

T.C.

İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**ELEKTRONİK HABERLEŞME HUKUKUNDAKİ
İDARİ YAPTIRIMLAR VE YARGISAL DENETİMİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Aytaç YÜKSEL

1410040108

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku

Programı: Kamu Hukuku

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

MAYIS, 2018

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**ELEKTRONİK HABERLEŞME HUKUKUNDAKİ
İDARİ YAPTIRIMLAR VE YARGISAL DENETİMİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Aytaç YÜKSEL

1410040108

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku

Programı: Kamu Hukuku

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

Jüri Üyeleri : Doç. Dr. Murat BALCI

Dr. Öğr. Üyesi Aytaç ÖZELÇİ

MAYIS, 2018

ÖZET

Bu çalışmanın konusu, elektronik haberleşme hukukundaki idari yaptırımlar ve bu yaptırımların yargısal denetimidir.

Bu kapsamda çalışmamızda, elektronik haberleşme sektöründe uygulanan kanunlar ve ikincil düzenlemelerde yer verilen idari yaptırım türleri incelenmiş ve bu yaptırımların yargısal denetiminin nasıl yapılacağı sorusunun cevabı araştırılmıştır. İdari yaptırım türleri ve bu yaptırımların yargısal denetimi incelenirken güncel gelişmeler, doktrindeki farklılıklar, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu kararları ve Danıştay kararlarından yararlanılmıştır.

İdari yaptırım türlerini incelenmeye geçmeden önce, sektörün genel yapısı, yapılan hukuki düzenlemeler, elektronik haberleşme hizmetlerinin görülme usulleri ve sektördeki yetkili kurumlar üzerinde durulmuştur.

İstisnaları olmakla birlikte, elektronik haberleşme hukukunda uygulanan idari yaptırımların yargısal denetimi idari yargı organları tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu sebeple, idari yargı organları tarafından yapılan yargısal denetim ayrıntılı şekilde incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Elektronik Haberleşme Hizmeti, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, İdari Yaptırım, Yargısal Denetim, İdari Para Cezası, Yetkilendirmenin İptali

ABSTRACT

The subject of this thesis is the administrative sanctions and auditing of these sanctions regulated in Electronic Communications Law.

In this context; Acts in the electronic communications sector and types of administrative sanctions issued secondary regulations are examined, and researched the question of how to conduct judicial review of this sanctions. Current affairs, differences in doctrine, Information and Communication Technologies Authority decisions and State Council decisions are used meanwhile types of administrative sanctions and its auditing are reviewed.

Before examining the types of administrative sanctions, the general structure of the sector, legal arrangements, the procedures of electronic communication services and authorized institutions in the sector are emphasized.

Save for the exceptions; Judicial review of administrative sanctions are inspected by administrative judicial bodies in Electronic Communications Law. Therefore; judicial review conducted by administrative jurisdiction has been tried to examine in detail.

Key Words: Electronic Communications Services, Information and Communication Technologies Authority, Administrative Sanction, Judicial Review, Administrative Fine, Cancellation of Authorization

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ELEKTRONİK HABERLEŞME HİZMETLERİNİN

HUKUKİ REJİMİ

I. ELEKTRONİK HABERLEŞME KAVRAMI VE ELEKTRONİK HABERLEŞME HİZMETLERİNE HAKİM OLAN İLKELER.....	4
1. Elektronik Haberleşme(Telekomünikasyon) Kavramı	4
2. Elektronik Haberleşme İle Bağlantılı Temel Kavramlar	5
3. Elektronik Haberleşme Hizmetlerine Hakim Olan İlkeler.....	7
3.1. Serbest Rekabet Ortamının Sağlanması ve Korunması İlkesi.....	8
3.2. Eşitlik ilkesi (Ayrımcı Gözetleme Yükümlülüğü)	10
3.3. Açıklık, Şeffaflık ve Güvenilirlik İlkesi.....	11
3.4. Tüketicilerin Korunması İlkesi	13
3.5. Değişkenlik ve Kalite İlkesi	14
3.6. Süreklilik İlkesi	15
3.7. Gizlilik ilkesi.....	16
II. ELEKTRONİK HABERLEŞME HİZMETLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE KAPSAMI.....	19
1. Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Hukuki Niteliği	19
2. Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Kapsamı	21
III. ELEKTRONİK HABERLEŞME HİZMETLERİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ	23
1. Elektronik Haberleşmenin Hizmetlerinin Batı'daki Tarihsel Gelişimi.....	24
1.1. Amerika Birleşik Devletleri	24
1.2. İngiltere	26
1.3. Avrupa Birliği	27
2. Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi.....	28
2.1. Cumhuriyet Öncesi Dönem.....	28
2.2. Cumhuriyet Dönemi.....	30
IV. BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMU'NUN YAPISI VE YETKİLERİ.....	35
1. Kurumun Hukuki Statüsü	35

2. Kurumun Yapısı.....	36
2.1. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu.....	36
2.2. Kurulun Çalışma ve Karar Alma Usulü.....	37
2.3. Kurum Personelinin Statüsü.....	37
3. Kurumun Düzenleme ve Denetleme Yetkisi	38
4. Kurumun Uzlaştırma Yetkisi	38
5. Kurumun Yetkilendirme Yetkisinin Kapsamı ve Yetkilendirme Usulleri.....	39
5.1. Bildirim Yoluyla Yetkilendirme	40
5.2. Kullanım Hakkı Verilmesi Yoluyla Yetkilendirme	43
5.3. Yetkilendirmeye Tabi Olmayan Faaliyetler.....	50
6. Kurumun İdari Yaptırım Yetkisi.....	51
7. Sektörde Yetkili olan Diğer İdareler.....	52
7.1. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı.....	52
7.2. Rekabet Kurumu	53
7.3. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu.....	54

İKİNCİ BÖLÜM

ELEKTRONİK HABERLEŞME HUKUKUNDAKİ İDARİ YAPTIRIMLAR

I. İDARİ YAPTIRIM.....	55
1. İdari Yaptırım Kavramı.....	55
2. İdari Yaptırımın Özellikleri	57
3. İdari Yaptırım ile Ceza Yaptırımının Farkları.....	58
4. İdari Yaptırım Türleri	60
4.1. İdari Mali Yaptırımlar.....	62
4.2. Bireysel İdari Yaptırımlar	70
II. ELEKTRONİK HABERLEŞME HUKUKUNDAKİ İDARİ YAPTIRIM TÜRLERİ	71
1. İdari Para Cezaları	73
1.1. Yetkilendirmeye İlişkin Yükümlülüklerin İhlali.....	73
1.2. Numaralandırmaya İlişkin Yükümlülüklerin İhlali.....	75
1.3. Numara Taşınabilirliğine İlişkin Yükümlülüklerin İhlali	76
1.4. Frekans Kullanımına İlişkin Yükümlülüklerin İhlali	78
1.5. Tahakkuka esas bildirimlere ilişkin Yükümlülüklerin İhlali.....	80
1.6. Erişim ve Ara Bağlantıya İlişkin Yükümlülüklerin İhlali.....	81
1.7. Son kullanıcı tarifelerine ilişkin Yükümlülüklerin İhlali	83
1.8. Tüketici Haklarına İlişkin Yükümlülüklerin İhlali	84
1.9. Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Yükümlülüklerin İhlali.....	86
1.10. Millî Güvenlik, Kamu Düzeni ve Gizliliğin İhlal Edilmesi	86

1.11. Hizmet kalitesine ilişkin yükümlülüklerin ihlali.....	88
1.12. Rekabet İhlalleri.....	89
1.13. Elektronik Haberleşme Güvenliğinin İhlal Edilmesi	91
1.14. Bilgi ve Belgelerin Verilmesine İlişkin Yükümlülüklerin İhlali.....	92
1.15. Denetime İlişkin Yükümlülüklerin İhlali	95
2. Yetkilendirmenin İptali/Feshi.....	96
2.1. Yetkilendirme Ücretinin Ödenmemesi	98
2.2. Ağır Kusur Hali.....	100
2.3. Birleşme, Devralma ve Hisse Devirlerinde Belirlenen Şartların Sağlanamaması	101
2.4. Teknik altyapı kurmayan veya süresinde gerekli güncellemeleri yapmayan işletmeciyeye erişim hizmeti verilmesi.....	101
2.5. İletişimin tespitine İlişkin Yükümlülüklerin İhlal Edilmesi.....	102
2.6. İmtiyaz Sözleşmelerinde Yetkilendirmenin Feshine İlişkin Hükümler	102
3. Diğer İdari Yaptırımlar ve Tedbirler.....	103
3.1. Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı faaliyet izninin iptali.....	103
3.2. Erişim veya Yer Sağlayıcının Faaliyet Belgesinin İptali	104
3.3. Onaylanmış Kuruluşun Statüsünün Kaldırılması.....	105
3.4. Telsiz Sistemine İlişkin Kullanma İzni veya Ruhsatının İptali.....	106
3.5. Güvenlik Sertifikasının İptali.....	107
3.6. Ölçüm Yetki Belgesinin İptali	107
3.7. Tahsis Edilen Numaraların Geri Alınması.....	108
3.8. Faaliyetin Geçici Durdurulması	108
3.9. Tesisleri Tazminat Karşılığında Devralma	108
III. İDARİ YAPTIRIMLARA İLİŞKİN ÇEŞİTLİ HÜKÜMLER.....	109
1. İdari Yaptırımlara İlişkin Öngörülen Uyarı Mekanizması Sorunu	109
2. Yetkilendirmesi İptal Edilen İşletmecilerin Yeniden Yetkilendirilmemesi	112
3. İdari Para Cezalarının Uygulanmasında Göz Önünde Bulundurulacak Ölçütler.....	113
4. Zaman Bakımından Uygulanması.....	114
5. Tekerrür.....	115
6. İçtima	116
7. Zamanaşımı.....	117
8. İdari Para Cezalarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar.....	119
9. İdari Para Cezalarının Artması.....	120
IV. İDARİ YAPTIRIMLARA HAKİM OLAN İLKELERİN SEKTÖRDE UYGULANAN YAPTIRIMLAR AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	120
1. Kanunilik ilkesi.....	120
2. Ölçülülük(Orantılılık) İlkesi	122
3. Savunma hakkı.....	123

4. Gerekçe İlkesi	124
5. İhlal ile Cezanın Kesinleşmesi Arasındaki Süreçteki Değişikliklerde Lehe Kanun'un Uygulanması	125

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARİ YAPTIRIMLARIN

YARGISAL DENETİMİ

I. UYGULANAN İDARİ YAPTIRIMLARIN İDARİ YARGI TARAFINDAN DENETİMİ.....	129
1. Davanın Ön Şartlarına İlişkin Denetim	130
1.1. Görevli Mahkeme	130
1.2. Yetkili Mahkeme	133
1.3. İdari Merci Tecavüzü	133
1.4. Ehliyet	135
1.5. Kesin ve Yürütülmesi Gerekli Bir İşlemin Varlığı	136
1.6. Süre	138
1.7. Husumet	139
1.8. 3. Ve 5. Maddelere Uygunluk	140
2. İdari İşlemin Unsurları Yönünden Denetimi	141
2.1. Yetki Unsuru Yönünden Hukuka Uygunluk Denetimi	141
2.2. Şekil Unsuru Yönünden Hukuka Uygunluk Denetimi	144
2.3. Sebep Unsuru Yönünden Hukuka Uygunluk Denetimi	145
2.4. Konu Unsuru Yönünden Hukuka Uygunluk Denetimi	148
2.5. Amaç Unsuru Yönünden Hukuka Uygunluk Denetimi	149
3. İdari Yaptırımdan Doğan Zarara Karşı Tam Yargı Davası Açılması.....	149
4. İdari Yaptırımlarda Yürütmenin Durdurulması Müessesesi	150
II. UYGULANAN İDARİ YAPTIRIMLARIN KABAHAHLER KANUNU ÇERÇEVESİNDE ADLİ YARGI TARAFINDAN DENETİMİ	151
SONUÇ	156
KAYNAKÇA.....	159

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AT&T	: American Telgraf and Telephone Company
B.	: Basım
Bakanlık	: Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı
BEREC	: Body of European Regulators for Electronic Communications
Bkz./bkz	: Bakınız
BİM	: Bölge İdare Mahkemesi
BT	: British Telekom
BTK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
Dpt.	: Dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
EHK	: Elektronik Haberleşme Kanunu
FCC	: Federal Communications Commission
ITU	: International Telecommunications Union
İDD	: İdari Dava Dairesi
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
KK	: Kabahatler Kanunu
Kurum	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu

Kurul	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu
MCI	: Microwave Communications International
RG	: Resmi Gazete
RK	: Rekabet Kurumu
OECD	: Organisation for Economic Cooperation and Development
OFCOM	: Officially the Office of Communications
OFTEL	: Office of the Director General of Telecommunications
PTT	: Posta Telgraf Telefon İdaresi
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S./s.	: Sayfa
Sy.	: Sayı
T.	: Tarih
TCK	: Türk Ceza Kanunu
UK	: United Kingdom
USA	: United States of America
Vd.	: Ve devamı

GİRİŞ

Haberleşme, geçmişte olduğu gibi günümüzde de insanların vazgeçilmez bir gereksinimidir. İlk çağlarda dumanla başlayan haberleşme, güvercin, yazı, mektup gibi yöntemlerle devam etmiş, ardından insanlar arasındaki mesafe giderek artınca haberleşme ihtiyacı daha da belirgin hale gelmiştir. Zaman içerisinde postanın yerini telgraf, telefon ve nihayet internet almıştır. Günümüzde de haberleşme hizmetleri denilince akla telekomünikasyon ya da son dönemde alışık olduğumuz şekliyle elektronik haberleşme¹ hizmetleri gelmektedir.

Ülkemizde de önceleri devlet tekeliyle yürütülen kamu hizmeti olarak görülen elektronik haberleşme hizmetleri serbestleşmeye başlamıştır. Devlet, önceden hem işletmeci rolü hem de düzenleyici ve denetleyici rolü üstlenirken, sektörün serbestleşmesi akabinde işletmeci rolünü özel kuruluşlara devretmiştir. Ancak önceden olduğu gibi günümüz elektronik haberleşme hizmetlerinin de hukuksal bir yönü bulunmaktadır. Nitekim, sektörün serbestleşmesi sonrasında haberleşme hizmetlerinin hukuksal yönü daha da önem kazanmıştır.

Eski adıyla Telekomünikasyon Kurumu olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu(BTK), Telsiz Kanunu'nda değişiklik yapan 4502 sayılı Kanun ile kurulmuştur. BTK, özelleştirilen telekomünikasyon alanının düzenlenmesi ve denetlenmesine yönelik faaliyetleri bakımından regülatör işlevini yürüten, mali ve idari özerkliğe sahip bir kamu tüzel kişisidir. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu² sektörün temel kanunudur. Bu kanun kapsamında BTK, elektronik haberleşme sektöründe yetkilendirme, uyuşmazlık çözme, yönlendirme, görüş bildirme ve yaptırım uygulama gibi faaliyetleri yürütmektedir.

Serbestleşme sonrasında haberleşme sektörünü düzenleyen ve denetleyen BTK ile elektronik haberleşme faaliyetini yürüten işletmeciler ve bu faaliyetten yararlanan bireyler arasında birçok uyuşmazlık çıkmaktadır. Uyuşmazlıkların büyük bir kısmını “idari yaptırımlar” oluşturmaktadır.

