

İtiraz Eden (Davalı) : Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
Yeşilirmak Sokak No.16 - Demirtepe/ANKARA

Vekilleri : Av. Sevcan Arslan, Av. Aynur Yaman Işık - Aynı adresteler

Karşı Taraf(Davacı) : Serbest Telekomünikasyon İşletmecileri Derneği

Vekili : Av. Gökhan Candoğan
Aziziye Mahallesi Kuşkondu Sok. No:7/2 - Çankaya/ANKARA

İstemin Özeti : Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne ilişkin 20/01/2015 günlü, E:2014/2037 sayılı karara, davalı idare itiraz etmekte ve kararın kaldırılmasını istemektedir.

Danıştay Tetkik Hâkimi : Nuray Doğru

Düşüncesi : İtirazın kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüldü:

Erişim Sağlayıcıları Birliği Tüzüğü'nün onaylanmasına ilişkin 30/04/2014 günlü, 2014/DK-TİB/236 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada; Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne ilişkin 20/01/2015 günlü, E:2014/2037 sayılı karara, davalı idare itiraz etmekte ve kararın kaldırılmasını istemektedir.

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a, 19/02/2014 günlü, 28918 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6518 sayılı Kanun'un 90. maddesiyle eklenen 6/A maddesiyle, kişilik haklarına saldırı ve özel hayatın gizliliğini ihlal durumlarında hâkim veya Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere özel hukuk tüzel kişiliğini haiz Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin kurulması öngörülmüş, Birliğe elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösterebilmek için Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından yetkilendirilen ve yetkilendirilecek tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin üye olması zorunlu kılınmış, üye olmayan işletmecilerin faaliyette bulunamayacakları, Birliğin çalışma usul ve esaslarının Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından onaylanacak Tüzükle belirleneceği belirtilmiş, aynı Kanun'un 100. maddesiyle eklenen Geçici 3. maddesinin birinci fıkrasında, Birliğin kuruluşunu bu Kanun'un yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde tamamlayacağı; ikinci fıkrasında, Birliğin, mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanan Birlik Tüzüğü'nün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlayacağı ve maddenin devamındaki fıkralarda, Birliğin kuruluşunu tamamlayamaması ya da anılan işletmecilerin üye olmaması durumunda idari para cezası uygulanacağı hükümlerine yer verilmiştir.

Anılan hükümlere istinaden, dava konusu edilen 30/04/2014 günlü, 2014/DK-TİB/236 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu kararı ile, fiilen erişim hizmeti veren ve imtiyaz sözleşmesi kapsamında faaliyet gösteren 4 işletmeci, görev sözleşmesi kapsamında faaliyet gösteren 1 işletmeci ile 7 internet servis sağlayıcılığı hizmeti veren işletmeci olmak üzere toplam 12 işletmeci tarafından imzalanan Erişim Sağlayıcıları Birliği Tüzüğü onaylandıktan sonra, internet servis sağlayıcısı işletmecilerden biri tarafından hazırlanan ve toplam 116 işletmecinin katılımıyla hazırlanan Tüzük tasarısı davalı idareye sunulmuş;

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
İtiraz No : 2015/301

ancak 15/05/2014 günlü, 233466 sayılı işlemle, dava konusu Kurul kararı ile Tüzük onaylandığı için başvuru hakkında işlem tesis edilemeyeceğinin bildirilmesi üzerine davacı tarafından bakılan dava açılmıştır.

Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 20/01/2015 günlü, E:2014/2037 sayılı kararıyla, Tüzüğün, 5651 sayılı Kanun'un Geçici 3. maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm uyarınca, yetkilendirilmiş yani mevcut 282 internet servis sağlayıcısı ile fiilen erişim hizmeti veren 4 işletmecinin toplamının en az dörtte biri tarafından imzalanması gerektiği hâlde; fiilen internet servis sağlayıcılığı hizmeti sunan işletmeciler ile diğer 4 işletmecinin toplamının dörtte biri dikkate alınarak toplam 12 işletmeci tarafından imzalandığı; bu durumda, Kanun'da öngörülen yeter sayıda imzalanmayan Tüzüğün onaylanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı, öte yandan, anılan Kanun'un Geçici 3. maddesinin ikinci fıkrasındaki "mevcut" ibaresinden fiilen internet servis sağlayıcılığı hizmeti sunan işletmecilerin anlaşılması gerektiğine ilişkin davalı idare yorumunun, yetkilendirilmiş tüm işletmecilerin üye olma zorunluluğu bulunan Birliğin oluşumundaki çoğulculuğa aykırı olacağı gerekçesiyle, dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

