



Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Ankara, 24.03.2015

BARO BAŞKANLIĞI

DUYURU NO: 2015/28

11.07.2013 tarih 28704 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 24.07.2013 tarihinde yürürlüğe giren “Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”in bir kısım bent ve ibarelerinin iptali ile yargılama sonuçlanıp hüküm kesinleşinceye kadar yürütmenin durdurulması istemiyle Türkiye Barolar Birliği tarafından açılan Danıştay 13. Dairesi’nin E.2013/3582 sayılı dosyasına kayıtlanan davada (Ek-1 Dava Dilekçesi) yürütmeyi durdurma kararı verilmişti.

Daire, sözü edilen 17.03.2014 tarihli kararında (Ek-2) Yönetmelik Değişikliği ile “Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik”in 6. maddesinin 1. fıkrasına getirilen “Kurum tarafından gerekli görülmesi halinde” ibaresinin, “anayasal güvence altında olan kişisel veriler hakkında bilgilendirilme ve kişisel bilgilerin amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkının bir yansıması olan aboneler/kullanıcıların kişisel verilerinin güvenliğini ihlal eden belirli bir risk söz konusu olduğunda, bu durumdan bilgilendirilme hakkının Kurum’un takdirine bırakılmasında hukuka uygunluk görülme”diği gerekçesiyle yürütmeyi durdurma kararı tesis etmişti.

Sözü edilen karar ile şebekenin ve kişisel verilerin güvenliğini ihlal eden bir risk olması durumunda işletmecinin, abone/kullanıcıları, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun takdiriyle bilgilendirilmesine engel olunmuştur.

Yürütmenin durdurulması kararına konu bir diğer husus, “Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik”in değişik 11. maddesinin 3. fıkrasına getirilen “acil durum halleri ile” tümcesi olup, bu ibarenin “bu düzenleme öngörülebilirlikten uzak, subjektif değerlendirmelere açık ve uygulamada farklı şekillerde uygulanmaya müsait olduğundan, hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerini sağlamaktan uzak olan düzenlemede hukuka uygunluk bulunma”dığı gerekçesiyle yürütülmesi durdurulmuştur.

Böylelikle abonelerin/kullanıcıların rızası olmaksızın konum verilerine -nerede bulunduklarına- ve kimlik bilgilerine, “acil durum halleri” tümcesi kullanılarak ulaşılması olanağı yargı kararı ile ortadan kaldırılmıştır.



Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

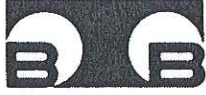
Sözü edilen yargı kararında yürütmenin durdurulması talebimizin reddedildiği madde ve ibareler için itirazen başvurduğumuz Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 13.10.2014 tarih İtiraz No: 2014/441 sayılı kararıyla (Ek-3) Anayasa Mahkemesi'nin 26.07.2014 tarih 29072 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 09.04.2014 günlü ve E.2013/122, K.2014/74 sayılı kararı uyarınca "...usul ve esasları yasada belirlenmeyen kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik hususların Yönetmelikle düzenlenmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı..." gerekçesi ile Birliğimizin itirazının kabulü ile Yönetmeliğin dava konusu maddelerinin yürütülmesinin durdurulmasına karar vermiştir.

Bilgilerinize sunarım.

Saygılarımla.

Avukat Metin FEYZİOĞLU
Türkiye Barolar Birliği
Başkanı

Ek:3



Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

DANIŞTAY BAŞKANLIĞINA

Yürütmenin Durdurulması İstemlidir.

DAVACI : Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad. Av. Özdemir Özok Sokak
No: 8 06520 Balgat Ankara

VEKİLİ : Av. Seray Şenfer
Aynı adres

**KARŞI TARAF
(DAVALI)** : Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
Yeşilırmak Sokak No: 16 06430 Demirtepe Ankara

KONU : 11.07.2013 tarih 28704 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 24.07.2013 tarihinde yürürlüğe giren “*Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*”in **4. maddesi ile** “Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik”in **6. maddesinin 1. fıkrasına getirilen “Kurum tarafından gerekli görülmesi halinde” ibaresinin, 7. maddesi ile** “Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik”in **değişen 11. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde yer alan “geçici olarak” ibaresinin, 3. fıkrasına getirilen “acil durum halleri ile” tümcesinin ve “Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”in yürürlük maddesi olarak düzenlenen 14. maddesi ile “Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik”in **değişen 25. maddesinin (a) bendinin iptali ile yargılama sonuçlanıp hüküm kesinleşinceye kadar yürütmenin durdurulması istemidir.****

TEBLİĞ TARİHİ : 11.07.2013



Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

OLAYLAR ve HUKUKSAL
NEDENLER :

Türkiye Barolar Birliği'nin Dava Açma Hak ve Yetkisi:

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Birliğin görevleri" başlıklı 110. maddesinin 17. bendinde bütün baroların katılımı ile oluşan kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan Türkiye Barolar Birliği'ne "Hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumak, bu kavramlara işlerlik kazandırmak" görevi verilmiş olup, aşağıda açıklanan nedenler uyarınca iptal davasına konu ettiğimiz "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik," Anayasa'da yer alan "kişisel verilerin korunması" hakkına aykırılık teşkil ettiğinden ve uygulanması halinde anayasal güvence altında bulunan temel hak ve özgürlükler zarar göreceğinden, kanun koyucunun müvekkil Türkiye Barolar Birliği'ne verdiği görev ve yetki uyarınca, müvekkil Birliğin dava açma hak ve yetkisi bulunmaktadır.

