

"...

## **I- İPTAL İSTEMİNİN GEREKÇESİ**

Dava dilekçesinin iptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren gerekçe bölümü şöyledir:

### **“I. OLAY**

14 Eylül 1993 tarih ve 21698 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Telekomünikasyon Anonim Şirketi Kurulması Hakkında 509 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile başlayan ve Anayasaya aykırılıkları nedeniyle defalarca Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen yasa değişikliklerine, 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile bir yenisi daha eklenmiştir.

5189 sayılı Kanun ile yapılan bu düzenlemede; Anayasa hükümleri, ülkenin stratejik hedefleri ve kamu yararı gözardı edilmiş, yalnızca sermaye kesiminin ve uluslararası bazı kuruluşların istekleri, tek ölçüt olarak dikkate alınmıştır.

Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği üzere, özelleştirme ile ilgili yasalarda yabancılarla ilgili kimi sınırlamalar getirilmesi ülkenin bağımsızlığı ve ulusun güvenliği ile doğrudan ilgili olup böyle bir düzenlemenin bulunmaması, uygulamanın, anılan ilkeleri zedeleyici sonuç doğurmasına neden olabilir.

Devletin kuruluş, işletme, altyapı gibi ekonominin ögesi ve gücü olan tüm kamusal varlıklarının, gelir ortaklığı, satış yada işletme hakkı yoluyla yerli - yabancı ayırımı gözetilerek elden çıkarılmasının geleneksel yapısı ve niteliğiyle Anayasada öngörülen devlet düzenine uygun düşmeyeceği, Anayasa Mahkemesi tarafından vurgulanmış olmasına karşın, (Anym. 07.07.1994, E.1994/49, K.1994/45-2) 5189 sayılı Kanunun kimi hükümlerinde yapılan düzenlemelerle, yabancıların Türk Telekom'un yönetim ve denetiminde söz sahibi olmasını önleyen yasaklar kaldırılmış; bu suretle Türk Telekom'un uluslararası tekellerin eline tam anlamıyla geçmesinin önü açılmıştır. Anayasaya açıkça aykırı olan ve iptalleri istenilen bu hükümlerin uygulanması halinde, ileride “giderilmesi güç yada olanaksız” durum ve zararlar doğabilecektir. Bu yolla belki de, verilebilecek iptal kararı sonuçsuz kalacaktır. Bu nedenle, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulması da istenerek, bu hükümler hakkında Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmıştır.

Aşağıda önce 5189 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun iptali istenen hükümlerine yer verildikten sonra, iptali istenen hükümlerle ilgili olarak Anayasaya aykırılık gerekçeleri açıklanmıştır.

## **II. İPTALİ İSTENEN HÜKÜMLER**

a) 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 2 nci maddesindeki “devamı süresince tekel mahiyetinin yaratabileceği sakıncalar da dahil” ibaresi.

16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun söz konusu ibareyi de içeren 2 nci maddesi aynen şöyledir:

“MADDE 2. - 406 sayılı Kanunun ek 17 nci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “devamı süresince tekel mahiyetinin yaratabileceği sakıncalar da dahil” ve ikinci cümlesinde yer alan “yeni şirketler kurulması veya kurulu bulunan şirketlere iştirak edilmesi, uluslararası telekomünikasyon birliklerine katılınması veya uluslararası anlaşmalara taraf olunması” ibareleri ile aynı maddenin üçüncü fıkrası madde metninden çıkarılmıştır.”

İptali istenen, “devamı süresince tekel mahiyetinin yaratabileceği sakıncalarda dahil” ibaresidir.

b) 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 2 nci maddesindeki “ile aynı maddenin üçüncü fıkrası” ibaresi.

“MADDE 2. - 406 sayılı Kanunun ek 17 nci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “devamı süresince tekel mahiyetinin yaratabileceği sakıncalar da dahil” ve ikinci cümlesinde yer alan “yeni şirketler kurulması veya kurulu bulunan şirketlere iştirak edilmesi, uluslararası telekomünikasyon birliklerine katılınması veya uluslararası anlaşmalara taraf olunması” ibareleri ile aynı maddenin üçüncü fıkrası madde metninden çıkarılmıştır.”

İptali istenen, “aynı maddenin üçüncü fıkrası” ibaresidir.

c) 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin değiştirdiği 406 sayılı Kanunun Ek Madde 29'unun ikinci fıkrasının birinci cümlesi.

16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi ile değiştirilen 406 sayılı Kanunun Ek Madde 29'unun ikinci fıkrasının birinci cümlesi aynen şöyledir:

“Liste halinde bildirilen personel, 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesinde belirtilen esas ve usuller çerçevesinde Devlet Personel Başkanlığı tarafından başka kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilir ve söz konusu personel hakkında anılan madde hükümleri uygulanır”

d) 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin 406 sayılı Kanuna eklediği Ek Madde 33'ün dördüncü fıkrasının birinci cümlesindeki “ve aleyhe” ibaresi.

16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 5 inci maddesi ile 406 sayılı Kanuna eklenen ve iptali istenilen ibareyi içeren Ek Madde 33'ün dördüncü fıkrasının birinci cümlesi aynen şöyledir:

“Türk Telekomun, uydu haberleşmesiyle ilgili tüm uyduları, uydu yer kontrol istasyonları, uydu haberleşme ve iletişim yer istasyonları, uydu yörünge pozisyonları, uydu haberleşmesinde kullanılan taşınır ve taşınmazlar, her türlü teçhizat, araç, gereç, malzeme, yazılım ve donanımlar, her türlü fikrî ve sınaî haklar ile sair hak ve alacaklar, merkezi Monaco'da bulunan Eurasiasat SAM şirketindeki tüm hisseleri, uydu hizmetlerine ve yörünge pozisyonlarına ilişkin frekans tahsis, koordinasyon ve tescilleri, uydu hizmetlerine ilişkin her türlü sözleşmeleri ve kredi anlaşmaları ile hak, alacak ve borçları, leh ve aleyhe açılmış ve açılacak olan davalar ve icra takipleri, Intelsat, Eutelsat, ICO ve Inmarsat şirketlerindeki tüm hisseleri bütün hak, borç, alacak ve yetkileri ile birlikte faaliyete geçmesini müteakip iki ay içerisinde Türksat A.Ş.'ye yapılacak protokoller ile devredilir.”

İptali istenen, söz konusu cümledeki “ve aleyhe” ibaresidir.

e) 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin 406 sayılı Kanuna eklediği Geçici Madde 8'in birinci ve üçüncü fıkraları.

16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi ile 406 sayılı Kanuna eklenen Geçici madde 8'in birinci ve üçüncü fıkraları aynen şöyledir:

“GEÇİCİ MADDE 8.- PTT Personeli Mütessesil Kefalet Sandığının işletilmesine, tasfiyesine ve bu konuda gerekli düzenlemeleri yapmaya PTT Genel Müdürlüğü Yönetim Kurulu yetkilidir.

Sandığın bu ödemeden sonra kalan toplam nakit mevcudundan ihtilaflı borçları için gerekli meblağ ayrıldıktan sonra kalan tutarın % 70'i nemalandırılmak suretiyle PTT Genel Müdürlüğünün taşıt, otomasyon ve modernizasyon hizmetlerine ilişkin harcamalar ile Yönetim Kurulunca belirlenecek usul ve esaslara göre eleman temininde güçlük çekilen yerlerde çalışan personele (3000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutarı geçmeyecek şekilde ek ödeme yapılmak üzere ayrılır. Geriye kalan % 30'u ise bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihi izleyen bir ay içinde Genel Bütçeye gelir kaydedilmek üzere Maliye Bakanlığı Merkez Saymanlık Müdürlüğüne aktarılır.”

f) 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin (d) bendi.

16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin (d) bendi aynen şöyledir:

“d) 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 37 nci maddesinin (a) bendinde yer alan “ve Limanların, mülkiyetin devri dışındaki yöntemlerle özelleştirilmelerinden Türk uyruklu gerçek ve tüzel kişiler yararlanabilir” ibaresi ile aynı bendin son cümlesi.”

### III. GEREKÇE

1) 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 2 nci maddesindeki “devamı süresince tekel mahiyetinin yaratabileceği sakıncalar da dahil” ibaresinin Anayasaya Aykırılığı.

5189 sayılı Kanunun 2 nci maddesi 406 sayılı Kanunun ek 17 nci maddesinin birinci fıkrasını değiştirmiştir.

5189 sayılı Kanun ile yapılan bu değişiklik ile, 406 sayılı Kanunun Ek 17 nci maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “devamı süresince tekel mahiyetinin yaratacağı sakıncalar da dahil” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Böylece, milli yararların korunması amacıyla oluşturulan “imtiyazlı hisseye”, şirketin yönetimi ve faaliyetleri üzerinde tanınan denetim ve kontrol yetkisi sınırlandırılmakta, tekelleşmenin önlenmesi amacıyla Devlet'e tanınan hak ve ayrıcalık sona erdirilmektedir.

Anayasanın 167 nci maddesinin birinci fıkrasında “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler” denilmektedir.

Bu hükümle, yalnız fiilen oluşacak tekelleşme ve kartelleşmenin değil, anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmenin de önlenmesi görevi Devlet'e verilmiştir. Bu maddenin gerekçesinde şu açıklama yapılmıştır:

“Tekelciliğin her türlüünün zararlarından fertleri ve toplumu korumak, toplumun huzur ve refahı ile de ilgilidir.

...tekel teşkil etmemekle beraber, tekel oluşturmamayan üretim ve hizmet kuruluşlarının fiyat anlaşmaları, üretim hataları, coğrafi bölge paylaşma ve benzeri suretlerde gerçekleştirecekleri kartellerde yasaklanmıştır”.

