

ERİŞİM SAĞLAYICILARI BİRLİĞİ'NİN YAPISI VE GÖREVLERİ

Structure and Duties of The Union Of Access Providers

Hüseyin ÖZTÜRK*

Öz

İnternet alanında ortaya çıkan hukuka aykırılıklar dolayısıyla verilen erişim engelleme kararlarının uygulanmasını sağlamak amacıyla 06.02.2014 tarihinde Erişim Sağlayıcıları Birliği kurulmuştur. Erişim Sağlayıcıları Birliği, 5651 sayılı Kanun'un 6/A-f.5 gereğince 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılımıyla oluşmaktadır. Erişim Sağlayıcıları Birliği, bir özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulmuştur. Öte yandan Birlik zorunlu üyelik ve zorunlu aidat gibi kimi bazı kamu gücü ve ayrıcalıkları ile donatılmıştır. ESB'nin esas görevi 5651 sayılı Kanunun 8. Maddesi dışında kalan erişim engelleme kararlarının uygulanmasını sağlamaktır. Aynı şekilde 5651 sayılı Kanunun içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi başlıklı 9. maddesinin 5. ve 8. fıkraları gereğince verilen kararların uygulanmasını da ESB sağlamaktır. Kanun ile bir özel hukuk tüzel kişisi olarak örgütlenen ESB'nin idarenin haiz olduğu bazı kamu gücü ve ayrıcalıkları ile donatılması, hukuki niteliğinin ne olduğu noktasında tartışmalara sebebiyet vermiştir. Çalışmada ESB'nin kuruluş süreci, yapısı, görevleri ve bu alandaki tartışmalar ele alınmıştır.

* Araştırma Görevlisi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, huseyin.ozturk@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3892-2003.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 17.09.2019.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 05.06.2020.

Ahahtar Kelimeler: Erişim Sağlayıcıları Birliği, Erişim Engelleme Kararı, Kamu Tüzel Kişisi, Özel Hukuk Tüzel Kişisi, Kamu Gücü Ve Ayrıcalıkları.

Abstract

The Union of Access Providers was established on 06.02.2014 in order to ensure the implementation of access blocking decisions made due to violations of the law arising in the field of internet. The Access Providers Union consists of the participation of all internet service providers and other operators providing internet access service under the Electronic Communication Law No. 5809 pursuant to Law No. 5651, 6 / A-f.5. Access Providers Association was established as a private legal entity. On the other hand, the Union is equipped with some public power and privileges such as mandatory membership and mandatory dues. The main duty of the ESB is to ensure the implementation of access blocking decisions other than Article 8 of Law No. 5651. Likewise, ESB is to ensure the implementation of the decisions made pursuant to paragraphs 5 and 8 of Article 9 of the Law No. 5651 entitled to take down the content and to prevent access. The fact that the ESB, which is organized as a private legal entity by the law, is equipped with some public power and privileges that the administration has caused caused controversy regarding the legal nature of it. In the study, the establishment process, structure, duties of the ESB and the discussions in this area were discussed.

Keywords: The Union of Access Providers, Access Blocking Decision, Public Legal Entity, Private Legal Entity, Public Power And Privileges.

GİRİŞ

Bilişim alanında ve özellikle internet dünyasındaki hak ihlallerinin etkin bir şekilde giderilmesini sağlamak üzere 06.02.2014 tarihli 6518 sayılı Kanun'un 90.maddesi ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun' a 6/A maddesi eklenecek Erişim Sağlayıcıları Birliği kurulmuştur. Erişim Sağlayıcıları Birli-

ğ'i'nin esas işlevi hem üyelerin kendi içinde hem de adli ve idari makamlar ile koordinasyonu sağlamaktır. Kurumun bazı kamu gücü ve ayrıcalıkları ile donatılması ve kanun ile özel hukuk tüzel kişisi olarak örgütlenmesi kaçınılmaz olarak birtakım tartışmaları beraberinde getirmiştir. Bu çalışmamızda Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin hangi saikler ile hukuk dünyasına dâhil olduğunu, ne tür faaliyetlerde bulunduğunu ve bu alandaki birtakım tartışmaları ele alacağız.

I. ERİŞİM SAĞLAYICILARI BİRLİĞİ'NİN KURULUŞ SÜRECİ

Erişim Sağlayıcıları Birliği, 06.02.2014 tarihinde 6518 sayılı kanun ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a eklenen 6/A maddesi ile kurulmuştur. Birliğin kuruluş gerekçesi¹ adli ve idari makamlarca verilen içeriğin yayından çıkartılması ve erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasında karşılaşılan muhatap belirsizliğinin giderilmesi ve sektörde sivil inisiyatifin etkin kılınmasıdır.² Birlik, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcılar ile internet erişimi hizmeti veren diğer işletmecilerin iştirakleri neticesinde oluşan ve sektörde faaliyet gösterenlerin hem birbiri ile hem de idari ve adli makamlar arasındaki irtibatı sağlayan bir kuruluştur.

¹ "İçeriğin yayından çıkartılması ve içeriğe erişimin engellenmesi kararlarının mevcut uygulamalar yönüyle ortaya koyduğu sorunlar, infaz edilememelik ve muhatap belirsizliği gibi engellerin ortadan kaldırılması amacıyla sivil bir inisiyatif olan Erişim Sağlayıcıları Birliğinin oluşturulması; internet yayınlarına ilişkin tedbir kararların uygulanması süreçlerinde kamusal aktörler yerine sektör temsilcilerinin oluşturduğu sivil inisiyatifin etkin kılınması ve gelişmiş ülke uygulamalarına paralellik sağlanması; tüm servis sağlayıcıların faaliyetlerine devam edebilmek için Birliğe üye olmasının zorunlu kılınması; oluşturulan Birliğe ilişkin esas ve usullerin belirlenmesi amacıyla, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanuna 6/A maddesi eklenmesini öngören bir hüküm Tasarıya çerçeve 97 nci madde olarak eklenmiştir." "6518 sayılı Kanun Gerekçesi," TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, erişim tarihi Haziran 15, 2020, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=133166&pkanunnumarasi=6518>.

² Bülent Kent, *Türkiye'de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 139.

5651 sayılı Kanun'un 6/A maddesi gereğince Birliğin çalışma usul ve esasları, Bilgi Teknolojileri Ve İletişim Kurumu tarafından onaylanmış tüzükle belirlenir. Aynı maddede Birliğin, tüzüğün BTK tarafından uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlayacağı öngörülmüştür. Bu çerçevede BTK tarafından 30.04.2014 tarihinde 6518 sayılı kanunla 5651 sayılı Kanun'a eklenen³ geçici madde 3 uyarınca hazırlanan tüzük onaylanmış ve ardından 19.05.2014 tarihinde Erişim Sağlayıcıları Birliği faaliyete başlamıştır. BTK'nun söz konusu tüzüğü uygun bulup onaylama işlemi Serbest Telekomünikasyon İşletmeciler Derneği tarafından yürütmenin durdurulması talebiyle yargıya taşınmış ve bu süreçte Danıştay 13. Dairesi yürütmenin durdurulması kararı vermiştir.⁴ Danıştay 13. Dairesinin verdiği bu

³ Kanununun 6639 sayılı kanun ile değiştirilmeden evvelki hali şu şekildedir: "(1) Birliğin kuruluşu bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde tamamlanır.(2) Birlik, **mevcut internet servis sağlayıcıları** ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanan Birlik Tüzüğü'nün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlar. Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde hâlen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ve erişim hizmeti veren işletmeciler üyeliklerini tamamlamak zorundadır. (3) Belirtilen sürede Birliğin kuruluşunu tamamlayamaması hâlinde, Kurum tarafından internet servis sağlayıcılarına ve internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde biri oranında idari para cezası uygulanır. (4) Birliğin kurulmasını müteakip bir ay içinde üye olmayan internet servis sağlayıcılarına veya internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilere, Kurum tarafından bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde biri oranında idari para cezası uygulanır."

