

Davacı ve Yürütmenin

Durdurulmasını İsteyen : Serbest Telekomünikasyon İşletmecileri Derneği (TELKODER)

Vekili : Av. Gökhan CANDOĞAN
Bestekâr Sok. No:61/B-3 Kavaklıdere / ANKARA

Davalı : Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
Yeşilirmak Sok. No:16 Demirtepe / ANKARA

Vekilleri : Av. Tamer MAHMUTOĞLU,
Av. Hüsnüye AKDOĞAN GÖRMEZ - Aynı adreste

İstemin Özeti : Sabit telefon işletmecilerinin trafiklerine ilişkin olarak alınan 18.07.2013 tarih ve 2013/DK-TİB/401 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu kararının 1., 2., 3. ve 5. maddelerinin iptali ve yürütülmesinin durdurulması istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Enes YILDIZ'ın Düşüncesi : Sabit telefon işletmecilerinin trafiklerine ilişkin olarak alınan 18.07.2013 tarih ve 2013/DK-TİB/401 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu kararının 1. maddesi, 2. maddesinde yer alan "...tüm trafiğin Kurul tarafından belirlenen lokasyonlara IP (Internet Protocol) protokolü üzerinden noktadan noktaya özel hatlar ile teslim edilmesi..." ve 3. maddesinde yer alan *trafiğin Kurul tarafından belirlenen lokasyonlara IP (Internet Protocol) protokolü üzerinden noktadan noktaya özel hatlar ile teslim edilmemesi durumunda idarî para cezası uygulanacağına* ilişkin ifadelerin yürütülmesinin durdurulmasına; anılan Kurul kararının 5. maddesi ile 2. ve 3. maddelerinin diğer kısımları açısından ise yürütmenin durdurulması isteminin reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, davalı idarenin savunması alındıktan sonra incelenmesine karar verilen yürütmenin durdurulması istemi, savunmanın geldiği görülmekle yeniden incelendi, gereği görüldü:

Dava, sabit telefon işletmecilerinin trafiklerine ilişkin olarak alınan 18.07.2013 tarih ve 2013/DK-TİB/401 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu kararının 1., 2., 3. ve 5. maddelerinin iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle açılmıştır.

Anayasa'nın "Haberleşme Hürriyeti" başlıklı 22. maddesinde, "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2013/2910

bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili mercinin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir." ifadeleriyle haberleşme hürriyetine ilişkin temel kurallara ve bunlara ilişkin esaslara yer verilmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması" başlıklı 135. maddesinin birinci fıkrasında, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, kayda alınabileceği ve sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği, Cumhuriyet savcısının kararını derhâl hâkimin onayına sunacağı ve hâkimin, kararını en geç yirmidört saat içinde vereceği, sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbirin Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılacağı; üçüncü fıkrasında, birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresinin belirtileceği, tedbir kararının en çok üç ay için verilebileceği, bu sürenin, bir defa daha uzatılabileceği, ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkimin bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebileceği; altıncı fıkrasında, bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümlerin ancak fıkroda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabileceği; yedinci fıkrasında ise, bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimsenin, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemeyeceği ve kayda alamayacağı kurallarına yer verilmiştir.

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun Ek 7. maddesinin birinci fıkrasında, polisın Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri alacağı, emniyet ve asayişini sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunacağı, bu amaçla bilgi toplayacağı, değerlendireceği, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştıracağı, Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapacağı; 5397 sayılı Kanun ile eklenen ikinci fıkrasında, birinci fıkroda belirtilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak, 5271 sayılı Kanun'un, casusluk suçları hariç, 250. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği, kayda alınabileceği, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emrin, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulacağı, hâkimin, kararını en geç yirmidört saat içinde vereceği, sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbirin derhal kaldırılacağı, bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtların en geç on gün içinde yok edileceği,

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2013/2910

durumun bir tutanakla tespit olunacağı ve bu tutanağın denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edileceği; onuncu fıkrasında, bu maddede belirtilen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime ilişkin işlemler ile 5271 sayılı Kanunun 135. maddesi kapsamında yapılacak dinlemelerin, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" adıyla kurulan tek bir merkezden yürütüleceği, oluşturulan bu Başkanlığın bir başkan ile daire başkanlıklarından oluşacağı, bu Başkanlıkta Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulacağı, verilen görevleri yerine getirmek üzere yeterli sayıda personel istihdam edileceği, Ulaştırma Bakanlığı'nın bu merkezle ilgili altyapıyı hazırlamakla yükümlü olacağı kuralları yer almıştır.

