygulaması ile birlikte düşünmekte yarar vardır. Buna göre BTK 07.04.2011 tarihinde erişim ve yer sağlayıcı firmalara bir tebligat göndermiş<sup>49</sup> ve belli sözcük gruplarını yasaklamıştır. Sonradan BTK, bu bildirimini "sadece bilgilendirme ve yer sağlayıcıları uyarmak amacı ile" yaptığını, uygulamanın benzerlerinin Avrupa'da da olduğunu<sup>50</sup>, ifade etmişse de bildirim geri alındığına dair herhangi bir duyuru geçmemiştir.<sup>51</sup> O halde, bu bildirim halen yürürlükte olduğu ifade edilebilir.

BTK'nın adı geçen bildirimini de hukuken geçerli olmadığını ifade etmek yanlış bir değerlendirme sayılamaz. Zira, biraz yukarıda da değinildiği üzere, bildirim hiçbir yasal veya anayasal dayanağı yoktur. Ayrıca, yapılan bildirimde çok tartışmalı olan bazı sözcüklerin hem alan adında hem de web sitesinin içeriğinde kullanılması yasaklanmıştır. Çünkü bu sözcükler "kara liste"ye alınmıştır. Örneğin "sarışın, meme, hayvan, etek, meme, göğüs" sözcükleri bu kapsamdadır. Bu sözcüklerin hangi ölçüte göre ve kim tarafından hangi gerekçe ile belirlendiği de açık değildir.

Böyle bir durumda, örneğin meme kanseri konusunda uzman bir doktorun, işini tanıtmaya ve müşterilerine ulaşma amacıyla açmış olduğu [www.memekanseri.com](http://www.memekanseri.com) adlı bir web sitesi erişime kapatılacak mıdır? Kapatılacaksa bunun yasal dayanağı ne olacaktır? Keza, erişim yasağı ancak ya 5651 Sayılı Kanun'a ya da diğer sınırlı sayıdaki kanunda düzenlenmiş olan nedenlerden birine dayalı olarak verilebilir. Böyle bir durumda, önceden bu alan adını açmış, alan adı için parasını ödemiş ve bu alan adının isim hakkını satın almış olan doktorun, alan adının hukuka aykırı olarak yasaklanması sonucunda uğrayacağı olası zararı kim karşılayacaktır? Bir web sitesinin bırakın günleri, saatler hatta dakikalarca kapalı kalması dahi büyük zararlara neden olmakta ve o web sitesi, erişime açılrsa dahi sonradan çoğu kez eski tercihi edilirliğine ulaşmamaktadır.

Şu halde, böyle bir zarar uğrayan web sitesi sahibinin maddi (varsa manevi) zararını idari yargıda açacağı bir tam yargı davası ile Anayasa'nın 40/1 (ve son) maddelerini gerekçe göstererek tazmin ettirebilmesinin olanaklı olduğunu düşünmemek için bir neden yoktur. Zira bu durumda CMK 141'de düzenlenmiş olan koruma tedbirleri nedeniyle tazminat isteminin uygulanabilmesi mümkün değildir. CMK'nın 141. Maddesi, ancak maddede sayılan koruma tedbirlerinin haksız veya orantısız biçimde uygulanması

<sup>43</sup> <http://internetimedokunma.com/> (29.07.2013)

<sup>44</sup> <http://www.tib.gov.tr/tr-menu-36-guvenli-internet-hizmeti.html> (29.07.2013)

<sup>45</sup> [http://www.btk.gov.tr/mevzuat/kurul\\_kararlari/dosyalar/2011%20DK-14-461.pdf](http://www.btk.gov.tr/mevzuat/kurul_kararlari/dosyalar/2011%20DK-14-461.pdf) (29.07.2013)

<sup>46</sup> 5651 Sayılı Kanun md 7/2; Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkındaki Yönetmelik md 4

<sup>47</sup> Nitekim konu Alternatif Bilişim Derneği tarafından yargıya taşınmıştır.

<http://www.cnnturk.com/2011/bilim.teknoloji/teknoloji/11/15/internet.filtresi.danistaylik.oidu/636758.0/index.html> (29.7.2013)

<sup>48</sup> TCK 135 kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesini, TCK 136 ise kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verilmesini veya ele geçirilmesini yaptırma bağlamaktadır.

<sup>49</sup> [http://www.chip.com.tr/haber/btk-dan-yasak-kelimeler-aciklamasi\\_26657.html](http://www.chip.com.tr/haber/btk-dan-yasak-kelimeler-aciklamasi_26657.html) (29.7.2013)

<sup>50</sup> Bu yöndeki bildirim gerçeklerle pek bağdaşmadığını söylemek yanlış bir değerlendirme olmaz. Çünkü Avrupa'da Türkiye'de olduğu gibi genel ve merkezi bir filtreleme sistemi bulunmamaktadır. Orada devlet, bireyleri bu tür yazılımları kullanma konusunda teşvik etmekte ancak kimin hangi internet sitesine girdiğine müdahale etmemektedir. Türkiye, 56 AGİT üyesi içinde merkezi filtreleme sistemini uygulayan tek demokratik devlettir. (Geniş bilgi için bkz. **Avcı, Artun, (2013) Türkiye'de İnternet ve İfade Özgürlüğü**, Legal Yay., İstanbul, Shf. 385)

<sup>51</sup> <http://www.webrazzi.com/2011/04/29/tib-btk-aciklama/> (29.7.2013)

durumunda başvurulabilecek bir çaredir. Oysa, internet sitesine erişim yasağı konması burada sayılan koruma tedbirleri arasında değildir. Kaldı ki CMK 141'in uygulanabilmesi için, koruma tedbirlerinden doğan mağduriyetin bir hakim/mahkeme kararına dayanması da gerekmektedir. Oysa buradaki mağduriyetin kaynağı TİB'dir.<sup>52</sup>

Ancak burada şu tartışma gündeme gelebilecektir?

Acaba BTK'nın bu eylemi bir hizmet kusuru mudur? Zira hizmet kusuru özetle bir hizmetin hiç işlememesi, gereğince işlememesi veya geç işlemesi olarak tanımlanmaktadır.<sup>53</sup> Bu eksenden bakıldığında, konunun hizmet kusurunun tanımıyla tam olarak örtüşmediğini söylemek yanlış olmaz. Ancak böyle bir durumda belki de adli yargıda BTK'ya karşı tazminat davası açılması gündeme gelebilir.

Konu, Anayasa'nın 48.maddesine aykırılık açısından da tartışılabilir. Zira bu madde herkese dilediği alanda çalışma özgürlüğü tanımaktadır. Durum böyle olunca, adı geçen e-postaya dayanılarak özgelimi [www.evhayvanlari.com](http://www.evhayvanlari.com) adlı bir web sitesine erişim engeli konmuşsa veya bu içerikteki bir site yer sağlayıcının sunucularından çıkarılmışsa internet üzerinden satış yapan ve adı geçen siteye malik olan birinin dilediği alanda çalışma hakkının da ihlal edildiğini, konunun bu yönüyle AİHM'in Ek. 1. Protokolü ile teminat altına alınan "mülkiyet hakkı"nı da ihlal ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Tebliğ'in bu uygulamasının derhal durdurulması ve gerek tebliğin gerekse adı geçen bildirim derhal yürürlükten kaldırılması gerektiğini düşünmekteyiz.

## 7. TİB'in İnternet Yayınları Hakkındaki Uygulamalarını Hukuki Gereklele Sorgulama

5651 Sayılı Kanun'un 10/4. maddesi ile "internetin denetimi" TİB'e verilmiştir. Buna göre TİB md 10/4-b gereğince internet ortamında yapılan Yayın içeriklerini izleyerek, 5651 Sayılı Kanun kapsamına giren suçların işlendiğinin tespiti halinde, bu yayınlara erişimin engellenmesine yönelik olarak 5651 Sayılı Kanun'da öngörülen gerekli tedbirleri almakla; md 10/4-c gereğince internet ortamında yapılan Yayın içeriklerinin izlenmesinin hangi seviye, zaman ve şekilde yapılacağını belirlemekle; 10/4-ç bendi gereğince BTK tarafından işletmecilerin yetkilendirilmeleri ile mülki idare amirlerince ticarî amaçlı toplu kullanım sağlayıcılara verilecek izin belgelerinde filtreleme ve bloke etmede kullanılacak sistemlere ve yapılacak düzenlemelere yönelik esas ve usûlleri belirlemekle; 10/4-d bendi gereğince internet ortamındaki Yayın izlenmesi suretiyle 5651 Sayılı Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrasında sayılan suçların işlenmesini önlemek için izleme ve bilgi ihbar merkezi dahil, gerekli her türlü teknik altyapıyı kurmak veya kurdurmak, bu altyapıyı işletmek veya işletilmesini sağlamakla ve 10/4-e bendi gereğince internet ortamında herkese açık çeşitli servislerde yapılacak filtreleme, perdeleme ve izleme esaslarına göre donanım üretilmesi veya yazılım yapılmasına ilişkin asgari kriterleri belirlemekle görevlendirilmiştir.

TİB'e verilen internet ortamında yapılan içeriklerin hangi seviye, zaman ve şekilde yapılacağını belirlenmesi görevi çok tartışmalıdır. Bunun anlamı, TİB'in internet sitelerinin

içeriklerine müdahale etme yetkisi olduğudur. (Biraz yukarıda tartıştığımız filtreleme ve kara liste uygulamasının dayanağı olarak TİB'in bu yetkileri gösterilmektedir.)

Nitekim TİB'e b bendi ile verilen yetki, 5651 Sayılı Kanun kapsamında işlenen suçları öğrendiğinde web sitelerine doğrudan doğruya erişim yasağı koyma yetkisini de içermektedir. Bu düzenlemenin 5651 Sayılı Kanun'un 8/4. maddesi ile birlikte düşünmek gerekmektedir. Zira, 8. maddenin 4. fıkrasına göre TİB, içeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayının içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulursa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara<sup>54</sup> ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararını re'sen verebilecektir.

TİB'e verilen bu yetki bazı yönleriyle hukuka aykırılıklar taşımaktadır. Öncelikle, aynı yetkinin 5651 Sayılı Kanun'un 2. fıkrası ile soruşturma evresinde hakime, kovuşturma evresinde mahkemeye verildiği görülmektedir. Gecikmede sakınca bulunması durumunda ise bu yetkiyi, 24 saat içinde hakim onayına sunulması kaydıyla, savcı da kullanabilmektedir. Ayrıca bu yöntemle verilmiş olan tüm kararlara 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) hükümlerine göre itiraz etmek de mümkündür.

5651 Sayılı Kanun'un 2. maddesinde hakim veya mahkemenin yetkisi yer veya içerik sağlayıcının yurt içinde veya dışında oluşuna göre sınırlandırılmış değildir. Tek sınır 1. maddenin a bendinde sayılan suçlardır. (Sonradan başka bazı kanunlarla da 5651 Sayılı Kanun'un 2. Maddesine göndermede bulunulmuştur. Bkz dipnot 10). Oysa TİB hem sayılan katalog suçlar bakımından içerik veya yer sağlayıcısı Türkiye'de ise yetkilidir hem de çocukların cinsel istismarı ve müstehcenlik suçları bakımından içerik veya yer sağlayıcısı yurt dışında olsa dahi yetkilidir.

Ayrıca 5651 Sayılı Kanun'a göre TİB kararının hakim onayına sunulması şartı da yoktur. Ancak bu sakınca kısmen de olsa<sup>55</sup> İnternet Ortamında Yapılan Yayın Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 14. Maddesi ile giderilmiş ve TİB'in kararının 24 saat içinde hakim onayına sunulması, hakim onaylamazsa kararın hükümsüz kalacağı ifade edilmiştir. Ne var ki bu düzenleme yetersizdir. Çünkü hakim onayı sadece çocukların cinsel istismarı ve müstehcenlik suçları bakımından, onda da içerik veya yer sağlayıcısının yurt içinde bulunması durumunda aranmaktadır. Diğer sebeplere dayanan erişim yasakları bakımından TİB kararının hakim onayına sunulması gerekmemektedir.

Bir başka söyleyişle, yargının yetkili olduğu bir alanda bir idari makam da ayrıca yetkilidir. Bu durumun Anayasa'nın 9. maddesi ile çeliştiğini düşünmekteyiz. Zira, Anayasa'ya göre yargı yetkisi Türk Ulusu adına ancak mahkemeler tarafından kullanılabilir. Bu durumda, TİB'in idare hukuku anlamında "görev gaspı"<sup>56</sup> yaptığını söylemek de yanlış bir

<sup>54</sup> Bu suçlar çocukların cinsel istismarı (TCK 103) ve müstehcenlik (TCK 226) suçlarıdır.

<sup>55</sup> Taşkın, 2008, 161

<sup>56</sup> "Görev gaspı, yönetimin kendi görev alanına girmeyen ve aslında hiçbir yönetsel kuruluşun görevi içine girmeyen bir konuda karar almasıdır. Örneğin yasa ile düzenlenmesi gereken bir konunun tüzük ile düzenlenmesi ya da yargının görevi içine giren bir konuda yönetimce karar alınması gibi" Gözübüyük, 1999, 348

<sup>52</sup> Geniş bilgi için bkz Dülger, 2012, 790

<sup>53</sup> Gözübüyük, A. Şeref, (1999), *Yönetim Hukuku*, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, Shf. 292

değerlendirme sayılmamalıdır.<sup>57</sup> Zira, idare hukukunda idarenin yetkisi ancak yasa ile açıkça yetkilendirilmiş olmasına bağlıdır.<sup>58</sup> Aksi halde idarenin bir konuda işlem yapması olanak dışıdır. TİB'in yetkisinin bu yönüyle idari pratik oluşturduğu ifade edilebilir.<sup>59</sup>

Kanaatimizce, biraz aşağıda ayrıntılı olarak değerlendirdiğimiz 5651 SK md 10/4 ile TİB'e internet sitelerine erişim yasağı koyma yetkisinin tanınmış olması, idarenin "yasallık" ilkesine uyararak işlem yaptığını ortaya koymamaktadır. Ortada bir yasa olduğu doğrudur. TİB'in bu yasaya dayanarak yetkilerini kullandığı da doğrudur. Ne var ki bu yasa başta Anayasa olmak üzere, Türkiye'nin tarafı olduğu diğer bazı uluslar arası sözleşme hükümlerine değişik yönleri ile aykırılıklar taşımaktadır. "Şeklen" yasal idare ilkesine uyulmuş olması, TİB'in yetkilerinin meşruiyetini ortaya koymamaktadır.