⁴ BTK'nun tüzüğü uygun bulma işlemine karşı hangi gerekçelerle Serbest Telekomünikasyon İşletmeciler Derneği tarafından dava açıldığı ve bunun üzerine Danıştay 13. Dairesince yürütmeyi durdurma kararı verildiği, Dan. İDDK İtiraz No:2015/301, 04.05.2015 tarihli kararında şu şekilde ifade edilmiştir: "*Anılan hükümlere istinaden, dava konusu edilen 30/04/2014 günlü, 2014/DK-TIB/236 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu karar ile fîilen erişim hizmeti veren ve imtiyaz sözleşmesi kapsamında faaliyet gösteren 4 işletmeci, görev sözleşmesi kapsamında faaliyet gösteren 1 işletmeci ile 7 internet servis sağlayıcılığı hizmeti veren işletmeci olmak üzere toplam 12 işletmeci tarafından imzalanan Erişim Sağlayıcıları Birliği tüzüğü onaylandıktan sonra, internet servis sağlayıcısı işletmecilerden biri tarafından hazırlanan ve toplam 116 işletmecinin katılımıyla hazırlanan tüzük tasarısı davalı idareye sunulmuş; ancak 15/05/2014 günlü, 233466 sayılı işlemle, dava konusu Kurul kararı ile tüzük onaylandığı için başvuru hakkında işlem tesis edilemeyeceğinin bildirilmesi üzerine davacı tarafından bakılan dava açılmıştır. Danıştay On Üçüncü Dairesi'nin 20/01/2015 günlü, E:2014/2037 sayılı kararıyla, Tüzüğün, 5651 sayılı Kanun'un Geçici 3.*

karara karşı BTK, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na itiraz başvurusunda bulunmuştur. Yargı süreci bu şekilde devam ederken 5651 sayılı kanuna 6518 sayılı Kanun'la eklenen geçici 3. maddenin ikinci fıkrasındaki “*mevcut internet servis sağlayıcıları*” ibaresi 27/3/2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanunun 30. maddesiyle “*bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla abonesi bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları*” şeklinde değiştirilmiştir. Aynı zamanda söz konusu kısmi değişiklik, 6639 sayılı kanunun yayım tarihi olan 15.04.2015 tarihinden itibaren değil, 6518 sayılı Kanun'un yayım tarihi olan 19.02.2014 tarihinden itibaren geçmişe etkili olacak şekilde yürürlüğe girmiştir.

Devam eden zaman diliminde, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, önüne gelen söz konusu itiraz başvurusunu incelerken mevzubahis kanun değişikliğini, Anayasa'ya aykırılık gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'ne taşımıştır.⁵ DİDDK Anayasa Mahkemesi'ne itiraz gerekçesinde, bahsi geçen kanun değişikliğinin Danıştay 13.Dairesinin vermiş olduğu yürütmenin durdurulması kararını bertaraf etmek için yapıldığını ve haliyle kanun değişikliğinin kamu

maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm uyarınca, yetkilendirilmiş yani mevcut 282 internet servis sağlayıcısı ile fiilen erişim hizmeti veren 4 işletmecinin toplamının en az dörtte biri tarafından imzalanması gerektiği halde; fiilen internet servis sağlayıcılığı hizmeti sunan işletmeciler ile diğer 4 işletmecinin toplamının dörtte biri dikkate alınarak toplam 12 işletmeci tarafından imzalandığı; bu durumda, Kanun'da öngörülen yeter sayıda imzalanmayan Tüzüğün onaylanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı, öte yandan, anılan Kanun'un geçici 3. maddesinin ikinci fıkrasındaki 'mevcut' ibaresinden fiilen internet servis sağlayıcılığı hizmeti sunan işletmecilerin anlaşılması gerektiğine ilişkin davalı idare yorumunun, yetkilendirilmiş tüm işletmecilerin üye olma zorunluluğu bulunan Birliğin oluşumundaki çoğulculuğa aykırı olacağı gerekçesiyle, dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.” Erişim Sağlayıcıları Birliği, erişim tarihi Mart 29, 2019, <https://www.esb.org.tr/sites/default/files/Danistay08112016.pdf>.

⁵ “Bu nedenle Kurulumuzun 04.05.2015 günlü, YD İtiraz No:2015/301 sayılı kararıyla, ESB tüzüğünün kimler tarafından hazırlanacağını düzenleyen kuralda yapılan değişikliğin, kamu yararından ziyade, yargı kararını bertaraf etme amacını taşıdığı belirtilerek, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrası gereğince 6639 sayılı Kanun'un 30. ve 40/a maddelerinin, Anayasa'nın Başlangıç kısmının dördüncü fıkrası ile 2., 6.,7., 9., 11., 125. ve 138. maddelerin aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiştir.” Erişim Sağlayıcıları Birliği, erişim tarihi Mart 29, 2019, <https://www.esb.org.tr/sites/default/files/Danistay08112016.pdf>.

yararı için değil de belli bir özel çıkar için yapıldığını, bu durumun Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile uyarlığı bulunmadığını, ayrıca kanun değişikliğinin yargı kararını saf dışı bırakmak maksadıyla yapıldığını ve bu durumun Anayasa'nın 138. maddesine aykırılık oluşturacağını ifade etmiştir.

İtiraz başvurusunu değerlendiren Anayasa Mahkemesi, ilk olarak kamu yararı çerçevesinde yaptığı incelemede kamu yararının tanımını yapıp kanunların kamu yararı amacıyla yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Öte yandan kanunların açık ve kesin olarak özel çıkar için yapıldığının saptanması halinde Anayasa madde 2' de düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırı olacağına değinmiş, bunun dışındaki ayırksı durumlarda nelerin kamu yararı olduğunun değerlendirilmesinin bir siyasi tercih olduğunu belirterek bu durumun Anayasa yargısı dışında kaldığını hükme bağlamıştır. Bu açıklamadan sonra söz konusu kanun değişikliğinin belli bir özel menfaat için değil 'mevcut internet servis sağlayıcılar' ibaresinin farklı yorumlanması sonucu ortaya çıkan belirsizliği gidermek maksadıyla yapıldığı ve dolayısıyla burada kamu yararının varlığı söz konusu olduğu gerekçesiyle Anayasaya aykırılığın olmadığını belirtmiştir.⁶ Anayasa Mahkemesinin gerekçesi kanaatimizce yerindedir. Zira

⁶ "Yapılan değişikliğin mahiyeti göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun, kuralda değişiklik yapılmadan önce de Birlik Tüzüğü'nün sektörde fiilen faaliyette bulunan işletmelerin en az dörtte biri tarafından hazırlanmasını öngördüğü anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, kuralın ilk halinde yer alan "mevcut internet servis sağlayıcıları" ibaresiyle aboneli bulunan ve fiilen bu hizmeti veren internet servis sağlayıcılarının ifade edilmek istendiği, ancak bu ibarenin uygulamada farklı şekilde yorumlanması üzerine kurala açıklık getirmek ve oluşan belirsizliği gidermek amacıyla "bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla aboneli bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları" şeklinde değiştirildiği sonucuna varılmaktadır. Yasamanın genelliği ilkesi gereğince, ESB Tüzüğü'nün kimler tarafından hazırlanabileceğini belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir. Bu kapsamda, ESB Tüzüğü'nün aboneli bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları ile internet erişimi hizmeti veren işletmeler tarafından hazırlanmasını öngören kuralın kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğu açıktır. İtiraz konusu kuralın ESB Tüzüğü'nü hazırlayacak asgari işletme sayısına açıklık getirmek ve bu konuda uygulamada ortaya çıkan belirsizliği gidermek amacıyla ihdas edildiği dikkate alındığında, kamu yararına aykırı bir yönü bulunmadığı gibi yargı kararını etkisizleştirmeye yönelik bir düzenleme olarak da değerlendirilemez." AYM, E.2015/88, K.2016/156, 07.09.2016.