İptal Nedenleri :

Davalı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından hazırlanan "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" 11.07.2013 tarih 28704 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak -tek maddesi hariç- 24.07.2013 tarihinde yürürlüğe girmiş olup aşağıda açıklanan nedenler uyarınca sözü edilen yönetmeliğin belirtilen kısımlarının iptal edilmesi gerekmektedir. Şöyle ki;

I- "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" in 4. maddesi ile "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik" in 6. maddesinin 1. fıkrası "(1) İşletmeci, şebekenin ve kişisel verilerin güvenliğini ihlal eden belirli bir risk olması durumunda bu risk hakkında Kurumu ve Kurum tarafından gerekli görülmesi halinde abonelerini/kullanıcılarını etkin ve hızlı bir şekilde bilgilendirmekle yükümlüdür." şeklinde düzenlenmiştir.

İptal istemimize konu Yönetmelik değişikliği ile, şebekenin ve kişisel verilerin güvenliğini ihlal eden belirli bir risk olması durumunda bu risk hakkında abone veya kullanıcıların bilgilendirilmesinin davalı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun keyfi takdirine bırakılmasını öngören -ve alıntılanan fıkrada yer alan- "Kurum tarafından gerekli görülmesi halinde" ibaresinin; kişisel verilerin güvenliğine ilişkin herhangi bir risk söz konusu olduğunda, veri sahibinin bilgilendirilmesinin davalı kurumun onayına bırakılmış olması, başta Anayasa olmak üzere 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'na aykırılık teşkil etmektedir. Zira;



Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Anayasa'nın "Özel Hayatın Gizliliği" madde kenar başlığı ile düzenlenen 20. maddesinin son fıkrasında; ***"Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."*** demek suretiyle herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, anayasal bir hak olarak teminat altına alınmaktadır. Bu bağlamda, bireylerin kendilerini ilgilendiren kişisel veriler üzerinde hangi hak ve yetkilere sahip olduğu da anayasal çerçevede açıklanmış olup Anayasa'da bireylerin kişisel verileri hakkında bilgilendirilmeleri ve amaç doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakları güvence altına alınmıştır.

Dava konusu Yönetmelik maddesi ile bireyin kişisel verilerinin güvenliğini ihlal eden bir risk olması durumunda, kişinin bu riskten ancak davalı kurumun takdiri ile haberdar olabilmesi, anayasal hak olarak tanımlanan kişisel verilerin korunması hakkına açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Oysa ki kişinin bu hakkı, alıntılanan Anayasa maddesinde yer verilen bireyin "kişisel verileri hakkında bilgilendirilme", "amaç doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme-denetleme" hakları kadar *"..modern toplumda veri işlem faaliyetlerinin rizikoları karşısında bireyin korunabilmesi için her şeyden önce bireyin kendisine ait verileri üzerindeki belirleme hakkını yani bireyin kişisel verileri üzerinde karar verme özgürlüğünü.."*de güvence altına almaktadır.(Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Yrd. Doç. Dr. Oğuz Şimşek, Beta Yayınları, Şubat 2008, s.111)

İşte bu güvence nedeniyle bireyin kişisel verileri hakkında karar verme özgürlüğünü kullanması için kişinin öncelikle kişisel verileri hususunda oluşan muhtemel risk hakkında, hiçbir şart ve koşula bağlı olmaksızın mümkün olan en kısa zamanda bilgilendirilmesi gerekmektedir.

Dava konusu yönetmelik maddesi, işletmecinin sözü edilen bilgilendirme yükümlülüğünü, davalı kurumun gerek görmesi koşuluna bağladığından öncelikle Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir.

Bundan başka 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu incelendiğinde; gerek Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun görev ve yetkilerini düzenleyen 6. maddesinde gerekse kanunun diğer maddelerinde, iptal istemimize konu yönetmelik maddesi ile veri ihlaline ilişkin risk olması durumunda veri sahibine bilgi verme hususunda Kuruma getirilen "takdir hakkı"na ilişkin herhangi bir hükme yer verilmediği görülmektedir.



Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Oysa ki Anayasa'nın yukarıya alıntılanan hükmünün son cümleleri uyarınca, "... *Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*"

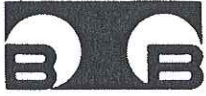
Anayasa'nın bu açık hükmüne rağmen, mutlak surette kanunla düzenlenmesi gereken 'esas ve usuller' yönetmelikle düzenlenmiş; dayanak Kanun'da yer almayan Kuruma, ölçütü belirsiz ve keyfi nitelikli takdir hakkı yönetmelikle ihdas edilmiştir.

Dava konusu düzenleme kanunda düzenlenmeyen bir yetkiyi Kuruma tesis etmiş olduğundan; Anayasa yanında sözü edilen kanuna da aykırı olup açıkladığımız hususlar uyarınca iptal edilmesi gerekmektedir.

