

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2008/115

Karar Sayısı : 2011/86

Karar Günü : 2.6.2011

R.G. Tarih-Sayı : 17.03.2012-28236

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri Hakkı Suha OKAY, Kemal KILIÇDAROĞLU ile Kemal ANADOL

İPTAL DAVASININ KONUSU: 5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun;

1- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının;

a- (a) bendinin " bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek " bölümünün,

b- (d) bendinin " uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak' bölümünün,

c- (1) bendinde yer alan " her türlü " ibaresinin,

2- 7. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin,

3- 9. maddesinin (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan ' ' ve yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler' ibaresinin,

4- 31. maddesinin (3) numaralı fıkrasının son cümlesinin,

5- 36. maddesinin (4) numaralı fıkrasının son cümlesinin,

6- 60. maddesinin (3) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 12., 13., 48., 87. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun dava konusu bölüm, fıkra ve ibareleri de içeren ilgili madde ve fıkraları şöyledir:

'Kurumun görev ve yetkileri

MADDE 6 - (1) Kurumun görev ve yetkileri şunlardır:

*a) Elektronik haberleşme sektöründe; rekabeti tesis etmeye ve korumaya, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik düzenlemeleri yapmak, **bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek** ve mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak.*

(')

*d) Bu Kanun çerçevesinde gerektiğinde işletmeciler arasında uzlaştırma prosedürünü işletmek, **uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak.***

(')

*ı) Elektronik haberleşmeyle ilgili olarak, işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden ihtiyaç duyacağı **her türlü** bilgi ve belgeyi almak ve gerekli kayıtları tutmak, Bakanlık tarafından elektronik haberleşme sektörüne yönelik strateji ve politikaların belirlenmesinde ihtiyaç duyulanları, talebi üzerine Bakanlığa iletmek.*

Rekabetin sağlanması

*MADDE 7- (3) Kurum, yapacağı pazar analizleri sonucu ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecileri belirleyebilir. **Kurum, etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması amacıyla etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere yükümlülükler getirebilir. Aynı ve/veya farklı pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeciler arasında söz konusu yükümlülükler açısından farklılaştırma yapılabilir.***

Yetkilendirme usulü

*MADDE 9- (7) Kurum, kaynakların etkin kullanımını sağlamak amacıyla Bakanlığın görüşüne başvurarak gerekli tedbirleri alır **ve yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler.** Kurum ve yukarıdaki fıkranın (a) bendinde öngörülen hallerde Bakanlık, kullanım hakkı ile ilgili olan ihalelerde 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi değildir.*

Ulusal numaralandırma planı

*MADDE 31- (3) Kurum, numara tahsis ve kullanımını koşullara bağlayabilir, 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 yapılabilir ve tahsisli numaralar geri alınabilir. **Bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum herhangi bir yükümlülük altına girmez.***

Frekans planlama, tahsis ve tescili

MADDE 36- (4) Teknolojik gelişmeler ve Ülkemizin taraf olduğu uluslararası kuruluşların kararları doğrultusunda yapılabilecek yeni planlamalar çerçevesinde, Kurum, tahsis edilen frekans ve bantlar için Bakanlık ve ilgili kurumlar ile gerekli koordinasyonu sağlar. Kurum, Devlet güvenlik ve istihbaratında zafiyet yaratmayacak şekilde iptal dahil her türlü değişiklik yapabilir. Bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum, herhangi bir yükümlülük altına girmez.

Kurumun yetkisi ve idarî yaptırımlar

MADDE 60- (3) Kurum, kamu hizmetinin gerekleri ve kamu düzeninin korunması amacıyla yönetmelikle önceden belirleyeceği hallerde, işletmecinin faaliyetinin geçici olarak durdurulmasına ya da ihlalin önlenmesi için işletmeciye somut tedbirler uygulama zorunluluğu getirmeye de yetkilidir.'

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 12., 13., 48., 87. ve 125. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 8.1.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine ve yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen yasa kuralları ile dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Genel Açıklama

Toplumsal yaşamda önemli bir yere sahip olan, özellikle kamu hizmeti niteliği taşıyan ve doğal tekel olan ya da gelişen teknolojiyle doğal tekel özellikleri zayıflamış olsa dahi mevcut firmanın hâkim durumunu sürdürebileceği sektörlerin yer aldığı piyasalarda, serbest rekabet koşulları kendiliğinden oluşmamaktadır. Bu tür piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüsler serbestçe rekabet içinde bulunmak yerine, tekel haline gelme çabası içinde olabilmektedir. Bu nedenle, toplumun günlük yaşamında önemli bir yere sahip olan ve teknolojik gelişmelerin hızlı bir şekilde yaşandığı enerji, gaz, su ve haberleşme gibi mal ve hizmetlerin üretildiği piyasaların, devletin herhangi bir müdahalesi olmaksızın pazar koşullarına terk edilmesi, bu piyasalarda aksaklıklara yol açması nedeniyle kabul edilmemektedir. Bu nedenle devletler, bu piyasaların işleyişine çeşitli vasıtalarla ve belirli sınırlar içinde müdahale etmektedir. Devletlerin bu piyasalara müdahalesi, bazı sektörlerin kamu tarafından tekel olarak işletilmesi ya da bu sektörlerdeki özel işletmelerin regülasyonu şeklinde olmaktadır.

Bu sektörlerin devlet tarafından tekel olarak işletilmesinin, istenilen verimi ve toplumsal refaha beklenen katkıyı sağlayamaması gibi nedenlerle, devletin özelleştirme ve serbestleştirme yolu ile bu piyasalardan çekilmesi ile tekeli özellik gösteren bu piyasalardaki devletçi politikalar, yerini düzenlenmiş piyasalara bırakmakta ve bu alanlar, faaliyet gösterdikleri sektörlerin siyasi-idari etkilerden uzak, objektif, şeffaf ve öngörülebilir kurallarla çalışmasını sağlamak amacıyla kurulan bağımsız düzenleyici kurumlar tarafından doldurulmaktadır.

Elektronik haberleşme sektörü, bireysel haberleşmeyi sağlamanın yanı sıra, bilgi toplumunun temel altyapısını oluşturan ve kendi başına ekonomik değeri olan stratejik bir sektördür. Teknolojideki büyük gelişim, telekomünikasyon sektörünün yapısını değiştirmiş, bu çerçevede bir taraftan pazar sınırlarının ortadan kalkması, diğer taraftan sektördeki ürün çeşitliliğinin genişlemesi, telekomünikasyon hizmetlerini hayatın vazgeçilmez bir parçası haline getirerek, piyasadaki arz ve talep dengelerinin yeniden oluşmasına yol açmıştır. Küresel düzeyde yaşanan bu gelişmeler, telekomünikasyon hizmetlerinin geleneksel tekeli ve devletçi yapıdan çıkarılarak, özel sektörün de katılımıyla rekabetçi bir ortamda verilmesi sonucunu doğurmuş ise de; yeni operatörlere yetki veya lisans verilmesi, bu operatörlerin piyasaya girişindeki engellerin kaldırılması, piyasaya yeni giren operatörlerle üzerine evrensel hizmet ara bağlantı görevi yüklenmiş olan operatörlerin birbirine bağlı olup olmadıklarının izlenmesi ve yüksek maliyetli veya düşük getirili yerlerde de hizmet sunumunun sağlanması gibi gereklilikler, elektronik haberleşme sektörünün bağımsız kuruluşlar tarafından düzenlenmesi ve denetlenmesini zorunlu kılmaktadır.

Bu bağlamda, Devletin elektronik haberleşme sektöründe Anayasa'nın 167. maddesindeki görevlerini yerine getirmek üzere 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu kurulmuş; 2813 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 5809 sayılı Kanun'un 67. maddesiyle değiştirilen ikinci fıkrasında Kurumun görevlerini yerine getirirken bağımsız olduğu, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin Kuruma emir ve talimat veremeyeceği hükme bağlanmıştır. Kurumun görev ve yetkilerinin çerçevesi ise 5809 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle belirlenmiştir.

Bu görev ve yetkiler çerçevesinde, temel işlevi telekomünikasyon alanındaki kamusal ve özel kesim etkinliklerini kurallara koyarak düzenlemek, konulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemek, denetlemek ve bu kurallara uyulmaması halinde de, ya doğrudan doğruya yaptırım uygulamak veya bazen de kanunlarda gösterilen yaptırımların uygulanması için adli mercileri harekete geçirmek olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, idarenin bütünlüğü içerisinde yer alan, kamu tüzel kişiliğine sahip, görev alanına ilişkin sektörde kamu hukuku ilke ve düzenlemelerine bağlı olarak, kamu yararı amacıyla düzenleyici işlemler yapan, genel idare esaslarına göre faaliyet gösteren, gördüğü hizmet sürekli ve asli nitelik taşıyan bir kuruluştur.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

1- Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin "bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek" bölümünün incelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile Kuruma elektronik haberleşme sektöründe rekabeti tesis etmek ve korumak, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesini sağlamak amacıyla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirme yetkisi verildiği, ancak yapılan bu

düzenlemede, getirilecek yükümlülüklerin neler olduğu ve uygulama koşulları belirtilmediğinden, yürütmenin kanuniliği ilkesine aykırı olarak yürütmeye asli düzenleme yapma imkânı tanındığı, yasamaya ait olan asli düzenleme yetkisinin yürütmeye devredildiği ve böyle bir yetkinin Anayasa'ya dayanmadığı belirtilerek, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 6., 7. ve 8. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kural ile Kuruma elektronik haberleşme sektöründe rekabeti tesis etmek ve korumak, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaları gidermek amacıyla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirme yetkisi verilmiştir.

Etkin piyasa gücü, 5809 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (r) bendinde, *'işletmecinin, ilgili elektronik haberleşme pazarında, tek başına ya da diğer işletmecilerle birlikte, rakiplerinden, kullanıcılarından ve tüketicilerinden fark edilir bir şekilde bağımsız olarak hareket edebilmesine imkan sağlayan ekonomik güç'*; işletmeci ise aynı fıkranın (z) bendinde *'yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirket'* olarak tanımlanmıştır.

Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği öngörülmüştür. Buna göre yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer. Ancak, yasada temel esasların ve çerçevenin belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz. Esasen Anayasa'nın 8. maddesinde yer alan, 'yürütme yetkisi ve görevi Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir' hükmünün anlamı da budur.

Dava konusu kuralla Kuruma verilen elektronik haberleşme sektörüyle ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirme yetkisi, Kurulun faaliyet alanının kapsamında bulunan elektronik haberleşme sektöründe etkin rekabet ortamının sağlanmasına yönelik, sektörle ilgili pazarlarda pazar analizleri yaparak ilgili pazarın rekabet seviyesini analiz etmek, buna bağlı olarak etkin piyasa gücüne sahip işletmecileri ve bu işletmecilerin tabi olabileceği yükümlülükleri belirlemek gibi teknik konuları içeren ve bu yönüyle uzmanlık gerektiren bir yetkidir. Yasakoyucu bu yetkiyi Kuruma kendi faaliyet alanı olan elektronik haberleşme sektöründe rekabeti tesis etmek ve korumak, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaları gidermek amacıyla vermiş ve bu yetki ile ancak elektronik haberleşme sektörüyle ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ya da gerekli hallerde bu sektördeki diğer işletmecilere yükümlülükler getirilebileceğini belirterek, yetkinin sınırlarını da çizmiştir. Dava konusu kural ile Kuruma verilen yetkinin temel esasları ve çerçevesi belirlenmiş olduğundan, Kurumun kendi faaliyet alanına giren elektronik haberleşme sektörüyle ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirme yetkisine dayanarak yapmış olduğu düzenlemeler asli düzenleme olarak nitelendirilemez.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kural, Anayasa'nın 6., 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

2- Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinin "uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak" bölümünün incelenmesi

Dava dilekçesinde hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesinin bir zorunluluk olduğu belirtilerek, iptali istenen kural ile Kuruma verilen işletmeciler arasında uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak yetkisi kapsamında, Kurumun hangi durumlarda hangi tedbirleri alacağı konusunda herhangi bir belirleme yapılmamış olmasının, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektiren hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmaması ve yasama yetkisinin amacına uygun biçimde kullanılmasına elverişli olmaması nedeniyle Anayasa'nın 2. ve 87. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kural ile Kurumun, 5809 sayılı Kanun çerçevesinde gerektiğinde işletmeciler arasında uzlaştırma prosedürünü işletebileceği, uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri alabileceği hükme bağlanmıştır. Kurumun, uzlaştırma konusundaki yetkileri 5809 sayılı Kanun'un 'Erişim anlaşmaları ve uzlaşmazlıkların çözümü' başlıklı 18. maddesinde düzenlenmiştir.

5809 sayılı Kanun'un 18. maddesinde, uzlaştırmanın işletmeciler arasında yapılan erişim anlaşmalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda söz konusu olduğu ve Kurumun taraflar arasında erişim talebinden itibaren azami iki ay içerisinde anlaşma tesis edilememesi veya mevcut erişim sözleşmesinde 5809 sayılı Kanun kapsamında herhangi bir anlaşmazlık vuku bulması halinde taraflardan herhangi birinin başvurusu üzerine, belirleyeceği esaslar çerçevesinde kamu menfaati açısından gerekli olan tedbirleri alabileceği öngörülmektedir. Bu açıdan Kanun'da Kuruma verilen uzlaştırma sürecinde tedbir alma yetkisinin hangi durumlarda kullanılacağı açıkça belirtilerek yetkinin çerçevesi belirlenmiştir. Maddede, işletmecilerin erişim anlaşmalarını ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmamak kaydıyla serbestçe müzakere ederek imzalayabilecekleri hükme bağlanmıştır. Bu açıdan içeriği serbestçe belirlenen bir anlaşmanın hükümlerinin ya da anlaşma sağlanamaması durumunda, tarafların anlaşma konusunda ileri sürecekleri taleplerin neler olabileceğinin önceden bilinmesinin imkânsızlığı karşısında, bu anlaşmalar nedeniyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlık konularının ve buna bağlı olarak da uzlaştırma sürecinde uygulanabilecek tedbirlerin önceden somut bir şekilde belirlenmesi mümkün değildir. Belirtilen nedenle Kanun'un 18. maddesinin (1) numaralı fıkrasında Kurumun geçici ücretin belirlenmesi de dahil olmak üzere, kamu menfaati açısından gerekli gördüğü diğer tedbirleri, belirleyeceği esaslar çerçevesinde alacağı öngörülmüş, bu esaslar da 8.9.2009 günlü, 27343 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Erişim Ve Arabağlantı Yönetmeliği ile düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, her türlü işlem ve eylemi hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren devlettir.

Öte yandan hukuk devleti ilkesi, yürütme organının faaliyetlerinin yönetilenlerce belli ölçüde öngörülebilir olmasını, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesini, ekonomik ve sosyal yaşamlarındaki tutum ve davranışlarını buna göre düzene sokabilmesini gerektirir. Zira hukuk devletinin gereği olan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkesi, idarenin keyfi

hareket etmesini engeller. Bunu gerçekleştirmenin başlıca yolu ise kural konulmasını gerektiren durumlarda bunların genel, soyut, anlaşılabilir ve sınırlarının belirli olmasını sağlamaktır. Bu bakımdan, yasakoyucunun bir konuyu en ince ayrıntısına kadar düzenleme yetkisi bulunmakta ise de, temel esasların ve çerçevenin belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık gerektiren teknik konulara ilişkin ayrıntıların yasada düzenlenmemesi hukuk güvenliği ve belirlilik ilkelerine aykırılık oluşturmaz.

İptali istenen kural ile Kuruma verilen gerektiğinde işletmeciler arasında uzlaştırma prosedürünü işletme, uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılınca kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri alma yetkisinin temel esasları ve çerçevesi belirlenmiş olduğundan, iptali istenen kuralın hukuk güvenliği ve belirlilik ilkelerine aykırı bir yönü yoktur.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın Anayasa'nın 87. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

3- Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (1) bendinde yer alan " her türlü " ibaresinin incelenmesi

Dava dilekçesinde iptali istenen kural ile haberleşme özgürlüğü dikkate alınmaksızın ve yargı kararı olmaksızın Kuruma, işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi alabilme yetkisi verilmesinin temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesi nedeniyle Anayasa'nın 12. ve 13. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (1) bendinde Kurumun işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden elektronik haberleşmeyle ilgili olarak, ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi alabileceği hükme bağlanmıştır. Kuralın gerekçesinde *'Bu Kanunla Kurumun; elektronik haberleşme sektörü ile ilgili şikâyetleri inceleme yetkisi açıklığa kavuşturulmakta, şikâyetleri değerlendirme ve denetim işlevlerini gerektiği gibi yerine getirebilmesi için ilgililerden bilgi ve belge toplama yetkisi verilmektedir'* denilerek, Kuruma verilen bu yetkinin Kurumun elektronik haberleşme sektörü ile ilgili şikâyetleri değerlendirme ve denetim işlevlerini gerektiği gibi yerine getirebilmesi amacıyla sınırlı olarak verildiği ifade edilmiştir.

Elektronik haberleşme, 5809 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (h) bendinde *'Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınması'*; elektronik haberleşme sektörü ise aynı fıkranın (1) bendinde *'Elektronik haberleşme hizmeti verilmesi, elektronik haberleşme şebekesi sağlanması, elektronik haberleşme cihaz ve sistemlerine yönelik üretim, ithal, satış ve bakım-onarım hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili sektör'* olarak tanımlanmıştır. Buna göre, Kurumun iptali istenen kural gereği isteyebileceği bilgi ve belgeler, ancak (h) ve (l) bentlerinde belirtilen sistem ve hizmetlerle ilgili olabilecektir.

Ayrıca Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) ve (h) bentlerinde, Kurumun '*Abone, kullanıcı, tüketici ve son kullanıcıların hakları ile kişisel bilgilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına ilişkin gerekli düzenlemeleri ve denetlemeleri yapmak*' ve '*işletmecilerin ticari sırları ile kamuoyuna açıklanabilecek bilgilerinin kapsamını belirlemek, işletmecilerin ticari sırları ile yatırım ve iş planlarının gizliliğini korumak ve bunları adli makamların talepleri dışında muhafaza etmek*'le görevli ve yetkili olduğu belirtilmiştir.

Bu kapsamda, Kuruma iptali istenen ibare ile verilen yetkinin çerçevesinin, Kurumun kuruluş amacı ve faaliyet alanı ile belirlenmiş olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 12. maddesinde, '*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*' hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 22. maddesinde öngörülen haberleşme özgürlüğü, kişinin kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır. Bu özgürlük, çok daha geniş bir alanı kaplayan 'özel hayatın' bir yönünü oluşturur. Dolayısıyla 'haberleşmenin gizliliği' kavramı, özel hayatın gizliliği kavramı içinde yer alır.

İptali istenen ibare ile Kuruma verilen '*işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi alma yetkisi*'nin, Kurumun kuruluş amacı ve faaliyet alanında yer alan elektronik haberleşme sektörü ile ilgili şikâyetleri değerlendirme ve denetim işlevlerini gerektiği gibi yerine getirebilmesi amacıyla sınırlı olarak kullanılabileceği, ayrıca Kurumun abone, kullanıcı, tüketici ve son kullanıcıların kişisel bilgilerinin gizliliğini ve işletmecilerin ticari sırlarını korumakla görevli olduğu dikkate alındığında, iptali istenen ibare ile Kuruma gerçek ya da tüzel kişilerden özel hayatın gizliliğini ya da haberleşme özgürlüğünü ihlal eden bilgi ve belgeleri alma konusunda yetki verildiği söylenemez. Bu nedenle iptali istenen kuralın özel hayatın gizliliği hakkını ve haberleşme özgürlüğünü sınırlayan bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 12., 13. ve 22. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

4- Kanun'un 7. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin incelenmesi

Dava dilekçesinde iptali istenen kural ile Kuruma, 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 verildiği, ancak yapılan bu düzenlemede, getirilecek yükümlülüklerin neler olduğu ve uygulama koşulları

belirtilmediğinden, yürütmenin kanuniliği ilkesine aykırı olarak yürütmeye asli düzenleme yapma imkânı tanındığı, yasamaya ait olan asli düzenleme yetkisinin yürütmeye devredildiği ve böyle bir yetkinin Anayasa'ya dayanmadığı belirtilerek, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 6., 7. ve 8. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kurallar ile Kuruma etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması amacıyla etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere yükümlülükler getirebilme ve aynı veya farklı pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeciler arasında söz konusu yükümlülükler açısından farklılaştırma yapılabilme yetkileri verilmiştir.

Kuruma verilen yetkiler, teknik konuları içeren ve uzmanlık gerektiren yetkililerdir. Yasakoyucu söz konusu yetkileri Kuruma kendi faaliyet alanı olan elektronik haberleşme sektöründe etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması amacıyla vermiş ve bu yetkilerin ancak elektronik haberleşme sektöründeki aynı veya farklı pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere uygulanabileceğini belirterek, yetkinin sınırlarını da çizmiştir.

Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin *"bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek"* bölümünün incelenmesine ilişkin gerekçede belirtildiği üzere, iptali istenen kurallar ile Kuruma verilen yetkinin temel esasları ve çerçevesi belirlenmiş olduğundan, Kurumun iptali istenen kurallar ile verilen yetkilere dayanarak yapmış olduğu düzenlemeler asli düzenleme olarak nitelendirilemez. İptali istenen kurallar, bu gerekçede belirtilen aynı nedenlerle Anayasa'nın 6., 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

5- Kanun'un 9. maddesinin (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan ' ' ve yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler' ibaresinin incelenmesi

Dava dilekçesinde hukuk devletinin gereklerinden olan hukuk güvenliği ve idarenin yasallığı ilkelerinin en sıkı uygulanması gereken alanlardan birini teşkil eden ihalelerde, açıklık, tarafsızlık, rekabet ve uygun bedel ilkelerinin gerçekleşebilmesi için sürecin belirgin olması gerektiği vurgulanarak, iptali istenen kural ile Kuruma söz konusu ihalelerde yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olarak genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmek suretiyle yürütmeye asli düzenleme yapma imkânı tanındığı, yasamaya ait olan asli düzenleme yetkisinin yürütmeye devredildiği ve böyle bir yetkinin Anayasa'ya dayanmadığı belirtilerek, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 6., 7. ve 8. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür.

Kanun'un 9. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile Kuruma elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin kullanım hakkı sayısının sınırlandırılması halinde, kullanım hakkı verilecek işletmecilerin belirlenmesine yönelik olarak ihale yapma, maddenin (7) numaralı fıkrası ile de bu ihalelere ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi verilmiş ve Kurumun bu ihalelerde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi olmadığı hükme bağlanmıştır.

Küresel düzeydeki teknolojik, ekonomik ve toplumsal gelişmeler sonucunda elektronik haberleşme sektörünün doğal tekel özelliğini yitirdiği ve sektördeki hizmetlerin özel sektörün de katılımıyla rekabetçi bir ortamda verildiği bir gerçek ise de, elektronik haberleşme sektörünün devletin ve toplumun her alanını yaşamsal bir şekilde etkilediği, bu nedenle de

stratejik öneminin bugüne kadar olduğu gibi bundan sonra da devam edeceği açıktır. Bu bakımdan iptali istenen kuralla Kuruma verilen yetki, Kurumun kendi faaliyet alanı olan elektronik haberleşme sektöründe, uydu pozisyonu ile ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını da kapsayan elektronik haberleşme hizmetlerini yürütecek sınırlı sayıdaki işletmecinin belirlenmesine yönelik, stratejik öneme sahip, teknik konuları içeren ve bu yönüyle uzmanlık gerektiren bir yetkidir.

Kuruma verilen bu yetkinin amacı, konusu ve genel esasları Kanun'un 9. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile belirlenmiştir. (6) numaralı fıkranın (a) bendinde, Kurumun yapacağı uydu pozisyonu ile ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin ihalelerin yetkilendirme politikası, hizmetin başlama zamanı, yetkilendirme süresi ve hizmeti sunacak işletmeci sayısı gibi kıstaslarını Ulaştırma Bakanlığı belirleyecek; Kurum da iptali istenen kural ile kendisine verilen yetkiyi bu kıstaslara ve ayrıca iptali istenen kuralın da yer aldığı (7) numaralı fıkra da belirtilen *'kaynakların etkin kullanımını sağlamak amacı'na* ve bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak Bakanlığın vereceği görüşe uygun olarak kullanacaktır. Kurum (6) numaralı fıkranın (b) bendi gereğince yapacağı ihalelere ilişkin usul ve esasların belirlenmesinde de (7) numaralı fıkra da belirtilen esaslara uygun olarak hareket edecektir.

Öte yandan Kurumun, Kanun'un 9. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında yapacağı ihalelerin stratejik önemi göz önünde bulundurularak, bu ihalelerin 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun kapsamı dışında, kanunla farklı usule bağlı tutulmasında Anayasa'yla çelişen bir durum söz konusu değildir.

Belirtilen nedenlerle kural Anayasa'nın 6., 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

6- Kanun'un 31. maddesinin (3) numaralı fıkrasının son cümlesinin incelenmesi

Dava dilekçesinde Kurumun tahsis ettiği numaralarda tek taraflı olarak değişiklik yapabilmesi ve tahsisli numaraları geri alabilmesine rağmen, bu işlemlerden dolayı herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceğini öngören iptali istenen kuralın Anayasa'nın 2. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un ulusal numaralandırma planının hazırlanması ve numara tahsisi işlemlerini düzenleyen 31. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Kurumun numara tahsis işlemlerini, Bakanlık politikası doğrultusunda hazırlayacağı ulusal numaralandırma planına uygun olarak yapacağı; (3) numaralı fıkrasında Kurumun numara tahsis ve kullanımını koşullara bağlayabileceği, kamu düzeni ve millî güvenliğinin gerektirdiği durumlar, numara kapasitesi ihtiyacı, üye olunan uluslararası kuruluşların düzenlemeleri veya taraf olunan uluslararası anlaşmalar doğrultusunda ya da Kurum düzenlemelerine uygun olarak kullanılmadığı durumlarda tahsisli numaralarda değişiklik yapabileceği ve tahsisli numaraları geri alabileceği belirtildikten sonra, iptali istenen kural ile Kurumun bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceği hükme bağlanmıştır.

Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ğğ) bendinde numara, *'Şebeke ve/veya şebeke sonlanma noktasını tanımlayan, söz konusu noktaya ses, veri ve görüntünün yönlendirilmesini sağlayan, kullanıldığı yere göre abone, işletmeci, elektronik haberleşme*

şebekesi ve/veya hizmeti ile ilişkilendirilebilen bilgiyi içeren harf, rakamlar dizini veya semboller' olarak tanımlanmıştır.

Anayasa'nın 168. maddesinde '*Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir*' denilmiş; buna paralel olarak, 5809 sayılı Kanun'un 4. maddesinde her türlü elektronik haberleşme cihaz, sistem ve şebekelerinin kurulması ve işletilmesine müsaade edilmesi, gerekli frekans, numara, uydu pozisyonu ve benzeri kaynak tahsislerinin yapılması ile bunların düzenlenmesinin Devletin yetki ve sorumluluğu altında olduğu hükme bağlanmıştır. Kanun'un 9. maddesinin (3) numaralı fıkrasında Kuruma bildirimde bulunan şirketlerin, sunmak istedikleri elektronik haberleşme hizmeti ve/veya işletmek istedikleri elektronik haberleşme şebekesi veya altyapısı için numara, frekans, uydu pozisyonu gibi kaynak tahsisine ihtiyaç duymaları halinde, yetkilendirilebilmeleri için Kurumdan kullanım hakkı almaları gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, işletmecilerin tahsisli numaralara ilişkin hakları, mülkiyet hakkı olmayıp, kullanım hakkıdır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, her türlü işlem ve eylemi hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren devlettir. Hukuk devletinde idarenin hukuka bağlılığı esas olup, idarenin faaliyetlerinin hukuka uygunluğu yargı denetimine tabidir. Bunun somut bir göstergesi olarak Anayasa'nın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu hükme bağlanmıştır.

İptali istenen kural, Kurumun, Devletin mülkiyetinde olan numara kaynağının tahsis ve kullanımını koşullara bağlayabilme, tahsisli numaralarda da kamu düzeni ve millî güvenliğinin gerektirdiği durumlar, numara kapasitesi ihtiyacı, üye olunan uluslararası kuruluşların düzenlemeleri veya taraf olunan uluslararası anlaşmalar doğrultusunda ya da Kurum düzenlemelerine uygun olarak kullanılmadığı durumlarda değişiklik yapabilme ve bu numaraları geri alabilme hususlarında kamu gücüne dayanan tek taraflı iradesiyle işlem yapması durumunda yükümlülük altına girmeyeceğine yöneliktir. Kurumun bu şartlara uygun olarak işlem tesis edip etmediği hususunun idari yargı denetimine tabi olduğu açıktır.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kural, Anayasa'nın 2. ve 125. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