kamu yararı kavramı içeriği önceden belli olmayan ve tanımlanamayan bir niteliğe haizdir.⁷ Bir konunun kamu yararı niteliğine sahip olup olmadığını takdir yetkisi yasama organına aittir. Zaten yasaların kamu yararına haiz olduğu varsayılır.⁸ Yüksek Mahkeme yerinde olarak mezkûr kararda yasama organın açık ve kesin bir şekilde kamu yararından saptığı vakit Anayasaya aykırılığın söz konusu olacağını, bunun dışında kalan hususlarda yasama organın takdir yetkisin var olduğunu ifade etmiştir. Kaldı ki hukuka aykırı bir durumun giderilmesi amacıyla verilen erişim engelleme kararlarının uygulanmasını sağlayan Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin faaliyete geçebilmesi için asgari işletmecisi sayısının tespitindeki belirsizliği ortadan kaldırmayı maksat edinen kanun değişikliğinin kamu yararına olduğu da açıktır.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kanun değişikliğini, kamu yararı çerçevesinde değerlendirmesinin ardından kanunların geriye yürümezliği ilkesi bağlamında da ele almıştır. Mahkeme, kanunların yürürlüğe girdikten sonraki olay ve durumlara uygulanması gerektiğini ifade ettikten sonra; bu durumun kamu yararı ve kamu düzeninin gerekleri gibi istisnai hâllerde göz ardı edilebileceğini ve bahsi geçen kanun değişikliğinin de kamu yararı gereğince geriye yürütüldüğünü belirtmiş ve anılan kanun hükmünün de Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.⁹ Mahkemenin vermiş olduğu bu

⁷ Tekin Akıllıoğlu, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler," *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi* 9, no. 1-3 (1988): 11; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019), 1125.

⁸ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 388.

⁹ "ESB'nin faaliyetlerine başlayabilmesi ESB Tüzüğü'nün BTK tarafından onaylanmasıyla mümkündür. Dolayısıyla, Tüzüğü'nün onaylanmasına ilişkin 30.4.2014 tarihli BTK kararının yargı kararıyla yürürlüğünün durdurulması ESB'nin faaliyetlerinin sona ermesine neden olacağı gibi faaliyetlerine başladığı tarihten itibaren verdiği kararların da hukukten geçersiz sayılmasına sebebiyet verebilecektir. İtiraz konusu kuralla, ESB Tüzüğü'nün onaylanmasına ilişkin işlemin yürürlüğünün durdurulması üzerine erişimin engellenmesine yönelik kararların uygulanması noktasında ortaya çıkacak sorunların giderilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, ESB Tüzüğü'nü hazırlayacak asgari işletme sayısını düzenleyen 5651 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yapılan değişikliğin geçmişe yürütülerek 19.2.2014 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. Dolayısıyla, erişimin engellen-

karar elbette ki tartışmaya açıktır. Zira mevzubahis kanun değişikliği kanunun yayım tarihi olan 15.04.2015 değil 19.02.2014 tarihinden itibaren geçmişe etkili olacak şekilde yürürlüğe girmiştir. Burada kanunların geriye yürümezliği ilkesinin ihlal edildiği açıktır. Ancak diğer tarafta da 19.05.2014 tarihinde faaliyete başlamış olan Birliğin işlemleri vardır. Şayet kanun değişikliği iptal edilirse Birlik işlemleri hukuki sebepten yoksun kalacak ve işlemlerin geçersiz sayılmasına sebebiyet verilecektir. Yüksek mahkeme bu ikilem de Birliğin faaliyetine devam edebilmesi ve yapmış olduğu işlemlerin geçerliliğine halel gelmemesi için ikinci şıkkı tercih etmiş ve kanun değişikliğini Anayasa aykırı bulmamıştır.

Anayasa Mahkemesi yukarıda bahsi geçen gerekçelerden ötürü DİDDK' nın yapmış olduğu başvuruyu reddetmiştir. Bunun üzerine DİDDK, Danıştay 13.Dairesinin vermiş olduğu yürütmeyi durdurma kararının kaldırılmasına ve BTK' nın söz konusu tüzüğü onaylama işlemine karşı açılan davanın reddine karar vermiştir.¹⁰ Böylelikle Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin faaliyete başlamasındaki belirsizlik ortadan kalkmıştır.

II. ERIŞİM SAĞLAYICILARI BİRLİĞİ'NİN GÖREVLERİ

Adli ve idari merciler tarafından verilen içeriğin yayından çıkartılması ve erişimin engellenmesi kararlarının uygulanması noktasında karşılaşılan infaz edilemezlik¹¹ haline çözüm amacıyla kuru-

mesi kararlarının uygulanmasını koordine etmekle görevli olan ESB'nin, verdiği kararların geçerliliği konusunda oluşabilecek hukuki sorunların önüne geçilmesi ve faaliyetlerine kesintisiz bir şekilde devam etmesi amacıyla yapılan düzenlemede kamu yararına aykırı bir yön bulunmamaktadır.", AYM, E.2015/88, K.2016/156, 07.09.2016.

¹⁰ Dan. İDDK, E.2015/301, 08.11.2016, (https://www.esb.org.tr/sites/default/files/Danistay_08112016.pdf.)

¹¹ Nitekim 5651 sayılı Kanun'a eklenen 6/A maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesine açılan davada mahkeme şu sonuca varmıştır: "Kanun koyucunun ESB'yi, içeriğin yayından çıkartılması ve içeriğe erişimin engellenmesi kararlarının infaz edilemezlik ve muhatap belirsizliği gibi sorunların ortadan kaldırılması ve işin teknik özelliğinden dolayı bu görevi yapabilecek başka bir kurumun bulunmamasını da gözetecek, erişimin engellenmesi kararlarının bir an önce yerine getirilmesini sağlamak amacıyla kurduğunu anlaşılmaktadır", AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08.12.2015.

lan Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin en temel görevi, 5651 sayılı Kanun'un 6/A-f.1.'de belirtildiği üzere erişim engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamaktır.¹²

Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin kurulmasındaki temel etken, ifade edilen ses, görüntü vb. şeylerin müthiş derecede bir hızla yayılma imkânına sahip olan internet ortamında işlenen bir suçun, özel hayatın gizliliğini ve kişilik haklarını ihlal eden bir vaziyetin etkin bir şekilde sonlandırılmasının ve gereğinin yapılmasının sağlanmasıdır.¹³ Nitekim Kent, uygulamaya yönelik şu tespitlerde bulunmuştur: 'ESB kurulmadan önce idari ve adli makamlar erişim engelleme kararları verdikten sonra bu kararları bir kısım erişim sağlayıcı işletmelere gönderiyorlar, diğerlerine ise iletişim bilgileri eksiklerinden dolayı gönderemiyorlardı. Ayrıca bu kararlar işletmelere aynı zamanda da gönderilemiyordu. Dolayısıyla erişim engelleme kararlarının aynı anda uygulanması da söz konusu değildi.'¹⁴

Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin görevleri Birlik Tüzüğü'nün Birliğin faaliyetleri başlıklı 5.maddesinde sayılmıştır. Buna göre, amacına ulaşmak için Birlik aşağıda sayılan faaliyetlerde bulunur:

"Sadece 5651 sayılı kanun kapsamındaki (madde 8 dışında) erişim engelleme kararlarını değil diğer özel kanunlardaki erişim engelleme kararlarının uygulanması sağlamak,

Birlik üyeleri arasındaki koordinasyonu sağlamak,

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

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

Mezzuata uygun olmadığını düşündüğü kararlara itiraz etmek,

¹² Bülent Kent, "Devletin Özel Sektör Eliyle Sansür Yapması Ne Kadar Mümkün?," *Türkiye Bilişim Dergisi* 42, no. 169 (Ekim 2014): 70.

