

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2011/119

Karar Sayısı : 2012/33

Karar Günü : 1.3.2012

R.G.Tarih-Sayısı : 17/10/2012-28444

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara 5. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "... bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar ..." ibaresinin, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna karşı açılan idari işlemin iptali davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

“... ”

Anayasa'nın 2. maddesinde “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 Devletidir” hükmüne yer verilmektedir. Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri ile eşitlik ve hakkaniyeti gözetilen devlettir. Bu bağlamda, yasa koyucunun yasal düzenlemeler yaparken takdiri, sınırsız ve keyfi olmayıp hukuk devleti ilkeleriyle sınırlıdır.

Bunun yanında hukuk devleti kavramı, kuralların ve müeyyidelerinin net olarak önceden belli olduğu dolayısıyla uyulmayan kararların müeyyidelerinin ne olduğunu insanların önceden bilmesini de ifade eder.

Anayasa'nın 10. maddesinde “Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, Anayasa'nın 10. maddesine göre yasaların uygulanmasında ayırım gözetilmeyecek ve eşitsizliğe yol açılmayacaktır. Maddede düzenlenen “Eşitlik” ilkesiyle, birbirinin aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanması ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılması engellenmektedir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Yine Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında eşitlik ilkesi, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yasalarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda, hizmetlerde eşitliğin sağlanmasını gerektiren eşit davranma ve ayırım yapmama ilkesi olarak yorumlanmıştır.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesinin 1. bendinde, Kurum; mevzuata, kullanım hakkı ve diğer yetkilendirme şartlarına uyulmasını izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idarî para cezası uygulamaya, millî güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi ve kanunlarla getirilen hükümlerin uygulanması amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya, belirlediği süre içerisinde yetkilendirme ücretinin ödenmemesi ya da ağır kusur halinde verdiği yetkilendirmeyi iptal etmeye yetkilidir. Ancak, Kurum, ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirmelerin iptalini gerektiren hallerde Bakanlığın görüşünü alır, hükmü yer almaktadır.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 4 üncü, 6 ncı, 7 nci, 12 nci, 24 üncü, 33 üncü ve 60 ıncı maddeleri ile mezkûr Kanunun İkinci Kısım Üçüncü Bölümü hükümlerine dayanılarak hazırlanan ve 08.09.2009 gün ve 27343 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin Müeyyideler başlıklı 21. maddesinin (ğ) bendinde, yükümlü işletmecinin ortak yerleşime ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya haklı bir neden olmaksızın geciktirmesi durumunda, işletmeciye bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde ikisine kadar, ihlalin niteliğine göre Kurum tarafından belirlenecek oranlarda idari para cezası uygulanacağı hükmü yer almaktadır.

Bu durumda, Anayasa'nın 2. ve 10. maddeleriyle ilgili olarak yukarıda yer alan açıklamalar ışığında, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesinin 1. bendinde yer alan "bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar" ifadesi doğrudan eşitsizlik yaratan bir düzenleme olarak görülmemekte ise de, Yasanın uygulanması esnasında, yine Yasanın kendinden kaynaklanan sebeplerle eşitsizliğe yol açan sonuçlar doğmaktadır. Yasa sadece üst sınırı belirlemiştir ve başka hiçbir kritere yer verilmemiştir. Yasa kendisi bir kriter belirlemediği gibi, kriterlerin bir alt normla belirlenmesi yoluna da gidilmediğinden ceza miktarını belirlemek tamamen idarenin takdirine bırakılmıştır. İdarenin hangi ölçütleri esas alacağı açık, belirgin ve somut olarak Yasa'da yer almamıştır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir değildir. Bu nedenlerle, söz konusu ibarenin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılık oluşturduğu sonucuna varılmaktadır.

..."

III-YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesinin itiraz konusu ibareyi de içeren (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"MADDE 60- (1) Kurum; mevzuata, kullanım hakkı ve diğer yetkilendirme şartlarına uyulmasını izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde işletmecilere **bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar** idarî para cezası uygulamaya, millî güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi ve kanunlarla getirilen hükümlerin uygulanması amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya, belirlediği süre içerisinde yetkilendirme ücretinin ödenmemesi ya da ağır kusur halinde verdiği yetkilendirmeyi iptal etmeye yetkilidir. Ancak, Kurum, ulusal çapta verilecek frekans bandı

kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirmelerin iptalini gerektiren hallerde Bakanlığın görüşünü alır.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 30.11.2011 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Anayasa Mahkemesi Raportörü Hakan ATASOY tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu ibare, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, kanun koyucunun yasal düzenlemeler yaparken sınırsız ve keyfi bir takdir yetkisine sahip olmadığı, takdir yetkisinin hukuk devleti ilkesiyle sınırlı bulunduğu, hukuk devletinde kuralların ve müeyyidelerinin önceden net olarak belli olduğu, itiraz konusu ibarede, idari para cezasının belirlenmesine yönelik olarak sadece cezanın üst sınırının belirtildiği, bunun dışında idarenin hangi ölçütleri esas alacağına ilişkin açık, belirgin ve somut bir düzenleme bulunmadığı, ceza miktarını belirleme yetkisinin tamamen idarenin takdirine bırakıldığı, bu hususun hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, ayrıca Yasa'nın uygulanmasının eşitsizliğe yol açtığı belirtilerek, belirli ve öngörülebilir nitelik taşımayan itiraz konusu ibarenin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu ibare ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna, mevzuata, kullanım hakkı ve diğer yetkilendirme şartlarına uyulmasını izleme ve denetleme, aykırılık halinde işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idari para cezası uygulama yetkisi verilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçman, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilke, suçun unsurlarının ve verilecek cezanın tereddüde yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir, nesnel, makul bir düzeyde öngörülebilecek ve keyfi uygulamalara yol açmayacak biçimde belirlenmiş olmasını gerektirir.

Değişen sosyal, siyasal ve ekonomik koşullar kimi durumlarda devlet idarelerine bir takım yetkilerin tanınması gereğini ortaya çıkarmıştır. Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye değişik alanlarda yaptırım uygulama yetkileri tanınmaktadır.

İtiraz konusu ibare ile düzenlenen idari para cezası, temel işlevi telekomünikasyon alanındaki kamusal ve özel kesim etkinliklerini kurallar koyarak düzenlemek, konulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemek, denetlemek ve bu kurallara uyulmaması halinde de, ya doğrudan doğruya yaptırım uygulamak veya kanunlarda gösterilen yaptırımların uygulanması için adli mercileri harekete geçirmek olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun doğrudan işlemiyle idare hukukuna özgü usullerle kesilen ve uygulanan bir idari yaptırımdır.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde, Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerinin idari para cezası yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu nedenle itiraz konusu ibarede öngörülen idari para cezasına da Kabahatler Kanunu'nda yer alan genel hükümler uygulanacaktır.

İdari para cezası, kabahat sayılan eylemin işlenmesini önlemeye yönelik caydırıcılık fonksiyonu gördüğü gibi, kamu açısından oluşmuş olan zararın giderilmesi amacına da hizmet etmektedir. Bu nedenle, idari para cezasının nispi nitelikte olması mümkündür. İtiraz konusu ibarede, Kurumun işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idari para cezası uygulamaya yetkili olduğu ifade edilerek, idari para cezasının üst sınırı da gösterilmek suretiyle nispi olarak belirleneceği öngörülmüştür.

Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi kabahatler hukuku açısından da Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, yaptırımın ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerinin belirlenmesi gibi konularda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesi incelendiğinde, itiraz konusu ibare ile Kuruma tanınan, işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idari para cezası uygulama yetkisinin, caydırıcı olma ve kamuda oluşan zararın giderilmesi yanında, uygulanacak idari para cezasının kişiselleştirilerek suç ve ceza arasında adil bir dengenin kurulması amacını da taşıdığı anlaşılmaktadır. Bu düzenlemenin anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

İtiraz konusu ibare ile Kuruma idari para cezasının miktarını belirleme yetkisi verilmiş ise de, bu yetkinin keyfi olarak kullanılması söz konusu olamaz. Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasında idari para cezasının, alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle belirlendiği durumlarda, idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumunun birlikte göz önünde bulundurulacağı hükme bağlanmıştır. Bu nedenle Kurum, işletmecilere verilecek idari para cezasının miktarını belirlerken Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinde belirtilen ölçütlere ve ayrıca hukukun genel ilkelerine de uymak zorundadır.

Öte yandan, ticari hayatta faaliyet gösteren işletmecilerin, bir önceki takvim yılındaki net satışlarının belli olması nedeniyle, idari para cezasının miktarının belirlenmesinde bu hususu ölçüt olarak kabul eden itiraz konusu ibarenin, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine de aykırı bir yönü yoktur.

Bu nedenlerle itiraz konusu ibare hukuk devleti ilkesine aykırı değildir.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve

Esas Sayısı : 2011/119

Karar Sayısı : 2012/33

topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Suç ile ceza arasında adil bir dengenin kurulabilmesi, verilecek cezanın kişiselleştirilmesini, her somut olayda suçlunun kişiliğine uygun hale getirilmesini gerektirir. İtiraz konusu ibare ile öngörülen idari para cezası miktarı belirlenirken, işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte gözetilerek cezanın kişiselleştirilmesi gerekeceği açıktır. Buna göre, cezaların yasal ve hukuksal anlamda eşit olmalarına rağmen ceza adaletinin gereği olarak kişiler için uygulanmasında çıkan sonucun eşitliğe aykırı olduğundan söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu ibare, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "... bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 1.3.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Haşim KILIÇ

Başkanvekili
Serruh KALELİ

Başkanvekili
Alparslan ALTAN

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Esas Sayısı : 2011/119
Karar Sayısı : 2012/33

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCAN