

"...

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren 23.3.2000 günlü dava dilekçesinde aynen şöyle denilmektedir :

"I. İPTAL SEBEPLERİ

4502 sayılı Kanun, 29.01.2000 ve 23948 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Ancak bu Kanun'un 2., 3. ve 6. maddelerinin bazı hükümleri Anayasa'ya açıkça aykırıdır.

Şöyle ki;

1) 4502 SAYILI KANUN'UN 2. MADDESİNİN ANAYASA'YA AYKIRILIĞI SORUNU:

A) 4502 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (b) bendi Anayasa'nın 7., 10., 48., 167. ve 168. maddelerine aykırıdır.

Kanun'un 2. maddesinin (b) bendi, ilk iki cümlesinde Türk Telekom ile Ulaştırma Bakanlığı arasında imzalanması öngörülen görev sözleşmesinin, imtiyaz sözleşmesinin hukuki rejimine tabi olduğunu düzenlemekte; 3. cümlesinde, "Türk Telekom'un; ana telekomünikasyon şebekesi üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkı görev sözleşmesinin bitiminden sonra da devam eder" hükmü getirilmekte; son cümlesi ise, "Türk Telekom'un, hangi telekomünikasyon hizmetlerini, kuracağı ya da iştirak edeceği şirketler eliyle ve hangi şartlarda yürütüleceği görev sözleşmesinde düzenlenir" ifadesini içermektedir.

2. maddenin (b) bendinin 3. cümlesi, aynı Kanun'un 1. maddesine göre "özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket" olan Türk Telekom'a, ana telekomünikasyon şebekesi üzerinde, kamu hizmetine tahsis edilmiş olma gibi kamu yararı içeren şartlara yer vermeden, görev sözleşmesinin bitiminden sonra da süresiz olarak devam eden, sınırsız bir mülkiyet hakkı tanımaktadır.

Bilindiği gibi, telekomünikasyon şebekeleri, kamu mallarından sayılmaktadır. (GÖZÜBÜYÜK-TAN, İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, Ankara 1998, s.672)

Doktrinde ileri sürülen, "kamu mallarının mülkiyetinin devir ve ferağ edilmezliği İlkesi" (Bkz. GÜLAN, Aydın, Kamu Malları, in İ. Özay, Günışığında Yönetim, 1996, s.600) Anayasa Mahkemesi tarafından da ilke olarak benimsenmiştir, (örn. AYM; 16.2.1965, E.63/126, K.56/7, AMKD.S.3, s. 23)

Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi, doğal kaynak ve zenginliklerin, kamu hizmetlerinde kullanılma süre ve amacıyla sınırlı ve geçici olarak özel hukuk kişilerine devrini onaylamakla birlikte, bu devrin sürekli bir devir olmamasını ve ancak "işletme hakkının belli

bir süreyle devri biçiminde" olmasını Anayasal bir zorunluluk olarak belirlemiştir. (AYM, 7.7.1994, E.94/49, K.94/45-2)

4502 sayılı Kanun'un 1. maddesinde "kamu kullanımına açık telefon hizmetlerinin üzerinden yürütüldüğü, belirli noktalar arasında telekomünikasyonu sağlayan transmisyon altyapısı ve anahtarlama ekipmanları da dahil olmak üzere iletim sistemleri şebekesini ihtiva eden" ana telekomünikasyon şebekesini, doğal kaynak ve doğal kamu malı olarak kabul edilen elektromanyetik dalga uzunluklarından (CHAPUS, Rene; Droit Administratif General T.2. Montchrestien, Paris, 1996, s. 347) ayrı bağımsız düşünmek mümkün olmadığına göre, kamu malı statüsündeki ana telekomünikasyon şebekesinin mülkiyetinin, özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket statüsünde bulunan ve de %49'una kadar da özelleştirilebilecek olan Türk Telekom tarafından görev sözleşmesinin sona ermesinden sonra da, yani sınırsız ve süresiz olarak korunmasını hüküm altına alan bu düzenleme, Anayasa'nın, doğal kaynakların işletilme hakkını devletin "gerçek ve tüzelkişilere" ancak "belli bir süre için" devredebileceğini düzenleyen 168. maddesine aykırıdır.

Diğer yandan söz konusu düzenleme, Anayasa'nın, piyasalardaki tekelleşme ve kartelleşmeyi ve dolayısıyla hakim durumun kötüye kullanılmasının önlenmesini düzenleyen 167. maddesine; çalıştırma, sözleşme ve özel girişim özgürlüğüne dolayısıyla, haksız rekabeti önlemeyi amaçlayan 48. maddesine ve ayrıca, eşit konumda olanlara eşit muamele yapılmasını hüküm altına alan 10. maddesine de aykırıdır.

Eğer 4502 sayılı Kanun, Türk Telekom'a sadece temel telekomünikasyon altyapısı kurmak ve işletmek ve ayrıca asgari telekomünikasyon hizmetlerinin işletilmesi konusunda belli bir tarihe kadar tekel hakkı tanımakla yetinseydi ve asgari hizmetler dışındaki telekomünikasyon hizmetlerini, diğer işletmecilerle rekabet ederek işletebileceğine izin vermemiş olsaydı, söz konusu hüküm Anayasanın 167., 48. ve 10. maddelerine aykırı olmazdı.

