

ERİŞİM ENGELLEMEYEN DEMOKRATİK TOPLUM YA DA KAMU DÜZENİNE ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

A Critical Look At Democratic Society Or Public Order From Deny Access

Dr. Hayrettin KURT*

Özet: Hukuk devleti tartışmaları gündeme geldiğinde sürgit iki kavram karşımıza çıkmaktadır: Yasallık ve insan haklarının korunması ya da bu haklara verilen “değer” metaforu. Belki de arsasına şato yaptırmak isteyen Kral II.Frederick’e Berlin’de yargıçlar var diyen yaşlı kadın ateşlemişti yasallık ve değer metaforunu. Ancak, Kral’ın geri adım atması tam da hukukun kendisiydi. Normun soyut görüntüsünün altındaki “buyruk” ve itaat edilmediği takdirde yaptırım gücü olan “zecir” uygulama yetkisi mistifikasyona elverişli olan hukuk normlarını somutlaştırıp hukuk devletini inşa etmişti: Berlin’de yargıçlar var. Bununla birlikte, düdüğü çalarak maçı durduracak bir hakem ya da hâkim neyi, nasıl ve ne şekilde söyleyecek ki kral ve yaşlı kadın bu söylemden memnun kalsın. Tartışma tam da burada başlıyor. Halen bir ide görüntüsü altında sıklıkla kullanılan demokratik toplum düzeni ve kamu düzeni gibi bazı kavramlar var ki, bu kavramlar Kral Frederick ve yaşlı kadın örüntüsünü modern ulus devletlerin saat gibi işleyen hukuk kurallarına rağmen (!) gündemde tutmaya yetecektir. Türkiye’de erişim engellemeleri ile gündeme gelen ve her seferinde farklı anlamlar verilen bu iki kavram, devlet, toplum ve kişiler bağlamında somut bir muhteva kazanamamıştır. Özellikle Anayasa Mahkemesi’nin Youtube ve Twitter kararları ile Wikipedia kararlarında tartışma daha da görünür olmuştur. Ulus devlet refleksi mi, güvenlik ve özgürlük dengesi mi, sınırsız özgürlüğün normun soyutluğunu aşağı çeken ruhu mu?

Anahtar kelimeler: Demokratik toplum düzeni, kamu düzeni, erişimin engellenmesi, ifade hürriyeti, devlet aklı

Abstract: When discussions about state of law start, two infinite concepts emerge: Legality and the protection of human rights, or the metaphor of “value” attached to these rights. Maybe the old woman who had said to Frederick II when he’d wanted to build a chateau on his field that there were judges in Berlin, triggered the legality and the metaphor of value. However, the fact that the King took a step back was the law itself. “Order” under the abstract appearance of the norm and the authority to use “suppression”, which had the power of sanction in case of disobedience built the state of law concretizing the norms of the law which had been suitable for mystification. There are judges in Berlin. However, a referee who will stop the match by blowing the whistle or a judge will say what, how and in what form so that the king and the old woman are satisfied with this rhetoric. The discussion starts right here. There are some concepts such as democratic social order and public order, which are still frequently used under the guise of an idea, which will be enough to keep the King Frederick and old woman pattern on the agenda despite the legal rules of modern nation states running like clockwork (!). These two concepts which become a current issue in Turkey with blocking accesses and are given different meanings each time, have not gained a concrete content in the context of the state, society and individuals. The debate has become more visible especially in the YouTube, Twitter and Wikipedia decisions of the Constitutional Court. Is it the nation-state reflex, the balance of security and freedom, or the spirit of unlimited freedom that lowers the abstraction of the norm?

Keywords: Democratic social order, public order, deny access, freedom of speech, state of mind

* Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) Başkanı,

hrktbek@outlook.com, ORCID : 0000-0002-7941-7911

Makale Geliş Tarihi: 15.08.2021, Makale Kabul Tarihi: 01.11.2021

Giriş

Erişim engellemeleri, dünyada internet ve ifade özgürlüğü bağlamında tartışılan en önemli konulardan birisidir. Bu engelleme türü, internet ortamındaki bir içeriğe yönelik doğrudan erişim kısıtlamasını gündeme getirdiği için sansür ithamlarına maruz kalmaktadır. Günümüzde sansür denildiği zaman, akla ilk gelen kavram da “*erişim engellemesi*”dir. Söz konusu kavrama yönelik olarak evrensel hukuk düzenlemeleri ile öngörülen çözüm genelde merkezî filtreleme uygulamaları dışında bir oto-kontrol sistemidir. Böylece bir zararlı ya da hukuka aykırı içerikten ötürü binlerce kişi mağdur edilmeyecek ve ifadenin yayılması engellenemeyecektir. Diğer taraftan, Türkiye’de erişim engellemeleri 5651 sayılı Kanun öncesinde ve sonrasında farklı hukuksal düzenlemelere göre de tasnif edilebilir. 5651 sayılı Kanun öncesinde, Türk Ceza Kanunu (TCK), Terörle Mücadele Kanunu (TMK), Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) temelinde mahkemeler tarafından web sitelerine erişim engellemeleri yapılmış iken, 5651 sayılı Kanun sonrasında ise, Kanun’da sayılan katalog suçlar temel alınarak adli merciler tarafından erişim engellemelerinin yapılması yanında bu konuda özel olarak kurulan ve geçmişteki adı Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı¹ olan re’sen harekete geçerek erişim engelleme tedbiri almıştır.