¹ Günümüzde ses dışında görüntü ve elektronik ortama aktarılmış birçok veri iletilebildiğinden telekomünikasyon kavramı bu faaliyetleri kapsamada yetersiz kalmaktadır. Bu sebeple, son dönemde daha geniş bir anlamı olan elektronik haberleşme kavramı kullanılmaktadır.

² 10.11.2008 tarihli ve 27050 mükerrer sayılı RG. Çalışmanın devamında EHK olarak anılacaktır.

BTK'nın işletmecilere uyguladığı idari yaptırımlar arasında en çok başvurulan yaptırım türü idari para cezasıdır. İşletmeciler açısından en ağır olan yaptırım türü ise, yetkilendirme iptali ve faaliyet izninin iptali gibi sektörde faaliyete son veren yaptırımlardır.

BTK'nın uyguladığı idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna dair EHK'da özel bir hüküm bulunduğundan Kabahatler Kanunu uygulanmayacaktır. Ancak, Kabahatler Kanunu'nda düzenlenen zaman bakımından uygulama, içtima, iştirak vs. gibi genel hükümler elektronik haberleşme sektöründe uygulanan idari para cezaları açısından uygulama alanı bulacaktır.

EHK dışında, Elektronik İmza Kanun'unda³, İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunu'nda⁴ ve Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanunu'nda⁵ düzenlenen idari yaptırımların bir kısmının yargısal denetimi adli yargı organı tarafından yapılmaktadır. Bu yaptırımlara karşı kanun yolu hükümlerinde Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanmaktadır.

Çalışmamızda “Elektronik Haberleşme Hukuku”nda düzenlenen idari yaptırımlar incelendiğinden, bu alanda temel kanun olan EHK'nın yanı sıra başka kanun ve ikincil düzenlemelere de değinilmiştir. Elektronik haberleşme alanının son dönemde ayrı bir hukuk dalı olarak ele alınması nedeniyle çalışmamızın başlığında “Elektronik Haberleşme Hukuku” terimini kullanmayı tercih ettik.

Bu çalışmamızda elektronik haberleşme sektörü içerisinde uygulanan idari yaptırımlarının neler olduğu, bu yaptırımların yargı organları tarafından yargısal denetiminin nasıl yapılacağı sorusunun cevabı araştırılacaktır.

İlk bölümde, elektronik haberleşme kavramı, sektöre hakim olan ilkeler, sektörün hem Batı ülkelerinde hem de Türkiye'deki geçmişten günümüze olan değişimi ve sektördeki yetkili kurumlar üzerinde durulacaktır.

İkinci bölümde, idari yaptırım kavramı, elektronik haberleşme hukukunda düzenlenen yaptırım türleri ve bu yaptırımlara ilişkin çeşitli hükümler incelenecektir.

³ 23.01.2004 tarihli ve 25355 sayılı RG.

⁴ 23.05.2007 tarihli ve 26530 sayılı RG.

⁵ 11.07.2001 tarihli ve 24459 sayılı RG.

Son bölümde ise, elektronik haberleşme hukukunda düzenlenen idari yaptırımların idari-adli yargı organı tarafından yargısal denetimi üzerinde durulacaktır. İdari yargı organı tarafından yapılan yargısal denetim, davanın ön şartları ve idari işlemin unsurları şeklinde ikiye ayrılarak incelenecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

ELEKTRONİK HABERLEŞME HİZMETLERİNİN

HUKUKİ REJİMİ

I. ELEKTRONİK HABERLEŞME KAVRAMI VE ELEKTRONİK HABERLEŞME HİZMETLERİNE HAKİM OLAN İLKELER

1. Elektronik Haberleşme(Telekomünikasyon) Kavramı

Telekomünikasyon kavramı, iletişim anlamına gelen “communication” kelimesinin⁶ önüne Yunanca uzak anlamına gelen “tele” kelimesinin gelmesiyle oluşmuştur. Telekomünikasyon kavramı, “uzaklarla bilgi paylaşımı” anlamına gelmektedir⁷. Teknik olarak ise, bilgi enerjisinin elektrik enerjisine dönüştürülmek suretiyle uzak mesafelere gönderilmesi durumudur⁸.

Telekomünikasyon kavramı mevzuatımızda ilk kez 4000 sayılı Kanun⁹ ile kullanılmaya başlanmıştır. Kavramın tanımı ise ilk defa 4502 sayılı Kanun’da yapılmıştır. 4502 sayılı Kanun’da telekomünikasyon, işaret ve sembol gibi ses ve görüntülerin veya elektrik sinyallerine dönüştürülebilmesi mümkün olan her türlü verinin iletişim sistemleri vasıtasıyla gönderilmesi ve alınması olarak tanımlanmıştır. Bu tanım, Telgraf ve Telefon Kanuna¹⁰ dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde de benimsenmiştir. Hatta sektörün düzenleyici ve denetleyici kurumunun adı da “Telekomünikasyon Kurumu” olarak kabul edilerek farklı terimlerin kullanılmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

2008 yılında çıkarılan Elektronik Haberleşme Kanunu’na kadar telekomünikasyon terimi kullanılmış, bu kanunla birlikte sektörde telekomünikasyon terimi yerine “elektronik haberleşme” terimi kullanılmaya başlanmıştır. EHK’nın 3.maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde, elektronik haberleşmenin “*Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo,*

⁶ İletişim sözcüğü, Latince kökenli communis, communication sözcüğünün karşılığına denk gelmektedir. Bkz. **OSKAY**, Ünsal, İletişimin ABC’si, Der Yayınları, İstanbul 2001, s. 1.

⁷ **GOLENIEWSKI**, Lillian-JARRETT, K. Wilson, Telecommunications Essentials, Second Edition: The Complete Global Source, Addison Wesley Professional, Indianapolis 2006, s.6

⁸ **TAŞKIN**, Cebail, Ağ Teknoloji ve Telekomünikasyon, Pusula Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 1.

⁹ 18.06.1994 tarihli ve 21964 sayılı RG.

¹⁰ 21.02.1924 tarihli ve 59 sayılı RG.

telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınmasını” ifade ettiği belirtilmiştir.

Bu tanımlar doğrultusunda, “telekomünikasyon” kavramı ile “elektronik haberleşme” kavramı arasında belirgin bir fark olmadığı söylenebilir. Kanunun gerekçesine bakıldığında, “elektronik haberleşme” teriminin Avrupa Birliği(AB) Mevzuatı’nın¹¹ bu alanda kabul ettiği terminolojiye uyum sağlanması amacıyla kullanıldığı anlaşılmaktadır. Aslında, elektronik haberleşme ifadesiyle telekomünikasyon hizmetleri kast edilmektedir¹². Telekomünikasyon denildiğinde de telgraf ve sesin iletilmesi gibi faaliyetler akla gelmektedir¹³. Ancak, günümüzde ses dışında görüntü ve elektronik ortama aktarılmış birçok veri iletilmesi gibi faaliyetler gelişmiştir. Telekomünikasyon teriminin bu faaliyetleri kapsamaması nedeniyle daha geniş bir alanı kapsayan elektronik haberleşme kavramı kullanılmaktadır.

Kısaca, teknolojilerin gelişmesi ve yeni ürünlerin ortaya çıkması telekomünikasyon kavramının elektronik haberleşme kavramına dönüşmesine neden olmuştur.

2. Elektronik Haberleşme İle Bağlantılı Temel Kavramlar

Mevzuatta elektronik haberleşme ile bağlantılı birçok kavram bulunmaktadır. Bu kavramlardan elektronik haberleşme sektörünün işleyişi ve çalışmamızın konusu açısından önemli kavramlar aşağıda açıklanacaktır. Bunun dışındaki özel kavramlara ise, çalışmamızın ilgili başlıklarında değinilecektir.

Elektronik haberleşme ile bağlantılı temel kavramlardan ilki “işletmeci” kavramıdır. EHK’nın 3.maddesinin (z) bendine göre işletmeci, yetkilendirmeye dayanarak faaliyette bulunan ve/veya şebeke sağlayan ve altyapıyı çalıştıran şirkettir. Bu tanıma göre, elektronik haberleşme hizmetini sadece tüzel kişiler

¹¹ bkz. **KARADENİZLİ**, Dilek, Elektronik Haberleşme Endüstrisinde Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, GÜHFD, C.II, 2010, s.1504.

¹² **ÖZTÜRK**, Burak, Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, Sy.1, Ankara 2009, s.27; “Telekomünikasyon kavramının tanım ve kapsamı hakkındaki açıklamalar, görüş ve düşünceler aynı zamanda elektronik haberleşme kavramı için de geçerlidir” bkz. **ÖZELÇİ**, Aytaç, Elektronik Haberleşme Alanında İdarenin Düzenleme, Denetleme ve Yaptırım Yetkisi, İstanbul 2012, s.58, (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

¹³ **KENT**, Bülent, Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, Ankara 2012, s.171.

verebileceklerdir. Tüzel kişilerinde anonim veya limited şirket statüsünde olması gerekmektedir¹⁴.

İşletmecilerin elektronik haberleşme sektöründe faaliyette bulunabilmesi amacıyla yetkilendirilmeleri gerekir. EHK'nın 3.maddesinin (ccc) bendinde yetkilendirme, elektronik haberleşme hizmeti sunmak isteyen şirketlerin Kurum tarafından kayıtlanmasıyla birlikte bazı hak ve yükümlülüklerin verilmesi şeklinde tanımlanmıştır.

Kullanıcı kavramı, EHK'nın 3.maddesinin (cc) bendinde, elektronik haberleşme hizmetinden yararlanan gerçek veya tüzel kişilerdir. Kullanıcı kavramıyla ilgili olan abone kavramı ise EHK'nın 3.maddesinin (a) bendinde, *“Bir işletmeci ile elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna yönelik olarak yapılan bir sözleşmeye taraf olan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder”* şeklinde tanımlanmıştır. Bu iki tanıma bakıldığında, abone ve kullanıcı kavramının birbirinden farklı olduğu görülmektedir. Elektronik haberleşme hizmeti satın almak amacıyla işletmeci ile yapılan sözleşmede hizmeti satın alana abone denilmektedir. Kullanıcı ise, aralarında sözleşme ilişkisi bulunmaksızın elektronik haberleşme hizmetinden yararlanan kişidir¹⁵. Abone ve kullanıcılar hem gerçek kişi hem de tüzel kişi olabilir.

Kullanıcı ve abone dışında elektronik haberleşme hizmetinden yararlanabilenlerden biri de tüketicilerdir. EHK'nın 3.maddesinin (uu) bendinde tüketici, mesleki veya ticari olmayan amaçlarla elektronik haberleşme hizmetinden yararlananlar olarak ifade edilmiştir. Buna göre, tüketicinin varlığından söz edebilmek için hizmetin ticari olmayan amaçlarla edinilmesi, kullanılması veya yararlanılması gerekir. Elektronik haberleşme hizmetinden tüketici sıfatıyla yararlanan kişi olmanın hukuki sonucu, diğer bütün hukuki işlemlerde olduğu gibi, tüketiciyi koruyan mevzuat hükümlerinden yararlanabilmektir¹⁶.

Bir başka temel kavram arabağlantı kavramıdır. EHK'nın 3.maddesinin (e) beninde ise ara bağlantı kavramı, kullanıcıların diğer işletmecilerin kullanıcılarıyla

¹⁴ 28.05.2009 tarihli ve 27241 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 7.maddesinde işletmecilerin Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş bir anonim veya limited şirket statüsünde olması gerektiği belirtilmiştir. Bu yönetmelik çalışmanın devamında Yetkilendirme Yönetmeliği olarak anılacaktır.

¹⁵ **YILDIZ**, Mustafa Göktürk, Son Kullanıcı ile Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 13.

¹⁶ **YILDIZ**, s.15-16.

bağlantılarının sağlanması veya başka bir işletmecinin sunmuş olduğu hizmetten yararlanması amacıyla bir işletmeci tarafından kullanılan şebekelerin birbirlerine fiziksel ve mantıksal olarak bağlanması olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre ara bağlantı, elektronik haberleşme hizmeti sunabilen işletmecilerin kendi şebekeleriyle sabit veya mobil telefon hizmeti veren diğer işletmecilerin şebekeleri arasında bağlantı kurabilmek için bu işletmeciler ile anlaşarak kendi aboneleri ile diğer işletmenin abonelerinin haberleşmesini sağlamasıdır¹⁷. Arabağlantı aslında, şebekelerin birbirleri ile haberleşmesine olanak sağlayan bir erişim metodudur. Arabağlantı ile ilgili olan şebeke kavramı ise EHK'nın 3.maddesinin (k) bendinde, elektronik haberleşmeyi sağlamak için bir veya birden fazla nokta arasında bağlantıyı sağlayan her türlü iletişim ağı şeklinde tanımlanmıştır.

Dolaşım ise EHK'nın 3.maddesinin (üü) bendinde, bir işletmeciye ait hizmetlerin başka bir işletmecinin kullanıcılarına veya abonelerine ait ekipmanlar vasıtasıyla sunulması olarak tanımlanmıştır. Dolaşım ile sektöre yeni giren bir işletmecinin başka bir işletmecinin daha önce kurulmuş bir donanım veya altyapısından aralarında kuracakları bir sözleşme ile yararlanma imkânı sağlanmaktadır¹⁸.

3. Elektronik Haberleşme Hizmetlerine Hakim Olan İlkeler

Elektronik haberleşme hizmetlerini düzenleme ve denetleme yetkisi bulunan BTK'nın bu yetkisinin sınırlarının tespit edilmesi, elektronik haberleşme hizmetinden yararlanan tüketicilerin haklarının korunması açısından yetkilerinin neler olduğu ve yetkilendirmeye sektörde işletmeci olarak faaliyet gösteren özel hukuk kişilerinin faaliyetleri yerine getirirken uyması gereken kuralların belirlenmesi açısından elektronik haberleşme hizmetlerine hakim olan ilkelerinin belirlenmesi gerekmektedir.

Elektronik haberleşme sektörünün temel yapısının değişmesi ve serbestleşme sonrasında, kamu hizmetine ilişkin ilkelerin yanı sıra özel hukuk ilkelerinin de elektronik haberleşme hizmetlerine hakim olan ilkeler arasına girmesine neden olmuştur. Kamu hizmetinin temel ilkeleriyle birlikte sektörün yeni ilkeleri de

¹⁷ **GOJAYEVA**, Alvina, Türk Hukukunda Arabağlantı Sözleşmesi, AÜHFD, C.61, Sy.3, Ankara 2012, s. 1060.

¹⁸ **ULUSOY**, Ali, Telekomünikasyon Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s.80.

EHK'nın "İlkeler" başlıklı 4.maddesinde düzenlenmiştir. Hizmeti denetleyen ve düzenleyen BTK'nın, hizmeti sağlayan işletmeciler ve hizmetten yararlanan tüketicilerin bu ilke ve kurallara uyması gerekir.

Anılan maddede, elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulmasında ve bu hizmetlere ilişkin yapılacak düzenlemelerde bu ilkelerin göz önüne alınacağı ifadesine yer verilerek elektronik haberleşme hizmetlerinin belirli bir usuli çerçeve içerisinde yürütülmesi amaçlanmıştır.

Elektronik haberleşme sektörüne hakim olan ilke ve kurallar:

- Serbest Rekabet Ortamının Sağlanması ve Korunması İlkesi,
- Eşitlik İlkesi (Ayrım Gözetmeme İlkesi),
- Açıklık, Şeffaflık ve Güvenirlik İlkesi
- Tüketicinin Korunması İlkesi,
- Değişkenlik ve Kalite İlkesi,
- Süreklilik İlkesi,
- Gizlilik İlkesi olarak sıralanabilir.