¹³ Ersan Şen, "Erişim Sağlayıcıları Birliği Ne İşe Yarar?," *Türkiye Bilişim Dergisi* 42, no. 169 (Ekim 2014): 78.

¹⁴ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 139.

Birliğin kamuoyu tarafından tanınmasını sağlamak ve bu konuda kamuoyunu bilinçlendirmek,

Üyelerden alınacak ücretleri belirlemek ve tahsil etmek,

Üyeler arasında iletişim ve dayanışmayı sağlamak,

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

Birliğin amaçları doğrultusunda ilgili diğer faaliyetlerde bulunmak,”

ESB'nin esas görevi 5651 sayılı Kanununun 8. Maddesi dışında kalan erişim engelleme kararlarının uygulanmasını sağlamaktır.¹⁵ Aynı şekilde 5651 sayılı Kanunun 'içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi başlıklı 9. Maddesinin 5. ve 8. fıkraları gereğince verilen kararların uygulanmasını da ESB sağlamaktır.¹⁶

Görüldüğü üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin esas işlevi hem üyelerin kendi içinde hem de adli ve idari makamlar ile koordinasyonu sağlamaktır. Bu bağlamda Erişim Sağlayıcıları Birliği, adli veya idari makamlar tarafından verilen erişim engelleme kararlarını bizatihi kendisi yerine getirmemekte; kararın uygulanmasını sağlamak üzere erişim sağlayıcılara göndermektedir.¹⁷ Başka bir deyişle erişimin engellenmesi kararlarını Erişim Sağlayıcıları Birliği, doğrudan kendisi uygulamamakta; sadece gereğinin yerine getirilmesi için adli veya idari kurumlar ile erişim sağlayıcılar arasında aracılık yapmaktadır.¹⁸ Nitekim Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin koordinasyon işlevinin yerine getirilmesi amacıyla 5651 sayılı Kanun'un 6/A-

¹⁵ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 139.

¹⁶ Melikşah Çırakoğlu, *5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde İnternet Erişimin Engellenmesi Ve Erişim Sağlayıcıları Birliği* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 139.

¹⁷ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 155.

¹⁸ ESB'nin koordinasyon görevini yerine getirebilmesi amacıyla zorunlu üyeliğin olması gerektiğini ifade eden Anayasa Mahkemesi bu duruma ilişkin şu sonuca ulaşmıştır: “ESB söz konusu erişimin engellenmesi kararlarını doğrudan yerine getirmemekte, yalnızca erişim sağlayıcılar ile söz konusu kararın muhatapları arasında aracılık görevi yapmaktadır.” AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08.12.2015.

f.7'de¹⁹, Birliğe yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağı ifade edilmiştir. Aynı yönde kanunun 6A maddesinin 10. Fıkra gereğince öngörülen Birliğe üye olma zorunluluğunun sebebi de söz konusu aracılık faaliyetidir.²⁰ Anayasa Mahkemesi kararında “Birliğe üye olunmasının zorunlu olması ise Birliğe verilen görevin bir gereği olup, zorunluluk getirilmemesi halinde erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesinin mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır” diyerek zorunlu üyeliğin sebebini açıklamıştır.²¹

III. ERİŞİM SAĞLAYICILARI BİRLİĞİ'NİN YAPISI

A. Genel Olarak

Erişim Sağlayıcıları Birliği, 5651 sayılı Kanun'un 6/A-f.5 gereğince 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılımıyla oluşmaktadır. Birliğe katılım zorunlu olup katılmayan internet servis sağlayıcıları faaliyette bulunamaz (Madde: 6/A-f.10). Birlik özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulmuş, organları tüzüğünde belirtilmiştir.

B. Organik Yapısı

Birlik Tüzüğü'nün 8. maddesine göre Birliğin genel kurul, yönetim kurulu, denetim kurulu ve genel sekreterlik olmak üzere dört tane zorunlu organı vardır. Birliğin amaç ve ihtiyaçları doğrultu-

¹⁹ Söz konusu kanun maddesi Anayasa Mahkemesi önüne iptali için geldiğinde Mahkeme şu gerekçelerle iptal istemini reddetmiştir: “Kişi hak ve özgürlüklerinin zarar görmesinin engellenmesi amacıyla erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesinde ortaya çıkacak gecikme, telafisi imkânsız sonuçlara yol açabilecektir. Bu nedenle, erişimin engellenmesi kararlarının en kısa sürede yerine getirilmesi...,Yapılan işin özelliği gereği en kısa sürede yerine getirilmesinin gerekmesi, teknolojik alanda meydana gelen hızlı değişim, ESB'nin ve erişim sağlayıcıların söz konusu tebligattan haberdar olduklarının tespit edilebilmesi hususları göz önüne alındığında iptali istenilen düzenlemeler kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup, kuralların hukuki güvenirlik ilkesine ve hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu söylenemez” AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08.12.2015.

²⁰ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 155.

²¹ AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08.12.2015.

sunda gerekli iş ve işlemleri yerine getirmek, altyapı ve sistemleri kurmak ve işletmek üzere genel kurul kararıyla ihtiyari organlar oluşturulabilir, teknik, idari, hukuki alt birimler ve uzmanlık grupları kurulabilir.

1. Zorunlu Organlar

a. Genel Kurul

Genel kurul, üyelerin toplandığı, ESB'nin yönetimi ve denetimine ilişkin konuların istişare edilip karara varıldığı üst organdır.²² Genel kurul, üyelik aidatı ödeyen tüm üyelere teşekkül eder. Her bir üye genel kurulda bir asıl ve bir yedek olmak üzere yetkili mümessil vasıtasıyla temsil edilir. Genel kurul olağan ve olağanüstü olmak üzere iki şekilde toplanır. Olağan genel kurul toplantıları yılda en az bir defa ve hesap döneminin bitiminden itibaren üç (3) ay içinde, yönetim kurulunun karar ve çağrısı üzerine yapılır. Olağanüstü genel kurul, yönetim kurulunun çağrısı veya üyelerin Tüzüğü'nün 6/2. maddesine²³ göre hesaplanan oy hakkı kapsamında dörtte bir oy hakkına sahip üyelerin yazılı başvurusu üzerine yapılır. Genel kurulun toplantı yeter sayısı; Tüzüğü'nün 6/2. maddesine göre hesaplanan oy hakkının en az yarısından fazlasına sahip olan üyelerin sayısı kadardır. Üyelerin oy hakkı, Tüzüğü'nün 6/2. maddesi uyarınca hesaplanır. Genel kurulda kararlar, hazır bulunan üyelerin oy hakkına göre hesaplanacak oy çokluğu ile alınır ve tüm üyeler için bağlayıcıdır. Genel kurulda oylar açık olup sadece seçimlerde ve aksine genel kurulca karar verilen hususlarda gizli oya başvurulabilir.

Genel kurulun görev ve yetkilerini şu şekilde sıralayabiliriz:

²² Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 147.

²³ ESB Tüzüğü madde 6/2: "Üyelerin tamamının bir önceki yıl net satış tutarı toplamının %90'lık kısmını oluşturan Birlik üyeleri, genel kuruldaki toplam oy hakkı içinde %50'lik paya sahiptir. Üyelerin tamamının bir önceki yıl net satış tutarı toplamı içinde geriye kalan %10'luk kısmını oluşturan Birlik üyeleri ise, genel kuruldaki toplam oy hakkının diğer %50'lik payına sahiptir. Her bir grup içindeki üyelerin oy hakkı dağılımı ise, her bir üyenin bir önceki yıl net satış tutarının, söz konusu grup içerisindeki üyelerin tamamının bir önceki yıl toplam net satış tutarı toplamına oranlanarak belirlenir."