I. ERİŞİM ENGELLEME KAVRAMI

Erişim engelleme, haksız ya da hukuka aykırı bir içerik dolayısıyla bir web sitesinin erişilebilirliğinin sınırlandırılması ya da ortadan kaldırılmasıdır. Erişim sağlayıcı² ise 5651 sayılı Kanunun 2. maddesinde “*kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişiler*” olarak tanımlanmıştır. İnternete bağlanabilmek için bu hizmeti veren bir erişim sağlayıcıyla abonelik sözleşmesi yapılması gereklidir³. TNET, Superonline, Avea, Turkcell, Vodafone, Koçnet vb.

¹ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK)

² “Erişim sağlayıcı, İnternet bağlantısına sahip olmakla birlikte, başkalarına ait verileri depolayabileceği bir ana bilgisayarı olmayan internet süjesidir. Bu yönüyle erişim sağlayıcı sadece başkalarına ait verilerin internete aktarılmasına aracılık eder. O halde erişim sağlayıcının asıl görevi, kullanıcı ve içerik sağlayıcı arasındaki veri değişimini mümkün kılmaktır” bkz. Özbek, Veli Özer, “İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları”, DEÜ Huk. Fak. Dergisi, C.4, S. 1, 2002.

³ Yenidünya, Caner / Değirmenci, Olgun, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları*, Legal Y., İstanbul 2002, s. 36; Ergün, İsmail, *Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye’de Durum*, Adalet Y., Ankara, 2008, s. 6; Mahmutoğlu, Fatih S., “Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İnternet Süjelerinin Ceza Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LIX, S. 1-2, İstanbul 2001, s. 44; Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları*, Seçkin Y., Ankara, 2004, s. 50; Horozgil, Denizhan, “İfade ve Basın Özgürlüğü Çerçevesinde Soruşturma Evresinde Yayın Yasakları Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2 (2) 2012, s. 158.

erişim sağlayıcılara örnek olarak verilebilir⁴. Erişim sağlayıcı hukuka aykırı içeriğin hazırlanmasından sorumlu değildir. Zira, bu içeriğin oluşturulmasında herhangi bir katkısı bulunmamaktadır. Erişim sağlayıcı, genelde yurtdışında ikamet ettiğinden dolayı hukuka aykırı içerik nedeniyle asıl sorumlu olanlara çoğu kez ulaşamamaktadır. Hukuka aykırı içeriği barındıran içerik sağlayıcı ya da yer sağlayıcının yurtdışında bulunması dolayısıyla zarar görenlerin mağduriyetini ortadan kaldırmak için geriye tek bir yol kalmaktadır. Bu yol ise erişimin engellenmesidir⁵. Erişimin engellenmesi, merkezî filtreleme açısından çok daha kolay bir yol olduğu için genelde hukuka aykırı içerikle mücadelede bu yol tercih edilmektedir. Zararlı içerikle diğer bir usulle mücadele etmek mümkünse ya da erişim engellemesi, korunan menfaate karşın daha büyük bir zarar doğuruyorsa kural olarak erişim engellenemez⁶.

II. İFADE HÜRRİYETİ VE DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİ KAVRAMLARINDA ÜST GÜVENCE

İfade hürriyeti ile halkın bilgilenme hakkının birbiriyle kesiştiğini, birinin diğerini tamamladığını, mütemmim cüzü olduğunu, bunların kitle iletişim araçları üzerinden yapılması ile de bu hürriyetin tekemmül ettiğini görmekteyiz⁷. Bir düşüncenin, haberin, bilginin engellenmesi, sınırlanması bunun gerek idari gerekse yasal düzenlemeye konu edilmesi ile de “*demokratik bir siyasal yapı*” dan bahsedilemeyecektir⁸.

Yine, düşüncenin belki de en fazla yayımlandığı, onun bir aracı olarak kabul edildiği internetin, “*ifade hürriyeti*” kapsamında

⁴ İçel, Kayıhan, “Türkiye’de İnternet Ortamında İşlenen Suçlardan ve Kabahatlerden Sorumluluğun Genel Esasları”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 8, S. 16, Güz 2009, s. 19; Umay, Mariye / Baktır, Zeynep / Canlı, Mustafa / Çekiç, Anıl / Çetin, Hüseyin Rahmi / Duran, Murat / Erkul, Erdem / Kolat, Aydın / Tırpançeker, Gülara / Tiryakioğlu, Murad, *Türkiye’de Yazılım Sektörü*, (Ed. Murad TIRYAKIOĞLU), SDE Analiz, Temmuz 2012, s. 18. Ünver, Mehmet Bilal, Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunlarının Hukuksal Analizi ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Haziran 2005, s. 12.

