

"...

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

III. GEREKÇE

1) 05.11.2008 Tarihli ve 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 6 ncı Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (a) Bendinin 'bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek' Tümcisinin Anayasaya Aykırılığı

5809 sayılı Yasanın 'Kurumun görev ve yetkileri' başlıklı 6 ncı maddesinin iptali istenen tümcesi ile; Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na elektronik haberleşme sektöründe; rekabeti tesis etmeye ve korumaya, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesi amacıyla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirme yetkisi verilmiş, ancak yapılan bu düzenlemede; getirilecek yükümlülüklerin neler olduğu ve hangi kriterlere göre hangi durumda hangi yükümlülüklerin uygulanacağı belirtilmemiştir.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun getireceği yükümlülüklerle ilişkin ilkeler konusunda her hangi bir düzenleme yer almadığından, bu konudaki usul ve esasları belirleyen idari bir düzenleme, asli düzenleme yapmış olacaktır. Halbuki Anayasaya göre, Anayasanın gösterdiği ayrık haller dışında, yürütmenin asli düzenleme yetkisi yoktur; yürütme Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacak ve yerine getirilecek bir yetki ve görevdir. Anayasanın 8 inci maddesinde ifade edilmiş olan bu ilke, yürütmenin ancak kanun ile asli olarak düzenlenmiş bir alanda düzenleme yetkisi kullanabileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Anayasanın 7 nci maddesine göre ise, asli düzenleme yetkisi, TBMM'nindir ve devredilemez.'

Anayasa Mahkemesi, 18.06.1985 günlü, E.1985/3, K.1985/8 sayılı kararında, konuyu şöyle belirginleştirmiştir:

'Yasa koyucu, belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare, ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlayacaktır.'

Esasen Anayasanın 8 inci maddesinin, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir, hükmünün anlamı da budur. (Anayasa Mahkemesinin 22.06.1988 tarih E.1987/18, K.1986/23, sayılı kararı, R.G. 26.11.1988, sa. 2001)

Açıklanan nedenlerle, 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 6 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin iptali istenen 'bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek' tümcesi, yürütmenin kanuniliği ilkesine aykırı olarak, yürütmeye asli düzenleme yapmak imkânı tanıdığı için Anayasanın 8 inci maddesine; yasamaya ait olan asli düzenleme yetkisini yürütmeye devrettiği için Anayasanın 7 nci maddesine; böyle bir yetki Anayasaya dayanmadığı için de Anayasanın 6 ncı maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 05.11.2008 Tarihli ve 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 6 ncı Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (d) Bendinin 'uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılincaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak.' Tümcisinin Anayasaya Aykırılığı

5809 sayılı Yasanın 6 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinin iptali hükmü ile, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na; işletmeciler yani yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirketler (5809 sa.K.m.3/1-z) arasında uzlaşma sağlanamadığı takdirde, ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılincaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri alma yetkisi tanınmış, ancak anılan Kurum'un alacağı tedbirlerin (ki bu tedbirler, taraflar arasında aksi kararlaştırılincaya kadar taraf iradeleri yerine geçecektir) neler olacağı, hangi durumlarda hangi tedbirlerin alınacağı konusunda her hangi bir belirleme yapılmamıştır.

Kurum tarafından uzlaşma prosedürünün işletilmiş olmasına karşın, uzlaşmayan tarafların Kurum'un alacağı tedbirlerin aksi üzerinde uzlaşmalarının da zorluğu açık olduğu gibi, Kurum'un alacağı tedbirin taraflardan birisinin lehine olması halinde böyle bir uzlaşmanın imkânsızlığı da ortadadır. Böyle bir durumun, hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmadığı açıktır.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda 'belirlilik' ve 'öngörülebilirlik' gerektirir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur.

Kişî ve kuruluşların devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğü sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde gerçekleştirilebilir.

Dava konusu kural belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özellikleri taşınamaması nedeniyle yasama yetkisinin amacına uygun biçimde kullanılmasına elverişli olmadığı gibi, hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 6 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinin *'uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılincaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak.'* tümcesi Anayasanın 2 nci ve 87 nci maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.

3) 05.11.2008 Tarihli ve 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 6 ncı Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (ı) Bendindeki 'her türlü' İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu iptali istenen kural ile, elektronik haberleşmeyle ilgili olarak, işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi alma yetkisiyle donatılmıştır.

5809 sayılı Yasa'nın 60 ıncı maddesinin (9) numaralı fıkrasında da *'Bu maddenin uygulanmasına ve bu Kanunda öngörülen yükümlülüklerin işletmeciler tarafından yerine getirilmemesi halinde uygulanacak idarî para cezalarına ilişkin hususlar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.'* denilmiştir.

