

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS

**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Ağ
Tarafsızlığı Tartışması**

Berfu YALÇIN
2501160489

TEZ DANIŞMANI
Doç. Dr. H. Burak GEMALMAZ
İSTANBUL – 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : BERFU YALÇIN Numarası : 2501160489
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : DOÇ. DR. H. BURAK GEMALMAZ
Tez Savunma Tarihi : 05.07.2019 Saati : 15.00
GTez Başlığı : AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA AĞ TARAFSIZLIĞI TARTIŞMASI

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-DOÇ . DR. H. BURAK GEMALMAZ		Kabul
2-DOÇ . DR. ABDURRAHMAN SAVAŞ		Kabul
3-DOÇ . DR. VOLKAN DÜLGER		Kabul
4-DR . ÖĞR. ÜYESİ İZZET MERT ERTAN		Kabul
5-DR . ÖĞR. ÜYESİ MEHMET BEDİİ KAYA		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF . DR. MEHMET TEVFİK ÖZCAN		
2-DR . ÖĞR. ÜYESİ SERKAN GÖLBAŞI		

ÖZ

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA AĞ

TARAFSIZLIĞI TARTIŞMASI

BERFU YALÇIN

Ağ tarafsızlığı kavramına ilişkin tartışmalar gerek insan hakları hukuku gerekse de rekabet hukuku kapsamında güncelliğini korumaktadır. Türkiye’de henüz ağ tarafsızlığına ilişkin hukuki düzenleme mevcut olmamakla birlikte, Amerika Birleşik Devletleri’ndeki ağ tarafsızlığı düzenlemeleri ile bunların ilga edilmesi ve Avrupa Birliği’nin ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemeleri, bu alandaki tartışmalara büyük oranda yön vermektedir. Bununla birlikte henüz internet servis sağlayıcıların tarafsızlığının nasıl düzenlenmesi gerektiğine ilişkin bir görüş birliği bulunmamaktadır. Fakat günümüzde, internetin sosyal yaşamda sahip olduğu büyük önem dolayısıyla, temel hak ve özgürlüklerin internet üzerinde de etkili bir şekilde korunması ile bunun önemi sıklıkla dile getirilmektedir. Bu çerçevede internet servis sağlayıcıların tarafsızlıklarını korumasının, temel hak ve özgürlükler açısından önemi gerek insan hakları aktivistleri tarafından gerekse de uluslararası insan hakları örgütleri tarafından gündeme getirilmektedir. Bu çalışmada ise ağ tarafsızlığı kavramı ve ağ tarafsızlığına ilişkin mevcut düzenlemeler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında değerlendirilerek, internet servis sağlayıcıların ağa müdahalelerinin insan hakları hukuku açısından olası etkileri incelenmiştir. Bu kapsamda öncelikle konuya ilişkin terimler açıklanmış, kavramın tarihsel gelişimi ile farklı sistemlerdeki ağ tarafsızlığı düzenlemeleri değerlendirilmiştir. Ağ tarafsızlığı tartışmaları doğrultusunda, internet servis sağlayıcıların problemli kabul edilen ağ yönetimi teknikleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ifade özgürlüğü hakkı, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı ve mülkiyet hakkı çerçevesinde incelenmiştir. Bu incelemede, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatları doğrultusunda ilgili haklar ile bu hakların sınırlandırılması, Sözleşmeciler devletlerin pozitif yükümlülükleri ve hakların çatışması göz önünde bulundurulmuş olup Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin tavsiye kararları ile konuya ilişkin uluslararası düzenlemeler ve politikalar da değerlendirilmiştir. Çalışma ile

ağ tarafsızlığı kavramının temel hak ve özgürlükler açısından önemi ile konu hakkında düzenleme yapılmasının gerekliliğinin ortaya konulması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler; Ağ tarafsızlığı, İfade Özgürlüğü, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Mülkiyet Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.



ABSTRACT

**NETWORK NEUTRALITY IN THE SCOPE OF THE EUROPEAN
CONVENTION ON THE HUMAN RIGHTS**

BERFU YALÇIN

Today's discussions regarding the concept of network neutrality are considered very relevant within the context of human rights law and competition law. Albeit, there are no regulations in Turkey regarding the network neutrality, regulations of the USA and repeal of them and EU regulations have been shaping the network neutrality discussions. However, there is no consensus on how to regulate internet service providers' neutrality. On the other hand, because of the Internet's great importance in social life, the importance of effective protection of fundamental rights and freedoms on the internet has been widely stated by the scholars. In this scope, the protection of neutrality of the internet service providers and its importance considering the protection of fundamental rights had been stressed by both human rights activists and international human rights organisations. In this study, the concept of network neutrality and the present regulations on the issues examined in the scope of the European Convention on Human Rights. In this context, accordingly with the network neutrality discussions, internet service providers' problematic network management techniques were examined within the framework of the right to freedom of expression, right to respect for private and family life and right to property as protected in the European Convention on Human Rights, In this examination, in accordance with the jurisprudence of the European Court of Human Rights, aforementioned rights and their restriction clauses, contracting states' positive obligations and conflict of rights took into consideration. The aim of this study is to propound the importance of network neutrality for the protection of fundamental rights and freedoms and demonstrate the necessity of regulating the area.

Key Words: Network Neutrality, Freedom of Expression, Right to Private and Family Life, Right to Property, European Convention on Human Rights.

ÖNSÖZ

Bu çalışma ile “ağ tarafsızlığı”na dair tartışmalara katkı sağlamak, ilgili tartışmaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından önemi ve değerlendirilmesi ile konuya ilişkin Türkiye’deki güncel durumun incelenmesi amaçlanmıştır. Çalışmada, konunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile olan ilişkisi, ifade özgürlüğü hakkı, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı ile mülkiyet hakkı çerçevesinde incelenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin henüz konuya ilişkin kararı olmamakla birlikte Mahkeme’nin olası bir başvuruda hangi doğrultuda kara verebileceği incelenen haklara ilişkin içtihatları çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bu amaç doğrultusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin ağ tarafsızlığına ilişkin tavsiye kararı da göz önünde bulundurulmuştur.

Tezin yazım sürecinde, danışmanım İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi üyesi Doç. Dr. Burak Gemalmaz, tezin başından sonuna kadar desteğini esirgememiş, tez konusunun belirlenmesi aşamasında da çok önemli katkılar sağlamıştır. Kendisine gösterdiği ilgi ve destek için teşekkür ediyorum.

Bu tezin hazırlanmasında ailemin gerek maddi gerek manevi önemli katkıları olmuştur. Akademik çalışmalarımı her zaman destekleyen Hülya Yalçın ve Hasan Sami Yalçın’a her şey için müteşekkirim.

Berfu Yalçın
İstanbul, 2019

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	v
ÖNSÖZ.....	vi
KISALTMALAR LİSTESİ	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE

I. KONUNUN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN ÖNEMİ VE GÜNCELİĞİ.....	4
II. KONUYA YAKLAŞIM, ÇALIŞMANIN PLAN VE YÖNTEMİ	8
III. KONUYLA İLGİLİ TERMİNOLOJİ	9

İKİNCİ BÖLÜM

AĞ TARAFSIZLIĞI KAVRAMI VE TARİHSEL GELİŞİMİ

I. GENEL OLARAK.....	13
II. KAVRAMIN TARİHSEL GELİŞİMİ.....	21
III. MEVCUT HUKUKİ DÜZENLEMELER	26
A. ABD’deki Mevcut Hukuki Durum	26
B. Avrupa Birliği’nin Ağ Tarafsızlığı Düzenlemeleri	31
C. Türkiye’de İnternet Özgürlüğü ve Ağ Tarafsızlığı.....	34

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AĞ TARAFSIZLIĞI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI

I. GENEL OLARAK İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI	41
II. İÇERİK SAĞLAYICI VE SON KULLANICI AÇISINDAN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI	58

III. İNTERNET SERVİS SAĞLAYICILARIN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI	74
---	----

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AĞ TARAFSIZLIĞI VE ÖZEL YAŞAMA VE AİLE YAŞAMINA SAYGI HAKKI

I. GENEL OLARAK ÖZEL YAŞAMA VE AİLE YAŞAMINA SAYGI HAKKI....	81
II. AĞ TARAFSIZLIĞI VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKI	84
III. AĞ TARAFSIZLIĞI VE HABERLEŞMEYE SAYGI HAKKI.....	106
IV. BİREYİN KİŞİLİĞİNİ OLUŞTURMA HAKKI VE AĞ TARAFSIZLIĞI	111

BEŞİNCİ BÖLÜM

AĞ TARAFSIZLIĞI VE MÜLKİYET HAKKI

I. GENEL OLARAK MÜLKİYET HAKKI	116
II. AĞ TARAFSIZLIĞI KAPSAMINDA İNTERNET SERVİS SAĞLAYICILARIN MÜLKİYET HAKKININ DEĞERLENDİRİLMESİ	118
SONUÇ	127
BİBLİYOGRAFYA	133

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	:	Avrupa Birliği
a.e.	:	Aynı Eser
a.g.e.	:	Adı Geçen Eser
a.g.m.	:	Adı Geçen Makale
AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	:	Avrupa Konseyi
a.y.	:	Aynı Yer
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
BEREC	:	Body of European Regulators for Electronic Communications
Bkz.	:	Bakınız
BM	:	Birleşmiş Milletler
BTK	:	Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
CSP	:	Content and Service Provider
çev.	:	Çeviren
DPI	:	Deep Packet Inspection
ed.	:	Editör
EU	:	European Union
FCC	:	Amerikan Federal İletişim Komisyonu
GC	:	AİHM'in Büyük Dairesi
IP	:	İnternet Protokolü
ISP	:	İnternet Service Provider
İÜHFİM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
para.	:	Paragraf
paras.	:	Paragraflar
P1-1	:	1 numaralı Protokolün 1. maddesi
sf.	:	Sayfa

SPI	:	Shallow Packet Inspection
TBB	:	Türkiye Barolar Birliği
TDK	:	Türk Dil Kurumu
TİB	:	Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı
URL	:	Uniform Resource Locator
vd.	:	ve devamı
VoIP	:	Voice Over Internet Protocol
Vol.	:	Volume
yuk.	:	Yukarıda

GİRİŞ

İnternetin bireylerin yaşamlarındaki yerinin gün geçtikçe artması beraberinde hakların çevrimiçi korunmasına dair tartışmaları da getirmiştir. Böylelikle dijital haklar kavramı insan hakları savunucularının da gündemine girmiş, temel hak ve özgürlüklerin internette de korunmasının önemi vurgulanmaya başlamıştır.

İnternet üzerinde korunması gereken temel hak ve özgürlüklerden bahsedildiğinde ise özel yaşamın ve aile yaşamının korunması ile ifade özgürlüğünün korunması hakları bütün tartışmaların ortasında yer almaktadır. Nitekim sosyal medya kullanımının da yaygınlaşması ile birlikte, kullanıcıların dış dünya ile paylaştıkları içerikler de şekil değiştirmiştir. Bununla birlikte, ilgili sosyal medya uygulamalarının son kullanıcıların kişisel verilerini ne oranda koruduğu tartışma konusu olmaktadır. Gerçekten de kişisel verilerin korunmasına ilişkin küresel çaplı skandallar gün yüzüne çıkmakta ve mahremiyet hakkının internet üzerinde de korunmasının önemi her geçen gün daha da artmaktadır.

İfade özgürlüğü hakkının korunmasının önemi ise esasen hakkın kullanılmasının şekil değiştirmesiyle yakinen ilgilidir. İnternetin yaygınlaşması öncesi, ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasının başat araçları yazılı ve görsel medya iken günümüzde toplumun tamamını etkileyen en önemli tartışmalar internet, özellikle de sosyal medya, üzerinden gerçekleşmektedir. Bu bakımdan internetin her türlü ifade türünün kullanılmasında en önemli araç haline geldiğini söylemek de yanlış olmayacaktır. Özellikle, yazılı ve görsel medya ile internet kıyaslandığında, internetin medya patronlarının tahakkümü altında olmaması, görüşlerini ifade etmek ve yaymak isteyen herkes için internet daha özgür bir alan yaratmaktadır.

Dolayısıyla dünya çapında milyarlarca internet kullanıcısının haklarının çevrimiçi de korunması, hakların etkili bir şekilde korunabilmesi açısından önemlidir. Nitekim milyarlarca kullanıcı kişisel verilerini çeşitli uygulama ve internet siteleriyle paylaşmak da ve yine milyarlarca insan bilgiye ulaşma veya kendi görüşlerini yaymak istemektedir.

İnternet ortamında kullanıcıların çoğunlukla tercih ettiği belli başlı uygulama ve internet siteleri mevcut olmakla birlikte bütün internet kullanıcılarının tercih ettiği ve

kullandığı tek bir uygulama ya da internet sitesi mevcut değildir. Esasen bu durum bize internet ortamındaki çoğulculuğu ve tercih serbestisini de göstermektedir.

Fakat internet üzerinde herhangi bir şey yapmak isteyen her bireyin zorunlulukla kullanması gereken bir şey var ise o da internet servis sağlayıcısıdır. İnternet servis sağlayıcılar, son kullanıcıların internete erişmesini sağlayan kurumlardır. Bu internet servis sağlayıcıların kamu hukuku veya özel hukuk kişisi olmaları mümkündür ve genellikle bir ülkede birden fazla internet servis sağlayıcısı hizmet vermektedir.

Ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemelerin mevcudiyeti ise internete erişmek isteyen herkesin zorunlulukla internet servis sağlayıcısı kullanması gerekmesinde yatmaktadır. Nitekim kullanılan internet servis sağlayıcısı, yapısı itibariyle son kullanıcının bütün internet aktivitesini gözetleyebilecek konumdadır. Aynı şekilde bir internet servis sağlayıcısının herhangi bir uygulama veya internet sitesine erişimi engellemesi halinde, o servis sağlayıcısının son kullanıcılarının tamamının ilgili uygulama veya internet sitesine erişimi engellenmektedir. İşte ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemeler ile internet servis sağlayıcıların, son kullanıcılar ile erişmek istedikleri uygulama ve internet siteleri arasındaki bağlantıya müdahalede bulunmamaları, diğer bir ifade ile tarafsız olmaları sağlanmak istenmektedir.

İnternet nasıl ki temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında önemli bir platform haline gelmişse aynı şekilde ekonomik açıdan da büyük bir sektör haline gelmiştir. Dolayısıyla internet servis sağlayıcıların temel amacı, özellikle de özel hukuk kişilerine ait oldukları hallerde, kâr elde etmektir. Bu noktada ağ tarafsızlığı kurallarıyla, en azından insan hakları hukuku açısından konuya yaklaşıldığında, internet servis sağlayıcıların kâr amacı güderlerken, son kullanıcıların temel hak ve özgürlüklerini de göz ardı etmemesi sağlanmaya çalışılmaktadır.

Bu çalışma ile ağ tarafsızlığı kavramı ve buna ilişkin tartışmalar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde incelenmiştir. Yukarıda da izah edildiği üzere, ağ tarafsızlığında son kullanıcıların temel hak ve özgürlükleri öncelikli olarak ifade özgürlüğü hakkı ve özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde şekillenmiştir. Dolayısıyla çalışma bakımından, temel hak ve özgürlük incelemesi, Sözleşme'nin 8. ve

10. maddeleri çerçevesinde şekillenmiştir. İnternet servis sağlayıcıların haiz oldukları ekonomik değer bakımından ise Sözleşme'nin 1 numaralı Protokolü ile koruma altında olan mülkiyet hakkı incelenmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE

I. KONUNUN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN ÖNEMİ VE GÜNCELİĞİ

İnternetin icadından bu yana sosyal yaşamın giderek daha da önemli bir parçası haline geldiği yadsınamaz bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Şüphesiz internetin kısa bir sürede bu gelişimini sürdürerek bugün geldiği konuma ulaşmasındaki en önemli etkenlerden biri kullanıcılarına sansürsüz, özgür bir alan sağlayabilmesidir. Bu çerçevede hayatın bu kadar önemli bir parçası haline gelmişken, internetin tarafsızlığını yitirerek internet servis sağlayıcıların kontrolü altına girmesi, toplumun her üyesinin hayatını doğrudan etkileyecektir. Özellikle 1990'lı yılların sonundan itibaren tartışma konusu olmaya başlamış 'açık internet' kavramı bugünlerde Amerikan Federal İletişim Komisyonu'nun (FCC) 14.12.2017 tarihinde, 2015 yılında düzenlenen ağ tarafsızlığına ilişkin kurallarının¹ deregülasyonu ile birlikte yeniden gündemde sıklıkla yer bulmaya başlamıştır.² Ağ tarafsızlığına ilişkin Avrupa Birliği'nin 25 Kasım 2015 tarihli düzenlemesi³ mevcudiyetini korumaktaysa da FCC'nin bu kararının diğer ülkelerde ne şekilde yankı uyandıracığı merak konusu olmaya devam etmekte olup FCC kararına yönelik eleştiriler ise halen devam etmektedir.

Ağ tarafsızlığı tartışmalarının önemi ise esasen internetin en önemli özelliği olan son kullanıcılara ve içerik sağlayıcılara, yasal çerçeve içerisinde, özgür bir alan sağlıyor olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim bu özgür alanın kaybedilmesi halinde internetin büyük bir dönüşüm geçireceği gerçeği karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda ağ tarafsızlığı

¹ Federal Communications Commission, FCC 15-24, Protecting and Promoting the Open Internet, 12 March 2015.

² Federal Communications Commission voted on 14 December 2017, Bkz; Keith Collins, "Why Net Neutrality Repealed and How It Affects You?", **The New York Times**, 14.12.2017, (Çevrimiçi), <https://www.nytimes.com/2017/12/14/technology/net-neutrality-repeal-vote.html>, 06.05.2019.

³ Regulation (EU) 2015/2120 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 laying down measures concerning open internet access and amending Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services and Regulation (EU) No 531/2012 on roaming on public mobile communications networks within the Union, (Çevrimiçi), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.310.01.0001.01.ENG, 18.04.2018.

düzenlemelerinin amacı, internet kullanıcılarına istedikleri bilgiye ve içeriğe ulaşma, istedikleri bilgi ve içeriği yayma ve istedikleri uygulama ve servisleri kullanmalarına ilişkin özgürlük alanı sağlamak olarak ortaya çıkar. İnternet üzerinden gerçekleştirilen işlemlerin evrenselliği ve boyutları düşünüldüğünde ise ağ tarafsızlığı tartışmalarının yakın tarihte güncelliğini veya önemini yitirmeyeceği ortadadır.

Bu açıklamalardan sonra üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise ağ tarafsızlığı tartışmaları ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) arasındaki ilişkidir. Nitekim esasen ağ tarafsızlığına ilişkin tartışmalar AİHS düzleminde birden fazla hakkı ilgilendirmekte olup henüz konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) yapılan bir başvuru ve Mahkeme tarafından verilen bir karar olmadığından, konunun bu düzlemde nasıl bir çözüme kavuşturulabileceği doktrinde çeşitli tartışmalara neden olmaktadır.

Ağ tarafsızlığının AİHS bağlamında ortaya çıkaracağı sorunların başında Sözleşme'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddesi gelmektedir. Nitekim bilgiye ulaşma ve bilgiyi yayma hakları ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde korunmaktadır. Bu çerçevede internet servis sağlayıcıların, herhangi bir hukuki karar olmaksızın, muhtemel olarak kendi ticari çıkarları sebebiyle, kullanıcılarının internet üzerindeki hareketlerini kısıtlamasının söz konusu kullanıcıların ifade özgürlüğü haklarına müdahale teşkil edeceği düşünülebilir. Bu noktada gerçek kişi olan son kullanıcıların ifade özgürlüğü hakkı söz konusu olabileceği gibi içerik sağlayıcı tüzel kişilerin ifade özgürlüğü hakkının da gündeme gelmesi olasıdır. Ancak söz konusu müdahalenin çoğunlukla özel hukuk tüzel kişisi tarafından (nitekim internet servis sağlayıcılar genellikle özel hukuk tüzel kişileri olarak karşımıza çıkmakta olup nadiren kamuya aittirler.) yapılacağı göz önünde bulundurulduğunda sözleşmecî devletlerin ifade özgürlüğü hakkı kapsamında pozitif yükümlülükleri ve Sözleşme'nin yatay etkisi tartışma konusu olmaktadır. Nitekim Sözleşme'nin 10. Maddesine yapılan müdahaleler yalnızca devlet ve birey arasındaki dikey ilişkiden kaynaklanmamaktadır. Bireyler arasındaki yatay ilişki çerçevesinde, ifade özgürlüğü hakkına müdahalede bulunulduğu takdirde de Mahkeme'ye başvurmak mümkündür. Sözleşme'nin yatay etkisiyle kastedilen ise temel hak ve özgürlüklerin

korumasının özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilere de uygulanmasıdır.⁴ Bu halde Sözleşmecî devletin hakkın etkili olarak korunabilmesi açısından gerekli önlemleri almada yetersiz kalmış olması gerekmektedir.⁵

Sözleşmesel hakların etkili olarak korunmasının sağlanmasından doğan bu yükümlülük kamu otoritelerine uygulanması imkansız ve orantısız bir sorumluluk yüklememelidir.⁶ Mahkeme, Sözleşmesel hakların yatay etkisini, genellikle özel hukuk kişilerinden kaynaklanan hak ihlallerini Sözleşmecî devletlere atfederek kurmaktadır.⁷ Bu noktada Sözleşme'nin 1. maddesi⁸ önem taşımaktadır.⁹ Nitekim Sözleşmesel hakların etkili ve dinamik bir şekilde yorumlanmasıyla Sözleşmecî devletlerin sorumlulukları özel hukuk ilişkilerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir.¹⁰

Ağ tarafsızlığı tartışmaları doğrultusunda gündeme gelmesi muhtemel bir diğer hak ise AİHS'in 8. maddesi ile koruma altına alınan özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkıdır. Ağ tarafsızlığı ve 8. Madde arasındaki ilişkiyi açıklamak için öncelikle kısaca internet servis sağlayıcıların ağ yönetimi yöntemlerinden bahsetmek gerekir.

İnternet servis sağlayıcıların ağ yönetimi yöntemi olarak *Deep Packet Inspection* (DPI) yöntemini kullanması, özel yaşamın korunması hakkının ihlaline ilişkin endişeleri ortaya çıkarmaktadır. Çalışmanın bu bölümünde kısaca bahsetmek gerekirse DPI teknolojisi 3. kişilerin internet geçmişi, mailler veya internet üzerinden yapılan konuşmalar gibi içerikleri görüntülemesine olanak sağlamaktadır. Servis sağlayıcılar, DPI yöntemini içerik filtrelemesi, kişiye özel reklamcılık, ağ güvenliğini sağlamak gibi farklı amaçlar çerçevesinde kullanabilmektedir.

⁴ Malu Beijer, **The Limits of Fundamental Rights Protection by the EU: The Scope for the Development of Positive Obligations**, Cambridge, Intersentia, 2017, s.34.

⁵ Arjen Van Rijn, 'Chapter 14: Freedom of Expression', **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak, 5. Baskı, Cambridge, Intersentia, 2018, s.777.

⁶ A.e., s.778.

⁷ Beijer, a.g.e., s.34.

⁸ Madde 1

İnsan haklarına saygı yükümlülüğü

Yüksek Sözleşmecî Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.

⁹ Beijer, a.g.e., s.34.

¹⁰ A.e., s.35.

Servis sağlayıcıların DPI yöntemini kullanmadan örneğin *Shallow Packet Inspection* (SPI) yöntemini kullanarak ağ yönetiminde bulunmalarının da mümkün olduğunun belirtilmesi gerekir. Bu halde örneğin IP adresi gibi kişisel verilerin işlenmesi söz konusu olabilmektedir.¹¹

Kişisel verilerin de 8. madde çerçevesinde koruma altında bulunduğu düşünüldüğünde DPI yönteminde olduğu gibi SPI yöntemi de özel yaşamın korunması hakkı çerçevesinde problemli bir alan oluşturmaktadır. Ancak ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde bahsedilen söz konusu müdahalelerin çoğunlukla özel hukuk tüzel kişileri tarafından gerçekleştirildiği hususu 8. madde açısından da geçerlidir. Dolayısıyla bir önceki paragrafta ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde yapılan açıklamalar madde 8 açısından da muteberdir. Her iki hak çerçevesinde devletlerin pozitif yükümlülükleri ve bunun sınırları çalışmanın ilgili bölümlerinde açıklanacaktır.

Sözleşmenin 8. ve 10. maddeleri özellikle son kullanıcılar ve içerik sağlayıcılar açısından gündeme gelmekle birlikte internet servis sağlayıcılar açısından da AİHS 1 numaralı Protokolün 1. maddesi (P1-1) ile düzenlenen mülkiyet hakkının gündeme gelmesi olasıdır. Nitekim internet servis sağlayıcıları özel hukuk tüzel kişileri olarak mülkiyet hakkının öznesidirler ve P1-1 gereği olarak mülkiyet haklarına saygı gösterilmesini isteme hakları mevcuttur. Bu çerçevede yukarıda değinilen ifade özgürlüğü hakkı ve özel yaşamın korunması hakkı doğrultusunda devletin pozitif yükümlülüklerinin mevcut olduğu ve internet servis sağlayıcılarına müdahalede bulunabileceği düşünüldüğü takdirde, bu müdahalenin internet servis sağlayıcıların mülkiyet hakkına müdahale teşkil edeceği göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim mülkiyet hakkı, hak öznesine, mülkiyetten yararlanma hakkı vermektedir. Dolayısıyla hak sahibi mülkiyetinden özgürce yararlanma hakkını haizdir.¹² Fakat bu halde, 8. ve 10.madde çerçevesindeki durumlardan

¹¹ Bert- Joop Koops, Jasper Paul Sluijs, “Network Neutrality and Privacy According to Art. 8 ECHR”, **European Journal for Law and Technology**, Vol. 3, No. 2, 2012, s.5-6.; Fakat yine de belirtmek gerekir ki yalnızca IP adreslerinin işlendiği bir ağ yönetimi tekniğinin, DPI gibi internet üzerindeki bütün iletişimin içeriğinin denetlendiği tekniğe göre, özel yaşama daha az müdahale eder bir Teknik olduğu göz ardı edilmemelidir.

¹² H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Mülkiyet Hakkı**, 1. Bası, İstanbul, Beta, 2009, s.410-417.

farklı olarak kamu otoritesinin açık müdahalesi bulunacak, Sözleşmeci devletin pozitif yükümlülüğü değil negatif yükümlülüğü söz konusu olacaktır.

Görüldüğü üzere ağ tarafsızlığı tartışması kapsamında AİHS'nin birden fazla maddesinin gündeme gelme ihtimali bulunmaktadır. Bu çerçevede son kullanıcılar ve internet içerik sağlayıcılar açısından ifade özgürlüğü hakkı ve özel hayata saygı hakkının gündeme gelmesi söz konusu olabileceken, internet servis sağlayıcılar açısından mülkiyet hakkının gündeme gelmesi muhtemeldir.

Ağ tarafsızlığı tartışmasının farklı tarafları için farklı hakların gündeme gelebilecek olması ise Mahkeme'ye yapılacak muhtemel bir başvuruda söz konusu hakların çatışması sonucunu doğurabilecektir. Dolayısıyla esasen ağ tarafsızlığı tartışması bahsedilen haklar çerçevesinde, devletlerin pozitif yükümlülükleri ve hakların çatışması halinde Mahkeme'nin nasıl bir yol izleyeceği çerçevesinde şekillenmektedir. Nitekim AİHS düzleminde Sözleşmesel haklar arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmamakta, AİHM'in incelemesi somut olaylar çerçevesinde, söz konusu haklar arasında bir denge aranması doğrultusunda gerçekleşmektedir.

II. KONUYA YAKLAŞIM, ÇALIŞMANIN PLAN VE YÖNTEMİ

Bu çalışmada ağ tarafsızlığı tartışmaları AİHS kapsamında incelenecek olup Sözleşme'nin ifade özgürlüğüne, özel hayata saygı hakkına ve mülkiyet hakkına ilişkin maddelerinin ağ tarafsızlığı ile olan bağlantısı üzerinde durulacaktır. Fakat konunun insan hakları hukuku ile ilişkisinin daha iyi anlaşılabilmesi açısından, beş ana bölümden oluşan bu çalışmanın ilk bölümünde, kavramsal çerçeve üzerinde durulacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise ağ tarafsızlığı kavramı ve kavramın tarihsel gelişimi ile mevcut hukuki düzenlemeler incelenecektir.

Çalışmanın üçüncü bölümü ile özellikle insan hakları hukuku kapsamında ağ tarafsızlığı tartışmasının önemli bir parçası olan ifade özgürlüğü hakkı incelenecektir. Nitekim özellikle bilgiye ulaşma ve bilgiyi yayma hakları ve internet arasındaki ilişki, ağ tarafsızlığı tartışmaları özelinde, büyük önem taşımaktadır. İfade özgürlüğü hakkı ile ağ tarafsızlığı arasındaki ilişki açık olmakla birlikte, esasen tartışma konusu olan husus Sözleşmeci devletlerin ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde özellikle pozitif

yükümlülüklerin kapsamı olarak karşımıza çıkmaktadır. AİHM ifade özgürlüğü hakkının demokratik toplumdaki yerine büyük önem vermektedir. Ancak söz konusu hakkın belirli koşullar çerçevesinde sınırlandırılması da mümkündür. Bu doğrultuda, Sözleşmeciler tarafların pozitif yükümlülüklerinin kapsamı özellikle AİHM kararları doğrultusunda incelenecek, bu doğrultuda ağ tarafsızlığını ilgilendiren olası bir uyuşmazlıkta Mahkemenin ne yönde karar verebileceği araştırılacaktır.

Dördüncü bölümde ise ağ tarafsızlığının önemi, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde incelenecektir. Bu bölümde ağ tarafsızlığı ve özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı arasındaki ilişki ve ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemelerin bulunmaması halinde özel hayata saygı hakkı çerçevesinde ortaya çıkması muhtemel problemler üzerinde durulacaktır. İfade özgürlüğü hakkına ilişkin bölümde de üzerinde durulacağı gibi bu bölümde de Sözleşmeciler devletlerin pozitif ve negatif yükümlülükleri ve bu yükümlülüklerin ağ tarafsızlığı tartışmasındaki rolü incelenecektir. Bu noktada internet servis sağlayıcıların, internet trafiğini yönetmelerine ilişkin kullandığı yöntemler de madde 8 çerçevesinde incelenecektir. Görüldüğü üzere çalışmanın üçüncü ve dördüncü bölümleriyle ağ tarafsızlığı ve AİHS arasındaki ilişki özellikle son kullanıcılar ve internet içerik sağlayıcılar açısından ele alınacaktır.

Çalışmanın beşinci bölümünde ise ağ tarafsızlığına ilişkin tartışmalar mülkiyet hakkı çerçevesinde incelenecektir. Bu kapsamda internet servis sağlayıcıların mülkiyet hakkının ağ tarafsızlığı tartışmasına olan etkisi üzerinde durulacaktır. Bu bölümde internet servis sağlayıcıların mülkiyet hakları ile son kullanıcı ve içerik sağlayıcıların ifade özgürlüğü hakkı ve yine son kullanıcıların özel yaşamın gizliliği hakkı arasındaki ilişki hakların çatışması açısından incelenecektir.

Ancak ağ tarafsızlığı ve insan haklarına ilişkin açıklamalara başlamadan önce, bu çalışmada ağ tarafsızlığına ilişkin kullanılacak terimleri kısaca açıklamakta konunun anlaşılabilirliği açısından fayda vardır.

III. KONUYLA İLGİLİ TERMİNOLOJİ

Terminolojinin açıklanmasına başlamadan önce ağ tarafsızlığının genel bir tanımının yapılması gerekmektedir. Ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemelerin temel amacı,

bu düzenlemelerle, internet trafiğine ayrımcı olmayan, tarafsız bir yaklaşımla muamele edilmesini ve bu şekilde internet kullanıcılarının, internet trafiğine ayrımcı bir şekilde müdahale ediliyor olmasından etkilenmeden, serbest iradeleriyle, özgür bir şekilde, çevrimiçi içerik, uygulama, servis ve cihaz seçimlerini yapabilmelerini sağlamaktır. Ağ tarafsızlığının önemi ise son kullanıcıların haklarından, hukuk çerçevesinde kalmak kaydıyla, özgürce yararlanmalarını sağlamasını amaçlamasında yatmaktadır. Dolayısıyla ağ tarafsızlığı kurallarıyla, internet trafiğinin ne şekilde yönetileceği, piyasa çıkarlarından ziyade, meşru hukuki sebep çerçevesinde belirlenmesi amaçlanmaktadır.¹³

Ağ tarafsızlığına ilişkin olarak üzerinde konsensüs olan bir tanım bulunmamakla birlikte, ağ tarafsızlığını, internet servis sağlayıcıların uygulama, içerik ve portallara yönelik ayrımcılık yapmasını engelleyen kurallar bütünü olarak açıklamak mümkündür.¹⁴ Nitekim ağ tarafsızlığına ilişkin kurallarla, servis sağlayıcıların içerik ve uygulamalara tarafsız (nötr) davranması amaçlanmaktadır. Bununla birlikte ağ tarafsızlığına ilişkin düzenleme yapılmasının zorluğunun nedenlerinden birisi de kavramın tanımlanmasında ortak bir payda bulunmamasıdır. Probleme ekonomik ve teknolojik gelişme açısından yaklaşıldığında ağ tarafsızlığı tartışmasının ana sebebinin ne olduğuna ilişkin farklı görüşler karşımıza çıkmaktadır. Bazı yaklaşımlar ağ tarafsızlığına ilişkin tartışmaların esasen teknolojik gelişme ve yenilikleri kimin kontrol edeceğine ilişkin olduğunu savunurken, başka bir yaklaşım ise tartışmanın esasen ayrımcılık ve internetin açıklığına ilişkin olduğunu savunmaktadır.¹⁵ Bununla birlikte, tartışmaların odak noktasının ne olduğu fark etmeksizin, ağ tarafsızlığının temel hak ve özgürlüklerle sıkı bir ilişki içerisinde olduğu ortadadır.

Terimlerin açıklanmasına başlanacak olursa, TDK'daki tanımına göre ağ, ulaşım ve iletişim gibi alanlarda ülkenin her yerine yaygınlaştırılmış şebeke anlamına

¹³ Luca Belli, Primavera De Filippi, "Chapter 1 General Introduction: Towards a Multistakeholder Approach to Network Neutrality", **Net Neutrality Compendium Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet**, Ed. Luca Belli, Primavera De Filippi, Springer, 2016, s.2-3.

¹⁴ Emin Köksal, "Regulation And Competition In Telecommunications: The Case Of Network Neutrality", (yayınlanmamış doktora tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s.8.

¹⁵ Barbara A. Cherry, "Misusing Network Neutrality to Eliminate Common Carriage Threatens Free Speech and the Postal System", **Northern Kentucky Law Review**, Vol.33:4, 486-511, 2006, s.485-486.

gelmektedir.¹⁶ Bu çalışma kapsamında ise ağ ile internet ağı, şebekesi kastedilmektedir. İnternet ağı üzerindeki veri iletişimi ise TCP/IP protokolü sayesinde gerçekleştirilmektedir.¹⁷ TCP/ IP protokolü yazılım ve donanımlar arasında ayırım yapmamakta olup bu tarafsızlık ağ tarafsızlığı prensibinin de temelini oluşturmaktadır.¹⁸

İnternet servis sağlayıcısı (internet service provider- ISP) ise son kullanıcılara internet hizmeti sağlayan kurumlardır. İnternet içerik sağlayıcılar (internet content and service providers- CSP) terimi ile çevrimiçi içeriğin dağıtımını sağlayan (Google, Facebook, Youtube... vb.) internet sitesi ve organizasyonlar kastedilmektedir. Dolayısıyla bu çalışma çerçevesinde söz konusu terimin kullanımın 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun¹⁹'un 2. Maddesinin f bendindeki içerik sağlayıcı kavramından farklılık arz etmektedir. Nitekim ilgili bent içerik sağlayıcıyı “İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler” olarak tanımlarken aynı maddenin m bendi yer sağlayıcıları “hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler” olarak tanımlamaktadır. Dolayısıyla bu çalışma kapsamında içerik sağlayıcıyla kastedilen her iki bentte de yer alan tanımları kapsamaktadır.

Ağ yönetimi (network management) ile ise internet servis sağlayıcıların, internet ağını aktif bir şekilde yönetmesi anlatılmak istenmektedir. Çalışmanın ileriki bölümlerinde de ifade edileceği üzere ağ yönetiminin farklı şekillerde tezahür etmesi mümkündür.

Son olarak fazla detaylandırmadan da olsa, özellikle özel hayatın gizliliği açısından öneme sahip olan *Deep Packet Inspection* (DPI) üzerinde durulmalıdır. Kısaca

¹⁶ <http://www.tdk.gov.tr/>, (Çevrimiçi), 18.04.2018.

¹⁷ Turgut Kaya, “İnternet Servis Sağlayıcısının Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel hukuk Anabilim Dalı, 2019, s.6.

¹⁸ M. Bedii Kaya, “Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Erişiminin Engellenmesi”, Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans Programı, 2009, s.7.

¹⁹ İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, Kanun No. 5651, RG, 23 Mayıs 2007, Sayı 26530.

DPI yöntemi ile ağ yöneticileri, IP paketlerinin²⁰ taşıdığı veri yükünü taramaktadırlar. Bu çerçevede IP paketlerinin taşıdığı veri yükü kullanıcı tarafından iletilen ve işlenen her türlü metin, resim, dosya ve uygulamayı içermektedir. İnternet servis sağlayıcılar, DPI yöntemi ile elde ettikleri bilgiler ile internet trafiğini sınıflandırıp kontrol edebilmektedirler.²¹ Dolayısıyla DPI yönteminin kullanıldığı hallerde, son kullanıcıların internet üzerindeki iletişimlerinin bütün içeriği izlenebilmekte olup özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında değerlendirilen, kişisel verilerin korunması hakkı çerçevesinde bu yöntemin kullanılması problemli bir alan oluşturmaktadır. Esasen DPI yönetimi farklı amaçlar doğrultusunda kullanılmaktadır. Yöntemin kullanım amaçları ve kapsamı çalışmanın ileriki bölümlerinde detaylı olarak açıklanacaktır.

²⁰ İnternet ağı üzerindeki iletişim belli standartların belirlediği paketlerle yapılmakta olup İnternet Protokolü (IP) çerçevesinde iletişim için IP Paketleri kullanılmaktadır. Bu kapsamda veriler IP paketlerine yüklenerek iletilmektedir. Bkz.: İsmail Karadoğan, Resul Daş, Muhammet Baykara, ‘Scapy ile Ağ Paket Manipülasyonu’, 1st International Symposium on Digital Forensics and Security (1. Uluslararası Adli Bilişim ve Güvenlik Sempozyumu), 2013, s.196, (Çevrimiçi), <http://www.academia.edu/download/41074182/scapy.pdf>, 06.05.2019.

²¹ Ralf Bendorath, Milton Mueller, “The end of the net as we know it? Deep packet inspection and internet governance”, **New Media & Society**, 13 (7), 2011, s.1144-1145.

İKİNCİ BÖLÜM

AĞ TARAFSIZLIĞI KAVRAMI VE TARİHSEL GELİŞİMİ

I. GENEL OLARAK

Ağ tarafsızlığının önemini ve bu kavramın insan hakları hukukuyla ilişkisini ortaya koymak için öncelikle internet servis sağlayıcıların ne gibi müdahalelerle ağ tarafsızlığını ihlal ettikleri açıklanmalıdır. Ağ tarafsızlığından temel olarak internet servis sağlayıcıların, gerekli olmadıkça, ağı müdahale etmemeleri anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, internet servis sağlayıcıların ağ üzerindeki müdahalelerini pozitif ve negatif olarak sınıflandırmak mümkündür.

Servis sağlayıcıların ağ tarafsızlığına ilişkin “negatif” müdahaleleri temel olarak üç kategoride incelenmekte olup bunlar engelleme, öncelik verme ve yavaşlatma şekillerinde karşımıza çıkmaktadır. Engelleme ile son kullanıcıların, belirli uygulama veya servislere ulaşmasının internet servis sağlayıcı tarafından tamamen yasaklanması anlaşılmaktadır. Bu noktada internet servis sağlayıcının amacı genel olarak kendi sağladığı hizmetlere benzer hizmet sağlayan uygulama ve servislerle olan rekabeti ortadan kaldırmak olarak karşımıza çıkar. Örneğin internet servis sağlayıcı aynı zamanda müzik portalı servisi de sağlıyorsa benzer hizmet veren diğer müzik portallarını kendi ağı üzerinde engelleyerek, kendi hizmetiyle olan rekabeti önlemeyi amaçlar.¹ Nitekim bu amaçla Kuzey Karolina merkezli Madison River Telefon Şirketi, son kullanıcıların Voice over Internet Protocol (VoIP)² servisini kullanmasını engellemiştir. Şirketin servisi engelleme sebebi ise söz konusu servisin şirketin sunduğu telefon hizmetiyle rekabet içerisinde olmasıdır.³ FCC konuya ilişkin soruşturma başlatmış, 2005’de Madison River

¹ Jasper P. Sluijs, “From Competition to Freedom of Expression: Introducing Article10 ECHR in the European Network Neutrality Debate”, **Human Rights Law Review**, 12:3, 1 September 2012, s.514.

² VoIP, analog telefon hattı yerine internet bağlantısı kullanarak sesli arama yapmayı sağlayan servislere verilen genel addır. Bkz.: <https://www.fcc.gov/general/voice-over-internet-protocol-voip>, 25.04.2018.

³ Gerald R. Faulhaber, “Network Neutrality: The Debate Evolves”, **International Journal of Communication**, 1 (2007), s.683.

şirketiyle uzlaşmaya vararak, şirketin 15.000,00 \$ para cezası ödemesine ve söz konusu engellemeyi kaldırmasına karar vermiştir.⁴

Öncelik verme ise internet servis sağlayıcısının belirli servis veya uygulamaların erişimine internet hızını artırarak kolaylık sağlamasıdır. Öncelik verme durumu, genellikle erişim hızını arttırmak isteyen içerik sağlayıcı ile servis sağlayıcı arasında akdedilen bir sözleşmenin sonucu olarak karşımıza çıkar. Bu halde internet servis sağlayıcıya ödeme yapan içerik sağlayıcılara ulaşmadaki internet hızı, ödeme yapmayanlara oranlara çok daha yüksektir.⁵ Dolayısıyla belirli servis ve uygulamalara erişime öncelik vermenin bulunduğu hallerde son kullanıcılar, internet kullanımları üzerinde tam olarak kontrol sahibi olamamaktadır.

Yavaşlatma hali ise internet servis sağlayıcıların belirli içerik sağlayıcıların veri akışını kasıtlı olarak geciktirilmesidir.⁶ Bu çerçevede öncelik verme ve veri akışını geciktirme arasında bağlantı bulunmaktadır. Nitekim herhangi bir içerik sağlayıcının hızının artırılması halinde esasen diğer içerik sağlayıcıların veri akışı, hızı artırılan içerik sağlayıcıya oranla düşürülmüş olmaktadır. Ayrıca internet servis sağlayıcının, aralarındaki anlaşmaya bağlı olarak, veri hızının artırılmasına yönelik ödeme yapan içerik sağlayıcının hızını yükseltmek yerine ödemeyenlerin hızını düşürmesi de mümkündür.⁷

İnternet servis sağlayıcıların pozitif ihlali olarak incelenen durum ise “*zero rating*” olarak karşımıza çıkar. *Zero Rating* internet servis sağlayıcıların, kendi içerik sağlayıcı platformlarının veya yine aralarındaki anlaşma gereği belirli içerik sağlayıcı servis ve uygulamaların kullanımlarının, son kullanıcıların faturalarına yansımamasıdır. Bu duruma *zero rating* denmesinin sebebi ise belirli bir uygulamanın kullanılmasıyla harcanan dataya *sıfır* fiyat uygulamasıdır.⁸ Bu halde sınırlı internet paketi olan kullanıcı

⁴ İlgili uzlaşma kararı için bkz.: <https://transition.fcc.gov/eb/Orders/2005/DA-05-543A2.html>, (Çevrimiçi), 25.04.2018.

⁵ Sluijs, **a.g.e.**, s.514.

⁶ Müberra Güngör, Yavuz Göktaylar, Yunus Ş. Kibar, A. Deniz Çaycı, Nurdan Aslan, **Şebeke Tarafsızlığı (Net Neutrality)**, Ankara, Bilgi ve İletişim Teknolojileri Kurumu, Kasım 2011, (Çevrimiçi), <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/sebeke-tarafsizligi.pdf>, 25.04.2018.

⁷ Sluijs, **a.g.e.**, s.514.

⁸ What is Zero Rating?, (Çevrimiçi), https://berec.europa.eu/eng/netneutrality/zero_rating/, 07.05.2019.

zero rating kapsamında olan içeriklere eriştiğinde veri kullanımı artmamakta, sınırsız internet paketi olan kullanıcılar için ise *zero rating* kapsamındaki içeriklere erişim adil kullanım kotasını etkilememektedir.⁹

Ağ tarafsızlığının tanımı çerçevesinde internet servis sağlayıcıların, içerik sağlayıcılarla yaptıkları anlaşma doğrultusunda, son kullanıcı olan müşterilerine anlaşmalı uygulama ve servislere ücretsiz ulaşmalarını sağlamalarının ayrımcı bir uygulama olduğu ortaya çıkmaktadır. Ancak internet servis sağlayıcıların ağ tarafsızlığını ihlal eden diğer müdahaleleri ile karşılaştırıldığında *zero rating* son kullanıcıların diğer servis ve uygulamalara ulaşmasında bir zorluk ortaya çıkarmamaktadır. Örneğin öncelik verme düşünüldüğünde, öncelik verilen dışındaki servis ve uygulamalara erişimde internet hızı düşmekteyken *zero rating* uygulamasında böyle bir problem söz konusu değildir. Bununla birlikte *zero rating*, yüksek data kullanıma sebebiyet verecek içerikler çerçevesinde, kullanıcılarını *zero rating* kapsamında olan içerik sağlayıcılara yönlendirmek suretiyle esasen son kullanıcıların tercihlerini büyük ölçüde sınırlandırmış olmaktadır.¹⁰

Görüldüğü üzere *zero rating* uygulaması, ağ tarafsızlığı tartışmaları bakımından, internet servis sağlayıcıların negatif ihlallerine kıyasla daha komplike bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Ağ tarafsızlığı tartışması çerçevesinde *zero rating* uygulamasını anlayabilmek için uygulamanın ne şekillerde karşımıza çıktığını incelemek gerekir. Carrillo'ya göre *zero rating* uygulamalarını dört alt kategoride değerlendirmek mümkündür. İnternet servis sağlayıcılar bu kategorileri ayrı ayrı uygulayabilecekleri gibi bir arada da uygulayabilirler. Bu çerçevede ilk kategori tek bir site veya servis üzerinden *zero rating* uygulamasının yapılmasıdır. İçerik sağlayıcıların, internet servis sağlayıcılarla aralarındaki sözleşme gereğince, kendi sitesinin ya da servisinin *zero ratinge* özel bir

⁹ Christopher T. Marsden, "Zero Rating and Mobile Net Neutrality", **Net Neutrality Compendium Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet**, Ed. Luca Belli, Primavera De Filippi, Springer, 2016, s.242, (Çevrimiçi), <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-3-319-26425-7.pdf>, 25.04.2018.

¹⁰ Federico Marini Balestra, Riccardo Tremolada, "The EU Debate on Net Neutrality: What About Zero-Rating?" **Computer And Telecommunications Law Review**, 21(5), 2015, s.2-3.

versiyonu oluşturması ve bu versiyonun son kullanıcıların data kullanım miktarının hesaplanmasında dikkate alınmaması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

İkinci kategori ise sponsorlu data olarak adlandırılmakta olup içerik sağlayıcıların, mobil internet servis sağlayıcılarla belirli bir ücret karşılığında anlaşma yaparak, son kullanıcıların belirli servisleri kullanımının data kullanımlarını etkilememesini sağlamaktadır. rnek olarak T-Mobile’ın ücretsiz müzik servisi verilebilir. Bu erevede T-Mobile kullanıcıları belirli müzik platformlarından (Spotify, iTunes Radio ve Pandora) ücretsiz yararlanmasını sağlamaktadır. Uygulama yukarıda da belirtildiği üzere, esasen söz konusu müzik platformlarıyla T-Mobile arasındaki sözleşmeye dayanmakta olup bu durumda yeni hizmet vermeye başlayacak benzer müzik platformlarının, mobil internet servis sağlayıcılara söz konusu rakipleri gibi ödeme yapamayacağı göz önünde bulundurulduğunda, yeni oluşumların dezavantajlı duruma düşmesi ihtimal dahilindedir.

nc kategori ise sponsor şirket veya şirketlerin internet servis sağlayıcılarla bir araya gelerek seçili site veya servislere ücretsiz erişim sağlamasıdır.

Son kategori ise sahte-seçici olmayan *zero rating* olarak adlandırılmakta olup içerik sağlayıcının bir ya da daha fazla internet servis sağlayıcı ile anlaşarak, belirli koşulların sağlanması şartıyla (rneğin son kullanıcı reklam izlemesi veya belirli bir uygulamayı indirmesi gibi), son kullanıcılara sınırlı miktarda ücretsiz data kullanımı teklif etmesidir. İsminden de anlaşılabileceği üzere, son kullanıcıların muhtemel tercihlerini etkilemeyen bir yöntem olması nedeniyle, gerçek *zero rating* olarak değerlendirilmemektedir.¹¹

Ağ tarafsızlığına ilişkin kuralların amacının internet servis sağlayıcıların evrimii içerik ve uygulamalar arasında ayrımcılık yapmasının engellenmesi ve bu sayede evrimii içeriklerin popülaritesinin internet servis sağlayıcılar yerine son kullanıcılar tarafından belirlenerek internetin zgr alan olma özelliğinin korunması olduğu göz önünde bulundurulduğunda, *zero rating* uygulamasının bu çerçevede problemlili bir alan

¹¹ Arturo J. Carrillo, “Having Your Cake and Eating It Too? Zero-Rating, Net Neutrality, And International Law”, *Stanford Technology Law Review*, 19(3), 2016, s.373-383.

oluşturması muhtemeldir.¹² Nitekim Elektronik İletişime Dair Avrupa Düzenleyici Kurumu'nun (Body of European Regulators for Electronic Communications- BEREC) Haziran 2016 tarihli "Avrupa Ağ Tarafsızlığı Kurallarının Yerel Makamlarca Uygulanmasına İlişkin Rehber Yönetmeliği"¹³, Avrupa Birliği'nin (AB) 2015 tarihli ağ tarafsızlığı kuralları¹⁴ çerçevesinde *zero rating* uygulamasının nasıl değerlendirilebileceğine ilişkin bir takım öngörülerde bulunmaktadır.