⁵ Memiş, Tekin, “Erişimin Engellenmesi, Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, EÜHFD, C. XIII, S. 3-4 (2009), s. 163; Erişim engellemesi ile ilgili ayrıca bkz. Jorgensen, Rikke Frank, *Internet and Freedom of Expression*, (Edt.Gregor Noll), European Master Degree In Human Rights and Democratisation 2000-2001, Raoul Wallenberg Institute, s. 30.

⁶ Memiş, s. 163.

⁷ Avcı, s. 85; Gören, Zafer, “Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırı”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 6, S. 12, Güz 2007/2, s. 40; Turgutalp, Mehmet Ali, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi (5271 sk. CMK’nın 135. Maddesi)”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2011, s. 20.

⁸ Avcı, s. 85; Gören, s. 41.

görüldüğünü belirtebiliriz. Hatta AİHS m.10 bağlamında ifade özgürlüğü zamanla internet özgürlüğü ile eşdeğer görülmeye başlamıştır. Dolayısıyla internet özgürlüğü, artık her türlü düşüncenin iletilebildiği, aktarılabilirdiği, yayımlanabilirdiği, farklı inançların, siyasi, felsefi düşüncelerin kısıtlanmadan iletilebildiği ve bunun da güvence altına alındığı bir hak olarak kabul görmektedir. Kaboğlu'na göre kavram *“kanaatleri yönünden farklı olma hakkının güvence altına alınmasıdır”*⁹ şeklinde açıklanmıştır. Üzerinde durulması gereken bir husus da şudur: Sözleşmenin 10. maddesi ile ifade hürriyeti; demokratik toplumu oluşturan en temel unsurlardan biri olarak kabul edilmiştir.

Düşüncenin ifade edilebilmesi hakkın çekirdek özüdür. AİHM, *Associatin Ekin* davasında, 10. madde kapsamında *“sınır tanımayan”* bir değeri olduğunu kabul etmektedir¹⁰. Yetkili organlar, Sözleşme tarafından tanınan hakların, engellenmesi ya da ortadan kaldırılması sonucunu doğurabilecek düzenlemelerin ya da idari pratiğin sözleşmeye aykırı olacağını belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin internete ilişkin bir kararında, demokratik toplum düzeni açısından düzenlemelerin kanunilik, ölçülülük ilkelerine uyulması durumunda hukuka uygun olacağı belirtilmektedir. Başka bir deyişle, demokratik toplum düzeni, Yüksek Mahkeme tarafından da vurgulandığı üzere, çağdaş demokrasilerin benimsediği bir demokrasi düzenidir.

*“Kişisel verilerin korunması kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesine imkân tanıyarak, bireyin hayatını kendi özgür iradesiyle düzenlemesine katkı sağlamaktadır. Bireyin kişisel verileri üzerindeki hakkı yeteri kadar korunmazsa, kişiliğini serbestçe geliştirmesi zora gireceğinden, özgür iradeleriyle yaşamlarını biçimlendiren bireylerden oluşan demokratik bir toplum düzeninin ortaya çıkması ve korunması da güçleşecektir. Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi, ancak ve ancak faaliyetlerini özgürce gerçekleştirmesi ile mümkündür. Kişisel verilerin korunmasıyla, kişisel veri toplanması, saklanması ve işlenmesi sırasında bireyin hak ve özgürlüklerinin korunarak demokratik toplum düzeninin oluşmasına katkı yapmak hedeflenmektedir.”*¹¹

Bu kısa açıklamadan sonra, asıl konumuz olan kamu düzeni ile demokratik toplum düzeni tartışmalarına dönebiliriz. Bunu yaparken temel düşüncemiz her iki kavramdan hangisinin tercih edilmesine

⁹ Avcı, s. 85 dipnot 91. Kaboğlu, İbrahim, *Özgürlükler Hukuku*, 5. Baskı, Afa Y., İstanbul, 1993, s. 214, 216.

¹⁰ Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2.b, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, s. 425.

¹¹ Anayasa Mahkemesi'nin 19.1.2012 tarihli ve E. 2010/40, K. 2012/8, R.G.Tarih: 06.03.2012, 28579 sayı, s. 95.

ilişkin bir önerme değil, belki de her iki kavrama ilişkin hukuki bağlamın belirlenmesinin zorluğunu ortaya koymak olacaktır.