- Yönetim kurulu ve denetim kurulu üyelerini tüzükte öngörüldüğü üzere seğmek,
- Birliğin btce tasarısını görüşmek ve karara bağlamak,
- Yönetim kurulunca öngörülen raporları incelemek, Birliğin hesabını incelemek ve yönetim kurulunu ibra etmek,
- Taşınmaz mal alınması ve satılması, bunlar üzerinde aynı haklar tesis edilmesi için yönetim kuruluna yetki vermek,
- Birlik Tzğindeki değişiklik önerilerini karara bağlamak ve Kurumun onayına sunmak üzere yönetim kuruluna yetki vermek,
- Yönetim Kurulu yelerinin huzur hakkı ve ücretlerini belirlemek,
- Mevzuat ve Tüzük ile verilmiş diğer görevleri yapmak.

b. Yönetim Kurulu

Yönetim kurulu, Birliği temsil eden organdır ve kurul on bir üyeden oluşmaktadır. Yönetim kurulunun dokuz yesi; Birlik yeleri arasından bir önceki yıl en fazla net satış tutarına sahip ilk dokuz Birlik yesi tarafından, geriye kalan iki yesi ise bir önceki yıl en fazla net satış tutarına sahip ilk dokuz Birlik yesinin dışında kalan diğer Birlik yelerinin olduğu grup tarafından seçilir. Bu seçimde, bir önceki yıl en fazla net satış tutarına sahip ilk dokuz ye oy kullanamaz. Seçilen yeler, seçimi izleyen üç gün içinde aralarında görev dağılımı yaparak, yönetim kurulu yeleri arasından yönetim kurulu başkanı ile bir başkan yardımcısı ve bir de st düzey finansal işlerin koordinasyonundan sorumlu sayman üyeyi seçer. Başkanın herhangi bir nedenle görevden ayrılması durumunda yönetim kurulu başkan yardımcısı başkan olarak atanır ve ilk yönetim kurulu toplantısında yeni bir başkan yardımcısı seçilir. (tüzük madde 17). Yönetim kurulunun görev süresi, seçildikleri olağan genel kurul ile bundan sonra yapılacak olan ikinci olağan genel kurul arasındaki iki dönemi kapsar. (madde 18).

Yönetim kurulu ayda en az bir kez olmak üzere yönetim kurulunun belirleyeceği yer ve zamanda salt çoğunluk ile toplanır. Kararlar üye tam sayısının salt çoğunluğuyla alınır. Oylarda eşitlik olması halinde, başkanın bulunduğu taraf üstün tutulur. Yönetim kurulu toplantılarında her üye bir oy hakkına sahiptir. Yönetim Kurulu toplantılarına yönetim kurulu başkanı başkanlık eder. Başkanın bulunmadığı yönetim kurulu toplantılarına, yönetim kurulu başkan yardımcısı başkanlık eder. Başkan yardımcısının da bulunmadığı durumda, hazır bulunan üyeler, kendi aralarından birini, başkanlığı yürütmesi için belirleyebilirler. (madde 20).

Yönetim kurulunun görev ve yetkilerini şunlardır (tüzük madde 21):

- Genel sekreteri, Kurumun da görüşünü alarak atamak, genel sekreter yardımcılarını atamak,
- Genel sekreter ve genel sekreter yardımcılara ödenecek ücretleri belirlemek,
- Bütçeyi genel kurul onayına sunmak,
- Taşınmaz mal alınması, satılması ve kiralanması ile bunlar üzerinde aynı haklar tesis edilmesi için gerekli onayları vermek,
- Birlik faaliyetleri kapsamında görevlendirilecek personelin özlük, ücret ve sosyal haklarını belirlemek,
- Denetim kurulu üyelerinin kanun ve diğer yasal mevzuat çerçevesinde, Birliğin denetimiyle ilgili ihtiyaç duydukları bilgi ve belgeleri, resmi yazışmalara ilişkin gizlilik ve bilgi güvenliği koşulları ihlal edilmeden vermek,
- Birliği sorumluluk altına sokacak evraklarda ikiden az olmayacak müşterek imzaya yetkili imza sahiplerini karara bağlamak,
- Birliğin Tüzük değişikliklerini, genel kurulun ve genel kurul tarafından onaylanmasını takiben Kurumun onayına sunmak,
- Olağan ve olağanüstü genel kurul toplantılarının gündemini hazırlamak ve üyeleri toplantıya çağırarak,

- Birliğin gelir ve gider belgelerinin saklanma usulünü belirlemek,
- Birliğin mali denetim raporunu genel kurula sunmak,
- Kanun, ilgili mevzuat ve Tüzükle verilen diğer işleri yapmak.

c. Denetim Kurulu

Birliğin faaliyetlerini ve hesaplarını denetlemek amacıyla genel kurul tarafından seçilen organdır. Denetim Kurulu, iştirak hakkını haiz birlik üyeleri arasından iki yıllık süre için üç asıl üç yedek üye şeklinde belirlenir. Denetim kurulunun görevi; ilgili mevzuat ve genel kurul kararları çerçevesinde, Birliğin hesap, işlem ve faaliyetlerini denetleyip raporlar hazırlamak veya bağımsız denetim şirketi aracılığı ile denetim sürecini takip etmektir. (tüzük madde 22). Birlik mali açıdan yönetim kurulu kararı ile bağımsız denetim şirketlerine denettirilebilir. Ancak bu halde de denetim kurulunun sorumluluğu devam eder.²⁴

d. Genel Sekreterlik

Genel sekreterlik Birlik işlerinin sevk ve idaresiyle yetkili ve görevli organdır. Birliğin faaliyetleri kapsamında gerçekleştirilecek olan idari, teknik ve hukuki işler; genel sekreterlik bünyesinde oluşturulacak olan birimler vasıtasıyla yürütülür. Birliğin faaliyetleri kapsamında tüm önlem ve tedbirler genel sekreterlikçe alınır.

Genel Sekreterlik, bir genel sekreter, üçten fazla olmamak üzere genel sekreter yardımcısı ile yeteri kadar Birlik personelinden oluşur. Genel sekreter, BTK'nın görüşü alınarak yönetim kurulu tarafından atanır. Genel sekreter yardımcıları da yönetim kurulu tarafından atanır. Burada genel sekreterin atanma usulünü irdelemek yerinde olacaktır. Şöyle ki sektörün temsilcilerinden oluşan ve özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olarak kurulan ESB her ne kadar sektörde sivil inisiyatifin etkin kılınmasına hizmet etmekteyse de genel sekreterin BTK'nın görüşü alınarak yönetim kurulu tarafından

²⁴ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 152.

atanması, devletin erişim engelleme kararlarının yerine getirilmesi sürecini sınırlı da olsa gözetim ve denetim altında tutmayı amaçladığını göstermektedir. Ayrıca böyle bir usulün benimsenerek ESB’de “*güçlü genel sekreter*” sisteminin hedeflendiği ifade edilmiştir.²⁵ Genel sekreter işlerin yürütülmesini sevk ve idare eden amirdir.

Genel sekreterin görev ve yetkileri şunlardır (tüzük madde 24):

- Birlik işlerinin yürütülmesini sağlamak ve birliğin faaliyetleri için gerekli yapıyı, çalışma usul, yöntem ve esaslarını belirlemek,
- Yönetim Kurulu kararı doğrultusunda, Birlik faaliyetleri için gerekli bina, arsa, teknik yazılım ve donanımlar da dâhil olmak üzere her türlü taşınır ve taşınmaz mal/ürün/hizmet alınması, satılması, kiralanmasına yönelik iş ve işlemleri gerçekleştirmek,
- Birlik faaliyetleri için gerekli kadro tespiti çalışmalarını yapmak, yönetim kurulu kararı doğrultusunda Birlikte çalışacak personeli istihdam etmek ve görevlendirmek, görevlerine son vermek, çalışma usul ve esasları ile diğer hususları belirlemek,
- Kanun ve ilgili mevzuat çerçevesinde verilecek talimatların ve alınan kararların uygulanmasını sağlamak,
- Denetim kurulu üyelerinin kanun ve ilgili diğer yasal mevzuat çerçevesinde Birliğin denetimine ilişkin işlemlerle ilgili ihtiyaç duydukları bilgi ve belgeleri, resmi yazışmalara ilişkin gizlilik ve bilgi güvenliği koşulları ihlal edilmeden sağlamak,
- Genel kurulun zamanında toplanabilmesi için her türlü hazırlıkları yapmak, genel kurul gündeminin yönetim kurulu tarafından düzenlenebilmesi için gerekli hazırlık ve çalışmalarını yaparak, duyurunun Tüzüğün ilgili maddelerinde belirtilen şekilde Birlik üyelerine usulüne uygun olarak yapılmasını sağlamak, genel kurul ile yönetim kurulu kararlarının üyelere duyurulmasını ve uygulanmasını sağlamak,

²⁵ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 160.