II- "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik"ın 7. maddesi ile Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmeliğin değişen 11. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesi olarak getirilen "*İşletmeciler trafik verisi niteliğinde olmayan konum verilerinin işlenmesinde abone/kullanıcılara geçici olarak bu verilerin işlenmesini reddetme imkânı sağlar.*" hükmü ile kişisel veri niteliğinde olan konum verilerinin asıl olarak işlenmemesi, istisnai olarak belirli koşulların -yasal düzenleme ya da rıza- varlığı halinde işlenmesinin mümkün hale getirilmesi gerekmekte iken; bu cümle ile tam aksi bir düzenleme getirilmiş olmasının, kişisel verinin işlenmesini reddetme olanağını geçici olarak bireye tanımış olması, başta Anayasanın 20. maddesinde yer bulan kişisel verilerin ancak kanunun öngördüğü hallerde veya kişinin rızası ile işlenebileceği hükmüne aykırı olup iptal edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Kişisel verilerin işlenmesi ve korunmasına ilişkin usul ve esasları, - dayanak Kanundan aldığı yetki sınırlarını aşmamak kaydıyla- düzenleme yetkisi bulunan davalı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun getirdiği bu hüküm ile bireye konum verilerinin işlenmesini reddetme olanağı geçici olarak tanınarak bireyin kişisel verileri üzerinde karar verme özgürlüğü ihlal edilmektedir. Zira; anayasal güvenceye kavuşturulmuş "*...kişisel verilerin korunması hakkı, Anayasa Hukuku açısından kamusal makamların veya diğer kişilerin bireye ilişkin verilerin toplanmasında, işlenmesinde ve devrinde bireyin temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle bireyin kişisel verileri üzerinde karar verme özgürlüğünü korumaktadır.*" (Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Yrd. Doç. Dr. Oğuz Şimşek, Beta Yayınları, Şubat 2008, s.119- 120)

Bilindiği gibi; hukuk devletinde insan oluştan kaynaklı insan onuru ile temel hak ve özgürlükler, hukuk düzeninin en yüksek değerleri olup dokunulmazlıkları ve ihlal edilmezlikleri bulunmaktadır. Kişisel verilerin işlenmesi, veriler üzerinde istenildiği biçimde tasarruf olanağı getirdiğinden, bireyi objeleştirme sakıncasından kaynaklı olarak, başta bireyin insan oluşundan kaynaklı insan onuru ile yakından bağlantılı bulunmaktadır.



Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

“Başka bir anlatımla, bireyin kişisel verileri üzerindeki hakkının ortadan kaldırılması suretiyle, bireye istenildiği zaman ve istenildiği şekilde ulaşılacak basit bir veri objesi gibi davranmak ve insan onuru nedeniyle bireyin sahip olduğu öz değeri hiçe saymak insan onuru ile bağdaşmayacaktır. Bireyin kişisel verilerinin korunması hakkı ile insan onuru arasındaki ilişki özellikle hukuka aykırı şekilde kişisel verilerin toplanıp, işlenmesi suretiyle insanın özel yaşamının gizliliğinin ortadan kaldırılması, bireyin tüm yaşam ilişkilerine ilişkin verilerin bir bütün olarak kayıt altına alınması ve onun olası hareket tarzlarının önceden belirlenerek kişiliğinin ihlal edilmesi, kişilik profilinin çıkartılması, bireyin basit bir veri objesi yapılması gibi durumlarda daha belirgin bir şekilde ortaya çıkacaktır.” (Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Yrd. Doç. Dr. Oğuz Şimşek, Beta Yayınları, Şubat 2008, s.131-132)

İnsan onuru yanında kişisel verilerin korunması hakkının verilerin akıbeti hakkında bilgilendirilme, akıbeti belirleme hakkını da kapsıyor olmasından kaynaklı olarak iptale konu madde hükmü ile reddetme imkanının geçici olarak tanınması, Anayasa’nın 20. maddesinde yer bulan “kişisel verilerin korunması hakkı”nın yanı sıra verilerin işlenmesini reddetme imkanının sınırlı oluşu nedeniyle de özel hayatın gizliliği ilkesine açık aykırılık teşkil edecek olup iptali gerekmektedir.

III- Dava konusu Değişiklik Yönetmeliğinin 7. maddesi ile “Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik”in değişen 11. maddesinin 3. fıkrası “3) *İlgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde, ancak afet ve acil durum halleri ile acil yardım çağrıları kapsamında abonenin/kullanıcının rızası aranmaksızın konum verisi ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri işlenebilir.*” şeklinde düzenlenerek “acil durum halleri” ibaresi getirilmiştir.

Değişiklik maddesi ile getirilen “acil durum halleri” söz konusu olduğunda, abone /kullanıcının rıza şartı ortadan kaldırılmaktadır. Böylesine önemli ölçekte bireyin kişisel verilerin korunması hakkına açıkça müdahale niteliğindeki bir sınırlamanın; tanımı ve kapsamı belirli olmayan, hiçbir objektif ölçüte dayanmayan, son derece muğlak ve keyfi takdir kullanımına açık ‘acil durum halleri’ gibi bir tanımın ihdası, Anayasal hakkın özüne müdahale niteliğindedir.

Yönetmeliğin dayanağı 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nda da iptale konu ibareler ile ilgili tanımlamalara yer verilmediğinden, kanunda bulunmayan hususların Yönetmelik ile düzenlenmek suretiyle kişisel verilere müdahale olanağı tanınması, anayasal hakkın özüne açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Bu durum Anayasa’nın 20. maddesinde belirlenen kişisel verilerin ancak yasal düzenleme ya da rıza halinde işlenebileceğine ilişkin anayasal kural yanında Anayasa’nın 2. maddesinde yer verilen hukuk devleti ilkesinin gereği ve ön koşulu olan “hukuki güvenlik” ile “belirlilik” ilkelerine de aykırılık oluşturmaktadır. Zira; “*Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve*



Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.” (Anayasa Mahkemesinin 28.02.2013 gün E.2012/116, K.2013/32 sayılı kararı)

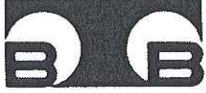
Bu bakımdan, kişisel verilerin Anayasa’da öngörülen haller dışında işlenebilmesinin, kişisel verilerin korunması hakkına yönetmelik ile tanıımı yapılmayan haller eklenerek müdahalede bulunulması, başta Anayasa’nın 2. maddesinde hüküm altına alınan hukuk devleti ilkesi olmak üzere 20. maddede tanımlanan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına da aykırı olup anılan ibarelerin iptalini gerektirmektedir.

IV- Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik’in 14. maddesi ile değişen 25. Maddesi (a) bendi uyarınca Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmeliğin “(2) *Kişisel veriler yurt dışına çıkarılamaz.*” şeklinde düzenlenen 4. maddesinin 2. fıkrasının yürürlüğü 01.01.2014 olarak belirlenmiştir.

Kişisel verilerin yurt dışına çıkarılması yasağının 01.01.2014’e alınmış olmasına ilişkin yürürlük maddesinin, Yönetmelikte trafik ve konum verilerinin yurt dışına çıkışını engelleyen maddeleri (Yönetmeliğin m.9/3 ile 12/2 maddeleri) de ortadan kaldırmış olduğundan iptal edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Aksi halde 01.01.2014 tarihine kadar kişisel verilerin yurt dışına çıkarılmasında yasal bir engel bulunmayacaktır. Bu da, bünyesinde kişi güvenliğine olduğu kadar ülke güvenliğine de tehdit potansiyeli taşıyan bir düzenlemenin haklı-gerektirici bir neden olmaksızın bir süre daha yürürlükte kalmasını sağlayacak bir sonuç yaratmaktadır.

Anayasal güvence altına alınmış kişisel verilerin korunması hakkı, anılan yönetmelik maddesi ile askıya alınmış olup kişisel verilerin 01.01.2014 tarihine kadar yurt dışına çıkarılmasında yasal bir engel bulunmadığından yurt dışında işlenmesi mümkün hale getirilmiştir.

Yönetmelik maddesi ile yaratılan bu durum Anayasa’nın 20. maddesinde tanımlanan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı başta olmak üzere, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin özel yaşamın gizliliği hakkını düzenleyen 8. maddesine de açıkça aykırılık teşkil etmektedir.



Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

V- Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası gereğince usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Yasalara uygun olmak koşuluyla düzenleyici işlem yapma yetkisi bulunan idarenin Anayasa, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu olduğu gibi, Anayasa'nın anılan maddesi uyarınca kanun hükmünde olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin özel yaşamın gizliliği hakkını hüküm altına alan 8. maddesine de aykırı olarak düzenlediği "*Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*" in dava konusu ettiğimiz hükümlerinin iptali gerekmektedir. Zira;

T.C. Anayasasının 124. maddesinde de belirtildiği gibi; kamu tüzel kişileri *kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla*, yönetmelikler çıkarabilmektedir. Normlar hiyerarşisinde Anayasa ve yasaların altında yer alan yönetmeliklerin, yasal düzenlemeleri genişletmek ve değiştirmek gibi bir işlevleri bulunmamaktadır. Yasa hükümleri ancak bir başka yasa ile değiştirilebilir.

Norm hiyerarşisi içinde daha üst nitelikte norm olan Anayasa ve yasaya uygunluğu zorunlu bulunan Yönetmeliğin, üst normun alttaki normla etkisiz hale getirilemeyeceğine ilişkin hukuk ilkesine (lex Superior) aykırı şekilde düzenlenen iptalini istediğimiz ibareler ve yürürlük hükmü yürürlükte kaldığı sürece, bireylere anayasal hak olarak verilen kişisel verilerin korunması hakkının kullanılabilmesi, yasalara aykırı olarak çıkarılan dava konusu yönetmelik hükümleri ile kısıtlanacağından; ileride muhtemel, temel hak ve özgürlükler açısından onarılamaz zararların engellenmesi ve telafisi olanaksız bu durumun önlenmesi için, yargılama sonuçlanıncaya kadar yürütmenin durdurulmasını da talep zorunluluğu doğmuştur.

HUKUKİ

NEDENLER

: T.C. Anayasası, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve ilgili tüm yasal mevzuat.

DELİLLER

: 11.07.2013 tarih 28704 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 24.07.2013 tarihinde yürürlüğe giren "*Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*", Resmi Gazete, yasal mevzuat ve gerekli her türlü kanıt.

SONUÇ ve İSTEM

: Yukarıda açıklanan ve tetkik esnasında da saptanacak nedenlerle; 11.07.2013 tarih 28704 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 24.07.2013 tarihinde yürürlüğe giren "*Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*"ın



Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

4. maddesi ile “Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik”in **6. maddesinin 1. fıkrasına getirilen “Kurum tarafından gerekli görülmesi halinde” ibaresinin, 7. maddesi ile** “Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik”in **değişen 11. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde yer alan “geçici olarak” ibaresinin, 3. Fıkrasına getirilen “acil durum halleri ile” tümcesinin ve “Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”in yürürlük maddesi olarak düzenlenen 14. maddesi ile** “Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik”in **değişen 25. maddesinin (a) bendinin iptali ile ileride telafisi olanaksız zararlara neden olunmaması için yargılama sonuçlanıp hüküm kesinleşinceye kadar yürütmenin durdurulmasına karar verilmesini vekil edenim adına saygılarımla dilerim.**

Ek. Vekaletname

- 1- (Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Yrd. Doç. Dr. Oğuz Şimşek, Beta Yayınları, Şubat 2008, s.111)
- 2- (Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Yrd. Doç. Dr. Oğuz Şimşek, Beta Yayınları, Şubat 2008, s.119- 120)
- 3- (Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Yrd. Doç. Dr. Oğuz Şimşek, Beta Yayınları, Şubat 2008, s.131-132)
- 4- (Anayasa Mahkemesinin 28.02.2013 gün E.2012/116, K.2013/32 sayılı kararı)

Türkiye Barolar Birliği
Vekili
Av. Seray Şenfer

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2013/3582

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ	
2014014528	Kayıt Tarihi 21.05.2014
	Evrak Tarihi 17.03.2014
Tıp : Gelen	