III. KAMU DÜZENİNDEN DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNE Mİ ?

Modern devletin inşa süreci ile başlayan “*kamu düzeni*” metaforu, her zaman ilgi çekici bir kavram olmuştur¹². Kavramın soyut ve mistifikasyona elverişli görüntüsü, farklı ülkelerde biçim ve içerik itibariyle değişiklik göstermiştir. Tarihsel bağlamından bakarsak özellikle XVII. yüzyıl, feodalitenin yıkılıp yerine merkeziyetçi ya da ulus devletlerin modern devlet iddiasıyla ortaya çıktığı yüzyıldır. Bu yüzyılda “*kamu düzeni*” kavramı “*devlet aklı*” kavramı ile eşdeğer bir düzlemde görülmeye başlamıştır¹³. Modern devlet, bir “*düzen*” mefhumuyla kendine değil, sahip olduğu (!) toplumuna bir düzen vermiştir.

İronik belki ama Machiavelli¹⁴ ile Tacitus¹⁵ gibi teorisyenlerin, hükümdarı öven, kutsallaştıran, onların iktidarı koruması için öneriler sunan yaklaşımları, belki de “*devlet aklı*”nın¹⁶ ürkütücü görüntüsünü “*kamu düzeni*”nin hukukiliğine götüren bir yolu da açmıştır. Diğer taraftan, bir idare hukuku kavramı olan “*kamu düzeni*”ni, “*topluma faydalı olan şeyler*” şeklinde basit bir tanıma hapsedmek de son derece tehlikelidir. Ancak günümüzde kamu düzeni, kamu yararına referans bir kavram olarak kullanılması dolayısıyla doktrindeki yalın tanımlardan biri olarak kabul görmeye devam etmektedir¹⁷. Buna karşılık kamu düzeninin dirlik, esenlik, sağlık ve güvenlik unsurları ile birlikte korunması ve düzenlenmesi, bizi “*devlet aklı*”nın soyutluğundan “*kamu düzeni*”nin belirliliğine de götürmektedir. Bu bağlamda “*kamu düzeni*” siyasal amacın hedefini ve meşruluğunu belirlemek için bir “*güvenlik*

¹² Özdemir, Ali, “Kamu Düzeni ve Kamu Güvenliği Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım” (Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Sınırlandırılması Örneği), International Journal of Legal Progress, C. 2, S. 2 (2016), s. 91. Sunay, Reyhan, “Avrupa Sözleşmesi Çerçevesinde Oluşan ‘Avrupa Kamu Düzeni’ Kavramının Kapsamı ve Fonksiyonel Değeri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1-2 (1999), s. 313.

¹³ Yıldırım, Turan vd., *İdare Hukuku*, ed. Turan YILDIRIM, Güncelleştirilmiş 8. Baskı İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 610. Kamu düzeninin unsurları için bkz.

¹⁴ Kesgin, Ahmet, “Machiavelli and Machiavelianism”, Beytulhikme An International Journal of Philosophy, C. 5, S. 1 (2015), s. 107. Arsev Bektaş, “Machiavelli ve Hobbes ‘Siyasal İktidar’ ve ‘Güç’ Analizleri”, Marmara İletişim Dergisi, C. 3, S. 3 (2014), s. 178.

¹⁵ Kovan, Bağış Alper, “Tacitus ve Eserleri Üzerine Bir İnceleme/A Review About Tacitus and His Works”, Amisos, C. 4, S. 7 (2019), s. 159.

¹⁶ Telli, Arda, “Machiavelli’nin Gambiti: Devlet Aklı Doktrini’nin Kökenlerine İlişkin Bir Soruşturma”, Felsefe Arkivi, S. 53 (2020), s. 92.

¹⁷ Orer, Gürsel, “Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 6 (2016), s. 365.

retoriği” olarak kullanılması yanında, idari uygulamalarla objektif anlam kazanan bir “*metafor’a*” dönüşmüştür¹⁸.

Modern devletle birlikte bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması ve sınırlandırılmasının da hukuki düzenlemelere konu edildiğini görmekteyiz. Zira modern devletin merkezîyetçi, buyruksal ya da egemen gücü, kendisine başka her şeyin üzerinde bir güç bahşetmiştir¹⁹. Burada bireyin devlete, topluma ve bireylere karşı korunması, kaynağını en üst yazılı/yazısız norm olan Anayasalarda bulan sınırlandırma rejimine bağlı olarak yapılabilir²⁰.

Modern devlette, yedi gün yirmi dört saat ayakta olan, her yerde hazır ve nazır bir aygıt da bulunmaktadır: İdare. Buradaki idare, modern devletin sürekliliğini ya da ebed müddetliğini hukuk devleti ve kanunilik ilkelerini dikkate alarak kapsamı açık ve belirli bir alanda, kamu düzeni sebebiyle bir sınırlandırma faaliyeti yaparak uygulayabilecektir²¹. Bu bağlamda kamu düzeniyle bir siyasal zihniyeti ve toplumun nihai meşruluk hedefi kurgulanırken bunu hayata geçirecek son derece tehlikeli bir araç da kullanılır: Kolluk²².