Oysa Kanun Türk Telekom'a hem asgari hizmetler ve temel altyapı üzerinde 31.12.2003 tarihine kadar bir tekel hakkı vermekte, hem de görev sözleşmesi ve GSM görev sözleşmesiyle yapılmak şartıyla, istisnasız her türlü telekomünikasyon hizmetlerini yürütmeye ve telekomünikasyon altyapısını işletmeye yetkili olduğunu belirtmektedir, (m.1, 1.3)

Bu konuya örnek olarak yeni verilecek üç adet GSM lisansından birinin Türk Telekom'a tahsis edileceği Ulaştırma Bakanlığı'nca açıklanmıştır. (Bkz. Hürriyet, 28.2.2000)

Kanun'un 2. maddesinin (b) bendinin ikinci cümlesinde, görev sözleşmesinin bitiminde, "benzer konudaki imtiyaz sözleşmesi ile aynı şartlarda yenilenebilir" ifadesi bulunmasına rağmen, bu hüküm, sadece görev sözleşmesinin yenilenmesini düzenlemekle yetinmekte ve dolayısıyla, ilk görev sözleşmesinde, aynı telekomünikasyon hizmetine ilişkin olarak Türk Telekom'a diğer işletmecilere göre ayrıcalıklar tanınmasına olanak verilmektedir. Kanunda, temel kamu hizmetleri olarak belirlenen asgari hizmetler dışındaki hizmetler (örneğin mobil telefon hizmetleri) için Türk Telekom'a diğer işletmeciler aleyhine avantajlar tanınabilmesine olanak tanıyan ve böylece rekabete açık bir konuda tekelleşmeye ve aynı zamanda haksız rekabete yol açabilecek böyle bir düzenleme Anayasanın 167. ve 48. maddesine aykırıdır.

Diğer yandan, sözü edilen (b) bendinin ikinci cümlesindeki Türk Telekom'un görev sözleşmesinin "benzer konudaki imtiyaz sözleşmesi ile aynı şartlarda yenilenebilmesi" şartı, eğer Türk Telekom'un ana telekomünikasyon şebekesi üzerindeki mülkiyet hakkı sınırsız ve sürekli olursa, asgari hizmetler dışındaki örneğin mobil telefon hizmetleri gibi konularda, Türk

Telekom'un şebekesiyle diğer GSM şebekeleri arasında gerçek ve adil bir rekabet ortamı sağlanmasını mümkün kılamayacaktır. Zira, hem ana telekomünikasyon şebekesinin mülkiyetini sınırsız ve süresiz olarak elinde bulunduran, hem de toplam beş işletmenin bulunacağı GSM piyasasında faaliyette bulunan ve ayrıca, ileride de değinileceği üzere, yasal olarak hiçbir bedel ödeme şartı bulunmadan GSM lisansı almasına olanak tanınan, sermayesinin en azından yarısından fazlası kamuya ait olan bir tüzelkişinin, diğer işletmecilerle adil ve eşit bir ortamda rekabet etmesi mümkün değildir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin de resmi aday olarak kabul edildiği AB normlarında da, Birliği kurucu Roma Anlaşması'nın 90. maddesinin bir gereği olarak, kamu hizmetlerinin yürütülmesinin de serbest rekabet kurallarına tabi olduğu (VOÏSSET. michele: "Le service public autrement: De geldguces effets du droit commonautaire sur le droit français ds services public.industriels et commerciaut", RFDA, 1995, s. 305) ve kamu hizmetlerini yürüten özel işletmelerle kamuya ait işletmeler arasında herhangi bir ayırım yapılamayacağı (BELLOUBET-FRİFR. "Service public et Droit commonautaire" AIDA. 1994. s. 283 vd.) kabul edilmektedir.

Böylece, Türk Telekom'a hem serbest rekabet kuralları içinde her türlü telekomünikasyon faaliyetini yürütme yetkisinin verilmesi, hem de temel telekomünikasyon şebekesi üzerinde sınırsız ve sürekli bir mülkiyet hakkı tanınması, özellikle mobil telefon hizmetleri gibi alanlarda, adil ve eşit bir rekabet ortamını imkansız kılmakta ve dolayısıyla, hem Anayasanın 167. ve 48. maddesine ve ayrıca, aynı konumdakilere eşit muamele yapılmasını öngören 10. maddesine aykırı olmakta, hem de resmi aday sıfatıyla mevzuatımızı uyumlaştırmak zorunda olduğumuzu AB normlarıyla çelişmektedir.

"Türk Telekom'un, hangi telekomünikasyon hizmetlerini kuracağı ya da iştirak edeceği şirketler eliyle ve hangi şartlarda yürüteceği görev sözleşmesinde düzenlenir" şeklinde 2. maddenin (b) bendinin dördüncü cümlesi de, Anayasa'nın 7. ve 48. maddelerine aykırıdır.

Anayasa'nın 7. maddesine göre yasama yetkisini "Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi kullanır" ve "bu yetki devredilemez". Oysa yukarıda belirtilen yasa hükmü, mülkiyet hakkı ve özel girişim özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlükleri doğrudan sınırlayıcı sonuçlar doğurabilecek bir konuda, Ulaştırma Bakanlığı'na hukuksuz, çerçevesi belli olmayan, sınırsız yetkiler vermektedir.