İlgil: XIII
Hukuk Müşavirliği

Danıştay 13. Daire Başkanlığı

UBAP Döküman Yönetim Sistemi

Davacı ve Yürütmenin

Durdurulmasını İsteyen : Türkiye Barolar Birliği

Vekili : Av. Seray ŞENFER

Çetin Emeç Bulvarı No:46 Balgat-Çankaya / ANKARA

Davalı : Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu

Yeşilirmak Sokak, No:16 Demirtepe / ANKARA

Vekilleri : Av. Münevver BÜYÜKCERAN,

Av. Burhaneddin KARAGÖZ - Aynı adresteler

İstemin Özeti : Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik'in 11.07.2013 tarih ve 28704 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik ile değiştirilen 6. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... Kurum tarafından gerekli görülmesi halinde ..." ibaresinin, 11. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan "... geçici olarak ..." ibaresinin, aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "... acil durum halleri ile ..." ibaresinin ve 25. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin iptali ve yürütmesinin durdurulması istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hâkimi İsmail BİRSEN'in Düşüncesi : Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik'in 11.07.2013 tarih ve 28704 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik'in 4. maddesiyle değiştirilen 6. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... Kurum tarafından gerekli görülmesi halinde ..." ibaresi ve 11. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "... acil durum halleri ile ..." ibaresinin yürütmesinin durdurulmasına, diğer maddeler yönünden 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, Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik'in 11.07.2013 tarih ve 28704 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2013/3582

Korunması Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik ile değiştirilen 6. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... Kurum tarafından gerekli görülmesi halinde ..." ibaresinin, 11. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan "... geçici olarak ..." ibaresinin, aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "... acil durum halleri ile ..." ibaresinin ve 25. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılmıştır.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 51. maddesinde, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun (Kurum), elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirlemeye yetkili olduğu belirtilmiştir; bu kapsamda Kurum tarafından Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik) çıkarılarak 24.07.2012 tarih ve 28363 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe konulmuş, bilahare 11.07.2013 tarih ve 28704 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik" ile bu Yönetmelik'te değişiklikler yapılmıştır.

Dava dilekçesinde Yönetmeliğin birden fazla maddesinin iptali ve yürütmesinin durdurulması istenildiğinden, bu maddelerin hukuka aykırı olup olmadığının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yönetmeliğin 6. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... Kurum tarafından gerekli görülmesi halinde ..." ibaresi yönünden;

Yönetmeliğin 6. maddesinin birinci fıkrasında, "İşletmeci, şebekenin ve kişisel verilerin güvenliğini ihlal eden belirli bir risk olması durumunda bu risk hakkında Kurumu ve abonelerini/kullanıcılarını etkin ve hızlı bir şekilde bilgilendirmekle yükümlüdür." düzenlemesi yer almaktayken; yapılan değişiklikle bu fıkra, "İşletmeci, şebekenin ve kişisel verilerin güvenliğini ihlal eden belirli bir risk olması durumunda bu risk hakkında Kurumu ve Kurum tarafından gerekli görülmesi halinde abonelerini/kullanıcılarını etkin ve hızlı bir şekilde bilgilendirmekle yükümlüdür." şeklinde değiştirilmiştir.

Yönetmeliğin 3. maddesinde, kişisel verinin, belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgileri ifade edeceği belirtilmiştir.

Yönetmeliğin 6. maddesinin birinci fıkrasının ilk halinde yer alan düzenleme gereğince şebekenin ve kişisel verilerin güvenliğini ihlal eden belirli bir risk olması durumunda bu durumun abonelere/kullanıcılara doğrudan, etkin ve hızlı bir şekilde bildirilmesi zorunlu iken; yapılan düzenleme sonucunda, bu tür bir riskin oluşması durumunda bu risk abonelere/kullanıcılara doğrudan bildirilmeyecek, bir riskin abonelere/kullanıcılara bildirilip bildirilmemesine Kurum tarafından karar verilecektir. Bu şekilde hangi risklerin abonelere/kullanıcılara bildirileceğini Kurum takdir edecektir.

Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2013/3582

ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." kuralına yer verilmiştir.

Anayasa'nın 20. maddesinde, herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu açıkça kurala bağlanmıştır. Bu düzenleme gereğince aboneler/kullanıcıların da kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkına sahip oldukları noktasında tereddüt bulunmamaktadır. Fıkranın devamında ise bu hakkın içeriğine ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir. Yapılan düzenleme gereğince, aboneler/kullanıcılar kişisel verileri hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkına sahiptir.

Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen, kişisel veriler hakkında bilgilendirilme ve kişisel verilerin amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkının, kişisel verilerin güvenliğini ihlal eden belirli bir risk olması durumunda, bu riskten kişilerin haberdar olmalarını da kapsadığı noktasında duraksama bulunmadığı gibi, Anayasa'nın anılan düzenlemesinde bu hakkın herhangi bir şarta veya ön incelemeyle bağlı olarak kullanılabileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme de yer almamaktadır.

Yapılan Yönetmelik değişikliğiyle ise, aboneler/kullanıcıların kişisel verilerinin güvenliğini ihlal eden belirli bir risk olması durumunda, bu durumun aboneler/kullanıcılar tarafından bilinebilmesi Kurum'un takdirine bırakılmakta, aboneler/kullanıcılar ancak Kurum tarafından kendilerine bildirilmesi gerekli görülen risklerden haberdar olabilmektedir.