Kolluk, kamu düzeni faaliyetinin hukuksal pratiğidir. Başka bir deyişle devletin denetim, gözetim, kontrol ve izleme ameliyesinin bir bütünüdür²³. Burada şunu vurgulamak isteriz, kanuna uygun olmayan bir sınırlandırma ve buna yönelik kolluk faaliyeti, idare açısından yasak alandır. Aksine bir faaliyeti “*devlet sırrı*” retoriği ile peçelemek olasıdır ki modern hukuk devleti, bu cazibesi olan kavrama dayanarak sıklıkla işlem tesis etmemelidir. Başka bir deyişle, modern hukuk devletinde idare, hukuk kurallarına bağlı, kanunla çizilen sınırlar çerçevesinde faaliyet gösteren, şeffaf ve hesap verebilir bir faaliyet göstermelidir. Bunun dışına çıkılması toplumu, hukuk devleti idealinden uzaklaştırır. Diğer taraftan yine kanunilik ilkesine göre oluşturulan istisnai alanlar da vardır. Bu istisnai alanlar, Anayasa’nın 13. maddesi ile her bir temel hak ve hürriyetin kendisinde mündemiç sınırlamalara tabi olmak zorundadır.

¹⁸ Arslan, Mustafa, “İdari Kolluk Uygulamalarında Kolluk Kuvveti Anlayışından Kolluk Hizmeti Anlayışına Geçiş”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 52 (2018), s. 176.

¹⁹ Arslanel, M. Nazan, Eryücel, Ertuğrul, “Modern Devlet Anlayışının Felsefi Temelleri”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 15, S. 2 (2012), s. 3.

²⁰ Başpınar, Veysel, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku’nda Mülkiyet Hakkı Teminatı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 3 (2016), s. 649.

²¹ Özay, anayasal sistemi bulunan ülkelerin, idari kolluk yetkilerini belirlemede son derece hassas olmaları gerektiğini, kolluk yetkilerini ilkelere göre belirlemenin son derece önemli olduğunu belirtmektedir. Özay, (2013) “İdari Kolluk-Adli Kolluk”, İÜHFİM, C. LXXI, S.1, s. 949.

²² Yıldırım vd., *İdare Hukuku*, s. 635.

²³ Erzurumluoğlu, Bayram, “Kolluk Kuvvetlerinin Demokratik Denetimi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2 (2009), s. 55.

Günümüzde, kamu düzeni, devlete ve topluma ait “belirlenmiş düzenler bütünü”nü sağlamayı ve bunu devam ettirmeyi amaçlamaktadır. Bu bakımdan “kamu düzeni” idari bir kural haline gelmiştir. Bundan dolaydır ki Anayasa koyucu “demokratik toplum düzeni”ni Anayasa’da sadece bir yerde “kamu düzeni”ni ise temel hak ve hürriyetler ile ilgili maddelerde tam dokuz yerde kullanmıştır. Şunu bir kez daha vurgulamak gerekir ki, Anayasa, kamu düzenini sağlamayı başka bir deyişle toplumun dirliği, sağlığı, esenliği ve güvenliğinin bozulması halinde yeniden tesis edilmesini ve devam ettirilmesini devlete bir ödev olarak yüklemiştir. Hal böyle olmakla birlikte, yukarıda da bahsettiğimiz üzere koruma normu ya da şemsiye norm olarak da isimlendirilebilen “demokratik toplum düzeni”, toplumun maddi ya da dış düzenini, toplumun madden ve manen gelişmesini, bu gelişmenin sağlanması için devletin ödevle yükümlü olmasını, tüm modern toplumlarda olduğu gibi toplumun düşünsel, kültürel, dinsel ya da ruhsal gelişme göstermesini temin eden en hayati ölçüt norm olarak kabul görmektedir. Başka bir deyişle, “demokratik toplum düzeni” toplumun sürekliliğini, gelişmesini, dinamik yapısını, çoğulculuğu teşvik eden, güçlendiren, sağlamlaştıran maddi bir ögedir. Bu öge, Anayasa Mahkemesi kararlarından da anlaşılacağı üzere gittikçe “kamu düzeni” kavramından daha fazla gelişme göstermekte, bu düzenin alanını daraltma eğiliminde olmakta, belki de bu düzenden daha çok belirginleşmektedir.

IV. ERİŞİM(İ) ENGELLEME(ME)

Anayasa Mahkemesi’nin twitter²⁴, youtube²⁵ ve wikipedia²⁶ kararlarında ortaya çıkan tartışmalar, kamu düzeni ile demokratik toplum düzeni kavramlarından hangisine üstünlük verileceği ya da her ikisinin birbiriyle nasıl bağdaştırılacağı üzerinde yoğunlaşmıştır. Anayasa Mahkemesi’nin yıllar içinde gelişen ve ağırlıklı olarak AIHM kararları temelinde oluşturduğu felsefeye göre, genel ölçü norm olarak Anayasa’nın 13. maddesindeki demokratik toplum düzeni, kamu düzeni alanını gittikçe daraltmaktadır. Özellikle twitter, youtube ve wikipedia kararlarında Yüksek Mahkeme, Türkiye kamu düzenininin temel bileşenlerinden olan Atatürk’ün manevi şahsiyetine, bir terör örgütü ile ilgili olarak Türkiye’ye yönelik yayınlara karşı erişim engelleme yapılmasının salt URL adresi yasaklanmak suretiyle amaca elverişli bir engelleme tedbiri alınabilecekken bu şekilde yapılmadan erişim engelleme kararı verilmesini “demokratik toplum düzeni” bakımından