Gerçekten de bu hüküm uyarınca Ulaştırma Bakanlığı, Türk Telekom'la yapacağı görev sözleşmesi ile, her türlü telekomünikasyon hizmet ve altyapısını, kuracağı veya iştirak edeceği herhangi bir özel şirket/şirketler eliyle, istediği şartlarda gördürebilecektir.

Kanunun 1. maddesi 3. fıkrasında Türk Telekom'un her türlü telekomünikasyon hizmet ve altyapısını yürütmeye yetkili olduğu belirtilmekle beraber, Bakanlıkça Türk Telekom'a görev sözleşmesi verilecek telekomünikasyon altyapı ve hizmetlerinin Türk Telekom'ca yürütülmesinde veya başka birine gördürülmesinde hiçbir sınırlamaya gidilmemiş ve bu konular tamamen Bakanlığın takdirine bırakılmıştır.

Türk Telekom'un bu hizmetleri hangi şartlarda yürüteceği konusunda, tüm telekomünikasyon hizmetleri açısından Kanunun 4. maddesinde belirtilen temel ilkelerin geçerli olacağı iddia edilebilirse de, Türk Telekom'un üstlendiği hizmetleri hangi koşullarda yerine getirerek, hangi durumlarda kuracağı ve ne kadar sermaye payına iştirak edeceği konuları belirlenmediği için bu hüküm bir yasama yetkisinin devri niteliğindedir ve Anayasanın 7. maddesine aykırıdır.

Zira, adil ve eşit bir rekabet ortamının sağlanabilmesi için, bu hükümde, Türk Telekom'un kuracağı veya iştirak edeceği şirketlerin, birden çok operatörün faaliyet gösterdiği rekabete açık telekomünikasyon alanlarında, hem görev sözleşmesi ile Türk Telekom'un üstlendiği hizmeti yürütebilmelerinin, hem de aynı hizmeti diğer operatörlerden biri olarak müstakil biçimde yürütebilmelerinin sınırlanması gerekirdi. Kanunun bu hükmü bu türden bir sınırlamaya yer vermediği için, haksız rekabete yol açacak ve eşitlik ilkesine aykırı olacaktır.

Örneğin, mobil telefon alanında, bir işletmecinin, hem yeni verilecek iki lisansla birlikte oluşacak dört GSM lisansından birine sahip olması, hem de Türk Telekom'un iştiraki olarak Türk Telekom'a verilecek GSM lisansının işleticisi olması bu hükme göre mümkün olabilecektir. (Böyle bir durumun aktüel olarak beklendiği ve bazı firmalara avantaj sağlayıcı yönündeki bir haber için bkz. Dünya Gazetesi, 28.2.2000)

Türk Telekom'un %20'sinin özelleştirilmesine ilişkin önümüzdeki günlerde yapılacak ihaleye teklif veren firmalarla, iki yeni GSM lisansı için teklif veren firmaların hemen tamamının aynı firmalar olması da bu olasılığın fiilen de gerçekleşebileceğini göstermektedir. (Bkz. Yeni Binyıl Gazetesi, 26.2.2000)

Böylece, Türk Telekom, %20'sini alan bir işletme ile kendi GSM lisansının işletmesini verebilecek, diğer yandan aynı işletme, yeni açılan iki GSM ihalesinden birini de alabilecektir. Ayrıca, Türk Telekom, kendi iştiraki olan bu işletmeciye bir takım ayrıcalıklar da tanıyabilecektir. (Bu durumun telekomünikasyon sektöründe rekabet ve düzenleme açısından önemli sorunlara yol açacağı hakkında bkz. YILMAZ, Kamil: Türk telekomünikasyon Sektöründe Reform, Özelleştirme, Düzenleme ve Serbestleşme, Rekabet Kurumu Aralık 1999 konferanslarında sunulan tebliğ, s. 9)

Böyle bir durum, Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi, 48. maddede güvence altına alınan özel girişim özgürlüğü ve adil ve eşit rekabet ilkelerine de aykırı olacağı için, Ulaştırma Bakanlığı'na bu konuda hiçbir sınıra tabi tutulmayan olağanüstü geniş yetkiler verilmesi, yine Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşmiş içtihatlarına göre, "Yasada temel kurallar konmadan, ölçüsü ve sınırları belirlenmeden yürütme organına yetki verilmesi Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer." (AYM, 9.4.1997, E.97/35, K.97/45, RG, 8.8.1997, n. 23074, s. 13; AYM, 22.12.1994, E.94/70, K.94/65-2, AMKD, s.31, c. 1, s.385; AYM, 28.2.1996, E.95/38, K.96/7, AMKD, s.32, c.2, s. 634)

Ayrıca, Yüksek Mahkeme, adil ve eşitlikçi bir serbest rekabet ortamının sağlanmasının, Anayasa'nın 5. maddesindeki, devletin temel amaç ve görevlerinden olan "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamanın" bir gereği olduğunu öngörmüştür. (AYM.7.7.1994. e.94/49.k.94/45-2 "3987 S.K.")