Bu durumda, anayasal güvence altında olan kişisel veriler hakkında bilgilendirilme ve kişisel bilgilerin amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkının bir yansıması olan aboneler/kullanıcıların kişisel verilerinin güvenliğini ihlal eden belirli bir risk söz konusu olduğunda, bu durumdan bilgilendirilme hakkının Kurum'un takdirine bırakılmasında hukuka uygunluk görülmemiştir.

Yönetmeliğin 11. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "... acil durum halleri ile ..." ibaresi yönünden;

Yönetmeliğin 11. maddesinin dördüncü fıkrasında, "İlgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde, ancak acil yardım çağrıları kapsamında abonenin/kullanıcının rızası aranmaksızın konum verisi ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri işlenebilir." düzenlemesine yer verilmişken, maddede yapılan değişiklik sonrasında bu düzenlemenin karşılığı olarak aynı maddenin üçüncü fıkrasında, "İlgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde, ancak afet ve acil durum halleri ile acil yardım çağrıları kapsamında abonenin/kullanıcının rızası aranmaksızın konum verisi ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri işlenebilir." düzenlemesi yer almıştır.

Yönetmeliğin 3. maddesinde, konum verisinin, kamuya açık elektronik haberleşme hizmeti kullanıcısına ait bir cihazın coğrafi konumunu belirleyen ve elektronik haberleşme şebekesinde veya elektronik haberleşme hizmeti aracılığıyla işlenen belirli veriyi ifade edeceği belirtilmiştir.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2013/3582

Düzenlemenin ilk halinde mevzuatın öngördüğü haller ve yargı kararları dışında sadece acil yardım çağrıları kapsamında abonenin/kullanıcının rızası aranmaksızın konum verisi ve ilgili kişilerin kimlik bilgilerinin işlenebileceği belirtilmişken, yapılan değişiklik sonrasında afet ve acil durum hallerinde de abonenin/kullanıcının rızası aranmaksızın konum verisi ve ilgili kişilerin kimlik bilgilerinin işlenebileceği öngörülmüştür.

Yönetmeliğin 3. maddesinde, acil yardım çağrılarının, ulusal ve uluslararası düzenlemelerde kabul görmüş yangın, sağlık, doğal afetler ve güvenlik gibi acil durumlara ilgili olarak itfaiye, polis, jandarma, sağlık ve benzeri kuruluşlara yardım talebiyle yapılan çağrıları ifade edeceği belirtilmiş, tanımları içeren 3. maddede veya Yönetmeliğin diğer maddelerinde "acil durum halleri"nden neyin anlaşılması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği gibi, bu kavramın içeriğinin nasıl doldurulacağına ilişkin olarak herhangi bir mevzuata atıf da yapılmamıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti ilkesinin unsurlarından biri de hukuki belirlilik ilkesidir. Hukuki belirlilik ilkesi, hukuk düzeniyle ilişki içindeki kişilere devlet gücü tarafından yapılacak uygulamaları önceden görme imkânı sunacak düzeyde açık, anlaşılır, erişilebilir, devamlı, düzenli, tutarlı ve geleceğe yönelik yasal düzenlemelerin yürürlükte olduğu bir hukuk sistemini hedefleyen, kamusal gücün kullanımını hukuk kurallarına bağlayarak öngörülebilirliği sağlamaya hizmet eden bir ilkedir. Bu ilke gereğince bireylerin kendilerine uygulanacak kuralların içeriğini ve bu kuralların kapsamını önceden bilmesi gerekmektedir. Bu durum, hukuk devletinin bir diğer unsuru olan hukuki güvenlik ilkesiyle de yakından ilgilidir. Hukuki güvenlik ilkesinin amaçlarından biri de hukuk normlarının öngörülebilir olmasıdır.

Yapılan bu değerlendirme kapsamında iptali istenilen düzenleme irdelendiğinde, "acil durum halleri"nden neyin anlaşılması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye maddede yer verilmediği gibi, bu kavramın içeriğinin nasıl doldurulacağına ilişkin olarak herhangi bir mevzuata atıf da yapılmadığı görüldüğünden, bu düzenleme öngörülebilirlikten uzak, subjektif değerlendirmelere açık ve uygulamada farklı şekillerde uygulanmaya müsait olduğundan, hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerini sağlamaktan uzak olan düzenlemede hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Her ne kadar savunma dilekçesinde, bu düzenlemenin Başbakanlığın ilgili mevzuatı uyarınca acil durum ve afet bölgesi ilan edilen yerlerde ve sadece acil durum süresince uygulanabileceği ifade edilmekte ise de, Yönetmelikte bu hususa ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığı dikkate alındığında, davalı idarenin savunma dilekçesinde belirttiği bu husus dava konusu düzenlemenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracak nitelikte görülmemiştir.

Yönetmeliğin 11. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan "... geçici olarak ..." ibaresi ile 25. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi yönünden;

Yönetmeliğin 11. maddesinin birinci fıkrasında, "İşletmeciler, abonelerin/kullanıcıların konum verisini ancak katma değerli elektronik haberleşme hizmetlerinin sunumu halinde

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2013/3582

abonelerin/kullanıcıların rızasını alarak bu hizmetlerin sunumu için gerekli olan ölçü ve sürede ya da anonim hale getirmek suretiyle işleyebilir." düzenlemesi yer almaktayken, maddede yapılan değişiklik sonrasında fıkra, "Katma değerli elektronik haberleşme hizmetleri sunmak amacıyla ihtiyaç duyulan ve trafik verisi niteliğinde olmayan konum verileri, anonim hale getirilerek veya ilgili abonelerin/kullanıcıların işlenecek konum verileri, işleme amacı ve süresi hakkında bilgilendirilmelerinden sonra rızalarının alınması kaydıyla, alınan rızaya uygun olarak sadece katma değerli elektronik haberleşme hizmetlerinin gerektirdiği ölçü ve sürede işlenebilir. İşletmeciler trafik verisi niteliğinde olmayan konum verilerinin işlenmesinde abone/kullanıcılara geçici olarak bu verilerin işlenmesini reddetme imkânı sağlar." şeklinde düzenlenmiştir.