Öte yandan bu yetkinin Anayasa'nın 6. maddesinin son fıkrasının son cümlesine de aykırılık taşıdığı düşünülebilir. Zira, bahsettiğimiz Anayasa hükmüne göre "*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.*"<sup>60</sup> Oysa TİB'in erişim yasağı koyma yetkisi kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetkidir.

TİB'e erişim yasağı koyabilme yetkisi verilmesinin, kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetki oluşu nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesine de aykırılık oluşturduğu söylenebilir. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesi, bir temel hak ve özgürlüğün kısıtlanmasının önşartı olarak Anayasa'nın ilgili maddesinde bir kısıtlama kuralının düzenlenmiş olmasını aramaktadır. Oysa bırakınız kısıtlama yetkisini, TİB'e Anayasa ile yargısal yetki kullanma hakkı verilmiş dahi değildir.

Konunun diğer bir boyutu ise TİB gibi siyasi bir oluşumun özellikle de müstehcenlik gibi kapsamı ve sınırları çok tartışmalı olan<sup>61</sup> bir kavramı nasıl yorumlayacağıdır.<sup>62</sup> Mahkemelerin dahi müstehcenlik kavramını yorumlamada zaman zaman çelişkiye düştüğü,<sup>63</sup> konuyu aydınlatmak için bilirkişiden yararlandığı düşünüldüğünde, hukuk eğitimi alma

şartı olmayan (ve çoğu kez de bu yönde bir eğitimi bulunmayan) bir idari kurumun böylesine tartışmalı bir konuda nasıl bir yoruma başvurabileceğini düşünmek gerekir. Bu durumda, müstehcenlik kavramının, ülkeye egemen olan siyasi görüş ışığında yorumlanarak internet sitelerine TİB aracılığı ile erişim yasağı koydurtmak da mümkün görünmektedir.

Türkiye'nin *Ahmet Yıldırım* davasında<sup>64</sup>, akademisyen olan ve bilimsel çalışmalarını da yayınladığı blog internet sitesinin ana sunucusunun mahkeme kararı ile erişime kapatılmasından ötürü sitesine de erişilememesi nedeniyle yaptığı başvurunun AİHS md 10'un ihlali ile sonuçlandığı da düşünüldüğünde; bir idari mercinin vereceği erişim yasağı kararı nedeniyle ülkemizi internet erişim yasakları konusunda AİHM nezdinde çok daha zor günlerin beklediğini ifade etmek yanlış bir yaklaşım olmayacaktır.

Kaldı ki 10 Kasım 2010 tarihinde imzaladığımız<sup>65</sup> *Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi*, (AKSSS) Türkiye'nin iç hukukunu bu sözleşmenin kurallarına göre düzenleme görevini vermektedir.<sup>66</sup> AKSSS ise, internet üzerinden işlenen suçlarla mücadele etmek için erişim yasağı tedbirini öngörmemektedir. Ancak Sözleşme'nin eki olan 1 No'lu protokolde<sup>67</sup> ırkçılıkla mücadele açısından erişim yasağı tedbirini konabileceği anlamına gelen ifadeler kullanılmaktadır. Ne var ki Türkiye ek protokole taraf değildir. Şu halde hukukumuzdaki erişim yasağı tedbirlerinin AKSSS'ne de uygunluk taşımadığı ifade edilebilir.

TİB, kullandığı yetki ile temel haklardan biri olan düşüncüyü açıklama (ve buna bağlı olan haber alma-verme) haklarını engellemektedir. Bu yetkinin niteliği nedir? Bu yetki bir koruma tedbiridir mi? Eğer bu yetkiye bir koruma tedbirini denecek olursa, CMK gereğince koruma tedbirlerinde aranan "orantılılık, geçicilik, araç olma, yasa ile düzenlenmiş olma, gecikemde sakınca, hakim (gecikme sakıncasında savcı) kararı ile hükmedilme" özelliklerinin<sup>68</sup> de TİB'in idari tedbir olarak verdiği erişim yasağı tedbirini açısından da geçerli olması gerekmektedir.

TİB'in verdiği kararın ne kadar süreyle uygulanacağı, kararın ne zaman kaldırılacağı, karara karşı nereye itiraz edileceği 5651 Sayılı Kanun'da veya yönetmelikte düzenlenmiş değildir. TİB, bir internet sitesine erişim yasağı koyacak ve bu karar süresiz olarak uygulanabilecektir.

Aynı sakıncanın mahkeme veya hakim tarafından verilen erişim yasağı kararı açısından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü, mahkeme veya hakim tarafından verilen erişim yasağı kararının da ne kadar süre için geçerli olacağı yasada belirtilmiş değildir.<sup>69</sup> Ancak yasada, kovuşturmayla yer olmadığı veya beraat kararı verildiğinde tedbirin

<sup>57</sup> Aynı yönde bkz Dülger, 2012, 767; Taşkın, 2008, 160. Ancak her iki eserde de yetki gaspı kavramı kullanılmıştır. Oysa doğru kavramın "görev gaspı" olması gerektiği düşüncesindeyim.