Diğer yandan, Kanunun 2. maddesinin (b) bendinin söz konusu 4. cümlesi, Türk Telekom'ca yürütülecek telekomünikasyon hizmetlerinin hangi şartlarda yürütüleceği konusunda Ulaştırma Bakanlığı'na sınırsız bir takdir yetkisi vermesi karşısında, bu hükümle Türk Telekom'un, örneğin GSM şebekesini lisans bedeli ödemeksizin satın alması için idareye yetki tanınmış olmaktadır. Bakanlığın bu yetkisinin 4. maddedeki temel ilkelerine uygun kullanılma zorunluluğundan bahsedilirse de, bu maddede, Türk Telekom'un GSM lisansını değer bedeliyle alabileceği yönünde bir hüküm bulunmamaktadır.

Diğer işletmeciler aleyhine olarak, Türk Telekom'a ayrıcalık tanımaya elverişli; eşitlik ilkesine aykırı ve özel girişim özgürlüğü ve adil ve serbest rekabet ilkelerine aykırı sonuçlar doğurabilecek böyle bir yetkiyi, sınırları belirlenmeden idareye devreden bu hüküm, bu açıdan da Anayasanın 7. maddesine aykırıdır. (Ulaştırma Bakanlığı'nca yapılan açıklamaya göre, yeni verilecek iki GSM lisansının her biri için 650 milyon Dolarlık bir minimum bedel öngörülmektedir. (Hürriyet 28.2.2000)

Ayrıca, Bakanlıkça, Türk Telekom'a vereceği GSM lisansı için de aynı meblağı istese bile, söz konusu kanun hükmünün bu konuda Bakanlığa tam bir serbestlik tanımış olması, yasa hükmünün Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olması olgusunu değiştirmeyecektir.

B) 4502 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (d) bendi Anayasa'nın 10., 48. ve 167. maddelerine aykırıdır.

Türk Telekom'un tekel olarak üstlendiği asgari hizmet niteliğindeki altyapı ve hizmetlerin, bu tekel süresinin bitiminde rekabete açılacağını hüküm altına alan bu bendin birinci cümlesinden sonra gelen iki cümle (2. ve 3. cümleler), "Türk Telekom'un görev sözleşmesi hükümleri, tekel süresinin bitiminden sonra da geçerliliklerini korumaya devam eder. Aksi görev sözleşmesi ve GSM görev sözleşmesinde belirtilmediği müddetçe, görev sözleşmesi ve GSM görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi için belirlenen hükümlere tabi olur" şeklinde düzenlenmiştir.

Bu her iki cümle de Anayasa'nın 10., 48. ve 167. maddelerine aykırıdır.

Adı geçen (d) bendinin ikinci cümlesi, aynı Kanunun 1. ve 2. maddesi uyarınca Türk Telekom ile Ulaştırma Bakanlığı arasında yapılacak görev sözleşmesinin, Kanunun 2/c maddesine göre, ses iletimini ihtiva eden telefon hizmetleri üzerinde Türk Telekom'un 31.12.2003 tarihine kadar geçerli olan tekel hakkının sona ermesinden, yani bu tür hizmetlerin de rekabete açılmasından sonra da, geçerliliğini sürdüreceğini hüküm altına almıştır.

Böyle bir düzenlemenin de, Anayasa'ya aykırı olarak, adil ve eşit bir serbest rekabet ortamını imkansız hale getireceği açıktır.

Zira, başlangıçta ve öncelikle tekel olarak öngörülen bir hizmet için yapılacak görev sözleşmesinin, tekel niteliğindeki hizmetin gereklerine göre hazırlanacağından ve uygulanacağından, aynı hizmet rekabete açıldığında, diğer işletmeciler aleyhinde rekabeti bozucu hüküm ve kurallar taşıması kaçınılmazdır. Tekel şartlarına göre hazırlanmış ve uygulanmış bu sözleşmenin rekabet ortamında da olduğu gibi geçerli olmasını öngören bu kanun hükmü, Anayasanın eşitlik, adil ve serbest rekabet ve girişim özgürlüğünü güvence altına alan 10., 48. ve 167. maddelerine aykırıdır.

2. maddenin (d) bendini izleyen üçüncü cümlesinde ise "aksi görev sözleşmesi ve GSM görev sözleşmesinde belirtilmediği müddetçe", bu görev sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmesi için belirlenen hukuksal rejime tabi olacakları belirtilmektedir.

Burada "aksi görev sözleşmesi ve GSM görev sözleşmesinde belirtilmediği müddetçe" ifadesi, idarenin isterse görev sözleşmesini imtiyaz yani kamu hukuku rejimine tabi tutmayabileceği, diğer bir ifadeyle, özel hukuk rejimine tabi tutabileceği anlamına gelmektedir.

Bu durumda, 2. maddenin (d) bendinin bu hükmü, aynı maddenin yukarıda da değinilen (b) bendi son cümlesi ile birlikte değerlendirildiğinde, Ulaştırma Bakanlığı'nın görev sözleşmesinde Türk Telekom'ca üstlenilecek bir telekomünikasyon hizmetini özel hukuk hükümlerine tabi tutabileceği sonucu çıkmaktadır. Bu durumda, tekel süresi dolduktan sonra rekabete açılacak bir hizmetin veya mobil telefon hizmetinin Türk Telekom tarafından özel hukuk hükümlerine tabi tutulabilmesi mümkün kılınmıştır. Oysa, aynı kanunun (2-a) ve (3-a) bentlerine göre diğer işletmeciler bu tür bir hizmeti ancak imtiyaz veya ruhsat kurallarına göre, yani kamu hukuku rejimi ile yürütebileceklerdir.