2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 5397 sayılı Kanun ile eklenen Ek 5. maddesinde ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesine 5397 sayılı Kanun ile eklenen fıkralar ile, 2559 sayılı Kanun'un yukarıda aktarılan hükümleri doğrultusunda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği ve kayda alınabileceğine ilişkin düzenlemeler yapılmış ve bu işlemlerin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı bünyesinde yapılacağı belirtilmiştir.

10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik'in "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde, "İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması: Telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemler", "İletişimin tespiti: İletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemler", "Sinyal bilgisi: Bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi" ifade edeceği belirtilmiş; "Karar veya yazılı emrin uygulanması" başlıklı 10. maddesinde ise, hâkim kararları ve yazılı emirlerin işletmecilere gönderilmeyeceği, kararlar ve yazılı emirler ile bunların içeriğinin Başkanlığın belirleyeceği şekilde elektronik ortamda ilgili kurumlar tarafından Başkanlığa gönderileceği, kararlar ile yapılan inceleme sonucunda bu Yönetmeliğe uygun olduğu tespit edilen yazılı emirlerin, ilgili kurum görevlilerince Başkanlığın koordine ve nezaretinde yerine getirileceği kuralına yer verilmiştir.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 12. maddesinin beşinci fıkrasında, işletmecilerin, elektronik haberleşme sistemleri üzerinden millî güvenlikle ve 5397 ve 5651 sayılı Kanunlar ve ilgili diğer kanunlarda getirilen düzenlemelerle ilgili taleplerin karşılanmasına yönelik teknik altyapıyı, elektronik haberleşme sistemini hizmete sunmadan önce kurmakla yükümlü oldukları, halen elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmecilerin de söz konusu teknik altyapıyı, Kurum tarafından belirlenecek süre içerisinde aynı şartlarla ve tüm harcamaları kendilerine ait olmak üzere kurmakla yükümlü oldukları kurala bağlanmıştır.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2013/2910

28.05.2009 tarih 27241 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 12. maddesinin birinci fıkrasının (u) bendinde, işletmecilerin, elektronik haberleşme sistemleri üzerinden millî güvenlikle, 5397 ve 5651 sayılı Kanunlar ve ilgili diğer kanunlarda getirilen düzenlemelerle ilgili taleplerin karşılanmasına yönelik teknik altyapıyı, elektronik haberleşme sistemini hizmete sunmadan önce kurumca belirlenecek usul, esas ve standartlarda, tüm harcamaları kendine ait olmak üzere kurmak ve güncellemekle yükümlü oldukları, halen elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmecilerin de, söz konusu teknik altyapıyı, Kurum tarafından belirlenecek usul, esas ve standartlarda, tüm harcamaları kendilerine ait olmak üzere kurmak ve güncellemekle yükümlü oldukları, 5397 ve 5651 sayılı Kanunlar ve ilgili diğer kanunlarda getirilen düzenlemelerle ilgili olarak, tüm harcamaları kendilerine ait olmak üzere, ilgili mevzuat gereği verilmesi gereken bilgi, belge ve veriyi kurum tarafından belirlenecek usul, esas ve standartlarda eksiksiz ve zamanında kanunen yetkili mercie teslim etmekle, her türlü sistemin işletilmesi bakımından, altyapı kullanımının sağlanması ile söz konusu sistemlerin çalışır vaziyette tutulması için gerekli donanım, yazılım, bakım, onarım, teknik destek gibi gerekli tedbiri almakla ve bunları etkileyen donanım, yazılım, altyapı ve şebekeye ilişkin değişiklikleri Kurum onayını alarak yapmakla yükümlü oldukları kuralları yer almıştır.

Yukarıda aktarılan mevzuatın irdelenmesinden, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespit edilebilmesi, dinlenebilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi için kanunlarla belirlenen suçlara ilişkin kuvvetli şüphenin bulunması, başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması ile hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili mercilerin hâkim onayına sunulmak kaydıyla yazılı emrinin olması gerekmekte, aksi durumda ise, haberleşmenin gizliliği ilkesinin ihlal edileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu kapsamda, işletmecilere ait trafiklerin, yukarıda aktarılan şartları taşımaları halinde ve gizlilik ilkesinin ihlal edilmemesi kaydıyla ilgili mercilere tesliminin sağlanması gerekmektedir.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu'nun "STH İşletmecilerinin Trafikleri" konulu, 18.07.2013 tarih ve 2013/DK-TİB/401 sayılı kararında:

"5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendine, 6. maddesinin birinci fıkrasının (s) ve (ş) bentlerine, 12. maddesinin beşinci fıkrasına, Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 19. maddesinin birinci fıkrasının (a), (p), (u) ile (ü) bentlerine, Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları ile Diğer Müeyyide ve Terbirlere Hakkında Yönetmelik'in 6., 12. ve 19. maddelerine ve 22.08.2012 tarihli ve 2012/DK-59/406 sayılı Kurul kararına istinaden;

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın 5397 sayılı Kanun kapsamında hizmet verdiği ilgili kolluk ve güvenlik birimleri tarafından uzun süredir ısrarla talep edilen STH işletmecilerine ait tüm yurt dışı giriş ve çıkış trafiklerinin yönlendirilmesi ve takip altına alınmasının önemi, son yaşanan Hatay'ın Reyhanlı ilçesindeki patlamayla da tekrar gündeme gelmiş, STH işletmecileri üzerinden geçen trafiğin alınamamasından dolayı istihbarat zaafiyetlerinin yaşanmaması için gerekli önlemlerin derhal alınması Telekomünikasyon İletişim

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2013/2910

Başkanlığı'ndan talep edilmiş olup, bu kapsamda ilgili taleplerin karşılanması amacıyla;

1- Sabit telefon hizmeti işletmecileri tarafından ilgili mevzuat uyarınca Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın faaliyetleri gereği; her bir STH işletmecisinin tüm POP noktalarına ait trafiğini Başkanlık Ankara lokasyonuna IP (Internet Protocol) protokolü üzerinden noktadan noktaya özel hatlar ile teslim etmesi,

2- Mevcut STH işletmecileri tarafından, ilgili mevzuat uyarınca Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın faaliyetleri gereği kurulması gereken altyapıların kurulması ile tüm trafiğin, Kurul tarafından belirlenen lokasyonlara IP (Internet Protocol) protokolü üzerinden noktadan noktaya özel hatlar ile teslim edilmesi işleminin işbu Kurul kararı tarihinden itibaren Başkanlıkça belirlenen süre içerisinde gerçekleştirilmesi,

3- Mevcut STH işletmecileri tarafından, ilgili mevzuat uyarınca Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın faaliyetleri gereği kurulması gereken altyapılar ile trafiğin Kurul tarafından belirlenen lokasyonlara IP (Internet Protocol) protokolü üzerinden noktadan noktaya özel hatlar ile teslim edilmemesi halinde idarî para cezası uygulanacağı, buna rağmen gerekli altyapıyı kurmayanların yetkilendirmelerinin iptal edileceği yönünde işletmecilerinin bilgilendirilmesi,