Anayasanın 12 nci maddesinde herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu, temel hak ve hürriyetlerinin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını ihtiva ettiği hükme bağlanmış, 13 üncü maddesinde de temel hak ve hürriyetlerinin özlerine dokunulmaksızın Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği ve bu sınırlamanın Anayasanın sözüne, ruhuna, demokratik toplum düzenine ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Elektronik haberleşmeyle ilgili olarak, işletmecilerin, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin kendilerinden istenen bilgileri vermek zorunluluğuna uymamaları halinde idari para cezası yaptırımına bağlanmış olmasına karşın, istenilecek belge ve bilgilerin kapsamı ya da sınırlarının ne/neler olacağına, başka bir anlatımla, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olan belge ve bilgilerin bu zorunluluk kapsamında bulunup bulunmadığına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş, aksine haberleşme özgürlüğü dikkate alınmaksızın ve yargı kararı olmaksızın Kurum'un ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgenin verilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Dolayısıyla, söz konusu kurum, kuruluş ve kişiler kendilerinden istenildiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğinde olsa bile vermek zorundadırlar.

Bu durumda, 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 6 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasının (1) bendindeki iptali istenen 'her türlü' ibaresi, Anayasanın 12 nci ve 13 üncü maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

4) 05.11.2008 Tarihli ve 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 7 nci Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasının İkinci ve Üçüncü Cümlelerinin Anayasaya Aykırılığı

05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 7 nci maddesinin iptali istenen cümleleri ile, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na; belirleyeceği etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması amacıyla yükümlülükler getirme ve aynı ve/veya farklı pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeciler arasında söz konusu yükümlülükler açısından farklılaştırma yapabilme yetkileri verilmiştir.

Yapılan bu düzenlemede; getirilecek yükümlülüklerin neler olduğu ve hangi kriterlere göre hangi durumda hangi yükümlülüklerin uygulanacağı belirtilmemiştir.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun getireceği yükümlülüklere ilişkin ilkeler konusunda her hangi bir düzenleme yer almadığından, bu konudaki usul ve esasları belirleyen idari bir düzenleme, asli düzenleme yapmış olacaktır.

Bu durumda, yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 7 nci maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin, yürütmenin kanuniliği ilkesine aykırı olarak yürütmeye asli düzenleme yapmak imkânı tanıdığı için Anayasanın 8 inci maddesine; yasamaya ait olan asli düzenleme yetkisini yürütmeye devrettiği için Anayasanın 7 nci maddesine; böyle bir yetki Anayasaya dayanmadığı için de Anayasanın 6 ncı maddesine aykırı olup, iptalleri gerekmektedir.

5) 05.11.2008 Tarihli ve 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 9 uncu Maddesinin (7) Numaralı Fıkrasının 've yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler.' Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

5809 sayılı Yasa'nın (7) numaralı fıkrasında; bu maddenin (6) numaralı fıkrasının (a) bendinde öngörülen hallerde diğer bir anlatımla uydu pozisyonu ile ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin kullanım hakkı ile ilgili olan ihalelerde Ulaştırma Bakanlığının, 08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi olmadığı belirtilmiş ve iptali istenen tümce ile de yapılacak bu tür ihaleye ilişkin usul ve esasların Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından belirleneceği hükmüne bağlanmıştır.

Hukuk devletinin gereklerinden olan ve idarelerin takdir ve yetkisine bırakılan konuların yine idareler tarafından önceden çıkarılan metinlerle düzenlenmesi anlamına gelen hukuk güvenliği ve düzenli idare (idarenin yasallığı) ilkesinin en sıkı uygulanması gereken alanlardan birinin ihaleler olduğu, açıklık, tarafsızlık, rekabet ve uygun bedel ilkelerinin ihalelerde gerçekleştirilmesi için sürecin belirgin olması gerektiği kuşkusuzdur.

İptali istenen kuralla, sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin kullanım hakkı ile ilgili ihale konusunda yürütme organına (Kurum'a); yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olarak genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmiştir.

Anayasaya göre yürütmenin asli düzenleme yetkisi, Anayasanın gösterdiği ayırık haller dışında yoktur. Bu yetki Anayasanın 7 nci maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiştir ve devredilemez. Yürütme, ancak yasayla asli olarak düzenlenmiş alanda kural koyabilir.

Yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme anlamına gelmeyeceğinden, yürütmeye devredilen yetkinin Anayasaya uygun olabilmesi için yasada temel esasların belirlenmesi, sınırların çizilmesi gerekir.