7- Kanun'un 36. maddesinin (4) numaralı fıkrasının son cümlesinin incelenmesi

Dava dilekçesinde iptali istenen kuralın, Kanun'un 31. maddesinin (3) numaralı fıkrasının son cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı konusunda belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 2. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un Frekans planlama, tahsis ve tescil işlemlerini düzenleyen 36. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde, telsiz yayınlarının birbirleri üzerinde elektromanyetik girişim oluşturmaması ve frekans bantlarının etkin ve verimli şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla, radyo ve televizyon yayınlarına ilişkin ilgili kanununda belirtilen hükümler saklı

kalmak kaydıyla, milli frekans planlaması, tahsisi, uluslararası koordinasyon ile tescil işlemlerinin Kurum tarafından yapılacağı ve uygulanacağı, (b) bendinde telsiz cihaz veya sistemi kurmak ve işletmek isteyenlerin Kuruma frekans tahsis ve tescil işlemlerini yaptırmak zorunda oldukları; (2) numaralı fıkrasında frekans tahsislerinde Dışişleri Bakanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı ile Sahil Güvenlik Komutanlığı ihtiyaçları da dahil Türk Silahlı Kuvvetlerine, Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığına ve Emniyet Genel Müdürlüğüne öncelik tanınacağı; (3) numaralı fıkrasında Türk Silahlı Kuvvetleri ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun, milli frekans planı çerçevesinde kendilerine tahsis edilen frekans bantlarında frekans planlamasını yapıp uygulayacakları; (4) numaralı fıkrasında Kurumun teknolojik gelişmeler ve Ülkemizin taraf olduğu uluslararası kuruluşların kararları doğrultusunda yapılabilecek yeni planlamalar çerçevesinde, tahsis edilen frekans ve bantlarla ilgili olarak Devlet güvenlik ve istihbaratında zafiyet yaratmayacak şekilde iptal dahil her türlü değişikliği yapabileceği belirtildikten sonra, iptali istenen kural ile Kurumun bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceği hükme bağlanmıştır.

İptali istenen kural, Kanun'un 31. maddesinin (3) numaralı fıkrasının son cümlesinin Anayasa'ya aykırılığının incelenmesinde açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 2. ve 125. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

8- Kanun'un 60. maddesinin (3) numaralı fıkrasının incelenmesi

Dava dilekçesinde, işletmecilerin çalışma hürriyetlerinin geçici olarak sınırlandırılma nedenlerinin kanunla belirlenmesi gerekirken, iptali istenen kural ile yönetmeliğe bırakılmasının Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kural ile Kuruma kamu hizmetinin gerekleri ve kamu düzeninin korunması amacıyla yönetmelikle önceden belirleyeceği hallerde, işletmecinin faaliyetinin geçici olarak durdurulması ya da ihlalin önlenmesi için işletmeciye somut tedbirler uygulama zorunluluğu getirme yetkisi verilmiştir.

Anayasa'nın 13. maddesinde *'Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz;* 48. maddesinde *'Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır'* denilmiştir.

İdari yaptırımlar, yasaların açıkça yetki verdiği ya da yasaklamadığı durumlarda araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan doğruya bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu ceza ve tedbirlerdir. Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye değişik alanlarda yaptırım yetkileri tanınmaktadır.

Elektronik haberleşme sektöründe yaşanan hızlı değişim, kamu hizmetinin gerekleri ve kamu düzeni kavramları ile bunların ihlal edilmesine sebep olan eylemlerin de aynı şekilde değişmesine ve çeşitlenerek artmasına yol açtığından, bu unsurların tamamının yasayla belirlenmesi oldukça güçtür. Bu nedenle iptali istenen kural ile idari yaptırımın kamu hizmetinin gerekleri ve kamu düzeninin korunması amacıyla uygulanabileceği belirtildikten sonra, belirtilen sınırlar içinde idari yaptırım uygulanmasını gerektiren eylemlerin ve

uygulanacak somut tedbirlerin belirlenmesinin yönetmeliğe bırakılması, belirsizlik ya da yetki devri olarak nitelendirilemez.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kural, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun:

1- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının;

a- (a) bendinin " bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek " bölümüne,

b- (d) bendinin " uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılincaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak' bölümüne,

c- (i) bendinde yer alan " her türlü " ibaresine,

2- 7. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerine,

3- 9. maddesinin (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "ve yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler' ibaresine,

4- 31. maddesinin (3) numaralı fıkrasının son cümlesine,

5- 36. maddesinin (4) numaralı fıkrasının son cümlesine,

6- 60. maddesinin (3) numaralı fıkrasına,

yönelik iptal istemleri, 2.6.2011 günlü, E. 2008/115, K. 2011/86 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra, cümle, bölüm ve ibarelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 2.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun:

1- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının;

a- (a) bendinin " bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek " bölümünün,

b- (d) bendinin " uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılincaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak' bölümünün,

c- (1) bendinde yer alan " her türlü " ibaresinin,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 7. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- 9. maddesinin (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan ' ' ve yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler' ibaresinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

4- 31. maddesinin (3) numaralı fıkrasının son cümlesinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

5- 36. maddesinin (4) numaralı fıkrasının son cümlesinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

6- 60. maddesinin (3) numaralı fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2.6.2011 gününde karar verildi.

Başkan

Başkanvekili

Başkanvekili

Haşim KILIÇ

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Serruh KALELİ

Üye

Üye

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

Fettah OTO

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Üye

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

Recep KÖMÜRCÜ

Alparslan ALTAN

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Engin YILDIRIM

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN

KARŞIOY YAZISI

A- 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında sektörde rekabeti korumak ve aksi yönde olabilecek uygulamaları gidermek amacıyla Kurum'a " ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek", Kanun çerçevesinde faaliyet gösteren işletmeciler arasında uzlaşma sağlanamadığı takdirde " ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılınca kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak" ve elektronik haberleşmeyle ilgili olarak, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden ihtiyaç duyacağı 'her türlü' bilgi ve belgeyi almak yetkisi verilmiştir.

Kanun'un 7. maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla Kurum'un 'etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması amacıyla etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere yükümlülükler getirebileceği, aynı ve/veya farklı pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeciler arasında söz konusu yükümlülükler açısından farklılaştırma yapabileceği' öngörülmüştür.

Bu kurallarla İdare, rekabeti sağlamak ve korumak gerekçesiyle, elektronik haberleşme alanında faaliyet gösterecek işletmecilerin her türlü hareketini ve girişimini kontrol altında tutmak, girişimciler arasında taraf olmak suretiyle kimini diğeri aleyhine desteklemek, kısacası devlet kontrolünde bir piyasa oluşturmak olanağına kavuşmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu, 48. maddesinde özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğu belirtilmiştir. Çağdaş ölçütlere ve küresel ekonomik gereklere aykırı olarak, devletin özel teşebbüsleri

sınırları ve mahiyeti yasa ile açıkça belirlenmemiş idari işlemlerle sürekli denetim altında tutması, Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan 'özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri almak' görevinin sınırlarını demokratik bir toplumda zorunlu olmayan ölçüde aşan, ağır bir müdahaledir. Bu nedenle Anayasaya aykırı olan dava konusu kuralların iptalleri gerekir.

B- Kanun'un 60. maddesinin (3) numaralı fıkrasında Kurum'un 'kamu hizmetlerinin gerekleri ve kamu düzeninin korunması amacıyla yönetmelikle önceden belirleyeceği hallerde, işletmecinin faaliyetinin geçici olarak durdurulmasına ya da ihlalin önlenmesi için işletmeciye somut tedbirler uygulama zorunluluğu getirmeye de yetkili' olduğu öngörülmüştür.

Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenmiş olan cezaların ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı kuralı idari yaptırımlar yönünden de geçerlidir. Bu nedenle faaliyetten men etme veya zorunlu olarak bazı önlemler uygulattırma türünden yaptırımların yönetmelikle düzenlenmesi açıkça Anayasa'ya aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.

Başkanvekili

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, 'Kurum, kamu hizmetinin gerekleri ve kamu düzeninin korunması amacıyla yönetmelikle önceden belirleyeceği hallerde, işletmecinin faaliyetinin geçici olarak durdurulmasına ya da ihlâlin önlenmesi için işletmeciye somut tedbirler uygulama zorunluluğu getirmeye yetkilidir' denilmektedir. Buna göre, yönetmelikle önceden belirlenecek hallerde Kurum'a işletmecinin faaliyetlerini geçici olarak durdurma suretiyle idari yaptırım uygulama yetkisi verilmektedir.

Anayasa'nın 38. maddesinde, suç ve cezaların yasa ile düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu kural hem yasaklanan eylemlerin hem de bunlara verilecek cezaların yasa ile belirlenmesini zorunlu kılar. Bu nedenle yönetmelikle suç oluşturulması olanaklı değildir. Ayrıca işletmecilerin faaliyetlerinin geçici olarak durdurulabileceği süre veya bunun alt ve üst sınırı yasa ile belirlenmedikçe cezanın yasallığı ilkesine uyulduğundan da söz edilemez.

Öte yandan, dava konusu kural uyarınca uygulanan yaptırım, doğal olarak işletmecilerin, Anayasa'nın 48. maddesiyle tanınan çalışma özgürlüklerinin sınırlandırılması sonucunu doğurduğundan, süresi belli olmayan ölçsüz uygulamaların idari yaptırım olma özelliğini yitirerek bu özgürlüğün kullanılamaz hale getirilmesine yol açabileceği de gözetildiğinde, işletmecinin faaliyetinin durdurulma süresinin, yasada gösterilmesinin bu yönüyle de büyük önem taşıdığı kuşkusuzdur.

Esas Sayısı : 2008/115
Karar Sayısı : 2011/86

Açıklanan nedenlerle Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varılan dava konusu kuralın iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

Üye

Fettah OTO

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