11.07.2013 tarih ve 28704 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan yönetmelikle dava konusu Yönetmeliğin 4. maddesine, "Kişisel veriler yurt dışına çıkarılamaz." şeklindeki ikinci fıkra eklenmiş, 25. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde ise, bu düzenlemenin 01/01/2014 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin 2. fıkrasında, Danıştay veya idari mahkemelerin, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebileceği kuralı yer almıştır.

Dava konusu Yönetmelik değişikliğinin bu düzenlemeleri yönünden yukarıda anılan şartların gerçekleşmediği anlaşıldığından yürütmenin durdurulması isteminin reddi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik'in 11.07.2013 tarih ve 28704 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik ile değiştirilen 6. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... Kurum tarafından gerekli görülmesi halinde ..." ibaresi ile 11. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "... acil durum halleri ile ..." ibaresi yönünden 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesindeki koşulların birlikte olduğu anlaşıldığından bu düzenlemelerin yürütmesinin dava sonuçlanıncaya kadar durdurulmasına; dava konusu diğer maddeler yönünden yürütmenin durdurulması isteminin reddine, bu kararın tebliğini izleyen günden itibaren 7 (yedi) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na itiraz yolu açık olmak üzere, 17.03.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan
Nevzat
ÖZGÜR

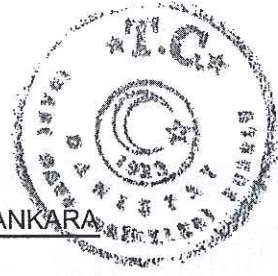
Üye
Taci
BAYHAN

Üye
H. Neşe
SARI

Üye
E. Yücel
SEYHAN

Üye
Dr. Hasan
GÜL





İtiraz Eden (Davacı) : Türkiye Barolar Birliği

Vekili : Av. Seray ŞENFER
Çetin Emeç Bulvarı No:46 Balgat-Çankaya / ANKARA

İtiraz Eden (Davalı) : Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
Yeşilırmak Sok. No:16 Demirtepe - ANKARA

Vekili : Av. Burhanettin Karagöz, Av. Münevver Büyükceran
- Aynı adreste-

İstemin Özeti : Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin kısmen reddine ve kısmen kabulüne ilişkin 17/03/2014 günlü, E:2013/3582 sayılı karara, taraflar karşılıklı itiraz etmektedir.

Danıştay Tetkik Hâkimi : Başar Antürk Yalçınöz

Düşüncesi : Davacı itirazının kabulü, davalı idare itirazının ise gerekçe değiştirerek reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik'in 11/07/2013 tarih ve 28704 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik ile değiştirilen 6. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... Kurum tarafından gerekli görülmesi halinde ..." ibaresinin, 11. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan "... geçici olarak ..." ibaresinin, aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "... acil durum halleri ile ..." ibaresinin ve 25. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada; Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen dava konusu yönetmeliğin değiştirilen 6. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... Kurum tarafından gerekli görülmesi halinde ..." ibaresi ile 11. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "... acil durum halleri ile ..." ibaresi yönünden yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne, davanın diğer kısmı yönünden ise yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin 17/03/2014 günlü, E:2013/3582 sayılı karara, taraflar karşılıklı itiraz etmektedir.

24/07/2012 günlü, 28363 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik" elektronik haberleşme sektöründe kişisel verilerin işlenmesi, saklanması ve gizliliğinin korunması için elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmecilerin uyacakları usul ve esasları düzenlemek amacıyla 5/11/2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 4, 6, 12 ve 51. maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.

İdari Dava Daireleri Kurulu 26/09/2013 günlü, E:2013/372 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 kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirlemeye yetkilidir." hükmünün Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 20. maddelerine aykırılığı gerekçesiyle itiraz yolu ile iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuş, Kurulumuzca itiraz yoluyla yapılan bu başvuru üzerine Anayasa Mahkemesinin (26/07/2014 günlü, 29072 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan) 09/04/2014 günlü ve E:2013/122, K:2014/74 sayılı kararıyla;

Kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır.

Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucunda, geleneksel yöntemlerle mümkün olmayan çok sayıda verinin toplanabilmesi; daha önce birbirinden ilişkisiz şekilde tutulan pek çok verinin merkezi olarak bir araya getirilebilmesi; verilerin, veri eşleştirme ve veri madenciliği gibi ileri teknolojik imkânlarla analize tabi tutulmak suretiyle, veriden yeni veriler üretme kapasitesinin artması; verilere erişim ve veri transferinin kolaylaşması; kişisel verilerin ticari işletmeler için kıymetli bir varlık niteliği kazanması neticesinde, özel sektör unsurlarınca yaratılan risklerin daha yaygın ve önemli boyutlara ulaşması ve terör ve suç örgütlerinin kişisel verileri ele geçirme yönündeki faaliyetlerinin artması gibi etkenler, günümüzde kişisel verilerin en üst seviyede korunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinde, "Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilerek kişisel verilerin korunması hakkı anayasal güvenceye bağlanmış ve bu şekilde kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı koruma altına alınmıştır.

Yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi gereğince, Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda yürütme organına doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapma yetkisi verilemez. Elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme yetkisini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna veren itiraz konusu kural, Anayasa'nın 20. maddesinde öngörülen kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların ancak kanunla düzenlenebileceğine ilişkin güvenceye aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 20. maddesine aykırıdır. İptali gerekir....." gerekçesiyle bu maddenin iptaline karar verilmiş ve yine iptal hükmünün kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine hükmedilmiştir.

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası "Kanun, Kanun Hükmünde Kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar, gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez."; dördüncü fıkrası "İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun tasarı veya teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar."; beşinci fıkrası ise, "İptal kararları geriye yürümez." kuralını taşımaktadır. Anayasa Mahkemesince bir yasanın veya KHK'nin tümünün ya da bunların belirli

hükümlerinin Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş olduğu bilindiği halde eldeki davaların Anayasaya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre görüşülüp çözümlenmesi, Anayasanın üstünlüğü prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülmez. Bir başka anlatımla, Anayasa Mahkemesinin, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ileriye dönük olarak ertelemiş bulunması öncelikle yasama organına aynı konuda, iptal kararının gerekçesine uygun olarak yeni bir düzenleme için olanak tanımak ve ortada hukuki bir boşluk yaratmamak amacına yönelik olup her durumda yargı mercilerinin bakmakta oldukları uyuşmazlıklarda hukuka ve Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş kuralları uygulamayı ve uyuşmazlıkları bu kurallara göre çözümlenmesi sonucunu doğurmaz. Anayasa Mahkemesince iptal kararının yürürlüğe girmesi için verilen sürenin, Mahkemenin iptal kararının gerekçesiyle birlikte dikkate alınması ve yorumlanması gerekmektedir.

Öte yandan, Anayasa'nın 153. maddesinde yer alan ve iptal kararlarının geriye yürümezliğine ilişkin bulunan kural, iptal edilen hükümlere göre kazanılmış olan hakların ortadan kaldırılmasına veya toplum huzurunun bozulmasına yol açacak sonuçları önlemek amacıyla kabul edilmiş olup bu kuralın mutlak anlamda anlaşılıp uygulanamayacağı; özellikle bir davaya bakmakta olan mahkeme tarafından itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine götürülen konularda uygulanmasının mümkün olmadığı, aksi halde Anayasa'nın 152.maddesinde düzenlenmiş olan "Anayasa'ya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi" (itiraz) yolunun hukuk ve uygulama yönünden sonuçsuz kalacağı yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır. Nitekim Anayasa'nın, itiraz yoluna başvuru kanun ya da KHK ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararının beş ay içinde gelmemesi halinde mahkemenin davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandıracağına işaret edilen 152. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır." yolundaki kural da Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararlarının, bu karardan önce açılmış bulunan ve bakılmakta olan davalarda uygulanması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır.

Bu hukuksal durumun doğal sonucu olarak, bir kanun ya da kanun hükmünde karamamenin uygulanması nedeniyle dava açmak durumunda kalan ve Anayasanın 153. maddesi uyarınca itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasını isteme hakkına sahip olan kişilerin de, hak veya menfaatlerini ihlal eden kuralın iptal davası veya itiraz yoluyla daha önce yapılan başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş olması halinde iptal hükmünün hukuki sonuçlarından yararlanmaları gerekeceği açıktır. Aksi halde Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararının uygulama tarihinin yukarıda belirtilen amaçla ayrıca belirlenmesi halinde iptal edilen yasa kuralının uygulanmasının sürdürülmesi nedeniyle bu uygulamaya karşı dava yoluna başvuracakların iptal kararının hukuki sonuçlarından yararlanamayacaklarının kabulü; bir yandan dava yoluna başvuran herkes için Anayasa ile tanınmış olan itiraz hakkının bunlar için fiilen işlemez hale getirilerek ortadan kalkması ve iptal kararının uygulanamaması, öte yandan Anayasa'ya aykırılığı hükmen saptanmış olan bir yasa kuralının uygulanmasının hukuken korunması gibi bir sonuca neden olur ki bu durumun Anayasanın üstünlüğü ve Hukuk Devleti ilkesine aykırı düşeceğinin kabulü gerekir.

Bu durumda, Anayasa Mahkemesinin sözü edilen iptal kararlarının gerekçesi karşısında; usul ve esasları yasada belirlenmeyen kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik hususların Yönetmelikle düzenlenmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı ve dava konusu yönetmeliğin hukuksal dayanaktan yoksun kaldığı anlaşılmaktadır.

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
İtiraz No : 2014/441

Açıklanan nedenlerle; davacının itirazının KABULÜNE, Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen 17/03/2014 günlü, E:2013/3582 sayılı kararın yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin kısmının kaldırılmasına, 2577 sayılı Yasa'nın 27. maddesinde öngörülen koşullar gerçekleştiğinden Yönetmeliğin dava konusu maddelerinin yürütmesinin durdurulmasına, davalı idare itirazının ise aynı gerekçeyle REDDİNE, 13/10/2014 gününde oybirliği ile karar verildi.

Başkan
Namık Kemal
ERGANİ

Üye
Nüket
YOKLAMACIOĞLU

Üye
İbrahim
BERBEROĞLU

Üye
Nalan
TERZİ

Üye
Kadir
ÖZKAYA

Üye
Ali İhsan
ŞAHİN

Üye
İbrahim
ALİUSTA

Üye
Halil
ÇIRAK

Üye
Mustafa
GÖKÇEK

Üye
Vahit
BEKTAŞ

Üye
Hasan
GÜZELER

Üye
Mehmet
ÇELİK

Üye
Orhan
BOYRAZ

Üye
Abdülkadir
ATALIK

Üye
Yalçın
EKMEKÇİ