Madde gerekçesinde, “tekelleşme” kavramı açıklanırken, yalnız tekellerin değil, tekel benzeri gruplaşmaların da bu kapsamda görüldüğü belirtilmiştir. Ayrıca, tekelleşmenin önlenmesinin tüketim sektörü yanında hizmet sektörü yönünden de gerekliliği vurgulanmış; bu görevin “sağlıklı bir toplum” ve “sağlıklı bir demokrasinin” vazgeçilmez koşulu olduğu açıklanmıştır. Buna göre, tekelciliğin her türlüünün zararından bireyleri ve toplumu korumak, “kişinin ve toplumun huzuru ve refahı” ile de ilgilidir. Maddede yalnız, tekelleşme değil, tekel oluşturmamayan üretim ve hizmet kuruluşlarının “fiyat anlaşmaları”, “coğrafi bölge paylaşma” ve “benzeri suretle” gerçekleştirilecekleri kartelleşme de yasaklanmış; Devlet, bunu engelleyici önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Böylece rekabetin ortadan kaldırılması, tekellerin ve kartellerin fiyatları oluşturmaları ve etkilemesi önlenmek istenmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 07.05.2002 tarihli E.2000/17, K.2002/46 sayılı kararında,

“Devletin tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemek görevi, temelde tüketiciyi koruma amacı gütmektedir. Anayasanın 172 nci maddesi ile Devlet'e verilen tüketicileri koruma görevi ancak, tekelleşme ve kartelleşmelerin önlenerek özgür rekabet ortamının sağlanması ile güvenceye alınabilir. Piyasa ekonomisinin etkinliği, serbest rekabet koşullarının varlığına bağlıdır. Tekelleşmeye veya kartelleşmeye olanak veren ortamlarda piyasa ekonomisi etkinliğini yitirir. Tekel konumundaki bir kuruluş önlem alınmadan özelleştirildiğinde, kamu tekelinin yerini özel tekelin alması kaçınılmazdır. Üstelik kamu tekeli konumundaki mal ve hizmet üretiminde Devlet'in doğrudan karışması olanağı varken, özel tekel durumunda bu olanak da söz konusu olmayacak, mal ve hizmet fiyatları kamu tekeline olduğundan daha yüksekte belirleneceği gibi kalite de bundan olumsuz etkilenecektir. Bu nedenle, özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemeye, dolayısıyla bireyleri ve toplumu korumaya yönelik kuralların bulunması zorunludur. Bu husus, Anayasanın 5 inci maddesindeki Devlet'in “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak” görevleri ile de doğrudan ilgilidir.”

denilerek Anayasanın 5 inci ve 172 nci maddeleri ile Devlete verilen görevlerin de, ancak tekelleşme ve kartelleşmelerin önlenmesi yoluyla gerçekleştirilebileceği açıklanarak Devletin tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemek görevinin önemi üzerinde durulmuş ve özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemeye, dolayısıyla bireyleri ve toplumu korumaya yönelik kuralların bulunmasının zorunlu olduğu açık bir şekilde vurgulanmıştır.

Türk Telekom'un özelleştirilmesiyle verimliliğin artacağı, rekabet sonucu fiyatların ucuzlayacağı, kalitenin artacağı, teknolojinin ilerleyeceği doğru değildir. Verimliliğin mülkiyetle ilişkisi yoktur; işletmedeki beceri ve iyi yönetimle kamu işletmeleri büyük kâr sağlayabilmektedirler. Dünyada doğal tekel konumuna sahip hiçbir kamu hizmeti kuruluşu,

özelleştirildikten sonra fiyatlar ucuzlamamıştır. Özel sektörün esas amacı, sadece kârdır. Kurum içerisinde teknoloji, kamu tarafından geliştirilmiş, AR - GE çalışmalarına devlet kaynak ayırmıştır. Hiçbir yabancı tekel, yerli teknolojimizi geliştirmez. Getirilen düzenlemeyle rekabet önlenmektedir; yapılmak istenen, kamu eliyle özel tekel yaratmaktır.

Tekeller ve tekel benzeri gruplaşmaları önlemek sağlıklı bir toplum, sağlıklı bir demokrasi için vazgeçilmez şartlardır. Hal böyle iken, imtiyazlı hisse ile tekelleşmenin önlenmesi konusunda devlete tanınan hak ve ayrıcalığın kaldırılması; Anayasa Mahkemesinin bulunmasında zorunluluk gördüğü bir kuralın yasadan çıkarılması demektir ki bu da, Anayasanın 167 nci maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Anayasaya aykırı bir kuralın Anayasanın 2 nci maddesindeki “hukuk devleti”, 11 inci maddesindeki “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” ilkeleriyle ile bağdaşması da mümkün olmadığından söz konusu ibare, Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine de aykırıdır ve iptali gerekir.

2) 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 2 nci maddesindeki “ile aynı maddenin üçüncü fıkrası” ibaresinin Anayasaya Aykırılığı.

5189 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde yer verilen “ile aynı maddenin üçüncü fıkrası” ibaresiyle, 04.02.1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Ek 17 nci maddesinin üçüncü fıkrası Ek 17 nci maddenin metninden çıkarılmaktadır. Ek 17 nci madde metninden çıkarılan bu fıkra,

“Yabancı gerçek veya tüzel kişilerin Türk Telekomdaki hisse oranı % 45'i geçemez ve bunlar doğrudan ya da dolaylı olarak şirketin çoğunluk hisselerine sahip olamazlar. Yabancı gerçek ve tüzel kişilere Türk Telekomun yönetim ve denetiminde oy çoğunluğu sağlanamaz. Tüm satış işlemlerinde bu şart ve karşılıklılık ilkesi göz önünde bulundurulur.”

hükmünü taşımaktadır. Görüldüğü üzere madde metninden çıkarılan üçüncü fıkra, yabancı gerçek ve tüzel kişiler için Türk Telekomünikasyon A.Ş.'de (Türk Telekom) sahip olabilecekleri hisse konusunda sınırlama getiren ve karşılıklılık ilkesini öngören hükümdür.

5189 sayılı Kanunun genel ve madde gerekçelerinde özetle;

“Geçmişte bu konuda iptal kararları veren Anayasa Mahkemesinin endişeleri 406 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler ile giderilmiş, günümüzde Türk Telekom'un tekel hakkı kalkmış ve Anayasada da özelleştirmeyi öngören değişiklikler yapılmıştır”.

şeklinde açıklanmıştır. Ancak, aşağıda belirtilen nedenlerle bu gerekçeye katılmak mümkün değildir.

Özelleştirme konusunun Anayasada öngörülmesi, telekomünikasyon hizmetlerinin tümüyle yabancılara açılması konusundaki Anayasal engellerin ortadan kaldırıldığı anlamına gelmemektedir. Anayasa Mahkemesi, değişiklikten önce de özelleştirme yapılabileceğini kabul etmekte ancak, bunun koşullarını da belirtmektedir. Nitekim Yüce Mahkemenin 28.02.1996 tarihli E.1995/38, K.1996/7 sayılı kararında, “Özelleştirme Anayasada yasaklanmadığına göre yasama organı, yararlı, gerekli ya da uygun gördüğü kamu varlıklarının özelleştirilmesini Anayasanın 11 inci maddesi gereğince Anayasanın ilkelerine ve kurallarına bağlı kalarak, yasayla belirleyebilir” denilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 07.07.1994 tarih ve E.1994/49, K.1994/45-2 sayılı kararında, “Telekomünikasyon, elektrik üretim, iletim ve dağıtım gibi stratejik önemi olan alanlara yabancıların girmesinin ötesinde egemen olması, güvenlik, bağımsızlık ve ekonomik yönlerden çok sakıncalı olabilir. Çünkü, bu tür kamu hizmetleri ülke güvenliği ile çok yakından ilgilidir.” denilmiştir.

Yine Anayasa Mahkemesinin bu kararında, “Özelleştirmeye KİT'lerin arazi, arsa bina, makine gibi tüm varlığı satılabilecektir. Türkiye'de kamu işletmelerinin bir çoğunun taşınmaz mal varlıkları çok değerlidir. Bu nedenle yerli ve yabancı özel sektöre çoğu kuruluş çekici gelmektedir. Önemli olan KİT'lere ilişkin araç ve gereçlerle birlikte taşınmaz malların da satılmasıdır. Bu yöntemle, Anayasa Mahkemesinin (13.06.1985 tarihli, E.1984/14, K.1985/7 sayılı kararı ile) Anayasaya aykırı bularak kapatmış olduğu yabancılara taşınmaz mal satışı yolu, bu konuda dolaylı olarak yeniden açılmış olacaktır ki, bu da Anayasa Mahkemesi kararlarını etkisiz kılma anlamına gelir. Bu kararlar ve karşılıklılık ilkesi gözetilmeden yapılacak özelleştirme Anayasaya aykırı olur”

görüşü açıklanmıştır. Diğer taraftan, bu yöntem (özelleştirme) stratejik konumda olan bölgelerde de yabancıların taşınmaz mal edinmelerine olanak sağlayacaktır. Türkiye'de yabancıların toprak (arazi, arsa, bina) edinmesi yalnızca bir mülkiyet sorunu olarak görülemez. Çünkü toprak devletin vazgeçilmez temel ögesi, egemenliğin ve bağımsızlığın simgesidir. Yabancı tüzelkişilerin ülkede mülk edinemeyeceklerine ilişkin esasa kimi yasalarla getirilen ayırıklıkların çok önemli ulusal yararlarımızla ilgili olduğu açıktır.

Anayasamızın Başlangıç kısmının ikinci paragrafı, milletlerarası ilişkilerde geçerli olması gereken en önemli unsurun eşitlik olduğunu göstermektedir. Eşitliği sağlayacak hususların en başta geleni ise karşılıklılıktır.

Türk Yabancılar Hukukunun genel ilkelerinden olan karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esası, öğretide en az iki devlet arasında uygulanan ve her birinin ülkesinde diğerinin vatandaşlarına aynı mahiyetteki hakları karşılıklı tanımlarını ifade eden bir prensip olarak izah olunmaktadır. Bu prensibe göre; bir yabancı Türkiye'de bir haktan yararlanabilmesi, Türklerin de o yabancı Türkiye'de aynı tür ve nitelikte olan haklardan yararlanmasına bağlıdır. Karşılıklı muamele esası antlaşma ile (ahdi veya siyasi) ya da kanunla (kanuni veya fiili) olabilir. Hukukumuzda, kanuni karşılıklı muamele, yabancı gerçek kişilerin ülkemizde taşınmaz mal edinme ve miras hakları konusunda da aranmaktadır. Yabancıların klasik insan hak ve özgürlüklerinden bazılarında vatandaş gibi yararlandırılmamasının, bu hakların kimi sınırlama ya da kısıtlamalara tabi tutulmasının nedenlerini Devleti korumak, onun devamlılığını sağlamak gibi düşüncelerde aramak gerekir. Devletler arasında, ticari, iktisadi, askeri ve kültürel ilişkilerin olabildiğince arttığı, insancıl düşüncelerin son derece yaygınlaştığı günümüzde aynı mülahazaların büsbütün gücünü yitirdiği söylenemez. Tarih boyunca, devletler ülkelerindeki yabancı unsurlara kuşku ile bakmışlar, bazı hakları onlardan esirgemişler, bazılarını ise kimi koşullara, bağlamak suretiyle sınırlamışlardır. Anayasamızın 16 ncı maddesinde de, Anayasanın 12 nci maddesinde herkese tanınan temel hak ve özgürlüklerin, yabancılar için, uluslararası hukuka uygun olarak yasayla sınırlandırılabilceği kurala bağlanmıştır.