²⁴ Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014. (Erişim Tarihi: 04.05.2021, saat: 12:47)

²⁵ Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014. (Erişim Tarihi: 04.05.2021)

²⁶ Wikimedia Foundation Inc. ve diğerleri [GK], B. No: 2017/22355, 26/12/2019. (Erişim Tarihi: 04.06.2021)

Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Tabii o tarihlerde URL tabanlı erişim engelleme hukuken mümkün olmamakta, twitter, youtube ve wikipedia'nın ise Türkiye'de temsilciliği bulunmamaktaydı. Buna bir de erişim engelleme kararlarının anılan şirketlerce uygulanmaması da eklenebilir.

Burada tartışmaya çalıştığımız husus ontolojik olarak her iki kavramın salt arkaik bir kutsallığa sahip olduğunu ortaya koymak ya da soyut ve mistifikasyona elverişli olduğunu belirtmek de değildir. Ancak Anayasa Mahkemesi, söz konusu erişim engellemenin yapıldığı tarihlerde URL tabanlı bir engelleme yapılamadığını bilmesine rağmen anılan tedbirin “*demokratik toplum düzenine*” aykırı olduğuna karar vermiştir. Yine Yüksek Mahkeme, amaca uygun bir sınırlandırma aracı yasal olarak mevcut olmasa dahi, bir hakkın kamu düzeni gerekçesiyle sınırlandırılmasını Anayasaya aykırı bulmuştur. Peki bu durum bir hak-hukuki araç paradoksu oluşturmuş mudur? Başka bir deyişle Mahkeme'nin, Anayasa'nın bizatihi 13. maddesi “*kanunilik*” ilkesini kabul etmişken, aynı maddede geçen bir “*şemsiye norm*” gerekçesiyle “*hakkında yasal bir düzenleme olmayan bir konuda*” kamu düzeni mülhazasıyla yapılan bir sınırlandırmayı da Anayasa'ya aykırı görmesi mümkün müdür? Bir defa, Anayasa'nın 13. maddesinde, sınırlamanın sınırlandırılmasında “*demokratik toplum düzeni*”, Anayasanın sözü ve ruhu, lâik Cumhuriyetin gerekleri ve ölçülülük ilkesi gibi genel bir ölçüt norm olarak kabul edilmiştir. Bu yönüyle belirtilen ölçüt, devlete yönelik bir yasak alandır. Başka bir deyişle, Anayasa'nın 20, 21, 22, 26, 28, 31, 33, 34 ve 51. maddelerinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında “*kamu düzeni*” ölçütü, ilgili madde bakımından bir sınırlandırma sebebi olarak kabul edilmesine rağmen, sınırlandırmanın sınırı olarak kabul edilen ölçüt normlar “*şemsiye normlar*”²⁷ ya da “*koruma normları*”²⁸ şeklinde her bir kamu düzeni faaliyetinin önünde sınır çizgisi oluşturmuştur. Bu bağlamda gerek yasanın kendisi gerekse idari pratiği bir hak ve hürriyetin kamu düzeni gerekçesiyle sınırlandırılmasında, bir şemsiye normla karşı karşıya kalacaktır. Ancak Yüksek Mahkeme, anılan şemsiye normu, henüz hakkında bir düzenleme bulunmasa ya da sınırlandırmaya elverişli bir hukuki araca sahip olmasa dahi, “*demokratik toplum düzeni*” gerekçesiyle “*kamu düzeni*” sınırlandırmalarını da bundan sonra Anayasa'ya aykırı bulabilecektir. Yüksek Mahkeme'nin anılan erişim engelleme kararlarının karşı oy gerekçelerinde de görülebileceği üzere bu bir paradoks oluşturmuştur²⁹.

²⁷ https://anayasa.gov.tr/media/6109/abdullah_sezer.pdf, s. 363.

²⁸ https://www.anayasa.gov.tr/bireyselbasvuru/pdf/Kitaplar/Kitap-Hukuk_Yargilamasi_Kararlar.pdf, s.50, 384. Ayrıca bkz. Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 3/4/2008 tarihli ve E.2007/19532, K.2008/5366.