<sup>58</sup> İdarenin kanuniliği veya "kanuni İdare" denen ve Anayasa'nın 123/1. maddesine dayanan bu ilke özünde Anayasa'nın 8. maddesi gereğince İdarenin yasalara saygılı olmasını; Anayasa'nın 113/1 ve 123/1-3 md ışığında her idari kuruluşun dayanağını yasadan almasını; keza Anayasa'nın 6/son hükmü gereğince İdarenin belli konularda eylemde bulunabilmesi için mutlaka yasa ile açıkça yetkilendirilmiş olmasını kapsayan temel bir ilkedir. Geniş bilgi için bkz **Günday**, Metin, (2003) **İdare Hukuku**, 7. Bası, İmaj Yay.,Ankara, Shf.41-44.

<sup>59</sup> Dülger, 2012, 750

<sup>60</sup> Anayasa'nın 6. Maddesinin başlığının Egemenlik oluşu ve 6. Maddenin egemenliğin kullanılış biçimini düzenlemesi bu yorumumuzla çelişmemektedir. Zira, 6. maddeye göre egemenliğin Anayasa'nın koyduğu kurallar uyarınca yetkili organlar eliyle kullanılması esastır. Anayasa da 9. maddesi ile yargısal yetkileri kullanmayı mahkemelere verdiği göre TİB'in yargısal nitelikte yetkiler kullanması egemenlik hakkına ve güçler ayrılığı ilkesine de aykırılık taşımaktadır denebilir. Öte yandan, Anayasa 176/2 gereğince madde başlıkları metne dahil değildir. Bu nedenle de maddede hangi başlığın geçtiğinin Anayasa hükümlerinin yorumlanması bakımından önemi yoktur.

<sup>61</sup> Dülger, 2012, 771; Taşkın, 2008, 156; **Özbek**, Veli Özer, (2009) **Müstehcenlik Suçu**, Seçkin Yay., Ankara, Shf.43

<sup>62</sup> Avcı, 2013, 320, 326

<sup>63</sup> Avcı, 2013,323

<sup>64</sup> <http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ahmetyildirim.pdf> (01.08.2013)

<sup>65</sup> <http://www.bilisimdergisi.org/s127/pdf/10-13.pdf> (01.08.2013). Ne var ki Türkiye, 12.09.2012 tarihinde Meclis Başkanlığı'na kanun teklifi olarak sunulmasına rağmen <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0676.pdf> (01.08.2013)

<sup>66</sup> **Helvacıoğlu**, Ash Deniz; "*Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Temel Hükümlerinin İncelenmesi*", **İnternet ve Hukuk**, Derleyen: Yeşim M Atamer, Bilgi Üniversitesi Yay., 1. Baskı, İstanbul, Shf. 301

<sup>67</sup> Geniş bilgi için bkz Avcı, 2013, 259

<sup>68</sup> **Öztürk**, Bahri, (2005) **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yay., Yeni CMK'ya Göre Yenilenmiş 9. Baskı, Ankara, Shf.484-487

<sup>69</sup> Taşkın, 2008,158

kendiliğinden kalkacağı açıkça ifade edilmiştir. Unutulmamalıdır ki ceza muhakemesinde hak ve özgürlükleri genişletici mahiyette kıyasa başvurmak mümkündür.<sup>70</sup> Bu nedenle, CMK 135'te düzenlenmiş olan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin 3 ay süre ile uygulanacağı ve ancak 1 kereye özgü olarak yargıç kararı ile 3 ay daha uzatılabileceği yönündeki kuralın kıyasen erişim yasağı süreleri bakımından da uygulanabilmesinin mümkün olduğu düşüncesindeyiz.

Oysa TİB'in kararı, internet sitesinin sahibi hakkında beraat veya kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verildiğinde de geçerli olabilecektir. Konuya bu açıdan bakıldığında, TİB'in idari tedbir mahiyetindeki kararının süreklilik kazanma tehlikesi içerdiğini belirtmek yanlış bir değerlendirme olmayacaktır. Ayrıca TİB'in koyduğu erişim yasağını mahkemeden verilen beraat veya savcılıktan verilen kovuşturmayaya yer olmadığı yönündeki karara rağmen devam etmesi Anayasa'nın 38/son maddesine de aykırılık oluşturabilecektir. Zira Anayasa'nın 138/son hükmü idarelere, yasama organları ve yürütme organlarına mahkeme kararlarına uyma yükümlülüğü yüklemektedir. TİB de bir idari organ olduğuna göre mahkemenin bu yöndeki kararına uymakla yükümlüdür. Uymazsa TCK'nın 257. maddesi gereğince kararı uygulamayan sorumlular hakkında yasa yolları açık olduğu gibi, TİB'in bu hareketinden ötürü bireyler adli yargıda tazminat davası açarak Anayasa'nın 40/son hükmüne göre haklarını arayabilirler.

TİB'in idari tedbir mahiyetindeki bu kararına karşı ancak idari yargıda iptal davası açmak mümkündür. Bu da idari yargının yavaş işlemeden ötürü uzun sürecek bir yöntemdir.

Ayrıca, CMK 267'ye göre, mağdur olan "herkes" bir karara itiraz edebilmekteyken, idari yargıda dava ehliyetinin varlığı için "meşru, doğrudan ve güncel bir hakkının ihlal olması" şartı<sup>71</sup> aranmaktadır.<sup>72</sup> Menfaat ihlalinin böyle bir davada ispatı da güç olabilecektir. Bu da ciddi hak yitimlerine yol açabilir. Oysa biraz yukarıda bahsetmiş olduğumuz Ahmet Yıldırım kararında, Ahmet Yıldırım başka bir internet sitesinde yayınlanan bir içerikten ötürü tüm blog sitelerine konan erişim yasağı nedeniyle, kendi blog sitesi de burada barındığı için kapatılmış ve bundan ötürü mağdur olmuştur. Yerel mahkemeye de CMK 267'deki "ilgili" sıfatıyla itiraz etmiştir. İtirazın reddolunması üzerine konuyu AİHM'e taşımıştır.<sup>73</sup> Sonuç olarak da Türkiye bu davada tazminata mahkûm edilmiştir. İdari yargı, ilgili sıfatını ne yazık ki ceza muhakemesindeki kadar geniş yorumlamamaktadır. Bu durumda, olası bir başvuruda AİHM'in Türkiye'yi mahkûm etmesi yüksek olasılıktır.

Konunun diğer olası bir sakıncası da aynı internet sitesi için hem mahkeme hem de TİB tarafından konan bir erişim yasağına (ki bu kuramsal olarak mümkündür) yapılan itiraz üzerine, mahkemenin erişim yasağı kaldırması; TİB'in kaldırılmaması durumunda sorunun nasıl çözüleceğidir. TİB'in kararına karşı yürütmenin durdurulması istemiyle idari yargıya gidildiğini, idari yargının bu talebi de reddettiğini ve sonra davayı esastan reddettiğini düşünecek olursak ortada

birbiriyle çelişen iki ayrı mahkeme kararı olduğundan bahsedilebilecektir. Bu durumda ne yapılacaktır?

Böyle bir durumda çözümün hak ve özgürlükler lehine yorum yapılarak ceza muhakemesinin kararına üstünlük tanımaktan geçtiğini düşünmekteyiz. Aksi halde, ceza muhakemesi tarafından kaldırılan veya gereksiz görülen bir koruma tedbiri idare muhakemesi tarafından devam ettirilmiş olacaktır. Oysa koruma tedbiri, kurum olarak ceza muhakemesine yakındır. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmaması adına ceza muhakemesinin kararına üstünlük tanımak daha doğru olacaktır.

Şu halde, tüm bu sakıncaların önüne geçilmesi adına, yapılması gereken 5651 Sayılı Kanun'un tekrar düzenlenmesi ve TİB'den bu yetkinin alınmasıdır. Zira TİB zaten mahkemeye ve hakime verilmiş olan bir yetkiyi kullanmaktadır. Gecikmede sakınca olması durumunda bu yetkiyi kullanma hakkı savcıya verilmiş ve hakim onayı şartına bağlanmıştır. Bu nedenle TİB'e böylesine geniş, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini bu derece etkileyen bir konuda hakim onayı şartı aranmadan, üstelik de mahkemelerde kullanılan bir yetkinin tanınması AİHS'in 10. Maddesi ile güvencelenen ölçütlere aykırılık taşıdığı gibi, hukuk güvenliği ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Bu yönüyle düzenlemenin Anayasa'nın 2. Maddesindeki hukuk devleti ile 14. maddesindeki "insan haklarına dayalı" devlet anlayışı ile de bağdaştığını söylemek pek mümkün görünmemektedir. Olası hak mağduriyetlerinin ve ihlallerin önlenmesi için 5651 Sayılı Kanun'un ve TİB'in yapılanmasının buna göre yeniden düzenlenmesi gerçek anlamda bir hukuk devleti olmak için gereklidir.

## 8. Sonuç ve Öneriler

Yaşamımızın olağan bir parçası haline gelen İnternet, aynı zamanda bireysel ve toplumsal yaşamımıza önemli olumsuzluklara da neden olabilmektedir. Bu olumsuzlukları anayasal değerler ve duyarlılıklar ölççeğinde idarenin bertaraf etmesi beklenirken hukuk devletinin gerekleriyle hareket etme zorunluluğu bulunmaktadır. Önleyici bir güvenlik hizmeti olarak internet kolluğu "bilişim suçları" ile mücadele ederken, kaç yapmanın ötesine gidip göz çıkarmamalıdır. Anayasanın 2. Maddesinde sayılan cumhuriyetin temel niteliklerine uyarlı tedbirler dizisi ve pratiğiyle düzen sağlama, önleme görevini yerine getirmelidir. Hukuki güvenlik ilkesi hizmet alan kadar sunamı da düşünmeyi zorunlu kılar.