4- Bahse konu 22.08.2012 tarih ve 2012/DK-59/406 sayılı Kurul kararının üçüncü maddesi (j) bendinin "Yetkilendirilmiş her işletmeci sistemleri nerede olursa olsun, 5397 ve 5651 sayılı Kanunlar ve diğer kanunlarda getirilen düzenlemeler ile ilgili taleplerin karşılanması için gerekli olan her türlü işlem için gerekli olan donanım, sunucu, ağ, güvenlik cihazları vb. sistem bileşenlerinin işletmeci tarafından temin edilmesi ve gerekli hat/hatları başka bir işletmeciyile ortak kullanabilmesi" şeklinde değiştirilmesi,

5- STH işletmecilerine gönderilen Kurum yazılarının, işletmeci tarafından Kuruma bildirilen resmi adrese ulaşmaması halinin devamı durumunda yetkilendirmelerinin iptaline ilişkin Yetkilendirme Daire Başkanlığı koordinatörlüğünde bir düzenleme çalışmasının yürütülmesi" hususlarına yer verilmiştir.

Dava konusu Kurul kararının 1. maddesi ve 2. maddesinde yer alan "... tüm trafiğin Kurul tarafından belirlenen lokasyonlara IP (Internet Protocol) protokolü üzerinden noktadan noktaya özel hatlar ile teslim edilmesi..." ifadesi ile, sabit telefon hatları üzerinde gerçekleşen tüm trafiğin, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na teslim edilmesi ile tüm trafiğe ilişkin iletişimin hâkim kararı olmaksızın tespitinin sağlandığı, dinlenilmesi ve kayda alınmasının da mümkün hale getirildiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla; Kurul kararının 1. maddesi ile 2. maddesinde yer alan "...tüm trafiğin Kurul tarafından belirlenen lokasyonlara IP (Internet Protocol) protokolü üzerinden noktadan noktaya özel hatlar ile teslim edilmesi..." ifadesinin, Anayasanın 22. maddesi ve yukarıda aktarılan kanun maddelerinde yer alan haberleşmenin gizliliği ilkesine aykırı olduğu, kanun hükümlerini aşar nitelikte düzenlemeler içerdiği ve uygulanması halinde telafisi güç zararların doğmasına neden olacağı açıktır.

Dava konusu Kurul kararının 3. maddesinde yer alan ve trafiğin Kurul tarafından belirlenen lokasyonlara IP (Internet Protocol) protokolü üzerinden noktadan noktaya özel hatlar

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2013/2910

ile teslim edilmemesi durumunda idarî para cezası uygulanacağına ilişkin kuralda da, tüm trafiğin teslim edilmesine ilişkin getirilen yükümlülük yukarıda belirtilen gerekçelerle hukuka açıkça aykırı bulunduğundan hukuka uygunluk görülmemiştir.

Öte yandan, Kurul kararının, 5. maddesi ile 2. ve 3. maddelerinin diğer kısımları açısından, 2577 sayılı Kanunun 27. maddesinde yer alan, uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının gerçekleşmediği görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 18.07.2013 tarih ve 2013/DK-TİB/401 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu kararının 1. maddesi, 2. maddesinde yer alan "...tüm trafiğin Kurul tarafından belirlenen lokasyonlara IP (Internet Protocol) protokolü üzerinden noktadan noktaya özel hatlar ile teslim edilmesi..." ve 3. maddesinde yer alan trafiğin Kurul tarafından belirlenen lokasyonlara IP (Internet Protocol) protokolü üzerinden noktadan noktaya özel hatlar ile teslim edilmemesi durumunda idarî para cezası uygulanacağına ilişkin hükümlerin yürütmesinin durdurulmasına; anılan Kurul kararının 5. maddesi ile 2. ve 3. maddelerinin diğer kısımları açısından yürütmenin durdurulması isteminin reddine, kararın tebliğini izleyen günden itibaren 7 (yedi) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na itiraz yolu açık olmak üzere, 25.02.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Nevzat	Ahmet	E. Yücel	Nizamettin	Dr. Hasan
ÖZGÜR	EĞERCİ	SEYHAN	KALAMAN	GÜL

ASLI GIBİDİR