Söz konusu ilke ve düzenlemelerden bahsetmeden önce BEREC'in AB içerisindeki hukuki statüsünü açıklamak yerinde olacaktır. BEREC, AB düzenlemeleri çerçevesinde kurulmuş bir organ olup bugünkü hali Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2018/1971 sayılı düzenlemesi çerçevesinde oluşturulmuştur.¹⁵ Buna göre BEREC, BEREC Ofisi (resmi adı ile BEREC destek ajansı) ve düzenleyiciler kurulu olmak üzere iki organdan oluşmaktadır.¹⁶ BEREC Ofisi tüzel kişiliği haiz AB organı olmakla birlikte düzenleyiciler kurulu üye devletlerin yerel düzenleyici otoritelerinin başkanlarından oluşmaktadır ve tüzel kişiliği haiz değildir. Bu çerçevede AB'nin merkezi olmayan ajansı konumunda olan BEREC Ofisi kendi yetki alanı ve mevcut kurumsal çerçevesi kapsamında çalışmaktadır. Ayrıca Ofisin AB'yi temsil etme ve yasal yükümlülüklerle bağlamak gibi yetkileri bulunmamaktadır.¹⁷

BEREC'in ana yükümlülüklerinden birisi talep edildiğinde Avrupa Komisyonu'na yasa tekliflerinin hazırlanması aşamasında tavsiyede bulunmaktır. Ayrıca BEREC Avrupa

¹² Stephanie L. Albertson, **Open Internet for All: Free Speech and Network Neutrality**, El Paso, LFB Scholarly Publishing LLC, 2012.

¹³ BEREC, **Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules**, 2016, http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/download/0/6075-draft-berec-guidelines-on-implementation_0.pdf, (Çevrimiçi), 26.04.2018.

¹⁴ Bkz.: yuk. s.4, 3 numaralı dipnot.

¹⁵ Regulation (EU) 2018/1971 of The European Parliament and of The Council of 11 December 2018 on establishing the Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC) and the Agency for Support for BEREC (BEREC Office), amending Regulation (EU) 2015/2120 and repealing Regulation (EC) No 1211/2009.; Söz konusu düzenlemeyle BEREC'in kurulmasına ilişkin "Regulation (EC) No 1211/2009 of The European Parliament and of The Council of 25 November 2009 establishing the Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC) and the Office" ilga edilerek kurum yeniden düzenlenmiştir.

¹⁶ Bkz.: 2018/1971 no'lu düzenleme'nin 1. maddesi.

¹⁷ Bkz.: Düzenleme gerekçesinin 14. paragrafı.

Parlamentosu ve AB Bakanlar Konseyi'ne de kendi inisiyatifi kapsamında veya gelen talep üzerine tavsiyede bulunmakla yükümlüdür.¹⁸ BEREC'in en önemli görevlerinden birisi de düzenlemelerin ve kararların AB sınırları içerisinde tutarlı uygulanmasını sağlamak için rehber yönetmelikler hazırlamasıdır.¹⁹ Bu çerçevede BEREC tarafından hazırlanan rehber yönetmelikler dışında hareket eden yerel düzenleyici otoritelerin bu çerçevede gerekçe sunması gerekmektedir.²⁰ Dolayısıyla BEREC'in ağ tarafsızlığına ilişkin rehber yönetmeliği AB üyesi devletler için bağlayıcı olmamakla birlikte, üye devletlerin bu yönetmelik dışındaki uygulamalarını gerekçelendirmeleri zorunludur.

Konuya ilişkin AB düzenlemelerine dönülecek olursa, Avrupa Birliği'nin 2015 tarihli düzenlemesinin 3. maddesinin ilk fıkrası son kullanıcıların, internet servis sağlayıcılar aracılığıyla istedikleri bilgi ve içeriğe ulaşmasını, istedikleri uygulama ve servisleri kullanmasını, son kullanıcının veya internet servis sağlayıcının lokasyonundan ve bilgi, içerik, uygulama ve servisin kökeninden veya varış noktasından bağımsız olarak garanti altına almaktadır.²¹

Aynı maddenin 2. fıkrası ise internet servis sağlayıcılar ile son kullanıcılar arasındaki, internet servisinin sağlanmasına ilişkin, ücret, internet kotası ve hızını kapsayan ticari ve teknik koşullara ilişkin anlaşmalarla son kullanıcıların ilk fıkrada belirlenen haklarının sınırlanamayacağına ilişkindir.²² Aynı maddenin 3. fıkrasının ilk

¹⁸ Bkz.: Düzenleme gerekçesinin 16. paragrafı.

¹⁹ Bkz.: md.4/1-e.

²⁰ Bkz.: md.4/ 4.

²¹ Article 3; Safeguarding of open internet access

1.End-users shall have the right to access and distribute information and content, use and provide applications and services, and use terminal equipment of their choice, irrespective of the end-user's or provider's location or the location, origin or destination of the information, content, application or service, via their internet access service. This paragraph is without prejudice to Union law, or national law that complies with Union law, related to the lawfulness of the content, applications or services.

²² 2. Agreements between providers of internet access services and end-users on commercial and technical conditions and the characteristics of internet access services such as price, data volumes or speed, and any commercial practices conducted by providers of internet access services, shall not limit the exercise of the rights of end-users laid down in paragraph 1.

paragrafı ise internet servis sağlayıcıların, hizmet sağlarken bütün internet trafiğine ayrımcılıkta, sınırlamada veya müdahalede bulunmadan eşit davranmasına ilişkindir.²³

Bu çerçevede *zero rating* uygulamasının, ağ tarafsızlığı kuralları çerçevesinde yarattığı problemleri alanın anlaşılabilmesi açısından, konuya ilişkin BEREC'in yönetmeliğinde yer alan düzenlemelere değinmekte yarar vardır.

Zero rating pratiği, internet servis sağlayıcıların negatif ihlallerinin aksine, kategorik olarak ağ tarafsızlığı kurallarının ihlaline sebep olmamakla birlikte farklı *zero rating* uygulamalarının ağ tarafsızlığı kurallarını ihlal etmesi olasıdır. Buna göre data limiti aşıldığında, *zero rating* kapsamındaki uygulamalar hariç olmak üzere, diğer uygulamaların engellendiği veya yavaşlatıldığı *zero rating* pratikleri AB düzenlemesinin 3. maddesini ihlal etmektedir.²⁴

Yukarıda da açıklandığı üzere, internet servis sağlayıcıların *zero rating* uygulaması, belirli bir kategorideki tüm uygulamalara (örneğin bütün müzik platformları) veya sadece belirli uygulama veya servise (servis sağlayıcının kendi müzik uygulaması veya tek bir sosyal medya uygulaması gibi) yönelik olabilmektedir. İkinci durumda esasen kullanıcıların diğer uygulama ve servisleri kullanması engellenmemektedir. Ancak bu halde son kullanıcının *zero rating* kapsamında yer alan uygulamayı kullanması, internet servis sağlayıcı tarafından, ekonomik olarak teşvik edilmektedir.²⁵ Bu teşvikin hangi hallerde son kullanıcının haklarının özüne zarar verdiğinin tespiti büyük önem arz etmektedir.

Bu çerçevede yerel makamların göz önünde bulundurması gereken husus ağ tarafsızlığı düzenlemelerinin temel amacı olup bu amaçlar internet trafiğinin eşit ve ayrımcı olmayan bir şekilde yönetilmesinin korunması ve internetin “yenilik lokomotifi”

²³ 3. Providers of internet access services shall treat all traffic equally, when providing internet access services, without discrimination, restriction or interference, and irrespective of the sender and receiver, the content accessed or distributed, the applications or services used or provided, or the terminal equipment used.

²⁴ Bkz.: ilgili yönetmeliğin 38. paragrafı.

²⁵ Bkz.: ilgili yönetmeliğin 39. paragrafı.

olma fonksiyonunun korunarak, devam etmesinin garanti altına alınmasıdır. Dolayısıyla yetkili merciiler, muhtevası itibariyle pratikte son kullanıcıların seçimlerinin büyük ölçüde sınırlandırıldığı ve haklarının özünün zarar gördüğü ticari uygulama ve anlaşmalara müdahale etmelidirler. Bu noktada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise anlaşma taraflarının piyasadaki pozisyonlarıdır.²⁶

BEREC'in *zero rating*'e dair ilkelerine göre, anlaşma tarafı olan internet servis sağlayıcı ve içerik sağlayıcının piyasada dominant konumda olmaları halinde son kullanıcının haklarının sınırlandırılmış olması daha muhtemeldir. Bu noktada tarafların piyasadaki konumları rekabet hukuku kuralları çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Söz konusu *zero rating* uygulamasının, son kullanıcının erişebildiği içerik ve uygulama çeşitliliği üzerindeki etkisi, son kullanıcının belirli bir uygulamayı kullanmaya teşvik edilip edilmediği ve son kullanıcı ile internet servis sağlayıcı arasında akdedilen anlaşma çerçevesinde son kullanıcının muhtemel tercihlerinin sayısının ne oranda etkilendiği de önem arz etmektedir.

Dikkate alınması gereken bir diğer husus ise *zero rating*in içerik sağlayıcılar üzerindeki etkisidir. Söz konusu pratiğin içerik ve uygulamaların çeşitliliğini ne oranda sınırlandırdığı, yeni içerik sağlayıcı ve uygulamaların pazara girme hususunda, somut olarak, cesaretlerinin kırılıp kırılmadığı veya mevcut içerik sağlayıcı ve uygulamaların pazardan ayrılmaya zorlanıp zorlanmadığı ya da somut olarak pazar içi rekabetin zarar görüp görmediği ile özellikle AB'nin ve BEREC'in söz konusu düzenlemelerde büyük önem verdiği, internetin "*yenilik lokomotifi*" olma fonksiyonun etkilenip etkilenmediği bu noktada internet servis sağlayıcıların özellikle rekabet üzerindeki etkisi büyük önem arz etmektedir.

Bu doğrultuda *zero rating* uygulamasının ölçüsü ve son kullanıcıların yönelebileceği başka alternatiflerin olup olmadığı da dikkate alınması gereken başka bir

²⁶ Bkz.: ilgili yönetmeliğin 40. paragrafı.

hususdur. Son olarak *zero rating* uygulamasının ifade özgürlüğü ve medya çoğulculuğu üzerindeki etkisi değerlendirilmesi gereken bir kriterdir.²⁷

Görüldüğü üzere internet servis sağlayıcıların ağ üzerindeki farklı yöntemlere dayanan müdahaleleri farklı kriterler çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Bu müdahalelerin, mevcut ağ tarafsızlığı kuralları açısından, ihlale sebep olup olmadığı ise her zaman açık bir şekilde kendini göstermemektedir. İnternet servis sağlayıcıların müdahalelerinin mevcut kurallarla ilişkisinin yanı sıra bu kuralların ve söz konusu müdahalelerin insan hakları hukuku ile ilişkisi daha da çetrefilli bir alan oluşturmaktadır. Ancak ağ tarafsızlığı ve insan hakları hukuk arasındaki ilişkiye dair açıklamalara başlamadan önce ağ tarafsızlığı kavramının tarihsel gelişimi ve mevcut hukuki düzenlemeler üzerinde durmak yerinde olacaktır.

II. KAVRAMIN TARİHSEL GELİŞİMİ

İnternet özgürlüğüne ilişkin tartışmalar ağ tarafsızlığı kavramından çok daha önce ortaya çıkmışsa da kavram ilk olarak Tim Wu tarafından ortaya atılmıştır.²⁸ Wu makalesinde, ağ tarafsızlığına yönelik tartışmaların, teknolojik gelişmeye yönelik somut inanç çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini vurgularken, bu çerçevede teknolojik gelişmenin ise yeni teknoloji üretenler arasında en iyinin hayatta kaldığı bir süreç olduğunu ileri sürmektedir.²⁹

Ağ tarafsızlığına yönelik önceki bölümlerdeki açıklamalar göz önünde bulundurulduğunda, internetin tarafsız bir platform olarak kalmasının teknolojik gelişim açısından önemi esasen ortadır. Nitekim internet servis sağlayıcıların en iyinin belirlenmesine etki ettiği bir internet sisteminde teknolojik gelişmenin şekil değiştirme ihtimali kuvvetle muhtemeldir.

²⁷ Bkz.: ilgili yönetmeliğin 43. paragrafı.

²⁸ Tim Wu, “Network Neutrality, Broadband Discrimination”, 2 J. on Telecomm. & High Tech., L. 141, 2003.

²⁹ Wu, a.g.e., s.145.

Ayrımcı olmayan internet yönetimi, internet servis sağlayıcılardan izin alınmaksızın, isteyen herkesin internet servis ve uygulaması yaratmasının önünü açacağından, teknolojik gelişmenin merkezileşmesini engelleyecektir.³⁰

Fakat ağ tarafsızlığı tartışmaları ekonomik gelişim ve rekabet hukuku çerçevesiyle sınırlı kalmamış, internetin sosyal ve politik alandaki önemi de göz önünde bulundurularak özellikle ifade özgürlüğü hakkı ile olan ilişkisi kapsamında insan hakları hukukunu da ilgilendiren tartışmalı bir alan haline gelmiştir.

Prensipte internetin hükümet kontrolü ve sansürünün olmadığı, açık erişime sahip bir alan olması sebebiyle³¹ internet servis sağlayıcıların interneti çeşitli sebeplerle kontrol etmeleri, temel haklar açısından problemli bir alan yaratabilir. Bu çerçevede internet, bireylerin diğerleriyle olan iletişimlerinde her türden ifadeyi istedikleri yöntemle (yazı, fotoğraf, ses, görüntü veya video) yaymalarını mümkün kılmaktadır.³²

Dolayısıyla internetin kitlesel iletişimde ve ifade özgürlüğünde oynadığı önemli rol dikkate alındığında, internet servis sağlayıcıların son kullanıcıların haklarına müdahalede bulunmasının meşruluğu da tartışmalı hale gelmektedir.³³ Bu doğrultuda ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemelerin internet politikası açısından öncelik haline gelmesinde, internet servis sağlayıcıların internet trafiğini kontrol etmeleri halinde, son kullanıcıların temel haklarının zarar göreceği gerçeği etkili olmuştur.³⁴

Bununla birlikte internet trafiğinin kontrol edilmesi tek başına temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği anlamına gelmemektedir. Hangi koşulların varlığı halinde temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilme tehlikesi altında olduğunun araştırılması gerekir.

³⁰ Jack M. Balkin, “The Future of Free Expression in a Digital Age”, **Pepperdine Law Review**, Vol. 36: 427, 2009, s.431.

³¹ Johannes M. Bauer, Jonathan A. Obar, “Reconciling Political and Economic Goals in the Net Neutrality Debate”, **The Information Society**, Vol. 30, 2014, s.4.

³² Dawn C. Nunziato, **Virtual Freedom: Net Neutrality and Free Speech in the Internet**, Stanford, Stanford University Press, 2009, s.1.

³³ A.y.

³⁴ Luca Belli, “End-to-End, Net Neutrality and Human Rights”, **Net Neutrality Compendium Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet**, Ed. Luca Belli, Primavera De Filippi, Springer, 2016, s.16, (Çevrimiçi), <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-3-319-26425-7.pdf>, 30.04.2018.

Örneğin yukarıda da açıklandığı üzere DPI tekniğinin kullanıldığı hallerde özel hayata saygı hakkının ihlal edilmesi bir olasılık olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak söz konusu tekniğin çocuk istismarı içeren materyallerin tespiti ve engellenmesi amacıyla kullanılması hali tartışmalı bir alan oluşturmaktadır. Nitekim çocuk istismarı içeren materyallerin engellenmesi meşru bir amaç olmakla birlikte, bu amaç çerçevesinde yüksek miktardaki kişisel verinin işlendiği, orantısız bir tekniğin kullanılması internet kullanıcılarının mahremiyetini riske atmaktadır.³⁵

Ağ tarafsızlığı düzenlemelerinin bugünkü haline ulaşmasında özellikle ABD'deki gelişmeler etkili olmuştur. Ağ tarafsızlığı alanındaki ilk temel düzenleme³⁶ olan FCC'nin politika beyanı, konuya ilişkin 4 temel prensip ortaya koymuştur. Yukarıda da açıklanan Madison River davası³⁷ öncesinde deklare edilen beyana göre internet servis sağlayıcıların ihtiyaçlarıyla, kullanıcıların özgürlüklerinin arasında makul dengenin sağlanabilmesi için gözetilmesi gereken prensipler şu şekildedir;³⁸

- Kullanıcılar istedikleri meşru internet içeriğine ulaşma hakkına sahiptirler,
- Kullanıcılar hukuk kurallarına tabi olmak koşuluyla istedikleri uygulama ve servisleri kullanma hakkına sahiptirler,
- Kullanıcılar ağa zarar vermeyecek olması koşuluyla istedikleri cihazlarla ağa bağlanma hakkına sahiptirler,
- Son olarak kullanıcılar internet servis sağlayıcılar, uygulama ve servis sağlayıcılar ve içerik sağlayıcılar arasındaki rekabetten yararlanma hakkına sahiptirler.

Esasen söz konusu beyanla, FCC, internet servis sağlayıcıların uygulamalarını ağ tarafsızlığı kapsamında değerlendirirken, yalnızca internetin kendisinin ulaşılabilir olup

³⁵ A.e., s.20.

³⁶ A.y.

³⁷ Bkz.: yuk. s.13-14.

³⁸ Albertson, a.g.e., s.75.

olmadığının yanı sıra, kullanıcıların ulaşabildiği bilginin nitelik ve genişliğinin de doğrudan dikkate alınacağını sinyali vermiştir.³⁹

ABD'deki bu yaklaşım Avrupa'daki ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemeleri de etkilemiştir. Bu kapsamda FCC ve AB düzenlemeleri temel olarak rekabet ve engellememe çerçevesinde şekillenirken AB düzenlemeleri bunun yanı sıra şeffaflığı da kriterleri arasına eklemiştir.⁴⁰

Nitekim şeffaflık kriteri FCC tarafından da 2008 yılındaki *Comcast* kararıyla ele alınması gereken bir kriter olarak tanımlanmıştır.⁴¹ FCC şeffaflığı, internet servis sağlayıcıların, trafik yönetimine ilişkin uygulamalarını kullanıcıların anlayabileceği şekilde açıklaması olarak tanımlamaktadır. Bu çerçevede, açıklanan bilgi, kullanıcıların, bu bilgiye dayanarak karar vermeleri ve davranışlarını buna göre ayarlamaları için yeterli olmalıdır.⁴² Dolayısıyla şeffaflık ve ağ tarafsızlığı arasındaki ilişki, son kullanıcıların kendi ihtiyaç ve beklentilerine en çok uyan internet servis sağlayıcıyı seçme haklarının, ilk olarak rekabetçi ve şeffaf bir pazarın mevcudiyetine dayanmasından kaynaklanmaktadır.⁴³

³⁹ A.y.

⁴⁰ Belli, **End-to-End, Net Neutrality and Human Rights**, s.21.; Christopher T. Marsden, "Network Neutrality: History, Regulation and Future", **Monograph «VII International Conference on Internet, Law & Politics. Net Neutrality and other challenges for the future of the Internet»**, IDP. Revista de Internet, Derecho y Política. No. 13, pp. 91-108. UOC., February 2012, s.95, (Çevrimiçi), <https://www.raco.cat/index.php/IDP/article/viewFile/251840/337489>, 12.06.2018.

⁴¹ İlgili kararda Komisyon, şeffaflığı henüz ağ tarafsızlığına ilişkin bir standart olarak benimsemediğini ifade etmekle birlikte, bunun dava çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir husus olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Federal Communications Commission, Formal complaint of free press and public knowledge against Comcast Corporation for secretly degrading peer-to-peer applications, Memorandum Opinion and Order, August 20, FCC 08-183, s.31, (Çevrimiçi), <https://docs.fcc.gov/public/attachments/FCC-08-183A1.pdf>, 12.06.2018.

⁴² Gerald R. Faulhaber, "Transparency and Broadband Internet Service Providers", **International Journal of Communication**, 4 (2010), s.742-743.

⁴³ BEREC, **Guidelines on transparency in the scope of net neutrality: best practices and recommended approaches**, BoR (11) 67, 2011, s.9, (Çevrimiçi), https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/365-berec-guidelines-on-transparency-in-the-scope-of-net-neutrality-best-practices-and-recommended-approaches, 15.05.2018.

Görüldüğü üzere şeffaflık politikası ağ tarafsızlığının esasen ekonomik bir sorun olarak algılandığını ortaya koymaktadır.⁴⁴ Bununla birlikte Avrupalı aktivistlerden ve toplumdan gelen talep neticesinde, ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemelerde, temel hak ve özgürlüklerin de göz önünde bulundurulması gerektiği Avrupa Parlamentosu'nda yankı bulmuş,⁴⁵ bu noktada ağ tarafsızlığına ilişkin politikalarda temel hak ve özgürlüklerin de dikkate alınmasında internetin sosyal hayattaki yeri etkili olmuştur. Dolayısıyla gerek ABD'de gerekse de Avrupa'da ağ tarafsızlığı ile temel hak ve özgürlükler arasındaki ilişkiye yönelik tartışmalar özellikle internetin demokrasi açısından önemli bir değer olmasından kaynaklanmıştır.

Nitekim Avrupa Konseyi'ne göre internet demokrasi açısından, insanlara fikir alışverişinde bulunmak ve kendilerini ifade etmek için alan sağlaması, bu yolla başka alternatifi olmayan yüksek miktarda bilgi ve fikrin paylaşılmasının yanı sıra farklı inanç, kültür ve geçmişlere sahip insanlar arasında potansiyel bir anlayış ve tolerans oluşmasını sağladığı için yüksek öneme sahiptir. İnternet bütün insanların ayrımcılığa uğramadan bir şeyin parçası olmasını, tartışmalara katılımda bulunarak seslerini duyurmalarını sağlamaktadır.⁴⁶

Netice olarak esasen ifade özgürlüğü ile teknolojik gelişim arasındaki ilişki de internetin demokratik yaşamdaki öneminden kaynaklanmaktadır. Nitekim ifade özgürlüğünün mevcudiyeti yalnızca devlet sansürünün olmamasından ibaret olmayıp bireylerin kendilerini özgürce ifade edebilecekleri bir zeminin varlığına da dayanmaktadır. Bu gerekli zemin, her türlü bilgi, buluş ve bunların yayılmasını sağlayan, her zaman ulaşılabilir nitelikteki her çeşit medya ve kurumu içermektedir.⁴⁷

Günümüzdeki toplumsal yapı göz önünde bulundurulduğunda, kişilerin özgürce düşünce ve bilgilere ulaşması, kendi düşüncelerini ve sahip olduğu bilgileri yayması ve

⁴⁴ Nitekim şeffaflık ile ağ tarafsızlığı arasındaki ilişki göz önüne bulundurulduğunda, söz konusu ilişkinin, serbest piyasa koşullarının ağ tarafsızlığına ilişkin endişeleri azaltmada yeterli olacağı düşüncesinden kaynaklandığı görülmektedir. Bkz.: Sluijs, **a.g.e.**, s.516.

⁴⁵ **A.y.**

⁴⁶ Bkz.: Council of Europe, **Internet Governance – Council of Europe Strategy 2016-2019 Democracy, human rights and the rule of law in the digital World**, September 2016, s.9, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/16806aafa9>, 08.05.2018.

⁴⁷ Balkin, **a.g.e.**, s.432.

bu yolla demokratik yaşama tam anlamıyla dahil olması esasen kişinin sahip olduğu internet bağlantısıyla yakinen ilişkilidir. Dolayısıyla ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemeler, kişilerin ifade özgürlüğü ve mahremiyet hakları başta olmak üzere temel hak ve özgürlükleri doğrudan etkilemekte, bunun yanı sıra çoğulcu ve farklı bir medyanın da görünürlüğüne sağlamaktadır.⁴⁸

Sonuç olarak ağ tarafsızlığı kavramı ilk olarak rekabet hukuku çerçevesinde şekillenmeye başlamışsa da zaman içerisinde internetin önemi göz önünde bulundurularak, internet servis sağlayıcıların trafik yönetimi ile kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin arasındaki ilişkinin de tartışıldığı bir alan haline gelmiştir. Özellikle ağ yönetimi pratikleri çerçevesinde içeriklerin engellendiği haller, ağ tarafsızlığı ve ifade özgürlüğü arasındaki ilişkiyi gündeme getirmektedir.⁴⁹ Bununla birlikte internet servis sağlayıcıların çoğunlukla özel hukuk tüzel kişileri olmaları devletlerin internet trafik yönetimine hangi oranda müdahalede bulunabileceği açısından tartışma yaratmaktadır.

III. MEVCUT HUKUKİ DÜZENLEMELER

A. ABD’deki Mevcut Hukuki Durum

FCC ağ tarafsızlığına ilişkin ilk resmi düzenlemesini 2010’da yapmış olmakla birlikte, yukarıda da bahsedildiği üzere, 2010 öncesinde *de facto* olarak ağ tarafsızlığı rejimini uygulamıştır. 2004’de Komisyon üyesi Michael Powell 4 internet özgürlüğünü açıklamış⁵⁰, 2005’deki Madison River davasında söz konusu prensipler uygulanmıştır.

2008 yılındaki Comcast davasında ise Komisyon, BitTorrent⁵¹ kullanımını 2005-2007 yılları arasında yavaşlatan Comcast aleyhine karar vermiştir. Comcast ilgili kararı temyiz

⁴⁸ Luca Belli, Matthijs van Bergen, **Protecting Human Rights through Network Neutrality: Furthering Internet Users’ Interest, Modernising Human Rights and Safeguarding the Open Internet**, Steering Committee on Media and Information Society (CDMSI), Council of Europe, 2013, s.6, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/16805a09ca>, 05.05.2018.

⁴⁹ Pierre Larouche, “Network Neutrality: The Global Dimension”, **TILEC Discussion Paper**, 2011, s.21-23, (Çevrimiçi), <http://ssrn.com/abstract=1909811>, 05.05.2018.

⁵⁰ Bkz.: yuk. s.23.

⁵¹ BitTorrent içeriklerin dağıtımının ve kopyalanmasının etkili ve hızlı bir şekilde gerçekleşmesini sağlayan Peer-to-Peer (P2P) protokolüdür. P2P ise ağ üzerinde veri paylaşımını sağlayan ağ protokolü olarak karşımıza çıkar. Bu noktada BitTorrent merkezi bir servera bağlanılmasına gerek olmadan dosya paylaşımını sağlayan bir dosya paylaşma protokolüdür. Bkz.: Matthew Helton, ‘Secondary Liability for Copyright Infringement: BitTorrent as a Vehicle for Establishing a New Copyright Definition for Staple Articles of Commerce’, **Colum. J.L. & Soc. Probs.** Vol.40:1, 2006, s.17-24; David Erman, Dragos Ilie,

etmiş, Columbia Bölge Temyiz Mahkemesi, FCC'nin internet servis sağlayıcıların ağ yönetimine ilişkin pratiklerini düzenlemede kanunen yetkili olmadığını belirterek, Comcast lehine karar vermiştir.⁵² Mahkeme, kararın gerekçesini “...Kongrenin Komisyona hızlı bir şekilde gelişen iletişim teknolojilerine ayak uydurabilmesi için geniş ve uyarlanabilen bir yargı yetkisi verdiği doğrudur. Aynı zamanda internetin bu jenerasyon göz önünde bulundurulduğunda iletişim açısından en önemli icat olduğu da ortadadır. Bununla birlikte hızla gelişen teknolojinin hukuken düzenlenmesindeki zorluklara rağmen, Komisyona devredilmiş yetkilerin kullanılmasında geniş özgürlük sağlanması, yasanın Komisyonu yetkilendirmediği alanlarda serbestçe düzenleme yapabileceği anlamına gelmemektedir. Komisyon Comcast'in internet servisi üzerinde ferri yetkiye sahip olduğu iddiasını herhangi bir kanuni yükümlülükle ilişkilendiremediğinden, ..., Komisyon'un kararının iptaline karar verilmiştir.”⁵³ olarak ifade etmiştir.

Adrian Popescu, **BitTorrent Session Characteristics and Models**, s.1-3, (Çevrimiçi), <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:833758/FULLTEXT01.pdf>, 10.05.2019.

⁵² Comcast Corp. v FCC, No. 08-1291 (D.C. Cir., Apr. 6, 2010), (Çevrimiçi), <https://www.fcc.gov/document/comcast-corporation-v-fcc-usa-no-08-1291-dc-cir>, 10.05.2018; Tyler Lacey, **Comcast Corp. v FCC: D.C. Circuit Denies FCC Jurisdiction to Mandate Net Neutrality**, Ed. Jad Mills, April 2010, (Çevrimiçi), <https://jolt.law.harvard.edu/digest/comcast-corp-v-fcc>, 10.05.2018.

⁵³ “It is true that “Congress gave the [Commission] broad and adaptable jurisdiction so that it can keep pace with rapidly evolving communications technologies.” Resp’t’s Br. 19. It is also true that “[t]he Internet is such a technology,” id., indeed, “arguably the most important innovation in communications in a generation,” id. at 30. Yet notwithstanding the “difficult regulatory problem of rapid technological change” posed by the communications industry, “the allowance of wide latitude in the exercise of delegated powers is not the equivalent of untrammelled freedom to regulate activities over which the statute fails to confer . . . Commission authority.” NARUC II, 533 F.2d at 618 (internal quotation marks and footnote omitted). Because the Commission has failed to tie its assertion of ancillary authority over Comcast’s Internet service to any “statutorily mandated responsibility,” Am. Library, 406 F.3d at 692, we grant the petition for review and vacate the Order. So ordered.”, Kararın metin içerisindeki çevirisi bana aittir.

2010 yılında ise FCC⁵⁴ “Açık İnternet Yasası”⁵⁵ ile ağ tarafsızlığına ilişkin birtakım kurallar ortaya koymuştur. İlgili düzenlemeyle özellikle 3 kural dikkat çekmekte olup bunlar; şeffaflık, engellememe ve makul olmayan ayrımcılıktır.⁵⁶ Ancak ilgili düzenlemeye karşı Verizon şirketi temyiz Mahkemesi’ne başvuruda bulunmuştur. Mahkeme her iki davada da FCC aleyhine karar vermiş, engellememe ve makul olmayan ayrımcılık kurallarını kaldırmış, gerekçe olarak bu kuralların yalnızca “telekom” (*common carrier*) şirketlerine uygulanabileceğini ileri sürmüştür.

Bu çerçevede söz konusu tartışmanın daha iyi anlaşılabilmesi için Mahkeme’nin kullandığı “*common carrier*” terimini açıklamak gerekir. ABD hukukunda “*common carrier*” kavramıyla herkese eşit koşullar altında hizmet veren şirketler ifade edilmektedir. Telefonun icadı ve yaygınlaşmasıyla birlikte temel telefon hizmetleri de bu kapsamda değerlendirilmeye başlanmış olup ABD Kongresi, bu hizmetlerin tüm müşterilere ayırım yapılmaksızın ve makul fiyatlar altında sunulmasını sağlamak için birtakım düzenlemeler yapmakla birlikte, telefon şirketlerinin de düzenlenmesi için FCC’yi kurmuştur. Bununla birlikte 1996 Telekom Kanunu’yla telekomünikasyon ve bilgi servisleri arasında bir ayırım yapılmış olup internet servis sağlayıcılar bilgi servisi kapsamında değerlendirilerek “*common carrier*” düzenlemeleri kapsamının dışında kabul edilmişlerdir.⁵⁷

FCC ilgili kararlar aleyhine temyiz başvurusunda bulunmak yerine 2015 yılında ağ tarafsızlığına ilişkin yeni düzenleme yapmış, bu düzenlemede interneti bilgi servisi olarak değil telekomünikasyon servisi olarak nitelendirmiştir. Dolayısıyla bu düzenleme

⁵⁴ Federal İletişim Komisyonu eyaletler arası ve uluslararası iletişimi düzenleyen bir komisyondur. Bağımsız bir hükümet ajansı olan FCC, Kongre’nin denetimine tabidir. FCC Amerikan iletişim kanunlarının ve düzenlemelerinin uygulanmasından ve icrasından sorumlu federal ajanstır., <https://www.fcc.gov/about/overview>, 10.05.2019.; FCC görevleri dahilinde ‘yasa’ (Report&Order) çıkarabilmektedir. Bu yolla yeni kuralların geliştirilmesi, mevcut kuralların tashih edilmesi veya bir konu hakkında hiçbir düzenleme yapılmamasına karar verilmesi mümkündür. Hazırlanan yasaların özetleri Resmi Gazetede yayınlanmakta olup bu yayınlanan özette değişikliklerin ne zaman yürürlüğe gireceği de belirtilmektedir., <https://www.fcc.gov/general/rulemaking-fcc>, 10.05.2019.

⁵⁵ Federal Communication Commission, FCC 10-201, Preserving the Open Internet, SEC. III, 23.12.2010.

⁵⁶ Albertson, **a.g.e.**, s.93.

⁵⁷ Şahin Ardıyok, Hakan Demirkan, Emin Köksal, Barış Yüksel, “Mobil İletişim Hizmetlerinde Şebeke Tarafsızlığı Düzenlemeleri ve Trafik Yönetimi Uygulamalarının Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **Rekabet Dergisi**, 2015, 16(3): 3-37, s.73-74.

sonrasında internet servis sağlayıcılar “telekom” şirketi olarak kabul edilmeye başlamış olup nitekim Amerikan Telekom Birliği’nin temyiz başvurusunda Mahkeme FCC lehine karar vermiş ve ağ tarafsızlığı kuralları uygulanmaya devam etmiştir.⁵⁸

Son olarak 2017 yılının Aralık ayında yeni FCC yönetimi ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemeyi ilga etmiştir. FCC başkanı Pai, düzenlemelerin ilgasının gerekli olduğunu, 2015 ağ tarafsızlığı düzenlemelerinin şirketler üzerinde büyük bir yük olduğunu ve iletişim sektörünün altyapısına ve sektördeki yeniliklere bu sebeple yatırım yapılmadığını ifade etmiştir.⁵⁹

Pai’ye göre ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemeler yapılmadan önce internet servis sağlayıcılar, internetin özüne zarar verecek uygulamalarda bulunmamışlardır. Bu sebeple ağ tarafsızlığına ilişkin düzenleme yapılması da gerekmemektedir. Ayrıca ağ tarafsızlığı kurallarının ilga edilmesi ile internet servis sağlayıcılar arasındaki rekabet artacak ve buna bağlı olarak tüm ülkede internete adil ve düşük maliyetli ulaşım garanti altına alınacaktır.⁶⁰ Nitekim internet servis sağlayıcıların ağ tarafsızlığı kurallarına ilişkin görüşleri de bu yöndedir. AT&T, Comcast ve Verizon şirketleri düzenlemelerin ilgasının şirketlerin ağlarına milyon dolarlık yatırımlar yapmasını sağlayacağını iddia etmektedirler. İnternet servis sağlayıcılara göre ağ tarafsızlığı düzenlemeleri kar elde etmelerini sağlayacak yeni işletme modellerini denemelerini engellemekte ve bunun sonucu olarak ağlarını geliştirecek yeni yatırımlar yapmaları da engellenmektedir.⁶¹

⁵⁸ Verizon v Federal Communications Commission, 740 F 3d 623 (DC Cir, 2014), United States Telecom Assoc. v. FCC, No. 15-1063 (D.C. Cir. 2016); Mina J. Hanna, **Net Neutrality: A Brief Overview of The Policy and The FCC’s Ruling To Upend It**, April 2018. S.80, (Çevrimiçi), <https://www.computer.org/csdl/mags/co/2018/04/mco2018040078.pdf>, 10.05.2019.

⁵⁹ Florian Schaub, “The Implications of the FCC’s Net Neutrality Repeal”, **Media and Communication**, 2018, 6:3, s.70, (Çevrimiçi), <http://dx.doi.org/10.17645/mac.v6i3.1560>, 10.05.2019.; FCC kuralların ilga edilmesinin sebebini, kurallar dolayısıyla Verizon ve Comcast gibi şirketlerin yeni işletme modelleri denemekten ve yeni teknolojilere yatırım yapmaktan çekinmeleri olarak açıklamıştır., Bkz.; Keith Collins, ‘Net Neutrality Has Officially Been Repealed. Here’s How That Could Affect You.’ **The New York Times**, 11.08.2018, (Çevrimiçi), <https://www.nytimes.com/2018/06/11/technology/net-neutrality-repeal.html>, 10.05.2019.

⁶⁰ A.y.

⁶¹ Aatif Sulleyman, ‘Net Neutrality Repeal: What Is It and Why Will It Make the Internet Much Worse?’, **The Independent**, 01.10.2018, (Çevrimiçi), <https://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/net-neutrality-what-is-it-repeal-latest-meaning-define-trump-internet-rules-why-explained-a8563616.html>, 10.05.2019.

Bununla birlikte ağ tarafsızlığı düzenlemelerinin deregülasyonunun uygulamadaki etkisinden de kısaca bahsetmek Pai ve diğer deregülasyon yanlılarının argümanlarını değerlendirmek açısından gereklidir. Servis sağlayıcıların ağ yönetimi pratiklerinin FCC denetimine tabi olmaması neticesinde gerçekleştirdiği pratikler eleştirilere hedef olmaya devam etmektedir.

Bunlardan ilki Verizon internet servis sağlayıcısının California yangını sırasında Santa Clara itfaiye departmanının internet (*broadband*) hızını yavaşlatmasıdır. Verizon şirketi sınırsız internet üyeliği olan Santa Clara itfaiye departmanının bağlantı hızını adil kullanım kotasının aşıldığı gerekçesiyle yavaşlatmış bunun sonucu olarak departmanda çalışan itfaiyecilerin birbirleri ile olan iletişimi olumsuz etkilenmiş ve yangın dolayısıyla sağlamaları gereken servis aksamıştır.⁶² Adil kullanım kotasının uygulanması kapsamında yukarıda açıklanan BERC'in ilkeleri önem arz etmektedir.⁶³ İlk olarak internet servis sağlayıcıların adil kullanım kotası kullanımında şeffaflık bulunmamakta bu durum kullanıcıların internet hızlarının yavaşlatılması bağlamında bilgi almasını engellemektedir. İkinci durum ise *zero rating* uygulaması açısından önem arz etmektedir. Nitekim BERC'in rehber yönetmeliği çerçevesinde adil kullanım kotasının dolması halinde *zero rating* ağ yönetimine dahil uygulama ve içeriklerin dışındaki uygulama ve içeriklere erişimin engellenmesi ya da erişimin yavaşlatılması ağ tarafsızlığı kurallarının ihlalini oluşturmaktadır.

İkinci durumda bahsedilen *zero rating* çerçevesinde internet hızının yavaşlatılması ise farazi bir durum değil uygulamada karşımıza çıkan bir durumdur. Yine ABD'deki uygulamalara dönülecek olursa AT&T internet servis sağlayıcısının kendi video servis sağlayıcısı olan DirectTV Now'ın kullanımı halinde adil kullanım kotasının etkilenmediği

⁶² Zachary Mack, 'Net Neutrality was repealed a year ago- What's Happened Since? Three things the FCC's done since net neutrality was repealed', **The Verge**, 09.07.2019, (Çevrimiçi), <https://www.theverge.com/2019/7/9/20687903/net-neutrality-was-repealed-a-year-ago-whats-happened-since>, 09.07.2019.; Matt Stevens, 'Verizon Throttled California Firefighters' Internet Speeds Amid Blaze (They were out of Data)', **The New York Times**, 22.08.2018, (Çevrimiçi), <https://www.nytimes.com/2018/08/22/us/verizon-throttling-california-fire-net-neutrality.html>, 02.07.2019.

⁶³ Adil kullanım kotası ve ağ tarafsızlığı arasındaki ilişkinin detaylı incelemesi için bkz: Robert Easley, Hong Guo, Jan Kramer, **From Network Neutrality to Data Neutrality: A Techno Economic Framework and Research Agenda**, 2017, (Çevrimiçi), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2666217, 10.06.2019.

ancak Netflix video servis sağlayıcının kullanılması halinde kotanın etkilendiği bilinmektedir.⁶⁴

Deregülasyon sonrası tartışma yaratmış bir diğer uygulama ise mobil internet servis sağlayıcıların, kullanıcılarının konum bilgilerini (precise geolocation) satmasıdır.⁶⁵ Yapılan araştırmalar T-Mobile, Sprint ve AT&T mobil internet servis sağlayıcılarının kullanıcılarının konum bilgilerini brokerlara sattığını, brokerların ise bu bilgileri kendi inisiyatifleri dahilinde 3. kişilere sattıklarını göstermektedir.⁶⁶ Bu çerçevede belirtmek gerekir ki söz konusu bilgileri satın alan brokerlarla iletişime geçen herhangi bir üçüncü kişinin istediği telefon numarasının konumunu öğrenmesi mümkündür.

Dolayısıyla ABD’de ağ tarafsızlığına ilişkin tartışmalar hali hazırda devam etmektedir. İnternet servis sağlayıcıların FCC denetimine tabi olmamasının sonucu olarak ortaya çıkan pratikler tartışma konusu olmakla birlikte henüz konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

B. Avrupa Birliği’nin Ağ Tarafsızlığı Düzenlemeleri

BEREC’in yayınladığı istatistiki verilere göre, Avrupalı internet kullanıcılarının en az %21’i, internet servis sağlayıcıların ağ üzerindeki kısıtlamalarına maruz kalmaktadır.⁶⁷

⁶⁴ Karl Bode, ‘How the new AT&T could bully its way to streaming domination- without net neutrality rules telecom-backed streaming services are free to fight dirty’, **The Verge**, 18.12.2018, (Çevrimiçi), <https://www.theverge.com/2018/12/18/18146186/att-time-warner-streaming-video-net-neutrality>, 05.05.2019; Karl Bode, ‘Google Stadia is about to show everyone why broadband usage caps are bullshit’, **Techdirt**, 13.07.2019, (Çevrimiçi), <https://www.techdirt.com/articles/20190612/07282442379/google-stadia-is-about-to-show-everyone-why-broadband-usage-caps-are-bullshit.shtml>, 13.07.2019.

⁶⁵ Zachary Mack, **a.g.m.**

⁶⁶ Joseph Cox, ‘I gave a Bounty Hunter 300\$. Then he located our phone’, **Vice**, 08.01.2019’, (Çevrimiçi), https://www.vice.com/en_us/article/nepxbz/i-gave-a-bounty-hunter-300-dollars-located-phone-microbilt-zumigo-tmobile, 07.06.2019; Sean Hollister, ‘Carriers Selling Your Location to Bounty Hunters: It was Worse Than We Thought’, **The Verge**, 06.02.2019, (Çevrimiçi), <https://www.theverge.com/2019/2/6/18214667/att-t-mobile-sprint-location-tracking-data-bounty-hunters>, 02.06.2019.

⁶⁷ BEREC, **A View of Traffic Management and Other Practices Resulting in Restrictions to the Open Internet in Europe Findings from BEREC’s and the European Commission’s joint investigation**, BoR (12) 30, 2012, s.21, (Çevrimiçi), https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/Traffic%20Management%20Investigation%20BEREC_2.pdf, 15.05.2018; Bu oran VoIP uygulamalarına ilişkin kısıtlamalar söz konusu olduğunda %44’e yükselmektedir. Bkz: Eimantas Tamonis, “Whether The State Is Liable For Ensuring The Net Neutrality Principle Under The Universal Declaration of Human Rights?”, Vytauto Didžiojo Universitetas Teisės FAKULTETAS, 2015, s.23, (Çevrimiçi), <https://vb.vdu.lt/object/elaba:11609878/11609878.pdf>, 19.05.2018.

Dolayısıyla ağ tarafsızlığına ilişkin tartışmalara AB çerçevesinde de önemini ve güncelliğini korumaktadır.

AB hukuku çerçevesinde telif hakkı nedeniyle yapılan müdahaleler ağ tarafsızlığının önemli bir sorun olarak görülmeye başlamasında etkili olmuştur. AB 2009 sonlarında şeffaflık ve internet açıklığına⁶⁸ ilişkin düzenlemeler içeren telekomünikasyon direktifini⁶⁹ hazırlamış ve üye devletlere 2011'e kadar ilgili kuralları iç hukuklarına uygulamaları için süre vermiştir. Direktif doğrultusunda internet servis sağlayıcılar, şeffaflık ilkesi gereği, kullanıcılarını servis trafiği ve ağ yönetimine ilişkin olarak bilgilendirmekle yükümlü kabul edilmişlerdir. Direktif aynı zamanda gerekli olmayan engelleme ve yavaşlatmayı yasaklamaktadır. Bu doğrultuda söz konusu AB direktifinin ağ tarafsızlığını düzenlemesinde “hafif” olduğu kabul edilmektedir.⁷⁰ Nitekim internet servis sağlayıcıların ağ trafiğinin yönetmesi başlı başına ağ tarafsızlığının ihlali olarak görülmemektedir. AB üyesi ülkelerin yerel düzenleyici otoritelerinin yaklaşımı da bu yönde olup muhtemel problemlere yaklaşımları olay bazlı şekillenmektedir.⁷¹

2011 yılında ise BEREC ağ tarafsızlığı ve şeffaflığa ilişkin yönetmeliğini yayınlamıştır. Bu çerçevede BEREC, şeffaflığı ağ tarafsızlığı çerçevesinde son kullanıcıların kendi ihtiyaçları doğrultusunda en kaliteli hizmeti seçebilmelerini sağlayan bir ön koşul olarak tanımlamıştır.⁷²

⁶⁸ Esasen açık internet kavramı ağ tarafsızlığı ile eş anlamlı olarak kullanılmakta olup bu çerçevede ağ yöneticilerin bütün uygulama, içerik, internet sitesi ve platformlara ayrımcılıkta bulunmadan erişim sağlaması kastedilmektedir., Bkz.: Simone A. Friedlander, ‘Net Neutrality and the FCC’s 2015 Open Internet Order’, **Berkeley Technology Law Journal**, 31:2, 2016, s.907, (Çevrimiçi), <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2128&context=btlj>, 10.05.2019.

⁶⁹ Directive 2009/140/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 amending Directives 2002/21/EC on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, 2002/19/EC on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities, and 2002/20/EC on the authorisation of electronic communications networks and services, OJEU, L337/37, 18.12.2009.

⁷⁰ Christopher T. Marsden, **Network Neutrality from Policy to Law to Regulation**, Manchester University Press, 2017, s.35, (Çevrimiçi), <http://oapen.org/view?docId=622853.xhtml#head-1-4>, 15.05.2018.

⁷¹ J. Scott Marcus, ‘Network Neutrality Rules in Europe: Comparison to Those in the U.S.’, **Colo. Tech. Law Journal**, 14:2, 2016, s.266.

⁷² BEREC, **Guidelines on transparency in the scope of net neutrality: best practices and recommended approaches**, s.3.

BEREC ve Avrupa Komisyonu'nun (AK) 2012'de yaptıkları araştırma, belirli uygulama ve servisleri engelleyen ya da yavaşlatan trafik yönetimi pratiklerinin Avrupa'daki birçok son kullanıcıyı etkilediğini ortaya çıkarmıştır. Bu doğrultuda internetin eşit ve ayrımcı olmayan şekilde yönetilmesi gerekli ve acil bir mesele haline gelmiş olup Avrupa Parlamentosu 2015'te ağ tarafsızlığı regülasyonunu onaylamıştır.⁷³ 2016 yılında ise BEREC yukarıda da bahsedilen “Avrupa Ağ Tarafsızlığı Kurallarının Yerel Makamlarca Uygulanmasına İlişkin Rehber Yönetmeliği”ni yayınlamıştır.⁷⁴

İlgili düzenlemenin amacı ilk maddede, internet trafiğinin eşit ve ayrımcı olmayan bir şekilde yönetilmesinin sağlanması için ortak kurallar tesis edilmesi olarak açıklanmaktadır. Bu doğrultuda son kullanıcıların hakları korunurken aynı zamanda internetin “*yenilik lokomotifi*” olma özelliğinin de korunması amaçlanmaktadır.

Düzenlemenin 3. maddesi son kullanıcıların haklarını, sözleşmesel koşulların limitlerini, internet servis sağlayıcıların trafik yönetimi pratiklerine ilişkin sınırlamaları, trafik yönetimine ilişkin hangi önlemlerin kişisel verilen işlenmesine sebebiyet verebileceğini ve içerik sağlayıcılar ile internet servis sağlayıcıların hangi koşullar altında özel servisler (*zero rating*) sunabileceğini düzenlemekte olup 4. maddesi şeffaflığa ilişkin kurallar içermektedir. Geri kalan maddeler ise kuralların denetimine ve uygulanmasına ilişkindir.

Düzenleme ağ tarafsızlığına ilişkin birçok unsur içermekle birlikte, tartışmasız şekilde ağ tarafsızlığının en önemli üç parçası olarak kabul edilen, engellememe, yavaşlatmama ve öncelik vermemeyi düzenlemeye dahil etmek yerine, sadece ilk iki parçayı düzenleme kapsamına almıştır.⁷⁵ Böylelikle öncelik verme AB ağ tarafsızlığı düzenlemesinin dışında bırakılmıştır.⁷⁶

Sonuç olarak, nasıl uygulanacağı açık olmayan ve yasal olarak boşluklar içeren AB düzenlemesi doktrinde yeterli olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bununla birlikte

⁷³ Bkz: yuk. s.4, 3 numaralı dipnot.

⁷⁴ Bkz.: yuk. s.17.

⁷⁵ Marsden, **Network Neutrality from Policy to Law to Regulation**, s.106.; BEREC, **Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules**, s.17.

⁷⁶ Marcus, **a.g.m.**, s.277.

BEREC'in 2016 tarihli yönetmeliğinin düzenlemenin anlam ifade edebilmesi açısından önemi göz ardı edilmemelidir.⁷⁷

C. Türkiye’de İnternet Özgürlüğü ve Ağ Tarafsızlığı

Ağ tarafsızlığına ilişkin tartışmalar, özellikle Avrupa ve ABD’de gerek ekonomik çerçevede gerekse de hukuk çerçevesinde uzun süredir devam etmektedir. Fakat buna rağmen Türkiye’de ağ tarafsızlığına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte BTK’nın Kasım 2011 tarihli “Şebeke Tarafsızlığı” raporu mevcuttur.⁷⁸ Raporda ağ tarafsızlığının tanımı, olası problemler, diğer ülkelerin yaklaşımı ve konuya ilişkin öneriler yer almakta olup raporun yazarları, erişimin engellenmesinin 5651 sayılı kanun uyarınca yalnızca Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB)⁷⁹ tarafından doğrudan veya mahkeme kararı doğrultusundan yine TİB tarafından yerine getirilebileceği, internet servis sağlayıcıların böyle bir hakkının olmadığı, münferit örneklerden yola çıkarak, soyut tartışmalar doğrultusunda düzenleme yapılmasının uygun olmadığı ve bu sebeplerle henüz düzenleme yapılmamasını önermektedirler.⁸⁰ Bu çerçevede BTK’nın konuya ilişkin yaklaşımı aşağıda ele alınacaktır.