Türk hukukunda kamusal yaşamın bazı duyarlı alanlarında düzenleme ve denetim öz görevini yerine getiren üst kurullar vardır. Bunlar arasında görsel-ışitsel iletişim özgürlüğü alanında RTÜK geçmişten beri hep tartışma konusu oldu. Zira bu sektörde anayasal duyarlılıklar biraz daha yoğun olarak yer almaktadır. Yayıncı açısından demokratik toplumun çoğulculuk gereğinin bir parçası olarak sektörde pek çok aktöre yer verilmesi istenirken, bu özgürlüğün tüketiciler bakımından yaratabileceği sakıncaları bertaraf etmek üzere inşa edilen üst kurul zaman zaman siyasi tartışmaların içerisine çekildi. Benzer biçimde BTK-TİB yapılanması da İnternete erişim yasakları gündeme geldikçe pek çok çevreden eleştiriler almaya başladı. BTK'nın bağımsız ve tarafsız bir yapı olması gerekmektedir. Siyasi iktidarın güdümünden uzak, tamamen tarafsız ve hukuksal değerlendirmeden özge ölçüt gözetmeyen bir yapıya kavuşturulma zorunluluğu vardır. Aksi takdirde "siyasi iktidarın" organik bir parçası gibi hareket ettiği izlenimi

<sup>70</sup> Kunter, Nurullah-Yenisey, Feridun-Nuhoğlu, Ayşe, (2010) **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Baskı, Beta Yay., İstanbul, Shf. 279

<sup>71</sup> Gözübüyük, 1999, 343

<sup>72</sup> Davada menfaat hakkında geniş bilgi için **Hanağası**, Emel, (2009) **Davada Menfaat**, Yetkin Yay., Ankara

<sup>73</sup> Geniş bilgi için bkz. Avcı, 2013, 395-396

yaratırsa “özgürlük karakolu” ya da “sansürcü” yaftasına muhatap olacaktır.

### Kaynaklar

Akıllıoğlu, Tekin, (1988), “Kamu Yararı Kararı Üzerine Düşünceler”, İHİD, Sayı: 1-3, Yıl: 9, (L. Duran’a Armağan Özel Sayısı)

Armağan, Sibel- İbrahim, (1988), Toplumbilim, İzmir: Barış Yay.

Avcı, Artun, (2013), Türkiye’de İnternet ve İfade Özgürlüğü, Legal Yay., İstanbul

Aydın, D.Emin, (1992) Bilişim Suçları ve Hukukuna Giriş, Ankara, Doruk Yay., Eylül

Bernard, Michel, (1996), “Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés”, Bildiri, Bağımsız İdari Otoriteler, Türk-Fransız Ortak Kolokyumu, 21-22 Ekim 1996.

Dinçkol, Abdullah, (1995), “Hakimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler”, HFSA, Sayı: 2, İstanbul: Afa Yay.

Duran, Lütfi (1982), İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul:İÜHF yay.

Dülger, Murat Volkan; (2012) Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 2.Baskı, Seçkin Yay., Ankara

Dülger, Murat Volkan-Beceni, Yasin; (2011) Türkiye’de İnternet Sitelerinin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Farklı Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirmeler; TÜSİAD Yay., İstanbul

Gaudement, Y., (1981), "Le Médiateur est-il une autorité administrative ?", Mélanges Charlier, S. Rials, préc

Gözübüyük, A. Şeref; (1999) Yönetim Hukuku, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara

Günday, Metin, (2003) İdare Hukuku, 7. Bası, İmaj Yay.,Ankara

Güriz, Adnan, (1993) “Kapitalizm ve Hukuk”, Anayasa Yargısı, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay.

Hanağası, Emel; (200) Davada Menfaat, Yetkin Yay., Ankara

Helvacıoğlu, Aslı Deniz; “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Temel Hükümlerinin İncelenmesi”, İnternet ve Hukuk, Derleyen: Yeşim ATAMER, Bilgi Üniversitesi Yay., 1. Baskı, İstanbul

Huber, E. Rudolf, (1970), “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet” (Çev. T. Ansay), AÜHF Dergisi, Cilt: XXVII, Sayı: 3-4, Shf. 36

Kardaş, Ümit; (2003) “Bilişim Dünyası ve Hukuk”, Karizma Dergisi, Sayı: 13

Keleş, Ruşen, (1975), “Kentleşme ve Kamu Yararı”, Ekonomi Hukuk Kongresi, TBB

Keleş, Ruşen, (1992), Yerinden Yönetim ve Siyaset, İstanbul: Cem Yay.

Kongar, Emre, (1981), Toplumsal Değişme Kuramları ve Türkiye Gerçeği, İstanbul: Remzi Yay.