Yabancıların temel hak ve özgürlüklerin kimilerinden yurttaşlar gibi yararlandırılmamasının, bu hakların kimi sınırlama ya da kısıtlamalara bağlı tutulmasının nedenlerini Anayasa Mahkemesinin yabancılara mülk satışı ile ilgili 13.06.1985 günlü, Esas

1984/14, Karar 1985/7 sayılı kararında da belirtildiği gibi, Devlet'i korumak, onun sürekliliğini sağlamak gibi düşüncelerde aramak gerekir.

Devletin geleceği üzerinde doğrudan etkisi olan yaşamsal önemdeki konularda, yabancıların ağırlığını önleyici kuralların getirilmesi, bağımsızlığın korunması yönünden zorunludur.

Sınırlamaya tabi tutulan hakların başlıcalarından biri mülk edinme hakkıdır. Zira bu hak, ülke denilen yurt toprağıyla ilgilidir.

Ülke devletin asli ve maddi unsurlarından biridir. Ülke olmadan devlet olmaz. Ülke devlet otoritesinin geçerli olacağı alanı belli eder. Devlet sahip olduğu, kurucu unsur niteliğini taşıyan üstün kudretine dayanmak suretiyle, ülkede yerleşik olan ve devletin diğer asli - maddi unsurunu oluşturan insan topluluğunun güvenliğini ve yararını kollamak ve gözetmek durumundadır. Devlet bu asli görevi nedeniyle ki, ülke üzerinde egemenliğe dayalı üstün bir hakka sahiptir. Toprak ile alakalı konuda insan haklarına saygılı, ölçülü, adil bir sınırlama, Devlet için bir nefsi müdafaa tedbiri niteliğindedir; böyle bir tedbirden vazgeçebilmek çoğu kez olası değildir.

Türkiye Cumhuriyetinin dünya milletler ailesine bağımsız bir devlet olarak kabulünün uluslararası belgesi Lozan Barış Antlaşmasıdır. Bu antlaşmaya ekli İkamet ve Selahiyeti Adliye Hakkındaki Mukavelenamede; yabancıların ülkede mülk edinmeleri konusunda mütekabiliyet şartı öngörülmüş, bu tarihten sonra düzenlenen konu ile ilgili yasalarda ve yapılan bir çok antlaşmada mütekabiliyet şartı getirilmek suretiyle, karşılıklı muamele esası, gerek antlaşmalar hukuku, gerek mevzuu hukuk olarak Türk Yabancılar Hukukunun genel ilkelerinden biri haline dönüştürülmüştür.

Anayasanın 176 ncı maddesinde, Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmının, Anayasa metnine dahil olduğu açıklanmış, anılan maddenin gerekçesinde de Başlangıç kısmının, Anayasanın diğer hükümleriyle eşdeğerde olduğu vurgulanmıştır.

Anayasanın cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2 nci maddesinde ise “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti” olduğu belirtilmiştir.

Başlangıcın 2 nci paragrafındaki; Türkiye Cumhuriyetinin “Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğu ilkesiyle, devletin beşeri unsurunu oluşturan milletin diğer milletlerle hak eşitliğine sahip bulunduğu vurgulanmıştır.

Başlangıcın 5 inci paragrafında ise “Hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin karşısında korunma göremeyeceği” ilkesi ile, Anayasanın öngördüğü hukuk düzeni içinde, milli menfaatlerin her şeyin üstünde tutulması gereği belirlenmiştir.

Yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynî hak edinmeleri salt bir mülkiyet sorunu gibi değerlendirilemez. Karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esası uluslararası ilişkilerde eşitliği sağlayan bir denge aracıdır.

5189 sayılı Kanunun karşılıklılık aramaksızın yabancı yatırımcılara Türkiye'de Kurulmuş Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketinin (Türk Telekom) paylarını satın almak suretiyle, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mal edinmek hakkını tanıyarak, bu eşitliği ve dengeyi bozmuş; Anayasanın Başlangıç'ının ikinci paragrafına aykırı bir durumun ortaya çıkmasına da yol açmıştır.

Türk Telekom'un hisselerinin hiçbir sınır getirilmeden “tamamının” devredilmesine imkan veren bir düzenlemenin Anayasanın 5 inci maddesindeki “Türk milletinin bağımsızlığını koruma” görevi ile çeliştiği de açıktır. Burada göz önünde tutulması gereken ilke; bağımsızlık ve özellikle ekonomik bağımsızlıktır.

Bağımsızlık, Büyük Atatürk'ün dediği gibi tam bağımsızlıktır. Bunun içerisinde siyasal bağımsızlık yanında ekonomik bağımsızlık da mevcuttur. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 18.02.1985 tarih ve E.1984/9, K.1985/4 sayılı kararında, “Anayasanın 5 inci maddesinde yer alan Türk Milletinin bağımsızlığı ilkesinin, siyasi ve ekonomik bağımsızlığı içerdiği kuşkusuzdur; siyasi ve ekonomik bağımsızlık kavramlarının yalnız başlarına bir anlam ifade etmedikleri, birbirlerini tamamlayan kavramlar oldukları görüşü de doğrudur.”

denilmiştir. Ayrıca bir ülkedeki bağımsızlık kavramının ulusal savunma ve ulusal güvenlik ile ilişkisi düşünüldüğünde önemli bir haberleşme şebekesinin yabancı sermayeye bırakma sonucunu verebilecek bir düzenlemenin, ülke savunması bakımından yaratacağı sakıncaları ayrıntılı biçimde belirtmeye herhalde gerek yoktur. Çünkü, haberleşme birimleri yabancılarca işletilen bir devletin bu alanda bağımsızlığından söz edilemeyeceği gibi, bir savaş durumunda ulusal savunmasının temellerinden olan ulusal ve askeri haberleşmesinin felce uğrayacağı, böylelikle eli kolu bağlı duruma düşeceği herkesçe bilinmektedir.

Ekonomik bağımsızlık açısından hayati önem taşıyan kamusal kuruluşların özelleştirilmesi ile doğacak “özel tekeller”in yaratacağı iktisadi sakıncalar yanında asıl tehlike: ekonomik bağımsızlığın “kale”leri olan bu işletmelerin özelleştirilmesinin devletin ekonomik bağımsızlığına ipotek getirecek olmasıdır.

Türk Telekom'un satışının verimlilik ve fiyatların ucuzlamasıyla bir ilgisi yoktur. Kurum, neoliberal küreselleşme politikaları gereği, IMF ve Dünya Bankası'nın istekleri doğrultusunda, hukuksal ilkelerin yıpranıp yıkılması pahasına özelleştirilmek istenmektedir.

Kuruluş amacı kamu hizmeti vermek olan, ülkemizin çağ atlamasında öncülük eden, 160 yıllık deneyimi ile faaliyetini sürdüren ileri teknolojiye sahip, santralde yüzde 90'ı aşan, transmisyonda yüzde 97'yi aşan dijitalleşme oranı olan, 51.000 köy ve kasabaya mesken düzeyinde hizmet götürebilen bu ulusal varlığımız; yaklaşık, 21 162 000 sabit telefon hattı kapasitesine sahiptir. Bugün 19 000 000'dan fazla sabit telefon abonesi, 1 100 000 kablolu televizyon abonesi, 420 000 internet abonesi bulunmaktadır. 80 000 ankesörlü telefonu olup 90 000 kilometre fiber optik kablo hattı ve yaklaşık 3 000 000 000 dolar değerinde menkul ve gayrimenkul değerlere sahip kârlı bir kuruluştur. Dünyanın 13 üncü büyük şebekesine sahip Türk Telekom, ekonomiye 13 000 000 000 dolarlık bir katmadeğer sağlamaktadır.

Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi, herhangi bir haberleşme şirketi değildir; tüm telekomünikasyon altyapısına, yer, tesis, bina, makine gibi haberleşmenin temel tesislerine ve araçlarına sahip olan bir kuruluştur. O nedenle, bu kuruluşun yabancıların eline geçmesi fevkalade önemlidir. Telekomünikasyonun altyapısı söz konusu olduğunda, özelleştirmeye rekabetin artması da beklenemez. Çünkü, çok büyük değerlere ulaşan sabit tesisler söz



konusudur ve bu tür tesislerin her şirket tarafından ayrı ayrı kurulması söz konusu olamaz. Kaldı ki, Türk Telekom Anonim Şirketini tek başına bir şirket olarak düşünmek de gerçekçi değildir; zira, Türk Telekom Anonim Şirketi mobil telekomünikasyon şirketleriyle iç içedir ve söz konusu şirketler, Şebekelerarası İrtibat ve İşbirliği Sözleşmesiyle, Türk Telekomun yer, tesis, bina, altyapı ve imkânlarından ücret karşılığı yararlanmaktadırlar.

Görüldüğü gibi Türk Telekom Anonim Şirketi; ülke savunmasını, güvenliğini, ekonomisini, sosyal yaşamını etkileyen ve bu nedenle Ülkenin bağımsızlığını doğrudan ilgilendiren çok stratejik bir kuruluştur. Bu stratejik kuruluşun kamu elinde kalması ve yabancı tekele dönüşmemesi gerekirken yapılan düzenlemeyle tümüyle yabancılara satılmasının önünün açılması ve bu amaçla 406 sayılı Kanunun Ek 17 nci maddesinin üçüncü fıkrasının madde metninden çıkartılması; Anayasanın başlangıç kısmının 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile değişik beşinci paragrafında, “Hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatleri...nin karşısında korunma göremeyeceği...” ilkesine aykırı, Anayasanın 5 inci maddesindeki “Türk Milletinin bağımsızlığını koruma” görevi ile çelişen bir düzenlemedir.

406 sayılı Kanunun Ek 17 nci maddesinin üçüncü fıkrasının madde metninden çıkarılması, Anayasa Mahkemesinin kararlarında vurgulandığı üzere, hukuk devletinin vazgeçilmez öğeleri içinde yer alan “yasaların kamu yararına dayanması” ilkesiyle de bağdaşmamaktadır. Bütün kamusal girişimlerin temelinde bulunması doğal olan kamu yararı düşüncesinin yasalara egemen olması ve özellikle bir ülkenin en önemli stratejik kuruluşlarının korunması için yasakoyucunun bu esası gözardı etmemesi ve bunu en iyi şekilde yansıtmayı zorunludur. Günümüzde “kamu yararı kavram yanında; “toplum yararı” “ortak çıkar”, “genel yarar” gibi birbirinin yerine kullanılan kavramlarla anlatılmak istenen; tümünün “bireysel çıkar”dan farklı onun, üstünde ya da dışında ortak bir yararı amaçlamasıdır (Anym., T. 21.10.1992, E.92/13, K.92/50).

Özel mülkiyet için Anayasanın getirdiği koruma ve güvence kamu mülkiyeti için de geçerli olduğundan, özel mülkiyet konusundaki özenin kamu mülkiyeti konusunda öncelikle düşünüleceğinde duraksanamaz. Bu nedenle, kamu mülkiyetinin sona erdirilmesine ilişkin esasların yasayla düzenlenmesi, Anayasanın 35 inci maddesinin getirdiği bir zorunluluktur. Kişisel mülkiyeti güvenceye bağlayan Anayasanın kamu mülkiyetini güvencesiz bıraktığı düşünülemez. Nitekim mülkiyet hakkını kişiler yönünden güvenceye alan 35 inci maddenin birinci fıkrası yanında, ikinci ve üçüncü fıkralarındaki bu hakkın ancak yasayla sınırlanabileceği ve kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hususları kamu mülkiyetini de kapsamaktadır. Kamu mülkiyeti için de geçerli olan bu güvence gözardı edilemez. Kamu mülkiyeti de kamu yararı amacıyla sınırlanabilir ve toplum yararına aykırı biçimde kullanılamaz.

Bugüne kadar yapılan uygulamalarda, yabancı sermayeden arzu edilen ve beklenen katkının da alınamadığı yadsınamayacak bir gerçektir. Yabancı sermaye işletmeler kurmamış, yeni yatırım, üretim ve istihdama gitmemiştir. Aksine hazır işletmelere, hem de çok uygun fiyatlarla sahip olmayı yeğlemiştir.

1954 yılında yürürlüğe giren 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu, yatırım yapacak yabancı sermayenin ancak “Türk girişimcilerine açık, tekel ve özel ayrıcalığı olmayan alanlara yatırım yapabileceklerini” şart koşturmuştur. Bu nedenle Devlet Planlama Teşkilatı otuz yıl süreyle Türk özel sektörünün bile tekel yaratmamasına özen göstermiştir.

1986 yılında çıkarılan 3291 sayılı kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesine ilişkin yasanın uygulama döneminde 1987 yılında Yüksek Planlama Kurulu; satılacak hisselerin öncelikle çalışanlara, yöre halkına, küçük tasarruf sahiplerine, yurt dışında çalışan işçilerle halka satışının amaçlandığını açıklıyordu. Bunun gerçek niyeti yansıtmadığı kısa sürede anlaşılmış, özelleştirme nedenleri ve öncelikleri bir yana itilmiş, blok halinde yabancılara satışa geçilmiştir. Bu durumu yakından gözlemleyen Anayasa Mahkemesi de, yukarıda değinilen 07.07.1994 tarih ve E.1994/49, K.1994/45-2 sayılı kararında “Halka ya da çalışana “satılsa bile yasada önlem getirilmedikçe payların hızla el değiştirmesi her zaman için olanaklıdır. Özelleştirilen ve ilk aşamada halka satılan kuruluşların sonradan yerli ya da yabancı sermaye gruplarının eline geçme olasılığı fazladır. Düzenlemelerin bu tür durumları önleyecek biçimde yapılması gerekir” demek ihtiyacını duymuştur.

Ülkenin ekonomik, sosyal ve siyasal geleceği ile sıkı sıkıya bağlı bu önemli konunun, tüm yasal, siyasal olanaklardan yararlanarak önce halka mal edilmesi ve bu bağlamda Türk Telekom'un hisselerinin de halka satışını sağlayacak, özendirecek ve payların yabancılara geçmesini önleyecek tedbirlerin alınması gerekirken bu stratejik Kuruluşun tümüyle yabancılara satışının önünün açılmasında hukuksal ilkelerin yıpranıp yıkılmasına duyarsız kalınması kabul edilemez.

Anayasa Mahkemesi 07.07.1994 tarihli E.1994/49, 1994/45-2 sayılı kararında, “Kalkınmayı hızlandırmak için elbette dış borçlanma, yabancı sermaye, yabancı ortaklıklardan yararlanmak gerekir; ancak, özelleştirme yoluyla giderek yabancılardan nüfuzuna yol açılması ülke bağımsızlığı yönünden kabul edilemez. Bu gerçek, özelleştirme politikası uygulayan gelişmiş kimi ülkeleri bile önlem almak zorunda bırakmıştır” derken, ulusal varlıklarımızın yabancılaştırılması konusuna dikkat çekmiştir. Yine mahkeme aynı kararında “Telekomünikasyon ve elektrik gibi stratejik öneme sahip kamu hizmetlerinin yabancılaştırılması, ülke savunması, güvenliği ve bağımsızlığı yönünden sakıncalıdır” demektedir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararında da belirtildiği üzere, ülke savunmasını, güvenliğini, ekonomisini, sosyal yaşamını etkileyen ve bu nedenle Ülkenin bağımsızlığını doğrudan ilgilendiren stratejik bir kuruluş olan Türk Telekom A.Ş.'nin yabancılara satışında kamu yararı olduğunu söylemek mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesinin 07.11.1989 tarihli E.1989/6. K.1989/42 sayılı kararında,

“Yasal düzenlemelerin Cumhuriyetin temel niteliklerinden birisi olan hukuk devleti ilkesine uygun olması kaçınılmaz bir zorunluluktur. Yönetilenlere, en güçlü, en etkin ve en kapsamlı biçimde hukuksal güvenceyi sağlayan hukuk devleti, tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayarak insan hakları, temel haklar ve özgürlükler yönünden Anayasal ilkeler düzeyine ulaşmış kurallara dayanır. Hukukun üstünlüğünü, toplumsal barışı ve ulusal dayanışmayı amaçlamayan Anayasanın öncelik ve bağlayıcılığını gözetmeyen, hukukun evrensel kurallarına saygılı olmayan, adaletli bir düzeni gerçekleştirmeyen, kişilere değer vermeyen, çağdaş kurum ve kurallarla uyum sağlamayan devletin hukuk devleti olduğundan söz edilemez. Yetkilerle güçlendirilen devlet, vergilendirme konusunda gerekli düzenlemeleri gerçekleştirirken de hak ve özgürlükleri özenle koruyacak, devlete kaynak sağlamak amacıyla hukuksal ilkelerin yıpranıp yıkılmasına duyarsız kalmayacaktır. Gelir elde edilmesi amacıyla hukuk devleti niteliklerinden vazgeçilemez.”

Anayasa Mahkemesinin bu kararında devlete kaynak sağlamak amacıyla gerekli düzenlemeler gerçekleştirilirken hukuksal ilkelerin yıpranıp yıkılmasına duyarsız

kalınamayacağı açıkça belirtilmiştir. 5189 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin 406 sayılı Kanunun ek 17 nci maddesinin üçüncü fıkrasını madde metninden çıkarılması için yapılan düzenlemede; Türk Telekom'un yabancılara satılarak devlete kaynak yaratılmak istenmesi tek ölçek olarak görülmüş, hukuk devletinin vazgeçilmez öğelerinden olan “yasaların kamu yararına dayanması” ilkesi gözetilmediği gibi “karşılıklılık, “hukuk devleti” ve “Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı” ilkeleri de dikkate alınmamış ve nihayet “bağımsızlık ilkesi”nin yıpranmasına duyarsız kalınmıştır. Bu nedenle, yapılan bu düzenleme Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerine ve Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan kararına da aykırıdır.

Anayasanın 153 üncü maddesinin son fıkrasında Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince Yasama Organı, yapacağı yeni düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurmamak, bu kararları etkisiz bırakacak biçimde yeni yasa çıkarmamak ve Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalastırmamak yükümlülüğündedir.

16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci maddesi ile; Anayasa Mahkemesinin yukarıda değinilen kararları göz önünde bulundurulmayıp bu kararları etkisiz bırakacak şekilde yeni düzenleme yapıldığından bu madde hükmü Anayasanın 153 üncü maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Stratejik kamu hizmetlerinde çoğunluğun yabancılara eline geçmesi durumunda bile, Devletin bu hizmetler üzerindeki denetim ve düzenleme yetkilerinin devam ettiği, Telekomünikasyon Kurumu'nun ulusal güvenliğin ve milli yararların tehlikeye düşmesini önleyecek tedbirleri alabileceği, sözleşmeyi tek taraflı feshedebileceği görüşü isabetli değildir.

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun değişik 2 nci maddesine göre, telekomünikasyon hizmetlerini yürütmek veya alt yapısını işletmek ve/veya kurmak için mutlaka bir görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi, ruhsat veya genel izin bulunması gerekmektedir.

Diğer yandan 3 üncü maddenin (c) bendine göre; eğer bir telekomünikasyon hizmeti veya alt yapısı, frekans, uydu pozisyonu ve numaralandırma gibi kıt kaynakların tahsisini içeriyorsa veya bu hizmet/alt yapı “her bir işletmeciye belirli, özel hak ve yükümlülüklerin verilmesini gerektiriyorsa” veya “sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülecekse”, sadece bir imtiyaz sözleşmesi ile gördürülebilir.