Ağ tarafsızlığı ile temel hak ve özgürlükler arasındaki ilişki göz önünde bulundurulduğunda, Türkiye’de internet özgürlüğü ile doğrudan ilişkili olan 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen

⁷⁷ Marsden, **Network Neutrality From Policy to Law to Regulation**, s.131; Martin Cave, Ingo Vogelsang, “Net Neutrality: an E.U./U.S. Comparison”, **Competition Policy International**, Vol.11, No.1, 2015, s.5; Robert O’Donoghue, Tom Pascoe, **Net Neutrality In The Eu: Unresolved Issues Under The New Regulation**, March, 2016, (Çevrimiçi), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2741173, 09.05.2018; Ben Scott, Stefan Heumann, Jan-Peter Kleinhans, “Landmark EU and US Net Neutrality Decisions: How Might Pending Decisions Impact Internet Fragmentation?”, **Global Comissionion on Internet Governance Paper Series**, No.18, July, 2015, s.6, (Çevrimiçi), <https://www.cigionline.org/publications/landmark-eu-and-us-net-neutrality-decisions-how-might-pending-decisions-impact>, 15.05.2018.

⁷⁸ Müberra Güngör, Yavuz Göktaylar, Yunus Ş. Kibar, A. Deniz Çaycı, Nurdan Aslan, **a.g.e.**

⁷⁹ Belirtmek gerekir ki TİB 671 sayılı KHK ile kapatılarak yetkileri BTK’ya devredilmiştir, Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, KHK/671, Resmi Gazete yayın tarihi 17.08.2016, Sayı 29804, MADDE 22- 5651 sayılı Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir. “EK MADDE 3- (1) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı kapatılmıştır. (2) Diğer mevzuatta Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına yapılan atıflar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna, Telekomünikasyon İletişim Başkanına yapılan atıflar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanına yapılmış sayılır.”

⁸⁰ A.e., s.50-52.

Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'dan bu kapsamda bahsetmek gerekir. Kanun'un amacında da belirtildiği üzere, yasayla esasen içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları düzenlenmektedir.

Yasa uygulaması çerçevesinde AİHM önündeki başvurular göz önünde bulundurulduğunda, uygulamanın temel hak ve özgürlükler açısından problemli olduğu düşünülebilir. Nitekim Ahmet Yıldırım başvurusunda TİB'in erişimin engellenmesi kararı, madde 10 çerçevesinde problemli bulunmuştur.⁸¹ Youtube'a erişimin engellenmesine ilişkin Cengiz ve diğerleri başvurusunda ise Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunu ihlal eden videolar nedeniyle Youtube içerik sağlayıcısına erişim tamamen engellenmiştir. AİHM söz konusu müdahalenin yasallık çerçevesinde öngörülemez olması sebebiyle yine Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁸²

5651 sayılı kanun uygulamasının yol açtığı ihlaller yalnızca AİHM önünde başvuru konusu olmamıştır, Anayasa Mahkemesi'ne de konuya ilişkin başvurularda bulunulmuştur.

Bu başvurulardan ilki Twitter kararı olarak da bilinen Yaman Akdeniz ve diğerleri başvurusudur. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın twitter.com adlı internet sitesini engellemesi üzerine yapılan başvuruda, AYM ifade özgürlüğünün demokratik toplumdaki önemi ve ifade özgürlüğünün düşünce ve kanaati açıklama ve yayma özgürlüğünü de kapsadığından bahsederek hukuki dayanağı bulunmayan ilgili TİB işlemi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸³

Benzer konudaki bir diğer başvuru ise TİB'in youtube.com isimli internet sitesine erişimi engellemesine ilişkindir. AYM Twitter başvurusu gibi bu başvuruda da ifade

⁸¹ Ahmet Yıldırım v. Turkey, App. No. 3111/10, Judgment of 18 December 2012.

⁸² Cengiz and Others v. Turkey, App. No. 48226/10 14027/11, Judgment of 01 December 2015.

⁸³ Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, No. 2014/3986, Karar Tarihi: 2/4/2014.

özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine karar vermiş olup TİB işlemini hukuki açıdan öngörülemez bulmuştur.⁸⁴

Yakın tarihli bir diğer karar olan Kemal Gözler başvurusunda, başvurunun internet ortamında yayınladığı “Örnekleriyle Usulsüz Alıntı Sorunu” kitabına 9. madde gerekçesiyle erişim engellenmiştir. Kitapta usulsüz alıntı yaptığı iddia edilen akademisyenlerden birinin başvurusu neticesinde Ankara 21. Sulh Ceza Mahkemesi, söz konusu usulsüz alıntıları tespit eden bir mahkeme veya kurum olmadığı gerekçesiyle kitabın ilgili bölümüne erişimi engellemiştir. AYM ilgili erişimin engellenmesi kararının süresiz verilmiş olması ve Sulh Ceza Mahkemesi’nin gerekçesinin yeterli olmaması nedenleriyle başvurunun ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁵

5651 sayılı kanun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana TİB’in ve mahkemelerin keyfi uygulamaları nedeniyle temel hak ve özgürlükler açısından problemli bir alan oluşturmuş⁸⁶, kanun yükümlülükleri düzenlerken internet kullanıcılarının haklarını korumada yetersiz kalmıştır.⁸⁷ Ancak gerek AİHM’in gerekse de AYM’nin ifade özgürlüğünün ihlali yönündeki kararlarına rağmen ilgili kanunun uygulaması halen problemli bir alan oluşturmaktadır.

Nitekim wikipedia.com adlı internet sitesine erişim 2018 yılı itibariyle BTK’nın idari tedbir kararı sebebiyle mümkün değildir. Söz konusu sitenin erişime engellenmesi sebebi ise “Suriye İç Savaşı’na Müdahale” ve “Devlet Destekli Terörizm” içeriklerinde Türkiye’ye ayrılan bölümler olarak açıklanmıştır.⁸⁸ Wikipedia yetkililerinin Ankara 1. Sulh Ceza Hakimliği’ne yaptığı başvuru reddedilmiş olup AYM’ye yapılan başvuru ise

⁸⁴ Youtube Ilc Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu, No.2014/4705, Karar Tarihi: 29/5/2014.

⁸⁵ Kemal Gözler Başvurusu, No. 2014/5232, Karar Tarihi: 19/4/2018, AYM’nin benzer gerekçeli ihlal kararları için bkz: Miyase İlknur ve Diğerleri Başvurusu, No. 2015/15242, Karar Tarihi: 18/7/2018; Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. Başvurusu, No. 2015/6313, Karar Tarihi: 13/9/2018.

⁸⁶ Yaman Akdeniz, Kerem Altıparmak, **İnternet: Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır, Türkiye’de İnternet İçerik Düzenlemesi ve Sansüre İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme**, Kasım 2008, s.50-55, (Çevrimiçi), http://www.cyber-rights.org/reports/internet_yasak_siyah.pdf, 15.05.2018.

⁸⁷ Duygu Hatipoğlu Aydın, Çağdaş Ceyhan, Mustafa Berkay Aydın, “İfade Özgürlüğü Açısından Ağ Tarafsızlığı Kavramı ve Türkiye’deki Hukuki Düzenlemeler ve Pratik Uygulamaları”, **Mülkiye Dergisi**, 37 (3), 2013, s.51.

⁸⁸ Yavuz Selim Karakaya, “İfade Özgürlüğünün En Yeni İhlali: Wikipedia’ya Erişim Engeli”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:9 Sayı:2 Yıl 2018, s.116-117.

henüz karara bağlanmamıştır. Yukarıda kısaca değinilen Ahmet yıldırım ve Cengiz ve diğerleri AİHM kararları göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu iki makale dolayısıyla tüm siteye erişimin engellenmesinin orantısız olduğu malumdur. Ancak söz konusu kararlar BTK'nın ifade özgürlüğünü ihlal etmesini engellemede yeterli olamamıştır.

Bununla birlikte BTK'nın 2012 tarihli TNet kararı doğrudan ağ tarafsızlığına ilişkindir. TNet AŞ üç ayrı tarihte, herhangi bir erişimin engellenmesi kararı bulunmamasına rağmen, youtube.com, izlesene.com, fileserve.com, rapidshare.com, vimeo.com, akormerkezi.com ve tahribat.com internet sitelerine erişimi engellemiştir. BTK yapılan inceleme neticesinde TNet AŞ'nin, *“İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin; “Erişimin engellenmesi usulü” başlıklı 16 ncı maddesinin dördüncü fıkrasına, Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Erişim Sağlayıcılara ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 15 inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine ve Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinin 19 uncu maddesinin birinci fıkrasının (s) ve (u) bentlerine”* aykırı davrandığını tespit etmiş olup mevzuata aykırı davranan internet servis sağlayıcının ihlalin gerçekleştiği yıldan bir önceki yıl olan 2010 yılı net satış tutarının %0,01'i oranında idari para cezası uygulanması hususuna karar vermiştir.⁸⁹

Söz konusu karar BTK'nın ağ tarafsızlığına ilişkin verdiği ilk karar olmakla birlikte Türkiye'de ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemelerin bulunmaması özellikle ifade özgürlüğü hakkı açısından problemlere yol açmaktadır. Nitekim çeşitli toplumsal olaylar sonrasında özellikle sosyal medya sitelerine erişimin yavaşlatıldığı bilinen bir gerçektir.⁹⁰ Söz konusu yavaşlatmalar internet servis sağlayıcılar tarafından herhangi bir erişimin

⁸⁹ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararı, TNet AŞ Hakkında Yapılan Soruşturma, Karar No. 2012/DK-59/19, Karar Tarihi: 18.01.2012.

⁹⁰ <https://turkeyblocks.org/press/>; <https://magazine.journalismfestival.com/how-throttling-internet-has-become-a-way-of-censorship-in-turkey/>, <https://apnews.com/c37a7dd383d44412baf37558095c1569>, <https://www.telegraph.co.uk/technology/2016/12/20/turkey-blocks-access-facebook-twitter-whatsapp-following-ambassadors/>, <https://www.dha.com.tr/haber-arsiv/turkey-blocks-turkiyeden-twitter-whatsapp-facebook-ve-youtubea-erisim-engelleniyor/haber-1370759>, <https://www.yahoo.com/news/turkey-blocks-facebook-twitter-whatsapp-101103503.html>, (Çevrimiçi), 17.05.2018.

engellenmesi kararı olmadan uygulanmakta olup yavaşlatmanın yasal dayanağı olarak 5651 sayılı kanunun 8/A maddesi⁹¹ gösterilmektedir.⁹² İlgili madde, mahkeme kararı olmaksızın erişimin engellenebilmesini mümkün kılması dolayısıyla tek başına ifade özgürlüğü hakkı kapsamında sorun teşkil etmekle birlikte, yavaşlatmanın erişimin engellenmesi ile aynı mahiyette olmadığı da açıktır. Üstelik servis sağlayıcıların hangi yavaşlatmalarının 8/A kapsamında yapılan bildirim neticesinde yapıldığı hususunda da şeffaflık bulunmamaktadır.

Bununla birlikte 671 sayılı KHK ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesine eklenen 10. fıkra⁹³, KHK'nın Resmi Gazete'de yayınlandığı tarih olan 17.08.2016 tarihinden sonraki erişimin yavaşlatılması kararlarının yasal dayanağını oluşturmaktadır. İlgili düzenlemeye göre Cumhurbaşkanlığı'nın gerekli gördüğü tedbirler derhal ve kararın bildiriminden itibaren en geç iki saat içerisinde yerine getirilmelidir.

⁹¹ MADDE 8/A- (Ek: 27/3/2015-6639/29 md.)

(1) Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhurbaşkanlığı veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkan tarafından internet ortamında yer alan yayınlara ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Karar, Başkan tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir.

(2) Cumhurbaşkanlığı veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkan tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, Başkan tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, karar kendiliğinden kalkar.

(3) Bu madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir.

⁹² 'Saldırıların Ardından Sosyal Medya Erişimi, İnternet Servis Sağlayıcıları Tarafından Yavaşlatılıyor', **T24**, 21.03.2016, (Çevrimiçi), <https://t24.com.tr/haber/sosyal-medyada-crisim-engeli-throttling-islemiyle-gerceklestiriliyor.332992>, 17.05.2019.

⁹³ (Ek: 15/8/2016-KHK-671/25 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/22 md.) Anayasanın 22 nci maddesinde sayılan sebeplerden biri veya birkaçına bağlı olarak, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhurbaşkanlığı, alınması gereken tedbirleri belirler ve uygulanmak üzere Kuruma bildirir. Kurum Başkanı, Cumhurbaşkanlığının gerekli gördüğü tedbirlere ilişkin kararını derhal işletmecilere, erişim sağlayıcılara, veri merkezlerine ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirir. Bu kararın gereği, derhal ve kararın bildirilmesi anından itibaren en geç iki saat içinde yerine getirilir. Bu karar, yirmidört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim kararını kırksekiz saat içinde açıklar, aksi halde karar kendiliğinden kalkar.

Cumhurbaşkanlığı'nın gerekli gördüğü tedbirler ise Anayasa'nın haberleşme hürriyeti başlıklı 22'nci maddesinde⁹⁴ sayılan sebeplerden birine dayanmalıdır.

671 sayılı KHK ile 5809 sayılı Kanun'a eklenen fıkranın ardından gerçekleştirilen erişimin yavaşlatılması ile ilgili olarak BTK *"GSM operatörlerinden erişim yasağı veya internet yavaşlamasıyla ilgili herhangi bir açıklama gelmedi. Sosyal medya sitelerinde oluşan yavaşlığın sebebi hatların yoğunluğu veya teknik bir arıza olarak tahmin ediliyor"*⁹⁵ açıklamasında bulunmuşsa da 4 Kasım 2016 tarihinde twitter.com, youtube.com, facebook.com internet siteleri ile WhatsApp uygulamasına erişimin yavaş olması ile ilgili dönemin Başbakanı Binali Yıldırım "Güvenlik açısından zaman zaman bu tip tedbirlere başvurulabilir, bunlar geçici tedbirlerdir. Tehlike bertaraf edildikten sonra her şey normale dönecektir" ifadesinde bulunmuştur.⁹⁶ Sonuç olarak BTK'nın ve dönem başbakanının birbirleri ile çelişen ifadeleri de göz önünde bulundurulduğunda erişimin yavaşlatılması uygulamasının en azından şeffaflıktan uzak olduğu kendini göstermektedir.

Ağ tarafsızlığına ilişkin problemler yalnızca ifade özgürlüğü hakkının kullanımı ile de sınırlı değildir. İnternet ortamında da özel yaşamın gizliliğin korunması özellikle de kişisel verilerin korunması açısından en problemli uygulamalardan olan DPI yönteminin Türkiye'de de kullanıldığı bilinmektedir.⁹⁷ Üstelik Alternatif Bilişim Derneği'nin 2012

⁹⁴ Haberleşme hürriyeti

MADDE 22- (Değişik: 3/10/2001-4709/7 md.) Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.

⁹⁵ 'Binali Yıldırım Sorun İnternette Diyen BTK'yı Yalanladı', **Cumhuriyet**, 4.11.2016, (Çevrimiçi), http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/625828/Binali_Yildirim_Sorun_internette_diyen_BTK_yi_yalanladi.html, 08.07.2018.

⁹⁶ CHP Bilgi ve İletişim Teknolojilerinden Sorumlu Genel Başkan Yardımcılığı, **İnternet Çağında İnternete Erişim Sorunu: Türkiye'nin Sansürle İmtihani**, Nisan 2018, s.16, (Çevrimiçi), <http://cdn.chp.org.tr/cms/0/Other/NewFolder/trkysnsrimtih.pdf>, 17.05.2018.

⁹⁷ BTK'nın konuya ilişkin kararı da mevcuttur. Bkz.: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararı, Karar Tarihi: 24.04.2013, Karar No: 2013/DK-SDD/228, (Çevrimiçi), <https://www.btk.gov.tr/uploads/boarddecisions/ttnet-gezinti-hizmeti-sorusturmasi.pdf>, 07.02.2019. Konuya ilişkin detaylı açıklama çalışmanın ilgili bölümünde yapılacaktır.

tarıhli raporuna göre DPI tekniği bizzat BTK tarafından da kullanılmaktadır.⁹⁸ Görüldüğü üzere internet özgürlükleri Türkiye uygulaması bakımından oldukça problemlı bir alan oluşturmaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü hakkı ile özel yaşamın gizliliğine saygı hakkının, internet üzerinde, ne ölçüde etkin bir şekilde korunduğu da tartışmaldır.



⁹⁸ "...Türkiye'de iletişim ve ifade özgürlüğü ihlallerinin giderek arttığı aşıkardır. İnternet gözetiminde kullanılan Derinlemesine Veri Analizi teknolojisinin kullanımına dair BTK'ya dönük Bilgi Edinme başvurumuzda sorduğumuz sorular, "bilgi edinme sınırlarını" aştığı gerekçesiyle cevapsız bırakıldığı için, medyada çıkan haberlerden bu durumu anlamaya çalışıyoruz. TİB ve BTK'nın birkaç yıldır UNİM (Ulusal Network İzleme Merkezi) adlı bir proje yürüttüğü ve C2Tech adlı bir firmaya DPI ürettirdiği ortaya çıktı." Alternatif Bilişim Derneği, **TÜRKİYE'DE İNTERNET'İN DURUMU: 16 Nisan 2012 itibari ile fotoğrafı**, (Çevrimiçi), https://www.tbmm.gov.tr/arastirma_komisyonlari/bilisim_internet/docs/sunumlar/alternatif_bilisim_internet_raporu.pdf, 09.03.2019.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AĞ TARAFSIZLIĞI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI

I. GENEL OLARAK İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI

Ağ tarafsızlığına ilişkin problemler temel hak ve özgürlükler açısından ele alındığında akla ilk gelen hak ifade özgürlüğü hakkı olmaktadır. İnternetin sosyal ve politik yaşamda geldiği önemli konum göz önünde bulundurulduğunda, ağ tarafsızlığının ifade özgürlüğü açısından önemi kendini açıkça göstermektedir. Bununla beraber, ağ tarafsızlığı kapsamındaki taleplerin AİHS'in 10. maddesi kapsamında korunup korunamayacağının ortaya konulabilmesi için öncelikle 10. madde kapsamında nelerin yer aldığı, ifade özgürlüğü hakkının hangi koşullar altında sınırlandırılabilceği ve devletlerin yükümlülükleri üzerinde durulmalıdır.

Sözleşme'nin 10. maddesi¹ ile düzenlenen ifade özgürlüğü hakkı esasen birden fazla ögeyi ifade özgürlüğü olarak tanımlamaktadır. Ancak 10. maddenin teknik incelemesine başlamadan önce ifade özgürlüğü hakkının AİHS sistemi açısından önemi üzerinde durmakta yarar vardır. AİHM kararlarında, defaatle sözleşmenin konu ve amacını insan haklarının korunması ile demokratik toplumun değer ve ideallerinin korunması ve geliştirmesi olarak belirlemiş, demokrasiden ise çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin anlaşılması gerektiğini belirtmiştir.²

¹ Madde 10- İfade Özgürlüğü

1. Her kişi ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamları tarafından müdahale olmaksızın ve ulusal sınırlar dikkate alınmaksızın, görüş/ (kanaat) sahibi olma ve bilgi/ (haber) ve düşünceleri edinme ve yayma özgürlüğünü içerecektir. Bu madde, Devletlerin, radyo televizyon ya da sinema işletmelerini izin/ (ruhsat) alma koşuluna bağlamasını engellemeyecektir.

2. Bu özgürlüklerin kullanımı, beraberinde ödevleri ve sorumlulukları getirdiğinde, ulusal güvenlik, ülke/ (toprak) bütünlüğü ya da kamu emniyeti yararı için, düzensizliğin ya da suçun/ (suç işlenmesinin) önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması, başkalarının şöhret ya da haklarının korunması, mahrem kaydıyla edinilen bilginin açığa çıkmasının önlenmesi, yahut yargı organlarının yetke/ (otorite) ve tarafsızlığının korunması/ (muhafaza edilip sürdürülmesi) için, yasa tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan türdeki formalitelere, koşullara, kayıtlamalara ya da cezalara tabi tutulabilir., Çeviri; Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri**, 1. Cilt, İstanbul, Legal, 2011, s.12.

² Harris, O'Boyle, Warbrick, **Law of the European Convention on Human Rights**, 3. Bası, Oxford, Oxford University Press, 2014, s.7-8.

Belirtmek gerekir ki AİHM içtihatları kapsamında ifade özgürlüğü, Sözleşmenin amacı açısından büyük bir öneme sahiptir. Nitekim Mahkeme'ye göre demokratik toplum ile Sözleşmedeki diğer haklar arasında doğrudan ve ayrılmaz bir ilişki mevcuttur ve çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin hakim olmadığı bir rejimde demokrasiden söz etmek de mümkün değildir.³

Sözleşme'nin 10. maddesinin ilk fıkrası ifade özgürlüğünün üç ögesini düzenlemekte olup bunlar kanaat özgürlüğü, haber ve görüş alma ve haber ve görüş verme hakkıdır. Bununla birlikte ifade farklı biçimlerde ortaya çıkmaktadır. Politik, sanatsal, akademik ve ticari ifadeler, ifade özgürlüğü çerçevesinde korunmaktadır. Bu çerçevede bilgiye ulaşma hakkı da haber ve görüş alma çerçevesinde 10. maddenin korumasından yararlanmaktadır.⁴

Ağ tarafsızlığına ilişkin meselelerin bütün internet kullanıcılarını ve içerik sağlayıcılarını etkilediği düşünüldüğünde, ağ tarafsızlığının koruma altına alınmadığı hallerde bütün ifade türlerinin zarar görme potansiyeli mevcuttur. Nitekim internetin ifade özgürlüğü hakkı üzerindeki önemli etkisi kişilerin bilgiye ulaşma, bilgiyi arama ve bilgiyi yayma kabiliyetlerini önemli ölçüde arttırmış olmasıdır. İnternet içeriklerin müşterek bir şekilde yaratılmasını ve paylaşılmasını mümkün kılmakta olup üstelik dünyanın herhangi bir yerindeki kişinin içerik yaratıcı veya iletilici olmasını mümkün kılmaktadır.

Esasen internetin bu özelliği, ifade özgürlüğünün daha da demokratikleşmesini sağlamış, bu çerçevede artık profesyonel gazetecilere veya diğer sözcülere kamu adına konuşup kamunun fikirlerini ifade etmek hususlarında bel bağlanmasına gerek kalmamıştır.⁵ Dolayısıyla gelişen internet teknolojisi interaktif etkileşimi beslemiş, sıradan insanların medyayı aşarak kitlesel medyada yer alan haberleri kendilerine mal ederek dönüştürmelerini sağlamıştır.⁶

³ Handyside v. The United Kingdom, App. No.5493/72, Judgment of 07 December 1976, para.49.

⁴ Dominika Bychawska-Siniarska, **Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention On Human Rights: A Handbook For Legal Practitioners**, Council of Europe, July 2017, s.15, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/handbook-freedom-of-expression-eng/1680732814>, 25.05.2019.

⁵ Andrew Puddephatt, **Freedom of Expression and the Internet**, UNESCO, 2016, s.19, (Çevrimiçi), <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000246670>, 19.05.2019.

⁶ Jack M. Balkin, "How Rights Change: Freedom of Speech in the Digital Era", **Sydney Law Review**, Vol.26:5, 2004, s.5.

Üstelik son kullanıcılar açısından internet, her çeşit ve kaliteden bilgiye her zaman ulaşılması mümkün bir kaynak sunmaktadır. Bu kapsamda internetin politik katılımı, eğitimde, ticaretle, istihdamda ve kişisel aktivitelerde büyük bir hızla tercih edilen bir platform haline dönüştüğü de bir gerçektir.⁷ İnternetin bireylerin hayatındaki bu büyük ve önemli yeri göz önünde bulundurulduğunda, kullanıcılarının insan haklarını destekleyen bir yapısı olduğu da kabul görmektedir.⁸

Örneğin Avrupa Konseyi üyelerine, gerekli tüm önlemleri alarak, internetin kamu hizmeti değerini korumalarını tavsiye etmiştir.⁹ İnternetin önemi özellikle ifade özgürlüğü, bilgiye ulaşma hakkı ve politik katılım ile ortaya çıkmakla birlikte, Avrupa Parlamentosu internete ulaşma hakkının eğitime erişme hakkıyla da bağlantılı olduğunu kabul etmiştir.¹⁰

İnternetin temel hak ve özgürlüklerle olan bu sıkı ilişkisi, internete ulaşma hakkının da insan hakkı olarak tanınması gerektiği tartışmalarını da beraberinde getirmiştir.¹¹ Özellikle BM düzleminde devam eden bu tartışmalar AK düzleminde de kendine yer bulmuş olup Mahkeme konuya ilişkin başvurularda internet ve insan hakları arasındaki ilişkinin önemini sıklıkla vurgulamıştır.

Bu bağlamda Ahmet Yıldırım başvurusu ifade özgürlüğü ve internet arasındaki ilişki açısından önem taşımaktadır. Başvurucu Google Sites yer sağlayıcısı üzerinden kendi akademik çalışmalarını ve görüşlerini paylaştığı bir internet sitesine sahiptir. Denizli Sulh Ceza Mahkemesi, aynı yer sağlayıcı kapsamında faaliyet gösteren bir başka internet sitesinin, Atatürk'ün manevi hatırasına hakaret içerikli ifadeleri içerdiği gerekçesiyle Google Sites yer sağlayıcısına erişimin tamamen engellenmesi kararı vermiştir.¹² Başvurucunun erişimin engellenmesi kararının kaldırılmasına ilişkin çabaları iç hukukta sonuç vermemiştir.

⁷ Stephen Tully, "A Human Right to Access the Internet? Problems and Prospects", **Human Rights Law Review**, 2014, 14, Oxford University Press, s.176.

⁸ **A.e.**, s.177.

⁹ Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the public service value of the Internet.

¹⁰ Tully, **a.g.m.**, s.184.

¹¹ **A.y.**

¹² Ahmet Yıldırım v. Turkey, App. No. 3111/10, Judgment of 18 December 2012, paras.6-10.

Mahkeme'ye göre madde 10 yalnızca ifadenin içeriğini korumamakta aynı zamanda ifadenin yayılma şeklini de koruma altına almaktadır.¹³ Bu çerçevede ilgili engellenmenin yasal temeli ne olursa olsun, söz konusu müdahale internetin erişilebilirliğine etki etmekte ve dolayısıyla Sözleşmeci devletin madde 10 kapsamında sorumluluğunu doğurmaktadır.¹⁴

Özellikle günümüzde, internetin, bireylerin ifade özgürlüklerini ifa etmelerinde başat araç haline gelmiş olması ve politik meseleler ile kamuyu ilgilendiren meselelerde tartışmalara katılmadaki önemi de ilgili başvuru çerçevesinde değerlendirilmelidir.¹⁵ Dolayısıyla ilgili erişimin engellenmesi kararının madde 10 kapsamında ihlale sebebiyet vermemesi için hakka yapılan müdahalenin hukuki olması, maddenin 2. fıkrasında sayılan meşru amaçlardan birine sahip olması ve nihayet demokratik bir toplumda gerekli olması gerekmektedir.¹⁶

Müdahalenin hukukiliğinden ise iç hukukta temelinin olması anlaşılmaktadır. Ancak hukukilik kriteri aynı zamanda iç hukuktaki bu temelin kalitesine de ilişkindir. Bu çerçevede söz konusu düzenleme ulaşılabilir ve sonuçları bakımından öngörülebilir olmalı ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmalıdır.¹⁷

Engelleme kararının iç hukuktaki dayanağı 5651 sayılı Kanun'un 8/1 maddesidir.¹⁸ Ancak bununla birlikte gerek başvuruçunun kendi sitesi gerekse de yer sağlayıcı olan Google Sites ilgili düzenleme kapsamında adli kovuşturmayla konu olmamıştır.¹⁹ Bu çerçevede 5651 sayılı Kanun kapsamında idari bir makam olan TİB'in geniş yetkilere sahip olduğuna da dikkat çekmek gerekmektedir. Söz konusu yetkilere göre, herhangi bir

¹³ para.50.

¹⁴ para.53.

¹⁵ para.54.

¹⁶ para.56.

¹⁷ para.57.

¹⁸ MADDE 8- (1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir: a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan; 1) İntihara yönlendirme (madde 84), 2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra), 3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190), 4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194), 5) Müstehcenlik (madde 226), 6) Fuhuş (madde 227), 7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228), suçları.

¹⁹ para.62.

kovuşturmayla konu olmamış olsalar dahi, TİB alan adları ve internet siteleri hakkında engellenmenin kapsamının genişletilmesini talep etme yetkisini haizdir.²⁰

AİHM'e göre bu tarz a priori düzenlemeler kategorik olarak madde 10'un ihlalini sonuçlamamaktadır. Fakat a priori engellemelerin söz konusu olduğu hallerde, yasakların kapsamını sıkı bir değerlendirmeye tabi tutacak ve yetkilerin kötüye kullanılmasını engelleyecek etkili bir yargı kontrolü sağlayacak bir yasal çerçevenin varlığı gerekmektedir.²¹

Somut olay bakımından ise Denizli Sulh Ceza Mahkemesi, ilgili internet sitesinin engellenmesi için daha hafif nitelikli bir yöntemin olup olmadığını araştırmaksızın, TİB'in talebi doğrultusunda Google Sites isimli yer sağlayıcıya erişimin tamamen engellenmesine karar vermiştir.²² Üstelik başvuru ilgili engelleme kararına karşı itirazda bulunmuşsa da itirazı inceleyen hakimler söz konusu çıkarları dengelemeye çalışmamışlardır.

Bu çerçevede, 5651 sayılı Kanun'un somut başvuru konusu engelleme kararına uygulanması değerlendirildiğinde, AİHM'e göre 5651 sayılı Kanun, AİHS'in sınırlama rejimi kapsamında öngörülebilirlik şartını sağlamamaktadır ve başvurucuya demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü gereği hakkı olan hukuki korumayı sağlamamaktadır. Söz konusu yaptırımın, Google Sites'da yer alan bütün sitelere erişimi engellediği göz önünde bulundurulduğunda, keyfi sonuçları haiz olduğu da ortadadır. Nitekim başvuru kişinin 5651 sayılı Kanun çerçevesinde kendisinin de sitesinin bulunduğu Google Sites yer sağlayıcısının tamamına erişimin engellenmesini öngörmesi mümkün değildir.

Üstelik internet sitelerinin engellenmesi kararlarına ilişkin yargı kontrolü prosedürü de yetkilerin kötüye kullanılmasını engelleyecek yeterlilikte değildir. Açıklandığı üzere iç hukuktaki yargı makamları engelleme kararı ile korunmak istenen değer ile Google Sites'in tamamına erişimin engellenmesi halinde ifade özgürlüğü hakları zarar görecektir olan internet kullanıcılarının çıkarları arasında değerlendirme yapmamış, adil denge

²⁰ para.63.

²¹ para.64.

²² A.y.

incelemesinde bulunmamışlardır. Dolayısıyla başvuru konusu müdahale, müdahalenin hukukiliği şartını sağlamamakta olup Sözleşme'nin 10. Maddesini ihlal etmektedir.²³

Bununla birlikte Akdeniz başvurusunda Mahkeme'nin incelemesi farklılık göstermiştir.²⁴ Başvuru konusu olayda myspace.com ve last.fm isimli internet sitelerine erişim telif haklarını ihlal etmeleri sebebiyle engellenmiştir. İlgili internet siteleri veya internet servis sağlayıcıların erişimin engellenmesi yönünde talepleri bulunmamakla birlikte başvuru Yaman Akdeniz'in erişimin engellenmesi kararının kaldırılmasına yönelik çabaları iç hukukta sonuç vermemiştir. Başvurucu, engellenen sitelerin kullanıcısı olarak, engellenmenin tali etkisi çerçevesinde ihlal iddiasında bulunmuştur.²⁵ Mahkeme'ye göre başvuru engellenen internet siteleri vasıtasıyla yayılan bilginin kendisi için spesifik olarak önemli olduğunu veya engelleme kararının kendisini önemli bir bilgi kaynağından mahrum bıraktığını da iddia etmemiştir. Dolayısıyla başvuru konusunun söz konusu sitelere ulaşamaması kamuyu ilgilendiren tartışmalara taraf olmasını da etkilememektedir.²⁶ Bu yönüyle başvuru Ahmet Yıldırım başvurusundan farklılık göstermektedir ve başvuru mağdur statüsünü haiz olmaması sebebiyle kabul edilemez bulunmuştur.

Ancak Mahkeme'nin bu yaklaşımı Youtube'un engellenmesi ve bunun tali sonuçları açısından değişiklik göstermiştir. Nitekim Mahkeme Youtube'a erişimin engellenmesine ilişkin Cengiz ve diğerleri başvurusunda internetin önemini vurgulamıştır.

Somut başvuruda, başvuru sahipleri erişimin engellenmesi kararının kaldırılması için iç hukuk yollarını denemişlerse de bu çabalarından sonuç alamayarak AİHM'e başvuruda bulunmuşlardır.

Mahkeme'ye göre ifade özgürlüğü yalnızca bilgiye ulaşma hakkını kapsamamakta aynı zamanda bilginin yayılma şeklini de korumaktadır. Üstelik günümüzde internet bireylerin bilgi ve fikir alma ve bunları yayma hakkını kullandıkları başat platform haline

²³ paras.65-70.

²⁴ Akdeniz v. Turkey, app. no. 20877/10, inadmissibility decision of 11 March 2014.

²⁵ Council of Europe/European Court of Human Rights, **Information Note on the Court's case-law No. 173**, 2014.

²⁶ A.e.

gelmiş olup kamuyu ilgilendiren ve politik tartışmalara katılım için temel araçları sağlamaktadır. Bunula birlikte ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasında, internet sitelerinin, ulaşılabilirlikleri ve bilgiyi iletme ve toplama hususundaki kapasitelerinin büyüklükleri de göz önünde bulundurulduğunda internet, kamunun haberlere ulaşmasında ve bilgiyi yaymasında genel olarak önemli bir rol oynamaktadır.²⁷ Dolayısıyla başvuru Youtuberların Youtube internet sitesinin engellenmesinden etkilenmektedirler ve mağdur statüsünü haizdirler.²⁸

Mahkeme ifade özgürlüğü hakkına müdahalenin varlığını tespit ettikten sonra söz konusu müdahalenin AİHS sınırlama rejimine uygun olup olmadığını incelemiştir. Somut başvuru konusu bakımından Youtube internet sitesine erişimin engellenmesi kararı 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesine dayanmakla birlikte ilgili maddenin Youtube internet sitesine erişimin tamamen engellenmesinin yasal dayanağı olması mümkün değildir.²⁹

Her ne kadar hükümet açıklamalarından Türkiye otoritelerinin yabancı internet sitelerine URL bazlı engelleme yapılmasını sağlayacak teknolojiye sahip olmadığı anlaşılsa da ilgili otoritelerin internet sitesine erişimin tamamen engellenmesinin kullanıcılar üzerinde yaratacağı kümülatif etkiyi göz önünde bulundurmaları gerekmektedir.³⁰ Sonuç olarak AİHM, 5651 sayılı Kanun'un Youtube internet sitesine erişimin engellenmesi kararı açısından hukukilik şartını yerine getirmediğine karar vererek Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Bu noktada AİHM'in ifade özgürlüğünün korunması amacıyla URL bazlı engelleme yapılması yönündeki görüşüne değinmekte yarar vardır. URL bazlı engelleme ile belirli internet sayfalarının ya da sayfada yer alan belirli elementlerin, örneğin fotoğrafların, engellenmesi mümkündür. URL bazlı engelleme ise farklı yöntemlerle gerçekleştirilebilir. Buna göre URL bazlı engelleme için belirli URL'lerin kara listeye alınarak engellenmesi mümkündür; veya engellenmeyecek olan URL'ler ile bir liste oluşturularak yalnızca bu

²⁷ Cengiz and Others v. Turkey, paras.49-52; European Court of Human Rights, Factsheet – Access to Internet and freedom to receive and impart information and ideas, 2018, (Çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Access_Internet_ENG.pdf, 29.08.2018.

²⁸ para.55.

²⁹ para.63.

³⁰ para.64.

adreslere ulaşılmasına izin verilmesi mümkündür (whitelisting); anahtar kelimelerden bir liste oluşturularak bu kelime veya kelimeleri içeren URL'lerin engellenmesi mümkündür (keyword blocking); veya DPI yöntemi kullanılarak URL bazlı engelleme yapılması mümkündür.³¹ Bu noktada esasen DPI yöntemi de filtreleme sistemi olarak çalışmakta olup üstelik en etkili filtreleme örneklerindendir. Fakat özel yaşamın gizliliğine dair bölümde de açıklanacağı üzere AİHS madde 8 kapsamında oldukça problemlili bir alan oluşturmaktadır. Nitekim bu yöntemin uygulandığı hallerde son kullanıcının bütün veri trafiğini incelemektedir. Dolayısıyla AİHM'in URL bazlı engelleme yapılması yönündeki tavsiyesi kendi içerisinde bir dilemma oluşturmaktadır.

Görüldüğü üzere AİHM içtihatlarında internet ve ifade özgürlüğü hakkı arasındaki sıkı ilişkiyi tanımıştır. Her ne kadar internete ulaşma hakkı başlı başına Sözleşmesel bir hak olarak kabul edilmese de ifade özgürlüğü hakkında mündemiç olan bilgiye ulaşma ve bilgiyi yayma hakkı ile olan bu sıkı ilişki çerçevesinde internete ulaşma hakkı da AİHS korumasından yararlanmaktadır.

Ancak belirtmek gerekir ki internete ulaşma hakkının başlı başına bir hak olarak kabul edilmesinin gerekliliği doktrinde tartışma konusu olmaktadır.³² Nitekim internetin ifade özgürlüğü hakkı ile olan ilişkisi kabul edilmekle beraber internete ulaşma hakkının nasıl tanımlanacağı ve içeriğinin ne olacağı belirsizliğini korumaktadır. Örneğin internete ulaşma hakkının tek başına koruma altında olmadığı AİHS sisteminde, Mahkeme'nin yalnızca internet bağlantısının bulunmaması sebebiyle ihlal kararı vermesi pek ihtimal dahilinde görülmemektedir.³³ Dolayısıyla internete ulaşma hakkının ayrı bir hak olarak düzenlenmesinin başka bir hak altında mündemiç olduğu kabulünden farklı sonuçları

³¹ Article 19, **Freedom of Expression Unfiltered: How blocking and filtering affect free speech**, Policy Brief, December 2016, s.9, (Çevrimiçi), https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38586/Blocking_and_filtering_final.pdf, 12.05.2019; R.S. Rosenberg, "Controlling access to the Internet: The role of filtering", **Ethics and Information Technology**, Vol.3:1, 2001, s.36-37.

³² Tully, **a.g.m.**, s.184; Paul De Hert, Dariusz Kloza, "Internet (access) as a new fundamental right. Inflating the current rights framework?", **European Journal of Law and Technology**, Vol. 3. No. 3, 2012.

³³ Hert, Kloza, **a.g.m.**; yazarlara göre AİHM'in internete ulaşma hakkının kısıtlandığı hallerde ihlal bulması için internete ulaşma isteğinin Sözleşme ile korunan bir hakkın ifası için gerekli olması gerekmektedir.

olacaktır. Ancak böyle bir hakkın düzenlenmesi halinde, bireylerin tam olarak hangi haklara sahip olacağı tartışma konusudur.³⁴

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde İnternete ulaşma hakkı tek başına Sözleşmesel bir hak olmadığına göre hakkın korunmasında madde 10 ile olan ilişkisi ve Mahkeme'nin bu madde çerçevesinde içtihatları önem teşkil etmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki madde 10 kapsamında korunan ifade özgürlüğü hakkı demokratik bir toplumun temelini oluşturmaktadır. Dolayısıyla maddenin 2. fıkrasında düzenlenen hakkın sınırlandırılmasının koşulları Mahkeme tarafından katı bir biçimde yorumlanmaktadır.³⁵

Ağ tarafsızlığı ve ifade özgürlüğü hakkı ilişkisi açısından ise internet servis sağlayıcının mülkiyetinin kamu veya özel hukuk kişilerine ait olması, devletlerin yükümlülüğü bakımından önemli bir ayrımdır. İnternet servis sağlayıcının tamamının veya bir kısmının devlete ait olduğu durumlarda, internet ağına yapılan müdahaleler, 10. maddenin ilk fıkrası kapsamında kamu otoritesinin ifade özgürlüğüne müdahalesi olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu halde müdahalenin ifade özgürlüğünü ihlal eder nitelikte olup olmadığının tespiti için müdahalenin meşru olup olmadığı incelenmelidir. AİHS sisteminde müdahalenin meşruluğunun tespiti içinse, müdahalenin kanunla öngörülüp görülmeyeceği, meşru amaca sahip olup olmadığı ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı incelenmektedir. Devlete ait internet servis sağlayıcının müdahalesinin kanunla öngörülmesi gerekmekte olup ifade özgürlüğü hakkının sınırlandırılmasının meşru amaçları ise düzenlemenin ikinci fıkrasında *“ulusal güvenlik, ülke/ (toprak) bütünlüğü ya da kamu emniyeti yararı için, düzensizliğin ya da suçun/ (suç işlenmesinin) önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması, başkalarının şöhret ya da haklarının korunması, mahrem kaydıyla edinilen bilginin açığa çıkmasının önlenmesi, yahut yargı organlarının yetke/ (otorite) ve tarafsızlığının korunması”* olarak sayılmıştır.

³⁴ Örneğin internete ulaşma hakkının bilgisayara ulaşma hakkını, internete ulaşılması gerekli altyapının talep edilebilmesini ve internet hizmetinin belirli bir kalitede olmasını talep etme hakkını ne ölçüde kapsayacağı ve hakkın sınırlarının ne olacağı tartışmalıdır.; Tully, **a.g.m.**, s.186.

³⁵ **Internet: case-law of the European Court of Human Rights**, Council of Europe/European Court of Human Rights (Research Division), 2011, June 2015 (update), s.17, (Çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_ENG.pdf, 15.05.2019

Bununla birlikte bireylerin ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahale ile devletin varlığını iddia ettiği meşru amaç göz önünde bulundurulduğunda ölçülü olmalıdır.³⁶ Maddede sayılan meşru amaçlar tüketici olarak sayılmış olmakla birlikte, Mahkeme, genel olarak, meşru amacın tespitine yönelik incelemesini kısa tutmakta ve ölçülülük incelemesini ana odak haline getirmektedir.

Ölçülülük incelemesinde ise Sözleşmeciler devlet tarafından güdüldüğü iddia edilen meşru amacın önemi ve ağırlığı ile müdahalede bulunulan hakkın niteliği ve müdahalenin boyutları önem taşımaktadır.³⁷ Ölçülülük incelemesinde Mahkeme'nin uyguladığı kriterlerden biri, güdülen meşru amacın hakka yapılan müdahaleyle ilgili olması ve bu amaca ulaşmaya uygun olmasıdır. Dolayısıyla müdahalenin bu kriterlere uygun olmaması halinde Sözleşmeciler devletin müdahalesi ölçülülük incelemesini geçemeyecektir.³⁸ Bu çerçevede meşru amaç somut sınırlandırma ile ilişkili olarak ortaya konmalıdır ve sınırlandırma için sosyal ihtiyaç baskısı mevcut olmalıdır.³⁹ Bu değerlendirme çerçevesinde Mahkeme, güdülen meşru amaç ile sınırlandırmanın orantılı olup olmadığı sonucuna ulaşmaktadır.⁴⁰

Mahkeme'nin orantılılık incelemesi, somut dava koşullarına ilişkin bütün çıkarları ve argümanları içeren ve bu yönüyle esnek bir incelemedir.⁴¹ Bu çerçevede adil denge incelemesi yalnızca hakkın özüne dayanmamaktadır. Mahkemenin adil denge incelemesi prosedürel garantileri de kapsamakta ve bu çerçevede yerel mahkemelerin orantılılık incelemesinin kalitesini de göz önünde bulundurmaktadır.⁴² Orantılılık incelemesinde dikkate alınan bir başka element ise sınırlandırma ile ulaşmak istenen meşru amaca hakka daha az müdahalede bulunacak başka bir yöntemle ulaşılabilinecek olup

³⁶ Bychawska-Siniarska, **a.g.e.**, s.33.

³⁷ Laurens Lavrysen, "Chapter 4: System of Restriction", **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak, 5. Baskı, Cambridge, Intersentia, 2018, s.314.

³⁸ **A.e.**, s.317.

³⁹ Özcan Özbey, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", **TBB Dergisi**, 2013 (106), s.57.

⁴⁰ **A.y.**

⁴¹ Lavrysen, "Chapter 4: System of Restriction", s.318.

⁴² **A.e.**, s.319.

olmadığıdır.⁴³ Bu halde aynı meşru amaca hakka daha az müdahalede bulunarak ulaşılabilmesi halinde söz konusu müdahalenin orantılı olmadığı sonucuna ulaşılabilecektir.

İnternet servis sağlayıcının kamuya ait olduğu hallerde ise ağ üzerinde yapılan her müdahale yukarıda açıklanan kriterler çerçevesinde değerlendirilerek ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediği tespit edilecektir. Kamuya ait internet servis sağlayıcısının müdahalesi durumunda klasik ifade özgürlüğü hakkı incelemesi yapılarak, müdahalenin meşru amaçlardan birine dayanmadığı hallerde ihlal sonucuna ulaşılabilecektir.

Ancak internet servis sağlayıcıların özel hukuk tüzel kişilerine ait olduğu hallerde, ki günümüzde Avrupa genelinde internet servis sağlayıcılar çoğunlukla özel hukuk tüzel kişilerine aittirler, klasik 10. madde testi söz konusu olmayacaktır. Nitekim bu halde maddenin ilk fıkrasında belirtilen, kamu makamının ifade özgürlüğüne müdahalesi söz konusu değildir. Bu durumda devletin ifade özgürlüğünü korumaya yönelik pozitif yükümlülüğünün olup olmadığının araştırılması gerekmektedir.

İfade özgürlüğü hakkı çerçevesinde devletlerin pozitif yükümlülüklerinin varlığı AİHM tarafından farklı davalarda kabul edilmiştir.⁴⁴ Özgür Gündem v. Türkiye davasında demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün taşıdığı önem hatırlatılarak ifade özgürlüğünün etkin bir şekilde kullanılmasının, bireyler arasındaki ilişkilerde de devletin yükümlülüğünü doğurabileceği vurgulanmıştır.⁴⁵

Bununla birlikte, ifade özgürlüğü hakkına, pozitif yükümlülüklerin koruması çerçevesinde yatay etki atfedilmesi, AİHM tarafından sistematik olarak uygulanmamıştır. Bu çerçevede AİHM'in pozitif yükümlülükler doktrinine dayanmasının sebeplerinden birisi ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde sağlanan korumanın derecesini artırmak olarak

⁴³ A.e., s.320.

⁴⁴ Bkz: Fuentes Bobo v. Spain, App. No. 39293/98, Judgment of 29 February 2000; Dink v. Turkey, App. No. 2668/07, Judgment of 14 September 2010; Palomo Sánchez and Others v. Spain [GC], App. No. 28955/06, Judgment of 12 September 2011.

⁴⁵ “Pozitif bir sorumluluğun var olup olmadığına karar verirken, Sözleşmeyle toplumun genel çıkarları ve bireyin çıkarları arasında ulaşılmaya çalışılan dengeye önem verilmelidir. Bu sorumluluk, kaçınılmaz olarak Sözleşmeciler Devletlerde varolan farklı durumlara, modern toplumların idare edilmesi ile ilgili zorluklara, öncelikler ve kaynaklar hakkındaki seçimlere bağlı olarak değişiklik gösterecektir. Böyle bir sorumluluk, yetkililer için imkansız veya adil olmayan bir yük oluşturduğu şeklinde yorumlanmamalıdır”; Özgür Gündem v. Türkiye, App. No. 23144/93, Judgment of 16 March 2000, paras. 42-46., Çeviri Dış İşleri Bakanlığı'na aittir.

karşımıza çıkar. Örneğin ifade özgürlüğü hakkının konusu olan içeriğin görece olarak yeni birleşenlerden, fikirlerden meydana geldiği hallerde, AİHM pozitif yükümlülüğün uygulanması hususunda daha ılımlı bir yaklaşım tercih etmektedir. Nitekim devletin pozitif yükümlülüğü bir derneğin, insan tüketimi için yetiştirilen hayvanların, üreme yöntemlerine ilişkin İsviçre televizyonunda protesto çağrısı yapma hakkında tanınırken, Mahkeme dini mesajların, İrlanda kamu radyolarında ve özel radyolarda yayınlanması hakkını kategorik olarak reddetmiştir.⁴⁶

Vgt Verein Gegen Tierfabriken v İsviçre başvurusunda⁴⁷, başvuru hayvanlar üzerindeki deneylere ve hayvanların kafeslerde tutulduğu hayvancılık şekline karşı kampanyalar yürüten bir dernektir. Dernek bu çerçevede bir reklam kampanyası hazırlamış olup reklamdaki seslendirmede, domuzların kafeslerde tutulduğu görüntülerin gösterildiği sırada, hayvanların durumunun toplama kamplarına benzerliğine dikkat çekilmektedir. Reklam daha az et tüketilmesi yönündeki tavsiyeyle sona ermektedir.

Dernek reklamı, İsviçre Radyo ve Televizyon şirketine ait kanallarda yayınlanmasına yönelik taleplerden sorumlu olan şirkete⁴⁸ (dönemki adıyla AG für das Werbefernsehen) göndermişse de talebi reddedilmiştir. Gerek ilgili şirketin gerekse de Federal Mahkeme'nin kararı İsviçre Radyo ve Televizyon Kanunu'nun politik reklamları yasaklayan 18. bölümüne dayanmaktadır.

Somut başvurunun koşulları çerçevesinde, AİHM Sözleşme'nin 1. maddesi kapsamında İsviçre'nin sorumluluğu olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁴⁹ Mahkemeye göre, reklamın hayvanların korunması yönünde bir endişe taşıması ve et tüketiminin azaltılmasını tavsiye etmesi, söz konusu reklam içeriğini bir ürünün satın alınmasını tavsiye eden sıradan reklamlardan ayırmaktadır.

Bu çerçevede söz konusu reklam, modern topluma ilişkin tartışmalı fikirleri yansıtmakta ve çeşitli politik tartışmaların merkezinde yatan fikirleri ifade etmektedir.⁵⁰

⁴⁶ Jean-François Flauss, "The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression", **Indiana Law Journal**, Vol. 84: Iss. 3, Article 3, 2009, s.812.

⁴⁷ Vgt Verein Gegen Tierfabriken v Switzerland, App. No. 24699/94, Judgment of 28 August 2001.

⁴⁸ İlgili şirket özel hukuk tüzel kişisidir., para.40.

⁴⁹ para.47.

⁵⁰ para.57.

Dolayısıyla başvuru konusu reklamın politik olarak nitelendirilebileceği başvuru tarafından öngörülebilir olup bu noktada müdahalenin kanuniliği şartı sağlanmaktadır.⁵¹

İsviçre Federal Konseyi politik reklamları yasaklan söz konusu kanunun amacını ekonomik olarak güçlü grupların reklam yoluyla politik avantaj sağlamasının engellenmesi olarak belirtmiştir. Mahkeme, İsviçre'nin politik reklamları yasaklamada meşru amacı haiz olduğunu kabul etmiş ve bu amacın madde 10'nun 2. fıkrası çerçevesinde başkalarının haklarının korunması olduğunu tespit etmiştir.⁵²

Bununla birlikte, Mahkeme ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temelinde yatan değerlerden olduğunu da belirtmektedir. Dolayısıyla madde 10 korumasından yalnızca toplumun çoğunluğu tarafından olumlu ve tehlikesiz kabul edilen görüşler yararlanmamakta, toplumu şok eden, rahatsız edici fikirler de bu korumadan yararlanmaktadır. Nitekim rahatsız edici fikirlerin korunması çoğulculuğun, toleransın ve açık fikirliliğin gereğidir. Bu çerçevede ifade içeriğinin ticariden ziyade politik olduğu hallerde, maddenin 2. fıkrası katı bir şekilde yorumlanmalı ve ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için duyulan ihtiyaç ikna edici bir şekilde tesis edilmelidir.⁵³

Mahkemenin içtihatları göz önünde alındığında ise madde 10'nun 2. fıkrası kapsamında 'gerekli' sıfatından sosyal ihtiyaç baskısı anlaşılmalıdır.⁵⁴ Söz konusu sosyal ihtiyaç baskısının belirlenmesinde İsviçre otoritelerinin takdir yetkisi olmakla birlikte bu takdir yetkisi özellikle ticari ifade özgürlüğü kapsamında büyük öneme sahiptir.

Bununla birlikte somut başvuru konusu bakımından söz konusu reklamın klasik ticari amaçlı reklamlardan farklı bir alana ait olduğu Mahkeme tarafından kararlaştırılmıştır. Nitekim İsviçre otoriteleri de reklamı Federal Radyo ve Televizyon Kanunu kapsamında politik olarak nitelendirmişlerdir. Üstelik Avrupa toplumlarında genel olarak hayvanların korunmasına ilişkin tartışmalar sürmektedir.⁵⁵

⁵¹ para.58.

⁵² paras.61-62.

⁵³ para.66.

⁵⁴ para.67.

⁵⁵ paras.69-70.

Dolayısıyla bütün bunlar bir arada değerlendirildiğinde devletin takdir marjı dar olduğunun kabulü gerekmektedir ve sonuç olarak Mahkeme'nin orantılılık incelemesi detaylı bir hal alacaktır.⁵⁶ Müdahalenin orantılılığının incelenmesi kapsamında Mahkeme politik içerikli reklamların yasaklanmasının madde 10'a uygun olabileceğini kabul etmekle beraber hakkın sınırlandırılmasının gerekçesi somut reklam konusuyla ilgili ve bu çerçevede uygun olmalıdır.

Somut başvuru açısından, iç hukukta Federal Mahkeme politik reklamların yasaklanmasının genel sebepleri tartışılmıştır. Ancak bu sebeplerin yasaklanan somut reklam ile olan ilgisi ve bu kapsamda gerekliliği ortaya konmamıştır.⁵⁷ Bu noktada özel bölgesel televizyon kanallarının ve yabancı televizyon kanallarının tüm İsviçre'de ulaşılabilir olmadığı da değerlendirildiğinde, başvurusunun reklamının tüm ülkede yayın yapan ulusal kanallarda yayınlanmasının tek yolu bahsedilen reklam şirketinin izin vermesidir.⁵⁸

Sonuç olarak Mahkeme bütün bu kriterleri birlikte değerlendirilerek, başvuru konusu reklamın yasaklanmasının demokratik bir toplumda gerekli görülemeyeceği kanaatine ulaşmış ve madde 10'nun ihlal edildiğine karar vermiştir.

Yukarıda bahsedilen bir diğer karar ise Murphy v. İrlanda başvurusudur.⁵⁹ Başvurucu Murphy İrlanda İnanç Merkezi'ne bağlı bir papazdır. Söz konusu merkez yerel ve ticari bir radyo istasyonuna yayınlanması için dini içerikli bir reklam göndermiştir. İlgili radyo istasyonu reklamı yayınlamaya hazırlanırken Bağımsız Radyo ve Televizyon Komisyonu (IRTC), Radyo ve Televizyon Kanunu'nun 10(3)⁶⁰ maddesi gereğince reklamın yayınlanmasını durdurmuştur. Belirtmek gerekir ki IRTC'nin bu kararı reklamın video versiyonunun uydu üzerinden yayınlanmasını engellememiştir.⁶¹

Başvurusunun ilgili yasağın din özgürlüğü ile ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiği yönündeki iddiaları iç hukukta sonuç vermemiştir. AİHM'e göre başvurusunun

⁵⁶ paras.71-72.

⁵⁷ para.75.

⁵⁸ para.77.

⁵⁹ Murphy v. Ireland, App. No. 44179/98, Judgment of 10 July 2003.

⁶⁰ İlgili madde '...dini veya politik amaca yönelik ... hiçbir reklam yayınlanmamalıdır.' şeklindedir.

⁶¹ para.9.

reklamının yayınlanmasının yasaklanması madde 10 kapsamında müdahale teşkil etmektedir. Bununla beraber ilgili yasak Radyo ve Televizyon Kanunu'ndan kaynaklanmakta olup müdahalenin kanuniliği şartı sağlanmaktadır. İrlanda'ya göre ilgili düzenlemenin amacı başkalarının inançlarına saygı gösterilmesini garanti altına almaktır.

Bu çerçevede İrlanda ilgili müdahalenin kamu düzeni ve güvenliğinin korunması ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması olduğunu iddia etmektedir. Mahkeme İrlanda'nın gösterdiği meşru amaçları kabul ederek müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelemeye başlamıştır. Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliğinin belirlenmesinde Sözleşmeciler devletler belirli bir takdir marjına sahiptirler. Bu çerçevede, politik ifade ve kamu yararı taşıyan tartışmalarda devletlerin takdir marjının dar olduğu kabul edilirken, ahlak ve dini inançlar kapsamında kişisel inanç sahiplerini rencide edebilecek nitelikteki meselelerde devletlerin takdir marjının geniş olduğu kabul edilmektedir.⁶²

Üstelik dini inançlara yapılan saldırı kapsamında başkalarının haklarının korunması hususunda tek bir Avrupa kabulü de bulunmamaktadır. Bu halde somut başvuru yukarıda bahsedilen Vgt Verein gegen Tierfabriken v. İsviçre başvurusundan ayrılmaktadır. Nitekim yukarıda da açıklandığı üzere, Vgt Verein gegen Tierfabriken başvurusunda Mahkeme, başvuru konusu reklamın kamu yararını ilgilendirdiğine kanaat getirerek İsviçre'nin takdir marjının dar olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Murphy başvurusunun konusu bakımından müdahalenin ölçülülüğü incelemesi, hakkın sınırlandırılmasının güdülen meşru amaç göz önüne alındığında, somut müdahale ile ilgili olup olmadığı ve bu amaca ulaşmaya uygun olup olmadığı incelemesi çerçevesinde şekillenecektir.⁶³

İrlanda hükümetine göre müdahalenin ana sebebi İrlanda toplumunun dini hassasiyetidir. İrlanda Mahkemeleri de hükümetin bu konu hakkında sağduyulu olmakta haklı olduğu kabul etmiş, özellikle Yüksek Mahkeme, Kuzey İrlanda'da dinin ayrıştırıcı bir unsur olduğunu kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre İrlanda halkının başka bir

⁶² para.67.

⁶³ para.68.

kilisenin dini içerikli reklamının yayınlanmasını rahatsız edici bulması ve bu reklamı kilisenin kendi dinini yayma ve halkın dinini değiştirme çabası olarak yorumlaması mümkündür.

Bununla birlikte dini söylemler ile ilgili yasak yalnızca bu içeriği haiz reklamlarla ilgilidir. Başvurucunun dini içerikli yayın ve programlara katılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu değerlendirmeler çerçevesinde AİHM güdülen meşru amaç ile başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan kısıtlamanın birbirleriyle ilgili olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁶⁴ Mahkeme, hükümetin takdir marjının genişliği ile İrlanda'nın toplumun dini hassasiyetlerini gözetmesini de değerlendirerek ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

Görüldüğü üzere pozitif yükümlükler doktrini, çoğunlukla ifade özgürlüğü hakkının içeriği çerçevesinde şekillenmektedir. Bu çerçevede devletin, AİHM içtihatları doğrultusunda yatay etkisi olduğu kabul edilen ifadeler bakımından, hakkın kullanılmasını engelleyecek nitelikteki müdahalelere karşı önlem alması gerektiği açıkken⁶⁵ bu yükümlülüğün özel mülkiyete konu alanları da kapsayıp kapsamayacağı başka bir tartışma konusudur.⁶⁶ Özellikle internet servis sağlayıcıların özel hukuk tüzel kişilerine ait olduğu durumlarda, devletin ifade özgürlüğünü korumak için yapacağı müdahalelerin, servis sağlayıcıların mülkiyet hakkına müdahale teşkil edeceği ortadadır. Bu halde iki hakkın çatışmasının Mahkeme tarafından ne şekilde çözüme ulaştırılabileceği üzerinde de durulmalıdır.

AİHM'in devletin pozitif yükümlülüğünün olup olmadığına ve mevcut olduğu hallerde, bunun sınırlarına ilişkin görüşleri somut dava çerçevesinde şekillenmektedir. Mahkeme'nin ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde pozitif yükümlülüklerin varlığını kabul

⁶⁴ para.75.

⁶⁵ Bkz.: Özgür Gündem v. Türkiye, No. 23144/93, Judgment of 16 March 2000; Dink v. Türkiye, App. No. 2668/07, Judgment of 14 September 2010; Palomo Sánchez and Others v. İspanya, App. No. 28955/06, Judgment of 12 September 2011.

⁶⁶ Jean-François Akandji-Kombe, **Positive obligations under the European Convention on Human Rights A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights**, Council of Europe, January 2007, s.50, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/168007ff4d>, 25.05.2018.

etmesinin en önemli sebebi, ifade özgürlüğü hakkını işleyen bir demokratik sistemin ön koşulu olarak görmesidir.

Bu çerçevede sözleşmecî devletlerin, özel hukuk tüzel kişilerinin kendi aralarında ifade özgürlüğü hakkını etkili bir şekilde ifa etmelerini sağlaması, garanti altına alması gerekir.⁶⁷ Sözleşmecî devletlerin, ifade özgürlüğü hakkı kapsamında, pozitif yükümlülüğünün olup olmadığının tespitinde dikkate alınması gereken kriterler, hangi tür ifadenin özgürlüğünün tehlike altında olduğu; ifadenin toplumsal tartışmalara katkıda bulunabilme kapasitesi; sınırlamaların ifade üzerindeki etkisi ve boyutu; ifadenin alternatif olarak başka alanlarda gerçekleşip gerçekleşmeyeceği; ve ifade özgürlüğü hakkı ile diğer kişilerin temel haklarının veya kamu yararının arasındaki dengedir.⁶⁸

Bu noktada pozitif yükümlülüklerinin varlığının tespitinde, adil denge genel kamu yararı ile bireyin hakları arasında aranmalıdır. Nitekim bu adil denge arayışı Sözleşmenin tamamında mündemiçtir. Yükümlülüğün kapsamı ise başvuru konusu somut olaylar çerçevesinde kaçınılmaz olarak değişkenlik gösterecektir. Söz konusu yükümlülüğün kamu otoritelerinin üzerinde orantısız veya uygulaması imkânsız bir yük olarak yorumlanmaması da dikkate alınmalıdır.⁶⁹

Çalışmanın bu bölümünde yukarıda ortaya koyulan problemler incelenecek olup ifade özgürlüğü hakkı ilk olarak içerik sağlayıcılar ve son kullanıcılar açısından incelenecek, internet servis sağlayıcıların ifade özgürlüğü hakkı da ticari ifadeler çerçevesinde ayrıca incelenecektir. Bu kapsamda ifade özgürlüğü hakkı ve pozitif yükümlülükler doktrini AİHM içtihatları çerçevesinde daha detaylı olarak incelenecektir.

⁶⁷ Council of Europe/European Court of Human Rights, Research Report; **Positive Obligations on Member States Under Article 10 to Protect Journalists and Prevent Impunity**, December 2011, s.4, (Çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_article_10_ENG.pdf, 07.06.2018.

⁶⁸ A.e., s.4-5.

⁶⁹ Council of Europe/European Court of Human Rights (Research Division), **Internet: case-law of the European Court of Human Rights**, s.42.

II. İÇERİK SAĞLAYICI VE SON KULLANICI AÇISINDAN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI

Yukarıda açıklandığı üzere⁷⁰, internet servis sağlayıcıların ağa müdahalesi engelleme, yavaşlatma, öncelik verme ve *zero rating* şeklinde ortaya çıkmaktadır. Söz konusu müdahalelerin her halükârda ifade özgürlüğüne bir şekilde etki edeceği ortada olmakla beraber bu müdahalelerin AİHS'in 10. maddesi kapsamında ihlale sebep olup olmayacağının AİHM içtihatları çerçevesinde incelenmesi gerekir.

Ağ tarafsızlığı açısından özellikle Mahkeme'nin devletlerin ifade özgürlüğü hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerine yönelik içtihatları önem teşkil etmektedir. Örneğin Manole ve diğerleri başvurusunda, Teleradyo-Moldova çalışanları, çalıştıkları dönemde uygulanan sansür, disiplin cezaları ve yasaklar dolayısıyla ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. AİHM özellikle görsel ve işitsel medyada çoğulculuk üzerinde durmuş ve görsel iletişim araçları üzerinde hakimiyet kurularak, editoryal özgürlüklerin kısıtlanmasının ifade özgürlüğüne ve bilgi alma hakkına saldırı oluşturduğunu belirtmiştir. Bu çerçevede Mahkeme, Sözleşmeciler devletlerin, radyo ve televizyon aracılığıyla kesin ve tarafsız bilgiler aktarılması ve bu konuyla ilgili meslek erbablarının, söz konusu bilgi ve yorumları iletmelerine karşı konulan engellerden korunmalarını güvence altına alma yükümlülüğü altında olduklarını ve bu sebeple Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷¹

⁷⁰ yuk. s.13-16.

⁷¹ Manole and Others v. Moldova, App. No. 13936/02, Judgment, of 17 September 2009, paras. 35-42.; “‘Toplumun ekonomik veya politik bir kesitinin görsel işitsel iletişim araçları üzerinde hâkimiyet kurarak yayıncılar üzerinde onların editoryal özgürlüklerini kısıtlamak için baskı kullanabilecek olması, Sözleşme’nin 10. maddesinde öngörülen ifade özgürlüğünün, demokratik bir toplumdaki temel rolüne özellikle de haber verme ve halkın hakkı olan ve genel çıkara ilişkin bilgi alma hakkına saldırı oluşturmaktadır...İfade özgürlüğünün gerçek ve etkili şekilde kullanılabilmesi sadece devletin her türlü müdahaleden kaçınması ödevine bağlı değildir ve hukukun veya uygulamada pozitif koruma tedbirleri almasını gerektirebilir... Mahkeme, görsel işitsel yayın alanında, bu prensiplerin, Devlet’e, bir taraftan, radyo ve televizyon aracılığıyla tarafsız ve kesin bilgiler aktarmasını ve ülkedeki siyasi fikir çeşitliliğini yansıtan fikir ve yorum çeşitliliğini güvence altına almasını diğer taraftan da habercilerin ve görsel işitsel medyayla ilgili diğer mesleklerin, bu bilgi ve yorumların iletilmesine karşı konulan engellerden korunmasını güvence altına alma yükümlülüğünü dayattığı kanaatindedir.” Çeviri Avrupa Konseyi İnsan Hakları Vakıf Fonu’na aittir.

Gazetecilerin internet üzerindeki ifade özgürlüklerinin korunması açısından ise Editorial Board of Pravoye Delo and Shtetel v. Ukraine başvurusu önem teşkil etmektedir. Mahkeme Editorial Board of Pravoye Delo and Shtetel v. Ukraine⁷² kararıyla ilk defa, Sözleşmenin 10. maddesinin, gazetecilerin ifade özgürlüklerini internet ortamında da etkili bir şekilde korunmasını sağlamaya uygun düzenlemeler yapılması yönündeki devletin pozitif yükümlülüğünün varlığını ortaya koyacak şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.

Ukrayna’da yerel bir gazete olan Prayoye Delo, 19 Eylül 2003 tarihinde, internette yayınlanan ve Odesa bölgesindeki gizli servis dairesinin rüşvet ve hukuk dışı aktivitelerine ilişkin iddialar içeren anonim bir mektubu yayınlamıştır. Mektubun yayınlanmasının ardından, başvurucular hakkında mektupta adı geçen G.T. tarafından hakaret davası açılmış, başvurucular mektupta yerel alan görüşlerin doğruluğundan sorumlu olmadıklarını, mektubun aynen ve kaynak gösterilerek yayınlandığını belirtmişlerdir.

Ukrayna mahkemeleri başvurucuların aleyhine karar vererek, internet ortamında yapılan yayınların, basılı medya olarak kabul edilemeyeceğini ve bu sebepten sanıkların hukuki sorumluluktan muaf olmayacaklarını belirtmiştir. AİHM, internetin profesyonel medya aktivitelerinde oynadığı rolün önemi ve genel olarak ifade özgürlüğü hakkı çerçevesindeki önemini de göz önünde bulundurarak, iç hukukta, internet üzerinden elde dilen bilgilerin, gazeteciler tarafından korkusuzca yayınlanmasını sağlayacak düzenlemelerin bulunmamasının, basının kamu gözlemcisi fonksiyonuyla örtüşmediğini belirtmiştir.⁷³

Netice olarak AİHM, internet yoluyla elde edilen her bilginin gazetecilerin hukuki güvencesinin dışında bırakılmasını, başlı başına 10. madde çerçevesinde haksız müdahale teşkil ettiği sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla 10. madde uygulaması çerçevesinde şekillenen genel prensipler çevrimiçi yayınlara da uygulanmaktadır.⁷⁴

⁷² Editorial Board of Pravoye Delo and Shtetel v. Ukraine, App. No. 33014/05, Judgment of 05 May 2011.

⁷³ para.64.

⁷⁴ Bychawska-Siniarska, **a.g.e.**, s.108.

İfade özgürlüğü hakkı ve diğer kişilerin temel haklarının korunması arasındaki adil dengeye ilişkin Appleby ve diğerleri davasında Mahkeme'nin incelemesi adil dengenin ne şekilde sağlanacağına ilişkin olmuştur. Başvurucular şehirdeki park üzerinde imar izni verilmesini protesto etmek amacıyla özel bir alışveriş merkezinin girişine stant kurmuşlar ancak imza toplamaları özel güvenlik tarafından engellenmiştir. Başvurucular her ne kadar alışveriş merkezi yöneticinden stant kurulması için izin almak istemişlerse de bu taleplerine olumlu cevap alamamışlardır.

Başvurucular Birleşik Krallık'ın, alışveriş merkezinin kamu arazisine inşa edilmiş olması ve mülkiyetinin özel mülkiyete geçişini bakanlığın bizzat onaylamış olması sebebiyle, direkt olarak ifade özgürlüğü ve toplanma hakkının ihlallerinden sorumlu olduğu iddiasına ek olarak devletin pozitif yükümlülüğü olduğunu da iddia etmişlerdir. İfade özgürlüğü hakkı çerçevesinde devletin pozitif yükümlülüğünün mevcudiyeti doğru olmakla birlikte, somut olay çerçevesinde pozitif yükümlülüğün varlığının tespitinde, kamu yararı ile bireylerin menfaatleri adil denge içerisinde birlikte değerlendirilmelidir. Aynı zamanda söz konusu pozitif yükümlülük kamu otoritelerine gerçekleştirilmesi imkânsız veya orantısız yükümlülük de dayatmamalıdır.⁷⁵

Mahkeme başvurucuların eylemlerinin kamu yararını ilgilendiren konulara ilişkin olduğunu ve yerel hükümetin güçlerini kullanmasına ilişkin tartışmaya katkı sağlayacağını belirtmekle birlikte, ifade özgürlüğü hakkının mutlak bir hak olmadığını da vurgulayarak, alışveriş merkezi sahibinin mülkiyet hakkının dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır.⁷⁶ Neticeyle Appleby kararı ile Mahkeme, ifade özgürlüğü ve mülkiyet hakkı arasındaki adil dengeyi gözeterek ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir.⁷⁷

Bununla birlikte, ağ tarafsızlığı açısından kararda üzerinde durulması gereken önemli noktalardan birisi de ifade özgürlüğü hakkı ve mülkiyet hakkı arasındaki adil dengenin ne yönde değişebileceğine ilişkin Mahkeme'nin görüşüdür. Mahkemeye göre demografik, sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişmeler toplumsal yaşamı ve insanların iletişim kurma

⁷⁵ Appleby and Others v. the United Kingdom, App. No. 44306/98, Judgment of 06 May 2003, para. 40.

⁷⁶ para.43.

⁷⁷ Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Mülkiyet Hakkı**, s.239-242.

şekillerini etkilemekle birlikte bu değişim kendiliğinden özel mülkiyete girme hakkı yaratmamaktadır. Ancak mülkiyete erişim hakkının yasaklanması, ifade özgürlüğü hakkının etkili bir şekilde ifa edilmesini etkileyebilecek nitelikte veya hakkın özüne zarar verebilecek nitelikteyse, devletin mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemeler yaparak sözleşmesel hakları koruma yönündeki pozitif yükümlülüğünün ortaya çıkması muhtemeldir.⁷⁸

İnternetin toplumsal yaşamda büyük değişim yaratarak özellikle iletişim ve haber alma şekillerini temelden değiştirdiği ortadadır. AİHM'in belirttiği üzere, başlı başına bu değişim, devlete internet servis sağlayıcıların mülkiyet hakkına müdahale eder nitelikte düzenlemeler yapmasını gerektirecek pozitif yükümlülükler dayatmamaktadır. Fakat bununla birlikte internetin kendine has özelliği göz önünde bulundurulduğunda, servis sağlayıcıların gerek ticari gerekse de politik kaygılarla son kullanıcı ve içerik sağlayıcıların ifade özgürlüklerini herhangi bir düzenlemeye tabi olmadan kısıtlayabilecek olmaları, ifade özgürlüğü hakkının ihlaline sebebiyet verecektir. Bununla birlikte doktrinde Appleby kararının, devlete ait olmayan internet servis sağlayıcılarının ağ tarafsızlığını ihlal eden uygulamalarının 10. maddeyi ihlal etmeyeceğini gösterir nitelikte olduğuna dair görüşler de yer almaktadır.⁷⁹

Buna göre, yıllar boyunca sözleşmeci devletlerin pozitif yükümlülüklerine ilişkin teorem geliştirmiş olan Mahkeme, ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde pozitif yükümlülükleri özellikle medya çoğulculuğunun söz konusu olduğu hallerde kabul etmiştir.⁸⁰ Bu çerçevede Appleby kararının arkasındaki gerekçe ağ tarafsızlığına ilişkin problemlili alanlara uygulandığında, sözleşmeci devletlerin pozitif yükümlülüğü ancak bir internet servis sağlayıcının ağ üzerindeki bütün ifadeleri engellemesi durumunda ortaya çıkacaktır.⁸¹

Dolayısıyla bu görüş doğrultusunda, ağ üzerinde yapılan ayrımcılık ancak iki durumda 10. madde çerçevesinde ihlal olarak görülebilecektir; bu durumlardan ilki internet servis

⁷⁸ para.47.

⁷⁹ Sluijs, **a.g.e.**, s.536-538.

⁸⁰ **A.e.**, s.524.

⁸¹ **A.e.**, s.526.

sağlayıcının kısmi olarak kamuya ait olması haliyken ikinci durum ise ağa yapılan müdahaleler neticesinde medya çoğulculuğunun etkilendiği hallerdir. İlgili makalenin yazarı, ikinci duruma örnek olarak, internet servis sağlayıcının bir gazetenin internet sayfasının trafiğine başka gazetelere göre öncelik verilmesi halini göstermiş ve bu durumun gerçekleşmesinin pek ihtimal dahilinde olmadığını belirtmiştir.⁸²

Ancak günümüzdeki bilgiye, habere ve görüşlere ulaşma ve bunları yayma alışkanlıkları göz önünde bulundurulduğunda, sosyal medya uygulamalarının en büyük medya kuruluşlarının internet sitelerinden daha etkili olduğu bilinen bir gerçektir. Nitekim pek çok medya kuruluşunun çeşitli sosyal medya uygulamalarında kurumsal hesapları da bulunmaktadır.

Bu halde internet servis sağlayıcıların örneğin aralarındaki ticari anlaşma sebebiyle bir sosyal medya uygulamasının internet hızını yavaşlatması ve diğer bir uygulamaya öncelik vermesinin çoğulculuğu ve bilgiye ulaşma hakkını etkilemesi ihtimal dahilindedir.

Özellikle bilgiye ulaşma hakkı ve pozitif yükümlülükler bakımından bahsedilmesi gereken bir diğer önemli karar da Khurshid Mustafa ve Tarzibachi v. İsveç başvurusudur.⁸³

Başvurucular Irak kökenli olup üç çocuklarıyla birlikte İsveç'te yaşamaktadırlar. Başvurucular Stockholm'ün bir banliyösünde kiracı olarak yaşamaktadırlar. Yaptıkları kira sözleşmesinin uyarınca kiracıların ev üzerine, özel olarak izin almaksızın, afiş, tabela, güneşlik, anten ve benzeri şeyleri monte etmeleri yasaktır. Anlaşmanın devamında ise kiracıların, genel bir koşul olarak, gerekli özeni göstermeleri gerektiği belirtilmektedir.

Başvurucular söz konusu daireye ilk taşındıklarında, evin çatısında ve pencerelerden birinin yanında iki adet uydu anteni bulunmakta olup söz konusu antenler başvurucular tarafından Arapça ve Farsça televizyon programlarını izleyebilmek amacıyla kullanılmaktadır. 2003 yılında başvurucuların ev sahibi değişmiş olup yeni ev sahibi olan emlak şirketi söz konusu uydu antenlerinin kaldırılmasını talep etmişse de başvurucular talebin gereğini yerine getirmemiştir.

⁸² A.y.

⁸³ Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden, App. No. 23883/06, Final Judgment of 16 March 2009.

Bunun üzerine ev sahibi 2004 yılı itibariyle başvurularda kira sözleşmesine ilişkin fesih ihbarında bulunmuştur. Ardından ev sahibi kira gözetim kurulunda başvurularda aleyhine prosedür başlatarak, fesih ihbarının ifasını talep etmiş, monte edilen antenlerin kira sözleşmesini ihlal ettiğini belirtmiştir. Bunun üzerine başvurularda antenleri demonte ederek kiracılar birliğinden bir mühendisin görüşleri doğrultusunda farklı bir yöntemle antenleri monte etmişlerdir. Ayrıca ev sahibi söz konusu antenlerin insanların yaralanması veya eşyaların zarar görmesi riskini oluşturduğunu, böyle bir durumun ortaya çıkması halinde ise ev sahibinin sorumlu tutulacağını, antenlerin eve maddeten ve estetik açıdan zarar verdiğini ve nihayet eve kurtarma görevlilerinin veya ev sahibinin ulaşımını engellediğini ifade etmiştir.

Başvurularda ve binadaki diğer kiracılar ev sahibinin kurul karşısındaki iddialarına karşı çıkarak, söz konusu antenleri anadillerinde yayın yapan programları izlemek için kullandıklarını ve bilgiye ulaşma haklarının gerek İsveç Anayasası'nda gerekse AİHS'in 10. maddesinde korunduğunu belirtmişlerdir.

Kiracılara göre ev sahibinin hakları ile kendilerinin bilgiye ulaşma hakları arasında denge kurulması gerekmektedir. Üstelik kiracılar uzman görüşü olarak antenleri yeniden monte etmişler ve yeni montaj sistemi söz konusu uzman görüşü çerçevesinde tehlike arz etmediği gibi binaya da zarar vermemektedir. Kurul kiracıların yeni montaj yöntemini de göz önünde bulundurarak ev sahibi aleyhine karar vermiştir.

Ev sahibi karar hakkında Svea Temyiz Mahkemesine başvurmuş, Mahkeme, başvurularda kira sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerine aykırı davrandıklarını belirterek kira sözleşmesinin devamının mümkün olmadığına hükmetmiştir. Ev sahibi başvurularda uydu antenlerini kaldırmaları koşuluyla dairede kalma imkânı vermişse de başvurularda taşınmayı tercih etmişlerdir. Fakat Stockholm bölgesindeki kiralık evlerin azlığı ve aynı zamanda haklarında tahliye kararı da bulunması nedeniyle bölgede ev bulamamış, bu nedenle Stockholm'den 110 km uzaklıktaki Västerås bölgesine taşınmak zorunda kalmışlardır. Aynı bölgede kiralık daire bulamamanın sonucu olarak başvurularda işe gidip gelmeleri daha masraflı bir hal almış, başvurularda üç çocuğu

ise okullarını ve çocuk yuvalarını değiştirerek arkadaş çevrelerinden ayrılmak zorunda kalmıştır.

Mahkeme orantılılık testinde, başvuruçuların kendi vatanlarından Farsça ve Arapça programları izlemek istediklerini değerlendirmiştir. Üstelik izlenmek istenen programlar, Irak göçmeni olan başvuruçuları özellikle ilgilendiren sosyal ve politik haberleri de içermektedir. Bu tarz haberler 10. madde tarafından korunan en önemli bilgi türü olmakla birlikte, bilgi edinme hakkı yalnızca kamuyu ilgilendiren olayların haberlerini kapsamamaktadır, bilgi edinme hakkı prensipte kültürel ifadeyi ve yalnızca eğlence amaçlı programları da kapsamaktadır. Somut olay kapsamında, üç çocuklu, ülkelerinin dili ve kültürüyle olan bağlarını koparmak istemeyen bir aile için bilgi edinme hakkı kapsamında kültür ve eğlence programlarının önemi küçümsenmemelidir.⁸⁴

Mahkeme, antenin sebep olabileceği güvenlik sorunlarını ve birinin yaralanması halinde ev sahibinin sorumlu tutulacağını da değerlendirmiş ancak söz konusu antenlerin güvenlik sorunu oluşturmadığına ilişkin uzman görüşünü de göz önünde bulundurmıştır. Değerlendirilen bir diğer nokta da ev sahibinin antenlerin estetik açıdan binaya zarar verdiği iddiasıdır. Bu bağlamda başvuruçuların dairesinin Stockholm'ün banliyölerinden birinde olduğu ve söz konusu apartmanın herhangi bir estetik kaygı gütmmediği dikkate alınmıştır.

Mahkeme'nin son olarak dikkate aldığı bir diğer önemli nokta ise başvuruçuların 6 yıldan daha uzun süredir yaşadıkları daireden tahliye edilmiş olmaları ve başka bir daireye taşınmalarının sonucu olarak karşılaştıkları ekonomik ve sosyal olumsuzluklardır. Bütün bu değerlendirmelerin sonucunda Mahkeme, uygulanan tedbirin güdülen amaç karşısında orantısız olduğuna ve devletin pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiğine, sonuç olarak Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁵

⁸⁴ para.44.

⁸⁵ paras.46-50.

İfade özgürlüğü hakkı ve mülkiyet hakkının karşı karşıya geldiği bir diğer alansa fikri mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin davalardır.⁸⁶ Ashby Donald ve diğerleri⁸⁷ davasında başvurucular başkalarının fikri mülkiyet haklarının korunması çerçevesinde kendi ifade özgürlüğü haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme, devletlerin bu konudaki takdir yetkilerini de göz önünde bulundurarak mülkiyet hakkının korunması ile ifade özgürlüğü hakkının korunması arasındaki adil dengenin bozulmadığına ve bu sebeple madde 10'un ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Söz konusu iki hakkın çatışmasına ilişkin Pirate Bay kararı olarak da bilinen Fredrik Neij ve Peter Sunde Kolmisoppi başvurusunda⁸⁸ da Mahkeme'nin değerlendirmesi benzer yönde olmuştur. Başvurucular Torrent paylaşım sitesi olan The Pirate Bay'in işletilmesinden sorumludurlar. Söz konusu internet sitesi kapsamında, kullanıcılar çeşitli içeriklerdeki dosyaları paylaşmakta olup bu dosyaların paylaşımının büyük bir kısmı ilgili hak sahiplerinin fikri mülkiyet haklarının ihlaline sebebiyet vermektedir.

Bu çerçevede başvurucular hakkında İsveç'te yasal prosedür başlatılmış olup yerel mahkemenin nihai kararı neticesinde başvurucular hapis cezası ve para cezası almışlardır. Başvurucular ilgili kararın AİHS madde 10 çerçevesinde korunan ifade özgürlükleri hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle AİHM'e başvuruda bulunmuşlardır.

Mahkemenin değerlendirmesi başvurucuların ifade özgürlükleri hakkının korunması ile fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin mülkiyet haklarının korunması arasındaki adil denge çerçevesinde olmuştur. Mahkemeye göre madde 10 bilgiyi yayma ve halkın bilgiye ulaşma haklarını da koruma altına almaktadır. Bu çerçevede, ulaşılabilirliği ve çok büyük miktardaki bilgiyi depolayabilme kapasitesi sayesinde internet halkın bilgiye ve haberlere ulaşmasında ve bilgiyi ve haberleri paylaşmasında büyük rol oynamaktadır.

Üstelik 10. maddenin koruması yalnızca bilginin içeriğiyle de sınırlı değildir. Bu çerçevede bilginin iletilmesi ve bilgiye ulaşılmasına dair yöntemlerde madde kapsamında

⁸⁶ Dirk Voorhoof, "Freedom of Expression versus Privacy and Right to Reputation How to Preserve Public Interest Journalism", **When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights**, Ed. Stijn Smet, Eva Brems, Oxford, Oxford University Press, 2017, s.149.

⁸⁷ Ashby Donald and Others v. France, App. No. 36769/08, Judgment of 10 January 2013.

⁸⁸ Fredrik Neij and Peter Sunde Kolmisoppi v. Sweden, App. No. 40397/12, Judgment of 19 February 2013.

korunmaktadır. Ayrıca maddenin koruması yalnızca gerçek kişilerle sınırlı değildir. Autronic⁸⁹ kararında da belirtildiği üzere güdülen amacın ticari olup olmaması fark etmeksizin herkes madde 10'un korumasından yararlanabilmektedir.

Somut dava konusu bakımından, başvuru sahiplerinin bilgiyi yayma ve bilgiye ulaşma çerçevesinde çalışan internet siteleri madde 10'un korumasından yararlanmakta olup Sözleşmeciler devlet, başvuru sahiplerinin ifade özgürlüğü hakkına müdahalede bulunmuştur. Bu halde söz konusu müdahalenin kanunla öngörülmediği, meşru amaç gütmeyeceği ve nihayet demokratik bir toplumda gerekli olmadığı hallerde başvuru sahiplerinin ifade özgürlüğü hakkı ihlal edilecektir.

Başvuru sahiplerinin ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahale Fikri Mülkiyet ve Ceza Kanunları kapsamında gerçekleşmiş olup söz konusu müdahalenin hukuki dayanağı bulunmaktadır. Söz konusu müdahaleyle ulaşılmak istenen amaç ise başkalarının haklarının korunması ve suçun önlenmesidir. Her iki amaç da 10. maddenin 2. fıkrası çerçevesinde meşru amaç olarak kabul edilmektedir.

Bu halde incelenmesi gereken son nokta müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı başka bir deyişle orantılı olup olmadığıdır. Söz konusu orantılılık testi somut başvurular çerçevesinde şekillenmekte olup Mahkeme'nin incelemesi çatışan hakların doğası ve söz konusu başvuru kapsamında ne oranda korumaya gerek duyduklarını içermektedir.

Somut başvuru bakımından ise başvuru sahiplerinin bilgiyi paylaşma hakları ile fikri mülkiyet hakları yarışmaktadır. Bu noktada fikri mülkiyet hakkının da Sözleşme'nin 1 numaralı protokolünün 1. maddesi ile korunduğu ve bu kapsamda Sözleşmeciler devletlerin pozitif yükümlülüklerinin de gündeme gelebileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca Sözleşmeciler devletlerin takdir marjlarının boyutu da çeşitli faktörlere dayanmakta olup ifade özgürlüğü hakkı kapsamında korunan bilginin türü özel önem arz etmektedir.

Başvuru konusu bakımından, Pirate Bay madde 10'un koruma kapsamından yararlanmakla birlikte söz konusu korumanın kapsamı politik ifade ve tartışmalara atfedilen koruma kapsamıyla aynı düzeyde değildir. Dolayısıyla somut başvuruda, bilgiyi

⁸⁹ Autronic AG v. Switzerland, App. No. 12726/87, Judgment of 22 May 1990.

yayma hakkına atfedilen korumanın düzeyi dikkate alındığında İsveç Mahkemeleri'nin geniş takdir marjı bulunmaktadır. Dolayısıyla başvuruçuların ifade özgürlüğüne yapılan müdahale demokratik bir toplumda gerekli olup başvuruçuların ifade özgürlüğü hakkı ihlal edilmemiştir.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde, internet servis sağlayıcıların çoğunlukla özel hukuk tüzel kişilerine ait olduğu ve bu sebeple servis sağlayıcıların mülkiyet hakları çerçevesinde verdikleri kararların kategorik olarak ifade özgürlüğü hakkını ihlal eder nitelikte olmadığı sonucu doğru değildir. Ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemeler bulunmadığı takdirde, internet servis sağlayıcıların ağı müdahalelerinin her bir somut olay açısından tek tek incelenerek sonuca ulaşılması gerekmektedir. Bu kapsamda somut başvuruda müdahaleye uğrayan ifadenin niteliği özellikle önem taşımaktadır.

İnternet servis sağlayıcıların ağ yönetimi tekniklerinin politik ifadelere veya kamuyu ilgilendiren tartışmalara katkı sağlayacak nitelikteki ifadelere müdahale ettiği hallerde Mahkeme tarafından ifadeye verilen önem artacak ve dolayısıyla devletlerin pozitif yükümlülükleri söz konusu olacaktır.

Bununla birlikte Khurshid Mustafa ve Tarzibachi kararında da ortaya konulduğu üzere Mahkeme bilgi edinme hakkı kapsamında kültür ve eğlence programlarına ulaşmayı da korumaktadır. Özellikle televizyonda yayınlanan dizi, film ve programların devletin ilgili kurulları tarafından denetlenerek sansüre uğradığı koşullarda internet üzerinden çeşitli platformlar vasıtasıyla yayınlanan programlara ulaşmak bu çerçevede önem arz etmektedir. Nitekim toplumun genelinde azınlık olarak kabul edilen kişilerin, kendilerinin temsil edildiği çeşitli kültür ve eğlence programlarına ulaşabilmeleri, çoğulculuk açısından da önem taşımaktadır.

Ağ tarafsızlığına ilişkin AIHM'in muhtemel kriterlerini anlayabilmek adına Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "Ağ tarafsızlığı çerçevesinde ifade özgürlüğü hakkı ve özel yaşamın gizliliği hakkının korunması ve desteklenmesi" tavsiye kararına değinmekte yarar vardır.⁹⁰

⁹⁰ Recommendation CM/REC (2016)1 of the Committee of Ministers to the member States on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality.

Karar, bilgi toplumunda, bilgi ve fikir alışverişi ve bu bilgi ve fikirlerin demokratik hayata katkısı da dahil olmak üzere genel olarak ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasında internet bağlantısının ulaşılabilirliği ve kalitesinin önemi üzerinde durmaktadır. Bu çerçevede internet servis sağlayıcıların ağı yönetmesi meşru amaç kapsamında, örneğin ağ bütünlüğü ve güvenliğinin korunması, mümkündür. Bunun yanı sıra internet servis sağlayıcıların hukuk dışı ve zararlı bilgilerin yayılmasını engellemek amacıyla bu tarz içeriklere erişimi engellemeleri de mümkündür.

Ancak internet trafiğine yapılan diğer müdahaleler, internet servisinin kalitesine etki edebilecek nitelikte olabilecekleri gibi belirli özellikteki içerik, uygulama ve servislerin engellenmesine, ayrımcılığa uğramasına veya öncelik gösterilmesine neden olabileceklerdir. Ayrıca bu çerçevede kullanılan bazı teknikler kullanıcıların internete olan güvenini sarsacak nitelik de taşımaktadırlar.

İnternet ağı yönetiminden doğan bu çeşitli problemler özel yaşamın gizliliği ve ifade özgürlüğü haklarının korunması ve teşviki kapsamında endişe uyandırmaktadır. Bu çerçevede ağ tarafsızlığı prensibi, internet trafiğine karşı ayrımcı olmayan muamelenin ve kullanıcıların bilgi edinme ve yayma ve tercih ettikleri servisleri kullanma haklarını desteklemektedir.

Özellikle 10. maddenin etkin bir şekilde kullanılmasını pekiştirmektedir. Nitekim 10. madde yalnızca bilginin içeriğini değil bilginin yayılma şekillerini de koruma altına almaktadır. Diğer bir yandan ağ tarafsızlığı prensibi teknolojik yenilikleri ve ekonomik büyümeyi de desteklemektedir. Bu çerçevede Bakanlar komitesi üye devletlere ilgili diğer aktörlerle iş birliği içerisinde bütün gerekli önlemleri almalarını, ağ tarafsızlığı prensibini bu tavsiye karar çerçevesinde oluşturulan ilkeler çerçevesinde politikalarını şekillendirmelerini tavsiye etmekte ve söz konusu ilkeleri diğer uluslararası ve bölgesel forumlarda teşvik etmelerini önermektedir.

Bakanlar Komitesinin ağ tarafsızlığına ilişkin ilkeleri şimdiye kadar çalışmada değinilen ilkelerden farklı değildir. Buna göre internet trafiği, gönderen, alıcı, içerik, servis veya cihaz bağlamında ayrımcılık, sınırlama veya müdahale olmaksızın eşit bir şekilde yönetilmelidir. Ağ tarafsızlığı prensibi bütün internet servislerine altyapı, internete

bağlanmak için kullanılan ağ veya teknoloji fark etmeksizin uygulanmalıdır. Ancak bu prensip gerekli ve orantılı olan internet trafik yönetimi önlemlerini engellememektedir.

Bu kapsamda gerekli ve orantılı olarak kabul edilen önlemler; mahkeme veya yetkili otoritelerin kararlarının uygulanması, ağın bütünlüğü ve güvenliğinin korunması ile sağlanan servislerin ve son kullanıcıların teçhizatlarının korunması ve ağ tıkanmasının önlenmesinden ibarettir.

Gerekli durumlarda alınan önlemler ayrımcı olmamalı, şeffaf olmalı ve gerekli olduğundan daha uzun sürmemelidir. Ağ yönetimine ilişkin tedbirler periyodik olarak her üye devletin yetkili otoritesinin incelemesine tabi olmalıdır.

Bunun yanı sıra Bakanlar Komitesi çoğulculuk ve bilgi çeşitliliğinin korunması üzerinde de durmuştur. Ağ tarafsızlığı ilkesinin istisnası olarak internet servis sağlayıcılar ile içerik, uygulama ve servis sağlayıcılar arasında yapılan anlaşmalara ancak son kullanıcıların bilgiye ulaşma, bilgiyi kullanma ve yayma haklarının korunması için yeterli teminat bulunması halinde izin verilmelidir.

Özellikle internet trafiğine öncelikli muamelede bulunulması kullanıcıların internete ulaşmasının ödenebilirliğini, bağlantının performansını veya kalitesini engellememelidir. Son kullanıcıların, internet trafiğinin öncelikli muameleye maruz kalmadığı bir internet bağlantısı seçmede gerçek bir fırsatı olmalıdır. Ayrıca internet kullanıcıları böyle bir muamelenin bilgiye ulaşma ve bilgiyi yayma ve kullanma, kamu tarafından ulaşılabilir çeşitli ve çoğulcu içerik, seçtikleri uygulama ve servisler üzerindeki etkileri hakkında da bilgilendirilmelidir.

Ağ tarafsızlığına ilişkin ilkeler özel hayatın gizliliğine ilişkin düzenlemeler de içermektedir. Buna göre internet trafik yönetimi yöntemleri, kişisel verilerin işlenmesini ancak mahkeme veya yetkili otoritelerin kararlarının uygulanması, ağın bütünlüğü ve güvenliğinin korunması ile sağlanan servislerin ve son kullanıcıların teçhizatlarının korunması ve ağ tıkanmasının önlenmesi amaçları çerçevesinde gerekli ve orantılı olduğu ölçüde içermelidir. Bu çerçevede internet trafiğini yönetmeye ilişkin önlemler özel ve aile hayatına saygı hakkını etkileyebilecek niteliktedir dolayısıyla Sözleşmenin 8. maddesi de göz önünde bulundurulmalıdır.

Son olarak tavsiye karara göre internet servis sağlayıcılar, trafik yönetimi hakkında şeffaf olmalı ve kullanıcılara eksiksiz ve herkesin ulaşabileceği şekilde bilgi sağlamalıdır. Bu çerçevede üye devletlerin yetkili otoriteleri, internet trafiği yönetimine ilişkin uygulamaları denetlemeli ve raporlamalıdır. Söz konusu raporlar açık ve şeffaf olmalı ve ücretsiz olarak kamuya açık olmalıdır.

Ağ tarafsızlığına ilişkin ilkelere uymayan internet servis sağlayıcılar ise bu durumdan sorumlu tutulabilmelidirler. Sorumluluk sisteminin gerektiği şekilde işleyebilmesi açısından üye devletler gerekli mekanizmaları kurarak bu doğrultuda ağ tarafsızlığına ilişkin şikayetlere cevap verebilecek bir sistem kurmalıdırlar.

AIHM'in ifade özgürlüğüne ilişkin kararları ile Bakanlar Komitesinin tavsiye kararı birlikte incelendiğinde, tavsiye kararda yer alan kriterlerin dışında bulunan müdahalelerin ifade özgürlüğünü ihlal etmesi muhtemeldir. Nitekim Bakanlar Komitesinin tavsiye kararları üye devletler için bağlayıcı olmamakla birlikte Sözleşme'nin yorumlanması için yol gösterici niteliktedir.⁹¹ Bu çerçevede tavsiye kararların Mahkeme'nin içtihatlarına etkili olduğunu da belirtmekte yarar vardır.

Tavsiye kararların ve AK'nın sözleşmelerinin AIHM içtihatlarına olan etkisini incelemek açısından AIHM'in araştırma bölümünün raporundan bahsetmek gerekir.⁹² Raporda tavsiye kararların ve diğer sözleşmelerin etkisinin olduğu başvurular listelenmiştir. Örneğin Çek Cumhuriyeti'nde Roman çocukların özel bakıma ihtiyaç duyan çocuklarla aynı okula gönderilmesine ilişkin D.H. ve diğerleri başvurusunda⁹³, Büyük Daire Avrupa'daki Roman çocukların eğitimine ilişkin Bakanlar Komitesi tavsiye kararına⁹⁴ atıfta bulunmuştur.⁹⁵ Aynı şekilde Roman çocukların eğitim hakları

⁹¹ Hasan Kemal Elban, 'Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İlişkileri', **TBB Dergisi**, Sayı 77, 2008, s.171, (Çevrimiçi), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-77-436>, 15.05.2019.; İtir Aladağ Görentaş, 'Türkiye'de İnsan Hakları: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yarım Asırlık İmtihan', **Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 29, 2015 s.60.

⁹² Research Division: The use of Council of Europe treaties in the case-law of the European Court of Human Rights, Council of Europe / European Court of Human Rights, 2011, (Çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_treaties_CoE_ENG.pdf, 15.05.2019.

⁹³ D.H. and others v. The Czech Republic, App. No.57325/00, Judgment of 13 November 2007.

⁹⁴ Council of Europe, Recommendation No. R (2000) 4 of the Committee of Ministers to member states on the education of Roma/Gypsy children in Europe.

⁹⁵ paras. 54, 69.

kapsamında ayrımcılığa uğradıkları iddiasını içeren Oršuš ve diğerleri başvurusunda⁹⁶ da Mahkeme konuya ilişkin tavsiye kararı dikkate almıştır.⁹⁷

Sławomir Musiał başvurusunda⁹⁸ ise başvuru hapishane koşullarının Sözleşme'nin 3. ve 8. maddelerini ihlal ettiğini iddia etmektedir. Nitekim çocukluğundan beri epilepsi hastası olan başvurucuya aynı zamanda şizofreni ve diğer ciddi akli hastalık teşhisleri konmuştur. Bu çerçevede başvuru tutulduğu hapishane koşullarının, başvuru kişinin sağlık durumu da göz önünde bulundurulduğunda, madde 3'ü ihlal eder nitelikte olduğunu iddia etmektedir. Mahkeme konuya ilişkin Bakanlar Komitesi'nin konuya ilişkin tavsiye kararlarına⁹⁹ atıfta bulunmuştur.¹⁰⁰ AIHM'e göre, başvuru kişinin özel sağlık durumuna rağmen diğer tutuklularla aynı muameleye tabi tutulması, Polonyalı otoritelerin Avrupa Konseyi'nin tutukluluk koşullarının iyileştirilmesi tavsiyelerine uymakta başarısız olduğunu göstermektedir. Özellikle Bakanlar Komitesi'nin R (98) 7 numaralı tavsiye kararı dikkate alındığında ciddi akıl hastalıklarından mustarip tutuklular, yeterli ekipmanlara ve eğitilmiş çalışanlara sahip sağlık tesislerinde tutulmalıdırlar.¹⁰¹ Bu değerlendirmeler neticesinde Mahkeme madde 3'ün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Aynı şekilde yukarıda da bahsedilen¹⁰² Manole ve diğerleri başvurusunda da Mahkeme, kamu hizmeti niteliğindeki yayınlara ilişkin tavsiye kararlara atıfta bulunmuştur.¹⁰³ AIHM'e göre, Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararları doğrultusunda, Sözleşmeciler devletler kamu hizmeti niteliğindeki yayınlara ilişkin standartlar belirlemişlerdir. Bu çerçevede, madde 10'nun yorumlanmasında söz konusu tavsiye

⁹⁶ Oršuš and Others v. Croatia, App. No. 15766/03, Judgment of 16 March 2010; Başvurucular eğitim hayatları boyunca zaman zaman yalnızca Roman çocuklardan oluşan sınıflarda eğitim görmüşlerdir. para.10.

⁹⁷ para.77.

⁹⁸ Sławomir Musiał v. Poland, App. No. 28300/06, Judgment of 20 January 2009.

⁹⁹ Council of Europe, Recommendation No. R (98) 7 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to the member States concerning the ethical and organisational aspects of health care in prison; Council of Europe, Recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules.

¹⁰⁰ paras.62, 63, 96.

¹⁰¹ para.96.

¹⁰² Bkz.:yuk. s.58.

¹⁰³ Manole and Others v. Moldova, App. No. 13936/02, Judgment, of 17 December 2009, paras. 51-54.

kararlar yol göstericidir.¹⁰⁴ Üstelik Mahkeme, söz konusu başvuruda madde 10 kapsamında devletin pozitif yükümlülüğünün belirlenmesinde de tavsiye kararların rehberliğinden yararlanmışır.¹⁰⁵

Mahkeme, birçok başvuruda hakların yorumlanmasında Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararlarından yararlanmış ve tavsiye kararlara değer atfetmiştir. Dolayısıyla her ne kadar tavsiye kararlar üye devletler için bağlayıcı nitelikte olmasa da Komite'nin ağı tarafsızlığına ilişkin tavsiye kararı Mahkeme tarafından dikkate alınacaktır.

İfade özgürlüğü ve Sözleşmecî devletlerin pozitif yükümlölükleri açısından ise AİHM'in Appleby kararında da ortaya konulduğı üzere pozitif yükümlölükler genel olarak kamunun yararı ile bireylerin çıkarları arasındaki adil dengeye göre şekillenmektedir. Bu çerçevede adil dengenin belirlenmesiyle ilişkili faktörler; tehlikede olan ifadelerin türü, bu ifadelerin ne oranda kamuyu ilgilendirdiğı, söz konusu ifadelerin kamusal tartışmalara ne oranda katkı sağladığı, alternatif alanların ulaşılabilirliği ve diğerlerinin hakları veya kamunun haklarının birbirleri karşısındaki ağırlığıdır.¹⁰⁶ Dolayısıyla örneğın bir gazetenin internet trafiğı hızlandırılırken bir başka gazetenin internet trafiğinin yavaşlatılması ifade özgürlüğünün ihlalini oluşturacaktır.¹⁰⁷

Ancak Sözleşmecî devletlerin pozitif yükümlölüklerinin yalnızca bu ve benzeri durumlarda ortaya çıkacağını söylemek hatalı olacaktır. Öncelikle kamuyu ilgilendiren, kamusal tartışmalara katkı sağlayabilecek nitelikteki tartışmaların tek kaynağı haber siteleri değildir. Aksine günümüzde pek çok kamusal tartışma ve kamuya ilgilendiren bilgiler sosyal medya sayesinde gün yüzüne çıkmaktadır. İnternetin politik haberlerin yayılmasındaki önemli rolü ve vatandaşlar arasında siyasi müzakere için açık forum oluşturması yadsınamaz bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle, internet kullanımı sayesinde siyasi süreçlere daha fazla insanın katılması mümkün olmakta, siyaset

¹⁰⁴ para.102.

¹⁰⁵ paras.107, 109.

¹⁰⁶ Harris, O'Boyle, Warbrick, **a.g.e.**, s.617.

¹⁰⁷ Sluijs, **a.g.e.**, s.521.

bilimcilerine göre sıradan vatandaşların seçimler üzerindeki etkisi giderek daha önemli ve etkili hale gelmektedir.¹⁰⁸

Bu çerçevede yalnızca ticari amaçla yapılan anlaşmalar gereği birbirine alternatif sosyal medya siteleri veya uygulamalarından birinin internet trafiğinin hızlandırılırken bir diğerrinin yavaşlatılmasının, kamu tartışmalarına katkı yapacak nitelikteki ifadeleri tehlikeye atması muhtemeldir. Üzerinde durulması gereken bir diğerr noktada yalnız politik ifadelerin değil sanatsal ifadelerin de 10. madde çerçevesinde koruma altında olduğudur. Nitekim gerek televizyon ve sinemada sansürün giderek artması dolayısıyla gerekse de toplumun film ve dizi izleme alışkanlıklarının değişmesi nedeniyle online dizi ve film izleme platformlarının popülerliği gün geçtikçe artmaktadır. Bu çerçevede tavsiye kararda yer alan kriterlere uymayan müdahaleler de ifade özgürlüğü hakkını ihlal edecektir.

Ağ tarafsızlığı açısından Appleby kararında ortaya konulan kriterlerden özellikle üzerinde durulması gereken kriter ise alternatif alanların ulaşılabilirliğidir. Benzer bir kriter tavsiye kararla da “*Son kullanıcıların, internet trafiğinin öncelikli muameleye maruz kalmadığı bir internet bağlantısı seçmede gerçek bir fırsatı olmalıdır.*”¹⁰⁹ şeklinde ortaya konulmuştur. Dolayısıyla birden fazla internet servis sağlayıcının, etkin bir şekilde yer aldığı bir pazarda, bu servis sağlayıcılardan yalnızca bir ya da birkaçının belirli bir oranda internet trafiğini yönetmesi, başlı başına devletin pozitif yükümlülüğünün doğmasına sebebiyet vermeyebilir. Ancak son kullanıcıların, internet trafiğinin yönetilmediği bir servis sağlayıcı seçmede “gerçek” bir fırsatı olmaması halinde devletlerin pozitif yükümlülüğü ortaya çıkacaktır.

¹⁰⁸ Jennifer L. Newman, “Keeping the Internet Neutral: Net Neutrality and its Role in Protecting Political Expression on the Internet”, **Hastings Communications and Entertainment Law Journal**, Volume 31, no.1, 2008, s.169.

¹⁰⁹ Pluralism and Diversity of Information; As an exemption to the network neutrality principle, preferential treatment of traffic on the basis of arrangements between Internet service providers and providers of content, applications and services should be allowed only if sufficient safeguards for users’ ability to access, use and impart information are in place. In particular, preferential treatment of traffic should not diminish or affect the affordability, performance or quality of users’ access to the Internet. Internet users should have a real opportunity to choose an Internet connection without preferential treatment of traffic. They must also be informed about the impact that such treatment might have on their ability to access, use and impart information, diverse and pluralistic content that is publicly available, applications and services of their choice. para.3.2.

Görüldüğü üzere son kullanıcıların ve içerik sağlayıcıların ifade özgürlüğü hakkı bakımından ağ tarafsızlığı komplike, hakların ve yükümlülüklerin iç içe geçtiği bir alan oluşturmaktadır. Devletlerin olası bir ihlalden kaçınmak adına, ağ tarafsızlığına ilişkin farklı kurumlar tarafından yapılan düzenlemeler ve tavsiyeleri de göz önünde bulundurarak bu alanda ivedilikle iç hukuklarında düzenlemeler yapmaları en doğru yaklaşım olarak görülmektedir.

III. İNTERNET SERVİS SAĞLAYICILARIN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI

Ağ tarafsızlığı bakımından üzerinde durulması gereken husus internet servis sağlayıcıların internet trafiğini yönetmelerinin ifade özgürlüğü hakkı kapsamında ticari ifade sayılıp sayılamayacağıdır. AİHM içtihadına göre ticari ifadeler de aynı politik ve sanatsal ifadeler gibi 10. maddenin korumasından yararlanmaktadır. Ancak AİHM kararları göz önünde bulundurulduğunda ticari ifadeler, politik ve sanatsal ifadelerle karşılaştırıldığında, 10. maddenin korumasından daha az yararlanmakta, ticari ifadelerin sınırlandırılmasına ilişkin devletlere daha geniş takdir yetkisi verilmektedir fakat ticari ifadenin belirli bir kamu yararı taşıması halinde Mahkeme ifade özgürlüğünü daha geniş yorumlamaktadır.¹¹⁰ Bununla birlikte iletişimin amacının tamamen ekonomik olması, bu ifadeleri 10. maddenin koruma alanı dışına çıkarmamaktadır.¹¹¹ Bu çerçevede ticari ifadelerin yayılmasının herhangi bir gerekçeye dayanmaksızın engellenmesi ifade özgürlüğü hakkının ihlali olarak kabul edilmektedir.¹¹²

AİHM içtihadında konuyla ilgili olabilecek kararlardan biri Autronic davasıdır.¹¹³ Uydu üreticisi olan Autronic, Sovyet uydusundan şifresiz televizyon sinyalleri iletmek istemekteyse de bu talebi İsviçre'deki düzenleyici kurum tarafından reddedilmiştir. Bunun

¹¹⁰ Harris, O'Boyle, Warbrick, **a.g.e.**, s.639.; Barthold v. Germany, App. No. 8734/79, Judgment of 25 March 1985.

¹¹¹ Harris, O'Boyle, Warbrick, **a.g.e.**, s.636.

¹¹² Ulaş Karan, **İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2**, Avrupa Konseyi, 2018, s.20-21, (Çevrimiçi), http://www.anayasa.gov.tr/bireyselbasvuru/pdf/Kitaplar/02_Ifade_ozgurlugu.pdf, 19.08.2018.

¹¹³ Sluijs, **a.g.e.**, s.541.

üzerine Autronic ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'e başvuruda bulunmuştur.¹¹⁴

Mahkemeye göre Autronic AG'nin hukuki statüsü, limited şirket olması, aktivitelerinin ticari amaç taşıması veya ifade özgürlüğü hakkıyla korunmak istenen esas Autronic'i ifade özgürlüğü hakkından mahrum bırakmamaktadır. Dahası 10. madde yalnızca ifadenin içeriğini korumaya yönelik değildir. İletim, ses veya görüntü alma üzerindeki herhangi bir sınırlama bilgiye ulaşma ve bilgiyi yayma hakkını etkilediğinden 10. madde çerçevesinde korunmaktadır.¹¹⁵

Her ne kadar AİHM bilgiye ulaşmak ve bilgiyi iletmek çerçevesinde ifade özgürlüğünün kapsamını net bir şekilde tanımlamamış olsa da Mahkeme birçok kararında 10. madde kapsamının yalnızca fikir ve bilginin ifade ediliş biçimi olmadığını, özellikle gazeteciler açısından aynı zamanda bu fikir ve bilgilerin iletilme şeklini de koruduğunu belirtmiştir. Bu çerçevede Mahkeme'nin Autronic kararındaki gerekçelendirmesinden de yola çıkarak internet servis sağlayıcıların internet trafiğini yönetmelerinin (özellikle öncelik verme yavaşlatma kapsamında, nitekim içeriğin engellenmesi bilginin iletim şekliyle ilişkili değildir.) 10. madde çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün görülmektedir.¹¹⁶

İnternet servis sağlayıcıların, internet trafiğini yönetmelerinin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilirse üzerinde durulması gereken bir diğer adım ise devletin internet servis sağlayıcıların ifade özgürlüğüne müdahalesinin ne şekilde incelenmesi gerektiğidir. Bu noktada söz konusu inceleme klasik 10. madde sınırlama rejimi çerçevesinde olmalıdır. Dolayısıyla yapılan müdahalenin kanunla öngörülmüş olması, meşru bir amaca sahip olması ve demokratik bir toplumda gerekli olması diğer bir deyişle ölçülü olması gerekmektedir.

¹¹⁴ Autronic AG v. Switzerland, App. No. 12726/87, Judgment 22.05.1990.

¹¹⁵ para.47.

¹¹⁶ J. P. J. B. Sluijs, **Network neutrality and European law**, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2012, s.121, (Çevrimiçi), https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/1469808/Sluijs_Network_20-12-2012_emb_tot_20-03-2013.pdf, 16.08.2018.

Müdahalenin AİHS sınırlandırma rejimine uygunluğunun ilk adımı olarak ağ tarafsızlığına ilişkin iç hukukta yasal düzenleme bulunmalıdır. Sözleşmeciler devletlerin iç hukuktaki öngörülebilir nitelikteki yasal düzenlemeleri çerçevesinde, bu yasal düzenlemelere uygun olarak, internet servis sağlayıcıların ağ trafiğini yönetmesine ilişkin yaptıkları müdahaleler, sınırlama rejiminin ilk koşulu olan kanunla öngörülmüş olma kriterine uygun olacaktır.

İkinci aşamada ise söz konusu müdahalenin meşru bir amaca sahip olup olmadığı incelenmelidir. İfade özgürlüğü hakkının hangi meşru amaçlar çerçevesinde sınırlandırılabilirliği tüketici olarak 10. Maddenin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Ağ tarafsızlığı özelinde ise başkalarının şöhret ve haklarının korunması, devletlerin, internet trafiği yönetimine yapacakları olası müdahalelerinin meşru amacı olarak kabul edilebilecektir. Nitekim yukarıda da açıklandığı üzere, internet servis sağlayıcıların ağ üzerindeki müdahaleleri başkalarının ifade özgürlüğünü ihlal edebilecek nitelikte olup bir sonraki bölümde de açıklanacağı üzere bu müdahalelerin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal etmesi de mümkündür.

Son olarak incelenmesi gereken husus muhtemel bir müdahalenin güdülen meşru amaç çerçevesinde orantılı olup olmadığıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere AİHM ticari ifadelerin sınırlandırılmasına ilişkin davalarda devletlere daha geniş takdir yetkisi tanımaktadır. Ancak söz konusu ifadenin belirli bir kamu yararı taşıması halinde hakkın koruma çemberinin genişlemesi mümkün görülmektedir.

Bu çerçevede internet servis sağlayıcıların ağ bütünlüğünün korunması gibi son kullanıcıların tamamının haklarını olumlu yönde etkileyecek nitelikteki trafik yönetimi teknikleri, kamu yararı taşıdığı ölçüde, internet servis sağlayıcılar lehine daha geniş koruma sağlaması muhtemel görünmektedir. Fakat internet servis sağlayıcıların kamu yararı taşımayan, ticari amaçlı internet trafiği yönetimi tekniklerinde ibre devletlerin takdir marjının genişliği yönünde olacaktır.¹¹⁷

¹¹⁷ A.e., s.127-131.

Ticari ifadeler söz konusu olduğunda müdahalenin gerekliliğinin diğer ifade türlerine kıyasla daha kolay kabul edildiği doğrudur.¹¹⁸ Ancak belirtmek gerekir ki takdir marjının geniş olması müdahalenin zorunlulukla ihlal sonuçlamayacağı anlamına gelmez. Müdahalenin Sözleşmeye uygun olup olmadığının denetimi yine müdahalenin kanunla ön görülüp görülmediği, meşru amacı haiz olup olmadığı ve nihayet demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı çerçevesinde yapılacaktır. Takdir marjının genişliği ise müdahalenin güdülen meşru amaç doğrultusunda demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı noktasında önem taşımaktadır.

Örneğin Krone Verlag başvurusunda¹¹⁹ Mahkeme devletin takdir marjının genişliğini kabul etmekle birlikte müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği incelemesi neticesinde madde 10'un ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Başvurucu Krone Verlag şirketi Neue Kronenzeitung isimli günlük gazetenin sahibidir. Neue Kronenzeitung aylık abonelik için reklam yayınlamış ve bu reklamda kendi aylık abone oranlarını bir başka bölgesel gazete olan Salzburger Nachrichten'nin abonelik oranlarıyla kıyaslamıştır. Reklama göre Neue Kronenzeitung en iyi bölgesel gazetedir.

Reklamın yayınlanmasından sonra Salzburger Nachrichten Salzburg Bölge Mahkemesi'ne başvurarak, haksız rekabet kuralları çerçevesinde, reklam hakkında ihtiyati tedbir kararı verilmesini talep etmiştir. Bölge Mahkemesi talep doğrultusunda ihtiyati tedbir kararı vererek reklamın yayınlanmasını yasaklamışsa Linz Temyiz Mahkemesi kararı bozmuştur. Ancak Salzburger Nachrichten Yüksek Mahkeme'ye temyiz başvurusunda bulunmuş ve bunun üzerine Yüksek Mahkeme ihtiyati tedbir kararı vermiştir.

Yüksek Mahkeme reklamı yanıltıcı bulmuş ve davanın koşulları çerçevesinde Neue Kronenzeitung'un kendisini en iyi bölgesel gazete olarak adlandırmasını Salzburger Nachrichten'i aşağılar nitelikte bulmuştur. Davanın ileriki aşamalarında Salzburg Bölge Mahkemesi, 'okuyucuların yanıltılmasını engelleyecek nitelikte bilgi içermediği sürece',

¹¹⁸ Colin R. Munro, "The Value of Commercial Speech", **The Cambridge Law Journal**, Vol. 62, No. 1, 2003, s.141.

¹¹⁹ Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria (no. 3), App. No. 39069/97, Judgment of 11 December 2003.

başvurucunun söz konusu reklamı yayınlamasını ve fiyat kıyaslaması yapmasını yasaklamıştır. Bununla birlikte başvuru gazetesinin Salzburger Nachrichten’i pahalı olarak nitelendirmesini de yasaklayarak Mahkeme kararını yayınlamasını da karara bağlamıştır.

AIHM söz konusu müdahalenin kanunla öngörüldüğünü kabul etmiştir.¹²⁰ Nitekim müdahale Haksız Rekabet Kanunu’na dayanmaktadır. Mahkeme müdahalenin başkalarının haklarının korunması meşru amacını haiz olduğunu da kabul etmiştir.¹²¹

Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının incelenmesi kapsamında ise Mahkeme devletlerin belirli bir takdir marjına sahip olduğunu kabul etmektedir. Üstelik bu takdir marjı haksız rekabet gibi karmaşık bir alanda özellikle önemli kabul edilmektedir. Fakat söz konusu takdir marjı gerek ilgili kurallar gerekse de bu kuralların uygulanmasına ilişkin kararlar kapsamında Avrupa denetimine de tabidir.¹²²

Somut dava koşulları göz önünde bulundurulduğunda, yerel mahkemelerin kararları temelde iki gazetesinin kalite açısından farklı olduğuna ve bu sebeple fiyat karşılaştırmasının yanıltıcı olduğuna dayanmaktadır. Bununla birlikte, mahkemeler her iki gazetesinin birbirinin rakibi olduğunu ve aynı okuyucu kitlesine hitap ettiklerini de kabul etmektedir. AIHM’e göre Avusturya mahkemelerinin bu iki değerlendirmesi birbiriyle tutarlı değildir.¹²³

Üstelik yerel mahkemelerin ileride yapılacak reklamların fiyat kıyaslaması içermesine ilişkin kararının sonuçları göz ardı edilmemelidir. Karar doğrultusunda başvuru şirket eğer fiyat kıyası yapmak isterse aynı zamanda haber tarzlarının farklılığını açıklayan bilgileri de sağlamak zorunda kalacaktır. AIHM’e göre başvurucunun pratikte bu bilgileri sağlayarak reklam yapması mümkün görülmemektedir.¹²⁴

Mahkeme’ye göre Avusturya mahkemeleri kendilerine tanınan takdir marjını aşmışlardır ve söz konusu yaptırım orantılı değildir. Dolayısıyla demokratik bir toplumda

¹²⁰ para.24.

¹²¹ para.27.

¹²² para.30.

¹²³ para.32.

¹²⁴ para.33.

gerekli olmayan müdahale neticesinde madde 10 ihlal edilmiştir.¹²⁵ Bu çerçevede söz konusu başvuru ticari amaçla yapılan reklama ilişkin olması bakımından önem taşımaktadır. Nitekim yukarıda açıklandığı üzere salt ticari amaçlı ifadelerde devletlerin geniş takdir marjının varlığı kabul edilmektedir. Ancak ilgili karar doğrultusunda bu takdir marjının sınırsız olmadığı ve orantılılık testini geçemeyen müdahalelerin ihlali sonuçlayacağı kabul edilmelidir.

Görüldüğü üzere ağ tarafsızlığı tartışmaları kapsamında hakların çatıştığı tek alan ifade özgürlüğü hakkı ile mülkiyet hakkı arasındaki ilişki değildir. İnternet servis sağlayıcıların ticari ifade özgürlükleri ile son kullanıcıların ifade özgürlüğü hakkı da Sözleşmenin aynı maddesinde korunmakta olup bu çerçevede çatışmaları mümkün görülmektedir.

Mahkemenin ifade özgürlüğü hakkına özel bir önem verdiği bilinmektedir. Bu çerçevede ifade özgürlüğü hakkının çatışması halinde ulaşılabilecek muhtemel çözümün anlaşılması için Mahkemenin ifade özgürlüğü hakkına verdiği bu özel önemin sebebi incelenmelidir.

Daha önce de açıklandığı üzere, ifade özgürlüğü hakkına verilen bu önemin temelinde, hakkın demokratik bir toplumdaki gerekliliği ve önemi yatmaktadır. Bu çerçevede özellikle toplumsal tartışmalara katkı sağlayacak ifadelerin koruma çemberi geniştir. Bununla birlikte Mahkeme, ticari ifadeleri de madde 10 kapsamında değerlendirerek ifade özgürlüğü hakkının kapsamına almıştır.

Ancak bu noktada unutulmamalıdır ki salt ticari ifadelerin AİHS korumasından yararlandığı alan politik ve sanatsal ifadelere göre daha dardır. Dolayısıyla son kullanıcıların bilgiye ulaşma ve bilgiyi yayma hakları ile internet servis sağlayıcıların ticari ifade özgürlüklerinin karşı karşıya geldikleri hallerde ibre son kullanıcıların haklarının korunmasından yana olacaktır. Aksi bir durum ise son kullanıcıların ifade özgürlüklerinin sınırlandırılmasının kamu yararı taşıdığı hallerde ortaya çıkabilecektir. Özellikle internet servis sağlayıcıların ağ yönetimi tekniklerinin, son kullanıcıların

¹²⁵ paras.34-35.

tamamını olumlu yönde etkileyecek olan ağ bütünlüğünün ve güvenliğinin korunmasına dayandığı hallerde, ticari ifadenin korunmasına öncelik verilmesi muhtemeldir



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AĞ TARAFSIZLIĞI VE ÖZEL YAŞAMA VE AİLE YAŞAMINA SAYGI HAKKI

I. GENEL OLARAK ÖZEL YAŞAMA VE AİLE YAŞAMINA SAYGI HAKKI

AİHS'in 8. maddesiyle¹ düzenlenen özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı temelde özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmeyi kapsamına almaktadır. Bu dört kavram AİHM'in otonom kavramlar doktrini çerçevesinde somut başvuruya konu olaylarla şekillenmektedir.² Hakkın kapsamı, AİHM içtihatları çerçevesinde, genişlemiş ve yine bu doğrultuda daha kompleks bir hal almıştır.³ Bu çerçevede 8. maddenin düzenlenme şekli 10. madde ile aynı olup maddenin ilk fıkrası genel olarak hakkın çerçevesini belirlerken maddenin ikinci fıkrası hakkın sınırlandırılmasının koşullarını ortaya koymaktadır. Buna göre hakkın sınırlandırılmasının kamu makamlarınca yapıldığı hallerde klasik sınırlama rejimi incelemesi yapılacak olup sınırlamanın hukukiliği için müdahalenin yasayla öngörülmüş olması, demokratik bir toplumda gerekli olması ve ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ekonomik refah, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya

¹ Madde 8- Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı;

1. Her kişi, özel yaşamına ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.
2. Bu hakkın kullanımına, bir kamu makamı tarafından, ulusal güvenlik, kamu emniyeti ya da ülkenin ekonomik refahı/ (esenliği) yararı için, düzensizliğin ya da suçun/ (suç işlenmesinin) önlenmesi için, sağlığın ya da ahlakın korunması için, yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, yasaya uygun olarak getirilen ve bir demokratik toplumda gerekli olanlar dışında/ (hariç), hiçbir müdahalede bulunulmayacaktır., Çeviri; Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri**, 1. Cilt, İstanbul, Legal, 2011, s.11,12.

² Gülay Arslan Öncü, **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8**, Avrupa Konseyi, 2019, s.23, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/ozel-yasama-ve-aile-yasam-na-sayg-hakk-baski/1680932442>, 17.02.2019.; Ivana Roagna, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması**, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Çev. Ayşe Gül Alkış Schäling, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012, s.10-11, (Çevrimiçi), http://inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/ozel_hayata_saygi.pdf, 19.08.2018.

³ Jean-François Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s.37.

ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amaçlarından birine dayanması gerekmektedir.

AİHS düzleminde özel yaşam kavramı geniş bir konsept olarak karşımıza çıkmaktadır. Kavram, dış dünyayla olan ilişkileri de içermekte olup haberleşmenin internet üzerinden yapılan iletişimi de içerdiği göz önünde bulundurulduğunda, internet servis sağlayıcıların aktif olarak internet trafiğini yönettiği ve özellikle DPI tekniği kullandığı hallerde, mahremiyet hakkı bakımından AİHS çerçevesinde problemli bir alan oluşturma potansiyeline sahiptir.⁴

Çalışmanın ilk kısmında da belirtildiği üzere yavaşlatma veya engelleme pratikleri tipik olarak DPI yöntemi kullanılarak yapılmaktadır. Bu çerçevede, ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemelerin olmadığı hallerde, internet servis sağlayıcıların ağ yönetimi tekniklerinin 8. madde kapsamında problematik olacağı iki ana alan çalışmanın bu bölümünde incelenecektir. Söz konusu iki alan kişisel verilerin korunması hakkı ve haberleşmeye saygı hakkından ibarettir. Her iki hak da 8. madde kapsamında özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde korunmaktadır. Bununla birlikte internet servis sağlayıcıların ağ yönetimi tekniklerinin bireyin kişiliğini oluşturma hakkına müdahale teşkil etmesi de mümkündür. Bu hal de çalışmanın bu bölümünde incelenecektir.

Bir önceki bölümde incelenen ifade özgürlüğü hakkında olduğu gibi özel yaşama saygı hakkının da öncelikli amacı sözleşmecî devletlerin bu hakka keyfî bir şekilde müdahalede bulunmasının engellenmesidir. Özel yaşam ve aile yaşamı, konut ve haberleşmeye keyfî müdahalede bulunmama yükümlülüğü, Sözleşmecî devletlerin klasik negatif yükümlülüğünü oluşturmaktadır.

Bununla birlikte, özel yaşama saygı hakkı kapsamında da sözleşmecî devletlerin özel hukuk tüzel kişileri arasındaki ilişkilerde de 8. maddeye saygı gösterilmesini sağlama

⁴ Sluijs, **Network neutrality and European law**, s.148.; BEREC'in raporuna göre yavaşlatma veya engelleme pratikleri tipik olarak DPI yöntemi kullanılarak yapılmaktadır. Bkz.: BEREC, **A View of Traffic Management and Other Practices Resulting in Restrictions to the Open Internet in Europe Findings from BEREC's and the European Commission's joint investigation**, s.22.

başka bir deyişle pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır.⁵ Sözleşmeciler devletlere yüklenen bu pozitif yükümlülüklerin amacının özel yaşama saygı hakkının etkili bir şekilde korunmasını sağlamak olduğu düşünüldüğünde ağ tarafsızlığı gibi bütün internet kullanıcılarını ilgilendiren önemli bir konuda yasal boşluk bulunmasının 8. maddenin etkili bir şekilde korunmasını engellemesi muhtemeldir. Nitekim 8. Madde kapsamında, devletlerin pozitif yükümlülükleri, bu doğrultuda yasal düzenlemeler yapmalarını da gerektirebilmektedir.

Bir önceki bölümde de açıklandığı üzere sözleşmeciler devletlerin negatif yükümlülükleri söz konusu olduğunda klasik AİHM hakların sınırlandırılması incelenmesi yapılmaktadır. Bu noktada göz önünde bulundurulması gereken husus ise hakkın öznesi bireyin çıkarı ile meşru amaç çerçevesinde yapılan müdahale ile amaçlanan kamu yararı arasındaki adil denge olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla negatif yükümlülükler söz konusu olduğunda, Mahkemenin incelemesi, devlet tarafından yapılan müdahalenin 8. maddenin 2. fıkrasına uygun olarak yapılıp yapılmadığı çerçevesinde olacaktır.

Bununla birlikte daha önce de açıklandığı üzere, günümüzde internet servis sağlayıcıların büyük çoğunluğu özel hukuk tüzel kişilerine aittir. Dolayısıyla bu hallerde sözleşmeciler devletlerin madde 8 kapsamında pozitif yükümlülükleri söz konusu olacaktır. Nitekim AİHM'in Marckx v. Belgium kararında da vurguladığı üzere, 8. madde temelde bireyleri sözleşmeciler devletlerin keyfi bir şekilde özel yaşamın ve aile yaşamının gizliliği hakkına müdahale etmesinden korumaktadır. Ancak açıklandığı üzere devletlerin pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır.⁶

Devletlerin söz konusu pozitif yükümlülüklerinin normatif dayanağı, 8. Madde çerçevesinde korunan her hak için geçerli olan saygı terimidir. Bu çerçevede AİHM,

⁵ Council of Europe/European Court of Human Rights, **Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights; Right to respect for private and family life, home and correspondence**, 31 August 2018, s.8, (Çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf, 22.08.2018.

⁶ Harris, O'Boyle, Warbrick, **a.g.e.**, s.532; Marckx v. Belgium, No. 6833/74, Judgment 13/06/1979.

maddede yer alan saygı gösterme terimini, hak çerçevesinde taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerini oluşturmak için kullanmıştır.⁷

Özel hayatın gizliliği kapsamında, devletlerin pozitif yükümlülüklerinin kapsamı belirli faktörlerin bir arada değerlendirilmesiyle saptanmaktadır. Bu faktörlerin bir kısmı başvurucuyla alakalı olup başvurunun tehlikede olan çıkarlarını, özel hayatın temel değerlerinin veya esas özelliklerinin risk altında olup olmamasıyla ilişkilidir.

Bununla birlikte sosyal gerçeklikle hukukun arasındaki fark, idarenin tutarlılığı ve iç hukuktaki yasal uygulamalar da önemli bir faktör olarak görülmektedir.⁸ Pozitif yükümlülüklerin kapsamını belirleyen diğer faktörler ise ilgili sözleşmecî devletle ilgilidir. Bu noktada söz konusu sorumluluğun dar ve belirli olması veya geniş ve belirsiz olması önemli faktörler olarak görülmektedir.⁹

Bu çerçevede mahkeme genellikle devletin ilgili menfaatler arasında adil denge kurmasına önem vermekle birlikte belirli durumlarda hak sahibi bireyi korumak için uygun tedbirlerin alınmasının gerekliliğini de vurgulayabilmektedir.¹⁰ Ağ tarafsızlığı kapsamında, kişisel verilerin korunması özelinde mahremiyet hakkı ve 8. madde kapsamında bulunan haberleşmeye saygı hakkı çerçevesinde devletlerin pozitif yükümlülükleri ve bu kapsamda AİHS'in yatay etkisi üzerinde ilgili haklar incelenirken ayrıca durulacaktır.

II. AĞ TARAFSIZLIĞI VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKI

Ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemelerin bulunmaması halinde, internet servis sağlayıcıların ağ yönetimine ilişkin tekniklerinin hangi problemlere yol açabileceğinin ortaya koyulabilmesi için öncelikle DPI tekniğinin açıklanması gerekmektedir. Nitekim bu tekniğin kullanıldığı hallerde ağ tarafsızlığına ilişkin tartışmalar daha da önemli hale

⁷ Gülay Arslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, 1. Bası, İstanbul, Beta, 2011, s.53.; Beijer, **a.g.e.**, s.40.

⁸ Council of Europe/European Court of Human Rights, **Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights; Right to respect for private and family life, home and correspondences**, s. 8.

⁹ **A.y.**

¹⁰ Ivana Roagna, **a.g.e.**, s.60.

gelmektedir. Bu halde tezin giriş kısmında kısaca açıklanan DPI tekniğinin madde 8 ile olan ilişkisinin detaylı olarak açıklanması gerekmektedir.

Daha önce de belirtildiği üzere internet servis sağlayıcıları çoğunlukla özel hukuk tüzel kişilerine aittirler. Bu halde özel hukuk tüzel kişilerinin kendi işletmelerinin çıkarları doğrultusunda en uygun ağ trafiği yöntemini kullanmaları da ilk bakışta mümkün görülmektedir.

DPI, ağ yöneticilerinin, eş zamanlı olarak, paketlerin veri alanlarını ve hedefe ulaşması için gerekli olan bilgileri incelemesini mümkün kılan bir ağ yönetimi tekniğidir. Bunun sonucu olarak DPI ağ yöneticilerinin yalnızca data paketinin kaynağını ve hedefini tanımlamalarına yaramaz, ek olarak ağ yöneticileri hangi uygulamaların kullanıldığını ve data paketinin içeriğini de inceleyebilirler. DPI tarafından sağlanan bilgiler sayesinde ağ yöneticileri, diğer bir deyişle internet servis sağlayıcılar, ağ üzerinde iletilen her türlü data paketi ayırt edebilir ve bu çerçevede ayrımcılık yapabilirler.¹¹

Esasen DPI, ağ üzerinde bilginin ulaşacağı son nokta harici inceleme noktaları kurarak, ağ üzerinde gönderilen data paketlerinin içeriklerini incelemeyi ve elde edilen bu bilgiyi daha önceden belirlenen kriterlere uyup uymadığı çerçevesinde incelemeyi içermektedir. Ağ altyapısının sahibi, DPI kullanarak, ağ üzerinde hangi bilgilerin alınabileceğini manipüle etme yeteneği kazanmaktadır.

Görece yeni bir teknoloji olan DPI teknolojisi öncesinde ise ağ bütünlüğünün korunması için tercih edilen iki farklı yöntem bulunmakta olup bunlar SPI ve paket ön filtrelemesi teknikleridir. SPI yönteminde yalnızca paket üst bilgileri (örneğin gönderenin ve alıcının IP adresleri gibi) incelenmektedir. Dolayısıyla, SPI tekniği çerçevesinde, data paketlerinin içeriği incelenmediğinden, iletişimin esas itibarıyla gizli kalması mümkün olmaktadır.

¹¹ Joan Ramos Toledano, **ISPs and Copyright: Deep Packet Inspection and Network Neutrality**, s.5-6, (Çevrimiçi), https://icil.gr/download.php?fey=years/2014/downloads/speakers/0070-toledano-full_text-en-v1.pdf, 07.02.2019; Congressional Research Service, **The Net Neutrality Debate: Access to Broadband Networks**, 2019, s.13-14, (Çevrimiçi), <https://fas.org/sgp/crs/misc/R40616.pdf>, 07.02.2019.

Paket ön filtreleme sisteminde ise şüpheli bulunan birkaç data paketi filtrelenirken çoğunluk data paketleri incelenmeden geçmektedirler.¹² Bu noktada belirtmek gerekir ki DPI yöntemine dayanan ayrımcılık, son kullanıcılar için her zaman olumsuz sonuçlar doğurmamaktadır. İnternet servis sağlayıcılar DPI'ı son kullanıcıların tecrübelerini olumlu yönde etkilemek amacıyla da kullanabilmektedirler. Örneğin DPI spamları, virüsleri veya kötü amaçlı yazılımları yakalamak ve önlemek için de kullanılmaktadır. Aynı zamanda DPI ağın kapasitesini planlama ve teşhisi için de kullanılmaktadır.

Görüldüğü üzere bu hallerde DPI kullanımı yalnızca internet servis sağlayıcının kendi çıkarlarına hizmet etmemek de aynı zaman da son kullanıcıların ağdan yararlanma tecrübelerini de iyileştirmektedir. Ancak DPI yöntemi neticesinde data paketlerine ilişkin elde edilen bu detaylı bilgilerin son kullanıcıları olumsuz etkileyecek şekilde kullanılması da mümkündür.

Örneğin bu yolla elde edilen bilgileri, internet servis sağlayıcıların rakiplerine ait servislere ayrımcı muamele yapmak için kullanılabileceklerdir. Bu durumda, söz konusu bilgilerin kullanımı hem rakiplere hem de son kullanıcılara zarar verecek olup DPI neticesinde elde edilen bilgiler doğrultusunda internet servis sağlayıcılar istedikleri içerikleri öncelikli muameleye tabi tutarken rakiplerine ait içerikleri yavaşlatabileceklerdir. Dolayısıyla DPI'nın internet trafiğini yavaşlatmak ya da bazı durumlarda belirli içerikleri engellemek amacıyla kullanılması ağ tarafsızlığı açısından da tartışma yaratmaktadır.

Nitekim ağ tarafsızlığı, internet servis sağlayıcıların internet trafiği üzerinde ayrımcı ağ yönetimi muamelelerinde bulunmasını engellemeyi amaçlayan bir prensip olup internetteki içeriklerin, sitelerin veya platformların internet servis sağlayıcılar tarafından kısıtlanması, bu prensibe zarar vermektedir.¹³

Bunun yanı sıra DPI tekniğinin kendisi, başlı başına, incelenen datadan kişisel bilgileri ayırt edebilecek nitelikte olması sebebiyle, son kullanıcıların mahremiyet hakkına ilişkin

¹² Angela Daly, "The legality of deep packet inspection", **International Journal of Communications Law & Policy**, No. 14, 2011, s.3.

¹³ A.e., s.6.

de problemli bir alan oluşturmaktadır.¹⁴ Burada önemli husus internet servis sağlayıcıların esasen paketlerin iletilmesi için içeriklerini incelemeye gerek duymuyor olmasıdır. Bu noktada internet söz konusu data paketlerinin doğru bir şekilde iletilmesi amacına dayanmakta olup her bir paket iletilmesi gereken bir bilgi içermektedir. Fakat nasıl ki postayla gönderilen maillerin doğru adrese ulaşması için posta servislerinin mektup içeriğini okuması gerekmiyorsa, internet servis sağlayıcıların da aynı doğrultuda data paketlerinin içeriğini incelemesi gerekmemektedir.

Dolayısıyla yukarıda da belirtildiği üzere DPI, ağ güvenliği, ağ genişliğinin yönetilmesi, hükümet/devlet gözetimi, içerik düzenlemeleri, telif hakkına ilişkin düzenlemelerin uygulanması ve reklam yerleştirmesi için kullanılmaktadır. Örneğin telif hakkı sahipleri¹⁵, internet servis sağlayıcıları, DPI kullanarak telif hakkını ihlal eden müzik ve videoları otomatik olarak bularak engellemeleri yönünde baskılamaktadır.¹⁶

DPI'nın kamu hukuku ve özel hukuk tüzel kişileri tarafından, internet üzerinden gönderilen verilerin içeriklerinin incelenmesi için kullanılmasının mahremiyet hakkını ihlal edebilecek nitelikte olduğunun kabulü gerekmektedir. Yukarıda da değinildiği üzere, DPI günümüzde farklı alanlarda kullanılmaktaysa da tekniğin esas amacı, internet ağını yöneterek, internet kullanıcılarını kötü amaçlı yazılımlardan korumak olarak karşımıza çıkmaktadır. DPI'nın en önemli özelliği bu kötü amaçlı yazılımları daha son kullanıcılara ulaşmadan önce yakalayarak, bu yazılımların ilerlemelerini ve ağ üzerinde yayılmalarını engellemesidir.¹⁷

Ancak DPI tekniğinin kullanıldığı diğer amaçlar özel hayata saygı hakkı kapsamında daha problemli bir alan oluşturmaktadır. Özellikle devlet gözetimi amacıyla DPI kullanılan haller tartışma konusu olmaktadır. Bu çerçevede, ABD hükümetinin, vatandaşlarının aldığı ve yolladığı bilgileri izlemek ve sansürlemek amacıyla DPI kullandığı

¹⁴ Congressional Research Service, **a.g.m.**, s.13-14.

¹⁵ Nitekim DPI yönteminin en yaygın kullanım alanlarından birisi de fikri mülkiyet haklarını ihlal eden içeriklerin ağ üzerinden paylaşılmasının engellenmesidir. Bkz.: Rob Frieden, "Internet Packet Sniffing and Its Impact on the Network Neutrality Debate and the Balance of Power Between Intellectual Property Creators and Consumers", **Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.**, Vol.18, (2008), s.652.

¹⁶ Toledano, **a.g.m.**, s.6.

¹⁷ Daly, **a.g.m.**, s.3.

bilinmektedir.¹⁸ DPI tekniğinin aynı amaçlarla Türkiye’de de kullanıldığı bilinmektedir. Nitekim Amerikan Procera firması ile TTNNet’in DPI tekniğinin kullanılmasına dair anlaşması bulunmaktadır.¹⁹

Son kullanıcıların, internet kullanım alışkanlıkları ve geçmişleri doğrultusunda belirlenen ilgi alanları çerçevesinde, kişiye özel reklam gösterilmesi ise DPI tekniğinin bir diğer kullanım alanı olarak karşımıza çıkmaktadır. Esasen internet üzerinde hedefe yönelik ve kişiye özel reklam gösterimi, “çerezlerin” kullanımıyla başlamış olup bu çerezler kullanıcının tarayıcısında yer alan bilgileri depolamaya ve bu bilgileri ağ sunucusuna göndermesi yöntemiyle çalışmaktadır.

Bu doğrultuda internet siteleri, siteyi ziyaret eden kullanıcıların geçmişleri hakkında bilgi toplamaktadırlar.²⁰ Ancak söz konusu çerezlerin kullanımı DPI yönteminin kullanımına kıyasla farklılıklar içermektedir. Nitekim çerezler yalnızca önceden belirlenmiş orandaki bilgilere ulaşabilmektedir. DPI yöntemi kullanıldığında ise kullanıcının internet üzerinde yaptığı her şey ulaşılabilir konumdadır.²¹

İnternet servis sağlayıcılar, DPI tekniği sayesinde, kullanıcılarının ziyaret ettikleri web sitelerini, bu sitelerin içeriklerini veya kullanıcıların kullandıkları uygulamaları tanımlayabilmektedir. Bu elde edilen veriler sayesinde, internet servis sağlayıcılar veya reklam partnerleri bu bilgileri bireysel olarak sınıflandırarak profil haline getirip daha sonra söz konusu kullanıcıları hedef alan reklamlar göstermekte de kullanılmaktadırlar.²²

¹⁸ A.e., s.4.; Aynı zamanda Türkiye’de TTNNet’in en az 2014 yılından itibaren DPI tekniği kullandığını ortaya koyan çalışmalar bulunmaktadır. Bkz.: Bilge Yeşim, Efe Kerem Sözeri, Online Surveillance in Turkey: Legislation, Technology and Citizen Involvement, **Surveillance & Society**, 15(3/4), s.546.

¹⁹ Detaylı bilgi için bkz.: Thomas Brewster, “Is An American Company's Technology Helping Turkey Spy On Its Citizens?”, **The Forbes**, 25.10.2016, (Çevrimiçi), <https://www.forbes.com/sites/thomasbrewster/2016/10/25/procera-francisco-partners-turkey-surveillance-erdogan/#2234c5674434>, 15.06.2019.

²⁰ Daly, **a.g.m.**, s.6.

²¹ A.y.; Ralf Bendrath, **Global technology trends and national regulation: Explaining Variation in the Governance of Deep Packet Inspection**, Paper prepared for the International Studies Annual Convention New York City, 15-18 February 2009 updated version 1.5, 3 March 2009, s.22, (Çevrimiçi), http://userpage.fu-berlin.de/bendrath/Paper_Ralf-Bendrath_DPI_v1-5.pdf, 09.02.2019.

²² Christian Fuchs, “Implications of Deep Packet Inspection (DPI) Internet Surveillance for Society”, **The Privacy & Security Research Paper Series**, Issue 1, Department of Informatics and Media Uppsala University, 2012, s.19-20, (Çevrimiçi), <http://fuchs.uti.at/wp-content/uploads/DPI.pdf>, 03.02.2019.

DPI teknolojisinin kullanılmasının yarattığı en büyük problemlerden birisi de kitlesel izleme teknikleriyle olan benzerliğidir. Nitekim DPI yöntemi, belirli bir bireyi hedef almamakta ancak ileride kullanılması muhtemel bilgileri toplamaktadır.²³

Bu çerçevede DPI kullanımının güncel örnekleri tartışma konusu yaratmaktadır. DPI'nın hedefe yönelik reklamcılık için kullanıldığı örneklerden birisi İngiliz telekom şirketi British Telecom ve reklam yazılımı sağlayan Amerikan şirketi Phorm arasındaki iş birliğidir. Phorm, Birleşik Krallık'ın en büyük üç internet servis sağlayıcısıyla ortaklık kurmuş ve bu çerçevede kişiye özel reklam ve içerik sunmayı vadetmiştir.²⁴

2007 yılında British Telecom, Phorm'un yazılımını deneme amaçlı olarak kullanıcılarının bilgisi veya rızası olmaksızın kullanmış ve bu durum o dönemde kullanıcıların mahremiyet hakkı çerçevesinde tartışma konusu olmuştur.²⁵ Nitekim Phorm DPI kullanımı çerçevesinde reklamcılığı amaçlamakta olup kullanılan teknik her son kullanıcının bütün internet kullanım trafiğinin anahtar kelimeler çerçevesinde incelenmesini içermektedir.²⁶

Kullanıcı hedefli reklamcılık amacıyla DPI tekniği kullanılması Türkiye uygulaması açısından da yabancı bir durum değildir. TTNNet şirketi de Phorm ile yaptığı ortaklık sonucunda kullanıcılarının kişisel verilerini toplamış olup BTK 24.04.2013 tarihli kurul kararı ile Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin

²³ Sophie Stalla-Bourdillon, Evangelia Papadaki, Tim Chown, "From porn to cybersecurity passing by copyright: How mass surveillance technologies are gaining legitimacy... The case of Deep packet inspection Technologies", **Computer Law and Security Review**, 30 (2014) 670-686, s.670.

²⁴ A.e., s.8.

²⁵ A.y.; <https://www.telegraph.co.uk/technology/news/8438461/BT-and-Phorm-how-an-online-privacy-scandal-unfolded.html>, <https://www.theguardian.com/technology/2008/apr/03/privacy.telecoms>, (Çevrimiçi), 10.02.2019.

²⁶ Bourdillon, Papadaki, Chown, a.g.m., s.8-9.

Korunması Hakkında Yönetmelik'in 8. maddesini²⁷ ihlal ettiği gerekçesiyle TTNNet'e para cezası vermiştir.²⁸

Çalışmanın başında da açıklandığı üzere, ağ tarafsızlığı internet üzerinde bilginin serbestçe iletilmesini, bu kapsamda internet servis sağlayıcıların, ağa müdahale etmeyerek, son kullanıcıların tercihlerine müdahale etmemesini sağlamayı amaçlamaktadır. İnternetin bugünkü popüler konuma ulaşmasında, herhangi bir cihaz ve uygulama vasıtasıyla internette mevcut olan içeriklere özgürce ulaşılmasını sağlamasının yatmaktadır.²⁹

DPI genel olarak internet servis sağlayıcılar tarafından ağ yönetimi amacıyla kullanılmakta olup pratiklerin büyük çoğunluğu ağ tarafsızlığı prensibine zarar verecek niteliktedir.³⁰ Nitekim DPI kullanımına ilişkin olarak son kullanıcılar bilgilendirilse dahi internet servis sağlayıcılar tarafından DPI'nın yoğun kullanılması, son kullanıcıların otosansürüne sebep olabilecek niteliktedir.

Gerçekten de hiçbir içerik sağlayıcı internet servis sağlayıcıların sahip olduğu bilgilere sahip olmayıp internet servis sağlayıcılar son kullanıcıların bütün online aktivitelerini görebilecek konumdadırlar.³¹ Özellikle kullanıcıların internet üzerindeki davranışlarının kaydedilerek farklı şekillerde kullanılması mahremiyet hakkını gündeme getirmektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere hükümetlerin internet servis sağlayıcılarla iş birliği içerisinde DPI'ı sansür ve gözetim amacıyla kullanması ile DPI kullanılarak yapılan son

²⁷ İlgili maddenin karar tarihindeki versiyonu;

"Telekomünikasyonun Gizliliği;

Madde 8 — Yasaların ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde, haberleşmeye taraf olanların tamamının izni olmaksızın, telekomünikasyonun üçüncü şahıs tarafından dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi veya gözetimi yasaktır.İlgili trafik verilerinin ise işletmeci tarafından hizmet amaçları dışında kaydedilmesi, saklanması ve gözetimi yasaktır." şeklindedir.

²⁸ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararı, Karar Tarihi: 24.04.2013, Karar No: 2013/DK-SDD/228, (Çevrimiçi), <https://www.btk.gov.tr/uploads/boarddecisions/ttnet-gezinti-hizmeti-sorusturmasi.pdf>, 07.02.2019.

²⁹ Michael A. DeRose, **Deep Packet Inspection and its Effects on Net Neutrality**, ePublications at Regis University, 2010, s.3-6, (Çevrimiçi), <https://publications.regis.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1355&context=theses>, 07.02.2019.

³⁰ Örneğin DPI tekniği yavaşlatma ve zero rating amacıyla da kullanılmaktadır. Bkz.: David Choffnes, Phillipa Gill, Alan Mislove, **An Empirical Evaluation of Deployed DPI Middleboxes and Their Implications for Policymakers**, 2017, s.6, (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=2941535>, 08.02.2019.

³¹ Fuchs, **a.g.e.**, s.17,18.

kullanıcıya yönelik reklamcılık kişisel verilerin korunması ile ağ tarafsızlığı arasındaki ilişkiyi gündeme getirmektedir.³²

Bu çerçevede, DPI yöntemi ile elde edilen kişisel veriler AİHS 8. maddesi kapsamında korunmakta olup internet servis sağlayıcıların DPI yöntemi kullandığı haller bu kapsamda incelenmelidir.³³ AİHM'in kişisel verilerin korunmasına ilişkin içtihatları, iletişimin dinlenmesi, kamu otoriteleri tarafından kişisel verilerin kaydedilmesi gibi farklı konulardaki başvurular çerçevesinde şekillenmiştir. Bu doğrultuda, madde 8 kapsamında devletler yalnızca müdahalede bulunmama yükümlülüğüne değil aynı zamanda hakkın etkili bir şekilde korunmasını sağlamak için belirli durumlarda pozitif yükümlülüğü de haizdirler.³⁴

AİHS'in 8. Maddesinin korumasının yanı sıra, kişisel veriler, Avrupa Konseyi'nin Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi³⁵ çerçevesinde de korunmaktadır. İlgili sözleşme 18 Mayıs 2018 tarihinde değişiklik protokolüyle³⁶ modernleştirilmiş ve bu çerçevede yenilen AB düzenlemeleri ile de uyum içerisinde olmasının sağlanması amaçlanmıştır. Yenilenmiş haliyle Sözleşme 108+ 10 Ekim 2018 tarihinde AK üyesi ve üye olmayan devletlerin de imzasına açılmışsa da Türkiye henüz Sözleşme'yi imzalamamıştır.³⁷

AİHS çerçevesinde kişisel verilerin korunması hakkı mahremiyet hakkı çerçevesinde değerlendirilmekte olup mahremiyet hakkı, kişilerin kendileri hakkındaki bilgileri kontrol etme hakkını da kapsamaktadır. Bu çerçevede, bireyin kendisi hakkındaki bilgilerin,

³² Daly, **a.g.m.**, s.8.

³³ Evangelia Psychogiopoulou, "The European Court of Human Rights, privacy and data protection in the digital era, **Courts, Privacy and Data Protection in the Digital Environment**, Ed. Maja Brkan, Evangelia Psychogiopoulou, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, s.33.

³⁴ European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, **Handbook on European data protection law**, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2018, s.24, (Çevrimiçi), https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_en.pdf, 15.05.2019.

³⁵ ETS No.108, Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data.

³⁶ Amending protocol to the Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data, adopted by the Committee of Ministers at its 128th Session in Elsinore on 18 May 2018.

³⁷ İmzacı devletler için bkz.: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223/signatures>

bireyin rızası olmaksızın açıklanamaması ve bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılamamasını içermektedir.³⁸ Bu noktada belirtmek gerekir ki kamu otoriteleri tarafından kişisel verilerin kaydedilmesi başlı başına özel yaşamın gizliliği hakkına müdahale teşkil etmektedir.³⁹

Kişisel verilerin korunması kapsamında, AİHS'in 8. maddesi Avrupa Konseyi'nin kişisel verilerin otomatik işleme tabi tutulmasına ilişkin sözleşmesiyle birlikte değerlendirilmelidir. Sözleşme'nin ilk maddesi ile Sözleşme'nin amacı kişisel verilerin otomatik işlenmesi sürecinde bireylerin özel yaşamlarının gizliliği hakkının korunması olarak belirlenmiş, bu çerçevede kişisel veri kavramı, "belirli ya da belirlenebilir⁴⁰ bir gerçek kişiye ait herhangi bir bilgi" şeklinde tanımlanmıştır.⁴¹ 108+ kapsamında ise kişisel veri kavramının tanımlanmasında değişikliğe gidilmemiştir.

Yine ilgili sözleşme kapsamında kişisel verilerin işlenmesinden, verilerin kaydı, bu verilere mantıksal veya aritmetik işlemlerin uygulanması, verilerin değiştirilmesi, silinmesi, geri elde edilmesi veya dağıtılması anlaşılmaktadır.⁴² 108+ ise kişisel verilerin işlenmesini, kişisel veriler üzerinde yapılan, verilerin toplanması, saklanması, muhafaza

³⁸ Öncü, **a.g.e.**, s.182.; Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi kişisel veriyi "belirli ya da belirlenebilir bir gerçek kişiye ait herhangi bir bilgi." Olarak tanımlamaktadır., Öncü, **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8**, s.80.

³⁹ Psychogiopoulou, **a.g.e.**, s.50.

⁴⁰ Bu çerçevede anonim veriler Sözleşme'nin kapsamında değerlendirilmemekte olup verinin anonim olmasından veri sahibinin belirlenmesinin imkansız olması veya veri sahibinin belirlenmesinin makul olmayan ölçülerde çaba, zaman ve kaynak gerektirmesi anlaşılmaktadır. Makul olmama ölçütü ise mevcut olan teknolojik gelişmeler çerçevesinde değerlendirilecektir. Bkz.: Council of Europe Treaty Series No. 223, Explanatory Report to the Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg, 2018, s.3-4, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/cets-223-explanatory-report-to-the-protocol-amending-the-convention-fo/16808ac91a>, 15.02.2019.; AİHM içtihatları doğrultusunda, belirli ya da belirlenebilir bir gerçek kişiye ait ifadesinden, mevcut bilgiden kişinin tanımlanabilmesi veya tanımlanması mümkün değilse de makul bir araştırma neticesinde kişinin tanımlanabilmesi anlaşılmaktadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki AİHM defaatle, AİHS kapsamında kişisel veri kavramından anlaşılması gerekenin Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi ile tanımlanan kişisel veri ile aynı olduğunu belirtmiştir. Bkz. European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, **a.g.e.**, s.39.

⁴¹ Öncü, **a.g.e.**, s.184.

⁴² Art. 2: Definitions;

For the purposes of this Convention;

"c. "automatic processing" includes the following operations if carried out in whole or in part by automated means: storage of data, carrying out of logical and/or arithmetical operations on those data, their alteration, erasure, retrieval or dissemination;..."

edilmesi, değiştirilmesi, geri elde edilmesi, ifşası, ulaşılabilir hale getirilmesi, silinmesi ya da yok edilmesi, bu verilere her türlü mantıksal veya aritmetik işlem uygulanması gibi her türlü işlem veya işlemler olarak tanımlamaktadır.⁴³ Bu çerçevede, Sözleşme kapsamında kişisel verilerin işlenmesinden, kişisel verilerin toplanması ve bu elde edilen veriler üzerindeki her türlü otomatik veya yarı otomatik işlem kastedilmektedir.⁴⁴ Görüldüğü üzere 108+ ile kişisel verilerin işlenmesinin kapsamı genişletilmiştir.

AİHM içtihatları kapsamında isim, e-posta adresi, IP adresleri, GPS verileri, fotoğraflar, örnekleri, parmak izi ve DNA profilleri, bankacılık belgeleri, tıbbi veriler ve kamera kayıtları kişisel veri olarak kabul edilmektedir.⁴⁵ Dolayısıyla bu verilerin ifşa edilmesi ve başkalarıyla paylaşılması madde 8 kapsamında müdahale oluşturmaktadır.⁴⁶ Belirtmek gerekir ki kişisel verilerin işlenmesine ilişkin sözleşmenin 6. maddesi⁴⁷ kişisel veriler içerisinde daha hassas özelliğe sahip olan verilere özel bir koruma getirmiş bulunmaktadır. Buna göre kişilerin ırkına, siyasi fikirlerine dini veya diğer inançlarına, sağlıkları veya cinsel yaşamlarına ve cezai hükümlerine ilişkin verilerin, iç hukukta yeterli koruma sağlanmadığı hallerde, otomatik olarak işlenmesi yasaktır. Her ne kadar Sözleşme'nin bu maddesi ile Sözleşme tarafı devletlere, söz konusu "yeterli koruma"yı

⁴³ Art. 2: Definitions;

For the purposes of this Convention:

"b "data processing" means any operation or set of operations performed on personal data, such as the collection, storage, preservation, alteration, retrieval, disclosure, making available, erasure, or destruction of, or the carrying out of logical and/or arithmetical operations on such data;

c. where automated processing is not used, data processing means an operation or set of operations performed upon personal data within a structured set of such data which are accessible or retrievable according to specific criteria;..."

⁴⁴ Explanatory Report to the Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, s.4.

⁴⁵ Öncü, **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8**, s.82.

⁴⁶ A.e., s.83.

⁴⁷ Art.6- Special Categories of Data;

Personal data revealing racial origin, political opinions or religious or other beliefs, as well as personal data concerning health or sexual life, may not be processed automatically unless domestic law provides appropriate safeguards. The same shall apply to personal data relating to criminal convictions.

sağlama hususunda geniş takdir yetkisi sağlamış olsa da söz konusu hassas veriler yalnızca istisnai hallerde işlenebilecektir.⁴⁸

108+ ise hassas verilere dair 6. madde kategorisini genişletmiştir.⁴⁹ Buna göre, genetik veriler; kanun ihlalleri, cezai tatbikat, mahkumiyet ve güvenlik tedbirlerine ilişkin kişisel veriler; kişiyi eşsiz bir şekilde tanımlayabilecek nitelikteki biyometrik veri; ırk veya etnik köken, politik fikirler, sendika üyeliği, dini veya diğer inançlar, sağlık veya cinsel yaşama dair veriler yalnızca hukukta yeterli koruma sağlandığı takdirde işlenebilecektir. Maddenin 2. fıkrasına göre ise hassas verilere dair sağlanan bu koruma, veri öznesinin çıkarlarının, haklarının ve temel özgürlüklerinin, risklere karşı, özellikle de ayrımcılığa uğrama riskine karşı, korunmasını sağlamalıdır.⁵⁰

108+'ın getirdiği bir diğer yenilik ise ağ tarafsızlığı ve şeffaflık arasındaki ilişki ile doğrudan ilgilidir. Sözleşme'nin 8. Maddesi uyarınca, Sözleşme tarafları, veri sorumlusunun^{51/} (controller)⁵², veri öznesi olan kişileri, kimliğinden ve ikametgahından;

⁴⁸ Linos-Alexander Sicilianos, "International Protection of Personal Data: Rivacy, freedom of information or both?", **Scientific and Technological Developments & Human Rights**, Ed. Linos -Alexander Sicilianos, Maria Gavouneli, Athens, Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2001, s.133.

⁴⁹ Art. 6- Special Categories of Data;

1 The processing of:

- genetic data;

- personal data relating to offences, criminal proceedings and convictions, and related security measures; - biometric data uniquely identifying a person;

- personal data for the information they reveal relating to racial or ethnic origin, political opinions, trade-union membership, religious or other beliefs, health or sexual life, shall only be allowed where appropriate safeguards are enshrined in law, complementing those of this Convention.

2 Such safeguards shall guard against the risks that the processing of sensitive data may present for the interests, rights and fundamental freedoms of the data subject, notably a risk of discrimination.

⁵⁰ İç hukuta kişisel verilerin korunması 6698 sayılı Kanun ile düzenleme altına alınmıştır. 6698 sayılı Kanun ise hassas verileri özel nitelikli veriler başlığı altında düzenlemiştir.;

Özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartları;

MADDE 6- (1) Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir

. (2) Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır.

⁵¹ 6698 sayılı Kanun'da (KVKK) ise veri sorumlusu 3.maddenin 1 bendi ile düzenlenmiş olup buna göre;

"Veri sorumlusu: Kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi," ifade etmektedir.

⁵² Veri işlenmesine dair karar verici yetkiyi haiz gerçek veya tüzel kişi, kamu otoritesi, servisi, ajansı veya herhangi bir diğer organı.

Art.2- Definitions;

"d "controller" means the natural or legal person, public authority, service, agency or any other body which alone or jointly with others has decision-making power with respect to data processing;..."

veri işlenmesinin yasal dayanağından ve amacından; işlenen kişisel verilerin kategorilerinden; kişisel verilerin 3. Kişilere iletilmesi söz konusu ise bunların varlığından ve 9. madde ile düzenlenen hakların ne şekilde ifa edilebileceğinden ve kişisel verilerin adil ve şeffaf olarak işlenmesi açısından gerekli olan her türlü bilgidan haber etmesini sağlamalıdır.⁵³⁵⁴

Sözleşme'nin 9. maddesi ise veri öznesini haklarına ilişkindir. Buna göre, her birey, verilerin otomatik işlenmesine dayanan ve kendini önemli ölçüde etkileyen bir karara, kendi görüşleri dikkate alınmaksızın konu olmama hakkına sahiptir⁵⁵; isteği halinde ve makul bir müddet dahilinde, aşırı gecikme ve masraf olmaksızın, kişisel verilerin işlenmesinin teyidini, işlenen veriye dair ulaşılabilir tüm bilgilerin anlaşılabilir bir biçimde, kendisine iletilmesini, saklama süresine dair bilgiler ile veri sorumlusunun şeffaflık yükümlülüğünü yerine getirmesi açısından gerekli diğer bilgileri elde etme hakkına⁵⁶; isteği halinde veri işlenmesinin gerekçesini elde etme hakkına⁵⁷; veri

⁵³ Art.8- Transparency of processing;

1 Each Party shall provide that the controller informs the data subjects of:

(a) his or her identity and habitual residence or establishment;
(b) the legal basis and the purposes of the intended processing;
(c) the categories of personal data processed;
(d) the recipients or categories of recipients of the personal data, if any;
and (e) the means of exercising the rights set out in Article 9, as well as any necessary additional information in order to ensure fair and transparent processing of the personal data.

⁵⁴ 6698 sayılı Kanun'da ise veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü düzenlenmiştir;

Veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü;

MADDE 10-

(1) Kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, ilgili kişilere;

a) Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği,
b) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği,
c) İşlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabilirliği,
ç) Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi,
d) 11 inci maddede sayılan diğer hakları, konusunda bilgi vermekle yükümlüdür.

⁵⁵ Art.9- Rights of the Data Subject;

1. Every individual shall have a right;

a. "not to be subject to a decision significantly affecting him or her based solely on an automated processing of data without having his or her views taken into consideration;..."

⁵⁶ b. "to obtain, on request, at reasonable intervals and without excessive delay or expense, confirmation of the processing of personal data relating to him or her, the communication in an intelligible form of the data processed all available information on their origin, on the preservation period as well as any other information that the controller is required to provide in order to ensure the transparency of processing in accordance with Article 8, paragraph 1;..."

⁵⁷ c."to obtain, on request, knowledge of the reasoning underlying data processing where the results of such processing are applied to him or her;..."

sorumlusu, veri öznesinin çıkarlarına baskın gelen makul sebepler ortaya koymadığı müddetçe, kendisine dair kişisel verilerin işlenmesine itiraz etme hakkına⁵⁸; isteği halinde ücretsiz olarak ve aşırı gecikme olmaksızın, işlenen verilerin Sözleşme hükümlerine aykırı olması halinde, işlenen verilerin düzeltilmesini veya silinmesini isteme hakkına⁵⁹; ve Sözleşme kapsamındaki haklarının ihlal edilmesi halinde başvuracağı bir kanun yoluna sahip olma hakkına⁶⁰ sahiptir.

Bu açıklamalara çerçevesinde internet servis sağlayıcıların kamuya ait olması halinde, kişisel verilerin işlenmesinin yasal bir dayanağının olması, meşru amaca sahip olması ve demokratik bir toplumda gerekli olması ve ölçülü olması gerekmektedir. Kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olduğu hallerde ise her halükarda kişisel veriler özel olarak belirlenmiş, açık ve meşru amaçlarla toplanmalı ve toplanan söz konusu veriler belirtilen amaçlar göz önünde bulundurulduğunda uygun, söz konusu amaçlarla ilgili olmalı ve aşkın olmamalıdır.⁶¹

DPI tekniği ile son kullanıcıların, internet üzerindeki her türlü işleminin, içerikleriyle birlikte izlenebildiği göz önünde bulundurulduğunda, bu yöntem ile kişisel verilerin işlendiği hallerin ölçülü olarak kabul edilememesi muhtemeldir.

İnternet servis sağlayıcıların özel hukuk tüzel kişisi olduğu hallerde ise Sözleşmeci devletlerin pozitif yükümlülükleri gündeme gelecektir. Mahremiyet hakkı çerçevesinde, devletlerin pozitif yükümlülüğü, hakkın üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesi halinde, ulusal hukukta bir hukuk yolu öngörülmesi gerektirmektedir.⁶² Kişisel Verilerin Otomatik

⁵⁸ d. “to object at any time, on grounds relating to his or her situation, to the processing of personal data concerning him or her unless the controller demonstrates legitimate grounds for the processing which override his or her interests or rights and fundamental freedoms;...”

⁵⁹ e. “to obtain, on request, free of charge and without excessive delay, rectification or erasure, as the case may be, of such data if these are being, or have been, processed contrary to the provisions of this Convention;...”

⁶⁰ f. “to have a remedy under Article 12 where his or her rights under this Convention have been violated;...”

⁶¹ Nicos C. Alivizatos, “Privacy and Transparency: A Difficult Conciliation”, **Scientific and Technological Developments & Human Rights**, Ed. Linos-Alexander Sicilianos, Maria Gavouneli, Athens, Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2001, s.121.

⁶² Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, s.186.

İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi ise kişisel verilerin kamu makamlarınca veya özel sektör tarafından işlenmesini kapsamına almaktadır.⁶³

İnternet servis sağlayıcıların, son kullanıcıların kişisel verilerini toplamasına ilişkin henüz AİHM kararı bulunmamakla birlikte, özel hukuk tüzel kişilerinin diğer kişilerin mahremiyet haklarını ihlal ettikleri hallerde, Sözleşmeciler devletlerin pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Nitekim Bărbulescu v. Romania⁶⁴ başvurusu, özel şirket olan işverenin, çalışanın elektronik ortamdaki iletişimini ve bu iletişimin içeriğini takip etmesi ve bu neticede elde ettiği bilgiler neticesinde iş akdini sonlandırmasına ilişkindir.

Başvurucu Bărbulescu, özel hayatı ve haberleşme özgürlüğü ihlal edildiği ve bu sebeple iş akdinin feshinin geçersiz olduğunu iddia etmişse de iç hukukta çabaları sonuç vermemiştir. Bu çerçevede, her ne kadar başvurunun iletişiminin takip edilmesi, kamu otoritesinin direkt müdahalesi niteliğinde olmasa da belirli koşullar altında, sözleşmeciler devletin, başvurunun özel hayatın gizliliği hakkını koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Dolayısıyla AİHM söz konusu başvuruyu devletlerin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde incelemiştir. Bu noktada Mahkeme'ye göre önemli olan husus bireyin hakkı ile toplumun çıkarları arasında adil denge gözetilmesidir.⁶⁵

Başvuru konusu bakımından gözetilmesi gerek adil denge ise başvurunun özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkı ile işverenin şirketinin işleyişi açısından, çalışanlarını işyerinde takip etme hakkıdır.⁶⁶ Başvurucu her ne kadar işvereni tarafından, işyerindeki iletişiminin takip edileceğine dair bilgilendirilmişse de söz konusu bildirim takibin kapsamını ve işverenin mesajların içeriğine ulaşabilme potansiyelini içermemektedir.

Mahkeme'ye göre ise önceden yapılan bildirimin, takibin boyutunu ve özellikle çalışanın iletişiminin içeriğine de ulaşılabilmesini belirtmesi gerekmektedir.⁶⁷ Bununla birlikte yerel mahkemeler, işverenin çalışanlarını takip etmesinin meşru amaçlara dayanıp

⁶³ Öncü, **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8**, s.79.; European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, **a.g.e.**, s.16.

⁶⁴ Bărbulescu v. Romania, App. No. 61496/08, (GC) Judgment of 05 September 2017.

⁶⁵ paras.110-112.

⁶⁶ Bu doğrultuda bu haklar arasındaki adil dengenin mevcudiyetini sağlamak, pozitif yükümlülükler kapsamında Sözleşmeciler devletlerin yükümlülüğüdür. Bkz.: para.124.

⁶⁷ para.133.

dayanmadığını incelemede yetersiz kalmışlardır.⁶⁸ AIHM bütün bu değerlendirmeler neticesinde, kamu makamlarının, başvuru sahibinin özel yaşamına ve haberleşme hakkına yeterli korumayı sağlayamadığını ve başvuru konusunu ilgilendiren haklar arasında adil dengeyi kuramadığını belirterek sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilmiş olduğu kararına ulaşmıştır.⁶⁹

Görüldüğü üzere, özel hukuk tüzel kişilerinin özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği hallerde, Sözleşmeciler devletlerin, hakkın etkili bir şekilde koruna bilmesi için gerekli önlemleri almaları gerekmektedir. İnternet servis sağlayıcıların, son kullanıcıların mahremiyet hakkını ihlal ettiği hallerde, inceleme son kullanıcıların mahremiyet hakkı ile internet servis sağlayıcıların internet ağını yönetme hakkı diğer bir deyişle mülkiyet hakkı arasında olmalıdır.

Bu çerçevede internet servis sağlayıcıların, ağ bütünlüğü ve güvenliğini son kullanıcıların haklarına daha az müdahalede bulunan yöntemlerle korunmasının mümkün olduğu hallerde ise çıkarlar arasındaki adil denge bozulacaktır. Dolayısıyla Sözleşmeciler devletlerin pozitif yükümlülüğü, bu adil dengenin korunması noktasında şekillenmektedir. Nitekim Mahkeme'ye göre kişisel verilerin korunması, Sözleşme'nin 8. maddesi ile koruma altına alınan özel yaşamın ve aile yaşamının korunmasının temel yapıtaşı niteliğindedir.⁷⁰

Sözleşmeciler devletlerin pozitif yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi gereken bir başka karar da Vukota-Bojić v. İsviçre⁷¹ başvurusudur. Başvurucu sigorta şirketi⁷²

⁶⁸ para.135.

⁶⁹ Kararın detaylı incelemesi için bkz.: H. Burak Gemalmaz, **Çalışanların İnternet İletişiminin İşverence İzlenmesi Özel Yaşam Hakkına Aykırı mıdır?: AIHM Büyük Dairenin 05 Eylül 2017 Tarihli Barbulescu Kararı**, 2017, (Çevrimiçi), <https://blog.lexpera.com.tr/calisanlarin-internet-iletisiminin-isverence-izlenmesi-ozel-yasam-hakkina-aykiri-midir-aihm-buyuk-dairenin-05-eyul-2017-tarihli-barbulescu-karari/>, 17.05.2019.

⁷⁰ S. And Marper v. UK, App. Nos. 30562/04 and 30566/04, (GC) Judgment of 04 December 2008, para.103.

⁷¹ Vukota-Bojić v. Switzerland, App. No. 61838/10, Final Judgment 18/10/2016.

⁷² Başvurucu zorunlu kaza sigortası kapsamında sigortalıdır. İsviçre kanuni (*Bundesgesetz über die Unfallversicherung*) düzenlemesine göre İsviçre'deki bütün işçiler zorunlu olarak sigortalanmaktadır. Bu çerçevede her ne kadar ilgili sigorta şirketi özel hukuk tüzel kişisi konumunda olsa da şirkete Federal Kamu Sağlığı Ofisi tarafından zorunlu kaza sigortasından doğan menfaatleri sağlaması ve kısmi olarak yasa ile düzenlenen sigorta primlerini toplaması için görevlendirilmiştir. İsviçre yerel mahkemelerinin içtihatlarına göre somut sigorta şirketi ve benzeri konumda olan diğer özel sigorta şirketleri kamu otoritesi olarak kabul

tarafından görevlendirilen özel dedektifler tarafından takip edilmiş ve fotoğrafları çekilmiş olup bu yolla elde edilen deliller İsviçre Mahkemeleri tarafından karara esas alınmıştır. Yerel mahkemeye göre başvurusunun bu yollarla takip edilmesi başvuru açısından öngörülebilir niteliktedir. Nitekim başvuru sigorta şirketine gerekli olan bütün bilgileri verme yükümlülüğü altındadır.⁷³

AİHM'e göre ise İsviçre Federal Mahkemesi, izlenmenin kapsamı göz önünde bulundurulduğunda, yeterli koruma sağlamamaktadır. Bu çerçevede, iç hukuktaki güvencelerin yetersizliği ve Federal Mahkeme'nin yeterli koruma sağlamamış olması birlikte değerlendirildiğinde, İsviçre özel yaşamın korunması için yeterli ve etkili güvence sağlamakta başarısız olmuştur.⁷⁴

Söz konusu başvuru bakımından bir başka önemli husus ise İsviçre hükümetinin, başvurusunun izlenmesi neticesinde özel hayatın gizliliğine yapılan müdahalenin bu yolla ulaşılması amaçlanan, sigorta dolandırıcılığının engellenmesi ve dolayısıyla kamu kaynaklarının doğru kullanılmasının sağlanması ile elde dilmek istenen kamu yararının başvurusunun hakkının korunmasından daha büyük öneme sahip olduğu argümanıdır.⁷⁵ Bu argüman karşısında AİHM meşru amaçların önemi ve başvurusunun izlenmesinin, özel yaşamın gizliliğine görece olarak daha az müdahale eder nitelikte olduğunu kabul etmişse de her şeye rağmen Sözleşmeciler devletlerin yeterli koruma sağlamasının gerekliliği üzerinde durmuştur.⁷⁶

Dolayısıyla AİHM içtihatları çerçevesinde, internet servis sağlayıcıların ağ güvenliğinin korunması gibi kamu yararı güden meşru amaçlarla son kullanıcıların özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiği hallerde de Sözleşmeciler devletlerin koruma yükümlülüğü bulunacaktır. Nitekim başvuru konusu bakımından, Mahkeme, iç hukukta sigorta şirketlerine kamu otoritesi gibi davranarak, sigorta ihtilaflarında sigortalıyı gizlice

edilmekte olup bağlayıcı kararlar aldıkları ölçüde İsviçre Anayasası'nda düzenlenen temel haklara saygı göstermek zorundadırlar., Bkz.: para. 46., Çeviri kendime aittir.

⁷³ para.71.

⁷⁴ paras.72-74.

⁷⁵ para.76.

⁷⁶ para.77.

takip etmelerine dair takdir yetkisi verilmesinde bu takdir yetkisinin kapsamı bakımından, iç hukukun yeterli açıklıkta olmadığına kanaat getirmiştir.⁷⁷

Sigorta şirketinin sigortalıyı takibine ilişkin yakın tarihli Mehmedovic başvurusu da burada açıklanmalıdır.⁷⁸ Başvurucular Elvir Mehmedovic ve eşi Eldina Mehmedovic sigorta şirketinin görevlendirdiği özel dedektifler tarafından kamuya açık alanlarda takip edilmiş ve görüntüleri çekilmiştir. Başvurucular bu durumun Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiği iddiasıyla başvuruda bulunmuşlardır.

Vukota-Bojić başvurusundan farklı olarak somut başvuru konusu olaylar özel sorumluluk sigortasına ilişkindir. Bu kapsamda ilgili sigorta şirketi, Vukota-Bojić başvurusundaki şirketten farklı olarak, kamu hukukundan kaynaklanan görevleri yerine getirmemektedir. Bu halde ilgili sigorta şirketinin özel hukuk tüzel kişisi olduğunun kabulü gerekir.⁷⁹ Dolayısıyla somut başvuru açısından İsviçre'nin madde 8 kapsamında pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin incelenmesi gerekir.

Bu çerçevede, İsviçre mahkemeleri sigorta şirketi ile başvuruçuların çatışan çıkarları arasında detaylı incelemede bulunmuşlardır. Üstelik başvuruçunun özel hayatının korunması çıkarı yalnızca sigorta şirketinin çıkarları korunmamakta, sigorta şirketi aynı zamanda kolektif olarak diğer sigortalıların hakkını da gözetmektedir. İsviçre mahkemeleri, sigortacının bu bahsedilen çıkarların korunması amacına ulaşabilmek adına, sigortalının haberi olmaksızın özel dedektif tarafından takip edilmesini gerekli bulmuştur. Mahkemeler, başvuruçunun yalnızca kamuya açık alanda takip edildiğini ve bu takibin tek amacının sigortacının maddi çıkarlarını korumak olduğunu da göz önünde bulundurmuşlardır. Mahkemelere göre sigortacının çıkarları başvuruçunun kişilik haklarına kıyasla ağır basmaktadır. Diğer başvuruç Eldina Mehmedovic'in başvurusu ise hakkında toplanan bilgilerin azlığı ve tesadüfi olması göz önünde bulundurularak⁸⁰ dayanaktan yoksun bulunmuştur.

⁷⁷ A.y.

⁷⁸ Mehmedovic v. Switzerland, App. No.17331/11, Admissibility Decision of 11 December 2018.

⁷⁹ para.15.

⁸⁰ Nitekim kendisi hakkında devamlı ve sistematik bir veri toplanması söz konusu değildir.

AİHM bu doğrultuda İsviçre mahkemelerinin değerlendirmelerine katılarak madde 8'in ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁸¹ Görüldüğü üzere sigorta şirketinin kamu otoritesi olarak kabul edilip edilmemesi Mahkeme'nin incelemesini büyük oranda etkilemektedir. Devletlerin özel hukuk tüzel kişilerine bir takım kamu otoritesine benzer haklar tanıdıkları hallerde Mahkeme'nin incelemesi daha katı olmaktadır.

Netice olarak internet servis sağlayıcıların gerek ağ güvenliği gerek reklam yerleştirme gerekse de hükümetlerle iş birliği içerisinde vatandaşların izlenmesi sebebiyle kişisel bilgileri işlediği haller son kullanıcıların özel yaşamının gizliliğine müdahale eder niteliktedirler. Sözleşmeci devletler internet servis sağlayıcıların bu pratiklerinin AİHM kriterlerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.

Bu noktada son kullanıcıların mahremiyet haklarıyla internet servis sağlayıcıların ticari ifade özgürlüklerinin çatışan haklar olarak karşı karşıya olduğunu söylemek de mümkündür. Nitekim yukarıda da açıklandığı üzere internet servis sağlayıcıların ağ yönetimi pratiklerinin ticari ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür. Yukarıda açıklanan Autronic kararı göz önünde bulundurulduğunda önceliklendirme ve yavaşlatma uygulamaları ticari ifade kapsamında korunabilir niteliktedir.⁸²

Bununla birlikte AİHM içtihatları kapsamında bu iki hakkın karşı karşıya geldiği haller genel olarak kamunun bilgiye ulaşma hakkı ve kamuyu ilgilendiren bu bilginin öznesinin özel yaşamının gizliliği hakkı çerçevesinde şekillenmektedir. Bu noktada Mahkeme'nin adil dengenin, 10. maddenin korunması yönünde olduğuna ilişkin kararları, söz konusu ifadenin kamusal tartışmalara katkı sağlayacak nitelikte olup olmadığı, demokrasinin etkili bir şekilde işlemesine katkı sağlayıp sağlamadığı, ifadenin politik, sanatsal, akademik ifade olması ve genel olarak demokratik bir toplumda ifade edilmesinin önemi haiz olup olmaması çerçevesinde şekillenmiştir.⁸³ Dolayısıyla

⁸¹ The Court declares ill-founded an application concerning the surveillance of an insured person in public areas by investigators from a private insurance company, Press Release issued by the Registrar of the Court, ECHR 019 (2019), 17.01.2019, (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6302554-8226649>, 17.09.2019.

⁸² Bkz: yuk. s.74-77.

⁸³ Leto Cariolou, "Circumnavigating the Conflict Between the Right to Reputation and the Right to Freedom of Expression", **When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights**, Ed. Stijn Smet, Eva Brems, Oxford, Oxford University Press, 2017, s.179-180.

Mahkeme'nin içtihatları iki hak arasındaki adil dengenin tespiti çerçevesinde önem taşımakta olup dengenin ifade özgürlüğünün korunmasından yana olduğu haller genellikle toplumun tamamını ilgilendiren, kamuya mal olmuş kişiler hakkındaki ifadeleri ve genel olarak demokratik bir toplumda önem taşıyan ifadeleri kapsamaktadır.⁸⁴

Bu noktada 10. maddenin koruma kapsamı ticari ifadeleri de içeri alacak şekilde genişlemiş olmakla birlikte 8. maddenin koruma kapsamı da AİHM içtihatları çerçevesinde geniş yorumlanmaktadır. Mahkeme'ye göre, madde 8 kapsamında özel yaşam kavramı içeriğinin tüketici olarak sayılmasına müsait bir kavram değildir. Bu noktada kişisel özerklik kavramı, madde 8 açısından büyük önem arz etmekte olup madde tarafından sağlanan korumanın kapsamının yorumlanmasında büyük rol oynamaktadır.⁸⁵

Dolayısıyla DPI yöntemini kullanarak son kullanıcıların internet üzerindeki bütün iletişimlerinin içeriklerinin dahi incelenebileceği göz önünde bulundurulduğunda, özel yaşama yapılan müdahalenin boyutu ile internet servis sağlayıcıların ticari ifade özgürlüğü hakları arasındaki adil dengenin tespitinde, son kullanıcıların mahremiyet haklarının korunmasının ağır gelmesi muhtemeldir. Nitekim ticari ifadeler madde 10 korumasından yararlanmakla birlikte bu korumanın boyutları diğer ifade türleri göz önünde bulundurulduğunda daha dar kapsamda yorumlanmaktadır.

Bununla birlikte, doktrinde çatışan haklar söz konusu olduğunda dikkate alınması gereken birtakım kriterler ileri sürülmüştür. Bu kriterler Smet tarafından, Mahkeme'nin içtihatları da göz önünde bulundurularak, sınırlamanın hak üzerindeki etkisi, hakkın özünün etkilenip etkilenmediği, çatışan hakkın yanında başka bir hakkın etkilenip etkilenmediği, kamu yararının mevcudiyeti, amaç ve sorumluluk olarak belirlenmiştir.⁸⁶ Her ne kadar ilgili kriterler kişinin şeref ve haysiyetinin korunması ile ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde belirlenmişse de kriterler bu çalışma konusu bakımından da ilgilidir.

⁸⁴ Alain Zysset, **The ECHR and Human Rights Theory Reconciling the Moral and the Political Conceptions**, Oxon, Routledge, 2017, s. 204-206.

⁸⁵ Aksu v. Turkey, App. no. 4149/04 and 41021/04, (GC) Judgment of 15 March 2012; Voorhoof, **a.g.m.**, s.154.

⁸⁶ Stijn Smet, "Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict", **AM. U. INT'L L. REV.**, 26:1, 2010.

Yazara göre etki veya müdahalenin ciddiliği kriteri gereği çatışan iki haktan birine öncelik verilerek korunması halinde hangi hakkın bu müdahaleden daha fazla etkileneceği incelenmeli ve müdahaleden daha çok etkileneceği tespit edilen hak bu kapsamda korunmalıdır.⁸⁷ Etki kriteri kapsamında ifadenin içeriği, şekli ve başvurucunun topluma mal olmuş bir kişi olması gibi kriterler ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde önem taşımaktadır.⁸⁸ DPI tekniği bu kriter çerçevesinde değerlendirilirse söz konusu ifade Mahkeme tarafından koruma kapsamı diğer ifade türlerine kıyasla dar yorumlanmakta olup ifadenin korunması halinde internet kullanıcılarının tamamının mahremiyet hakkına müdahale teşkil edecektir.

Yazarın belirlediği ikinci kriter ise hakkın özünün zarar görüp görmediğidir. İfade özgürlüğü hakkı bakımından basın özgürlüğü ve politik ifadeler hakkın özü olarak kabul edilmektedir.⁸⁹

Ağ tarafsızlığı tartışmaları açısından ise DPI tekniğinin kullanıldığı hallerde son kullanıcıların internet kullanımlarının içeriği her zaman ve her yerde izlenebilmektedir. Bu bakımdan tekniğin kullanımına izin verilmesi halinde son kullanıcıların özel yaşamın gizliliği hakkının özünün zarar gördüğünün kabul edilmesi muhtemeldir.

Hakkın sınırlandırılması halinde başka bir hakkın bundan etkilenip etkileneceği kriteri ise DPI açısından komplike bir kriterdir. İnternet servis sağlayıcılar bakımından, DPI tekniğinin kullanılması ifade özgürlüğü kapsamında olduğu gibi mülkiyet hakkının

⁸⁷ A.e., s.189.

⁸⁸ A.e., s.202-217.; AIHM içtihatlarında ifade özgürlüğü ve özel yaşama saygı hakkının karşı karşıya geldiği haller genel olarak basın özgürlüğü ve kamuya mal olmuş kişilerin özel yaşamları çerçevesinde şekillenmiştir. Bu çerçevede md.8 ve md.10'un çatıştığı başvurularda dengenin sağlanması için Mahkeme birtakım kriterler geliştirmiş olup bunlar bilginin elde edilme şekli, ifadenin kamusal tartışmalara yapacağı katkı, ifade ile mahremiyet haklarına müdahalede bulunan kişilerin ne ölçüde kamuya mal oldukları, ifadenin içeriği, söz konusu ifadenin daha önce yayınlanıp yayınlanmadığı ve ifade dolayısıyla cezai yaptırım uygulanması halinde bu cezanın ağırlığıdır. Bkz., Cumpănă and Mazăre v. Romania, App. No.33348/96, Judgment of 17 December 2004, Von Hannover v. Germany (No. 2), App. Nos. 40660/08 and 60641/08, Judgment of 07 February 2012, kararda md.8 ve md.10 çatışmasının çözümündeki kriterler için bkz.: paras. 108-113, Axel Springer AG v. Germany, App. No.39954/08, Judgment of 07 February 2012, md. 8 ve md.10 değerlendirmesi için bkz. paras. 90-95, Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France, App. No. 40457/07, Judgment of 10 November 2015, paras. 96-152, Bédat v. Switzerland, App. No. 56925/08, Judgment of 29 March 2016, paras. 55-82.

⁸⁹ Nitekim ifade özgürlüğüne verilen önemin temelinde hakkın demokratik bir toplumdaki önemi yatmaktadır. Smet, 'Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict', s. 219.

da verdiği yetkilerden biridir. Nitekim mülkiyet hakkına ilişkin bölümde de açıklanacağı üzere mülkiyet hakkı sahibine hak nesnesinden istediği gibi yararlanma hakkı vermektedir. Bu halde internet servis sağlayıcıların, kendi internet ağları üzerinde istedikleri ağ yönetimi pratiklerini kullanmalarının mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi pekâlâ mümkündür. Dolayısıyla DPI tekniğinin kullanılmasının sınırlandırıldığı hallerde internet servis sağlayıcıların mülkiyet hakları da bu müdahaleden etkilenmektedir.

DPI tekniği kullanımının sınırlandırılmadığı hallerde ise son kullanıcıların mahremiyet haklarına müdahalede bulunmaktadır. Bununla beraber bu durumdan son kullanıcıların ifade özgürlüğü haklarının da etkilenmesi muhtemeldir. Nitekim yukarıda da açıklandığı üzere DPI tekniğinin kullanılmasının son kullanıcıların otosansürüne sebebiyet vermesi muhtemeldir.⁹⁰

Genel kamu yararı incelenmesi gereken bir diğerkriterdir. Politik ifadelerin veya basın özgürlüğünün söz konusu olduğu başvurularda, ifadenin korunması ile elde edilecek kamu yararı kendini göstermektedir.⁹¹ Ancak ticari ifadeler için kamu yararının varlığının tespiti pek muhtemel görülmemektedir.

Bununla birlikte DPI tekniğinin ağ güvenliğinin korunması amacıyla kullanıldığı hallerde kamu yararının varlığından söz etmek mümkündür. İnternet kullanıcılarının sayısı düşünüldüğünde ise DPI tekniğinin kullanılmasına müdahale edildiği hallerde toplumun önemli bir kesiminin mahremiyet hakkı korunduğu için kamu yararının varlığı muhtemeldir.

Amaç kriterinden ise başvuru konusu ifade ile kamuyu ilgilendiren bir tartışmaya katkı sağlamak amacının mevcudiyeti ile ifadenin amacının belirli bir kişiye saldırı amacı taşıyıp taşımadığı anlaşılmaktadır.⁹² DPI tekniği açısından ticari ifadenin söz konusu olduğu düşünüldüğünde, DPI pratiğinin kamusal tartışmalara katkı sağlar nitelikte kabul edilmesi olası değildir.

⁹⁰ bkz.: yuk. s.90.

⁹¹ Smet, 'Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict', s. 221,222.

⁹² A.e., s.277.

Son olarak sorumluluk kriterinin değerlendirilmesi gerekir. Sorumluluk kriterinden hakkın kullanılmasında, hak öznesinin sorumlu davranması anlaşılmaktadır. Kriterin önemi genel olarak hakaret davası konulu başvurularda ortaya çıkmakta olup gazetecinin kaynağının güvenilirliğini araştırması şeklinde somutlaştırılabilir.⁹³ Dolayısıyla söz konusu kriterin DPI çerçevesinde internet servis sağlayıcılara uygulanması mümkün gözükmemektedir.

Son olarak bir önceki bölümde de bahsedilen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "Ağ tarafsızlığı çerçevesinde ifade özgürlüğü hakkı ve özel yaşamın gizliliği hakkının korunması ve desteklenmesi" tavsiye kararına AİHS madde 8 çerçevesinde değinmekte yarar vardır.⁹⁴

Yukarıda da açıklandığı üzere, tavsiye karara göre internet servis sağlayıcıların kişisel verileri işlemesi ancak mahkeme veya yetkili otoritelerin kararlarının uygulanması, ağın bütünlüğü ve güvenliğinin korunması ile sağlanan servislerin ve son kullanıcıların teçhizatlarının korunması ve ağ tıkanmasının önlenmesi amaçları çerçevesinde gerekli ve orantılı olduğu ölçüde kabul edilebilir niteliktedir. Bu çerçevede söz konusu pratiklerin AİHS madde 8 ve Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi ile uyum içerisinde olması gerekmektedir.

İnternet servis sağlayıcıların ağ yönetimi pratiklerinin 8. madde kapsamında hakka müdahale teşkil ettiği kabul edildiğinde söz konusu müdahalenin AİHS sınırlama rejimi çerçevesinde incelenmesi gerekir. İnternet servis sağlayıcının kamuya ait olduğu veya DPI yönteminin hükümetin son kullanıcıların internet kullanımını denetlemek için kullanıldığı hallerde Sözleşmeciler tarafların negatif yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Madde 8 çerçevesinde kabul edilebilecek meşru amaçlar dikkate alındığında kategorik olarak DPI kullanılarak son kullanıcıların mahremiyet haklarının ihlal edilmesinin, sayılan meşru amaçlara dayanması halinde dahi orantısız bir müdahale olarak görülecektir.

Nitekim DPI yönteminin kullanılması, internet servis sağlayıcının, ayırım gözetmeksizin, bütün son kullanıcıların haklarına müdahale etmesini sonuçlamaktadır. Bu

⁹³ A.e., s.191.

⁹⁴ Bkz: yuk. s.67 vd.

çerçevede Sözleşmecî devletin müdahalesinin gerekli olduğunun kabul edilebilmesi için müdahalenin sosyal ihtiyaç baskısına cevap vermesi ve güdülen meşru amaç göz önünde bulundurulduğunda orantılı olması gerekmektedir.⁹⁵ Dolayısıyla bu kapsamda DPI kullanılmasının orantılı ve demokratik bir toplumda gerekli görülmesi mümkün görünmemektedir.

İnternet servis sağlayıcıların özel hukuk kişisi olduğu hallerde ise Sözleşmecî devletlerin pozitif yükümlülükleri söz konusu olacaktır. Pozitif yükümlülüklerin varlığı halinde ise Sözleşmecî devletlerin belirli bir takdir marjı olduğu kabul edilmektedir. Bu takdir marjı özellikle madde 8'in Sözleşmedeki diğer haklar ile çatıştığı hallerde önem kazanmaktadır.⁹⁶

Ancak daha önce de açıklandığı üzere, özel yaşamın gizliliği hakkının ticari ifade özgürlüğü ile karşı karşıya kaldığı hallerde, adil denge madde 8'in korunmasından yana görünmektedir. Özel yaşamın gizliliği hakkının mülkiyet hakkıyla karşı karşıya geldiği hallerde ise inceleme yukarıda açıklanan ifade özgürlüğü hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerden farklı olmayacaktır. Nitekim Mahkeme gerek negatif yükümlülüklerde gerekse de pozitif yükümlülüklerde, çatışan haklar ve çıkarlar arasında adil dengenin sağlanmasını aramaktadır.⁹⁷ Dolayısıyla kategorik olarak bütün son kullanıcıların mahremiyet hakkını ihlal eden ağ yönetimi uygulamalarında adil dengenin, internet servis sağlayıcıların mülkiyet haklarının korunmasından yana olması mümkün görünmemektedir.

III. AĞ TARAFSIZLIĞI VE HABERLEŞMEYE SAYGI HAKKI

Haberleşme hakkı madde 8 kapsamında koruma altına alınan bir diğer alt kategoridir. Madde içeriğinde haberleşme teriminin tanımını bulunmamakla birlikte AIHM içtihatları kapsamında internet üzerinden gerçekleştirilen haberleşme de 8. maddenin koruma

⁹⁵ **Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights; Right to respect for private and family life, home and correspondence**, Council of Europe/European Court of Human Rights, s. 11.

⁹⁶ **A.e.**, s.533-534.

⁹⁷ Laurens Lavrysen, **Human Rights in a Positive State Rethinking in the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights**, Cambridge, Intersentia, 2016, s.222.

çerçevesinden yararlanmaktadır.⁹⁸ Ayrıca haberleşmeye saygı hakkı, haberleşmenin içeriğinden bağımsız olarak koruma getirmekte olup haberleşme yöntemi de tek başına maddenin korumasından yararlanmaktadır.⁹⁹

Dolayısıyla haberleşme hakkının korunması haberleşmenin içeriğinden ve şeklinden bağımsız olarak korunan bir hak olarak karşımıza çıkar. Teknolojik gelişmeler de göz önünde bulundurulduğunda hakkın kapsamına telefon, faks, mektup, eposta ve internet kullanımı girmektedir.¹⁰⁰ Bu kapsamda internet servis sağlayıcıların, ağ yönetimi pratikleri haberleşmenin gizliliğini ihlal edebileceği gibi yavaşlatma veya engelleme çerçevesinde son kullanıcıların haberleşme haklarının tamamen engellenmesi de söz konusu olabilecektir. Haberleşmenin gizliliğinin ihlal edildiği durumlar yukarıda açıklanan mahremiyet hakkıyla beraber değerlendirilebilecekken, haberleşmenin tamamen engellendiği haller de madde 8 kapsamında değerlendirilebilecektir.

Çalışmanın bir önceki bölümünde de açıklandığı üzere, DPI yönteminin kullanıldığı hallerde data paketlerinin içerikleri incelenebilmekte olup bu çerçevede son kullanıcıların internet üzerinden haberleşmesinin kesintiye uğraması da mümkündür. Herhangi bir müdahaleye uğramadan haberleşebilme hakkı madde 8 ile korunan özel yaşama saygı hakkının temel unsurlarından birini oluşturmaktadır.

Dolayısıyla DPI yöntemi kullanılarak, son kullanıcıların internet üzerinden haberleşmelerinin kesintiye uğradığı haller, son kullanıcıların mahremiyet haklarına müdahale teşkil etmektedir.¹⁰¹

Bununla birlikte DPI yöntemi kullanılmaksızın yalnızca paket üst bilgilerinin incelendiği SPI yöntemi kullanılarak da trafik yönetiminin gerçekleştirilmesi mümkündür. SPI yöntemi ile internet trafiğinin yavaşlatıldığı veya önceliklendirildiği hallerde trafik yönetimi gönderenin veya alıcının IP adreslerinin işlenmesine dayanıyorsa, bu durum

⁹⁸ Öncü, **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8**, s.134.

⁹⁹ A.y.

¹⁰⁰ Harris, O’Boyle, Warbrick, a.g.e., s.530; **Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights; Right to respect for private and family life, home and correspondence**, Council of Europe/European Court of Human Rights, s.80; bkz.: Copland v. The United Kingdom, App. No. 62617/00, Judgment of 03 July 2007, paras.41-42.

¹⁰¹ Koops, Sluijs, a.g.e., s.6.

madde 8 çerçevesinde müdahale teşkil edecektir. Nitekim AİHM içtihatlarına göre IP adresleri de kişisel veri olarak kabul edilmektedir.¹⁰²

Ancak önceliklendirme ve yavaşlatmaya ilişkin trafik yönetiminin, kişisel verilerin işlenmesine dayanmadığı hallerde söz konusu ağ yönetimi pratiğinin madde 8 kapsamına girip girmeyeceği tartışmalıdır. Bu noktada bir diğer argüman da önceliklendirmenin veya yavaşlatmanın madde 8 kapsamına girmesinin esas sebebinin kişisel verilerin işlenmesi olmadığıdır. Buna göre haberleşmeye saygı kapsamında özel hayat kavramı AİHM içtihatları çerçevesinde geniş yorumlanmakta olup Mahkeme'nin dinamik yorum yöntemleri¹⁰³ de göz önünde bulundurulduğunda söz konusu ağ yönetimi pratiklerinin varlığı başlı başına problemlili bir alan oluşturmaktadır. Özellikle internet trafiğinin yavaşlatıldığı hallerde bu durumun haberleşmeyi yavaşlattığı bir gerçektir.¹⁰⁴

Bununla birlikte internet trafiğinin kişisel veriler kullanılmadan yavaşlatılması halinde, söz konusu ağ yönetimi tekniğinin madde 8 kapsamında değerlendirilmesi uzak bir ihtimal gibi görülmektedir. Ancak ikinci bölümde de açıklandığı üzere trafiğin yavaşlatılmasının ifade özgürlüğü hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi pekâlâ mümkündür. Dolayısıyla internet trafik yönetiminin kişisel verilerin işlenmesini içerdiği hallerde iletişim denetlenmesine ilişkin kriterler uygulama alanı bulacaktır.

AİHM içtihatlarına göre Sözleşmeciler devletlerin haberleşmenin gizliliğini ihlal etmeme yükümlülüğünün yanında hakkın etkili bir şekilde korunmasını sağlamaya

¹⁰² Benedik v. Slovenia, App. No. 62357/14 Judgment of 24 April 2018, paras. 107-119, bkz.: Öncü, **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8**, s.82. Ayrıca Avrupa Adalet Divanı da IP adresini kişisel veri olarak kabul etmektedir. Bkz.: Case C-70/10, Scarlet extended SA v. Societe Belge des Auteurs, Compositeurs et SCRL (SABAM), para. 26, Case C-582/14, Patrick Breyer v. Germany, paras. 31-49.

¹⁰³ Dinamik yorum yöntemi ilk defa Mahkeme'nin Tyrer v. The United Kingdom (App. No. 5856/72, Judgment of 25 April 1978) kararında uygulanmıştır. Buna göre, Sözleşme yaşayan bir belgedir ve günümüz koşulları dikkate alınarak yorumlanmalıdır. *“the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field”* para.31. Kavramla dair detaylı bilgi için bkz.: Kanstantsin Dzehtsiarou, “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights”, **German Law Journal**, Vol.12 No.10.

¹⁰⁴ Koops, Sluijs, **a.g.e.**, s.7.

yönelik pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır.¹⁰⁵ Yukarıda bahsedilen Bărbulescu v. Romania kararında da görüldüğü üzere, üçüncü kişilerin haberleşmenin içeriğini denetlediği hallerde, Sözleşmeciler devletlerin yeterli koruma sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu noktada işyerinde iletişimin denetlenmesine dair AİHM başvurularında, işveren tarafından önceden bildirim yapılması ve bu yolla çalışanın iletişiminin denetleneceğine dair makul beklentisinin olması önem taşımaktadır.

Ancak yine Bărbulescu v. Romania kararında görüleceği üzere işverenin yaptığı bildirim her zaman yeterli olmamaktadır. Nitekim söz konusu bildirimin takibin kapsamı açısından yeterli derecede açıklayıcı olması gerekmektedir.¹⁰⁶ Dolayısıyla işverenin çalışanların iletişimini denetleyebilmesi için çalışanlarını önceden denetlemenin boyutları ve kapsamı hakkında tam olarak bilgilendirmesi gerekmektedir.

Söz konusu kriterler internet servis sağlayıcıların trafik yönetimi pratiklerine uyarlandığında, öncelikle internet servis sağlayıcıların, son kullanıcıları söz konusu pratiklere ilişkin tam olarak bilgilendirmeleri gerekmektedir. Ayrıca internet kullanımının boyutu göz önünde bulundurulduğunda internet servis sağlayıcıların iletişimi denetlemesinin, işverenin işyerindeki denetiminden daha ileri boyutlarda olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır.

İnternet servis sağlayıcıların DPI yöntemi kullanmadan ağ üzerindeki içerikleri engellemeleri ise ayrıca değerlendirilmelidir. Engelleme hakkına büyük oranda müdahale edeceği ortadadır. Ayrıca mahkeme kararı olmaksızın, ağ yönetimi adı altında, içeriklerin engellenmesi AİHM tarafından daha az kabul edilebilir görülmektedir.¹⁰⁷ Nitekim Mahkeme gerek madde 8 gerekse de madde 10 kapsamında hakların etkili bir şekilde korunması amacıyla devletlerin pozitif yükümlülüklerini kabul etmiştir. Dolayısıyla özel hukuk tüzel kişileri tarafından bütün son kullanıcıların haberleşme haklarına müdahale edildiği olası bir durumda Mahkeme'nin pozitif yükümlülükler çerçevesinde incelemede bulunması muhtemeldir. Bu durumda

¹⁰⁵ Öncü, **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8**, s.143.

¹⁰⁶ Yuk.s.97.

¹⁰⁷ Koops, Sluijs, **a.g.e.**, s.7.

engellenmenin, kişisel verilerin işlenmesi çerçevesinde yapılıp yapılmadığı fark etmeksizin, madde 8 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Bu kapsamda AİHM içtihatları genel olarak mahkumların haberleşme hakları çerçevesinde şekillenmiştir. Bu içtihatlar çerçevesinde şekillenen kriterlere göre kişinin haberleşme hakkının engellenmesi madde 8 çerçevesinde haberleşme hakkına en büyük müdahalelerden birini oluşturmaktadır.¹⁰⁸ Ayrıca bahsetmek gerekir ki bilgiye ulaşma hakkının engellendiği hallerde, söz konusu bilginin başvurucunun kişisel durumu ile alakalı olduğu haller de madde 8 altında incelenmektedir.¹⁰⁹

Daha önce de açıklandığı üzere, sınırlama rejiminin incelenmesi için internet servis sağlayıcıların kamuya ait olduğu haller ve özel hukuk tüzel kişilerine ait olduğu haller arasında ayırım yapmak gerekmektedir. İnternet servis sağlayıcıların özel hukuk tüzel kişilerine ait olduğu ancak haberleşme hakkına müdahalenin kamu otoriteleri tarafından uygulandığı haller ve internet servis sağlayıcıların kısmi veya tamamen kamuya ait olduğu hallerde Sözleşmeciler devletlerin negatif yükümlülükleri gündeme gelecektir. Diğer bir ihtimal ise internet servis sağlayıcıların özel hukuk tüzel kişilerine ait olduğu bu çerçevede Sözleşmeciler devletlerin hakkın etkili bir şekilde korunmasını sağlamaya yönelik pozitif yükümlülüklerinin varlığıdır. Engelleme, DPI veya SPI yöntemi kullanılması fark etmeksizin son kullanıcıların mahremiyet haklarına açıkça müdahale teşkil etmektedir. Bu halde pozitif yükümlülüklerin gündeme gelmesi olası olacaktır.

Bununla birlikte yavaşlatma ve öncelik verme pratiklerinde, bireylerin haberleşmesinin ağ yönetimine rağmen mümkün olduğu düşünüldüğünde, söz konusu müdahalelerin, devletlerin pozitif yükümlülüklerinin gündeme gelmesi açısından yeterli olmadığı kabul edilmektedir.¹¹⁰ Ancak haberleşmenin içeriğinin incelenmesi her halükârda madde 8 çerçevesinde müdahale olarak değerlendirilecektir.

¹⁰⁸ Golder v. The United Kingdom App. No. 4451/70, Judgment of 21 February 1975.

¹⁰⁹ Council of Europe/European Court of Human Rights (Research Division), **Internet: case-law of the European Court of Human Rights**, s. 41, bkz.: Fabrikanın sebep olduğu çevre kirliliği hakkında bölgede oturanlara haber verilmemesine dair devletin pozitif yükümlülüğü, Guerra and Others v. Italy, Judgment of 19 February 1998, para. 60, Roche v. The United Kingdom, App. No. 32555/96, Judgment of 19 October 2005, para. 162.

¹¹⁰ Koops, Sluijs, **a.g.e.**, s.9.

IV. BİREYİN KİŞİLİĞİNİ OLUŞTURMA HAKKI VE AĞ TARAFSIZLIĞI

Ağ tarafsızlığı ve madde 8 ilişkisi çerçevesinde bireyin kişiliğini oluşturma hakkı ve cinsel kimlik meselesi ele alınmalıdır. AİHM’in yerleşik içtihadı çerçevesinde, bireylerin cinsel yaşamları ve cinsel yönelimleri madde 8 korumasından yararlanmaktadır.¹¹¹ Bu kapsamda, internetin son kullanıcılara sağladığı anonimlik çerçevesinde, internet ve pornografik içerikler bireylerin cinsel hayatında giderek daha önemli yere sahip hale gelmiştir.¹¹² Dolayısıyla pornografik içeriklerin tüketilmesi de bireylerin özel yaşamları ile sıkı sıkıya ilişkili¹¹³ olup bu çerçevede internet servis sağlayıcıların pornografik içeriklere yönelik filtrelemeleri özel yaşama saygı hakkına müdahale oluşturmaktadır.¹¹⁴ Nitekim AİHM içtihatlarına göre cinsel yaşam özel yaşamın en mahrem alanlarından¹¹⁵

Bu çerçevede internet servis sağlayıcıların, ağ yönetimine ilişkin uygulamalarının, hukuk dışı içerikleri engelleme yanı sıra yasal olan pornografik içerikleri de kategorik olarak engellemeleri, AİHM içtihatları çerçevesinde, son kullanıcıların cinsel kimliklerini oluşturma hakkına etki edecek ve dolayısıyla özel yaşamlarına müdahale teşkil edecek edecektir.¹¹⁶

Bu konudaki AİHM içtihatları genel olarak LGBTQ hakları çerçevesinde şekillenmiş olup Mahkemeye göre Sözleşmeciler devletlerin, kişilerin özel yaşamlarını sistematik ve devamlı olarak etkileyen pratikleri madde 8 kapsamında müdahale teşkil etmektedir.¹¹⁷

¹¹¹ Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, s.206-207.

¹¹² Mary B. Short, Lora Black, Angela H. Smith, Chad T. Wetterneck, Daryl E. Wells, “A Review of Internet Pornography Use Research: Methodology and Content From the Past 10 Years”, **Cyberpsychology, Behaviour and Social Networking**, Volume X, Number X, 2011, s.9; Mark McCormack, Liam Wignall, “Enjoyment, Exploration and Education: Understanding the Consumption of Pornography among Young Men with NonExclusive Sexual Orientations”, **Sociology**, Vol. 51(5), 2017, s.976-977,984.

¹¹³ Diane Richardson, “Constructing sexual citizenship: theorizing sexual rights”, **Critical Social Policy**, 20:1, 2000, s.110-112.

¹¹⁴ Koops, Sluijs, **a.g.e.**, s.9.

¹¹⁵ *Dudgeon v. UK*, App. No. 7525/76, Judgment of 22 October 1981.

¹¹⁶ Koops, Sluijs, **a.g.e.**, s.9.

¹¹⁷ *Norris v. Ireland*, App. No. 10581/83, Judgment of 26 October 1988, para.38.

Nitekim eşcinsel ilişkiyi suç olarak düzenleyen İrlanda yasaları AİHM önünde başvuru konusu olduğunda, Mahkeme başvuru hakkında soruşturma başlatılmış olmasını gerekli görmemiştir. Mahkemeye göre başvuruçunun özel hayatını devamlı ve direkt olarak etkileyen böyle bir yasanın varlığı başlı başına özel yaşama saygı hakkına müdahale oluşturmaktadır.¹¹⁸

Bu çerçevede, yasal olan pornografik içeriklere erişimin engellenmesinin, kamu makamlarının müdahalesi sonucu gerçekleşmesi halinde Sözleşmeciler devletlerin negatif yükümlülükleri çerçevesinde sorumluluklarının doğması muhtemeldir. Nitekim erişimin engellenmesi kararları son kullanıcıların özel hayatlarını devamlı ve direkt olarak etkilemektedir.

Dolayısıyla kamu makamlarının bu müdahaleleri, orantılı ve demokratik bir toplumda gerekli bir meşru amacı haiz olmadıkları sürece, madde 8 ile korunan hakların ihlaline sebebiyet verecektir. Söz konusu engellemenin özel hukuk tüzel kişisi olan internet servis sağlayıcı tarafından, kendi inisiyatifi kapsamında gerçekleştiği hallerde ise devletlerin pozitif yükümlülükleri gündeme gelecektir.¹¹⁹

Madde 8 kapsamında bireyin kişiliğini oluşturma hakkının kapsadığı alanlardan birisi de diğer bireylerle ve dış dünyayla ilişki kurma ve bu ilişkiyi geliştirme hakkıdır.¹²⁰ Hakkın koruma çerçevesi bununla da sınırlı değildir. Mahkeme'nin içtihatlarına göre madde 8 kişinin kaderini tayini hakkını ve kişisel özerkliğini de korumaktadır.¹²¹

Bu çerçevede, internet servis sağlayıcıların, belirli iletişim yöntemlerini veya belirli içeriklere ulaşmayı ağ üzerinden sınırlandırmasının son kullanıcıların dış dünya ile olan ilişkisine müdahale teşkil etmesi muhtemeldir. AİHM'e göre, bireyin dış dünya ile olan ilişkisine etki eden müdahalelerin, bireyin kişiliğini geliştirme hakkına ve diğer insanlarla

¹¹⁸ A.y.

¹¹⁹ Koops, Sluijs, a.g.e., s.9.

¹²⁰ **Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights; Right to respect for private and family life, home and correspondence**, Council of Europe/European Court of Human Rights, s.41.

¹²¹ Pretty v. The United Kingdom, App. No. 2346/02, Judgment of 29 April 2002, para.61, Christine Goodwin v. The United Kingdom, App. No.28957/95 Judgment of 11 July 2002, para.90; Fernandez Martinez v. Spain, App. No. 56030/07, Judgment of 12 June 2014, para.126; M. and M. v. Croatia, App. No. 10161/13, Judgment of 03 September 2015, para. 170; Y.Y. v. Turkey, App. No. 14793/08, Judgment of 10 March 2015, para.57; Carvalho Pinto De Sousa Morais v. Portugal, App. No. 17484/15 Judgment of 25 July 2017, para.35.

ilişki kurma ve geliştirme hakkına yaptığı etki ortaya konduğu halde madde 8 kapsamında değerlendirilecektir.¹²²

Ancak belirtmek gerekir ki bu durumda Mahkeme, Sözleşmecî devletin pozitif yükümlülüğünün varlığının kabulü için, başvurucunun özel hayatı ile dış dünya ile olan erişiminin herhangi bir şekilde engellenmesi arasında özel bir bağın varlığının ispatlanmasını aramaktadır.¹²³

Yalnızca kişisel verilerin işlendiği ihtimalinin bilinmesi dahi son kullanıcıların kişisel davranışlarını kısıtlayabilecek etkiye sahiptir.¹²⁴ İnternetin kişilerin hayatında kapladığı alan düşünüldüğünde, internet üzerinden yürütülen faaliyetlerin kişisel özerklik ile kişiliği oluşturma ve geliştirme hakkı açısından önemi ortadır.

Son kullanıcıların paylaştıkları içeriklerin yalnızca kendi seçtikleri kişiler tarafından ulaşılabilir olduğunu düşündükleri haller ile bu paylaşımlarının ve kişisel verilerinin kaydedildiğini düşündükleri hallerdeki davranışları farklılık gösterecek ve dolayısıyla kişisel özerklikleri bundan etkilenecektir. Ayrıca dikkat çekmek gerekir ki kişiliğini geliştirme hakkı, kamusal ve özel alan ile kişisel ve profesyonel alanların tamamında korunmaktadır.¹²⁵

Bu noktada kişisel özerklik kapsamında önem arz eden bir diğer husus da son kullanıcıların konu hakkında bilgilendirilmesidir. Kişisel verilerin işlendiği hallerde, bunun boyutları, verilerin kim tarafından işlendiği, ne kadar süre saklanacağı ve ne amaçla işlendiği bilgileri son kullanıcılara sunulmalıdır.¹²⁶

Esasen informasyonel özerklik kavramı Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Nüfus Sayım Kanunu'na ilişkin kararı ile bireyin kişiliğini geliştirme hakkı çerçevesinde

¹²² Zehnalová and Zehnal v. The Czech Republic, App. No. 38621/97, Judgment of 14 May 2002.

¹²³ Molka v. Poland, App. No. 56550/00, Judgment of 11 April 2006; Botta v. Italy, App. No.21439/93, Judgment of 24 February 1998, para. 34.; Mahkeme'nin bu konudaki içtihatları engelli bireylerin erişim hakları çerçevesinde şekillenmiştir. AİHM'e göre engelli bireylere çeşitli alanlarda erişim sağlanmasının devletin pozitif yükümlülüğü olarak değerlendirilebilmesi için talep edilen erişim hakkı ile bireyin özel yaşamı arasında direkt ve doğrudan bir bağ bulunması gerekmektedir

¹²⁴ Orla Lynskey, "Deconstructing Data Protection: The 'Added-Value' of a Right to Data Protection in the EU Legal Order", **International and Comparative Law Quarterly**, Vol 63, 2014, s.589.

¹²⁵ Bart van der Sloot, "Privacy as Personality Right: Why the ECtHR's Focus on Ulterior Interests Might Prove Indispensable in the Age of "Big Data"", **Utrecht Journal of International and European Law**, 31(80), 2015, s.35

¹²⁶ A.e., s.592.

şekillenmiştir.¹²⁷ Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre, kişisel özerklik kavramı ile birlikte değerlendirildiğinde, kişisel bilgilerin toplanması, saklanması ve kullanılması insan özgürlüğünü tehlikeye atmakta olup birey hakkında bilinen veriyle doğru orantılı olarak kişiyi kontrol etmek de kolaylaşmaktadır.¹²⁸

Bu çerçevede informasyonel özerklikten, bireyin esas olarak kişisel verilerinin ne zaman ve ne oranda kamuya açık hale geleceğine karar verme otoritesine sahip olması anlaşılmaktadır.¹²⁹ Mahkeme'ye göre, bireyin kişisel verilerinin ne oranda başkaları tarafından bilindiğini veya bu verilerin kamuya açıklanıp açıklanmayacağını bilmemesi halinde, özgür bir şekilde karar verme hakkı kısıtlanmaktadır.¹³⁰

Bu doğrultuda DPI tekniğini değerlendirmek gerekir. Bölümün başında da açıklandığı üzere, DPI tekniğinin kullanılması son kullanıcılar için orantısız sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Bu çerçevede, her ne amaçla olursa olsun, internet servis sağlayıcıların DPI tekniği kullanmaları halinde ağ üzerinden yapılan bütün iletişimin içeriğinin incelenmesi mümkün olmaktadır. Üstelik DPI ile elde edilen kişisel verilerin saklanıp saklanmadığı, saklanıyorsa ne kadar süre ile saklandığı veya söz konusu verilerin 3. kişilerle paylaşıp paylaşılmadığı ve eğer ki paylaşıyorsa bunun hangi koşullar altında yapıldığı son kullanıcılar tarafından bilinmemektedir.

Dolayısıyla DPI tekniğinin kullanıldığı ve bu kullanımın herhangi bir hukuki düzenlemeye tabi olmadığı, dolayısıyla son kullanıcıların kişisel verilerinin hukuki korumadan yararlanmadığı haller informasyonel özerklik ve kişiliğini geliştirme hakkı çerçevesinde problemli bir alan oluşturmaktadır.

Yasal içeriklerin engellenmesinin DPI tekniğine dayandığı haller ise bu bölümün önceki alt başlıklarında da açıklandığı üzere, kişisel verilerin korunması ve iletişimin denetlenmesi çerçevesinde de problemli bir alan oluşturacaktır. Özellikle içeriğin

¹²⁷ 65 BVerfGE 1, 41 (1984); Kararı aktaran: Antoinette Rouvroy, Yves Poullet, "Chapter 2 The Right to Informational Self-Determination and the Value of Self-Development: Reassessing the Importance of Privacy for Democracy", **Reinventing Data Protection?**, Ed. S. Gutwirth, Y. Poullet, P. de Hert, C. de Terwangne, S. Nouwt, 2009, s.45.

¹²⁸ Edward J. Eberle, "Observations on the Development of Human Dignity and Personality in German Constitutional Law: An Overview", **Liverpool Law Review**, Vol.33, 2013.

¹²⁹ A.e., s.224-225.

¹³⁰ A.e., s.225.

engellenmesinin söz konusu olduğu hallerde, söz konusu uygulama son kullanıcıların internet kullanımı yoluyla cinsel kimliklerini oluşturmalarını açık ve sistematik bir şekilde engellemektedir. Bu hallerde bireylerin madde 8 kapsamında korunan haklarına müdahale olduğu açık olup söz konusu müdahalenin Sözleşmecî devletin inisiyatifi kapsamında gerçekleşip gerçekleşmediğı fark etmeksizin, devletlerin madde 8 kapsamında sorumluluğı doğacaktır.¹³¹

Ayrıca bireylerin internet kullanımı ve bu yolla kendilerini ifade etmeleri bireyin kişiliğini oluşturma hakkı ile sıkı bir ilişki içerisinde. Dolayısıyla internet üzerindeki faaliyetlerin gözetlenmesi, bireylerin kişiliğini oluşturma ve geliştirme hakkına müdahale teşkil edecektir. Nitekim faaliyetlerinin gözetlenme ihtimali dahi son kullanıcıların internet aktivitelerini kısıtlayıcı etki doğurabilecektir.

Sonuç olarak internet servis sağlayıcıların engelleme pratikleri, internetin bireylerin hayatlarında kapladığı alan düşünüldüğünde madde 8 çerçevesinde müdahale oluşturabilecek niteliğı haizdir. Dolayısıyla söz konusu ağ yönetimi pratiklerinin, Sözleşmecî devlet tarafından hukuki düzenlemeye tabi tutulması, hakkın etkili bir şekilde korunması için gerekli görülmektedir.

¹³¹ Koops, Sluijs, **a.g.e.**, s.9.

BEŞİNCİ BÖLÜM

AĞ TARAFSIZLIĞI VE MÜLKİYET HAKKI

I. GENEL OLARAK MÜLKİYET HAKKI

Çalışmanın bu son bölümünde internet servis sağlayıcıların AİHS çerçevesinde mülkiyet hakları ve bu haklarının kayıtlanması üzerinde durulacaktır. Daha önceki bölümlerde de belirtildiği üzere mülkiyet hakkı, AİHS'in 1 numaralı protokolünün mülkiyetin korunması başlıklı 1. maddesi¹ kapsamında korunmakta olup hakkın kısıtlanması mümkündür.

Ancak mülkiyet hakkının korunması çerçevesinde Sözleşmeciler devletlerin negatif yükümlülükleri bulunduğu gibi pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Dolayısıyla ağ tarafsızlığı kapsamında yapılan düzenlemelerin, Sözleşmeciler devletlerin negatif yükümlülükleri kapsamında, mülkiyet hakkına müdahale teşkil etmesi kaçınılmazdır. Bununla birlikte mülkiyet hakkı ile ifade özgürlüğü ve özel yaşamın gizliliği hakları birlikte değerlendirilmeli ve AİHM içtihatlarından yola çıkılarak adil dengenin ne şekilde tesis edilebileceği incelenmelidir. Bu çerçevede P1-1'in kapsamı, hak öznesine sağladığı haklar ve sınırlama rejimini incelemek yerinde olacaktır.

P1-1 düzenlemesi, her gerçek ve tüzel kişinin hak sahibi olabileceğini belirlemiş bulunmaktadır. Dolayısıyla internet servis sağlayıcıları, özel hukuk tüzel kişisi oldukları hallerde, mülkiyet hakkının öznesi konumundadırlar. Bu noktada ifade özgürlüğü hakkı ve özel yaşamın gizliliği hakkı çerçevesinde, Sözleşmeciler devletler, bu hakları korumak amacıyla düzenlemeler yaptıklarında, özel hukuk tüzel kişisi olan internet servis sağlayıcıların mülkiyet haklarına müdahalede bulunmuş olacaklardır.

¹ Madde 1- Mülkiyetin Korunması

Her gerçek ya da tüzel kişi, mamelekenden/ (mülkiyetinden) ("possessions") barışçıl bir şekilde yararlanma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararı ("public interest") uyarınca ve yasanın ve uluslararası hukuk genel ilkelerinin öngördüğü koşullara tabi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılması hali hariç, mülkiyetinden yoksun bırakılmayacaktır.

Ancak yukarıdaki hükümler hiçbir biçimde, bir Devletin, mülkiyetin ("property") genel yarara/ (umumi menfaate) ("general interest") uygun olarak kullanılmasını denetim altına almak ya da vergilerin yahut diğer katkıların/ (yükümlülüklerin) ("contributions") yahut para cezalarının ödenmesini temin etmek üzere gerekli gördüğü nitelikteki yasaları yürürlüğe koyması yetkisine halel getirmeyecektir. Çeviri; Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri**, 1. Cilt, İstanbul, Legal, 2011, s.152.

Ayrıca yukarıda da açıklandığı üzere², bazı durumlarda ifade özgürlüğü hakkı ile fikri mülkiyet hakları kapsamında mülkiyet hakkının karşı karşıya gelmesi de olasıdır. Bu halde ağ tarafsızlığı kapsamında karşılaşılabilecek olası problemlerin anlaşılabilmesi için öncelikle mülkiyet hakkının kapsamı, hak sahibine tanıdığı haklar, bu çerçevede Sözleşmecî devletlerin yükümlülükleri ve hakkın AİHS düzleminde sınırlandırılması üzerinde durulmalıdır.

P1-1 kapsamında, mülkiyet hakkı sahibi her gerçek ve tüzel kişi, düzenlemenin ilk fıkrasında belirtildiği üzere, hakkın nesnesi üzerinde istediği gibi tasarruf etmek hakkına sahiptir. Bu hak çerçevesinde, mülkiyet hakkı sahipleri, hak nesnesini devredebilir veya hak nesnesinden istedikleri gibi yararlanabilir veya kullanabilirler.³

P1-1'in ilk fıkrasının ikinci cümlesi ise mülkiyet hakkından yoksun bırakmanın belirli koşullar altında gerçekleşebileceğini belirtmek de olup buna göre mülkiyet hakkından yoksun bırakma ancak kamu yararı sebebiyle, yasada öngörülen koşullarla ve uluslararası hukukun ilkelerine uygun olarak gerçekleşebilecektir. Son olarak Sözleşmecî devletler, mülkiyet hakkının kullanımını kamu yararı çerçevesinde kontrol edebilecektir. P1-1'in sağladığı hakların içeriğine ilişkin bu analiz ilk defa Sporrong and Lönnroth başvurusu çerçevesinde yapılmıştır.⁴

AİHM kararları çerçevesinde mülkiyete yapılan müdahalenin hangi tip müdahale kapsamında olduğu devletlerin takdir marjının belirlenmesi de önem taşımaktadır. Bunun yanı sıra ölçülülük incelemesi açısından da mülkiyet hakkına hangi tip müdahalede bulunulduğu önem taşımaktadır. Nitekim mülkiyetten yoksun bırakma sonucunu doğuran müdahalelerde tazminat gerekliliği, müdahalenin ölçülülüğü için neredeyse zorunlu bir koşul olarak kabul edilmekteyken, mülkiyetin kontrolü tipi müdahalelerde böyle bir

² Yuk. s.65 vd.

³ Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Mülkiyet Hakkı**, s.412-414.

⁴ Sporrong and Lönnroth v. Sweden, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982; Monica Carss-Frisk, **The Right to Property A Guide to the Implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights**, Human rights handbooks, No. 4, Council of Europe, 2001, s.7-8, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/168007ff4a>, 02.03.2019.

zorunluluk karşımıza çıkmamaktadır.⁵ Bununla birlikte, son dönem AİHM içtihatları çerçevesinde, müdahalenin hangi tip olduğunun önemi azalmış olup Mahkeme ortak bir sınırlama standardı takip etmektedir.⁶

P1-1'in sınırlama rejimi, Sözleşmenin 8-11 maddelerinde düzenlenen hakların sınırlama rejimi ile benzerlik göstermektedir. Buna göre korunan hakka yapılan müdahale kanunla öngörülmüş olmalı, müdahale meşru amaca sahip olmalı ve nihayet müdahale demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır.

Müdahalenin meşruluğuna ilişkin bir diğer ölçüt ise kamu yararı ve genel yarara uygun olarak yapılmış olmasıdır. Mahkeme kamu yararı ve genel yarar kavramları arasında bir ayırım yapmamakta ve müdahalenin kaynağı olan yasama işlemi sosyal ve ekonomik politikaların icrasını içerdiği sürece müdahalenin meşru amaçla yapıldığını kabul etmektedir. Bu halde müdahalenin dayanaktan yoksun olduğunu ispat yükü başvuru sahibidir.⁷ Dolayısıyla sözleşmecî devletin kamu yararını belirlemede oldukça geniş bir takdir marjı bulunmaktadır.

II. AĞ TARAFSIZLIĞI KAPSAMINDA İNTERNET SERVİS SAĞLAYICILARIN MÜLKİYET HAKKININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yapılan açıklamalar çerçevesinde internet servis sağlayıcıların ağ üzerindeki yönetim haklarına kamu otoriteleri tarafından müdahale edilmesi halinde, mülkiyet hakkının kullanılmasının sınırlandırılması söz konusu olacaktır. Nitekim internet servis sağlayıcılar, şirketleri üzerindeki mülkiyet haklarını kaybetmemekte ancak bu hakkın kullanılması ifade özgürlüğü hakkının ve özel yaşamın korunması hakkının korunması çerçevesinde birtakım kurallara tabi tutulmaktadır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki internet servis sağlayıcıların veri saklamasına ilişkin düzenlemeler, internet servis sağlayıcılar üzerinde mali bir yük de oluşturmaktadır. Bu

⁵ H. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6**, Avrupa Konseyi, 2018, s.101-102, (Çevrimiçi), https://www.anayasa.gov.tr/media/3548/06_mulkiyet_hakki.pdf, 03.03.2019.

⁶ A.y.

⁷ Harris, O'Boyle, Warbrick, **a.g.e.**, s.876.

çerçevede ilgili düzenlemelerin internet servis sağlayıcıların mülkiyet hakkına müdahale niteliğinde değerlendirilmesi de mümkündür.⁸

Yine de ağ tarafsızlığı özelinde mülkiyetin kullanımının kontrolünden bahsetmek yerinde olacaktır. Nitekim ağ tarafsızlığına ilişkin regülatif düzenlemeler çerçevesinde internet servis sağlayıcılar mülkiyeti kaybetmemektedir. Fakat mülkiyet hakkından doğan yetkiler sınırlandırılmıştır.⁹ Ağ tarafsızlığı kuralları neticesinde, internet servis sağlayıcıların, internet ağını istedikleri gibi yönetmeleri belirli kurallar çerçevesinde sınırlanmaktadır. Bu halde internet servis sağlayıcıların ağ tarafsızlığını ihlal eder nitelikte anlaşmalar yapmaları da kısıtlanacaktır.

Dolayısıyla ağ tarafsızlığına ilişkin ilkeler çerçevesinde mülkiyetin kısıtlanması bir anlamda örneğin kiralamaya ilişkin düzenlemeler çerçevesinde sözleşme serbestisinin kısıtlanmasına benzetmekte olup bu çerçevede mülkiyetin kullanımının kontrolü kategorisine girmektedir.¹⁰ Nitekim mülkiyet kaybedilmemiş ancak hakkın malike tanıdığı yetkiler toplum yararı gözetilerek sınırlandırılmıştır.¹¹

Bu çerçevede, internet servis sağlayıcıların, ağ yönetimine ilişkin müdahalelerinin, ağ tarafsızlığına dair yasalar çerçevesinde meydana geleceği göz önünde bulundurulduğunda sınırlamanın kanunilik şartı yerine getirilmiş olacaktır. AİHM içtihatları çerçevesinde kanunilik kriterinin sağlanabilmesi için müdahalenin iç hukuktaki yasal dayanağı, hak sahipleri bakımından ulaşılabilir olmalı ve bu kapsamda yasanın olası etkileri de öngörülebilir olmalıdır.¹²

Çalışma boyunca açıklanan ağ tarafsızlığı ilkelerinin, mülkiyet hakkının kullanılmasına müdahale edeceği açıksa da bu ilkelerin uygulanmasının meşru amacı haiz olduğu da bir gerçektir. Nitekim ağ tarafsızlığı ilkelerinin temel amacı internetin tarafsız

⁸ Patrick Breyer, Telecommunications “Data Retention and Human Rights: The Compatibility of Blanket Traffic Data Retention with the ECHR”, **European Law Journal**, Vol. 11, No. 3, May 2005, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., s.374-375.

⁹ Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6**, s.105.

¹⁰ Laurent Sermet, **The European Convention on Human Rights and Property Rights**, Human rights files, No. 11 rev., Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1999, s.25, (Çevrimiçi), [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-11\(1998\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-11(1998).pdf), 03.03.2019.

¹¹ Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6**, s.105.

¹² Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Mülkiyet Hakkı**, s.447.

yapısını koruyarak, son kullanıcıların ve belirli hallerde içerik sağlayıcıların ifade özgürlüğü hakkı ve özel yaşamın gizliliği hakkının korunmasıdır.

Bununla birlikte, ağ tarafsızlığı ilkelerinin P1-1 çerçevesinde Sözleşmeciler devletlerin negatif yükümlülüklerini ihlal edeceği iddiası adil dengenin mülkiyet hakkından yana sağlanacağı iddiasına dayanmaktadır. Bu halde esasen yapılması gereken inceleme ölçülülük diğer bir deyişle müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı incelemesidir. Bu ilkeden aynı zamanda malikin hakları ile kamu yararı veya başkalarının hakları arasında bir denge kurulması gerekliliği anlaşılmaktadır.¹³ Dolayısıyla adil dengenin tahsisi ile malikin katlanılamayacak ölçüde bir yüke maruz kalmasının önlenmesi amaçlanmaktadır.¹⁴

Yukarıda da açıklandığı üzere mülkiyet hakkının, kullanımının kontrolü neticesinde sınırlandırıldığı hallerde Sözleşmeciler devletlerin takdir marjının genişliği de önem arz etmektedir. Dolayısıyla takdir marjının kapsamı belirlenirken, hakkın sınırlandırılmasıyla güdülen meşru amaç, Sözleşmeciler devletlerdeki mevcut hukuki siyasi durum, bu doğrultuda ilgili hakların önemi dikkate alınacaktır.¹⁵

Dikkate alınması gereken bir diğer husus da internet servis sağlayıcıların ticari şirket olmalarıdır. Nitekim mülkiyet hakkının ihlaline yönelik başvurularda şikayet, doğrudan başvuruçunun geçim olanakları veya geçim standartlarıyla ilgiliyse Sözleşmeciler devletlerin takdir marjı daralmaktadır. Başvuruçunun ticari şirket olduğu hallerde ise takdir marjının geniş tutulacağı kabul edilmektedir.¹⁶

Son olarak bahsedilmesi gereken bir husus da AİHM'in ölçülülük incelemesinde AK üyeleri arasında konsensüs bulunup bulunmadığını da dikkate alıyor olmasıdır. Bu çerçevede AB üyesi devletlerin tamamının AK üyesi de olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ağ tarafsızlığına ilişkin AB düzenlemelerinin, ölçülülük

¹³ H. Burak Gemalmaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında "Adil Denge" İlkesi", *İÜHFEM*, C.69, S.1-2, 2011, s.652.

¹⁴ Aida Grgic, Zvonimir Mataga, Matija Longar and Ana Vilfan, **The right to property under the European Convention on Human Rights A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its protocols**, Human Rights Handbooks, No. 10, Belgium, Council of Europe, 2007, s.14, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/168007ff55>, 03.03.2019.

¹⁵ Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Mülkiyet Hakkı*, s.527.

¹⁶ A.y.

değerlendirmesinde göz önünde bulundurulması ihtimal dahilindeyse de söz konusu konsensüs değerlendirmesi P1-1 için pek kullanılmamaktadır.¹⁷

Ağ tarafsızlığı düzenlemeleri çerçevesinde mülkiyet hakkına müdahale edilmesinde en fazla öne çıkan husus ise hakların çatışmasının Mahkeme tarafından nasıl bir çözüme ulaştırılacağıdır. Nitekim AIHS düzleminde haklar arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmamakta olup uluslararası insan hakları hukukunun temel ilkelerinden biri olan hakların bölünmezliği de bu çerçevede önem taşımaktadır.¹⁸

Hakların çatışması halinde kategorik olarak çatışan haklar arasında hiyerarşik bir sıralama yapılamayacak olsa da hakların çatışmasının somut olayın koşulları altında çözüme ulaştırılması pekala mümkündür. AIHM'in bu kapsamdaki içtihatları çatışan haklar arasında dengeleme yapılarak sonuca ulaşılması yönündedir.¹⁹

Bu halde somut olayın koşulları bakımından haklardan birinin özüne zarar verilip verilmediği, haklardan birinin korunması halinde diğer hakkın uğrayacağı müdahalenin ağırlığı, haklardan birinin korunması halinde çatışan diğer hak dışında diğer temel hak ve özgürlüklerin zarar görüp görmeyeceği, haklardan birinin sınırlanması halinde oluşturacağı kümülatif etki dikkate alınmalıdır.²⁰ Dolayısıyla ağ tarafsızlığı düzenlemeleri kapsamında mülkiyet hakkı, ifade özgürlüğü hakkı ve özel yaşamın gizliliği hakkı bu ilkeler çerçevesinde değerlendirilmelidir.

İlk olarak Sözleşmeciler devletlerin ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemeler yaparak internet servis sağlayıcıların mülkiyet hakkına kontrol tipi müdahalede bulunması hali

¹⁷ A.e., s.524-525. Bunula beraber az sayıda olmakla birlikte mülkiyet hakkına ilişkin başvurularda konsensüs kriterinin dikkate alındığı başvurular da mevcuttur. Bkz. Ceza evinde çalışan mahkumların sigorta haklarına ilişkin: Stummer v. Austria, App. No. 37452/02, Judgment of 07 July 2011, paras.107-108.; Evlilik bağı dışında doğan çocukların miras haklarına ilişkin: Fabris v. France, App. No. 16574/08, Judgment of 07 February 2013, paras.58-59.

¹⁸ Eva Brems, "Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms." **Human Rights Quarterly**, 27/1, 2005, 294-326, s.303.

¹⁹ Mikaela Carlberg, "Conflicts between Fundamental Rights in Europe -A case-law study of the CJEU and the ECtHR approach to conflicts between fundamental rights in the light of Google Spain", Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Lund University Faculty of Law, 2015, s.36, (Çevrimiçi), <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=7756679&fileId=7756680>, 15.03.2019.

²⁰ A.e., s.303-304.

incelenecektir. Söz konusu müdahalenin yasal düzenlemeler çerçevesinde yapılması halinde, AIHS sınırlama rejimi çerçevesinde, söz konusu müdahale hukukilik kriterini karşılayacaktır. Yine bu durumda, düzenlemenin amacının kamu yararı olacağı düşünüldüğünde, söz konusu müdahale meşru amacını da haiz olacaktır. Dolayısıyla esas önem arz eden nokta sınırlamanın ölçülü olup olmadığı incelemesidir. Bu noktada öncelikle mülkiyet hakkına müdahale edilen internet servis sağlayıcıların ticari şirket olmaları önem taşımakta olup yukarıda da açıklandığı üzere bu halde Sözleşmeci devletlerin geniş takdir marjının olduğu kabul edilmektedir.

Dikkate değer bir başka husus ise AB düzleminde ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemelerin mevcut olmasıdır. Bu halde AK üyesi devletlerin çoğunluğunun mülkiyet hakkına müdahale eder nitelikte düzenlemelerinin olması, konu hakkında artan bir konsensüsün varlığına işaret etmektedir. Ayrıca ilgili düzenlemeler esas olarak internet servis sağlayıcılar açısından katlanılmayacak bir yük de oluşturmamaktadır.

Adil dengenin belirlenmesinde dikkate alınacak son kriter ise ifade özgürlüğü hakkı, özel yaşamın gizliliği hakkı ve mülkiyet hakkı arasındaki ilişkinin nasıl kurulacağıdır. Hakların çatışmasına ilişkin kriterler bu kapsamda uygulandığında, öncelikle mülkiyet hakkının özüne zarar verilmiyor olması dikkate değerdir. İfade özgürlüğü ve özel yaşamın gizliliği haklarının korunması, mülkiyet hakkına ağır bir müdahale teşkil etmemektedir.

Mülkiyet hakkının korunarak ifade özgürlüğü hakkı ve özel yaşamın gizliliği hakkının korunmasından vazgeçildiği halde ise her iki hak da ağır müdahaleye maruz kalacaktır. Nitekim ifade özgürlüğüne ilişkin bölümde de açıklandığı üzere, internet kullanımının günümüz toplumundaki yeri yadsınamayacak kadar büyük önemi haizdir.

Yazılı ve görsel medyaya kıyasla, bireylerin özgürce fikirlerini beyan edebildikleri bu platformun, tarafsız olma özelliğini yitirmesi, ifade özgürlüğü hakkını önemli ölçüde etkilemektedir. Nitekim AIHM içtihatlarında büyük önem verilen politik ifadeler de internetin sağladığı bu platformdan büyük oranda yararlanmaktadır. Özel yaşamın gizliliği hakkının ise özü zarar görmektedir. Nitekim DPI tekniğinin kullanıldığı haller bütün son kullanıcıların kişisel verilerinin korunmasını tehlikeye atmaktadır.

Bu çerçevede mülkiyet hakkının sınırlandırılması yalnızca internet servis sağlayıcısı, ticari şirketleri etkileyecektir. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunmamak amacıyla ağ tarafsızlığına ilişkin düzenleme yapılmaması halinde ise gerek ifade özgürlüğü hakkı gerekse de özel yaşamın gizliliği hakkı zarar görecektir olup üstelik bu haklar yalnızca belirli kişiler açısından sınırlandırılmayacaktır.

Bu halde bütün internet kullanıcılarının ifade özgürlüğü hakkı ve özel yaşamın gizliliği hakkı zarara uğrayacaktır. Dolayısıyla söz konusu hakların karşı karşıya geldiği bu alanda, mülkiyet hakkına müdahalede bulunduğu halde yapılan bu müdahalenin hafif olduğu kabul edilmelidir.

Üstelik AİHM'in hakların çatışmasına ilişkin içtihatları göz önünde bulundurulduğunda, bir hakkın özünün zarar görebileceği hallerde Mahkeme'nin kararının, söz konusu hakkın korunmasından yana olacağı da bu noktada değerlendirilmelidir.²¹

Neticeten son kullanıcıların ve içerik sağlayıcıların haklarını korumaya yönelik olası bir ağ tarafsızlığı düzenlemesi, temel hak ve özgürlüklerin çatışması halinde uygulanması gereken ilkeler çerçevesinde değerlendirildiğinde, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülülük sınırları içerisinde kaldığı anlaşılmaktadır. Nitekim halihazırda ağ tarafsızlığı düzenlemelerine sahip ülkelerde faaliyet gösteren internet servis sağlayıcıların şimdiye kadar, AİHM veya Avrupa Adalet Divanı²² önünde, mülkiyet haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddiası da olmamıştır.

İncelenmesi gereken bir diğer durum ise, Sözleşmeciler devletlerin ağ tarafsızlığına ilişkin hiçbir düzenleme yapmaması halinde, internet servis sağlayıcıların pratiklerinden dolayı haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin Mahkemeye başvurması halidir. Bu halde genel olarak Sözleşmeciler devletlerin hakkın etkili bir şekilde korunmasını sağlamak amacıyla sahip oldukları pozitif yükümlülükleri ihlal ettiği iddia edilecektir.

²¹ Stijn Smet, "Conflicts Between Human Rights and the ECtHR Towards a Structured Balancing Test", **When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights**, Ed. Stijn Smet, Eva Brems, Oxford, Oxford University Press, 2017, s.47.

²² Nitekim mülkiyet hakkı Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı altında da korunmakta olup ağ tarafsızlığına ilişkin AB düzenlemesi mevcuttur. AB düzenlemelerinin Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'na aykırı olduğuna ilişkin iddialar Avrupa Adalet Divanı tarafından değerlendirilmektedir.

Bu yönde bir başvurunun mevcudiyeti halinde, ilgili Sözleşmecî devletin savunması, P1-1 kapsamında da hem negatif hem pozitif yükümlölüklerinin olduğu, bu çerçevede mülkiyet hakkını ihlal etmemek amacıyla müdahaleden kaçındığı yönünde olacaktır. Bu durumdaki olası bir başvuru karşı karşıya gelen haklar bakımından, İngiltere'ye karşı olan Appleby ve diğerleri davası ile İsveç'e karşı olan Khurshid Mustafa ve Tarzibachi başvurularına benzeyecektir. Çalışmanın ilgili bölümünde de açıklandığı üzere, her iki başvuruda da ifade özgürlüğü hakkı ile mülkiyet hakkı karşı karşıya gelmiştir. Bununla birlikte her iki başvuruda da Mahkemenin hangi hakkın korunacağına ilişkin ulaştığı sonuç farklıdır.

Dolayısıyla internet servis sağlayıcıların ağ yönetimi teknikleri çerçevesinde özel yaşamın gizliliği hakkına veya ifade özgürlüğü hakkına müdahale ettiği hallerde AİHM'e başvuruda bulunulması halinde, her bir somut durumun koşulları ayrı ayrı incelenmelidir. Bu halde örneğin internet servis sağlayıcının ağa müdahalesi bir şekilde politik ifade özgürlüğü hakkı üzerinde müdahaleye sebep oluyorsa veya çoğulculuğa etki ediyorsa, AİHM'in adil denge arayışı söz konusu ifadelerin korunmasından yana şekillenecektir. Bu kapsamda ağ yönetimi tekniklerinin, son kullanıcıların özel yaşamlarının gizliliğini ihlal etmeleri halinde, ilgili müdahalelerin herhangi bir usuli güvence çerçevesinde gerçekleşmediği de göz önünde bulundurulduğunda, Mahkemenin değerlendirmesi yine özel yaşamın gizliliğinin korunmasından yana olacaktır.

AİHS düzleminde, Sözleşmesel hakların çatıştığı hallerde, Sözleşmecî devletlerin bu haklar arasındaki adil dengenin sağlanması yönünde daha geniş takdir marjına sahip oldukları doğrudur. Ancak bununla birlikte geniş takdir yetkisinin varlığı salt sözleşmesel hakların çatıştığı bir durumun mevcudiyetine bağlı değildir.

Bu noktada geniş takdir yetkisinin varlığının kabulü, iç hukukta adil dengenin sağlanması için ciddi bir efor harcanmasına bağlıdır. Üstelik iç hukuktaki adil denge arayışı yalnızca soyut bir arayış olarak da kalmamalı, bu dengeleme arayışı her somut dava çerçevesinde kendini göstermelidir.²³

²³ Eva Brems, "Conclusion-Conflicting Views on Conflicting Rights", **When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights**, Ed. Stijn Smet, Eva Brems, Oxford, Oxford University Press, 2017, s.248-249.

Bu çerçevede, söz konusu adil denge arayışı, Sözleşmeciler devletlerin bireylerin ifade özgürlüğü ve özel yaşamın gizliliği haklarının korunması yönünde hiçbir çaba harcamadığı ihtimallerden ise ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemeler çerçevesinde gerek mülkiyet hakkına gerekse de ifade özgürlüğü ve özel yaşamın gizliliği haklarına saygı göstererek yaptıkları düzenlemelerde kendini daha fazla göstermektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki Sözleşmesel düzlemde hakların çatışmasına ilişkin doktrinsel birlik bulunmamakla birlikte AİHM konu hakkındaki içtihatlarını öngörülebilirlik çerçevesinde geliştirmeye çalışmaktadır.²⁴ Bu noktada Sözleşmesel haklar arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmadığı da doğrudur. Ancak ağ tarafsızlığı özelinde çatışan haklar göz önünde bulundurulduğunda, bir tarafta tek bir ticari şirketin mülkiyet hakkına söz konusu diğer tarafta o şirketin son kullanıcılarının tamamının ifade özgürlüğü ve özel yaşamın gizliliği haklarına müdahalede bulunmaktadır. Üstelik yapılan müdahaleler kıyaslandığında, internet servis sağlayıcılar mülkiyet haklarından yoksun kalmamakta yalnızca mülkiyet hakları kontrol edilmektedir.

Son kullanıcıların ise internet üzerindeki eylemleri çerçevesinde ifade özgürlükleri ve özel yaşamlarının gizliliği büyük oranda etkilenmektedir. Bu noktada esasen ağ tarafsızlığına ilişkin olası başvuruları söz konusu çatışan haklara ilişkin geçmiş başvurularla kıyaslamak da bir noktaya kadar doğrudur. Nitekim söz konusu başvuruların hiçbirisinde internet servis sağlayıcıların sebebiyet verebileceği ölçüde müdahaleler bulunmamaktadır. Gerek fikri mülkiyet hakları çerçevesinde yapılan başvurular gerekse de Appleby ve diğerleri ile Khurshid Mustafa ve Tarzibachi başvuruları yalnızca belirli sayıdaki kişilerin ifade özgürlüğü hakkını etkilemektedir. Üstelik fikri mülkiyete ilişkin başvurularda, mülkiyet hakkının korunmadığı hallerde, bunun sonucu malikin pratikte mülkiyetten yoksun kalmasıdır. İnternet servis sağlayıcıların ağ yönetimine ilişkin birtakım kuralları takip etmesi zorunluluğu ise böyle bir sonuçtan oldukça uzaktır.

Benzer şekilde özel yaşamın gizliliğinin, özel hukuk kişileri tarafından ihlal edildiği hallerde de söz konusu müdahaleler oldukça sınırlı bir etki alanına sahiptir. Nitekim örneğin işverenin çalışanın özel hayatının gizliliğine müdahale eder nitelikte tedbirler

²⁴ A.e., s.250.

uyguladığı hallerde, söz konusu hak yalnızca işyeri sınırları içerisinde ve çalışanların sayısı ile sınırlı olarak müdahaleye uğramaktadır. İnternet servis sağlayıcıların özel yaşamın gizliliğine müdahalede bulundukları hallerde ise son kullanıcıların internet kullanımlarının bütününe hakka müdahale edilmektedir.

Söz konusu haklar arasındaki adil denge arayışında son olarak belirtilmesi gereken nokta ise AK'nın Bakanlar Komitesinin de ağ tarafsızlığına ilişkin tavsiye kararı olduğu ve kararda ifade özgürlüğü hakkı ile özel yaşamın gizliliği haklarının ağ tarafsızlığı kuralları çerçevesinde korunmasının vurgulandığı unutulmamalıdır. Tavsiye karar çerçevesinde, Sözleşmeciler devletlerin, internet servis sağlayıcıların ağ yönetimi pratiklerini uygulamada ifade özgürlüğü hakkı ile özel yaşamın gizliliği hakkının korunmasını gözetmeleri gerekmektedir. Dolayısıyla bu durum karşısında AIHM'in mülkiyet hakkının korunmasından yana tavır göstermesi pek muhtemel değildir.

SONUÇ

İnternet icadından bu yana bireylerin bilgiye ulaşma ve iletişim yöntemlerini büyük oranda etkilemiş ve bu anlamda modern yaşamın ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. İnternetin ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasındaki önemli rolü göz önünde bulundurulduğunda, demokratik toplumun ayrılmaz bir parçası olan bu hakkın etkili bir şekilde korunabilmesi için internete ulaşma hakkını da kapsayan bir hakka dönüşmesi kaçınılmazdır. Bununla birlikte internet kullanımının temel hak ve özgürlüklerle olan ilişkisi yalnızca ifade özgürlüğü hakkı ile de sınırlı değildir. İnternet bağlantısının ulaşılabilirliğinin artması, akıllı telefonlar ve sosyal medya kullanımı sayesinde internet kullanımının giderek yaygınlaşmasının neticesi olarak her yaştan, her ırktan ve her cinsiyetten olan bireylerin gerek kamusal gerekse de özel alanlarda internet kullanımı giderek daha yaygın hale gelmiştir.

Bu çerçevede bir yandan internet kullanıcıları özel hayatlarına ilişkin bilgileri gönüllü olarak kamuyla paylaşmaya başlamışken bir yandan da kamuyla paylaşılacak istenilmeyen verilerin akıbetinin ne olacağı hala belirsizliğini korumaktadır. Ancak bütün bu hak ve özgürlük tartışmalarının yanında internetin ve internet ağının mülkiyet değeri de unutulmamalıdır. Nitekim günümüzde internet servis sağlayıcıları çoğunlukla özel hukuk kişilerinden oluşmakta olup mülkiyet hakkı da temel hak ve özgürlüklerin bir parçasını oluşturmaktadır.

Ağ tarafsızlığı kavramı ise bütün bu tartışmaların ortasında güncel ve önemli bir tartışma olarak varlığını sürdürmektedir. Kavramın yasal olarak nasıl düzenlenmesi gerektiği hususunda bir görüş birliği bulunmamakla birlikte bu konuda düzenleme yapılmasının ve son kullanıcıların haklarının güvence altına alınmasının önemi doktrinde kabul bulunmaktadır. Ağ tarafsızlığı ile internet servis sağlayıcıların ağ yönetiminde gerek içerik sağlayıcılara gerekse de son kullanıcılara karşı tarafsız davranmaları kastedilmektedir.

Kavram esasen rekabet hukuku çerçevesinde ortaya çıkmış olup internetin temel hak ve özgürlüklerle olan ilişkisi sayesinde çok geçmeden insan hakları hukuku

kapsamında da değerlendirilmeye başlanmıştır. Kavram FCC'nin 2017 yılında ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemeleri ilga etmesiyle daha da popüler hale gelmiştir.

ABD'deki tartışmalar neticesinde ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemelerin gerekliliği sıklıkla gündeme gelmektedir. Bununla birlikte AB'nin konuya ilişkin direktifi bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemenin regülasyon değil de direktif olması sebebiyle uygulamasının ne şekilde olacağı üye devletlerin takdir yetkisi kapsamındadır. Ancak uygulamanın AB sınırları dahilinde yeknesaklığının belirli bir ölçüde sağlanabilmesi açısından BEREC'in konuya ilişkin rehber yönetmeliği önem taşımaktadır.

Türkiye açısından ise henüz ağ tarafsızlığına ilişkin yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bu noktada değerlendirilmesi gereken önemli bir nokta Türkiye'de internet özgürlüğünün genel olarak tartışmalı bir alan olmasıdır. Türkiye'de çeşitli internet sitelerine erişimin keyfi olarak engellendiği, bu engellemelerde AİHM kriterlerinin göz ardı edildiği ve toplumsal tartışmaların demokratik bir toplumun temelini oluşturduğu çeşitli olaylarda internet bağlantısının yavaşlatıldığı bilinen bir gerçektir. Meydana gelen önemli toplumsal olaylar hakkında, kişilerin düşüncelerini ifade etmesinin demokratik bir toplumdaki önemi göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu internet yavaşlatma pratikleri Anayasal bir hak olan düşünce ve ifade özgürlüğü hakkını ihlal etmektedir.