3.1. Serbest Rekabet Ortamının Sağlanması ve Korunması İlkesi

Serbest rekabet ilkesi, idare hukuku ve kamu hizmeti kavramına yabancı bir ilkedir. Küreselleşme ile birlikte devletin piyasalardaki rolünün artması sonucunda, devletin ağırlıklı olarak tarafsız hareket ederek hakem rolünü üstlenmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmıştır¹⁹. Buna bağlı olarak ülkemiz iç mevzuatının AB düzenlemeleriyle uyumlaştırılmaya çalışılması neticesinde piyasalarda serbest rekabet ortamının sağlanması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu süreç içerisinde, kamu hizmeti kavramına yabancı olan serbest rekabet ilkesi, kamu hizmeti niteliğinde olan elektronik haberleşme hizmetinin temel ilkelerinden biri haline gelmiştir.

EHK'da benimsenin temel ilkeler doğrultusunda piyasada faaliyet gösteren işletmeciler piyasa fiyatlarını kendileri belirleyebilmektedir. Ancak işletmecilere tanınan bu özgürlük, serbest ve etkin rekabetin sağlanması ve korunması ile mümkün olacaktır²⁰.

¹⁹ **ÖZ**, Gamze-**GÜL**, İbrahim-**CANTÜRK**, İsmet, Rekabet ve Küreselleşme Olgusu Karşısında Devletin Rolü, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2008, s. 67.

²⁰ **AKKANAT**, Halil(Ed.), Telekomünikasyon Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s.80.

EHK'nın 4.maddesinin (a) bendi uyarınca serbest ve etkin rekabetin sağlanması ve korunması ilke olarak kabul edilmiştir. EHK'nın "Rekabetin Sağlanması" başlıklı 7.maddesinde, elektronik haberleşme alanında rekabetin sağlanmasına yönelik özel düzenlemeye yer verilmiştir. Bu madde ile Rekabet Kurumu, elektronik haberleşme sektöründe meydana gelen rekabete aykırı uygulamaları kendiliğinden veya şikayet üzerine incelemeye ve soruşturmaya, gerekli tedbirleri almaya yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır.

Serbest rekabet ortamının sağlanması ve korunma ilkesi, haksız rekabet yasağını da kapsamaktadır. Kanunun 7.maddesinde rekabete aykırı davranış ve uygulamalar yasaklanmış olup, bu madde hükmü uyarınca elektronik haberleşme faaliyeti yürüten işletmeciler rekabete aykırı davranışta bulunamayacaklardır. Ayrıca, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 54 vd. maddelerinde düzenlenen haksız rekabet hükümleri burada da uygulama alanı bulacaktır²¹.

Serbest rekabet ortamının sağlanabilmesi için EHK'nın 14.maddesinin (d) bendinde tarifelerin, rekabetin engellenmesi, bozulması ya da kısıtlanmasına neden olacak şekilde belirlenmemesi gerektiği belirtilmiştir. 15. ve 16.maddelerinde de BTK'nın erişim bakımından rekabet durumunu dikkate alacağı ve bir işletmecinin diğer bir işletmecinin erişimine izin vermemesinin veya erişimi makul olmayan süre ve şartlarda ileri sürmesinin rekabet ortamının oluşumunu engelleyeceğine karar vermesi halinde işletmecilere diğer işletmecilerin erişim taleplerini kabul etme yükümlülüğü getirebileceği düzenlenmiştir.

Ayrıca, EHK'nın 4.maddesinin (ı) bendinde, işletmecilerin hizmet bedeli olarak alacakları ücretleri serbestçe belirleyebilecekleri hükmü yer almaktadır.

EHK'da BTK'nın ve Bakanlığın görevleri arasında bu ilkeye yer verilmesi, sektördeki rekabet ortamının sağlanmasının ne denli önemli olduğunu göstermektedir. Hem Bakanlık hem de BTK bu ilkeye riayet etmek suretiyle kendisine verilen görevleri yerine getirmek zorundadır.

²¹ **EKİCİ**, Şerafettin, Özel Sektöre Açıldıktan Sonra Türk Telekomünikasyon Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s.24.

3.2. Eşitlik ilkesi (Ayrım Gözetmeme Yükümlülüğü)

Eşitlik ilkesinin geçerli olduğu bir ülkede bireyler kendilerini ifade edebilir, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilirler²². Bu ilke gereğince idare, herkese eşit bir biçimde hizmet sunmak ve bu hizmetlerden herkesin eşit bir biçimde yararlanmasını sağlamak zorundadır. Ayrıca idare, sadece hizmetin sunulmasında değil, hizmetten yararlanılmasında da eşit davranması gerekir. Anayasanın “Kanun Önündeki Eşitlik” kenar başlığını taşıyan 10. Maddesinde yola çıkarak, idarenin her türlü işleminde eşit davranma zorunluluğu bulunduğunu söyleyebiliriz.

Eşitlik ilkesi, EHK’nın 4.maddesinin d bendinde, eşit şartlarda bulunan kullanıcılar, aboneler ve işletmeciler arasında ayırım gözetilmeden hizmetlere benzer konumdaki kişiler tarafından eşit şartlarda ulaşılabilmesi olarak tanımlanmış ve elektronik haberleşme hizmetleri açısından geçerli bir ilke olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda 4.maddenin (j) bendinde yer verilen elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulmasında ve bu hizmetlere ilişkin yapılacak düzenlemelerde tarafsızlığın sağlanması ifadesi de aynı ilkenin bir yansımasıdır²³.

EHK’nın tarifelerin düzenlenmesine ilişkin ilkeleri düzenleyen 14.maddenin (b) bendinde, erişim yükümlülüğünü düzenleyen 16.maddenin beşinci fıkrasında, geçiş hakkı talebinin kabulünü düzenleyen 23.maddenin ikinci fıkrasında ve ulusal numaralandırma planını düzenleyen 31.maddenin ilk fıkrasında ayırım gözetmeme yükümlülüğünden bahsedilmektedir. Yine, EHK’nın 47.maddede, hizmetten yararlananların eşit hizmet alabilme hakkı olduğu ifade edilmiştir. Anılan maddenin son cümlesi doğrultusunda hizmetten yararlananların bu hakkının kapsamı vb. hususlar Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği’nde²⁴ düzenlenmiştir.

Hem 406 sayılı Kanun’da hem de EHK’da elektronik haberleşme hizmetleri açısından eşitlik ilkesi önemli bir usul kuralıdır. İfade edilen eşitlik ile BTK’nın yapacağı uygulamalar, yetkilendirmeler, denetlemeler ve yaptırımlar konusunda

²² TEZCAN, Durmuş- ERDEM, Mustafa Ruhan- SANCAKDAR, Oğuz- ÖNOK, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s.33-35.

²³ US, Eser, Hukuki Boyutuyla Evrensel Hizmet, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s.202.

²⁴ 28.10.2017 tarihli ve 30224 sayılı RG.

işletmeciler arasında eşit davranmasını, işletmecilerin ise eşit şartlardaki kullanıcılar, aboneler ve diğer işletmecilere eşit davranmasını gerektirmektedir²⁵.

3.3. Açıklık, Şeffaflık ve Güvenirlik İlkesi

EHK'nın 4.maddesinin (e) bendinde, niteliksel ve niceliksel devamlılık, verimlilik, düzenlilik, güvenirlilik, şeffaflık, açıklık ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerinin elektronik haberleşme sektöründe dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

Liberal ekonomik düzenini benimseyen ülkelerdeki elektronik haberleşme sektörünün en önemli dinamiklerinden biri, işletmecilerin mali yapıları ile yönetimlerinin açık ve şeffaf olmasıdır²⁶. EHK ile açıklık, şeffaflık ve güvenirlilik ilkelerinin benimsenmesi de uluslararası hukukun kanun koyucuyu etkilediğinin açık bir göstergesidir²⁷. Elektronik haberleşme hizmetlerinin kendine özgü niteliği, bu hizmetlerin yürütülüş yöntemleri ile serbest rekabet koşullarının egemen olduğu sektörün özellikleri de bu ilkenin benimsenmesine etki eden nedenler arasında sayılabilir²⁸.

EHK'nın farklı maddelerinde açıklık, şeffaflık ve güvenirlilik ilkelerinden bahsedilmektedir. Bu ilkelerin aslında BTK ve işletmeci yönünden iki farklı uygulama alanı bulunmaktadır. BTK açısından; EHK'nın 6.maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde, işletmeciler ve tüketicileri ilgilendiren Kurul kararlarının alınmasına kadar geçen süreçleri ve gerekçeleri kamuoyuna açıklama yükümlülüğü, anılan kanunun "ulusal numaralandırma planı" başlıklı 31.maddesinin ilk fıkrasında, tarifelere ilişkin düzenlemeleri yaparken benzer koşuldaki kullanıcılar arasında ayırım gözetmeden adil ve şeffaf olmak ve elektronik haberleşme hizmeti, ağı ya da altyapısı için gerekli kaynakların şeffaf, adil ve ayrımcı olmayan ilkeler çerçevesinde yönetimini sağlamak yükümlülükleri bulunduğu söylenebilir.

Bu ilkelerin elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmeciler açısından uygulama alanı daha kapsamlıdır. Temelinde elektronik haberleşme hizmetlerinin düzenli, etkin ve verimli biçimde yürütülmesi ile tüketiciler yönünden

²⁵ EKİCİ, s.29.

²⁶ ULUSOY, Telekomünikasyon Hukuku, s.145.

²⁷ US, s.202.

²⁸ AKKANAT, s.82; ÖZELÇİ, s.158-159.

hizmetten gereği gibi yararlanılması hedeflerini gerçekleştirmek amacına hizmet eden açık ve şeffaf olma ilkesi, işletmecilerin mali ve idari yapıları ile hizmet sunum standartlarının kamuoyu denetimine açık olmasıyla somutlaşmaktadır²⁹.

Açıklık ve şeffaflık ilkesi aslında içerisinde güvenilirlik ilkesini de barındırmaktadır. EHK’da güvenilirlik ilkesi daha çok işletmecilerin faaliyetleri açısından geçerli olup, BTK’ya işletmecilerin bu faaliyetlerini güvenilirlik ilkesi yönünden denetleme yetkisi tanınmıştır. Kanununun 57.maddesinde işletmecilerin, çalıntı veya kaçak cihazlarla elektronik haberleşme hizmeti veremeyeceği, yasal olmayan cihazların haberleşme şebekelerine bağlanılmalarını önlemek amacıyla ilgili teknik altyapı ve sistemin güvenliği ve güvenilirliğini sağlamak ve aksamaksızın işletmekle yükümlü oldukları belirtilmiştir.

Açıklık ve şeffaflık ilkeleri, aleniyet ilkesiyle bağlantılıdır. Elektronik haberleşme hizmetlerinin doğrudan kamu hizmeti olarak nitelendirildiği 406 sayılı Kanun döneminde aleniyet ilkesinin, açıklık ve şeffaflık ilkelerini de kapsayacak şekilde kullanıldığı görülmektedir³⁰. Günümüz elektronik haberleşme hizmetlerinin kendine özgü yapısı, kamu hizmetinden uzaklaşma özelliği gibi nedenler dikkate alındığında aleniyet ilkesinin tüm elektronik haberleşme faaliyetleri açısından geçerli kabul edilmezken, kanun koyucu bazı durumlarda aleniyet ilkesinin geçerli olduğunu kabul etmiştir. Örneğin, EHK’nın “erişim anlaşmaları ve uyumsuzlukların çözümü” kenar başlıklı 18.maddesinin dördüncü fırfasında, erişim anlaşmalarının ticari sırlar dışında aleni olduğu düzenlenerek, erişim anlaşmaları açısından aleniyet ilkesi kabul edilmiştir.

Bu ilkelere, EHK dışında BTK tarafından çıkarılan yönetmeliklerde de yer verilerek elektronik haberleşme hizmetleri yönünden belirli bir standart getirilmeye çalışılmıştır. Ancak bu ilkeler mutlak nitelikte olan ilkelerden olmayıp, serbest ve etkin rekabetin sağlanması için gerekli ölçüde dikkate alınması gerekir. Bu ilkelerin uygulama alanı bulunduğu durumlarda BTK’nın ölçülülük ilkesini de dikkate alarak rekabet ortamının sağlanması ile işletmecinin bazı bilgileri ifşa etmeme arasındaki dengeyi kurması gerekir³¹.

²⁹ ÖZELÇİ, s.159-160.

³⁰ EKİCİ, s.35.

³¹ AKKANAT, s.83.

3.4. Tüketicilerin Korunması İlkesi

EHK'da serbest rekabet ortamının sağlanması ve korunması ilkesi, eşitlik ilkesi ile açıklık, şeffaflık ve güvenilirlik ilkelerine yer verilmesinin temel nedenlerinden biri aslında tüketicinin korunmasını sağlamaktır. BTK bir kararında³², tüketicilerin refahının artırılmasının düzenleyici kurumların en önemli amaçlarından biri olduğunu vurgulamıştır.

EHK'nın 1.maddesinde de kanunun amaçlarından birinin tüketici haklarının gözetilmesi olduğu vurgulanmıştır. Kanunun 4.maddenin (b) bendinde, tüketicilerin korunması ilkesi benimsenmiştir. Aynı maddenin (i) bendinde de tüketicinin korunması için asgari uluslararası normların dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Kanun koyucu, elektronik haberleşme hizmetleri açısından tüketicilerin korunması ilkesine önem vermiş, EHK'nın birçok maddesinde tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler getirmiş ve BTK'ya bu konuda geniş yetkiler vermiştir. BTK'nın görev ve yetkilerinin düzenlendiği 6.maddenin birinci fıkrasının (t) bendi ve 14.madde hükümleri örnek olarak gösterilebilir. EHK'nın 12.maddesinde BTK'nın işletmecilere tüketicilerin korunması ilkesi çerçevesinde yükümlülük getirebileceğini hüküm altına alınmıştır.

Tüketicilerin korunması konusunda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un³³ bulunduğunu ifade etmekte yarar vardır. Bu kanunla, tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarının korunması amacıyla, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirme gibi hususlar düzenlenmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda düzenlenen esaslar dikkate alınarak BTK tarafından Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği çıkarılmıştır. Bu düzenlemenin 5.maddesinde tüketicilerin hakları, 6.maddesinde ise işletmecinin tüketicileri bilgilendirme yükümlülüğü düzenlenmiştir.

³² BTK'nın 17.06.2013 tarihli ve 2013/DK-ETD/359 sayılı kararı, bkz.(<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:25.03.2018.

³³ 28/11/2013 tarihli ve 28835 sayılı RG.

3.5. Değişkenlik ve Kalite İlkesi

Toplumun ihtiyaçlarının sürekli değişim göstermesi kamu hizmetlerinin de bu değişime ayak uydurmasını gerektirmektedir. Kamu hizmetinin temel ilkelerinden biri olan değişkenlik ilkesine, uyum ilkesi de denmektedir³⁴. Bu ilke gerek idari kamu hizmetleri gerekse sinai ve ticari kamu hizmetleri için geçerli olan bir ilke olup³⁵, elektronik haberleşme sektörünün hızlı bir değişim içerisinde olduğu da düşünüldüğünde ilkenin önemi ön plana çıkmaktadır. Zira, elektronik haberleşme hizmetlerinin gereği gibi etkin ve verimli bir şekilde sunulabilmesi, bu alanda yaşanan teknolojik gelişmelere uyum sağlanmasıyla gerçekleşebilir.