Görev ve imtiyaz sözleşmesi olsun, telekomünikasyon ruhsatı ve genel izin olsun, kanunda telekomünikasyon hizmeti yürütme yöntemi olan belirlenen kamu hizmeti görme yöntemlerinin “kamu hukuku rejimine tabi yöntemler” olduğu kuşkusuzdur. Kamu hukuku rejimine tabi kamu hizmeti görme yöntemleri için ise, idarenin her zaman, kamu yararı gerektirdiğinde tek yanlı değişiklik yapma, hizmetin görülme şartlarını yenileme, feshetme gibi yetkileri bulunduğu ileri sürülerek Türk Telekom'un yabancılara satışı halinde de milli yarar ve güvenliğin korunmasının mümkün olduğu savunulmaktadır. Ancak uygulama, kamu hukukundan kaynaklanan güvencenin sanıldığı gibi olmadığını, mevcut düzenlemenin de yeterli olmadığını çok açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

406 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinde mobil telekomünikasyon, data ve Türk Telekomünikasyon Kurumu'nun belirleyeceği diğer hizmet ve alt yapı işletmecileri için zorunlu roaming öngörülmüştür, “aynı alandaki diğer işletmecilerin müşterilerine ait ekipmanların

kendi telekomünikasyon sistemleri üzerinden de çalışabilmesine izin verilmesi” olarak tanımlanan roaming'in herhangi bir işletmeci hakkında zorunlu olabilmesi için, bu roaming talebinin “makul, ekonomik açıdan orantılı ve teknik açıdan mümkün olması” gerekmektedir.

Roaming konusunda işletmecilerin ruhsat taleplerini karşılamakla yükümlü oldukları (zorunlu roaming) belirtilmekle birlikte bu talebin karşılanmaması durumunda ne olacağı konusunda açık bir hüküm yoktur, yani Telekomünikasyon Kurumuna yaptırım uygulama gibi açık bir yetki verilmemiştir.

Yasal bir yetki bulunmadığından ancak imtiyaz sözleşmesindeki yaptırımlara başvurulabilecektir. İmtiyaz sahibine uygulanacak yaptırımlar imtiyaz sözleşmesinde öngörülmektedir. Üç tür yaptırım söz konusudur.

- Parasal Yaptırımlar: Sözleşmede imtiyaz sahibinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda uygulanacak parasal yaptırımlar öngörülebilir.

- El Koyma: İmtiyaz sahibinin kamu hizmetinin görülmesini aksatması halinde idarenin geçici olarak imtiyaz sahibinin yerini alarak hizmeti sürdürmesidir. Bu geçici bir durumdur.

- İmtiyazın düşürülmesi: İmtiyaz işlemine son verilmesi anlamına gelmektedir. Sözleşmede bu yetkinin idareye verilmesi hali dışında imtiyazın düşürülmesine yargıç karar verir.

Ancak bu yaptırımların uygulanması sanıldığı kadar kolay değildir. Çünkü imtiyaz sözleşmelerine bu sözleşmeden doğacak ihtilafların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi yolunda hükümler konulmakta, haklı ve yasal istekler karşısında (zorunlu roaming) dahi milletlerarası tahkim yoluna başvurulmaktadır.

Nitekim, “Türkiye'deki GSM 900 ve 1800 Şebeke Operatörleri Arasında Makul, Ekonomik Açıdan Orantılı ve Teknik Açıdan Uygulanabilir Bir Ulusal Roaming Sözleşmesi Gerçekleştirmek İçin Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Belirlenen Hüküm ve Şartlar” adlı düzenlemenin iptali için, Telsim ve Türkcell Anonim şirketleri tarafından; Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Milletlerarası Tahkim Mahkemesinde Ulaştırma Bakanlığı ve Telekomünikasyon Kurumu aleyhine 2001 yılında davalar açılmıştır (ICC - 11871/DB/EC; ICC - 11867/DK).

Tahkim Mahkemesi Telsim tarafından açılan davada (11871/ DB/EC) 27 Mayıs 2003 tarihinde verdiği kararında;

- “Türkiye'deki GSM 900 ve 1800 Şebeke Operatörleri Arasında Makul, Ekonomik Açıdan Orantılı ve Teknik açıdan Uygulanabilir Bir Ulusal Roaming Sözleşmesi gerçekleştirmek için Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Belirlenen Hüküm ve Şartlar” başlıklı belgedeki hükümlerin Lisans sözleşmesine aykırı olmadığına,

- Davalıların Davacı ve İş - Tim (diğer işletmeci) arasında yapılacak roaming sözleşmesine müdahalelerinin hukuka aykırı olup olmadığı konusunda Heyet'in görevsiz olduğuna,

karar vermiştir. Karar'ın incelenmesinden de anlaşılacağı üzere aradan iki yıl gibi bir süre geçmiş ancak uyuşmazlık bütün yönleri ile çözüme kavuşturulamamıştır. Kaldı ki, Tahkim Mahkemesinin kararı aleyhine de genel mahkemede iptal davası açılması mümkün bulunmaktadır. Nitekim davacı tarafça iptal davası yoluna gidildiği de edinilen bilgiler arasındadır.

Görüldüğü üzere imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan yaptırımların uygulanarak sonuca ulaşılması sanıldığı kadar kolay değildir.

Diğer taraftan, 5189 sayılı Kanunun 2 nci maddesiyle 406 sayılı Kanunun ek 17 nci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “devamı süresince tekel mahiyetinin yaratabileceği sakıncalar da dahil” ve ikinci cümlesinde yer alan “yeni şirketler kurulması veya kurulu bulunan şirketlere iştirak edilmesi, uluslararası telekomünikasyon birliklerine katılınması veya uluslararası anlaşmalara taraf olunması” ibarelerinin çıkarıldığından, milli yararların korunması amacıyla “oluşturulan “imtiyazlı hisseye”; şirketin yönetimi ve faaliyetleri üzerinde tanınan denetim ve kontrol yetkisi sınırlandırılmıştır. Kaldı ki sınırlandırılmamış dahi olsa, imtiyazlı hisse yoluyla milli yararların korunması da mümkün görülmemektedir. Nitekim, Avrupa Birliği Komisyonu, “altın hisse” uygulamasını sermayenin serbest dolaşımını ve rekabeti engellediği gerekçesiyle, Telecom Italia'daki ve İtalyan petrol şirketi ENİ'deki “altın hisse” kuralını Avrupa Adalet Divanı'na götürmüş ve davayı kazanmıştır. Aynı konudaki üç davada Adalet Divanı'nda sürmektedir.

Diğer taraftan yabancıların her an kendi devletlerinin himayesinde olduğu dikkate alındığında yaptırım uygulaması yoluna gidilmesinin devletlerarası çetin sorunları davet etmesi de kaçınılmazdır. Kaldı ki önceden önleme olanağı varken, sonuçta bu denli sorunlarla yüklü bir yola girmek, mantıkla da bağdaşmaz (Anym. 07.07.1994, E.1994/49, K.1994/45 - 2).

Açıklanan nedenlerle, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Ek 17 nci maddesinin üçüncü fıkrasını madde metninden çıkaran 5189 sayılı Kanunun 2 nci maddesindeki “ile aynı maddenin üçüncü fıkrası” ibaresi, Anayasanın “Başlangıç” kısmının ikinci ve beşinci paragraflarına ve Anayasanın 2 nci, 5 inci, 11 inci ve 153 üncü maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

3) 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin değiştirdiği 406 sayılı Kanunun Ek Madde 29'unun ikinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasaya Aykırılığı.

İptali istenilen bu hüküm ile, 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Kanunun 01.08.2003 tarihli ve 4971 sayılı Kanun ile değiştirilen 22 nci maddesine “atıfta” bulunmaktadır. Ancak söz konusu değişik 22 nci maddenin ikinci fıkrasının birinci, ikinci ve üçüncü cümleleri ile altıncı fıkrasının birinci cümlesindeki; “ikinci fıkra uyarınca atandıkları târihi izleyen aybaşından geçerli olmak üzere üç yıl süre ile” ibaresi Anayasaya aykırıdır. Şöyle ki:

a) 4971 Sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin değiştirdiği 4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

Söz konusu maddenin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) Sayılı Cetvele tabi personelle ilgili özel bir düzenleme yer aldığından, birinci ve ikinci cümlelerdeki düzenleme esas olarak 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (II) Sayılı Cetvele tabi personeli ilgilendirmektedir. Bu düzenleme çerçevesinde, önceki kurumunda kazanılmış hak aylık derecesi 3 üncü derecenin 1 inci

kademesi olan bir II nci Müdür veya Şef, 3 üncü dereceli, unvansız, düz bir memur kadrosuna atanabilecektir

Birinci ve ikinci cümlelerde yer alan hükümlerle Devlet Personel Başkanlığına, personelin nakledileceği kadroların tespiti konusunda kapsamı, sınırları, koşulları belirlenmeden, mutlak bir yetki verilmektedir.

Kanunla getirilen tek koşul, teklif edilen kadronun kazanılmış hak aylık derecesinden aşağı olmaması, koşuludur. Oysa, ataması yapılacak memurun statüsü ve görev unvanı, kazanılmış hak aylığı kadar önemlidir.

Söz konusu düzenlemeyle personelin nakledileceği kadronun saptanmasında, Devlet Personel Başkanlığına, yasama organınca kullanılması gereken bir yetki verilmiştir. Oysa Anayasanın 128 inci maddesinin ikinci fıkrasında, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir, hükmü yer almaktadır.

Bu hükme rağmen anılan personelin özlük işlerine ilişkin düzenlemeleri yapmak üzere Devlet Personel Başkanlığına yetki verilmesi, Anayasanın 128 inci maddesine aykırıdır. Böyle bir yetkilendirme ayrıca Anayasanın 7 nci maddesine aykırı olarak, yasama yetkisinin yürütmeye devredilmesi anlamını da taşır.

Anayasanın Başlangıcının dördüncü paragrafında, “kuvvetler ayrımı”nın devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve yasalarda bulunduğu; 6 ncı maddesinde, kayıtsız şartsız milletin olan egemenlik hakkının, Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili kılınan organlar eliyle kullanılacağı; 7 nci maddesinde, yasama yetkisinin, Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinde olduğu, bu yetkinin devredilemeyeceği; 8 inci maddesinde, yürütme yetkisinin ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa ve yasalara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği yazılıdır.

Bu hükümler kural olarak, Anayasada gösterilen ayrık haller dışında yürütmenin asli düzenleme yetkisi bulunmadığını göstermektedir.

Buna karşın Devlet Personel Başkanlığına verilen yetki asli bir düzenleme yetkisi niteliğini taşımaktadır. Anayasanın 7 nci maddesine aykırı bir nitelik taşıyan bu yetkilendirme, kökenini Anayasadan almadığı için Anayasanın 6 ncı maddesi ile de uyumsuzdur.

Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasanın bulunduğu bilinci olan devlettir.

Yasama organı, kanunla düzenleme yaparken, Anayasanın 11 inci maddesi gereğince, Anayasanın diğer hükümlerine de uygun hareket etmek zorundadır. Bu bakımdan, Anayasanın çeşitli hükümleriyle çelişen söz konusu düzenleme Anayasanın 11 inci maddesine de aykırıdır.

Sonuç olarak, yukarıda belirtilen nedenlerle, 4971 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin değiştirdiği 4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlesi; Anayasanın Başlangıç'ının dördüncü paragrafındaki kuvvetler ayrımı ilkesine; 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 6 ncı maddesindeki, egemenlik hakkının, Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili kılınan organlar eliyle kullanılacağı kuralına; 7 nci maddesindeki, yasama yetkisinin, Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinde olduğu, bu yetkinin devredilemeyeceği kuralına; 8 inci maddesindeki, idarenin kanuniliği ilkesine; 11 inci maddesindeki Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine ve yasa ile düzenlenmesi gereken fakat yasa ile düzenlenmemiş bir konuda Devlet Personel Başkanlığına asli düzenleme yetkisi verdiği için, Anayasanın 128 inci maddesine aykırıdır.

b) 4971 Sayılı Kanunun 6 ncı Maddesinin Değiştirdiği 4046 sayılı Kanunun 22 nci Maddesinin İkinci Fıkrasının Üçüncü Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

4971 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi ile 4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesinde değişiklik yapılmış olup, yeni düzenleme: “Bu personelden 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) Sayılı Cetveldeki kadrolarda istihdam edilmekte olanlar ile burada sayılan unvanlarla çalışan diğer statülerdeki personelin atama teklifleri araştırmacı unvanlı kadrolara yapılır,” şeklindedir.

Bu düzenlemeye göre, 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki (I) Sayılı Cetvelde yer alan, Genel Müdür; Genel Müdür Yardımcısı; Teftiş Kurulu Başkanı; Kurul Başkanı; Daire Başkanı; Müessese Müdürü; Bölge Müdürü; Fabrika Müdürü; İşletme Müdürü; Şube Müdürü; Müfettiş; Müfettiş Yardımcısı; Bölge Müdür Yardımcısı ve Şube Müdür Yardımcılarının atama teklifleri “Araştırmacı” unvanlı kadrolara yapılacaktır.

Kanun değişikliğinden önceki düzenleme; “Bu bilgilerin Devlet Personel Başkanlığına bildirilmesinden itibaren en geç kırkbeş gün içinde bu Başkanlığın teklifi üzerine ilgili personel, kamu kurum ve kuruluşlarında durumlarına uygun boş kadro ve pozisyonlara atanırlar,” şeklinde idi.

Görüldüğü üzere Kanunun eski hali, personelin durumlarına uygun kadrolara atanmasını gerekli kılarken, yeni düzenleme, farklı düzeydeki görevlilerin tümünün araştırmacı kadrosuna atanmasını öngörmektedir.

4971 sayılı Kanunun yayımı tarihinden itibaren aynı kurumda aynı unvanla çalışan personelden, ataması 4971 sayılı Kanundan önce yapılanların, unvan ve statülerine uygun kadrolarda görevlendirilmesi yasal bir zorunluluk idi. Oysa, ataması 4971 sayılı Kanundan sonra yapılanlar, unvan ve statülerini kaybederek görevlendirileceklerdir.

399 sayılı KHK Eki (I) Sayılı Cetvelde yer alan personelin görev unvanları ile araştırmacı kadro görev unvanı arasında hiçbir benzerlik olmadığı gibi, bu kadrolarla araştırmacı kadrosu arasında ek gösterge ve tazminat oranları bakımından da büyük farklılıklar vardır.

657 sayılı Kanunda araştırmacı unvanlı kadroyla ilgili net bir tanımlama olmamasına karşın, araştırmacı kadrosunun; müsteşar, müsteşar yardımcısı, genel müdür, genel müdür yardımcısı, daire başkanı, bölge müdürü, bölge müdür yardımcısı, şube müdürü, şef gibi

hiyerarşik kademe ve birimlerle ilgisinin olmadığı ve müfettişlik mesleği gibi bir kariyer meslek olmadığı konusunda hiçbir şüphe yoktur.

3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanunda gösterilen hiyerarşik kademe ve birimler arasında araştırmacı unvanı yoktur. Öte yandan, 657 sayılı Kanunun Ek Göstergeleri düzenleyen 43 üncü maddesinde 1 inci derecedeki müfettişlerin ek göstergesi 3600 olarak belirlenmiştir. Yine aynı maddede 1 inci derecedeki Banka Şube Müdürlerinin ek göstergesi 3000 olarak, Daire Başkanlarının ek göstergesi 3600 olarak belirlenmiştir. Buna karşılık, 1 inci derecede araştırmacı kadrosunda görev yapanların ek göstergesi, Genel İdari Hizmetler sınıfında olup da cetvelde sayılanların dışında kalanlar gibi olup, 2200'dür.

Benzer şekilde, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) Sayılı Cetveldeki kadrolarda istihdam edilmekte olan personelin özel hizmet tazminatları ile araştırmacı kadrosunda görev yapanların özel hizmet tazminatları arasında da farklılıklar vardır. Örneğin, Daire Başkanının Özel Hizmet Tazminatı oranı % 200 iken, Araştırmacının Özel Hizmet Tazminatı oranı % 60'dır.

Bu farklılıklar nedeniyle, 4971 sayılı Kanunla değiştirilen söz konusu 22 nci maddenin beşinci ve altıncı fıkrasında yapılan düzenlemeyle araştırmacı kadrosuna atananların eski görev aylıkları ile yeni görev aylıkları arasındaki fark kapanana kadar aradaki farkın, tazminat olarak ödenmesi, ancak fark ödemesine ilişkin tazminat ödemesinin 3 yıl ile sınırlandırılması hükmüne bağlanmıştır.

Anayasanın 128 inci maddesi uyarınca, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerini kanunla düzenlenir.

Yasama organı, kanunla düzenleme yaparken, Anayasanın 11 inci maddesi gereğince, Anayasanın diğer hükümlerine de uygun hareket etmek zorundadır.

Her şeyden önce yasa ile yapılan düzenlemelerde, Anayasanın kanun önünde eşitlik ilkesine, hukuk devleti ilkesine uygun hareket edilmesi ve ilgililerin kazanılmış haklarına dokunulmaması gerekir. Kazanılmış hakların korunması, hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Hukuk devletinde bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması önemli ve temel bir ilkedir.

Anayasada yer alan hukuk devleti ilkesi, Anayasanın temel ilkelerinden biridir. Hukuk devleti; yönetilenlere hukuk güvenliği sağlayan, adaletli bir hukuk sistemine dayanan devlet düzeninin adıdır. Hukuka güvenin, kamu düzeninin ve istikrarın korunması da kazanılmış hakların korunması ilkesine bağlılık ile mümkündür.

Kazanılmış haklar, hukuk devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurdur. Kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açan uygulamalar Anayasanın 2 nci maddesinde açıklanan “Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir.” hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi, toplumsal kararlılığı ve hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez.

Söz konusu düzenleme kazanılmış hakları yeterince korumadığı için hukuk devleti ilkesine aykırı bir nitelik taşımaktadır; ayrıca nitelik ve kazanılmış haklardan doğan farklılıkları



gözetmeden “araştırmacı” kadrosuna atama yapılmasına imkan tanınması kanun önünde eşitlik ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 4971 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin değiştirdiği 4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesi, Anayasanın 10 uncu maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesine, 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine ve Anayasanın 11 inci maddesindeki Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine aykırıdır.

c) 4971 Sayılı Kanunun 6 ncı Maddesinin Değiştirdiği 4046 sayılı Kanunun 22 nci Maddesinin Altıncı Fıkrasının Birinci Cümlesindeki; “ikinci fıkra uyarınca atandıkları tarihi izleyen aybaşından geçerli olmak üzere üç yıl süre ile” ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

4971 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin değiştirdiği 4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin altıncı fıkrasının birinci cümlesindeki “ikinci fıkra uyarınca atandıkları tarihi izleyen aybaşından geçerli olmak üzere üç yıl süre ile” İbaresıyla, başka kamu kurumlarına nakledilen personelin eski kadrolarına ait haklarının üç yıl süre ile sınırlı olmak üzere saklı tutulması öngörülmektedir.

4971 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce yürürlükte olan hükümlere göre, bu personelin hakları şahıslarına bağlı olarak atandıkları görevlerde kaldıkları sürece saklı tutulmakta idi.

4971 sayılı Kanunun bu düzenlemesine göre, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (I) sayılı cetvelde belirtilen personelin, eski kadrolarına ait aylık, ek gösterge, zam, özel hizmet tazminatı, makam tazminatı, temsil tazminatı ve görev tazminatı gibi hakları atandıkları tarihi izleyen aybaşından geçerli olmak üzere üç yıl süre ile şahıslarına bağlı olarak saklı tutulacak; üç yıl sonra ise, araştırmacı kadrosunun hakları geçerli olacaktır.

Anayasada yer alan hukuk devleti ilkesi, Anayasanın temel ilkelerinden biridir. Hukuk devleti; yönetilenlere hukuk güvenliği sağlayan, adaletli bir hukuk sistemine dayanan devlet düzeninin adıdır. Hukuka güvenin, kamu düzeninin ve istikrarın korunması da kazanılmış hakların korunması ilkesine bağlılık ile mümkündür.

Kazanılmış haklar hukuk devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurlarındandır. Kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açan uygulamalar Anayasanın 2 nci maddesinde açıklanan “Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir” hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi, toplumsal kararlılığı hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez.

4971 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin değiştirdiği 4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin altıncı fıkrasının birinci cümlesindeki “ikinci fıkra uyarınca atandıkları tarihi izleyen aybaşından geçerli olmak üzere üç yıl süre ile” ibaresi; kazanılmış hakların korunmasına süre sınırlaması getirdiğinden, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın bağlayıcılığı ilkesini ifade eden Anayasanın 11 inci maddesi ile bağdaşmayacağı da açıktır. Yukarıda açıklanan nedenlerle, Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerine de aykırıdır.

5189 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi ile değiştirilen 406 sayılı Kanunun Ek Madde 29'unun iptali istenilen ikinci fıkrasının birinci cümlesinde 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Kanunun 01.08.2003 tarihli ve 4971 sayılı Kanun ile değiştirilen 22 nci maddesine ve

dolayısıyla yukarıda açıklanan Anayasaya aykırı olan hükümlerine “atıfta” bulunularak bu hükümlerin uygulanması istenilmektedir. Anayasaya aykırı bir hükmün uygulanması, Anayasanın 2 nci maddesindeki “hukuk devleti” ilkesi ile 11 inci maddesindeki “Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı” ilkesi ile bağdaşmayacağından söz konusu birinci cümlelerin iptali gerekmektedir.

4) 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 5 nci maddesinin 406 sayılı Kanuna eklediği Ek Madde 33’ün dördüncü fıkrasının birinci cümlesindeki “ve aleyhe” ibaresinin Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 48 inci maddelerine Aykırılığı.

5189 sayılı Kanunun 5 inci maddesi ile 406 sayılı Kanuna eklenen “Ek Madde 33” hükmü ile, Türksat Uydu Haberleşme ve İşletme Anonim Şirketi (Türksat A.Ş.) kurulması ve kurulan bu şirkete, faaliyete geçmesini müteakip iki ay içerisinde, Türk Telekom’un; uydu hizmetlerine ilişkin her türlü sözleşmeleri ve kredi anlaşmaları ile hak, alacak ve borçları, leh ve aleyhe açılmış ve açılacak olan davalar ve icra takiplerinin, İntelsat, ICO ve Inmarsat şirketlerindeki tüm hisselerinin, bütün hak, borç, alacak ve yetkileri ile birlikte yapılacak protokoller ile devredilmesi öngörülmüştür.

Türksat A.Ş. ile yapılan devir protokolleri, Borçlar Kanununun 173 üncü maddesinin buyruğu karşısında Türk Telekom’u borçlarından kurtarmayacağı gibi, üçüncü şahıs gerçek veya tüzelkişileri de hukuken ilzam etmeyen bu harici ilişki yani Türk Telekom ile Türksat A.Ş. arasındaki ilişki, onların da devir alanları “borcun nakli müteahhidi” olarak tanımalarına geçerli bir neden olamaz. Borcun naklinin asıl borçluyu borç ilişkisinden çıkarması için, borcun iç yüklenilmesi (borçtan kurtarma vaadi) yanında ayrıca borcun dış yüklenilmesinin de gerçekleşmesi gerekir. Borcun dış yüklenilmesinde üçüncü şahsın icabının alacaklı tarafından kabulü açık veya zımni olabilir. Ancak, söz konusu maddede; borcun üçüncü şahıs Türksat A.Ş. tarafından üstlenilerek asıl borçlu Türk Telekom’un borç ilişkisinden çıkmasına yönelik alacaklıların olurlarının alınacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır.

Diğer taraftan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 186 nci maddesi hükmüne göre, “müddeabihin temliki” mümkündür. Yani Türk Telekom davacı olduğu veya alacaklı sıfatı ile başlattığı icra takiplerine ilişkin hak ve alacaklarını Türksat A.Ş.’ne devredebilir. Ancak bir davaya ıslah suretiyle de olsa hasım ilave edilmesi veya davadaki “davalının değiştirilmesi” mümkün değildir. İcra takibinde Türksat A.Ş., Türk Telekom’un borçlarına “müşterek ve müteselsil borçlu ve kefil” olabilir ancak bu kefalet Türk Telekom’u borçtan ber’i kılmaz.

Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasanın bulunduğu bilinci olan devlettir.

Borçlar Kanununun ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun değinilen hükümleri ortada iken Türk Telekom aleyhine açılmış dava ve icra takiplerinin Türksat A.Ş.’ne devredilmesi hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz.

Anayasanın 48 inci maddesiyle düzenlenen sözleşme özgürlüğü temel hak ve özgürlüklerdendir. Bu kural Anayasanın Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler bölümünde

yer almıştır. Bu maddede de düzenlenen özel teşebbüs özgürlüğü hem gerçek kişilere tek tek ve toplu olarak hem de tüzel kişilere tanınmıştır. Türk Telekom aleyhine açılmış dava ve icra takiplerinin Türksat A.Ş.'ne devredilmesi; sözleşme hürriyeti bağlamında Türk Telekom A.Ş. ile alacak - borç ilişkisine giren gerçek ve tüzel kişilerin tarafı oldukları sözleşmelerin karşı tarafını kanun hükmü ile değiştirme anlamına gelecektir ki, böyle bir düzenleme de Anayasanın sözleşme hürriyetini düzenleyen 48 inci maddesine de aykırılık teşkil edecektir. Anayasanın bir kuralına aykırı hükmün Anayasanın 11 inci maddesindeki “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” ilkeleriyle bağdaşması da mümkün olmadığından söz konusu düzenleme, Anayasanın bu maddesine de aykırıdır

Bu nedenle, 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 5 inci maddesi ile 406 sayılı Kanuna eklenen Ek Madde 33'ün dördüncü fıkrasındaki “ve aleyhe” ibaresinin Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 48 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

5) 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin 406 sayılı Kanuna eklediği Geçici Madde 8'in birinci ve üçüncü fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

13.07.1953 tarih ve 6145 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesi Kuruluş Kanunun 17 nci maddesi ile kurulan “PTT Mensupları Mütessesil Kefalet Sandığı”; PTT Genel Müdürlüğünün, PTT ve Türk Telekomünikasyon A.Ş. olarak iki ayrı kuruluşa dönüştürülmesinden sonra, 27.01.2000 tarih ve 4502 sayılı Kanunun 13 üncü maddesiyle 04.02.1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununa eklenen Ek madde 24 hükmü ile infisah ettirilmiş ve hak ve yükümlülüklerinin devamını sağlamak üzere, “PTT Personeli Mütessesil Kefalet Sandığı” ve “Türk Telekom Personeli Mütessesil Kefalet Sandığı” adı altında iki müstakil sandık kurulmuş, bunlardan PTT Personeli Mütessesil Kefalet Sandığı da, 02.06.1934 tarihli ve 2489 sayılı Kefalet Kanununda belirtilen hükümlere tabi tutulmuştur.

2489 sayılı Kefalet Kanununun Muvakkat 1 inci maddesinde, tasfiyenin ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Bu maddenin A, B ve C fıkraları hükmü şöyledir:

“MUVAKKAT MADDE 1 - A - Tasfiye mebdei: Bu kanunun neşrinden sonra ilk tanzim edilecek bilanço senesinin son günüdür. Bu tarihe kadar hangi daireye (Hususi idareler ve belediyeler dahil) ait olursa olsun kefaletle bağlı memur ve müstahdemlerin aidatlarını almağa ve katiyet kesbederek ibraz edilen ilamlardaki paraları ödemeğe Sandık mecburdur. Bilançodan sonra ibraz edilen ve bu kanun dışındaki daire ve müesseseler lehine olan ilamların muhtevası, tefrik edilen hisselerden verilmek üzere alakadar dairelerden aranır.

B- Birinci fıkrada yazılı alacaklar alındıktan ve borçlar da verildikten sonra bilançoda kalan miktar; bu kanunun dışında kalan daire ve müesseselerin memur ve müstahdemlerinin son bilanço tarihinde alacaklı bulundukları miktarlara göre tevzi edilir. Ancak hususi idareler ile belediye memurlarına tevzii lazım gelen paralar kendilerine verilmeyerek alakadarların hakları mahfuz kalmak şartıyla Dahiliye Vekaletince bu idareler ve belediyeler sandıklarına iptidai sermaye olarak tahsis olunur. Bu memurların isimleriyle bilançodaki bakiye alacaklarını ve bilançodaki sermayeden hisselerine düşen miktarlarını ihtiva eden birer cetvel cüzdanlarıyla daire ve müesseseler üzerine tanzim edilir. Bu cetvellerle birlikte her cetvele isabet eden bakiye nakit, ayrılan daire ve müesseselerin bağlı bulundukları vekalet ve idare emrine milli bankalardan birisine bilanço tarihinden en çok on beş gün sonra yatırılır.

C- (A) fıkrasındaki bilançodan evvel Sandıktan ödenip de alakadar zimmetlilerden henüz istifa edilemeyen alacaklardan tahsilat vuku buldukça yukarıda ki fıkra yazılı daire ve müesseselere tasfiyedeki hisseleri nispetinde taksim edilir.”

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere; PTT Personeli Müteselsil Kefalet Sandığı'nın alacakları tahsil edilip borçları ödendikten sonra kalan miktarın, hiçbir kesintiye tabi tutulmaksızın tamamının bu kanunun dışında kalan daire ve müesseselerin memur ve müstahdemlerinin son bilanço tarihinde alacaklı bulundukları miktarlara göre tevzi edilmesi öngörülmüştür.

2489 sayılı Kefalet Kanununun yukarıda açıklanan “Muvakkat Madde 1” hükmünün Sandık mensupları için “kazanılmış hak” teşkil ettiği kuşkusuzdur.

Kazanılmış hakların korunması, hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Hukuk devletinde bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması önemli ve temel bir ilkedir.

Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında belirtildiği üzere “... (Hukuk devletinin temel unsuru bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır.) Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasaya uyan bir devlet olmak gerekir. Hukuk devletinde kanun koyucu organ da dâhil olmak üzere, devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir hâkimiyeti haiz olması, kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması lâzımdır. Zira kanunun da üstünde kanun koyucunun bozamayacağı temel hukuk prensipleri ve Anayasa vardır.

Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması, kazanılmış haklara saygı duyulmasını gerektirir” (Anym. 03.07.1986 tarih ve E. 1986/3, K.1986/15).

PTT Personeli Müteselsil Kefalet Sandığı'nın mevcudundan % 70'inin PTT Genel Müdürlüğüne ilişkin çeşitli harcamalar için ayrılmasını ve geriye kalan % 30'unun ise, Genel Bütçeye gelir kaydedilmesini öngören 5189 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi ile 406 sayılı Kanuna eklenen Geçici madde 8'in üçüncü fıkrası; Sandık mensuplarının kazanılmış haklarını ihlal ettiğinden “hukuk devleti” ilkesi ile bağdaşmayacağından, Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olup iptali gerekmektedir.

Diğer taraftan Anayasanın 35 inci maddesinde, mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır. Esas itibariyle Sandık sermayesinin kefalete tabi görevlerde çalışan personelin maaş ve ücretinden kesilen giriş aidatı ile aylık aidatlar ve diğer kesintilerden oluştuğu, PTT ile Hazine'nin katkı ve sermayesinin olmadığı açıkken Sandığın nakit mevcudunun büyük bölümünün PTT Genel Müdürlüğü ile Genel Bütçe arasında % 70 ve % 30 oranlarında pay edilmesinde kamu yararı bulunduğunu söylemek mümkün değildir.