Bu karara davalı idare tarafından itiraz edildikten sonra, 15/04/2015 günlü, 29327 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6639 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile, 5651 sayılı Kanun'un, uyuşmazlığın çözümüne esas alınan Geçici 3. maddesinin ikinci fıkrasındaki "Mevcut internet servis sağlayıcıları" ibaresi, "bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla aboneli bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları" olarak değiştirilmiş, 40/a maddesinde ise, 30. maddenin 19/02/2014 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği öngörülmüştür.

Dava konusu işleme esas alınan 5651 sayılı Kanun'un 19/02/2014 tarihinde yürürlüğe giren Geçici 3. maddesinin ikinci fıkrasında, 15/04/2015 günlü, 29327 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6639 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile, Birliğin Tüzüğü'nün onaylanması için aranan imza yeter sayısı hesabında, aboneli bulunan yani fiilen hizmet veren internet servis sağlayıcılarının sayısının dikkate alınacağı yönünde değişikliğe gidilmesi ve anılan Kanun'un 40/a maddesi ile, bu değişikliğin yürürlük tarihinin, Geçici 3. maddenin yürürlüğe girdiği 19/02/2014 tarihi olarak belirlenmesi sonucu, Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin itiraz konusu kararının gerekçesi geçersiz hale gelmiş ve dava konusu işlem, tesis edildiği tarih itibarıyla yasal dayanağa kavuşturulmuş, böylece 6639 sayılı Kanun'un 30. ve 40/a maddelerinin uyuşmazlıkta uygulanacak kural haline gelmiştir.

Bu nedenle, Kurulumuzun 04/05/2015 günlü, YD İtiraz No:2015/301 sayılı kararıyla, ESB Tüzüğü'nün kimler tarafından hazırlanacağını düzenleyen kuralda yapılan değişikliğin, kamu yararından ziyade, yargı kararını bertaraf etme amacını taşıdığı belirtilerek, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrası gereğince, 6639 sayılı Kanun'un 30. ve 40/a maddelerinin, Anayasa'nın Başlangıç kısmının dördüncü fıkrası ile 2., 6., 7., 9., 11., 125. ve 138. maddelerin aykırı olduğu kanısına ulaşılmaması nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiştir.

İtiraz üzerine Anayasa Mahkemesi'nin 07/09/2016 günlü, E:2015/88, K:2016/156 sayılı kararıyla, 5651 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, ESB'nin, mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanan Birlik Tüzüğü'nün, Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlayacağı hükmü yer almakta iken itiraz konusu kuralla madde metninde yer alan "mevcut internet servis sağlayıcıları" ibaresinin, "bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla aboneli bulunan mevcut internet