Elektronik haberleşme hizmetlerinin teknolojik gelişmelere uyum sağlayarak değişmesi sebebiyle eski durumdan doğan kazanılmış hak iddiası söz konusu olabilir. Ancak, hem doktrinde hem de yüksek mahkeme kararlarında kamu hizmetinin değişken olduğu ve bu değişiklik nedeniyle kazanılmış hakkın söz konusu olamayacağı ifade edilmektedir³⁶.

Elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesinde öneme sahip bir diğer ilke olan kalite ilkesi, sunulan hizmetlerin belli bir kalite standardın üzerinde olması gerektiği şeklinde ifade edilmektedir³⁷. Bu ilke ile elektronik haberleşme hizmeti yürüten işletmecilerin bu hizmeti yerine getirirken hizmetin belli bir standartın veya kalitenin altında sunulması engellenmiştir. Aslında değişkenlik ilkesi tanımı ve kapsamı dikkate alındığında kalite ilkesini de kapsadığı görülmektedir. EHK'nın 4.maddesinin (g) bendinde, teknolojik yeniliklerin uygulanması ile araştırma-geliştirme ve yatırımlarının teşvik edilmesi ilkesiyle değişkenlik ilkesi, 4.maddenin (ü) bendinde ise, hizmet kalitesinin artırımının teşvik edilmesi ilkesiyle de kalite ilkesi vurgulanmıştır.

Değişkenlik ve kalite ilkesi, Elektronik Haberleşme Sektöründe Hizmet Kalitesi Yönetmeliği'nin³⁸ 4.maddesinde de düzenlenmiştir. Buna göre, hizmet kalitesi ölçütlerinin güncel ve anlaşılabilir olması, hizmet standartlarına ilişkin bilgilerin erişilebilir ve kıyaslanabilmesi mümkün olması ve sunulan hizmetlerin

³⁴ GÖZLER-KAPLAN, s.539; ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, s.243.

³⁵ GÖZLER-KAPLAN, s.539.

³⁶ ÖZELÇİ, s.167-168; EKİCİ, s.59.

³⁷ EKİCİ, s.36.

³⁸ 12.09.2010 tarihli ve 27697 sayılı RG.

değişen koşullar çerçevesinde uluslararası standartlarda ve ölçütlere uygun olması gerekir. Değişkenlik ve kalite ilkelerinin uygulamasını ise Bakanlık, BTK ve işletmeciler gerçekleştirecektir. Elektronik haberleşme sektörü teknolojik gelişmelerden en çok etkilenen sektörlerden biri olduğundan hem BTK'nın hem de Bakanlığın değişkenlik ilkesine uygun olarak günün koşullarına uyum sağlamaları gerekmektedir.

3.6. Süreklilik İlkesi

Süreklilik ilkesi kamu hizmetinin temel ilkelerinden biri olup, bir hizmetin devamlı ve düzenli olarak yapılmasını ifade etmektedir³⁹. Hizmetin devamlı olarak yapılması hizmete ara verilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Hizmetin kanunun öngörmediği bir şekilde kesintiye uğramadan devamlı suretle yerine getirilmesi gerekir⁴⁰.

Günümüzde haberleşmenin insan yaşamının temel ihtiyaçları arasında olduğu da düşünüldüğünde elektronik haberleşme hizmetinin kesintiye uğramaması amacıyla gerekli tedbirlerin alınması gerekir. Bu sebeple, elektronik haberleşme hizmetleri yönünden süreklilik ilkesi benimsenerek hizmetlerin kesintiye uğramaması amaçlanmıştır.

5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanun'unun⁴¹ 3.maddesinde ilkeler arasında da süreklilik ilkesi sayılmıştır. Buna göre evrensel hizmetin sunulmasında ve ulaşmasında devamlılığın esas olduğu belirtilmektedir⁴².

EHK'nın 4.maddesinin (e) bendinde, elektronik haberleşme hizmetlerinin kanunda aksi belirtilmedikçe ya da objektif nedenler aksini gerektirmedikçe, niteliksel ve niceliksel devamlılık, düzenlilik, güvenilirlik, verimlilik ilkelerine uygun şekilde yürütülmesi gerektiği düzenlenmiştir.

EHK'nın "Hacedilmezlik ve haberleşme hizmetlerinin sürekliliği" kenar başlıklı 34.maddesinde genel bir Hacedilmezlik kuralı getirilerek haberleşme hizmetlerinin kesintiye uğramasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

³⁹ ÇAĞLAYAN, s.242; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.594.

⁴⁰ GÖZLER-KAPLAN, s.538.

⁴¹ 25.06.2005 tarihli ve 25856 sayılı RG.

⁴² Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KENT, s.187 vd.; US, s.199.

EHK'nın 4.maddesinin (c) bendinde belirtilen Bakanlığın belirlemiş olduğu strateji ve politikaların gözetilmesi kuralı süreklilik ve düzenlilik ilkelerinin bir yansımasıdır⁴³.

3.7. Gizlilik ilkesi

Anayasa'nın 19.maddesinde herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu, 20.maddesinde özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağı ve 22.maddesinde herkesin haberleşme özgürlüğüne sahip olduğu ve haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu güvence altına alınmıştır. AİHS'nin 8.maddesinde, özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı güvence altına alınmış, haberleşmenin gizliliği ise bağımsız olarak düzenlenmemiştir. Aslında, özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü kavramları haberleşme gizliliği kavramını da kapsamaktadır. Sözleşmede haberleşme gizliliğinden bahsedilmese de, AİHM'nin kararlarında haberleşmenin gizliliğinin de 8.maddede düzenlenen "özel hayatın gizliliği hakkı" kapsamında değerlendirmektedir.

Devlet, toplumun ve bireylerin huzur ve mutluluğunu sağlamak ve bireylerin maddi ve manevi varlıklarının gelişmesi için gerekli zemini hazırlamak zorundadır. Bu doğrultuda özel hayatın gizliliğinin sağlanması amacıyla haberleşmenin gizliliğini ve bireylerin kişisel verilerini koruması gerekir.

AB mevzuatında, ilk olarak telefon, mobil ağlar ve diğer elektronik haberleşme sistemlerine ilişkin kullanıcıların iletişiminin gizliliğini sağlamak amacıyla özel hükümler içeren 97/66/EC sayılı Telekomünikasyonun Gizliliği Direktifi kabul edilmiştir. Akabinde, 2002/58/EC sayılı Kişisel Verilerin Korunması Direktifi kabul edilmiştir⁴⁴. AB mevzuatında kabul edilen bu direktifler EHK'nın hazırlanmasında dikkate alınmıştır. Kanun koyucu, bireylerin kişisel verilerinin ve haberleşmenin gizliliğinin korunmasına önem vermiş ve bu konuyu EHK'nın 51.maddesinde özel olarak düzenlemiştir.

Elektronik Haberleşme Kanununun 4.maddesinin (1) bendinde, bilgi güvenliği ve haberleşmenin gizliliğinin gözetilmesi gerektiği düzenlenerek bireylerin özel hayatın gizliliğinin korunması amaçlanmıştır. EHK'nın 6.maddesinin birinci

⁴³ US, s.201.

⁴⁴ KÜZECİ, Elif, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s.187 vd.

fikrasının (c) bendinde, BTK'ya tüketicilerin kişisel bilgilerinin işlenmesi ve gizliliğin korunması için gerekli düzenlemeleri ve denetlemeleri yapma konusunda görev verilmiştir.

EHK'nın 51.maddesinin birinci fıkrasında kişisel verilerin işlenmesinde⁴⁵ uyulması gereken kural ve ilkelerden bahsedilmiştir. Kişisel veriler işlenirken hukuka ve dürüstlük kuralına uygun şekilde hareket edilmesi, doğru ve güncel olması, meşru olmayan amaçlar için işlenmemesi, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması ile işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesi ilkelerine uyulması gerekmektedir. İkinci fıkrada, elektronik haberleşme hizmetlerinin ve ilgili trafik verisinin gizli olması gerektiği vurgulanarak haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası olmaksızın haberleşmenin dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması ve takip edilmesinin yasak olduğu düzenlenmiştir. Mevzuatta aksine bir hüküm bulunması halinde veya mahkeme kararlarının öngördüğü durumlarda bu gizliliğin kaldırılabilmesi de belirtilmiştir. 6.fıkrada uyarınca da, konum ve trafik verilerinin ilgililerin açık rızaları alınmadan yurt dışına aktarılamayacaktır.

Konum verileri yönünden de abonelere ve kullanıcılara bu verilerin işlenmesini reddetme hakkı tanınmış olup, abonelerin ve kullanıcıların açık rızası olmaksızın konum verilerinin işlenmesi mümkün değildir. İstisnası ise, acil yardım çağruları ile Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda⁴⁶ tanımlanan afet ve acil durum hâlleridir. Bu hallerde kimlik bilgileri ve konum verileri işletmeci tarafından yetkilendirilen kişilerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebilecektir.

EHK'nın 51.maddesinin 10.fıkrasında, kişisel verilerin hangi sürede saklanacağı düzenlenmiştir. Buna göre;

- İnceleme, soruşturma veya denetlemeye konu kişisel veriler ilgili sürecin tamamlanmasına kadar,
- Kişisel verilere veya sistemlere yapılan erişimlere ilişkin işlem kayıtları iki yıl,

⁴⁵ **ÖZDEMİR**, Hayrunnisa, Haberleşmenin Gizliliği ve Kişisel Veriler, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, Sy.1-2, 2009, s.291.

⁴⁶ 17.06.2009 tarihli ve 27261 sayılı RG.

- Abonelerin veya kullanıcıların kişisel verilerin işlenmesine ilişkin rızalarını gösteren kayıtlar asgari abonelik süresince,

saklanabilecektir.

Anılan maddenin 13.fıkrasında, bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Kurum tarafından belirleneceği düzenlenmiş ve bu kapsamda BTK tarafından hazırlanan “Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik”⁴⁷ çıkarılmıştır. Bu Yönetmelikte işletmecilere kişisel verilerin ve haberleşmenin gizliliğinin korunmasına ilişkin birçok yükümlülük getirilmiştir⁴⁸. Yönetmeliğe göre, işletmecilere getirilen yükümlülüklerle uygun davranılmaması durumunda, BTK tarafından idari yaptırım uygulanabilecektir.

İdari yaptırım dışında, Türk Ceza Kanunu’nda⁴⁹ da gizliliğin ihlali niteliğinde olan bazı fiillerin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. TCK’da, haberleşmenin gizliliğini ihlal, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması, özel hayatın gizliliğini ihlal, kişisel verilerin kayıt edilmesi, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme suçları yer almaktadır.

Yukarıda sayılan elektronik haberleşme sektörüne hakim olan ilkeler dışında sözleşme serbestisi ve evrensellik ilkeleri de bu ilkeler arasında sayılabilir. Ancak elektronik haberleşme hizmetlerinde sözleşme serbestisinin tam olarak geçerli olmaması⁵⁰ ve evrensellik ilkesinin de evrensel hizmet kapsamında değerlendirilmesi nedeniyle bu ilkelere değinilmeyecektir.

⁴⁷ 24.07.2012 tarihli ve 28363 sayılı RG.

⁴⁸ Yönetmeliğin 17.maddesinin a bendi ile arayan kullanıcıya numarasını gizleme imkanının sağlanması ülkemizde eskiden beri tartışılmıştır. Aynı maddenin c bendinde arayan numaranın gizli olması durumunda gelen aramaların reddedilmesi imkanının bulunması ve işletmecilerin Yönetmeliğin 13.maddesi kapsamında bu aramaları 1 yıl süre ile saklaması gerektiği de unutulmamalıdır.

⁴⁹ 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı RG.

⁵⁰ *EKİCİ*’ye göre elektronik haberleşme hukukunda “sözleşme serbestisi” işletmecilerin diğer işletmecilerle, işletmecilerin devletle, işletmecilerin abonelerle sözleşme yapıp yapmamakta serbest olması, eğer sözleşme yapacaklarsa bunun içeriğini serbestçe belirlenebileceği ifade edilmektedir bkz. *EKİCİ*, s.29. Ancak belirtmek gerekir ki, elektronik haberleşme faaliyetlerinin kendine özgü yapısı gereği işletmecilerin devletle veya işletmecilerin abonelerle sözleşme yapıp yapmama konusundaki özgürlüğü sınırsız değildir.

II. ELEKTRONİK HABERLEŞME HİZMETLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE KAPSAMI

1. Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Hukuki Niteliği

Yürürlükte olan EHK veya yürürlükten kalkan kanunlarda elektronik haberleşme hizmetlerinin “kamu hizmeti” olduğuna ilişkin açık bir nitelendirme bulunmamaktadır. Mevzuatta “kamu hizmeti” nitelendirmesi bulunmasa da, elektronik haberleşme hizmetlerin bir kısmının kamu hizmeti olarak kabul edilmesi gerekir. EHK’nın 6.maddesinin birinci fıkrasının (ş) bendinde; kurumun, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülebilmesi amacıyla gerekli tedbirleri alabileceği belirtilmektedir. Yine aynı kanunun 29.maddesinde, kamu hizmetinin kesintiye uğramaması amacıyla yetkilendirmenin devri hallerinde geçiş hakkı anlaşmasının aynı şartlar geçerli kabul edileceği düzenlenmiştir. Kanun koyucu, EHK’nın muhtelif yerlerinde buna benzer hükümlere yer vermiş⁵¹ ve elektronik haberleşme hizmetlerinin bir kısmının kamu hizmeti niteliğinde olduğunu vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi⁵² ve Danıştay⁵³ da elektronik haberleşme hizmetlerinin ülke güvenliğiyle yakından ilgisi olan stratejik öneme sahip bir kamu hizmeti olduğunu kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi, elektronik haberleşme hizmetlerinde herhangi bir ayırım yapmadan tümünü kamu hizmeti olarak nitelendirmiş ise de, günümüz elektronik haberleşme sektöründe hizmetlerinin tümünün kamu hizmeti olarak nitelendirmek pek mümkün değildir.

ULUSOY, kişi ya da kurumların kendi ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurmuş olduğu ve üçüncü kişilere hiçbir şekilde verilmeyen elektronik haberleşme hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğinin olmadığını belirtmektedir⁵⁴. *ULUSOY*’a göre,

⁵¹ Kanunun “Diğer Alt Yapılarla İlişkili Durumlar” başlıklı 27.maddesi ile “Kurumun Yetkisi ve İdarî Yaptırımlar” başlıklı 60.maddesi elektronik haberleşme hizmetlerinin kamu hizmeti olduğunu vurgulayan maddelerdendir.

⁵² Anayasa Mahkemesi, T.23.01.1997, E.1996/57, K.1997/3; Anayasa Mahkemesi, T.28.02.1996, E.1995/38, K.1996/7; Anayasa Mahkemesi, T.07.05.2002, E.2000/17, K.2002/46, kararlara için bkz. (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>), E.T:24.11.2017.

⁵³ Danıştay 13. Dairesi, T.28.6.2005, E.2005/77 K.2005/3315; Danıştay 13. Dairesi, T.17.1.2006, E.2005/1374, K.2006/116; Danıştay 10. Dairesi, T.24.09.1999, E.1996/3874, K.1999/2144; Danıştay 10. Dairesi, T.03.06.1987, E.1987/186, K.1987/1178, kararlara için bkz. (<http://www.kazancı.com/kho2/ibb/giris.htm>), E.T: 24.10.2017.