Yine mal ve mülk edinme hürriyeti, insan haklarının en önemlilerinden biridir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 17 nci maddesiyle bu hakkı açıkladıktan sonra hiç kimsenin keyfi olarak mal ve mülkünden yoksun edilemeyeceğini ilân etmiştir. Bunun gibi devletimizin de 6366 sayılı Kanunla katıldığı İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesine ek Protokolün 1 inci maddesinde her gerçek veya tüzel kişinin mallarının dokunulmazlığına riayet edilmesi hakkına sahip olduğu, herhangi bir kimsenin ancak kamu yararına olarak kanunun

öngördüğü şartlar ve devletler hukukunun genel prensipleri içinde mülkünden yoksun edilebileceği açıklanmıştır.

İptali istenilen Geçici madde 8'in üçüncü fıkrası bu hükümlerle karşılaştırılarak incelendiği zaman bu hükmün kamu yararına olarak geleceği düzenleyici, mücerret şahsi olmayan, genel hukuk kuralları koymadığı, aksine olarak yayımlanmasından önce kazanılmış hakları ortadan kaldıran adeta özel bir müsadere hükmü koyduğu açıkça görülmektedir. Bu nedenle söz konusu hüküm, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesine ek Protokolün 1 inci maddesine ve Anayasanın 35 inci maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasaya aykırı bir hüküm, Anayasanın 11 inci maddesindeki "Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" ilkesi ile bağdaşmadığı gibi usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaya ve dolayısıyla "Ahde vefa" ilkesine aykırı olduğu için de Anayasanın 90 inci maddesine aykırılık teşkil edecektir.

Geçici madde 8'in üçüncü fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 35 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi gerekmektedir.

Geçici madde 8'in birinci fıkrasında ise PTT Genel Müdürlüğü Yönetim Kuruluna düzenleme yetkisi verildiği görülmektedir. Bu düzenlemenin esasları ile ilgili hususlar kısmen üçüncü fıkra ve yukarıda açıklandığı gibi Anayasaya aykırı bir biçimde gösterilmiştir. Kuşkusuz üçüncü fıkra yer alan Anayasaya aykırı hususlar birinci fıkra yer alan düzenleme yetkisini de etkileyecektir. Diğer yandan geçici madde 8 de, PTT Genel Müdürlüğü Yönetim Kuruluna üçüncü fıkra dışındaki alanlarda Anayasanın 6, 7 ve 8 inci maddelerine aykırı bir biçimde asli düzenleme yetkisinin devredildiği görülmektedir. Anayasaya aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti, 11 inci maddesinde ifade edilen Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle bağdaşması da beklenemez.

Açıklanan nedenlerle Geçici madde 8'in iptali istenilen üçüncü fıkrası yanında birinci fıkrasının da, Anayasanın 2, 6, 7, 8 ve 11 inci maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali gerekmektedir.

6) 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin (d) bendinin Anayasaya Aykırılığı.

5189 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin (d) bendi ile, 24.11.1994 tarihli 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 37 nci maddesinin (a) bendinde yer alan, "ve limanların, mülkiyetin devri dışındaki yöntemlerle özelleştirilmelerinden Türk uyruklu gerçek ve tüzel kişiler yararlanabilir" ibaresi ile aynı bendin son cümlesi olan "Bu haktan yararlanabilecek şirketin Türk Ticaret Siciline tescil edilmiş olması, yabancı sermaye payının % 49'u geçmemesi, idare ve temsil etmeye yetkili olanların ekseriyetinin Türk vatandaşı olması ve şirket ana sözleşmesine göre oy ekseriyetinin Türk vatandaşlarında bulunması zorunludur"

cümlesi yürürlükten kaldırılmaktadır.

Yapılan bu düzenleme ile limanların mülkiyetin devri dışındaki yöntemlerle özelleştirilmesi yabancılara açılmaktadır. Yukarıda da (1) numaralı başlık altında açıklandığı üzere, Anayasa Mahkemesinin 07.07.1994 tarih ve E.1994/49, K.1994/45-2 sayılı kararında,

‘Telekomünikasyon, elektrik üretim, iletim ve dağıtım gibi stratejik önemi olan alanlara yabancıların girmesinin ötesinde egemen olması, güvenlik, bağımsızlık ve ekonomik yönlerden çok sakıncalı olabilir. Çünkü, bu tür kamu hizmetleri ülke güvenliği ile çok yakından ilgilidir.’ denilmiştir. Limanların da “stratejik alan”lardan olduğu kuşkusuzdur. Bir ülkedeki limanların, ulusal savunma ve ulusal güvenlik ile ilişkisi düşünüldüğünde bunları yabancılara bırakma sonucunu verebilecek bir düzenlemenin, ülke savunması bakımından yaratacağı sakıncaları ayrıntılı biçimde belirtmeye herhalde gerek yoktur.

Bu bakımdan söz konusu 12 nci maddenin (d) bendinde yer alan düzenlemenin Anayasanın 5 inci maddesinde Devlete verilen görevlerle ve Anayasanın başlangıç kısmının 2 ve 5 inci paragraflarında dile getirilen ilkelerle ve Anayasa Mahkemesinin çeşitli tarihlerde verdiği kararlarda vurguladığı özelleştirmelerde ulusal çıkarların gözetilmesinin gerekliliği ile bağdaştırılması mümkün değildir. Halbuki Anayasanın 153 üncü maddesi, Anayasa Mahkemesinin kararlarının bağlayıcılığı ilkesini ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarına aykırı bir düzenleme Anayasanın 153 üncü maddesi ile bağdaşmayacaktır.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin ise, Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen “hukuk devleti”, 11 inci maddesinde ifade edilen “Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı” ilkeleri ile çelişeceği de açıktır.

Açıklanan nedenlerle 5189 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin (d) bendi, Anayasanın “Başlangıç” kısmına, 2 nci, 5 inci, 11 inci ve 153 üncü maddelerine (aykırıdır ve iptali gerekmektedir).

#### IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan kararlarında;

(1) “Telekomünikasyon, elektrik üretim, iletim ve dağıtım gibi stratejik önemi olan alanlara yabancıların girmesinin ötesinde egemen olması, güvenlik, bağımsızlık ve ekonomik yönlerden çok sakıncalı olabilir. Çünkü, bu tür kamu hizmetleri ülke güvenliği ile çok yakından ilgilidir.”,

(2) “Devlete kaynak sağlamak amacıyla hukuksal ilkelerin yıpranıp yıkılmasına duyarsız kalınmaz. Gelir elde edilmesi amacıyla hukuk devleti niteliklerinden vazgeçilemez.”,

(3) “Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı bularak kapatmış olduğu yabancılara taşınmaz mal satışı yolu, bu konuda dolaylı olarak yeniden açılmış olacaktır ki, bu da Anayasa Mahkemesi kararlarını etkisiz kılma anlamına gelir. Bu kararlar ve karşılıklılık ilkesi gözetilmeden yapılacak özelleştirme Anayasaya aykırı olur”,

(4) Yabancıların temel hak ve özgürlüklerin kimilerinden yurttaşlar gibi yararlandırılmamasının, bu hakların kimi sınırlama ya da kısıtlamalara bağlı tutulmasının nedenlerini, Devlet'i korumak, onun sürekliliğini sağlamak gibi düşüncelerde aramak gerekir.”

(5) Özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemeye, dolayısıyla bireyleri ve toplumu korumaya yönelik kuralların bulunması zorunludur”

denilmiş olmasına karşın, Anayasa kuralları ve Anayasa Mahkemesinin bu kararları hiç dikkate alınmayarak 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 2 nci maddesiyle 04.02.1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Ek 17 nci maddesinin üçüncü fıkrası, yürürlükten kaldırılmış ülke savunmasını, güvenliğini, ekonomisini, sosyal yaşamını etkileyen ve bu nedenle ülkenin bağımsızlığını doğrudan ilgilendiren çok stratejik bir kuruluş olan Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketinin; uluslararası tekellerin eline tam anlamıyla geçmesinin önü de açılmıştır. Böylece Anayasaya açıkça aykırı olan ve iptalleri istenilen 16.06.2004 tarih, ve 5189 sayılı Kanunun 2 nci maddesindeki “devamı süresince tekel mahiyetinin yaratabileceği sakıncalar da dahil” ibaresinin, 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 2 nci maddesindeki “ile aynı maddenin üçüncü fıkrası” ibaresinin, 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin değiştirdiği 406 sayılı Kanunun Ek madde 29'unun ikinci fıkrasının birinci cümlesi, 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin 406 Sayılı Kanuna eklediği Ek Madde 33'ün dördüncü fıkrasının birinci cümlesindeki “ve aleyhe” ibaresi, 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin 406 sayılı Kanuna eklediği Geçici Madde 8'in birinci ve üçüncü fıkralarının, 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin (d) bendinin uygulanması halinde ileride “giderilmesi güç yada olanaksız” durum ve zararlar doğacağından, verilebilecek iptal kararı da sonuçsuz kalacaktır. Bu nedenle, iptal davası sonuçlanıncaya kadar söz konusu hükümlerin yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

#### V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle;

1) 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 2 nci maddesindeki “devamı süresince tekel mahiyetinin yaratabileceği sakıncalar da dahil” ibaresinin, Anayasanın 2, 11 ve 167 nci maddelerine aykırı olduğundan iptaline,

2) 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 2 nci maddesindeki “ile aynı maddenin üçüncü fıkrası” ibaresinin, Anayasanın “Başlangıç” kısmının ikinci ve beşinci paragraflarına ve Anayasanın 2, 5, 11 ve 153 üncü maddelerine aykırı olduğundan iptaline,

3) 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin değiştirdiği 406 sayılı Kanunun Ek Madde 29'unun ikinci fıkrasının birinci cümlesinin, Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan iptaline,

4) 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin 406 sayılı Kanuna eklediği Ek Madde 33'ün dördüncü fıkrasının birinci cümlesindeki “ve aleyhe” ibaresinin, Anayasanın 2, 11 ve 48 inci maddelerine aykırı olduğundan iptaline,

5) 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin 406 sayılı Kanuna eklediği Geçici Madde 8'in birinci ve üçüncü fıkralarının, Anayasanın 2, 6, 7, 8, 11, 35 ve 90 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptaline,

**Esas Sayısı : 2004/68**  
**Karar Sayısı : 2005/104**

6) 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin (d) bendinin, Anayasanın “Başlangıç” kısmına, 2, 5, 11 ve 153 üncü maddelerine aykırı olduğundan iptaline,

ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.””