servis sağlayıcıları" şeklinde değiştirildiği, yasamanın genelliği ilkesi gereğince Anayasa'da düzenlenmemiş bir alanın, Anayasa'nın temel ilkeleri ile yasaklayıcı hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, öngörülebilir ve uygulanabilir şekilde kanunla düzenlenmesinin kanun koyucunun takdirinde olduğu, kanun koyucunun, kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde düzenlemeler yapabileceği, yasama organının mahkeme kararlarını değiştirememesi ilkesinin, yasama organının kesinleşmiş olan mahkeme kararlarını kanun yoluyla ortadan kaldıramaması anlamına geleceği, mahkeme kararının kanun yoluyla değiştirilememesi ilkesi, maddi hukukta herhangi bir değişiklik yapmaksızın sadece somut mahkeme kararlarının kanun yoluyla değiştirilmesi ya da uygulanmasının engellenmesi hâlleri için söz konusu olacağı; internetteki hukuka aykırılıkların erişimin engellenmesi yoluyla giderilebildiği, erişimin engellenmesinin ise ancak erişim sağlayıcılar üzerinden gerçekleştirilebildiği, içeriğin yayından çıkartılması ve içeriğe erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasında ortaya çıkan infaz edilemezlik ve muhatap belirsizliği gibi sorunların ortadan kaldırılmasını sağlamak için kurulan ESB'nin, erişim sağlayıcıları ile bağlantıyı sağladığı ve erişimin engellenmesi ile ilgili kararları erişim sağlayıcılara iletmekle görevli olduğu, 5651 sayılı Kanun'un 6/A maddesinin (4) numaralı fıkrasına göre ESB, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılımıyla oluşturduğu, Birliğin çalışma usul ve esasları Tüzükle belirlendiği ve Tüzüğün BTK tarafından onaylanmasıyla birlikte ESB'nin, erişimin engellenmesine yönelik faaliyetlerine başlayabildiği, Kanun'un geçici 3. maddesinin (2) numaralı fıkrasının itiraz konusu kurala yapılan değişiklikten önceki birinci cümlesinde, Birlik Tüzüğü'nün mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanması öngörülmekle birlikte söz konusu cümlede geçen "mevcut internet servis sağlayıcıları" ibaresinden, aboneli bulunan ve fiilen bu hizmeti veren internet servis sağlayıcılarının mı, yetkilendirilmiş tüm internet servis sağlayıcılarının mı kastedildiği konusunda belirsizlik oluşması üzerine itiraz konusu kuralda madde metninde yer alan "mevcut internet servis sağlayıcıları" ibaresinin "bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla aboneli bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları" şeklinde değiştirildiği, yapılan değişikliğin mahiyeti göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun, kuralda değişiklik yapılmadan önce de Birlik Tüzüğü'nün sektörde fiilen faaliyette bulunan işletmelerin en az dörtte biri tarafından hazırlanmasını öngördüğü, bu çerçevede, kuralın ilk halinde yer alan "mevcut internet servis sağlayıcıları" ibaresiyle aboneli bulunan ve fiilen bu hizmeti veren internet servis sağlayıcılarının ifade edilmek istendiği, ancak bu ibarenin uygulamada farklı şekilde yorumlanması üzerine kurala açıklık getirmek ve oluşan belirsizliği gidermek amacıyla "bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla aboneli bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları" şeklinde değiştirildiği sonucuna varıldığı, yasamanın genelliği ilkesi gereğince, ESB Tüzüğü'nün kimler tarafından hazırlanabileceğini belirleme yetkisinin kanun koyucuya ait olduğu, bu kapsamda, ESB Tüzüğü'nün aboneli bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları ile internet erişimi hizmeti veren işletmeler tarafından hazırlanmasını öngören kuralın kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğu, itiraz konusu kuralın ESB Tüzüğü'nü hazırlayacak asgari işletme sayısına açıklık getirmek ve bu konuda uygulamada ortaya çıkan belirsizliği gidermek amacıyla ihdas edildiği dikkate alındığında, kamu yararına aykırı bir yönü bulunmadığı gibi, yargı kararını etkisizleştirmeye yönelik bir düzenleme olarak da değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle itirazın reddine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin değinilen kararı karşısında, fiilen erişim hizmeti veren ve imtiyaz sözleşmesi kapsamında faaliyet gösteren dört işletmeci, görev sözleşmesi kapsamında faaliyet gösteren bir işletmeci ile yedi internet servis sağlayıcılığı hizmeti veren işletmeci olmak üzere toplam on iki işletmeci tarafından imzalanan Erişim Sağlayıcıları Birliği Tüzüğü'nün onaylanmasına ilişkin dava konusu



T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
İtiraz No : 2015/301

30/04/2014 günlü, 2014/DK-TİB/236 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu kararının hukuka aykırılığında bahsetmek mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun değişik 27. maddesinde öngörülen ve yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli olan koşulların, dava konusu uyuşmazlıkta gerçekleşmediği anlaşıldığından, davalı idarenin itirazının KABULÜNE ve Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen 20/01/2015 günlü, E:2014/2037 sayılı yürütmenin durdurulması kararının kaldırılmasına, davacının yürütmenin durdurulması isteminin reddine, 08/11/2016 gününde oybirliği ile karar verildi.

Başkan
Namık Kemal
ERGANİ

Üye
Nüket
YOKLAMACIOĞLU

Üye
Gürsel
MEKİK

Üye
Hasan
GÜZELER

Üye
Abdülkadir
ATALIK

Üye
Yalçın
EKMEKÇİ

Üye
Bilal
ÇALIŞKAN

Üye
Cevdet
MALKOÇ

Üye
Turgay Tuncay
VARLI

Üye
Oğuz
YAĞLICI

Üye
Yunus
AYKIN

Üye
Muhsin
YILDIZ

Üye
Bilge
APAYDIN