⁵⁴ *ULUSOY*, Telekomünikasyon Hukuku, s.28.

hizmetin sunulması için görev veya imtiyaz sözleşmesi, genel izin ya da telekomünikasyon ruhsatı gerektiren hizmetler kamu hizmeti niteliğindedir⁵⁵.

Kamu hizmetlerinin görülüş usulleri farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Ancak, bütün kamu hizmetleri açısından geçerli olan ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkeler, süreklilik, eşitlik, değişkenlik ve uyumdur⁵⁶. Belirtilen bu ilkeler dışında teknolojinin gelişmesiyle birlikte kamu hizmeti kavramı da değişime uğramış ve bu değişim doğrultusunda kamu hizmetine “katılma”, “şeffaflık”, “basitlik”, “sorumluluk” ve “ulaşılabilirlik” gibi yeni ilkeler eklenmiştir⁵⁷.

Bu açıklamalar sonucunda, EHK’da elektronik haberleşme hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu açıkça ifade edilmemiş olsa da, bu hizmetlerin kamu hizmeti niteliği taşıdığını belirtebiliriz. Ancak yukarıda da bahsedildiği üzere, tüm elektronik haberleşme hizmetlerinin kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Elektronik haberleşme hizmetlerinden sabit telefon hizmetleri, internet hizmetleri, mobil telefon hizmetleri, telefon rehber hizmetleri, seyir güvenliğine ve deniz haberleşmesine ilişkin haberleşme hizmetleri ve sayısal yayıncılık hizmetleri niteliği itibariyle elektronik haberleşme hizmetleri arasında sayılmakla birlikte, aynı zamanda “evrensel hizmet” kapsamında ayrı hukuksal düzenlemeye tabi tutulmuş olduğundan⁵⁸ evrensel hizmet kavramı üzerinde de durulması gerekmektedir. Evrensel hizmet, 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu’nda düzenlenmiş ve 1.maddede evrensel hizmetin kamu hizmeti niteliğine sahip olduğu zikredilmiştir.

Evrensel hizmet terimi ilk olarak Telgraf ve Telefon Kanunu’nda “asgari hizmet” olarak tanımlanmış, 5369 sayılı Kanun’la evrensel hizmet olarak değiştirilmiştir. Evrensel hizmet terimi Amerikan kökenli olup⁵⁹, kanunda belirtilen şekliyle AB Mevzuatı’nda kullanılan tanımın çevirisi yapılarak benimsenmiştir⁶⁰.

⁵⁵ **ULUSOY**, Telekomünikasyon Hukuku, s.28.

⁵⁶ Kamu Hizmeti İlkeleri için bkz. **GÖZLER-KAPLAN**, s.538 vd.; **GÖZÜBÜYÜK-TAN**, s.591 vd.; **AKYILMAZ**, Bahtiyar-**SEZGİNER**, Murat-**KAYA**, Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 5.Baskı, Ankara 2014, s.551 vd.

⁵⁷ **ULUSOY**, Ali, Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri, Amme İdaresi Dergisi, C.31, Sy.2, 1998, s.30.

⁵⁸ **ÖZELÇİ**, s.62

⁵⁹ **KENT**, s.179.

⁶⁰ **US**, s.116-117; “Kanunda verilen tanımın, Avrupa Birliği hukukunda ve üye ülkelerin telekomünikasyon kanunlarında verilen tanımlarla benzer olduğu görülmektedir.”, **KENT**, s.183.

5369 sayılı Kanun'un 5.maddesinde evrensel hizmetlerin hangi hizmetleri kapsadığı düzenlenmiştir. Yine aynı kanunun 5.maddesinde evrensel hizmet kapsamının, ülkenin sosyal, kültürel, ekonomik ve teknolojik şartları göz önünde bulundurularak Bakanlar Kurulu'nca yeniden belirlenebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle de teknolojik ve ekonomik gelişmelerin her an değiştiği günümüzde, evrensel hizmetin durağan olmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Bakanlık ile Kurum evrensel hizmet faaliyetlerinin yerine getirilmesinde yetkili ve görevli idarelerdir. Evrensel hizmet yükümlüsü ise 5369 sayılı Kanun'un 2.maddesinde, görev ve imtiyaz sözleşmeleri veya genel izin veya ruhsat uyarınca kanun kapsamındaki hizmetleri yerine getirmekle yükümlü kılınan işletmeci olarak tanımlanmıştır. Daha farklı şekilde tanımlamak gerekirse evrensel hizmet yükümlüsü, BTK tarafından yetkilendirilmiş ve 5369 sayılı Kanun kapsamındaki hizmetleri yerine getirmekle yükümlü kılınan işletmecidir⁶¹.

2. Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Kapsamı

Bir haberleşme faaliyetinin elektronik haberleşme kapsamına girip girmeyeceği bu faaliyetin tabi olacağı kuralların belirlenmesi açısından önemlidir. Elektronik haberleşme sektörüne uygulanan kuralların günümüze kadar birçok defa değiştiği de düşünüldüğünde elektronik haberleşme hizmetlerinin kapsamının belirlenmesi zorunluluk arz etmektedir. Bu doğrultuda ilk olarak, haberleşme kavramı ele alınacak, daha sonra haberleşmenin bir kolu olan elektronik haberleşme hizmetlerinin kapsamı belirlenecektir.

Haberleşme, “duygu, düşünce veya bilgilerin akla gelebilecek her türlü yolla başkalarına aktarılması, bildirim”⁶² olarak tanımlanmaktadır. Haberleşme yazılı ve sözlü olmak üzere ikiye ayrılır. Elektronik posta, sms, faks, mektup ve telgraf yazılı haberleşme olarak kabul edilirken; telefon, telsiz gibi alıcı ile verici arasında gerçekleştirilen türü ise sözlü haberleşme olarak kabul edilmektedir⁶³.

Elektronik haberleşme faaliyetlerinin (telekomünikasyon faaliyetlerinin) konusunu, herhangi bir şekilde üretilebilen ve işlenebilen, herhangi bir yerde

⁶¹ KENT, s.192.

⁶² Bkz. (<http://www.tdk.gov.tr>), E.T:25.10.2017.

⁶³ ÖZDEMİR, s.286.

depolanabilen veya dönüştürülebilen her türlü işaret, ses, sembol, görüntü ve diğer elektrik sinyallere dönüştürülebilen her türlü verinin iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması oluşturmaktadır.

Elektronik haberleşme faaliyetlerinin amacı ise, ne şekilde ve nerede üretilmiş, işlenmiş ya da depolanmış olursa olsun, her türlü işaret, ses, sembol, görüntü ve diğer elektrik sinyallere dönüştürülebilen her türlü verinin muhataplara iletilmesi, gönderilmesi, alınması suretiyle, kişiler, kurumlar, bilgisayarlar ve sistemler arasında iletişimin hızlı, etkin, kesintisiz ve kaliteli bir şekilde sağlanmasıdır⁶⁴.

Her iki tanıma da bakıldığında, bir haberleşme faaliyetinin telekomünikasyon veya elektronik haberleşme kapsamına dahil olabilmesi için iki unsurun yer alması gerekir. Birinci unsur olan nitelik unsuruna göre, iletilecek bir ses, görüntü veya elektronik, manyetik veya elektromanyetik sinyallere dönüştürülebilir bir veri olmalıdır. İkinci unsur olan sistem unsuruna göre ise, anılan bu verilerin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektro manyetik sinyallere dönüştürülebilen iletim sistemlerine göre iletilmeleri gerekmektedir⁶⁵. Buna göre, insanların yüz yüze konuşmaları veya gazete yoluyla haber yayınlanması elektronik haberleşme kapsamına dahil olmayacağı gibi⁶⁶, klasik posta hizmetleri de bu kapsama girmemektedir⁶⁷.

Bu açıklamalar çerçevesinde, geleneksel olarak bilinen telefon, teleks, faks ve televizyonun yanı sıra her türlü akıllı cihazla yapılan iletişim ve internetin elektronik haberleşmenin kapsamında olduğunu belirtebiliriz⁶⁸.

⁶⁴ EKİCİ, s.4.

⁶⁵ EKİCİ, s.4.

⁶⁶ EKİCİ s.4-5.

⁶⁷ ÖZELÇİ, s.59.

⁶⁸ KENT, s.175-177; GÜLŞEN, Ahmet Zafer, Telekomünikasyon Sektöründe Özelleştirme, Serbestleşme Ve Düzenlemelerin Etkilerinin Analizi, Ankara 2014, s.6-8, (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

III. ELEKTRONİK HABERLEŞME HİZMETLERİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Elektriğin bulunmasıyla birlikte haberleşme konusunda yeni bir devrin kapıları açılmış ve elektriğin gidebildiği kadar uzak mesafelere kodlanmış işaretlerle haberleşmek mümkün hale gelmiştir⁶⁹.

1837 yılında William Cooke ve Charler Wheatstone tarafından elektriksel kodlar kullanılmak suretiyle haberleşme yapılabilen telgraf cihazı bulunmuştur⁷⁰. Akabinde, Graham Bell tarafından 1876 yılında telefonun icat edilmesi, insanoğlunun iletişimde yeni bir dönemin kapılarını açmıştır. Yaşanan teknolojik gelişmeler, faks makineleri, cep telefonları, televizyon, bilgisayar gibi yeni icatlara ön ayak olmuştur. Böylelikle, insanlar tarafından kullanılan iletişim araçlarında alternatifler artmıştır⁷¹.

Bilginin hızlı bir şekilde iletilmesi ihtiyacının artması 19. yüzyılda birçok yeni sistem ve buluşun ortaya çıkmasında etkili olmuştur. Başta telgraf olmak üzere telekomünikasyon ağları bu ihtiyacı karşılamak amacıyla kurulmuştur. Bu yüzyılda, karasal telgraf şebekelerinin birbirine bağlanması, denizaltı kablolarının döşenmesi benzersiz bir iletişim sistemi sunmuş; hükümetlerin ve şirketlerin ekonomik ve siyasi anlamda önemli bölgelere ulaşmalarına olanak sağlamıştır⁷². Telekomünikasyon sektöründeki teknolojik yenilikler, iletişim maliyetlerini düşürmüş, piyasalarının ve ürünlerin küreselleşmesine de olanak sağlamıştır. Birçok ülkenin telekomünikasyon sektörü bu gelişmelerden etkilenerek hızlı bir şekilde gelişme ve büyüme göstermiştir⁷³.

⁶⁹ **HELHEL**, Selçuk, Haberleşme Kuramı I, Birsen Yayınevi, İstanbul 2017, s.9

⁷⁰ **CROWLEY**, David-**HEYER**, Paul, İletişim Tarihi (Çev. Berkay Ersöz), Siyasal Kitabevi, B.4, Ankara 2017, s.194; **MORGÜL**, Avni, Elektronik ve Haberleşme Mühendisliğine Giriş, Papatya Yayıncılık, B.2, İstanbul 2016, s.18.

⁷¹ Elektronik haberleşmenin tarihi açısından ayrıntılı bilgi için bkz. **CROWLEY-HEYER**, s.181 vd.

⁷² **BARBIER**, Frederic- **LAVENİR**, Catherine, Diderot'tan İnternete Medya Tarihi (Çev. Kerem Eksen), Okyanus Yayınları, İstanbul 2001, s.139.

⁷³ **LAM**, P.Lee- **SHIU**, Economic Growth, Telecommunications Development And Productivity Growth Of The Telecommunications Sector: Evidence Around The World, Telecommunications Policy, C.34, S.4, 2010, s.185.

20. yüzyılın sonuna kadar elektronik haberleşme hizmetleri çoğu ülkede tekel olarak yönetilmiştir⁷⁴. 20. yüzyılın son çeyreğinde ABD’de yaşanan yapısal değişimler neticesinde sektörün serbestleşmesi sağlanmıştır. ABD’deki sektörün tekel durumunun değişmesi Avrupa’yı da etkilemiştir. Ancak sektördeki tekel durumu AB ülkelerinde, ABD’ye göre daha uzun bir süre devam etmiştir. Gelişmeyi takip eden ülkeler ilk olarak uzak mesafe telefon piyasaları serbestleştirilirken, yerel telefon hizmetlerinin serbestleştirilmesi sonraki yıllarda gerçekleşmiştir. ABD’deki bu gelişmeleri yakından takip eden ilk ülke İngiltere olmuştur⁷⁵.

Elektronik haberleşme hizmetlerinin ülkemizdeki tarihsel gelişimi incelenmeden önce Batı’daki tarihsel gelişime değinilecektir. Bu kapsamda, yaşanan reformlarla diğer ülkelere örnek teşkil etmeleri nedeniyle ABD, İngiltere ve Avrupa Birliği’ndeki gelişmeler ele alınacaktır.

1. Elektronik Haberleşmenin Hizmetlerinin Batı’daki Tarihsel Gelişimi

1.1. Amerika Birleşik Devletleri⁷⁶

Ülkeler arasında kamu tekelinin en az görüldüğü ülke ABD’dir. Zira, elektronik haberleşme sektörü neredeyse her zaman özel şirketler tarafından kontrol edilmiştir⁷⁷. Telefonun bulunmasıyla birlikte sektör, Graham Bell’in kurmuş olduğu Bell şirketleri ve yerel düzeyde çok sayıda firmadan oluşmaktaydı. 1876 yılında kurulan Amerikan Telgraf ve Telefon Şirketi(AT&T), yıkıcı fiyat politikası sebebiyle diğer şirketleri ele geçirmiş ve tekel konumuna gelmiştir⁷⁸.

1934’de Haberleşme Kanunu (Communication Act) kabul edilmiş ve telekomünikasyon sektörünün regülasyonu için kabul edilen bu kanun ile haberleşme

⁷⁴ INTVEN, Hank-TETRAULT, McCarty, Telecommunications Regulation Handbook, The World Bank, Washington 200, s.3, ulaşmak için bkz. (<http://documents.worldbank.org/curated/en/390451468780890888/pdf/multi0page.pdf>), E.T:04.05.2018.

⁷⁵ OECD, Communications Outlook 2013, (<http://www.oecd.org>); ARDIYOK, Şahin, Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2002, s.147-148.

⁷⁶ Elektronik haberleşme sektörünün ABD’deki tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OECD, Regulatory Reform in United States, (<http://www.oecd.org/regreform/2506672.pdf>), E.T:16.04.2018.

⁷⁷ GROTE, Daniel, Regulation In The US Telecommunication Sector And Its Impact On Risk, The Centre for Market and Public Organisation University of Bristol, UK 2006, s.9.

⁷⁸ İÇÖZ, Özge, Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2003, s.37.

alanında federal düzeyde regülatör kurum olarak Federal İletişim Kurulu (FCC) kurulmuştur⁷⁹. Bu kurum, hakim durumda bulunan AT&T'yi düzenlemeye başlamıştır⁸⁰. FCC dışında, eyaletlerdeki yerel komite niteliğinde olan Public Utility Commissions'lar da telefon hizmetinin nispi fiyatlarını ve sektöre girişi kontrol etmiştir⁸¹.

AT&T'nin telekomünikasyon cihazları üretiminde Western Electric, AR-GE faaliyetlerinde ise Bell Laboratories ile dikey bütünleşme sağlamış, cihaz ve sistem tasarımından hizmetin tüketiciye ulaştırılmasına kadar tüm aşamalarda piyasaya hakim konuma gelmesine neden olmuştur. Uzak mesafe hizmetlerinde yeni şirketlerin faaliyete başlamasına karşın AT&T, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki elektronik haberleşme sektörünü 1980'lere kadar tek başına yönlendirmiştir⁸².