- Yönetim Kurulu toplantılarına katılmak, alınan kararları takip etmek, sonuçlandırmak ve kararların gereğinin zamanında yerine getirilmesini sağlamak,
- Genel kurula sunulmak üzere Birliğin bir yıllık faaliyeti hakkında yönetim kurulunca hazırlanacak raporun zamanında tanzimi için gerekli her türlü tedbiri almak,
- Kamu kurum ve kuruluşlarınca bilgi istenilen konularda gerekli çalışmaları yapmak ve gereğini yerine getirmek, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile gerekli koordinasyonu sağlamak,
- Birliğin yıllık gelir ve gider btcesine ilişkin çalışmalar yaparak yönetim kuruluna sunmak,
- Birliğin her kademedeki personelinin çalışmalarına nezaret etmek; her türlü evrak ve belgelerinin, gerekli sreler boyunca muhafaza edilmesini sağlamak,
- Genel kurul ve yönetim kurulu tarafından verilen diğer görevleri yerine getirmek.

2. İhtiyari Organlar

Erişim Sağlayıcıları Birliği Tüzüğünün madde 8. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Birlik amaç ve ihtiyaçları doğrultusunda gerekli iş ve işlemleri yerine getirmek üzere genel kurul kararıyla ihtiyari organlar oluşturabilir. Bu bağlamda Birliğin hukuk birimi, teknik birim ve idari ve mali işler birimi olmak üzere üç tane birimi vardır.²⁶

Hukuk biriminin görevi; adli ve idari makamlarca verilen erişim engelleme kararlarını ilgili mevzuat çerçevesinde inceleyerek erişim sağlayıcılara göndermek, Birliğin kurumlar ile yazışmasını yapmak, evrak arşivini tutmak ve genel sekreterin verdiği diğer işleri yapmaktır.

²⁶ "Hakkımızda," Erişim Sağlayıcıları Birliği, erişim tarihi Mart 31, 2019, <https://www.esb.org.tr/biz-kimiz>.

İdari ve mali işler biriminin görevi; muhasebe ve finansman işlemleri yürütmek, personel takibi yapmak, konferans, kurs, panel organizasyonlarını düzenlemek, kitap ve süreli yayınları çıkartmak ve genel sekreterin verdiği diğer işleri yürütmektir.

Teknik birimin görevi; erişim engelleme kararlarının erişim sağlayıcılara hızlı ve güvenli bir biçimde ulaştırılması için gerekli teknik desteği sağlamaktır.

C. Hukuki Yapısı

Erişim Sağlayıcıları Birliği, bir özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulmuştur. (6/A f.2). Öte yandan Birlik zorunlu üyelik ve zorunlu aidat gibi kimi bazı kamu gücü ve ayrıcalıkları ile donatılmıştır. Başka bir deyişle özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulan ESB, idarenin kullanmaya haiz olduğu kamu gücü ve ayrıcalıklar ile donatılmıştır.²⁷ Hal böyle olunca ESB'nin hukuki niteliğinin ne olduğu ve yaptığı işlemlerin ne tür bir işlem olduğu sorunu ortaya çıkmakta ve bu işlemlerin hukuka aykırı olması halinde hangi yargı yoluna başvurulacağı meselesi ile karşı karşıya gelinmektedir.²⁸

Haklara ve borçlara ehil olabilen varlıklara kişi denir.²⁹ Hukukta gerçek ve tüzel olmak üzere iki tür kişi vardır. Gerçek kişi insanlardır.³⁰ Tüzel kişi ise sürekli bir amacı gerçekleştirmeye özgülenmiş ve bu amacı gerçekleştirmek üzere örgütlenmiş; hukuk düzeninin kendisine haklara ve borçlara ehil olabilme vasfını tanıdığı kişi veya mal topluluklarıdır. Tüzel kişiler de kendi içerisinde kamu ve özel hukuk tüzel kişisi olmak üzere ikiye ayrılır.

²⁷ Kamu gücü ve ayrıcalıkları, özel hukukta karşılaşılmayan, özel hukuku aşan bir takım yetki ve durumlardır. Tek yanlı işlem yapma yetkisi, vergi muafiyeti, zorunlu üyelik, zorunlu aidat gibi yetki ve haller örnek olarak verilebilir. Kemal Gözler, *İdare Hukukuna Giriş* (Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2018), 20; Bahtiyar Akyılmaz, Cemil Kaya ve Murat Sezginer, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 2.

²⁸ Şaban Cankat Taşkın, *İnternet Erişim Yasakları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 156.

²⁹ Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013), 5.

³⁰ TMK 8/1'de "her insanın hak ehliyeti vardır" denilerek bu durum teyit edilmiştir.

Kamu hukuku tüzel kişisi, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi³¹ ile kurulan ve birtakım kamu gücü ve ayrıcalıklarına sahip olan tüzel kişilerdir.³² Bir tüzel kişiliğin kamu tüzel kişiliğine sahip olabilmesi için tanımdaki iki şartı kümülatif olarak kendi bünyesinde barındırması gerekmektedir.³³

Özel hukuk tüzel kişileri, hususi hukuk sahasında faaliyet göstermek amacıyla hukuki işlem ile kurulan tüzel kişilerdir.³⁴ Hukukumuzda dernekler, vakıflar, ticaret şirketleri, sendikalar ve siyasi partiler olmak üzere beş çeşit özel hukuk tüzel kişisi vardır. Tüzel kişilerde sınırlı sayı ilkesi geçerli olduğundan ancak kanunun öngördüğü türden tüzel kişi oluşturulabilir ve söz konusu beş özel hukuk tüzel kişisi dışında özel hukuk tüzel kişisi oluşturmak mümkün değildir.³⁵

Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin hukuki niteliği, yani Birliğin bir özel hukuk tüzel kişisi mi yoksa kamu tüzel kişisi mi olduğu hususu tartışmaya açık bir alandır. Şöyle ki, hem kanunla açık bir biçimde özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulan hem de kamu gücü ve ayrıcalıkları ile donatılmış kamu yararına faaliyet yürüten bir yapı söz konusudur.

ESB'yi özel hukuk tüzel kişileri bağlamında değerlendirdiğimiz takdirde yürüttüğü faaliyetten ötürü ticari şirket, sendika ve siyasi parti içinde ele alınamayacağı gibi bir kişi topluluğu olmasından mütevellit, mal topluluğu olan vakıf statüsüne dâhil etmek de mümkün değildir. Birlik, dernekler bağlamında değerlendirildiğinde ise yapısal anlamda dernek ile uyuşmadığını görmekteyiz.³⁶ Ger-

³¹ 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Kanun ile Anayasanın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kamu tüzel kişiliğinin kurulmasına ilişkin, "ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak" ibaresi "kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle" kurulur şeklinde değiştirilmiştir.

³² Kemal Gözler, "Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı Neye Yarar? K. Begüm İsbir'in Kamu Tüzel Kişiliği İsimli Doktora Tezinin Düşündürdükleri," İDARE.GEN.TR, erişim tarihi Nisan 1, 2019, <http://www.idare.gen.tr/kamu-tuzel-kisiligi.pdf>.