Bilindiği gibi, 8.6.1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanunun 2. maddesi "haberleşme" hizmetlerini de kapsamına almaktadır. Bu Kanunda değişiklik yapan 4493 sayılı ve 20.12.1999 tarihli Kanun (RG. 22.12.1999, s. 23914) ise, 2996 sayılı Kanun kapsamındaki hizmetlerin özel kişilere gördürülme yöntemi olarak belirlenen yap-işlet-devret sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu belirtmektedir. (m.2) (Bilindiği gibi 13 Ağustos 1999 tarihli Anayasa değişikliği bir düzenlemeye izin vermektedir.)

Bu durumda, 3996 sayılı Kanun kapsamında bulunan telekomünikasyon hizmetlerini özel hukuk rejimine tabi tutma olanağına sahip bulunan yasa koyucu, bu yolu seçmemiş ve özel işletmeciler tarafından yürütülecek telekomünikasyon hizmetlerini imtiyaz rejimine yani kamu hukukuna tabi tutmuştur.

Fakat, yukarıda belirtilen 2. maddenin (d) bendindeki "aksi görev sözleşmesinde ve GSM görev sözleşmesinde belirtilmediği müddetçe" ifadesiyle, aynı türden ve rekabete açık bir telekomünikasyon hizmetinin, Türk Telekom'un görev sözleşmesi ile özel hukuk rejimine tabi olarak yürütebilmesine olanak tanımış, aynı hizmeti yürüten diğer işletmeciler için ise bu hizmetin imtiyaz sözleşmesi rejimine yani kamu hukuku rejimine tabi olması zorunlu tutulmuştur. (m.2-a, 3-a)

İşletmecilerin hepsi için, her iki hukuksal rejimi de benimsemek olanağı varken, bu işletmecilerin yürüteceği kamu hizmetini özel hukuka tabi tutmaya olanak tanıyan, diğerlerinin yürüteceği aynı hizmeti ise zorunlu olarak kamu hukuk rejimine tabi tutan böyle bir yasal hüküm, Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine açıkça aykırıdır.

Bu durum karşısında, aynı bendin son cümlesindeki, Türk Telekom ile diğer işletmecilerin arasında ayırım yapılamayacağı hükmü de fiilen hiç bir anlam ifade etmemektedir.

Ayrıca, böyle bir ayrımcılık, Türk Telekom'un diğer işletmecilere göre piyasada haksız bir avantaj sağlamasına da yol açabileceğinden, haksız rekabete neden olabilecek ve dolayısıyla Anayasa'nın 48. maddesindeki özel girişim özgürlüğüne de aykırı olacaktır.

C) 4502 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (e) bendi, Anayasa'nın 7., 167. ve 168. maddelerine aykırıdır:

2. maddenin (e) bendi aynen şöyledir:

"e) Türk Telekom'un Bakanlık ile imzalayacağı görev sözleşmesinde ve diğer sermaye şirketlerinin Bakanlık ile imzalayacakları imtiyaz sözleşmelerinde ve gerekli görülen hallerde Bakanlıkça verilen ruhsatlarda ve genel izinlerde de diğer hususların yanı sıra, makul ve ayırım gözetmeyen hüküm ve şartlar çerçevesinde şu konularda hükümlere yer verilir:

1- Telekomünikasyon hizmetinin ve altyapısının açık tanımı, niteliksel ve coğrafi kapsamı,

2- İmtiyaz sözleşmesi kapsamındaki hak ve yükümlülüklerin süresi ve yenilenme esasları,

3- Plan ve programlara uygun olarak yapılacak yatırımlar ve varsa bu yatırımlarla ulaşılması öngörülen hedefler,

4- Aboneler, kullanıcılar, kişisel telekomünikasyon tesislerini kullananlar ve diğer işletmecilere uygulanacak genel şartlar ve ara bağlantı şartları da dahil olmak üzere, bunlarla ilişkilerde gözetilecek ilkeler,

5- Telekomünikasyon iş ve hizmetleri karşılığında alınacak ücretlerin hesaplanmasına ilişkin esaslar ve bunların yeniden belirlenmesine ilişkin ilkeler,

6- Hizmet kalitesine ilişkin şartlar,

7- İmtiyaz sözleşmesi, ruhsat ve genel izin karşılığında belli bir ücret ödenip ödenmeyeceği ve ödenecekse bunun miktarı,

8- Bakanlık tarafından, imtiyaz sözleşmesinde öngörülmemiş olan konuların ve altyapıya ait yatırımlar ile yükümlülüklerin ne şekilde talep edileceği,

9- 4 üncü maddede belirlenen ilkelerin telekomünikasyon hizmetleri ve altyapı türleri itibariyle uygulama esasları,

10- Türkiye Cumhuriyetine tahsis edilen sınırlı yörünge pozisyonları ve frekanslar da dahil kamu mallarından ve üçüncü kişilere ait taşınmaz mallardan yararlanma esasları ve bu çerçevede Bakanlığın yapacağı işlemler,

11- Mali hesapların hazırlanması ve Kurum'a her türlü bilgi verilmesi ile ilgili şartlar,

12- Numaralandırma ve numara taşınabilirliğine ilişkin hükümler,

13- Mücbir sebep ve öngörülemeyen durumlar halinde tarafların hak ve yükümlülükleri,

14- İmtiyaz sözleşmesinin ihlali halinde uygulanabilecek yaptırımlar,

15- Yaygın ve verimli pazarlamaya yönelik servis sağlayıcılığı, çözüm ortaklığı, servis dağıtıcılığı ve benzeri taşeronluk hizmetlerinin verilmesine dair uygulama esasları."