²⁹ <https://www.anayasa.gov.tr/media/6426/2017-22355.pdf> (Erişim Tarihi: 02.05.2021) “Olayda idarece, ilgili internet sitesinden yararlanılan kişilerin haberleşme ve diğer haklarının korunması bakımından önce sadece içeriklere erişimin engellenmesini

Sonuç

İnternete erişim, ifade hürriyeti ve demokratik toplum düzenine doğrudan etkisi olan bir haktır. Zira bu erişim, günümüzde ifade hürriyetini sağlayan ve de kolaylaştıran en etkili araçlardan biridir. Diğer taraftan ifade hürriyeti, bilgi ve düşünceye ulaşmayı, bunları yaymayı ve üretmeyi kapsamına almaktadır. Düşüncenin ifade edilmesi kadar yayılması, başkalarına ulaştırılması, fikinsel etkileşimi bulunması ve başkalarıyla etkileşim kurması da ifade hürriyeti içinde değerlendirilmektedir. İfade hürriyetinin ise en etkili üretim ve yayım aracı ise günümüzde internettir.

İnternete erişim hakkının en önemli güvencesi ise, Anayasa'nın 13. maddesine göre "*demokratik toplum düzeni*"dir. Demokratik toplum düzeni, toplumun maddi düzenini ifade eden, toplumun ya da bireyin manevi varlığının geliştirilmesi için ona anayasal olanak sağlayan temel hak ve hürriyetlerinin dış sınırını oluşturmaktadır. Bu sınır, Anayasa Mahkemesi'nin bazı erişim engelleme kararlarından anlaşılacağı üzere Anayasa'nın ilgili maddelerinde bir sınırlama sebebi sayılan kamu düzeni kavramından üstün anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin wikipedia, twitter ve youtube kararlarında, URL adres tabanlı bir sınırlandırma aracı yokken dahi idarenin anılan hizmet sağlayıcılara yönelik vermiş olduğu erişim engelleme kararları, demokratik toplum düzenine aykırı görülmüş ve ihlal kararları verilmiştir.

Bir kere kamu düzeni sebebiyle bile verilse idarenin erişim engelleme kararının sınırlı, amaca uygun, gerekli ve elverişli olması şarttır. Diğer taraftan idarenin elinde, kamu düzenini bozan sebepleri yeniden tesis etmek için uygun bir hukuki araç ya da elverişli bir aracı bulunmasa dahi Yüksek Mahkeme, demokratik toplum düzeni bakımından ihlal kararı verebilecektir. Burada kamu düzeni ile demokratik toplum düzeni kavramlarının yarıştırılarak, ikinci kavrama

teminen içeriklerin siteden kaldırılması için "uyar-kaldır" mekanizması uygulanarak ve gereğinin en geç dört saat içinde yerine getirilmesi istemli olarak, yasal bildirimlerde kullanılmak üzere sunulmuş olan e-posta adresleri üzerinden Wikimedia Vakfı'na ve Türkiye'de vekalet vermiş oldukları avukatlara bildirimlerde bulunulmuştur." Bkz. Anılan karar, karşı oy gerekçesi.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/06/20140606-10.pdf> (Erişim Tarihi: 02.05.2021) "Yapılan bu açıklamalara göre youtube.com sitesine erişimin engellenmesinin bu aşamada kanuni dayanağı bulunduğu, engellenmenin tamamen kanunsuz ve keyfi olmadığı değerlendirilebilir." Bkz. Celal Mümtaz Akıncı karşı oy gerekçesi. "Çoğunluk görüşünde yer alan, idari yargı kararlarının ve bilhassa yürütmeyi durdurma kararlarının etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağlamadığı düşüncesi, Türk yargı sisteminde bir kaosa neden olma tehlikesini içinde barındırmaktadır." Bkz. Anılan karar Hicabi Dursun karşı oy gerekçesi. Son karşı oy gerekçesinde açıkça vurgulandığı üzere, idarenin elinde sınırlandırma amacına elverişli bir aracın bulunmaması halinde idare ya hareketsiz kalacak ya da sınırlandırma amacını tamamen gerçekleştirecektir. Durum böyleyken, elverişli aracın bulunmaması halinde idarenin yapabileceği işlem hareketsiz kalmak mıdır?

bir üstünlük verme çabasının bulunduğunu görmekteyiz. Tartışma da buradan başlamaktadır. Kamu düzeni ile demokratik toplum düzeni, her ikisi toplumun bir hukuki düzenini sağlamayı hedeflediğine göre, birinin devlete diğerinin topluma dönük olması ya da birinin kolluk alanına ilişkin diğerinin özgürlükler alanına ilişkin olması şeklindeki matematiksel kurgular sorunu daha da işin içinden çıkılmaz hale getirecektir. Burada, toplumun maddi ya da dış yönünü ifade eden demokratik toplum düzeni ilkesi ile dirlik, esenlik, sağlık ve güvenlik unsurlarını içeren kamu düzeninden birini tercih edip diğerini dışlamak ya da üstünlük vermek şeklindeki bir anlayış, Anayasa'nın 13. maddesinin ruhuna hizmet etmeyecektir. Aksinin kabulü, yerindelik denetimini ya da siyasal eylemin nihai amacı bakımından hikmet-i hükümet uygulamalarını gündeme getirebilecektir.