ABD'de önemli gelişmelerden biri de 1996 yılında yürürlüğe giren Telekomünikasyon Kanunu (Telecommunication Act)'dir⁸³. Bu kanun ile yerel firmaların uzak mesafe ve uluslararası telefon görüşmesi pazarına girişiyle ilgili engeller ortadan kaldırılmıştır⁸⁴. Tüketiciler, elektronik haberleşme sektöründe esaslı değişiklikler getiren 1996 tarihli Kanun sayesinde, daha düşük ücrete verilen hizmetten yararlanmaya başlamışlardır.

⁷⁹ PAULIAT, Helene, Karşılaştırmalı Hukukta Bağımsız İdari Otoriteler (Çev: Mahmut Göçer), Bağımsız İdari Otoriteler, (Ed. İ. Kaboğlu), Alkım Yayınları, İstanbul 1999, s.8.

⁸⁰ ARDIYOK, s.149.

⁸¹ ECONOMIDES, Nicholas, Telecommunications Regulation: I An Introduction, NET Institute Working Paper No. 04-20, 2004, s.59, ulaşmak için bkz. (http://www.stern.nyu.edu/networks/Economides_Telecommunications_Regulation.pdf), E.T:15.04.2018; WALSTEN, Scott, Telecommunications Regulation in United States: Its Rise and Impacts in the Early Twentieth Century, AEI-Brookings Center for Regulatory Studies, 2006, ,s.1-2, ulaşmak için bkz. (<https://www.economics.uci.edu/files/docs/colloqpapers/s07/Walsten.pdf>), E.T:15.04.2018.

⁸² CRANDALL, Robert-HAUSMAN, Jerry, "Competition in U.S. Telecommunications Services: Effects of the 1996 Legislation", in Deregulation of Network Industries: What's Next? (Sam Peltzman, Jim Clifford ed.), Washington D.C., Brookings Institutions Press, 2000, s. 73; ÇAKAL, Recep, Doğal Tekellerde Özelleştirme Ve Regülasyon, Devlet Planlama Teşkilatı Uzmanlık Tezi, Ankara 1996, s.48.

⁸³ Pub.L.No104-104, 110 Stat56. Kanunun tam metnine ulaşmak için bkz. (<https://transition.fcc.gov/Reports/tcom1996.pdf>), E.T:16.04.2018.

⁸⁴ Kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHİN, Cenk, Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon" ve Türk Hukukuna Yansımaları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.248 vd.

1.2. İngiltere⁸⁵

İngiltere’de elektronik haberleşme hizmetleri uzun bir dönem kamu eliyle sağlanmıştır. 1980’li yıllarda ABD’de ve diğer ülkelerde yaşanan serbestleşme süreci İngiltere’yi de etkilemiş ve sektörün serbestleşmesi sürecindeki adımları AB ülkelerine örnek teşkil etmiştir.

Özelleştirme öncesinde, telekomünikasyon hizmetlerini sağlama görevi 1981 yılından itibaren British Telekom’a devredilmiştir⁸⁶. 1983 yılında, British Telekom(BT)’a rakip olarak Mercury Communications’a lisans verilmiş ve sektörde ikili bir tekel yapı oluşturulmuştur. Bu yapı rekabet ortamının sağlanması için yeni düzenlemelerin gündeme geleceği 1984 yılına kadar devam etmiştir.

1984 yılında Telekomünikasyon Kanunu’nun çıkarılmasıyla birlikte BT’nin statüsü özel limited şirket olarak değiştirilmiştir. Bu kanunla, BT’ye tanınan özel ayrıcalıklar kaldırılmış, rekabetin sağlanmasına yönelik bir çerçeve oluşturulmuş ve BT’ye 25 yıllık lisans verilmiştir. Yapılan bu değişikliklerle BT’nin sektörde tekel olma özelliğini kaybetmeye başladığı söylenebilir⁸⁷. Ayrıca bu Kanunla, OFTEL adı altında bağımsız düzenleyici ve denetleyici bir kurum kurulmuştur. 28 Aralık 2003 tarihinde İngiliz telekomünikasyon ve yayın regülatörlerindeki bir konsolidasyon sonucunda OFTEL’in görevleri Officially the Office of Communications(OFCOM)’a aktarılmıştır⁸⁸.

Sabit telekomünikasyon hizmetlerinin rekabet seviyesinin artırılmasının yanı sıra mobil telefon şebekesinin 1985 yılında hizmet vermeye başlaması, aboneler açısından çok önemli avantajlar sağlamıştır. İlk olarak BT’nin iştiraki Cellnet ve Vodafone şirketlerine toptan hizmet sunumu için lisans verilmiş, 1991 yılından itibaren iki şirkete daha lisans verilerek rekabetin artması amaçlanmıştır. Uydu

⁸⁵ Elektronik haberleşme sektörünün İngiltere’deki tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **OECD**, Regulatory Reform in United Kingdom, 2002, (<http://www.oecd.org/internet/2766201.pdf>), E.T:16.04.2018.

⁸⁶ Bkz. (<https://www.btplc.com/Thegroup/BTsHistory/Eventsintelecommunicationshistory/index.htm>), E.T:16.04.2018

⁸⁷ **OECD**, 2002, s.8 vd.

⁸⁸ **WALDEN**, Ian, Telecommunications Law And Regulation, Oxford University Press, Third Edition, UK 2009, s.10

hizmetleri ile ilgili olarak da, 1988 yılında yapılan düzenlemelerle Uydu hizmetlerinde rekabet artışının sağlanması hedeflenmiştir⁸⁹.

Yapılan değişikliklerle 1990'lı yılların sonunda sektördeki rekabet ortamı belli bir düzeye getirilmiş, verilen hizmetlerin fiyatları üzerinde uygulanan tavan fiyat azaltılmış, arabağlantı ücretleri için tavan fiyat yöntemi getirilmiştir⁹⁰.

Son olarak, 25 Temmuz 2003 tarihinde yürürlüğe giren Kanun (Communications Act) ile sektör yeniden düzenlenmiştir. Bu kanun hazırlanırken AB direktifleri de dikkate alınmıştır.

1.3. Avrupa Birliği

Avrupa Birliğinin telekomünikasyon sektöründe rekabetin sağlanmasına ilişkin politikasını belirleyen ilk düzenleme 1987 yılında yayınlanan "Green Paper Provision(Yeşil Kitap)"dır. Yeşil Kitap'la birlikte serbestleşmeye ağırlık verilmiştir. Bu yıllarda birçok ülke sektörün serbestleşmesi adına adımlar atmıştır. Bu dönemde AB'ye üye olan ülkelerin 14'ünde serbestleşme sağlanmıştır.

1987-1999 yıllarında serbestleşme süreci devam etmiş, 1999 yılında Avrupa Komisyonu yeni bir gözden geçirme başlatmıştır. Gözden geçirme sonrasında 2002 yılında yeni mevzuat paketi kabul edilmiştir. Gözden geçirme çalışmaları sonucunda kabul edilen yeni düzenleyici yapı içerisinde yedi direktif yer almaktadır. Bunlar:

- 2002 tarihli Çerçeve Direktif (Framework Directive),
- 2002 tarihli Yetkilendirme Direktifi (Authorisation Directive),
- 2002/22/EC numaralı Evrensel Hizmet Direktifi (Universal Service Directive),
- 2002/77/EC numaralı Rekabet Direktifi (Competition Directive),
- 2002/58/EC numaralı Kişisel Verilerin Korunması Direktifi (Data Protection Directive),
- 2002/19/EC numaralı Erişim ve Arabağlantı Direktifi (Access and Interconnection Directive),
- 2002 /676/EC numaralı Radyon Spektrum ve ARGE Tüzüğü (Radio Spectrum Decision).

⁸⁹ İÇÖZ, s.38.

⁹⁰ OECD, 2002, s.9.

Bu direktiflerden mevzuat açısından en önemli direktif 2002/21/EC numaralı Çerçeve Direktif'tir. Bu direktifin amacı çıkarılan tüm düzenlemelerin birbiriyle uyumlu olmasını sağlamaktır.

Avrupa Komisyonu 2002 yılında çıkarılan çerçeve direktiflerin bir kısmında 2009 yılında çıkarılan direktiflerle değişiklikler yapmıştır⁹¹. Ayrıca, Avrupa Elektronik Haberleşme Düzenleyicileri Birliği(BEREC) adıyla yeni bir organizasyon oluşturulmuştur. BEREC'in tavsiye niteliğinde görüş bildirme kararları çıkarılacak direktiflerde önemli bir role sahip olmuştur.

Avrupa Birliğindeki ülkeler bu direktifler oluşturulan düzene uygun olarak sektörleri rekabete açmaya çalışmıştır⁹². AB direktifleri bu dönemde 27 AB üyesi ülkede yürürlüğe girmiştir. 2002 düzenleyici çerçevesi, AB genelinde elektronik haberleşme sektörünün rekabetçi duruma getirmekte başarılı olmuştur. Bu bağlamda, AB üyesi ülkelerde sektöre yönelik yeni yatırımlar hız kazanarak artmış ve AB vatandaşlarının hizmetleri daha düşük fiyatla daha kaliteli alabilmesi sağlanmıştır⁹³.

2. Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi

2.1. Cumhuriyet Öncesi Dönem

Eski Türk Devletlerinin haberleşme alanında farklı hayvan ve nesnelere yararlandığı görülmektedir. Türk devletlerinin birçoğunda gündüzleri bayrak yardımıyla, geceleri ise, davul ve borular ile haberleşme sağlanmış, "kargu(karguy)"⁹⁴ adı verilen ateş kuleleri kullanılmıştır. Osmanlı Devletinde ise, haberleşme faaliyetleri yaygın olarak ulak⁹⁵ ve menzil⁹⁶ kurumları aracılığıyla yerine getirilmiştir. Bu kurumların özel iletişimde yani devlet işiyle ilgisiz özel kişilerin

⁹¹ ÇAL, Ferhan, Telekomünikasyon Sektöründe Reform Uygulamaları: Ab-Türkiye Karşılaştırması, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2012, s.63, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

⁹² AKTAN, Coşkun Can-VURAL, İstiklal, Telekomünikasyon Sektöründe Reform: Serbestleşme Ve Özelleştirme, Ekonomi Bilimleri Dergisi, C.6, Sy.2, 2014, s.44.

⁹³ ÖZELÇİ, s.56-57.

⁹⁴ Karguy, dağ doruklarında düşmanı ihbar için yapılan kuleler anlamına gelmektedir. Bkz. (<https://tr.wiktionary.org/wiki/karguy>), E.T:15.08.2017.

⁹⁵ Ulak, haberci, postacı anlamına gelmektedir, (<http://www.tdk.org.tr>), E.T:12.09.2017.

⁹⁶ Menzil, Osmanlı Devletinde resmi haberleşmeyi sağlayan posta teşkilatı ve ordunun konaklama noktaları için kullanılan bir terimdir. Menzilhaneye ise, ulak adıyla tanınan posta tatarlarının at değiştirdikleri veya zorunlu hallerde kaldıkları yer anlamına gelmektedir. bkz. SAK, İzzet-ÇETİN, Cemal, XVII. ve XVIII. Yüzyıllarında Osmanlı Devleti'nde Menziller ve Fonksiyonları: Akşehir Menzilleri Örneği, Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Sy.16, Konya 2004, s.180.

iletişiminde kullanılması yasaklanmıştır⁹⁷. Halk, haberleşme gereksinimlerini kiracı, katırcı, emanetçi ve eski tatarlar gibi bazı meslek grupları vasıtasıyla karşılamak zorunda kalmıştır.

Sultan Abdülmecid döneminde 1840 tarihinde Posta Nazırlığı'nın kurulmasıyla ilk defa haberleşme hizmetleri bir kurum aracılığıyla yürütülmeye başlanmış ve menzil sistemine son verilmiştir⁹⁸. Posta Nazırlığının kurulması, Türkiye'deki telekomünikasyon hizmetlerinin başlangıcı olarak kabul edilebilir. Posta Nazırlığının kurulmasından önce haberleşme sistemi (ulak-menzil sistemi) sadece devlet ihtiyacını karşılar durumda iken, bu kurumun faaliyete geçmesiyle birlikte halkın da haberleşme ihtiyaçlarına cevap vermeye başlanmıştır⁹⁹.

Dünya'da telgrafın bulunmasından kısa bir süre sonra 1854-1856 yıllarında Kırım Savaş'ında telgraf kullanılmaya başlanmıştır. Bunda, Rusya'ya karşı Osmanlı İmparatorluğu ile müttefik olan İngiltere ve Fransa'nın cephedeki gelişmelerden haberdar olmak için İstanbul üzerinden telgraf hattı çekmek istemeleri etkili olmuştur¹⁰⁰. Bu çerçevede, 1855 yılında Telgraf Nezareti kurulmuş¹⁰¹ ve 1871 yılında Posta ve Telgraf Nezaretine dönüştürülmüştür¹⁰². Böylece telgraf ve posta aynı idare altında örgütlenmiş, daha sonra buna telefon da eklenmiştir.

Temmuz 1881 yılında İstanbul Soğukçeşme'deki Posta ve Telgraf Nezareti binası ile Yeni Cami'deki postane arasına tek telli bir telefon hattı çekilmesiyle ilk defa telefon kullanılmaya başlanmıştır. Bu hat uzun bir süre sadece yöneticiler tarafından kullanılmıştır¹⁰³.

⁹⁷ HALAÇOĞLU, Yusuf, Osmanlılarda Ulaşım ve Haberleşme(Menziller), PTT Genel Müdürlüğü, Ankara 2002, s.44

⁹⁸ YAZICI, Nesimi, "II. Mahmud Döneminde Menzilhaneler: "Ref"-i Menzil Bedeli", Sultan II. Mahmud ve Reformları Semineri, Edebiyat Fakültesi Basımevi, İstanbul 1990, s. 157.

⁹⁹ ÖZTÜRK, Serdar, Osmanlı'da İletişimin Diyalektiği, Phoenix Yayınevi, Ankara 2010, s.111.

¹⁰⁰ ÖZTÜRK, Osmanlı'da İletişimin Diyalektiği, s.127.

¹⁰¹ Telgraf teknolojisi, 1839 ve 1847 yıllarındaki sonuçsuz kalan tanıtım girişimleri sayılmazsa, ilk kez 1855 yılında tamamlanan İstanbul-Edirne-Şumnu hattı ile Osmanlı Devleti tarafından kullanılmaya başlandı. Bkz. ÇAKILCI, Diren, Rumeli Telgraf Hatları (1854-1876), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2015, s.5-8, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

¹⁰² Bkz. (www.ptt.gov.tr/tr/kurumsal/tarihce.php), E.T: 22.09.2017.

¹⁰³ ÖZTÜRK, Osmanlı'da İletişimin Diyalektiği, s.130.