³³ Ramazan Çağlayan, "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 7 (2016): 15.

³⁴ Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku*, 227.

³⁵ Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku*, 212.

³⁶ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 143.

çekten de Türk Medeni Kanununun 72. maddesinde derneğin zorunlu organları genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulu olarak öngörülmüşken, ESB Tüzüğünde birliğin zorunlu organları arasında derneklerden farklı olarak genel sekreterlik sayılmıştır. Aynı yönde Anayasa Mahkemesi de ESB'nin vakıf veya dernek statüsünde olmadığı sonucuna ulaşmıştır.³⁷ Buna karşılık Kamu Denetçiliği Kurumu bir tavsiye kararında Birliğin dernek statüsünde olduğu kanaatine varmıştır.³⁸

Öte yandan özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulan bir yapının kamu gücü ve ayrıcalıklar ile donatılmasının söz konusu yapıyı kamu tüzel kişiliği statüsüne sokup sokmadığı hususuna da değinilmelidir. Öncelikle ifade edilmelidir ki kamu tüzel kişisi olmak için kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile tüzel kişiliğin kurulmuş olması yeterli olup açıkça kamu tüzel kişiliğine değinilmesine gerek yoktur.³⁹ Bu bağlamda Birliğin zorunlu aidat ve üyelik gibi bir takım kamu gücü ve ayrıcalıklar ile donatılması ve özel hukuk tüzel kişisi şeklinde de olsa en nihayetinde kanunla tüzel kişiliği haiz olması, ESB'nin kamu tüzel kişisi olduğu sonucunu doğurabilir.⁴⁰

Diğer taraftan hem doktrinde hem de yargı kararlarında Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulmuş olması ve personelinin iş kanuna tabi olmasıyla birlikte kamu yararına bir faaliyet yürütmesi ve bir takım kamu gücü ve ayrıcalıkları ile donatılması karşısında Birlik kamusal yönü ağır basan "*kamu tüzel kişiliğine yaklaşan müessese*"⁴¹ya da "*kendine özgü bir yapı*"⁴²olarak da değerlendirilmektedir.

³⁷ AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08.12.2015.

³⁸ Kamu Denetçiliği Kurumu Tavsiye Kararı, Şikâyet No: 2014/3076, 12.08.2015.

³⁹ Akyılmaz, Kaya ve Sezginer, *Türk İdare Hukuku*, 194.

⁴⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, Dernekler Kanununa göre kurulan Türkiye Jokey kulübü bünyesinde yer alan Komiserler Kurulu'nun kararını idarî nitelikte saymıştır: "*Jokey kulübünün sözü edilen faaliyetlerini Bakanlığın emir ve direktifleri doğrultusunda ve denetimi altında sürdürdüğü sonucuna varılmakta ve adı geçen komiserler heyetinin idarî bir kurul olduğu, kararlarının da idarî nitelik taşıdığıın kabulü gerekmektedir.*" UM, E.1995/2, K.1995/1, 13.02.1995.

⁴¹ Mehmet Artuk Ardıçoğlu, "Türk İdare Hukukuna Yeni Bir Katkı: Erişim Sağlayıcıları Birliği," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no: 1 (2014): 136.

Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin yerine getirdiği faaliyetin hukuki niteliğinin ne olduğu hususuna değinmekte fayda vardır. Zira bu tespit Birliğin hukuki yapısını belirlemede bizlere yol gösterici olacaktır. ESB'nin faaliyetleri şüphesiz kamu yararına bir faaliyettir.⁴³ Bu çıkarım hem birliğin kanunla düzenlenmiş olmasından – zira Devletin temel amacı kamu yararını yerine getirmek olup bu bağlamda yasama organı da ancak kamu yararına ilişkin olarak düzenleme yapabilir⁴⁴– hem de internetin niteliğinden⁴⁵ ötürü yapılabilir. Bununla birlikte Birliğin faaliyetlerini özel idari kolluk kapsamında değerlendiren bir görüş de vardır.⁴⁶ Bu çerçevede birliğin faaliyetlerini “*internet kolluğu*” olarak adlandırılabilceği söylenmektedir. Dolayısıyla Birlik her ne kadar özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulmuş olsa da birliğin faaliyetlerinin organik anlamda olmasa da fonksiyonel anlamda idari faaliyet olarak değerlendirilip yargı denetiminin idari yargı organlarınca yapılması gerektiği ifade edilmektedir.⁴⁷ Özellikle 5651 sayılı Kanunun 9/9 maddesi kapsamında⁴⁸

⁴² Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 144. Aynı yönde Anayasa Mahkemesi şu karara varmıştır: “ESB'nin, Kanun'da özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olduğunun belirtilmesi ve özel hukuk tüzel kişilerinden oluşması, kuruluşunun kanunla yapılmış olması, faaliyete başlayabilmesi için Tüzüğünün BTK tarafından onaylanmasının gerekmesi ve Tüzük değişikliklerinin BTK'nın onayına tabi tutulması, kurulmasının ve üyeliğinin zorunlu tutularak idari yaptırım öngörülmesi, yapacağı görevlerin kamusal yanının ağır basması gibi hususlar gözetildiğinde, idari teşkilat yapısı içinde yer almayan, kanunla kurulmuş kendine özgü bir kurum olduğu söylenebilir.” AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08.12.2015.

⁴³ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 146.

⁴⁴ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018), 13.

⁴⁵ Bülent Kent, “Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 2 (Nisan 2012): 190. Gerçekten de 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanununun 2. maddesinde internet erişim hizmeti, evrensel hizmet kapsamında değerlendirilmiştir. Evrensel hizmet kamu hizmeti kavramının çekirdeği olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmeti ise kuşkusuz kamu yararının bir parçasıdır.

⁴⁶ Ardiçoğlu, “Yeni Bir Katkı,” 135.

⁴⁷ Ardiçoğlu, “Yeni Bir Katkı,” 137; Mehmet İnanç, *Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemleri* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 14.

⁴⁸ Söz konusu madde fıkrası şu şekildedir: “Bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır.”

kişilik hakkının ihlali nedeniyle erişimin engellenmesi kararı verilen yayının başka internet adreslerinde de yayınlanması halinde, başka- ca bir merci kararına gerek kalmaksızın başvurulması üzerine ESB tarafından mevcut kararın söz konusu internet adreslerine de uygulanması tek yanlı bir idari işlem olarak değerlendirilmektedir.⁴⁹

Birlik her ne kadar kamu yararına bir faaliyet yürütse de Birliğin işlemlerinin idari işlem niteliğinde olduğunu hele ki idari yargıda dava açılacak nitelikte kesin ve yürütülebilir nitelikte işlemler olduğunu kabul etmek mümkün değildir.⁵⁰ Nitekim bu durum Kamu Denetçiliği Kurumu'nun bir tavsiye kararında şu şekilde ifade edilmiştir: *"Erişim Sağlayıcıları Birliği, mahkemelerin erişimin engellenmesi kararlarını Birlik üyesi erişim sağlayıcılarına göndermekle yükümlü olup; bu kararların erişim sağlayıcı işletmeler tarafından yerine getirilip getirilmediğini tespit etmek noktasında yasal bir yetkisi olmadığı gibi teknik alt yapıya da sahip değildir. Zira Mayıs 2014 tarihi itibari ile çalışmalarını yürütmeye başlayan Erişim Sağlayıcıları Birliği özel hukuk tüzel kişisi olup, erişim sağlayıcıları nezdinde yasal bir yaptırıma haiz bulunmamaktadır. Birliğin, mahkeme kararlarını ilgili erişim sağlayıcılarına iletmekten öteye bir yetki ve teknik imkânı bulunmamaktadır."*⁵¹ Gerçekten de erişim sağlayıcıları ESB tarafından iletilen erişim engelleme kararlarını yerine getirmedikleri takdirde 5651 sayılı Kanun çerçevesinde idari yaptırım uygulamakla yetkili birim Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'dur. Aynı şekilde 5651 sayılı Kanunun 9/9 maddesi kapsamında ESB'nin yapmış olduğu faaliyeti idari işlem olarak nitelendirmek mümkün değildir. Nitekim söz konusu madde iptal istemiyle Anayasa Mahkemesinin önüne gittiğinde Mahkeme *"veya aynı mahiyetteki yayınlar"* ibaresini ESB'nin bir değerlendirme ve karar verme makamına dönüşeceği gerekçesiyle iptal etmiştir.⁵² Aynı doğ-

⁴⁹ Melikşah Çırakoğlu, *5651 Sayılı Kanun*, 173.