Görüldüğü gibi 2. maddenin (e) bendi, keyfi uygulamalara yol açabilecek bir takım belirsiz kavramlar bünyesinde toplamıştır.

Mesela "... gerekli görülen hallerde...", "... diğer hususların yanı sıra" "makul ve ayırım gözetmeyen hükümler ve şartlar çerçevesinde" ifadeleri, içerikleri ve sınırları belirsiz kavramlardır.

2. maddenin (e) bendinin alt bentleri de aynı şekilde, yasama yetkisinin devri niteliğinde (Anayasa'nın 7. maddesine aykırı), tekelleşme ve kartelleşmeyi teşvik edici (Anayasa'nın 167. maddesine ters) ve hem sınırları hem de kapsamı belirsiz, açıklık ilkesinden yoksun (Anayasa'nın 168. maddesindeki "Kanun'un açık izni" kuralından mahrum) hükümlerdir; hepsinin iptali gerekir.

Nitekim, Türk Telekom'un veya herhangi bir sermaye şirketinin Ulaştırma Bakanlığı ile yapacağı sözleşmede, (e) bendinin alt bentleri mesela 7. alt bent hükmü, yani; "İmtiyaz sözleşmesi, ruhsat ve genel izin karşılığında belli bir ücret ödenip ödenmeyeceği ve ödenecekse bunun miktarı" ifadesi yer alabilecektir.

Açıkça görüldüğü gibi 7. alt bent hükmü "imtiyaz sözleşmesi", "ruhsat" veya "genel izin" ile Devlet malının bedava olarak devrini mümkün kılabilmektedir. Böyle bir uygulamanın ise her şeyden önce Anayasa'nın ruhuna aykırı olacağı gayet açıktır.

Sonra bu üç önemli belge,

- İmtiyaz sözleşmesi,
- Ruhsat ve
- Genel izin belgesi,

bedava olarak, hangi şartlar altında kimlere verilecektir' Bu hususlar belli değildir.

Belli olan şey, bir kısım Devlet malını bedava verme yetkisinin Ulaştırma Bakanlığına devredildiği gerçeğidir ki böyle durum Anayasa'nın hem zikredilen maddelerine hem de bir bütün olarak ruhuna aykırıdır.

Aynı aykırılık diğer alt bentler için de geçerlidir.

2) 4502 SAYILI KANUN'UN 3. MADDESİNİN ANAYASA'YA AYKIRILIĞI SORUNU:

4502 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (c) bendinin 1. cümlesi, Anayasa'nın 10., 48. ve 167. maddelerine aykırıdır.

Söz konusu cümle aynen şöyledir;

"c) Frekans, uydu pozisyonu ve numaralandırma gibi kıt kaynakların tahsisini ihtiva eden, her bir işletmeciye belirli, özel hak ve yükümlülüklerin verilmesini gerektiren veya sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülecek olan telekomünikasyon hizmetleri veya altyapısı ancak Bakanlık ile akdedilecek bir imtiyaz sözleşmesi ile yürütülür."

Bu hükümden de açıkça anlaşılacağı gibi "frekans", "uydu pozisyonu" ve "numaralandırma" gibi kaynaklar "kıt kaynaklar"dır, hem de son derece önem arz eden çok önemli kıt kaynaklardır.

Böylesine önem arz eden söz konusu kıt kaynaklar için Kanun, hiçbir ihale ve bedel şartı getirmemiştir.

Kanun'a göre Ulaştırma Bakanlığı, söz konusu kıt kaynakları, istediği sermaye kuruluşuna ihalesiz ve bedelsiz olarak verebilecektir.

Böyle bir uygulama ise, hiç kuşkusuz, Anayasa'nın;

-10. maddesindeki "eşitlik" ilkesine,

- 48. maddesindeki "sözleşme hürriyeti"ne,

- 167. maddesindeki "fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşme" yasağına;

aykırıdır.

3) 4502 SAYILI KANUN'UN 6. MADDESİNİN ANAYASA'YA AYKIRILIĞI SORUNU:

04.02.1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 10. maddesini değiştiren bu madde, şebekeler ve sistemler arasındaki karşılıklı "ara bağlantı" ve "roaming" ilke ve kurallarını düzenlemektedir.

Değişik 10. maddenin 1., 3., 4., 5. ve 6. fıkraları Anayasa'nın 7., 10., 18. ve 48. maddelerine aykırıdır. Şöyle ki;

Maddenin birinci fıkrası, ara bağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmecilerin, bu maddeye dayanarak çıkarılacak yönetmelik çerçevesinde kurum (Telekomünikasyon Kurumu) tarafından belirleneceğini düzenlemektedir.