2.2. Cumhuriyet Dönemi

2.2.1. PTT Dönemi

Telgraf ve telefon işletmeciliği Telgraf ve Telefon Kanunu¹⁰⁴ ile düzenlenmiştir. Posta, Telgraf ve Telefon İdaresi kurularak ülke çapında telekomünikasyon hizmetlerini yerine getirmekle görevlendirilmiştir. Cumhuriyetin ilk yıllarında İçişleri Bakanlığı'na bağlı olarak görev yapan bu kurum, 1933-1939 yılları arasında katma bütçeli bir idare şeklinde Bayındırlık Bakanlığı'na, 1939-1953 yılları arasında Ulaştırma Bakanlığı'na bağlı olarak hizmete devam etmiştir. 1953 yılına kadar değişik bakanlıklara bağlı bir genel müdürlük olarak görev yapan Posta, Telgraf ve Telefon İdaresi, 17 Ekim 1953 tarihinde çıkarılan 6145 sayılı Kanun¹⁰⁵ ile iktisadi devlet teşekkülü durumuna getirilmiştir. 6145 sayılı Kanun ile Ulaştırma Bakanlığı'na bağlı ve kamu tüzel kişiliğine haiz, merkezi Ankara'da bulunan "Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesi(PTT)" unvanlı bir kuruluş kurulmuştur.

Telekomünikasyon sektöründe gerçekleştirilen ilk regülasyon 5 Nisan 1983 tarihinde 2813 sayılı Telsiz Kanunu¹⁰⁶ ile radyo frekans alanında yapılmıştır. 2813 sayılı Telsiz Kanunu öncesinde PTT'nin görev ve yetki alanında bulunan her türlü telsiz sistemini kurmak ve işletmek izni dahil, telsiz haberleşmesine ilişkin hizmetleri yürütmek amacıyla Ulaştırma Bakanlığı'na bağlı "Telsiz İşleri Genel Müdürlüğü" kurulmuştur. Bu dönem içerisinde altyapı yatırımlarının hız kazanması ile birlikte özellikle telekomünikasyon sektöründe büyük gelişim yaşanmıştır. Uluslararası Telekomünikasyon Birliği(ITU) üyesi devletler arasında yer alan Türkiye, 1982-1992 döneminde ana hat sayısında en çok gelişme kaydeden ülke olmuştur¹⁰⁷.

Posta, telgraf ve telefon gibi klasik haberleşme araçlarının yanı sıra radyo, televizyon ve internet gibi kitle haberleşme araçlarının kullanılmaya başlanması ve yaygınlaşmasının ardından internet, mobil telefon, bilgisayar gibi araçlarının insanlığın hizmetine sunulması telekomünikasyon alanında yeni kavram ve kurumların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bilgi ve teknoloji sistemi, bilişim teknolojisi, telekomünikasyon sistemleri, düzenleyici ve denetleyici üst kuruluşlar ve

¹⁰⁴ 21.02.1924 tarihli ve 59 sayılı RG.

¹⁰⁵ 17.07.1953 tarihli ve 8460 sayılı RG.

¹⁰⁶ 07.04.1983 tarihli ve 23751 sayılı RG.

¹⁰⁷ YILMAZ, Kamil, Türk Telekomünikasyon Sektöründe Reform: Özelleştirme, Düzenleme ve Serbestleşme, Koç Üniversitesi, İstanbul 1999, s.21.

özelleştirme gibi kavram ve kurumlar birçok ülkede gündeme gelmiş, klasik haberleşme hizmetlerinde değişikliklere gidilmiştir. Özellikle 1980 yılından sonra dünya geneline egemen olan liberalleşme ve kitle haberleşme araçlarının yaygınlaşması ülkemizde de etkisini göstermiş, haberleşme hizmetlerinin bir kısmının özelleştirilmesi ve bağımsız düzenleyici ve denetleyici üst kuruluşların kurulması gündeme gelmiştir.

2.2.2. Türk Telekom A.Ş. Dönemi

Özelleştirmeye ilişkin ilk adım 10.06.1994 tarihinde kabul edilen 4000 sayılı Kanun¹⁰⁸ ile yapılmış, bu kanun ile 406 sayılı Kanunun 1. maddesi değiştirilerek posta ve telgraf tesisi ve işletmesine ilişkin hizmetlerinin yürütülmesi için Posta İşletmesi, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi için ise TTK'ya ve özel hukuk hükümlerine tabi Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi kurulmuştur.

4000 sayılı Kanun ile katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinin özel işletmeciler tarafından da yürütülebileceği kabul edilmiştir. Özel işletmecilerin katma değerli telekomünikasyon hizmetlerini işletme lisansı veya işletme ruhsatı usulüyle yerine getirebileceği hüküm altına alınırken yetkilendirmenin mahiyeti, azami süresi ile yetkilendirme usulüne ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemesi nedeni ile anılan kanunun özelleştirme ile ilgili maddeleri Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından 4000 sayılı Kanun'un iptal edilmesiyle bu defa 4107 sayılı Kanun yürürlüğe girmiş ve Türk Telekomünikasyon AŞ'nin özelleştirilmesine ilişkin yeni düzenlemeler yapılmıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi tarafından 4107 sayılı Kanunun özelleştirmeye ilişkin bazı maddelerinin de iptaline karar verilmiştir.

Ayrıca bu dönemde, 406 sayılı Kanunun Ek 18.maddesi ve Katma Değerli Telekomünikasyon Hizmetleri Lisans Yönetmeliği¹⁰⁹ hükümleri doğrultusunda GSM mobil telefon hizmetlerinin ülke genelinde sunulması amacıyla, Turkcell ve Telsim ile PTT arasında 20.08.1993 tarihinde "GSM-Pan Avrupa Mobil Telefon Sistemi Sözleşmesi" adı altında gelir paylaşımı sözleşmeleri imzalanmıştır. Böylece gelir

¹⁰⁸ 18.06.1994 tarihli ve 21964 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

¹⁰⁹ 23.12.1995 tarihli ve 22502 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

paylaşımı ortakları olan Turkcell ve Telsim'in desteğiyle, ülkemizde PTT tarafından GSM hizmeti verilmeye başlanmıştır. Gelir Paylaşımı Sözleşmesi konusu; GSM standardında bir mobil telefon sisteminin yatırım bedeli karşılanmak sureti ile gereken malzemelerin temin edilip, montajı yapılarak Turkcell ve Telsim tarafından kurulması ve PTT'ye teslim edilmesi, PTT'ye pazarlama, satış ve teknik konularda destek verilmesi; mobil telefon sistemine PTT, Turkcell ve Telsim'in yaptığı bu hizmetler karşılığında PTT tarafından işletilmesi sonucunda elde edilecek gelirden, belirli süre ve oranlarda Turkcell ve Telsim'e ödeme yapılmasından ibaret bulunmaktadır.

27.04.1998 tarihinde Ulaştırma Bakanlığı ile Telsim ve Turkcell arasında imzalanan imtiyaz sözleşmesi ve akabinde imzalanan ara bağlantı sözleşmeleriyle ülkemiz telekomünikasyon hizmetlerinin serbestleşme sürecinde önemli bir adım atmıştır.

Telekomünikasyon hizmetlerinin serbestleşmesi sürecinde gerçekleştirilen reform çalışmalarının en önemlisi ve en kapsamlısı 4502 sayılı Kanun¹¹⁰ ile gerçekleştirilmiştir¹¹¹.

4502 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 2000 yılı öncesinde sektörde hizmet sağlayıcısı olarak faaliyet gösteren Türk Telekom AŞ.'nin kararlarının büyük bir çoğunluğu Ulaştırma Bakanlığı tarafından onaylandıktan sonra yürürlüğe girmektedir. Bu durum, yerli ve yabancı yatırımcılar ile tüketicilerin Bakanlığın aldığı kararların tarafsız olmadığı ve rekabeti sağlamadığı görüşünde birleştirmektedir. 4502 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, Bakanlığın düzenleme görevi Telekomünikasyon Kurumu'na devredilerek sektörün işleyişi açısından önemli bir değişiklik yapılmıştır.

Başka bir yenilik ise, Türk Telekom AŞ.'nin statüsünün değiştirilmesidir. Türk Telekom AŞ., 233 sayılı Kanuna tabi Kamu İktisadi Kuruluşu iken, anılan kanun ile bu statüden çıkarılarak TTK'daki hukuki rejime tabi bir özel hukuk kişisi

¹¹⁰ 29.01.2000 tarihli ve 23948 sayılı RG.

¹¹¹ "2813 sayılı Telsiz Kanunu ve 406 sayılı Kanunda yapılan farklı tarihlerdeki değişiklikler haberleşme hizmetlerinin gerek mevzuat yönünden gerekse idari örgütlenme yönünden önemli bir yer tutmaktadır. 2813 sayılı Yasa'da 2000 yılına kadar yapılan değişiklikler genelde anılan Yasa ile kurulan idari örgütlerin, örgüt yapısı, personel durumları vb. konulara ilişkin olmuştur. Ancak 2000 tarihinde kabul edilen 4502 sayılı Yasa, yeni kavram ve kurumlara yer vermesi yönünden önemlidir" bzk. **ÖZELÇİ**, s.27.

haline getirilmiştir¹¹². Yapılan bu önemli değişikliklerle, Türk Telekom işletmeci görevini üstlenmiş, politika belirleme ve lisans verme görevi Bakanlıkta kalmış ve idari düzenlemeler yapmak yetkisi de Telekomünikasyon Kurumu'na geçmiştir.

Anılan Kanunla getirilen bir başka önemli yenilik ise, özel hukuk kişilerinin telekomünikasyon hizmeti verebileceğidir. Ancak, Dünya Ticaret Örgütü nezdinde verilen taahhütler doğrultusunda Türk Telekom'a süreli bir tekel hakkı tanınmış ve elektronik haberleşme hizmetlerinin tümü yetkilendirmeye konu edilmemiştir.

Telekomünikasyon hizmetlerinin yetkilendirme usulleri olarak imtiyaz ve görev sözleşmesi, genel izin ve telekomünikasyon ruhsatı olarak dört farklı usul öngörülmüştür.

Bu kanunla hukukumuzda giren yeni kurumlardan biri de Haberleşme Yüksek Kurulu'dur. Devlet, yetki ve sorumluluğunu uygulamak, Ulaştırma Bakanlığı'na tavsiyelerde bulunmak ve kanunla verilen diğer görevleri yapmak üzere Haberleşme Yüksek Kurulu kurulmuştur.

Bu yeniliklerle elektronik haberleşme sektörünün yapısı temelinden değiştirmiş ve bu değişiklikler yeni düzenlemelerin de yapılmasını zorunlu kılmıştır. Öngörülen yetkilendirme usullerine ilişkin lisans verme yetkisi 2001 yılında çıkarılan 4673 sayılı Kanun¹¹³ ile Telekomünikasyon Kurumu'na devredilmiştir. 5189 sayılı Kanun'la Türksat AŞ. kurulmuş ve uydu hizmetlerinin Türk Telekom'un bünyesinden ayrılarak Türksat A.Ş. tarafından yürütülmesi öngörülmüştür.

2.2.3. Elektronik Haberleşme Kanunu'nun Getirdiği Yeni Düzen

Türkiye her ne kadar telekomünikasyon altyapısının kurulmasında 1980'li yıllardan başlayarak önemli aşamalar kaydetse de¹¹⁴, aynı durum bu altyapının kullanılması ve ilgili hizmet piyasalarında rekabetin tesisi açısından geçerli

¹¹² Bu değişikliklerle, Türk Telekom A.Ş.'nin bağımsız bir kurum olduğu ve TTK'ya tabi özel hukuk kişisi statüsünde olduğu hüküm altına alınmış olsa da, tüm kararlarını bağımsız bir şekilde aldığı ve devletin denetiminin son bulduğunu söyleyemeyiz.

¹¹³ 23.05.2001 tarihli ve 24410 sayılı RG.

¹¹⁴ **BURNHAM**, James, Telecommunications Policy İn Turkey: Dismantling Barriers To Growth, Telecommunications Policy, Policy Paper No:11, University Center for International Studies, 2006, s.6, ulaşmak için bkz.(http://aei.pitt.edu/7081/1/2006-Turkey_Telecom_Policy.pdf), E.T:04.05.2018.

olmamıştır¹¹⁵. Hem bu sebeple hem de serbest rekabet ortamının sağlanması ve teknolojinin gelişmesiyle birlikte ortaya çıkan yeni hizmetleri de karşılayabilmek amacıyla yeni yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur.

Bu ihtiyacı karşılamak amacıyla Elektronik Haberleşme Kanunu ilk olarak 5803 sayılı TBMM’de kabul edilerek yayımlanmak üzere Cumhurbaşkanlığı’na gönderilmiştir. Cumhurbaşkanlığı tarafından bağımsız denetimi düzenleyen 59.maddesi, idari yaptırımları düzenleyen 60.maddesi, muafiyeti düzenleyen 66.maddesi ve yürürlükten kaldırılan hükümleri düzenleyen 67.maddesi Anayasa’nın 89 ve 104.maddeleri uyarınca tekrar görüşülmesi istemi ile TBMM’ye iade edilmiştir. TBMM, iade gerekçeleri doğrultusunda hükümleri değiştirmiş ve tekrar görüşülerek 5809 sayılı ile kabul etmiştir. Cumhurbaşkanlığı tarafından da onaylanarak 10.11.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. EHK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte elektronik haberleşme sektörüne köklü değişiklikler yapılmış ve sektöre yeni bir düzen getirilmiştir.

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanun’unda Türk Telekomünikasyon AŞ.’nin tekel olan yetkisi 4502 sayılı Kanun ile sınırlandırılmışken, EHK’nın 66.maddesiyle birlikte bu tekel yetkisi tümüyle kaldırılmıştır.

Telekomünikasyon Kurumunun adı “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu” olarak değiştirilmiş ve Kuruma elektronik haberleşme alanında önemli yetkiler tanınmıştır. 2813 sayılı Telsiz Kanunu’nun adı da “*Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun*” olarak değiştirilmiş ve bu kanunda kurumun kuruluşu, yapılanması ve görevleri düzenlenmiştir. Bu kanuna göre BTK, Bakanlıkla ilişkili kurumlar arasında gösterilmiştir.

5809 sayılı EHK ile getirilen en önemli değişiklik ise, sektördeki hizmetlerin görülmesi usulünde meydana gelmiştir. Bu değişiklik ile 2002/20/EC sayılı Yetkilendirme Direktifi’nde öngörülen yetkilendirme rejiminin Türk Hukukunda geçerlilik kazanması amaçlanmıştır. Eski kanun döneminde dört farklı usulle yapılan yetkilendirme sistemi terk edilmiş, iki adet yetkilendirme usulü getirilmiştir.

¹¹⁵ TÖZER, Ayhan, Genişbant İnternet Hizmetlere Piyasasında Düzenleme, Rekabet Ve Düzenleyici Kurum Politikalarının Değerlendirilmesi, Rekabet Dergisi, Sy.12/1, 2011, s.192.

Kanunun 9.maddesinde “bildirim” ve “kullanım hakkı” yoluyla yetkilendirme yapılabileceği düzenlenmiş ve 8.madde de yetkilendirmeye tabi olmayan faaliyetler sayılmıştır.

İşletmecilerin ödemekle yükümlü oldukları ücretlere ilişkin de önemli bir değişiklik yapılmıştır. Bildirim yoluyla yetkilendirilen işletmecilerden yalnızca Kurum giderlerini karşılamak amacıyla “idari ücret” alınacağı, kullanım hakkı yoluyla yetkilendirilen işletmecilerin ise idari ücretlere ilaveten tahsis edilen kaynakların bedelini karşılayacak şekilde Hazine Müsteşarlığı’na gelir kaydedilmek üzere “kullanım hakkı ücreti” adı altında bir ücret alınacağı düzenlenmiştir. Getirilen bu düzenleme ile bildirim kapsamında hizmetleri sunan işletmecilerin yalnızca idari ücret ödeyecek olmalarının, bu kapsamdaki elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmecileri büyük ölçüde rahatlatacağı düşünülmektedir.

