

*“Davacı Serbest Telekomünikasyon İşletmecileri Derneği tarafından, 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 idarenin itiraz etmesi üzerine oluşturulan dosya incelendi:*

*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; 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 açılmış, 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 verilmiş, 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 abonesi bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları” olarak değiştirilmiş, 40/a maddesinde ise, 30. maddenin 19/02/2014 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.*

*Görüldüğü üzere, 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, abonesi 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, dava konusu işlem, tesis edildiği tarih itibarıyla yasal dayanağa kavuşturulmuştur. Dolayısıyla, 6639 sayılı Kanun’un 30. ve 4C/a maddelerinin uyumsuzlukta uygulanacak kural haline geldiğinde kuşku bulunmamaktadır.*

*Anayasanın 2. maddesinde, hukuk devleti ilkesi Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılmış; 4. maddesinde ise bu ilkenin değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceği kurala bağlanmıştır.*

*Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, tüm eylem ve işlemleri bağımsız yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ile Anayasa’nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.*

*Bu çerçevede iptali istenen Yasa maddeleri ile Danıştay Onüçüncü Dairesince verilmiş yürütmenin durdurulması kararı ile hukuka aykırılığı tespit edilmiş olan dava konusu işleme, anılan yargı kararını bertaraf edecek şekilde yasal dayanak oluşturulduğu anlaşıldığından, anılan düzenlemeler Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.*

*Öte yandan, hukuk devleti ilkesinin öğeleri arasında, yasaların kamu yararına dayanması, kuralların herkes için konulması, kamu düzeninin kurulması ve korunması amacına yönelik bu kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçütlerinin göz önünde tutulması gerekliliği bulunmaktadır. Diğer bir deyişle, bir hukuk devletinde, devlet erki kullanılarak yapılan tüm kamu işlemlerinin nihai amacının ‘kamu yararı’ olması gerekir.*

*Kamu yararını gerçekleştirmek ereğiyle yasa koyucu, değişik yolların seçimini siyasi tercihlerine göre belirleyebilecektir. Ancak, yasa koyucunun kişisel, siyasi ya da saklı bir amaç güttüğü durumlarda, yani kamu yararı dışındaki özel ve başka bir amaca ulaşmak için bir konuyu yasayla düzenlediği durumlarda amaç ögesi bakımından yasanın sakatlığı ve dolayısıyla Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırılığı söz konusu olur.*

*Dolayısıyla, iptali istenen düzenlemeler, yukarıda açıklandığı gibi, bir yetki saptırmasını örneklemekte ve yasama erkinin kamu yararına değil, belli bir özel çıkarı*

*korumaya, bunun için yargı kararlarının uygulanmasını engellemeye yönelik olarak kullanıldığını ortaya koymaktadır. Bu durum, söz konusu yasama işlemlerini, amaç unsuru bakımından sakatlayarak, Anayasanın 2. maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesine açıkça aykırı olduğu için, iptali istenen düzenlemeler hukuk devleti ilkesine bu açıdan da aykırı bulunmuştur.*

*Ayrıca, Anayasa'nın Başlangıç kısmının dördüncü fıkrasında kuvvetler ayrımı ilkesine yer verilmiş; 6. maddesinde, egemenliğin Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılacağı ve hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağı kurala bağlanmış; 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiş, 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu kurallaştırılmış, 138. maddesinin son fıkrasında ise, "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." denilerek istisnai bir duruma yer verilmemiştir.*

*Bu çerçevede, Yasama organının, beğenmediği yargı kararlarını, üstelik de geriye yönelik uygulanmak üzere kanun çıkartıp etkisiz hale getirmesi, diğer bir ifade yasama erkinin yargı kararlarını değiştirmek/ortadan kaldırmak amacıyla kullanılması, Anayasa'nın "Mahkemelerin bağımsızlığı" başlıklı 138. maddesinin son fıkrası hükmüne aykırılık teşkil ettiği gibi, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını belirten 9. maddesine ve Başlangıç kısmındaki kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırı bulunmaktadır. Zirâ, bir hukuk devletinde yargı kararı, yine ancak bir yargı kararı ile kaldırabilir.*

*Öte yandan, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme, mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme, yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan hak arama hürriyetinin olmazsa olmaz koşuludur. Mahkemeye erişim hakkı, yargılama sonucunda verilen kararın etkili bir şekilde uygulanmasını da gerektirmektedir. Mahkeme kararlarını uygulanamaz hâle getiren düzenlemeler, mahkemeye erişim hakkını da anlamsız kılacaktır.*

*Kişilerin, Devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için ise Devletin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine açık olması gerekir. Nitekim, Anayasa'nın belirtilen 125. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde bu husus anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Ancak, hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli, olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olduğu, yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zira, hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil, bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir. Bu nedenle, iptali istene düzenlemeler, Anayasa'nın 125. maddesine de aykırı bulunmuştur.*

*Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasa'nın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasa'nın "Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlıklı 11. maddesine de aykırılığı sonucunu da doğuracaktır (Anayasa Mahkemesi'nin 03/06/1988 günlü, E:1987/28, K:1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).*

*Bu durumda, yargı kararını bertaraf etmek amacı taşıdığı anlaşılan 6639 sayılı Kanun'un 30. ve 40/a maddelerinin, Anayasa'nın Başlangıç kısmının dördüncü fıkrası ile 2., 6., 7., 9., 11., 125. ve 138. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.*

*Öte yandan, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 17/3. maddesi uyarınca, Danıştay İdari Dava Dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak baktıkları davalarda yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verdikleri kararları itiraz yoluyla inceleme ile görevli olup bu aşamada Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun davada uygulanacak bir yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına vararak itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmaya engel yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.*

*Nitekim, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun, Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin 27/02/2013 günlü, E:2012/3152 sayılı karara yapılan itirazın görüşülmesi sırasında verdiği 26/09/2013 günlü, YD. İtiraz No:2013/372 sayılı kararıyla uyuşmazlıkta uygulanacak kural niteliğinde olan 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun "Kişisel verilerin işlenmesi ve korunması" başlıklı 51. maddesinde yer alan "(1) Kurum, elektronik haberleşme sektörüyle ilgili verilerin işlenmesi ve gizliliğin korunmasına yönelik usul ve esasları belirlemeye yetkilidir." hükmünün Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 20. Maddelerine aykırı olduğu kanısına varılması üzerine itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuş; Anayasa Mahkemesince verilen (26/07/2014 günlü, 29072 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan) 09/04/2014 günlü ve E:2013/122, K:2014/74 sayılı karar ile itirazın esası hakkında hüküm verilmiştir.*

*Açıklanan nedenlerle, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o davada uygulanacak bir yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiğini düzenleyen 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrası gereğince, 6639 sayılı Kanun'un 30. ve 40/a maddelerinin, Anayasa'nın Başlangıç kısmının dördüncü fıkrası ile 2., 6., 7., 9., 11., 125. ve 138. maddelerin aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, bu kuralların Anayasa'ya aykırılığı ve uygulanması durumunda giderilmesi güç ve olanaksız zararlar doğabileceği gözetilerek esas hakkında bir karar verilinceye kadar yürürlüğünün durdurulmasının istenilmesine, dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, 04/05/2015 gününde, oyçokluğu ile karar verildi."*