Söz konusu hüküm, Kurum'un bu belirlemeyi hangi sınırlar ve şartlar çerçevesinde yapacağı ve bahsedilen yönetmelikte hangi ilke ve kurallara göre düzenleme yapılacağı konusunda herhangi bir belirlemede bulunmamıştır.

Bu durumda, bu hüküm bir idari organ olarak düzenlenen (Bkz. 4502 sayılı Kanun m. 14 vd.) Telekomünikasyon Kurumu'na, işletmeciler arasında ana bağlantı yükümlüsü belirlemede keyfi bir ayrımcılığa yol açabilecek şekilde çok geniş hatta sınırsız bir yetki tanımaktadır ve dolayısıyla, Anayasa'nın 10. maddesiyle birlikte, yasama yetkisinin devri olarak nitelenebileceğinden 7. maddesine de aykırıdır.

Maddenin 2. ve 5. fıkraları ise, telekomünikasyon hizmetlerini yürütecek işletmelerin ara bağlantı ve roaming taleplerini kabul edip etmeme konularını düzenlemektedir.

Söz konusu bu düzenlemelerde, işletmelerin, diğer bir işletme tarafından yapılan ara bağlantı ve roaming taleplerini, aynı yerlerde belirtilen bazı şartların bulunması halinde, karşılamak zorunda oldukları hüküm altına alınmaktadır.

Bu hükümler, Anayasanın zorla çalıştırmayı yasaklayan 18. maddesine ve çalışma, sözleşme ve özel girişim özgürlüğünü güvence altına alan 48. maddesine aykırıdır. (AYM'ye göre tarafları sözleşme yapmaya zorlamak sözleşme özgürlüğü ve demokratik hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmaz. AYM; 20.5.1998, E.98/109, K.98/18, AMKD. S.34, C.1. s. 321)

6. maddenin 4. ve 6. fıkraları, ara bağlantı ve roaming konularındaki işletmeciler tarafından birbirlerinden talep edilebilecek ücret ilke ve kurallarını düzenlemektedir.

4. fıkra, işletmecilerin ara bağlantı ücret konusunda anlaşamamaları sonucunda, Telekomünikasyon Kurumu'nun "kamu menfaati gözeterek belirleyeceği esaslar çerçevesinde taraflar arasında uzlaştırma prosedürü" izleyeceği ve "kamu menfaati açısından makul ve gerekli gördüğü diğer tedbirleri" alabileceği düzenlenmiş ve tarafların nihai olarak anlaşamamaları halinde, Kurum'un "bu ara bağlantı anlaşması için uygun gördüğü hüküm, koşul ve ücretleri belirlemeye yetkili" olduğu hüküm altına alınmıştır.

6. fıkra ise, Kurum'un bu ara bağlantı konusunda ücret tarifeleri yayınlayacağı ve bu konuda yönetmelikler çıkarabileceği belirtilmektedir.

Hem 4. fıkra, hem de 6. fıkra kurumca belirlenecek standart ara bağlantı tarifeleri ve işletmecilerin anlaşamaması üzerine ara bağlantı ücretleri konusunda, Kurum'a tam bir serbestlik tanınmıştır. Öyle ki, bu hükümlerde, bu ücretlerin belirlenmesinde Kurum'un uymasını gerektiren ve özellikle ara bağlantı yükümlülerinin ve bu alandaki asıl yatırımı yapmış ve yapacak olan mevcut operatörlerin ekonomik açıdan mağdur edilmemelerini güvence altına alan hiçbir objektif şarta yer verilmemiştir.

Kurum'un bu tarifelerin ve nihai ücretlerin belirlenmesinde keyfi ve sübjektif hareket etmesi, örneğin mobil telefon alanında, mevcut işletmecilerin çok önemli ekonomik kayba uğramalarına yol açacak ve yeni girecek operatörlerin mevcut operatörlerle haksız bir rekabet ortamına girmeleri sonucunu doğuracaktır.

Kanun 14. ve devamı maddelerinde özerk bir regülasyon kurumu olarak düzenlenen Telekomünikasyon Kurumu, yürütme organı içinde idare cihazının bir parçası olan bir organdır. Bu idari organa hiçbir çerçeve çizilmeden, ekonomik yönden bu derece ağır sonuçlar doğurabilecek bir konuda sınırsız bir yetki tanınması, tipik bir yasama yetkisi devridir ve Anayasanın 7. maddesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi, artık tamamen yerleşmiş içtihatlarında, ölçüsü ve sınırları belirlenmeden yürütme organına yetki verilmesini Anayasa'nın 7. maddesine aykırı bulmaktadır, (örn. AYM. 9.4.1997, E 97/35, K.97/45, RG: 8.8.1997, No: 23074, s.9, AMKD, s.33, C.1 (Ankara-1998), s. 369)

Hatta, Yüksek Mahkeme birçok kararında, bir kanun hükmünde, idareye tanınan yetkilerin salt sayılmasını ve belirlenmesini bile yeterli görmemekte, bu yetkilerin "durum ve konuma göre hangilerinin uygulanacağını açıkça saptanmasının gerektiği", aksi halde Anayasanın 7. maddesine aykırılığın devam edeceğini öngörmektedir. (Örn. AYM, 28.2.1990, E.95/38, K.96/7, AMKD, s.32).