KAYNAKÇA

Arslan, Mustafa, “İdari Kolluk Uygulamalarında Kolluk Kuvveti Anlayışından Kolluk Hizmeti Anlayışına Geçiş”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 52 (2018).

Arslanel, M. Nazan/Eryücel, Ertuğrul, “Modern Devlet Anlayışının Felsefi Temelleri”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 15, S. 2 (2012).

Başpınar, Veysel, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku’nda Mülkiyet Hakkı Teminatı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 3 (2016).

Dülger, Murat Volkan, “İnternet İletişiminin Engellenmesinin Hukukî Açıdan Değerlendirilmesi ve 5651 sayılı Yasayla Getirilen Düzenleme”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S. 2007/4.

Ergün, İsmail, *Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye’de Durum*, Adalet Y., Ankara 2008.

Erzurumluoğlu, Bayram, “Kolluk Kuvvetlerinin Demokratik Denetimi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2 (2009).

Gölcüklü, Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatında “Demokratik Toplum” Ölçütü, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e ARMAĞAN, Ankara 2005.

Gören, Zafer, “Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırı”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 6, S. 12, Güz 2007/2.

Horozgil, Denizhan, “İfade ve Basın Özgürlüğü Çerçevesinde Soruşturma Evresinde Yayın Yasakları Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2 (2) 2012.

İçel, Kayıhan, “Türkiye’de İnternet Ortamında İşlenen Suçlardan ve Kabahatlerden Sorumluluğun Genel Esasları”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 8, S. 16, Güz 2009.

Jorgensen, Rikke Frank, *Internet and Freedom of Expression*, (Edt.Gregor Noll), European Master Degree In Human Rights and Democratisation 2000-2001, Raoul Wallenberg Institute.

Kaboğlu, İbrahim, *Özgürlükler Hukuku*, 5. Baskı, Afa Y., 1993, İstanbul.

Kesgin, Ahmet, “Machiavelli and Machiavelianism”, Beytulhikme An International Journal of Philosophy, C. 5, S. 1 (2015), s. 107. Arsev Bektaş, “Machiavelli ve Hobbes ‘Siyasal İktidar’ ve ‘Güç’ Analizleri”, Marmara İletişim Dergisi, C. 3, S. 3 (2014).

Kovan, Bağış Alper, “Tacitus ve Eserleri Üzerine Bir İnceleme/A Review About Tacitus and His Works”, Amisos, C. 4, S. 7 (2019).

Mahmutođlu, Fatih S., “Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İnternet Sűjelerinin Ceza Sorumluluđu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakűltesi Mecmuası, C. LIX, S. 1-2, İstanbul 2001.

Memiş, Tekin, “Erişimin Engellenmesi, Hukukî Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, EÜHDF, C. XIII, S. 3-4 (2009).

Macovei, Monica, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz. www.humanrights.coe.int.

Orer, Gürsel, “Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 6 (2016).

Özay, İlhan, “İdari Kolluk-Adli Kolluk”, İÜHFM, C. LXXI, S.1. (2018).

Özbek, Veli Özer, “İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları”, DEÜ Huk. Fak. Dergisi, C.4, S. 1, 2002.

Özdemir, Ali. “Kamu Düzeni ve Kamu Güvenliği Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım” (Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Sınırlandırılması Örneği)”, International Journal of Legal Progress, C. 2, S. 2 (2016).

Sevük, Handan Yokuş, “Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, TBB Dergisi, S. 69, 2007.

Sunay, Reyhan, “Avrupa Sözleşmesi Çerçevesinde Oluşan ‘Avrupa Kamu Düzeni’ Kavramının Kapsamı ve Fonksiyonel Deđeri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakűltesi Dergisi, C. 7, S. 1-2 (1999).

Telli, Arda. “Machiavelli'nin Gambiti: Devlet Akıllı Doktrini'nin Kökenlerine İlişkin Bir Soruşturma”, Felsefe Arkivi, S. 53 (2020).

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2.b, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004.

Turgutalp, Mehmet Ali, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi (5271 sk. CMK'nın 135. Maddesi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2011.

Umay, Mariye / Baktır, Zeynep / Canlı, Mustafa / Çekiç, Anıl / Çetin, Hüseyin Rahmi / Duran, Murat / Erkul, Erdem / Kolat, Aydın / Tırpançeker, Gülara / Tiryakioğlu, Murad, *Türkiye'de Yazılım Sektörü*, (Ed. Murad Tiryakioğlu), SDE Analiz, Temmuz 2012.

Ünver, Mehmet Bilal. Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunlarının Hukuksal Analizi ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Haziran 2005.

Yenidünya, Caner/Değirmenci, Ođun, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları*, Legal Y., İstanbul 2002.

Yıldırım, Turan vd., *İdare Hukuku*, ed. Turan Yıldırım, Güncelleştirilmiş 8. Baskı İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.