⁵⁰ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 143.

⁵¹ Kamu Denetçiliği Kurumu Tavsiye Kararı, Şikâyet No: 2014/3076, 12.08.2015.

⁵² *"Ancak, hâkimin 9. madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin 'aynı mahiyetteki yayınların' başka internet adreslerinde yayınlanması durumunda ilgili kişinin Birliğe başvurusu halinde bunun tespiti de Birliğe bırakılmaktadır. Aynı mahiyetin tespiti, yayının aynı olmasından farklı olup, bu*

rultuda 2018 yılında Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne karşı idare mahkemesinde açılan bir davada ESB cevabında, verilen erişim engelleme kararlarında Birlik tarafından maddi içeriğine ilişkin bir değerlendirmede bulunulamayacağını, kararların Birlik üyeleri erişim sağlayıcılar tarafından yerine getirileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte mahkeme davayı yargı yolu yönünden veya kesin ve yürütülmesi gereken bir işlemin yokluğu sebebiyle ilk inceleme neticesinde davayı reddetmesi gerekirken usuli itirazları kabul etmeyerek işin esasına geçiş karar vermiştir.⁵³

SONUÇ

Bilişim alanında ve özellikle internet dünyasındaki hak ihlallerinin etkin bir şekilde giderilmesini sağlamak üzere 06.02.2014 tarihli 6518 sayılı kanunun 90.maddesi ile 5651 sayılı kanununa 6/A maddesi eklenerek Erişim Sağlayıcıları Birliği kurulmuştur. Birlik, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcılar ile internet erişimi hizmeti veren diğer işletmecilerin iştirakleri ile oluşan ve sektörde faaliyet gösterenlerin hem birbiri ile hem de idari ve adli makamlar ile irtibatını sağlayan bir kuruluştur

Birlik tüzüğüünün 8.maddesine göre birliğin genel kurul, yönetim kurulu, denetim kurulu ve genel sekreterlik olmak üzere dört

yayının içeriğinin değerlendirilmesini gerektirmektedir. 'Aynı mahiyetteki yayınlar', hâkimin vermiş olduğu erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayın ile aynı olmayan, ancak yöneldiği sonuç bakımından ilgilinin kişilik hakkını ihlal edebilecek mahiyette olan yayınlardır. Kişilik hakkının kapsamı ve hangi eylemlerin kişilik hakkını ihlal ettiği ise ilgili tarafların toplumsal, ekonomik, siyasi ve hukuki konuları, söz konusu yayının ulaştığı kitle ve bu yayının ifade özgürlüğü kapsamında bulunup bulunmadığı gibi birçok hukuki konunun değerlendirilmesini ve buna göre karar verilmesini gerektirmektedir. Bu kapsamda iptali istenilen kuralla aynı mahiyetteki yayınların ESB'ye erişimin engellenmesine yönelik olarak verilen yetki, kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu karşılamadığı gibi kapsam ve sınırları da belirsizdir. Kural "aynı mahiyetteki yayınlar" yönünden belirli ve öngörülebilir değildir." AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08.12.2015.

⁵³ Ankara 14. İdare Mahkemesi, E.2018/129, K.2018/2156, Ankara BİM 7. İdari Dava Dairesi, E.2019/1137, K.2020/485.

tene zorunlu organı vardır. Birlik amaç ve ihtiyaçları doğrultusunda gerekli iş ve işlemleri yerine getirmek, altyapı ve sistemleri kurmak ve işletmek üzere genel kurul kararıyla ihtiyari organlar oluşturulabilir, teknik, idari, hukuki alt birimler ve uzmanlık grupları oluşturulabilir.(tüzük 8/2)

İnternet alanında ortaya çıkan hukuka aykırılıkların giderilmesinde ve verilen erişim engelleme kararlarının uygulanmasında karşılaşılan muhatap belirsizliği ve infaz edilemezlik gibi sorunların çözümü amacıyla 2014 yılında kurulan Erişim Sağlayıcıları Birliği, şüphesiz kamu yararına bir faaliyet yürütmektedir. ESB, erişim sağlayıcılar ile adli ve idari makamlar arasında aracılık faaliyetinde bulunmakta ve yapmış olduğu işlemler icrai nitelikte değildir. Bu bağlamda Birliğin işlemlerinin idari işlem niteliğinde olduğunu hele ki idari yargıda dava açılacak nitelikte kesin ve yürütülebilir nitelikte işlemler olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bu çerçevede Birlik nezdinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesi gerekmektedir. Söz konusu koordinasyon görevini yerine getirebilmesi için birliğe zorunlu üyelik öngörülmüştür. Hal böyle olunca Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin hukuki yapısına dair belirsizlikler doğmuştur. Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin hukuki niteliği yani birliğin bir özel hukuk tüzel kişisi mi yoksa kamu tüzel kişisi mi olduğu hususu tartışmaya açık bir alandır. Şöyle ki, hem özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulan hem de kamu gücü ve ayrıcalıkları ile donatılmış kamu yararına faaliyet yürüten bir yapı söz konusudur. Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulmuş olması, personelin iş kanuna tabi olması; diğer taraftan kamu yararına bir faaliyet yürütmesi ve bir takım kamu gücü ve ayrıcalıkları ile donatılması karşısında birlik kamusal yönü ağır basan '*kamu tüzel kişiliğine yaklaşan müessese ya da 'kendine özgü bir yapı'* olarak değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin. "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler." *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi* 9, no. 1-3 (1988): 11-22.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Cemil Kaya ve Murat Sezginer. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Ardıçoğlu, Mehmet Artuk. "Türk İdare Hukukuna Yeni Bir Katkı: Erişim Sağlayıcıları Birliği." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no: 1 (2014): 119-137.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.
- Çağlayan, Ramazan. "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 7 (2016): 373-398
- Çırakoğlu, Melikşah. *5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde İnternet Erişiminin Engellenmesi Ve Erişim Sağlayıcıları Birliği*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Dural, Mustafa ve Tufan Öğüz. *Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013
- Erişim Sağlayıcıları Birliği. "Hakkımızda." Erişim tarihi Mart 31, 2019. <https://www.esb.org.tr/biz-kimiz>.
- Gözler, Kemal. "Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı Neye Yarar? K. Begüm İsbir'in Kamu Tüzel Kişiliği İsimli Doktora Tezinin Düşündürdükleri." İDARE.GEN.TR. Erişim tarihi Nisan 1, 2019. <http://www.idare.gen.tr/kamu-tuzel-kisiligi.pdf>.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukukuna Giriş*. Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2018.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019.
- İnanç, Mehmet. *Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Kent, Bülent. "Devletin Özel Sektör Eliyle Sansür Yapması Ne Kadar Mümkün?." *Türkiye Bilişim Dergisi* 42, no. 169 (Ekim 2014): 68-76
- Kent, Bülent. "Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 2 (Nisan 2012): 169-198.
- Kent, Bülent. *Türkiye'de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Şen, Ersan. "Erişim Sağlayıcıları Birliği Ne İşe Yarar?." *Türkiye Bilişim Dergisi* 42, no. 169 (Ekim 2014): 78-82.
- Taşkın, Şaban Cankat. *İnternet Erişim Yasakları*. .Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.