Yukarıda Türkiye'ye ilişkin verilen örnekler çerçevesinde ve Mahkeme kararları neticesinde verilen erişimin engellenmesi kararlarının dahi gerek AİHS gerekse de Anayasa bağlamında temel hak ve özgürlükleri ihlal eder nitelikte olduğu ortadayken, internet servis sağlayıcıların, temel hak ve özgürlükleri koruyan düzenlemeler olmaksızın, internet ağına müdahale etmelerinin yaratacağı problemlerin büyüklüğü ortadadır.

BTK'nın ağ tarafsızlığına ilişkin raporunda her ne kadar internetin gelişmesindeki temel etkenin bu alandaki kuralızsızlık olduğu bu sebeple ağ tarafsızlığına ilişkin düzenleme yapılmasına henüz ihtiyaç bulunmadığı¹ iddia edilse de internetin gelişmesindeki temel etken içerik sağlayıcılar ile son kullanıcıların bu alandaki özgürlükleridir.

¹ Müberra Güngör v.d., a.g.e., s.52.

Dolayısıyla gerek ticari gerekse de politik sebeplerle internet servis sağlayıcıların son kullanıcıların tercihlerini özgürce yapmasını engelleyecek müdahalelerde bulunması internetin “yenilik lokomotifi” olma fonksiyonunu temelden etkileyecektir. Üstelik ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemeler olmaksızın, internet servis sağlayıcıların kişilerin temel hak ve özgürlüklerini etkileyen ağ yönetimi pratiklerinde bulunmaları kabul edilebilir olmaktan uzaktır.

İnternetin “yenilik lokomotifi” fonksiyonu ile kullanıcıların temel hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi için bu yönde ağ tarafsızlığı düzenlemelerinin yapılması gerektiği malumdur. Nitekim internet kullanımının günümüzde ulaştığı boyut göz önünde bulundurulduğunda, internet servis sağlayıcıların ifade özgürlüğü hakkını veya özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal eder nitelikteki pratikleri, aynı anda milyonlarca insanın haklarını ihlal etmektedir.

Ağ tarafsızlığı tartışmalarında en çok gündeme gelen hakların başında ifade özgürlüğü hakkı gelmektedir. AİHM defaatle ifade özgürlüğü hakkının Sözleşme’nin temelinde yatan haklardan olduğunu ve hakkın demokratik bir toplumdaki önemini vurgulamıştır. İnternetin ifade özgürlüğü hakkı açısından önemi ile ifade özgürlüğü hakkının Sözleşme sistemindeki önemi birlikte değerlendirildiğinde ağ tarafsızlığının korunmasının gerekliliği ön plana çıkmaktadır.

Genel olarak internet servis sağlayıcıların ağ yönetimi pratikleri ticari kaygılara dayanmakla birlikte internet bağlantısının yavaşlatılmasının veya bazı hallerde belirli uygulamaların engellenmesinin² ifade özgürlüğü hakkı üzerinde yapacağı etki unutulmamalıdır. Nitekim benzer amaçlarla kullanılan birden fazla uygulama olması sıklıkla karşılaşılan bir durum olmakla birlikte her uygulamanın ulaştığı kitle nicelik ve nitelik bakımından farklılık göstermektedir.

Dolayısıyla belirli bir uygulamaya veya internet sitesine erişimin engellenmesinin ya da yavaşlatılmasının son kullanıcıların internet üzerindeki ifade özgürlüklerini

² Madison River örneğinde olduğu internet servis sağlayıcıların rakip firmaların hizmetlerini kendi ağları üzerinde engellemeleri olası bir durumdur.

tamamen ortadan kaldırmadığı³ doğru olmakla birlikte alternatiflerin bilgiye ulaşmada veya bilgiyi yaymada aynı sonucu vermemesi muhtemeldir. Üstelik uygulamalar ve internet siteleri arasındaki farklılıklardan bağımsız olarak, AİHS sistemi bilginin yayılma şeklini de ifade özgürlüğü kapsamında korumaktadır.

Esasen internet servis sağlayıcıların ağ yönetimi tekniklerinin ifade özgürlüğü hakkına müdahale teşkil ettiği genel olarak kabul görmektedir. Bu hususta aslı tartışmalı olan nokta, internet servis sağlayıcıların özel hukuk kişisi olduğu hallerde, Sözleşmeci devletlerin pozitif yükümlülüğünün bulunup bulunmayacağıdır. Bu kapsamda ifade özgürlüğü hakkı ile mülkiyet hakkının karşı karşıya geldiği başvurulara ilişkin AİHM içtihadı önem taşımaktadır.

Mahkeme'nin Appleby başvurusuna ilişkin kararında belirttiği üzere mülkiyete erişimin engellenmesi halinde ifade özgürlüğü hakkının etkili bir şekilde ifa edilmesi veya hakkın özü zarar görecektse devletin ifade özgürlüğünün korunması yönündeki pozitif yükümlülüğünün ortaya çıkması olasıdır. Benzer sebeplerle Mahkeme'nin Khurshid Mustafa and Tarzibachi başvurusundaki değerlendirmeleri de önem taşımaktadır. İlgili başvuruda ev sahibinin mülkiyet hakkı ile kiracı olan başvuruçuların ifade özgürlüğü hakkı karşı karşıya gelmektedir. Mahkeme Irak göçmeni olan ailenin ülkelerindeki sosyal ve politik olayları takip edebilmesinin tek yolunun uydu yayınlarına ulaşması olduğunu tespit etmiştir. Ailenin küçük çocukları açısından ise kültürleriyle bağlarının devam edebilmesi açısından söz konusu yayınlar önem taşımaktadır. Bu noktada binada uydu anteni bulunmasının başvuruçuların ifade özgürlüğü hakkı açısından önemi dikkate alınarak başvuruçuların ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bu çerçevede Mahkeme'nin içtihatlarının internetin sosyal yaşamdaki kendine has konumuyla birlikte değerlendirilmesi gerekir. İnternet servis sağlayıcıların, ağ yönetimi tekniklerinin, hiçbir düzenlemeye tabi olmaması halinde, ifade özgürlüğü hakkını ne oranda etkileyeceği, hakkın etkili bir şekilde ifasının zarar görüp görmeyeceği ve hakkın özünün ne oranda etkileneceği önem taşımaktadır.

³ Engellenen veya yavaşlatılan site ya da uygulamanın alternatifi olduğu ve bunların ulaşılabilir olduğu kabul edildiği takdirde.

Bu kriterler çerçevesinde ifade özgürlüğü hakkı kapsamında kabul etmek gerekir ki internet servis sağlayıcıların ağ üzerindeki her müdahalesinin hakkın özüne zarar vereceği kabulü doğru olmayacaktır. Ancak aynı kriterler konu hakkında düzenleme yapılmasının gerekliliğini de ortaya koymaktadır. Fakat unutmamak gerekir ki ticari ifadeler de AİHS düzleminde madde 10'un korumasından yararlanmaktadır.

Bununla birlikte her ne kadar ağ yönetimi tekniklerinin ticari ifade kapsamında değerlendirilmesi mümkünse de ticari ifadelerin koruma çerçevesi, madde kapsamında korunan diğer haklara oranla, daha dar olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla ağ tarafsızlığına ilişkin yapılan hukuki düzenlemelerin ticari ifade özgürlüğüne müdahalede bulunacağı kabul edilse dahi bu müdahalenin Mahkeme tarafından hakların sınırlandırılması rejimine uygun bulunması muhtemel görülmektedir.

Çalışma kapsamında ağ tarafsızlığı ile olan ilişkisi değerlendirilen bir diğer hak ise özel yaşama saygı hakkıdır. Hak çerçevesinde özellikle problemli bir alan oluşturan DPI tekniğinin kullanılması bu kapsamda dikkat çekmektedir. AİHM içtihatları doğrultusunda Sözleşmeciler devletlerin kişisel verilerin korunmasına dair pozitif yükümlülüklerinin varlığı kabul görmektedir.

DPI tekniği ise son kullanıcıların internet üzerindeki bütün faaliyetlerinin incelenebildiği ve bu yönüyle özel yaşamın gizliliği önemli oranda etkileyen bir teknik olarak karşımıza çıkmaktadır. Üstelik internet servis sağlayıcıların bu yöntemi kullanarak elde ettikleri bilgileri ne şekilde kullandıkları, kimlerle paylaştıkları veya ne kadar süreyle sakladıkları da belirli değildir. Dolayısıyla konuya ilişkin düzenleme yapılması yalnızca kişisel verilerin korunması açısından değil aynı zamanda bireyin kişiliğini geliştirme hakkı bakımından ve informasyonel özerklik bakımından da önem taşımaktadır.

Bu çerçevede en önemli husus ise DPI tekniğinin yol açtığı orantısız sonuçlardır. Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında unutulmaması gereken bir diğer husus ise haberleşmeye saygı hakkı ile ağ tarafsızlığı arasındaki ilişkidir. Bu noktada internet servis sağlayıcıların haberleşmenin içeriğini, son kullanıcılara konuya ilişkin bilgilendirmede bulunmaksızın denetlediği haller AİHM kriterlerine uygun görülmemektedir.

İnternet servis sağlayıcıların ticari ifade özgürlüklerinin yanı sıra ağ üzerinde mülkiyet hakkına sahip oldukları da ortadadır. AIHS düzleminde, mülkiyet hakkının, malikine mülkiyetten yararlanma hakkı verdiği kabul edildiğinde, ağ tarafsızlığı kapsamında yapılacak düzenlemelerin mülkiyet hakkına müdahale teşkil edeceğinin kabulü gerekir.

Bununla beraber mülkiyet hakkının AIHS sınırlama rejimi çerçevesinde sınırlandırılması da mümkündür. Bu halde ağ tarafsızlığı düzenlemelerinin sınırlandırma rejimine uygun olması gerekmektedir. İnternet servis sağlayıcıların mülkiyet hakları ile son kullanıcıların ifade özgürlüğü ve özel yaşama saygı hakları çatışmakla birlikte olası bir ağ tarafsızlığı düzenlemesinin mülkiyet hakkının özüne zarar vermeyeceğini, yalnızca hakkın kullanılmasını belirli düzenlemelere tabi tutacağını unutmamak gerekir. Nitekim aksi bir durumda son kullanıcıların haklarının özünün zarar görme tehlikesi bulunmaktadır.

Tüm bu bilgilerin ışığında, özel olarak ağ tarafsızlığına ilişkin düzenlemelerin genel olarak ise internet ve bilişim alanındaki düzenlemelerin henüz yeknesak bir hukuki çerçeveye sahip olmadığı görülmektedir. Bununla birlikte ağ tarafsızlığı ve kavramın önemi temel hak ve özgürlükler açısından giderek daha sık gündeme gelmektedir. Dolayısıyla özellikle AB ve AK düzleminde yapılan düzenlemelerin insan hakları hukukundaki gelişmelerle birlikte değerlendirilmesi ve ağ tarafsızlığına ilişkin politika belirlenmesi temel hak ve özgürlüklerin internet alanında da korunabilmesi için gereklidir.

BİBLİYOGRAFYA

Akandji-Kombe,
Jean-François;

Positive obligations under the European Convention on Human Rights A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights, Council of Europe, January 2007, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/168007ff4d>, 05.06.2019.

Akdeniz, Yaman/
Altıparmak, Kerem;

İnternet: Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır, Türkiye’de İnternet İçerik Düzenlemesi ve Sansüre İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme, Kasım 2008, (Çevrimiçi), http://www.cyber-rights.org/reports/internet_yasak_siyah.pdf, 05.06.2019.

Albertson, Stephanie L.;

Open Internet for All: Free Speech and Network Neutrality, El Paso, LFB Scholarly Publishing LLC, 2012.

Alivizatos, Nicos C.;

“Privacy and Transparency: A Difficult Conciliation”, **Scientific and Technological Developments & Human Rights**, Ed. Linos-Alexander Sicilianos, Maria Gavouneli, Athens, Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2001, s.117-122.

Alternatif Bilişim Derneği;

TÜRKİYE’DE İNTERNET’İN DURUMU: 16 Nisan 2012 itibari ile fotoğrafı, (Çevrimiçi), https://www.tbmm.gov.tr/arastirma_komisyonlari/bilisim_internet/docs/sunumlar/alternatif_bilisim_internet_raporu.pdf, 09.03.2019.

Ardıyok, Şahin/
Demirkan, Hakan/
Köksal, Emin/
Yüksel, Barış;

“Mobil İletişim Hizmetlerinde Şebeke Tarafsızlığı Düzenlemeleri ve Trafik Yönetimi Uygulamalarının

- Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **Rekabet Dergisi**, 2015, 16(3): 3-37, (Çevrimiçi), <http://www.rekabet.gov.tr/Dosya/dergi/63-pdf>, 05.06.2019, s.51-100.
- Article 19; **Freedom of Expression Unfiltered: How blocking and filtering affect free speech**, Policy Brief, December 2016, (Çevrimiçi), https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38586/Blocking_and_filtering_final.pdf, 12.05.2019;
- Aydın, Duygu Hatipoğlu/ Ceyhan, Çağdaş/ Aydın, Mustafa Berkay; “İfade Özgürlüğü Açısından Ağ Tarafsızlığı Kavramı ve Türkiye’deki Hukuki Düzenlemeler ve Pratik Uygulamaları”, **Mülkiye Dergisi**, 37 (3), 2013, (Çevrimiçi), <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/160>, 05.06.2019, s.37-59.
- Balestra, Federico/ Tremolada, Marini Riccardo; “The EU Debate on Net Neutrality: What About Zero-Rating?” **Computer And Telecommunications Law Review**, 21(5), 2015, (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=2994741>, 05.06.2019, s.115-119.
- Balkin, Jack M.; “The Future of Free Expression in a Digital Age”, **Pepperdine Law Review**, Vol. 36: 427, 2009, (Çevrimiçi), <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/pepplr36&collection=journals&id=435&startid=&end=452>, 05.06.2019, s.427-444.
- ; “How Rights Change: Freedom of Speech in the Digital Era”, **Sydney Law Review**, Vol.26:5, 2004, (Çevrimiçi), https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1241&context=fss_papers, 05.06.2019, s.1-11.

- Bauer, Johannes/
Obar, M. Jonathan A.; “Reconciling Political and Economic Goals in the Net Neutrality Debate”, **The Information Society**, Vol. 30, 2014, (Çevrimiçi), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2910104, 05.06.2019, s.1-19.
- Beijer, Malu; **The Limits of Fundamental Rights Protection by the EU: The Scope for the Development of Positive Obligations**, Cambridge, Intersentia, 2017.
- Belli, Luca; “End-to-End, Net Neutrality and Human Rights”, **Net Neutrality Compendium Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet**, Ed. Luca Belli, Primavera De Filippi, Springer, 2016, s.16, (Çevrimiçi), <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-3-319-26425-7.pdf>, 05.06.2019, s.13-30.
- Belli, Luca/
De Filippi, Primavera; “Chapter 1 General Introduction: Towards a Multistakeholder Approach to Network Neutrality”, **Net Neutrality Compendium Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet**, Ed. Luca Belli, Primavera De Filippi, Springer, 2016, (Çevrimiçi), <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-3-319-26425-7.pdf>, 05.06.2019, s.1-13.
- Belli, Luca/
van Bergen, Matthijs; **Protecting Human Rights through Network Neutrality: Furthering Internet Users’ Interest, Modernising Human Rights and Safeguarding the Open Internet**, Steering Committee on Media and Information Society

- (CDMSI), Council of Europe, 2013, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/16805a09ca>, 05.06.2019.
- Bendrath, Ralf; **Global technology trends and national regulation: Explaining Variation in the Governance of Deep Packet Inspection, Paper prepared for the International Studies Annual Convention New York City, 15-18 February 2009 updated version 1.5, 3 March 2009,** (Çevrimiçi), http://userpage.fu-berlin.de/bendrath/Paper_Ralf-Bendrath_DPI_v1-5.pdf, 05.06.2019.
- Bendrath, Ralf/
Mueller, Milton; “The end of the net as we know it? Deep packet inspection and internet governance”, **New Media & Society**, 13 (7), 2011, (Çevrimiçi), <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1461444811398031>, 05.06.2019.
- BEREC; **Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules**, 2016, http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/download/0/6075-draft-berec-guidelines-on-implementation_0.pdf, (Çevrimiçi), 05.06.2019;
- A View of Traffic Management and Other Practices Resulting in Restrictions to the Open Internet in Europe Findings from BEREC’s and the European Commission’s joint investigation**, BoR (12) 30, 2012, (Çevrimiçi), https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/Traffic%20Management%20Investigation%20BEREC_2.pdf, 05.06.2019;

- Guidelines on transparency in the scope of net neutrality: best practices and recommended approaches**, BoR (11) 67, 2011, s.3, (Çevrimiçi), https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/365-berec-guidelines-on-transparency-in-the-scope-of-net-neutrality-best-practices-and-recommended-approaches, 05.06.2019;
- What is Zero Rating?**, (Çevrimiçi), https://berec.europa.eu/eng/netneutrality/zero_rating/, 05.06.2019.
- Bode, Karl; ‘How the new AT&T could bully its way to streaming domination- without net neutrality rules telecom-backed streaming services are free to fight dirty’, **The Verge**, 18.12.2018, (Çevrimiçi), <https://www.theverge.com/2018/12/18/18146186/att-time-warner-streaming-video-net-neutrality>, 05.05.2019;
- Bode, Karl; ‘Google Stadia is about to show everyone why broadband usage caps are bullshit’, **Techdirt**, 13.07.2019, (Çevrimiçi), <https://www.techdirt.com/articles/20190612/07282442379/google-stadia-is-about-to-show-everyone-why-broadband-usage-caps-are-bullshit.shtml>, 13.07.2019.
- Brems, Eva; “Conclusion-Conflicting Views on Conflicting Rights”, **When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights**, Ed. Stijn Smet, Eva Brems, Oxford, Oxford University Press, 2017;
- “Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.” **Human Rights Quarterly**, 27/1, 2005,

- (çevrimiçi), <http://www.jstor.org/stable/20069786>, 05.06.2019.
- Breyer, Patrick; Telecommunications “Data Retention and Human Rights: The Compatibility of Blanket Traffic Data Retention with the ECHR”, **European Law Journal**, Vol. 11, No. 3, May 2005, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., (Çevrimiçi), <http://www.law.uni-sofia.bg/Kat/T/IP/T/ZLD/DocLib/Telecommunications%20Data%20Retention.pdf>, 05.06.2019.
- Brewster, Thomas; “Is An American Company's Technology Helping Turkey Spy On Its Citizens?”, **The Forbes**, 25.10.2016, (Çevrimiçi), <https://www.forbes.com/sites/thomasbrewster/2016/10/25/procera-francisco-partners-turkey-surveillance-erdogan/#2234c5674434>, 15.06.2019.
- Bychawska-Siniarska, Dominika; **Protecting The Right To Freedom Of Expression Under The European Convention On Human Rights: A Handbook For Legal Practitioners**, Council of Europe, July 2017, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/handbook-freedom-of-expression-eng/1680732814>, 05.06.2019.
- Carrillo, Arturo J.; “Having Your Cake And Eating It Too? Zero-Rating, Net Neutrality, And International Law”, **Stanford Technology Law Review**, 19(3), 2016, (Çevrimiçi), https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2017/11/19-3-1-carrillo-final_0.pdf, 05.06.2019, s.364, 429.
- Cariolou, Leto; “Circumnavigating the Conflict Between the Right to Reputation and the Right to Freedom of Expression”, **When Human Rights Clash at the European Court of Human**

- Rights**, Ed. Stijn Smet, Eva Brems, Oxford, Oxford University Press, 2017, s.171-191.
- Carlberg, Mikaela; “Conflicts between Fundamental Rights in Europe -A case-law study of the CJEU and the ECtHR approach to conflicts between fundamental rights in the light of Google Spain”, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Lund University Faculty of Law, 2015, (Çevrimiçi), <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=7756679&fileId=7756680>, 05.06.2019.
- Carss-Frisk, Monica; **The Right to Property A Guide to the Implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights**, Human rights handbooks No. 4, Council of Europe, 2001, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/168007ff4a>, 05.06.2019.
- Cave, Martin/
- Vogelsang, Ingo; “Net Neutrality: an E.U./U.S. Comparison”, **Competition Policy International**, Vol.11, No.1, 2015, (Çevrimiçi), <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/03/Net-Neutrality.pdf>, 05.06.2019.
- Cherry, Barbara A.; “Misusing Network Neutrality to Eliminate Common Carriage Threatens Free Speech and the Postal System”, **Northern Kentucky Law Review**, Vol.33:4, 2006, (Çevrimiçi), https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/nkenlr33§ion=31, 05.06.2019.
- Choffnes, David/ Gill, Phillipa/
- Mislove, Alan; **An Empirical Evaluation of Deployed DPI Middleboxes and Their Implications for Policymakers**, 2017,

(Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=2941535>,
05.06.2019.

CHP Bilgi ve İletişim

Teknolojilerinden Sorumlu

Genel Başkan Yardımcılığı; **İnternet Çağında İnternete Erişim Sorunu: Türkiye'nin Sansürle İmtihanı**, Nisan 2018, (Çevrimiçi), <http://cdn.chp.org.tr/cms/0/Other/NewFolder/trkysnsrimtih n.pdf>, 05.06.2019.

Collins, Keith;

“Net Neutrality Has Officially Been Repealed. Here’s How That Could Affect You.” **The New York Times**, 11.08.2018, (Çevrimiçi), <https://www.nytimes.com/2018/06/11/technology/net-neutrality-repeal.html>, 05.06.2019;

“Why Net Neutrality Repealed and How It Affects You?”, **The New York Times**, 14.12.2017, (Çevrimiçi), <https://www.nytimes.com/2017/12/14/technology/net-neutrality-repeal-vote.html>, 06.05.2019.

Congressional Research
Service;

The Net Neutrality Debate: Access to Broadband Networks, 2019, (Çevrimiçi), <https://fas.org/sgp/crs/misc/R40616.pdf>, 05.06.2019.

Council of Europe/
European Court of
Human Rights;

Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights; Right to respect for private and family life, home and correspondence, 31 August 2018, (Çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf, 05.06.2019;

The use of Council of Europe treaties in the case-law of the European Court of Human Rights, (Research Division) 2011, (Çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_treaties_CoE_ENG.pdf, 05.06.2019;

Positive Obligations on Member States Under Article 10 to Protect Journalists and Prevent Impunity (Research Division), December 2011, (Çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_article_10_ENG.pdf, 05.06.2019;

Information Note on the Court's case-law No. 173, 2014; **Internet: case-law of the European Court of Human Rights**, (Research Division), 2011, June 2015 (update), (Çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_ENG.pdf, 05.06.2019;

Factsheet – Access to Internet and freedom to receive and impart information and ideas, 2018, (Çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Access_Internet_ENG.pdf, 29.08.2018;

Internet Governance – Council of Europe Strategy 2016-2019 Democracy, human rights and the rule of law in the digital World, September, 2016, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/16806aafa9>, 08.05.2018;

Treaty Series No. 223, Explanatory Report to the Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg, 2018, s.3-4, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/cets-223-explanatory-report-to-the->

- [protocol-amending-the-convention-fo/16808ac91a](#),
05.06.2019;
Press Release issued by the Registrar of the Court, ECHR
019 (2019), 17.01.2019, (Çevrimiçi),
<http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6302554-8226649>, 05.06.2019.
- Cox, Joseph; ‘I gave a Bounty Hunter 300\$. Then he located our phone,
Vice, 08.01.2019’, (Çevrimiçi),
https://www.vice.com/en_us/article/nepxbz/i-gave-a-bounty-hunter-300-dollars-located-phone-microbilt-zumigo-tmobile, 07.06.2019.
- Daly, Angela; “The legality of deep packet inspection”, **International Journal of Communications Law & Policy**, No. 14, 2011, (Çevrimiçi),
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1628024, 05.06.2019.
- DeRose, Michael A.; **Deep Packet Inspection and its Effects On Net Neutrality**, ePublications at Regis University, 2010, (Çevrimiçi),
<https://epublications.regis.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1355&context=theses>, 07.02.2019.
- Dzehtsiarou, Kanstantsin; “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights”, **German Law Journal**, Vol.12 No.10.
- Easley, Robert/ Guo, Hong
Kramer, Jan; **From Network Neutrality to Data Neutrality: A Techno Economic Framework and Reseach Agenda**, 2017, (Çevrimiçi),
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2666217,
10.06.2019.

- Eberle, Edward J.; “Observations on the Development of Human Dignity and Personality in German Constitutional Law: An Overview”, **Liverpool Law Review**, Vol.33, 2013, (Çevrimiçi), <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs10991-012-9120-x.pdf>, 05.06. 2019.
- Elban, Hasan Kemal; ‘Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İlişkileri’, **TBB Dergisi**, Sayı 77, 2008, (Çevrimiçi), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-77-436>, 05.06.2019.
- Erman, David/ Ilie, Dragos/ Popescu, Adrian; **BitTorrent Session Characteristics and Models**, (Çevrimiçi), <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:833758/FULLTEXT01.pdf>, 10.05.2019.
- European Union Agency for Fundamental Rights/ Council of Europe; **Handbook on European data protection law**, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2018, (Çevrimiçi), https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_en.pdf, 05.06.2019.
- Faulhaber, Gerald R.; “Network Neutrality: The Debate Evolves”, **International Journal of Communication**, 1 (2007), (Çevrimiçi), <http://ijoc.org/index.php/ijoc/issue/view/1>, 05.06.2019; “Transparency and Broadband Internet Service Providers”, **International Journal of Communication**, 4 (2010), (Çevrimiçi), <http://ijoc.org/index.php/ijoc/article/view/782>, 05.06.2019.
- Federal Communications

- Commission; Formal complaint of free press and public knowledge against Comcast Corporation for secretly degrading peer-to-peer applications, Memorandum Opinion and Order, August 20, FCC 08–183, (Çevrimiçi), <https://docs.fcc.gov/public/attachments/FCC-08-183A1.pdf>, 05.06.2019.
- Flauss, Jean-François; “The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression”, **Indiana Law Journal**, Vol. 84: Iss. 3, Article 3, 2009, (Çevrimiçi), <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1124&context=ilj>, 05.06.2019.
- Frieden, Rob; “Internet Packet Sniffing and Its Impact on the Network Neutrality Debate and the Balance of Power Between Intellectual Property Creators and Consumers”, **Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.**, Vol.18, (2008), (Çevrimiçi), <https://ir.lawnet.fordham.edu/iplj/vol18/iss3/3>, 05.06.2019.
- Friedlander, Simone A.; ‘Net Neutrality and the FCC’s 2015 Open Internet Order’, **Berkeley Technology Law Journal**, 31:2, 2016, (Çevrimiçi), <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2128&context=btlj>, 05.06.2019.
- Fuchs, Christian; “Implications of Deep Packet Inspection (DPI) Internet Surveillance for Society”, **The Privacy & Security Research Paper Series**, Issue 1, Department of Informatics and Media Uppsala University, 2012, (Çevrimiçi), <http://fuchs.uti.at/wp-content/uploads/DPI.pdf>, 05.06.2019.

Gemalmaz, H. Burak;

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Mülkiyet Hakkı,

1.Bası, İstanbul, Beta, 2009;

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında "Adil Denge" İlkesi”, **İÜHFM**, C.69, S.1-2, 2011, (Çevrimiçi), <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/97649>,

05.06.2019;

Çalışanların İnternet İletişiminin İşverence İzlenmesi Özel Yaşam Hakkına Aykırı Mıdır?: AIHM Büyük Dairenin 05 Eylül 2017 Tarihli Barbulescu Kararı, 2017, (Çevrimiçi), <https://blog.lexpera.com.tr/calisanlarin-internet-iletisiminin-isverence-izlenmesi-ozel-yasam-hakkina-aykiri-midir-aihm-buyuk-dairenin-05-eylul-2017-tarihli-barbulescu-karari/>, 17.05.2019;

Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, Avrupa Konseyi, 2018, (Çevrimiçi),

https://www.anayasa.gov.tr/media/3548/06_mulkiyet_hak_ki.pdf, 05.06.2019.

Gemalmaz, M. Semih;

Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, 1. Cilt, İstanbul, Legal, 2011.

Görentaş, İtir Aladağ;

‘Türkiye’de İnsan Hakları: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yarım Asırlık İmtihan’, **Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 29, 2015, (Çevrimiçi), <http://kosbed.kocaeli.edu.tr/sayi29/4.pdf>, 05.06.2019.

Grgic, Aida/

Mataga, Zvonimir/

Longar, Matija/

- Vilfan, Ana; **The right to property under the European Convention on Human Rights A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its protocols**, Human Rights Handbooks, No. 10, Belgium, Council of Europe, 2007, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/168007ff55>, 05.06.2019.
- Güngör, Müberra/
Göktaylar, Yavuz/
Kibar, Yunus Ş./
Çaycı, A. Deniz/
Aslan, Nurdan; **Şebeke Tarafsızlığı (Net Neutrality)**, Ankara, Bilgi ve İletişim Teknolojileri Kurumu, Kasım 2011, (Çevrimiçi), <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/sebeke-tarafsizligi.pdf>, 05.06.2019.
- Hanna, Mina J.; **Net Neutrality: A Brief Overview Of The Policy And The FCC's Ruling To Upend It**, April 2018, (Çevrimiçi), <https://www.computer.org/csdl/mags/co/2018/04/mco2018040078.pdf>, 10.05.2019.
- Harris, O'Boyle, Warbrick; **Law of the European Convention on Human Rights**, 3. Bası, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Helton, Matthew; 'Secondary Liability for Copyright Infringement: BitTorrent as a Vehicle for Establishing a New Copyright Definition for Staple Articles of Commerce', **Colum. J.L. & Soc. Probs.** Vol.40:1, 2006, (Çevrimiçi), http://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/collsp40§ion=8, 05.06.2019.
- Hert, Paul De/

- Kloza, Dariusz; “Internet (access) as a new fundamental right. Inflating the current rights framework?”, **European Journal of Law and Technology**, Vol. 3. No. 3, 2012, (Çevrimiçi), <http://ejlt.org/article/view/123/268>, 05.06.2019.
- Hollister, Sean; ‘Carriers Selling Your Location to Bounty Hunters: It was Worse Than We Thought’, **The Verge**, 06.02.2019, (Çevrimiçi), <https://www.theverge.com/2019/2/6/18214667/att-t-mobile-sprint-location-tracking-data-bounty-hunters>, 02.06.2019.
- Karakaya, Yavuz Selim; “İfade Özgürlüğünün En Yeni İhlali: Wikipedia’ya Erişim Engeli”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:9 Sayı:2 Yıl 2018, (Çevrimiçi), <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/533826>, 05.06.2019.
- Karadoğan, İsmail/
Daş, Resul/
Baykara, Muhammet; ‘Scapy ile Ağ Paket Manipülasyonu’, 1st International Symposium on Digital Forensics and Security (1. Uluslararası Adli Bilişim ve Güvenlik Sempozyumu), 2013, (Çevrimiçi), <http://www.academia.edu/download/41074182/scapy.pdf>, 05.06.2019.
- Karan, Ulaş; **İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2**, Avrupa Konseyi, 2018, (Çevrimiçi), http://www.anayasa.gov.tr/bireyselbasvuru/pdf/Kitaplar/02_Ifade_ozgurlugu.pdf, 05.06.2019.

- Kaya, M. Bedii; “Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Erişiminin Engellenmesi”, Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans Programı, 2009.
- Kaya, Turgut; “İnternet Servis Sağlayıcısının Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel hukuk Anabilim Dalı, 2019.
- Koops, Bert- Joop/
Sluijs, Jasper Paul; “Network Neutrality and Privacy According to Art. 8 ECHR”, **European Journal for Law and Technology**, Vol. 3, No. 2, 2012, (Çevrimiçi), <http://ejlt.org/article/view/90/233>, 05.06.2019.
- Köksal, Emin; “Regulation And Competition In Telecommunications: The Case Of Network Neutrality”, (yayınlanmamış doktora tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Larouche, Pierre; “Network Neutrality: The Global Dimension”, **TILEC Discussion Paper**, 2011, (Çevrimiçi), <http://ssrn.com/abstract=1909811>, 05.06.2019.
- Lavrysen, Laurens; **Human Rights in a Positive State Rethinking in the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights**, Cambridge, Intersentia, 2016;
“Chapter 4: System of Restriction”, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Ed. Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak, 5. Baskı, Cambridge, Intersentia, 2018.

- Lynskey, Orla; “Deconstructing Data Protection: The ‘Added-Value’ of a Right to Data Protection In The EU Legal Order”, **International and Comparative Law Quarterly**, Vol 63, 2014, (çevrimiçi), <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/95BD4CCF4670466FD4F6EBAD7DD B4E76/S0020589314000244a.pdf/deconstructing-data-protection-the-added-value-of-a-right-to-data-protection-in-the-eu-legal-order.pdf>, 05.06.2019.
- Mack, Zachary; ‘Net Neutrality was repealed a year ago- What’s Happened Since? Three things the FCC’s done sine net neutrality was repealed’, **The Verge**, 09.07.2019, (Çevrimiçi), <https://www.theverge.com/2019/7/9/20687903/net-neutrality-was-repealed-a-year-ago-whats-happened-since>, 09.07.2019.
- Marcus, J. Scott; ‘Network Neutrality Rules in Europe: Comparasionsto Those in the U.S.’, **Colo. Tech. Law Journal**, 14:2, 2016, (Çevrimiçi), <http://bruegel.org/wp-content/uploads/2016/09/v2.final-Marcus-5.24.16.pdf>, 05.06.2019.
- Marsden, Christopher T.; “Network Neutrality: History, Regulation and Future”, **Monograph «VII International Conference on Internet, Law & Politics. Net Neutrality and other challenges for the future of the Internet»**, IDP. Revista de Internet, Derecho y Política. No. 13, pp. 91-108. UOC., February 2012, (Çevrimiçi), <https://www.raco.cat/index.php/IDP/article/viewFile/251840/337489>, 05.06.2019;

- “Zero Rating and Mobile Net Neutrality”, **Net Neutrality Compendium Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet**, Ed. Luca Belli, Primavera De Filippi, Springer, 2016, (Çevrimiçi), <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-3-319-26425-7.pdf>, 05.06.2019;
- Network Neutrality From Policy to Law to Regulation**, Manchester University Press, 2017.
- McCormack, Mark/
Liam Wignall; “Enjoyment, Exploration and Education: Understanding the Consumption of Pornography among Young Men with NonExclusive Sexual Orientations”, **Sociology**, Vol. 51(5), 2017, s. 975–991. (Çevrimiçi), <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5603964/>, 05.06.2019.
- Newman, Jennifer L.; “Keeping the Internet Neutral: Net Neutrality and its Role in Protecting Political Expression on the Internet”, **Hastings Communications and Entertainment Law Journal**, s.153-171, Volume 31, no.1, 2008, (Çevrimiçi), https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1668&context=hastings_comm_ent_law_journal, 05.06.2019.
- Nunziato, Dawn C.; **Virtual Freedom: Net Neutrality and Free Speech in the Internet**, Stanford, Stanford University Press, 2009, (Çevrimiçi), <https://doc.lagout.org/Others/Stanford.University.Press-Virtual.Freedom.Net.Neutrality.and.Free.Speech.in.the.Internet.Age.2009.RETAiL.EBook.pdf>, 05.06.2019.
- O’Donoghue, Robert/

- Pascoe, Tom; **Net Neutrality In The Eu: Unresolved Issues Under The New Regulation**, March, 2016, (Çevrimiçi), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2741173, 05.06.2019.
- Öncü, Gülay Arslan; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, 1. Bası, İstanbul, Beta, 2011; **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8**, Avrupa Konseyi, 2019, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/ozel-yasama-ve-aile-yasam-na-sayg-hakk-baski/1680932442>, 17.02.2019.
- Özbey, Özcan; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, **TBB Dergisi**, 2013 (106), s.41-92, (Çevrimiçi), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-106-1269>, 05.06.2019.
- Puddephatt, Andrew; **Freedom of Expression and the Internet**, UNESCO, 2016, (Çevrimiçi), <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000246670>, 05.06.2019.
- Psychogiopoulou, Evangelia; The European Court of Human Rights, privacy and data protection in the digital era, **Courts, Privacy and Data Protection in the Digital Environment**, Ed. Maja Brkan, Evangelia Psychogiopoulou, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017.
- Richardson, Diane; “Constructing sexual citizenship: theorizing sexual rights”, **Critical Social Policy**, 20:1, 2000, s.105-135. (Çevrimiçi), <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/026101830002000105>, 19.02.2019.

Roagna, Ivana;

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Çev. Ayşe Gül Alkış Schäling, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012, (Çevrimiçi), http://inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/ozel_hayata_saygi.pdf, 05.06.2019.

Rouvroy, Antoinette/

Poullet, Yves;

“Chapter 2 The Right to Informational Self-Determination and the Value of Self-Development: Reassessing the Importance of Privacy for Democracy”, **Reinventing Data Protection?**, Ed. S. Gutwirth, Y. Poullet, P. de Hert, C. de Terwangne, S. Nouwt, 2009, s.45-76. (Çevrimiçi), https://www.researchgate.net/publication/225248944_The_Right_to_Informational_Self-Determination_and_the_Value_of_Self-Development_Reassessing_the_Importance_of_Privacy_for_Democracy, 05.06.2019.

Rosenberg, R.S.;

“Controlling access to the Internet: The role of filtering”, **Ethics and Information Technology**, Vol.3:1, 2001.

Schaub, Florian;

‘The Implications of the FCC’s Net Neutrality Repeal’, **Media and Communication**, 2018, 6:3, s.69-72, (Çevrimiçi), <http://dx.doi.org/10.17645/mac.v6i3.1560>, 05.06.2019.

Scott, Ben/ Stefan Heumann/

Kleinhans, Jan-Peter;

“Landmark EU and US Net Neutrality Decisions: How Might Pending Decisions Impact Internet Fragmentation?”, **Global Commission on Internet Governance Paper Series**, No.18, July, 2015, (Çevrimiçi),

<https://www.cigionline.org/publications/landmark-eu-and-us-net-neutrality-decisions-how-might-pending-decisions-impact>, 05.06.2019.

Sermet, Laurent;

The European Convention on Human Rights and Property Rights, Human rights files, No. 11 rev., Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1999, (Çevrimiçi),

[https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-11\(1998\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-11(1998).pdf), 05.06.2019.

Short, Mary B./ Black, Lora/ Smith, Angela H./

Wetterneck, Chad T./

Wells, Daryl E.;

“A Review of Internet Pornography Use Research: Methodology and Content From the Past 10 Years”, **Cyberpsychology, Behaviour and Social Networking**, Volume X, Number X, 2011, s.1-11, (Çevrimiçi), https://www.researchgate.net/profile/Chad_Wetterneck/publication/51750502_A_Review_of_Internet_Pornography_Use_Research_Methodology_and_Content_From_the_Past_10_Years/links/00b49523b021ce42200000000.pdf, 05.06.2019.

Sicilianos, Linos Alexander; “International Protection of Personal Data: Privacy, freedom of information or both?”, **Scientific and Technological Developments & Human Rights**, Ed. Linos -Alexander Sicilianos, Maria Gavouneli, Athens, Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2001, s.123-142.

Sluijs, Jasper P.;

“From Competition to Freedom of Expression: Introducing Article10 ECHR in the European Network Neutrality Debate”, **Human Rights Law Review**, 12:3, 1 September,

- 2012, s.509-554, (Çevrimiçi), <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngs015>, 05.06.2019;
- Network neutrality and European law**, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2012, (Çevrimiçi), https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/1469808/Sluijs_Network_20-12-2012_emb_tot_20-03-2013.pdf, 05.06.2019.
- Smet, Stijn; “Conflicts Between Human Rights and the ECtHR Towards a Structured Balancing Test”, **When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights**, Ed. Stijn Smet, Eva Brems, Oxford, Oxford University Press, 2017, s.38-57;
- “Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict”, **AM. U. INT’L L. REV.**, 26:1, 2010, s.184-221, (Çevrimiçi), <http://auilr.org/wp-content/uploads/pdf/26/26.1.8.pdf>, 05.06.2019.
- Stalla-Bourdillon, Sophie/ Papadaki, Evangelia/ Chown Tim; “From porn to cybersecurity passing by copyright: How mass surveillance technologies are gaining legitimacy... The case of Deep packet inspection Technologies”, **Computer Law and Security Review**, 30, 2014, (Çevrimiçi), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2528186, 05.06.2019, s. 670-686.
- Stevens, Matt; ‘Verizon Throttled California Firefighters’ Internet Speeds Amid Blaze (They were out of Data)’, **The New York Times**, 22.08.2018, (Çevrimiçi), <https://www.nytimes.com/2018/08/22/us/verizon-throttling-california-fire-net-neutrality.html>, 02.07.2019.

- Sulleyman, Aatif; ‘Net Neutrality Repeal: What Is It and Why Will It Make the Internet Much Worse?’, **The Independent**, 01.10.2018, (Çevrimiçi), <https://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/net-neutrality-what-is-it-repeal-latest-meaning-define-trump-internet-rules-why-explained-a8563616.html>, 05.06.2019.
- Tamonis, Eimantas; “Whether The State Is Liable For Ensuring The Net Neutrality Principle Under The Universal Declaration of Human Rights?”, Vytauto Didžiojo Universitetas Teisės FAKULTETAS, 2015, (Çevrimiçi), <https://vb.vdu.lt/object/elaba:11609878/11609878.pdf>, 05.06.2019.
- Toledano, Joan Ramos; **ISPs and Copyright: Deep Packet Inspection and Network Neutrality**, (Çevrimiçi), https://icil.gr/download.php?fen=years/2014/downloads/speakers/0070-toledano-full_text-en-v1.pdf, 05.06.2019.
- Tully, Stephen; “A Human Right to Access the Internet? Problems and Prospects”, **Human Rights Law Review**, 2014, 14, Oxford University Press, s.175-195, (Çevrimiçi), <https://academic.oup.com/hrlr/article-abstract/14/2/175/615750>, 05.06.2019.
- Tyler Lacey; **Comcast Corp. v FCC: D.C. Circuit Denies FCC Jurisdiction to Mandate Net Neutrality**, Ed. Jad Mills, April, 2010, (Çevrimiçi), <https://jolt.law.harvard.edu/digest/comcast-corp-v-fcc>, 05.06.2019.
- Van Rijn, Arjen; ‘Chapter 14: Freedom of Expression’, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**,

- Ed. Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak, 5. Baskı, Cambridge, Intersentia, 2018.
- Van der Sloot, Bart; “Privacy as Personality Right: Why the ECtHR’s Focus on Ulterior Interests Might Prove Indispensable in the Age of “Big Data””, **Utrecht Journal of International and European Law**, 31(80), 2015, s.25-50, (Çevrimiçi), <https://utrechtjournal.org/articles/10.5334/ujiel.cp/>, 05.06.2019.
- Voorhoof, Dirk; “Freedom of Expression versus Privacy and Right to Reputation How to Preserve Public Interest Journalism”, **When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights**, Ed. Stijn Smet, Eva Brems, Oxford, Oxford University Press, 2017, s.148-170.
- Yeşim, Bilge/
Sözeri, Efe Kerem; Online Surveillance in Turkey: Legislation, Technology and Citizen Involvement, **Surveillance & Society**, 15(3/4), (Çevrimiçi), <https://ojs.library.queensu.ca/index.php/surveillance-and-society/article/view/6637>, 05.06.2019, s.543-549.
- Wu, Tim; “Network Neutrality, Broadband Discrimination”, **2 J. on Telecomm. & High Tech.**, L. 141, 2003, (Çevrimiçi), <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jtelhtel2&collection=journals&id=145&startid=&endid=180>, 05.06.2019, s.141-176.
- Zysset, Alain; **The ECHR and Human Rights Theory Reconciling the Moral and the political Conceptions**, Oxon, Routledge, 2017.

Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları

Recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules.

Recommendation No. R (2000) 4 of the Committee of Ministers to member states on the education of Roma/Gypsy children in Europe.

Recommendation No. R (98) 7 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member States concerning the ethical and organisational aspects of health care in prison.

Recommendation CM/REC (2016)1 of the Committee of Ministers to the member States on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality.

Recommendation No. R (2007)16 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the public service value of the Internet.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Ahmet Yıldırım v. Turkey, App. No. 3111/10, Judgment of 18 December 2012.

Akdeniz v. Turkey, app. no. 20877/10, inadmissibility decision of 11 March 2014.

Aksu v. Turkey, App. no. 4149/04 and 41021/04, (GC) Judgment of 15 March 2012.

Appleby and Others v. the United Kingdom, App. No. 44306/98, Judgment of 06 May 2003.

Ashby Donald and Others v. France, App. No. 36769/08, Judgment of 10 January 2013.

Autronic AG v. Switzerland, App. No. 12726/87, Judgment of 22 May 1990.

Axel Springer AG v. Germany, App. No.39954/08, Judgment of 07 February 2012.

Bărbulescu v. Romania, App. No. 61496/08, (GC) Judgment of 05 September 2017.

Barthold v. Germany, App. No. 8734/79, Judgment of 25 March 1985.

Bédat v. Switzerland, App. No. 56925/08, Judgment of 29 March 2016.

Benedik v. Slovenia, App. No. 62357/14 Judgment of 24 April 2018.

Botta v. Italy, App. No.21439/93, Judgment of 24 February 1998.

Carvalho Pinto De Sousa Morais v. Portugal, App. No. 17484/15 Judgment of 25 July 2017.

Cengiz and Others v. Turkey, App. No. 48226/10 14027/11, Judgment of 01 December

2015.

Christine Goodwin v. The United Kingdom, App. No.28957/95 Judgment of 11 July 2002.

Copland v. The United Kingdom, App. No. 62617/00, Judgment of 03 July 2007.

Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France, App. No. 40457/07, Judgment of 10 November 2015.

Cumpănă and Mazăre v. Romania, App. No.33348/96, Judgment of 17 December 2004.

D.H. and others v. The Czech Republic, App. No.57325/00, Judgment of 13 November 2007.

Dink v. Turkey, App. No. 2668/07, Judgment of 14 September 2010.

Dudgeon v. UK, App. No. 7525/76, Judgment of 22 October 1981.

Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine, App. No. 33014/05, Judgment of 05 May 2011.

Fabris v. France, App. No. 16574/08, Judgment of 07 February 2013.

Fernandez Martinez v. Spain, App. No. 56030/07, Judgment of 12 June 2014.

Fredrik Neij and Peter Sunde Kolmisoppi v. Sweden, App. No. 40397/12, Judgment of 19 February 2013.

Fuentes Bobo v. Spain, App. No. 39293/98, Judgment of 29 February 2000.

Golder v. The United Kingdom App. No. 4451/70, Judgment of 21 February 1975.

Guerra and Others v. Italy, Judgment of 19 February 1998.

Handyside v. The United Kingdom, App. No.5493/72, Judgment of 07 December 1976.

Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden, App. No. 23883/06, Final Judgment of 16 March 2009.

Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria (no. 3), App. No. 39069/97, Judgment of 11 December 2003.

M. and M. v. Croatia, App. No. 10161/13, Judgment of 03 September 2015.

Manole and Others v. Moldova, App. No. 13936/02, Judgment, of 17 September 2009.

Mehmedovic v. Switzerland, App. No.17331/11, Judgment of 11 December 2018.

Molka v. Poland, App. No. 56550/00, Judgment of 11 April 2006.

Murphy v. Ireland, App. No. 44179/98, Judgment of 10 July 2003.

Norris v. Ireland, App. No. 10581/83, Judgment of 26 October 1988.

Oršuš and Others v. Croatia, App. No. 15766/03, Judgment of 16 March 2010.

Özgür Gündem v. Türkiye, No. 23144/93, Judgment of 16 March 2000.

Palomo Sánchez and Others v. Spain [GC], App. No. 28955/06, Judgment of 12 September 2011.

Pretty v. The United Kingdom, App. No. 2346/02, Judgment of 29 April 2002.

Roche v. The United Kingdom, App. No. 32555/96, Judgment of 19 October 2005.

S. And Marper v. UK, App. Nos. 30562/04 and 30566/04, (GC) Judgment of 04 December 2008.

Sławomir Musiał v. Poland, App. No. 28300/06, Judgment of 20 January 2009.

Sporrong and Lönnroth v. Sweden, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982.

Stummer v. Austria, App. No. 37452/02, Judgment of 07 July 2011.

Tyrer v. The United Kingdom, App. No. 5856/72, Judgment of 25 April 1978.

Vgt Verein Gegen Tierfabriken v Switzerland, App. No. 24699/94, Judgment of 28 August 2001.

Von Hannover v. Germany (No. 2), App. Nos. 40660/08 and 60641/08 Judgment of 07 February 2012.

Vukota-Bojić v. Switzerland, App. No. 61838/10, Judgment 18 October 2016.

Y.Y. v. Turkey, App. No. 14793/08, Judgment of 10 March 2015.

Zehnalová and Zehnal v. The Czech Republic, App. No. 38621/97, Judgment of 14 May 2002.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, No. 2014/3986, Karar Tarihi: 2/4/2014.

Youtube Ilc Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu, No.2014/4705, Karar Tarihi: 29/5/2014.

Kemal Gözler Başvurusu, No. 2014/5232, Karar Tarihi: 19/4/2018.

Miyase İlknur ve Diğerleri Başvurusu, No. 2015/15242, KararTarihi: 18/7/2018.

Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. Başvurusu, No. 2015/6313, Karar Tarihi: 13/9/2018.

Avrupa Adalet Divanı Kararları

Case C-70/10, Scarlet extended SA v. Societe Belge des Auteurs, Compositeurs et SCRL (SABAM).

Case C-582/14, Patrick Breyer v. Germany.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararları

TTNet AŞ Hakkında Yapılan Soruşturma, Karar No. 2012/DK-59/19, Karar Tarihi: 18.01.2012.

TTNet Gezinti Hizmeti Soruşturması, Karar No: 2013/DK-SDD/228, Karar Tarihi: 24.04.2013.

Çevrimiçi Kaynaklar

<https://turkeyblocks.org/press/>,

<https://magazine.journalismfestival.com/how-throttling-internet-has-become-a-way-of-censorship-in-turkey/>,

<https://apnews.com/c37a7dd383d44412baf37558095c1569>,

<https://www.telegraph.co.uk/technology/2016/12/20/turkey-blocks-access-facebook-twitter-whatsapp-following-ambassadors/>,

<https://www.dha.com.tr/haber-arsiv/turkey-blocks-turkiyeden-twitter-whatsapp-facebook-ve-youtubea-erisim-engelleniyor/haber-1370759>,

<https://www.yahoo.com/news/turkey-blocks-facebook-twitter-whatsapp-101103503.html>,

<https://www.theguardian.com/technology/2008/apr/03/privacy.telecoms>

<https://www.fcc.gov/about/overview>,

<https://www.telegraph.co.uk/technology/news/8438461/BT-and-Phorm-how-an-online-privacy-scandal-unfolded.html>

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223/signatures>