Kunter, Nurullah, Yenisey, Feridun ve Nuhoğlu, Ayşe; (2010) Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Beta Yay., İstanbul

Kuru, Baki- Yılmaz, Ejder- Arslan, Ramazan, (1986), Medeni Usul Hukuku, Ankara: S Yay.

Longobardi, Nino (1995), Les "autorités administratives indépendantes" : une première approche (suite et fin), Les Petites Affiches

Morange; Jean, (1996), “Le Conseil Superieur de L’Audivisuel”, Bildiri, Bağımsız İdari Otoriteler, Türk-

Fransız Ortak Kolokyumu, 21-22 Ekim 1996, İstanbul: Alkim Yay.

Müderrişoğlu, Feridun, (1977), “Anayasal Hak ve Özgürlüklerin ve Özellikle Basın Özgürlüğünün kamu Düzeni İle Sınırlanması ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Düzeni”, Onar’a Armağan, İstanbul: İÜHF Yay.

Oosting, Martin (1996), The National Ombudsman of the Netherlands, a brief introduction, The Hague

Özbek, Veli ÖZER, (2009) Müstehcenlik Suçu, Seçkin Yay., Ankara

Özel, Cevat; “Bilişim Suçları ile İletişim Faaliyetleri Yönünden Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, İBD, Yıl 2, 2001, sayı 7-8-9

Özen, Muharrem- Baştürk, İhsan; (Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında) Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku (2011), Adalet Yay., Ankara

Öztürk, Bahri; (2005) Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yay., 9. Baskı, Ankara

Pontier, Jean-Marie, (1992), “Le Mediateur du cinéma”, La Revue Administrative, No 265, Janvier-Fevrier

Saran, M. Ulvi, (1995), “Özerklik ve Mahalli İdareler Düzeyinde Denetim”, Türk İdare Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 408, Eylül ‘95

Soysal, Mümtaz, (1988), “İki Kavram: Özerklik ve Tarafsızlık”, Bahri Savcı’ya Armağan, Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yay.

Sterling, Bruce; “Short history of the Internet”, Internet Society, 1993. (Özet metin)- (<http://www.internetsociety.org/internet/what-internet/history-internet/brief-history-internet/>) (26.07.2013)

Tanör, Bülent, (1969), Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, İstanbul: Öncü Yay.

Taşkın, Şaban Cankat; (2008) Bilişim Suçları, Beta Yay., İstanbul, Kasım 2008

Tortop, Nuri (1994), Mahalli İdareler, Ankara: Yargı Yay., Shf. 19

Weiss, W. Leonard - Klass, W. Micheal, (1986), Regulatory Reform, What Actually Happened, Boston: Little, Brown and Company

Yazıcıoğlu, R.Yılmaz; (2007) Bilgisayar Suçları, İstanbul, Alfa Yay.

Yenidünya, A.Caner - Değirmenci, Olgun, (2003) Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, Legal Kitabevi, İstanbul

<http://internetimedokunma.com/> (29.07.2013)

[http://en.wikipedia.org/wiki/History\\_of\\_the\\_Internet](http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_the_Internet) (25.07.2013)

<http://forum.iyinet.com/guncel-konular-haberler/89855-internet-uzerinden-dava-acma.html> (25.07.2013)

<http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ahmetyildirim.pdf> (01.08.2013)

<http://tdkterim.gov.tr/?kelime=bili%FEim&kategori=teri m&hng=md> (26.7.2013).

<http://www.bilisimdergisi.org/s127/pdf/10-13.pdf> (01.08.2013)

[http://www.btk.gov.tr/mevzuat/kurul\\_kararlari/dosyalar/2011%20DK-10-91sss.pdf](http://www.btk.gov.tr/mevzuat/kurul_kararlari/dosyalar/2011%20DK-10-91sss.pdf) (29.07.2013)

[http://www.btk.gov.tr/mevzuat/kurul\\_kararlari/dosyalar/2011%20DK-14-461.pdf](http://www.btk.gov.tr/mevzuat/kurul_kararlari/dosyalar/2011%20DK-14-461.pdf) (29.07.2013)

[http://www.chip.com.tr/haber/btk-dan-yasak-kelimeler-aciklamasi\\_26657.html](http://www.chip.com.tr/haber/btk-dan-yasak-kelimeler-aciklamasi_26657.html) (29.7.2013)

<http://www.cnnurk.com/2011/bilim.teknoloji/teknoloji/1/1/15/internet.filtresi.danistaylik.oldu/636758.0/index.html>

[http://www.tib.gov.tr/tr/tr-menu-36-guvenli\\_internet\\_hizmeti.html](http://www.tib.gov.tr/tr/tr-menu-36-guvenli_internet_hizmeti.html) (29.07.2013)  
<http://www.webrazzi.com/2011/04/29/tib-btk-aciklama/>  
(29.7.2013)  
<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0676.pdf> (01.08.2013)