Anayasanın çeşitli maddelerinde yer alan 'kanunla düzenlenir' değıiminden neyin anlaşılması gerektiğı hususuna Anayasa Mahkemesi, kararlarıyla açıklık getirmiştir. Örneğın, 18.06.1985 günlü, E.1985/3, K.1985/8 sayılı kararında, konuyu şöyle belirginleştirmiştir:

'Yasa koyucu, belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare, ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlayacaktır.'

Esasen Anayasanın 8 inci maddesinin, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir, hükmünün anlamı da budur. (Anayasa Mahkemesinin 22.06.1988 tarih E.1987/18, K.1986/23, sayılı kararı, R.G. 26.11.1988, sa. 2001)

Açıklanan nedenlerle, 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 9 uncu maddesinin (7) numaralı fıkrasının 've yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler.' tümcesi, yürütmenin kanuniliğı ilkesine aykırı olarak yürütmeye asli

düzenleme yapmak imkânı tanıdığı için Anayasanın 8 inci maddesine; yasamaya ait olan asli düzenleme yetkisini yürütmeye devrettiği için Anayasanın 7 nci maddesine; böyle bir yetki Anayasaya dayanmadığı için de Anayasanın 6 ncı maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

6) 05.11.2008 Tarihli ve 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 31 inci Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasının 'Bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum herhangi bir yükümlülük altına girmez.' Şeklindeki Son Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5809 sayılı Yasa'nın 31 inci maddesinin (3) numaralı fıkrasında, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na; numara tahsis ve kullanımını koşullara bağlama, kamu düzeni ve millî güvenliğin gerektirdiği durumlar, numara kapasitesi ihtiyacı, üye olunan uluslararası kuruluşların düzenlemeleri veya taraf olunan uluslararası anlaşmalar doğrultusunda veya Kurum düzenlemelerine uygun olarak kullanılmadığı durumlarda tahsisli numaralarda değişiklik yapma ve tahsisli numaraları geri alma yetkisi verilmekte; iptali istenen kural ile de, söz konusu yetkinin kullanılması bağlamında yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum'un herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceği hükme bağlanmaktadır.

Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere Kurum, tahsis ettiği numaralarda tek taraflı olarak değişiklik yapabilecek, tahsisli numarayı geri alabilecek, ancak Kurum bu işlemlerden dolayı herhangi bir yükümlülük altına girmeyecektir.

Böyle bir düzenlemenin 'hukuk devleti' ilkesiyle bağdaşmayacağı kuşkusuzdur.

Anayasanın 2 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bir hukuk kuralının yürürlüğü sırasında bu kurala uygun biçimde tüm sonuçları ile edinilmiş (kazanılmış) hakların korunması da, temel hukuk ilkelerindendir.

Hukuk devleti, <<kazanılmış hak>>ları korumakta duyarlı davranarak hukukun temel ilkelerine bağlılığını kanıtlar.

Hukuk devleti, aynı zamanda bireylerin haksızlıktan korunmasını ve mutluluğunu amaç edinir.

Kurum'un tahsisli numaraları, hukuka aykırı bir işlemle geri alması veya değiştirmesi durumunda tazminle sorumlu olması hukukun temel ilkelerindendir. Ayrıca işletmecilere tahsis edilen numaraların, onların kazanılmış hakları olduğu da yadsınamaz.

Diğer taraftan Anayasanın 125 inci maddesinde 'İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır' hükmüne yer verilmiştir. Anayasa, Türkiye Cumhuriyetinin demokratik bir hukuk devleti olduğunu vurgularken, Devlet içinde tüm kamusal yaşam ve yönetimin yargı denetimine bağlı olmasını amaçlamıştır. Anayasanın 125 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan kural, yönetimin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

İptali istenen kural, 'idarenin işlemlerinin yargısal denetimi' ilkesini zayıflatan bir kural olduğundan Anayasanın 125 inci maddesine de ters düşer.

Açıklanan nedenlerle, Kurum'un herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceğine öngören 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 31 inci maddesinin (3) numaralı fıkrasının 'Bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum herhangi bir yükümlülük altına girmez.' şeklindeki son cümlesi Anayasanın 2 nci ve 125 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

7) 05.11.2008 Tarihli ve 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 36 ncı Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının 'Bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum, herhangi bir yükümlülük altına girmez.' Şeklindeki Son Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5809 sayılı Yasa'nın 36 ncı maddesinin (4) numaralı fıkrasında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na; teknolojik gelişmeler ve Ülkemizin taraf olduğu uluslararası kuruluşların kararları doğrultusunda yapılabilecek yeni planlamalar çerçevesinde, tahsis edilen frekans ve bantlar için Bakanlık ve ilgili kurumlar ile gerekli koordinasyonu sağlama görevi ve Devlet güvenlik ve istihbaratında zafiyet yaratmayacak şekilde iptal dâhil her türlü değişiklik yapma yetkisi verilmiş, iptali istenen kural ile de, bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum'un, herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceği hükme bağlanmıştır.

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, tahsis edilen frekans ve bantlar için Kurum'a tek taraflı olarak iptal dâhil her türlü değişiklik yapma yetkisi verilmiş, buna karşın Kurum'un herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceği öngörülmüştür.

Yukarıda (6) numaralı başlık altında açıklanan nedenlerle 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 36 ncı maddesinin (4) numaralı fıkrasının '*Bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum, herhangi bir yükümlülük altına girmez.*' şeklindeki son cümlesi de Anayasanın 2 nci ve 125 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

8) 05.11.2008 Tarihli ve 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 60 ıncı Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 60 ıncı maddesinin iptali istenen (3) numaralı fıkrasında Kurum'a; kamu hizmetinin gerekleri ve kamu düzeninin korunması amacıyla yönetmelikle önceden belirleyeceği hallerde, işletmecinin faaliyetinin geçici olarak durdurma ya da ihlalin önlenmesi için işletmeciye somut tedbirler uygulama zorunluluğu getirme yetkisi verilmiştir.

Bu kurala göre, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten işletmeci şirketin faaliyetini yönetmelikle önceden belirleyeceği hallerde, geçici olarak durdurabilecek ya da somut tedbirler uygulama zorunluluğu getirebilecek, diğer bir anlatımla işletmecinin çalışma hürriyetini sınırlandırabilecektir.

Anayasanın 48 inci maddesinde '*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*'denilmiştir. 'Çalışma ve sözleşme hürriyeti' Anayasanın 'Temel Haklar ve Ödevler' başlıklı ikinci kısmının 'Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler' bölümünde yer almaktadır.

Anayasanın 'Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması' başlıklı 13 üncü maddesi ise, *'Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.'* hükmüne amirdir.

Bu hükme göre, Anayasanın 48 inci maddesinde öngörülen 'Çalışma ve sözleşme hürriyeti' bu maddedeki nedenlerle ve ancak kanunla sınırlandırılabilir.

Anayasanın çeşitli maddelerinde yer alan 'kanunla düzenlenir' değıiminden neyin anlaşılması gerektiğı hususuna Anayasa Mahkemesi, kararlarıyla açıklık getirmiştir. Örneğın, 18.06.1985 günlü, E.1985/3, K.1985/8 sayılı kararında, konuyu şöyle belirginleştirmiştir:

'Yasa koyucu, belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare, ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlayacaktır.'

İptali istenen kural ile, işletmecilerin çalışma hürriyetlerinin geçici olarak sınırlandırılma nedenleri yönetmeliğe bırakıldığından yapılan bu düzenlemenin Anayasanın 13 üncü ve 48 inci maddelerine aykırı düştüğü çok açıktır.

Açıklanan nedenlerle, 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 60 ıncı maddesinin (3) numaralı fıkrası Anayasanın 13 üncü ve 48 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Temel hak ve özgürlükler ile hukuk güvenliğini zedeleyen, yürütmeye asli düzenleme yetkisi veren ve kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açması muhtemel olan ve Anayasaya açıkça aykırı oldukları gerekçemizde gösterilen iptali istenen kuralların uygulamaları halinde, toplumsal kararlılığı ve hukuksal güvenceyi ortadan kaldırıp belirsizlik ortamına neden olacağından sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların doğabileceğı açıktır.

Öte yandan, anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Esas Sayısı : 2008/115

Karar Sayısı : 2011/86

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun;

1) 6 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin 'bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek' tümcesinin Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 6 ncı maddesinin (1) numaralı Fıkrasının (d) bendinin 'uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak.' tümcesinin Anayasanın 2 nci ve 87 nci maddelerine aykırı olduğundan,

3) 6 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendindeki iptali istenen 'her türlü' ibaresinin, Anayasanın 12 nci ve 13 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

4) 7 nci maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olduğundan,

5) 9 uncu maddesinin (7) numaralı fıkrasının 've yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler.' tümcesinin Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olduğundan,

6) 31 inci maddesinin (3) numaralı fıkrasının 'Bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum herhangi bir yükümlülük altına girmez.' şeklindeki son cümlesinin Anayasanın 2 nci ve 125 inci maddelerine aykırı olduğundan,

7) 36 ncı maddesinin (4) numaralı fıkrasının 'Bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum, herhangi bir yükümlülük altına girmez.' şeklindeki son cümlesinin Anayasanın 2 nci ve 125 inci maddelerine aykırı olduğundan,

8) 60 ıncı maddesinin (3) numaralı fıkrasının Anayasanın 13 üncü ve 48 inci maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine 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."