Yine Yüksek Mahkeme, telekomünikasyon alanına ilişkin olarak vermiş olduğu daha önceki bir kararında (Bkz. 22.12.1994, E.94/70, K.94/65-2, amkd, S.31, c.1 s.385/4000 sayılı, Telgraf ve Telefon Kanununun Bir Maddesinin değiştirilmesi ve Bu Kanuna bazı Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun ile ilgili karar) kanunda, diğer konular yanında, işletme lisans ve ruhsatları karşılığı alınacak ücretler konusunda Ulaştırma Bakanı'na "belirsiz ve sınırsız" yetkiler tanınmasını yasama yetkisinin devri olarak görmüş ve Anayasa'nın 7. maddesine aykırı bulmuştur. (AMKD, S.31, C. 1, s. 411 ve 414)

Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi'ne göre, yasama yetkisinin Bakan yerine özerk bir kurula devredilmiş olması, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılığı değiştirmeyecektir. (AYM, 28.2.1996, E.95/38, K.96/7, AMKD, S.32, s.2. Somut olaydaki özerk kurul, Özelleştirme İdaresi Başkanlığıdır)

Fransız Anayasa Konseyi de, Telekomünikasyon Kanununa ilişkin olarak 1996 yılında verdiği kararında, iletişim alanında oluşturulan özerk bir idari kurula (Comite Superieur de la Telematique) ölçüsüz ve sınırsız yetkiler veren bir kanun hükmünü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. (CC, 23.7.1996, no 96-378DC)

Telekomünikasyon alanında zorunlu roaming ve ara bağlantı, AB hukuk ve AB üyesi ülkelerin normlarında da yer almaktadır, (örn. AB Konseyi'nin 22.7.1993 tarihli düzenlemesi (JOCE, c 213, 6.8.1993); N-90/387/CEE (1000A) sayılı AB Komisyonu Direktifi)

Fakat AB normlarını, söz konusu 4502 sayılı Kanun, m.6'dan ayıran en önemli özellik, ara bağlantı ve roaming alanındaki ücretlerin belirlenmesinde düzenleyici idari kurula tamamen sınırsız yetkiler tanınmaması, bu konuda özellikle ara bağlantı yükümlüsü işletmeleri ekonomik açıdan mağdur etmeyecek düzenlemelerin yapılmış olmasıdır. Örneği Fransız Telekomünikasyon Kanunu ara bağlantı ve roaming ücretlerinin, bağlantı veren işletmenin her türlü masraf ve maliyetini karşılamasını öngörmektedir.

Ayrıca, Fransız Danıştay'ı (Conseil d'Etat) da roaming ve ara bağlantı tüzüğünün iptaline ilişkin bir davada, Telekomünikasyon Kanununun, operatörlere roaming ve ara bağlantı konusunda reel ücret haklarını güvenceye aldığını belirtmiştir. (CE, 9.4.1999, France Telekom, <http://www.conseil-etat.fr/cedata/actus/section 5.htm>)

Görüldüğü gibi, 4502 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 4. ve 6. fıkraları, ara bağlantı ve roaming ücretleri konusunda AB normlarında bile rastlanmayan şekilde, düzenleyici idari kurula sınırsız yetkiler vermektedir.

Bu bağlamda, Kanunun 6. maddesinin 4. ve 6. fıkralarının yasama yetkisinin devri niteliğinde hükümler taşıdığı ve Anayasanın 7. maddesine aykırı olduğu kuşkusuzdur.

II. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI SEBEPLERİ

1) 27.1.2000 tarih ve 4502 sayılı Kanun'un;

a) 2. maddesinin (b), (d) ve (e) bentleri,

b) 3. maddesinin (c) bendinin 1. cümlesi,

c) 6. maddesiyle değişik 10. maddenin (1), (3.), (4.), (5.) ve (6.) fıkraları Anayasa'nın hem ruhuna, hem de yukarıda belirtilen maddelerine açıkça aykırıdır.

2) Anayasa'ya açıkça aykırı olan bu kanun hükümlerinin uygulanması halinde kamu için telafisi imkansız bir takım zararların meydana geleceği kesindir.

3) Dava konusu hükümler hakkında yürürlüğün durdurulması kararı verilmeyip de bilahare iptal kararı verildiği takdirde iptal kararı -geriye yürümediği için- büyük ölçüde etkisiz kalacaktır.

4) Dava konusu maddeler hakkında yürürlüğün durdurulması kararı verildiği takdirde hukukumuzda önemli bir boşluk meydana gelmeyecektir.

SONUÇ: 27.01.2000 tarih ve 4502 sayılı Kanun'un, Anayasa'ya açıkça aykırı olan ve uygulanması halinde giderilmesi imkansız zararlar doğuracağı kesin bulunan 2. maddesinin (b), (d), (e), 3. maddesinin (c) bendinin 1. cümlesi ile 6. maddesinin değiştirdiği 406. sayılı Kanun'un 10. maddesinin (1.), (3.), (4.), (5.) ve (6.) fıkraları hakkında yürürlüğün durdurulması ve iptal kararı verilmesini arz ederim.""