EHK’daki hükümlerin yayımlandığı tarihte yürürlüğe gireceği, yetkilendirmeye ilişkin hükümlerin ise, Kanunun yayımı tarihinden 6 ay sonra yürürlük kazanacağı düzenlenmiştir.

IV. BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMU’NUN YAPISI VE YETKİLERİ

1. Kurumun Hukuki Statüsü

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, eski adıyla Telekomünikasyon Kurumu, Telsiz Kanunu’nda değişiklik yapan 4502 sayılı Kanun ile kurulmuştur. BTK, özelleştirilen telekomünikasyon alanının düzenlenmesi, denetlenmesine yönelik faaliyetler bakımından regülatör işlevini yürüten¹¹⁶, idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu tüzel kişisidir. 5018 sayılı Kanun’a ekli (III) sayılı cetvelde BTK’nın düzenleyici ve denetleyici kurum olarak düzenlendiği görülmektedir.

Türkiye’deki bağımsız düzenleyici ve denetleyici kurumların tamamı aynı özelliklere sahip değildir. Bu kurumların bir kısmı, kamusal yaşamın duyarlı sektörleri olarak da adlandırılan alanlarda düzenleme ve denetim işlevi yerine getirmektedirler. Bunlara örnek olarak, Radyo Televizyon Üst Kurulu, Sermaye Piyasası Kurulu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu, Kamu İhale Kurulu

¹¹⁶ ULUSOY, Bağımsız İdari Otoriteler, s.145; US, s.218.

ve Rekabet Kurulu gösterilebilir. BTK'nın da aralarında bulunduğu bazı kurumlar ise, devlet tekelinde bulunan kamu hizmetlerinin rekabete açılmasından sonra, özel sektörün de devreye girmesiyle birlikte faaliyette bulunulan alanlarda görev yapmaktadır¹¹⁷.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar açısından geçerli olan özellikler, BTK açısından da geçerlidir. Ancak, hem görev yönünden¹¹⁸ hem de sektörün evrensel hizmet niteliği taşımasından¹¹⁹ dolayı BTK'nın diğer bağımsız düzenleyici ve denetleyici kurumlardan farklı yönleri de bulunduğunu belirtmek gerekir.

2. Kurumun Yapısı

BTK, kurul ile başkanlık teşkilatından oluşur ve merkezi Ankara'dadır. Kurul Başkanı, Kurumun en üst amiridir ve kurumun temsilinden ve yönetiminden sorumludur. Kurumun hizmet birimleri ise; ana hizmet, danışma ve yardımcı hizmet birimlerinden oluşmaktadır. Bu hizmetler merkez teşkilatı birimleri ile bölge müdürlükleri şeklinde teşkilatlanmıştır¹²⁰.

2.1. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu, kurumun karar organıdır. Kurul, başkan ve ikinci başkanla birlikte yedi üyeden oluşur ve Kurul'un başkanı kurumun da başkanıdır.

Kurul üyeleri, kurul başkanı dışında telsiz hizmetlerini, posta hizmetlerini ve tüketicileri, telekomünikasyon hizmetlerini temsil etmek üzere birer üyeden,

¹¹⁷ KARAKAŞ, Mehmet, Devletin Düzenleyici Rolü ve Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler, Maliye Dergisi, Sy.154, Ocak-Haziran 2008, s.110-111; KESTANE, Doğan, Kamu Kesiminde İdari Kuruluşların Genel Görünümü ve İdari Yapıda Yeni Organizasyonlar Olarak Bağımsız İdari Otoriteler (Üst Kurullar), Maliye Dergisi, S. 139, Ocak-Nisan 2002, s.10, ulaşmak için bkz. (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/208242>), E.T:18.04.2018.

¹¹⁸ CÖMERT, Faruk, AB Komisyonu İlerleme Raporu Çerçevesinde Bağımsız Düzenleyici Kurumların Durumu ve Üst Kurullar, 9 Aralık 2004, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Mayıs 2005, s. 64.

¹¹⁹ İSBİR, Begüm, Bilgi Teknolojileri Ve İletişim Kurumu'nun Uzlaştırma Yetkisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIV, Sy.1, 2010, s.343.

¹²⁰ EHK dayanılarak hazırlanan Teşkilat Yönetmeliği ile 671 sayılı KHK kapsamında BTK'nın teşkilat yapısı, 4 Kurum Başkan Yardımcılığı, 22 Daire Başkanlığı, Hukuk Müşavirliği ve 5 Müdürlükten oluşmaktadır. BTK'nın Ankara, İstanbul, İzmir, Diyarbakır, Mersin, Samsun ve Erzurum'da olmak üzere toplam 7 Bölge Müdürlüğü bulunmaktadır.

telekomünikasyon sektörünü temsil etmek üzere iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşmaktadır.

2.2. Kurulun Çalışma ve Karar Alma Usulü

Kurul'un çalışma ve karar alma usulü 2813 sayılı Kanun'un 8. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Kurul, Başkan'ın daveti veya üyelerden en az üçünün talebi üzerine toplanabilir. Kurul toplantılarını Kurul Başkanı, yokluğunda ikinci başkan yönetir ve toplantının gündemi Başkan tarafından belirlenir, gündeme yeni madde eklenebilmesi için bir üyenin öneride bulunması ve en az üç üyenin kabul etmesi gerekir. Geçerli mazereti olmaksızın bir takvim yılında toplam beş toplantıya katılmayan Kurul üyeleri üyelikten çekilmiş sayılır. Bu durum, Kurul kararı ile tespit edilir ve ilişkili Bakana bildirilir. Kurul kararı, Kurul Başkanınca imzaya açıldığı tarihten itibaren en geç onbeş gün içinde tekemmül ettirilir. Toplantıya katıldığı halde Kurul kararlarını süresi içinde mazeretsiz olarak imzalamayan Kurul üyeleri Başkanın oyu doğrultusunda oy kullanmış sayılır.

Kurul, en az beş üyenin hazır bulunması ile toplanır ve en az dört üyenin aynı yöndeki oyuyla karar alır. Üyeler çekimser oy kullanamaz. Toplantıda bir konuda karar yeter sayısı sağlanamadığı durumlarda, izleyen toplantılarda aynı konuda oylarda eşitlik olması hâlinde Başkanın bulunduğu tarafın oyu üstün sayılarak karar alınır. Kurul kararı tutanakla tespit edilir.

Belirtilen bu usule uygun şekilde karar alınması gerekmektedir. Aksi takdirde, verilen karar şekil yönünden hukuka aykırı olacak ve idari yargı organı tarafından iptal edilebilecektir. Bu usule aykırı şekilde alınan kararın sonradan düzeltilmesi halinde işlemin geçerlilik kazanacağı kabul edilmektedir¹²¹.

2.3. Kurum Personelinin Statüsü

2813 sayılı Kanun'da BTK'nın personel yapısıyla ilgili olarak, kanunlarla Kuruma verilen görevlerin gerektirdiği asli ve sürekli görev ve hizmetlerin, bilişim başuzmanı, bilişim uzmanı, teknik uzman ve idarî uzman ile bilişim, teknik ve idarî

¹²¹ Danıştay 6. Dairesi, T.17.09.2015, E.2014/10704, K.2015/5344; Danıştay 6. Dairesi, T. 26.12.2012, E.2010/9344, K.2012/8366; Danıştay 6. Dairesi, T.11.03.2013, E.2010/9414, K. 2013/1524, kararlara ulaşmak için bkz. (<http://www.kazancı.com/kho2/ibb/giris.htm>), E.T:25.03.2018.

uzman yardımcılardan oluşan meslek personeli ve diğer personel eliyle yürütüleceği düzenlenmiştir.

Kurum personeli kadro karşılığı sözleşmeli statüsünde istihdam edilir. Kurum personeli ücret, sosyal ve diğer mali haklar ile bu Kanunda yer alan hükümler dışında Devlet Memurları Kanun'una¹²² tâbidir.

3. Kurumun Düzenleme ve Denetleme Yetkisi

EHK ile BTK'ya elektronik haberleşme sektöründe düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Bu yetki uyarınca BTK, kendisine verilen görevlere ilişkin olarak yönetmelik, tebliğ, esas, plan ve tarife gibi düzenlemeleri çıkarabilmektedir.

EHK uyarınca BTK'nın denetleme yetkisi de bulunmaktadır. EHK kapsamında, işletmecilerin aldıkları lisans sözleşmelerinin şartlarına uyup uymadıkları, kişisel telekomünikasyon tesislerinin kullandıkları teçhizatların standartlara uygunluğu ve telekomünikasyon sektörünün ilgili mevzuata uyup uymadığını denetlenmekte ve spektrum izleme ve denetimi yapmaktadır. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun denetleme yetkisi; düzenleme denetlemeleri, spektrum izleme ve denetimi, piyasa gözetimi ve denetimi, elektronik sertifika sağlayıcılarının denetimi ve son olarak uzlaştırma olarak sınıflandırılabilir. BTK, sektör üzerindeki denetimini bünyesinde faaliyet gösteren Sektörel Denetim Dairesi Başkanlığı eliyle yerine getirmektedir.

BTK, kanun uyarınca bu sektörde yer alan işletmecileri denetleyerek işletmeciler hakkında mali, teknik, hukuki ve idari nitelikte düzenlemeler yapabilir. Ayrıca, kendisine gelen şikâyetler doğrultusunda veya re'sen EHK hükümlerince sektördeki işletmeciler üzerinde denetleme yetkisini kullanmaktadır. İşletmeciler tarafından mevzuat kapsamındaki yükümlülüklerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi halinde ise, idari yaptırım uygulanmasına karar verme yetkisi bulunmaktadır.

4. Kurumun Uzlaştırma Yetkisi¹²³

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 6. maddesine göre, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun diğer bir görevi de uzlaştırma yetkisidir.

¹²² 23.07.1965 tarihli ve 12056 sayılı RG.

¹²³ BTK'nın uzlaştırma yetkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **İSBİR**, s.335 vd.

Anılan maddede, BTK'nın işletmeciler arasında uzlaşma sağlanamaması durumunda gerekli tedbirleri uygulamakla görevli olduğu belirtilmiştir.

BTK'nın uzlaştırma yetkisi, genellikle işletmeciler arasında çıkan ve erişim ve arabağlantı anlaşmalarıyla ilgili uyuşmazlıklara dayanır¹²⁴. Kurum'un uzlaştırma yetkisini kullanabileceği alanlar; arabağlantı, tesis paylaşımı, ortak yerleşim, yerel ağa ayırıştırılmış erişim şeklinde sıralanabilir¹²⁵.

5. Kurumun Yetkilendirme Yetkisinin Kapsamı ve Yetkilendirme Usulleri

Birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de elektronik haberleşme sektörüne girişler yetkilendirme rejimine tabidir ve sektöre girmek isteyen işletmeciler bazı hukuki engellerle karşılaşmaktadır.

EHK'nın 8.maddesinin birinci fıkrasında, elektronik haberleşme hizmetlerinin verilmesi ve/veya şebeke ve altyapısının kurulup işletmesinin BTK tarafından yapılacak yetkilendirmeye bağlı olacağı hükme bağlanarak, yetkilendirme olmaksızın işletmecilerin faaliyette bulunamayacağı ifade edilmiştir. EHK ile getirilen yetkilendirme usulü öncesinde, BTK; Turkcell, Avea, Vodafone ve Türk Telekom ile imtiyaz sözleşmeleri, Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü(KEGM) ve Türksat A.Ş. ve Türk Telekom ile görev sözleşmeleri imzalamıştır. EHK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte KEGM ile BTK arasında imzalanan görev sözleşmesi sona erdirilmiştir¹²⁶. Ancak, görev veya imtiyaz sözleşmesi ile yetkilendirilen bazı işletmecilerin sözleşmeleri halen yürürlükte¹²⁷.

Bir işletmecinin yetkilendirilmesi kayıt ya da kayıtla birlikte işletmeciye özel belirli hak ve yükümlülük verilmesi biçiminde bir irade açıklamasıyla gerçekleşmektedir¹²⁸. EHK'nun 9.maddesinin birinci fıkrasında yetkilendirmenin

¹²⁴ ARSLANOĞLU, Mehmet, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, İstanbul 2013, s.45, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

¹²⁵ İSBİR, s.352.

¹²⁶ 5809 sayılı Kanun'un Geçici 4'üncü maddesinin birinci fıkrası hükmü gereğince KEGM'nün görev sözleşmesi sona erdirilmiş ve evrensel hizmet yükümlülüğü açısından işletmeci işlevi devam ettirilmiştir. Halihazırda, sadece Türksat A.Ş. görev sözleşmesi ile yetkilendirilmiş bulunmaktadır.

¹²⁷ 2017 yılı Kasım ayı itibariyle Turkcell, Vodafone ve Avea(Türk Telekom A.Ş.) imtiyaz sözleşmesine dayanarak elektronik haberleşme hizmeti sunmaktadır. bkz. 2017 yılı 3. Çeyreği Pazar Verileri Raporu, (<https://www.btk.gov.tr>), E.T:20.11.2017.

¹²⁸ ÖZELÇİ, s.178.

bildirim veya kullanım hakkı verilmesi şeklinde iki usulde yapılabileceği öngörülmüştür. EHK'nın 9.maddenin ikinci fıkrasında ise, elektronik haberleşme şebekesi veya altyapısı için frekans, uydu pozisyonu ve numara gibi kaynak tahsisine ihtiyaç duyulmaması halinde bildirim usulü, kaynak tahsisine ihtiyaç duyulması halinde ise kullanım hakkı alınması usulüyle yetkilendirme yapılabileceği öngörülmüştür.

13.01.2018 tarihi itibarıyla görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi, bildirim ve kullanım hakkı yoluyla yetkilendirme yapılmak suretiyle elektronik haberleşme sektöründe 455 işletmeciye 805 adet yetkilendirme yapılmıştır¹²⁹. Bu yetkilendirmelerden 499 adedi bildirim kapsamında, 295 adedi ise kullanım hakkı kapsamında yapılan yetkilendirmelerdir. Ayrıca 13.01.2018 tarihine kadar BTK tarafından 1139 adet yetkilendirmenin iptaline karar verilmiştir.

5.1. Bildirim Yoluyla Yetkilendirme

EHK ile bildirim yoluyla yetkilendirme adında yeni bir usul getirilmiş olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Bildirim yoluyla yetkilendirmenin temel amacı; elektronik haberleşme alanında sağlanmak istenen serbestleşme ve bu alanda çalışacak olan işletmeci sayısının arttırmak; diğer yandan ise, sektöre girişteki bürokratik engelleri kaldırmaktır¹³⁰.

EHK'da "bildirim"e ilişkin herhangi bir tanımlama yapılmamıştır. Ancak bildirim yoluyla yetkilendirmenin nasıl ve ne şekilde yapılacağı, bildirim yapılmasının ardından BTK'nın yapması gerektiği işlemler ve işletmecinin ne zaman faaliyete başlayacağı EHK ve Yönetmeliklerde ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

Yetkilendirme için idareye yapılan bildirimlerin yeterli sayıldığı hizmetler yönünden, BTK sadece bildirim kayıt altına almakta, yapılan bildirimleri kabul veya reddetme yetkisi bulunmamaktadır¹³¹. Kanun koyucu, dernek kurma usulünde olduğu gibi, EHK kapsamında yetkilendirmenin bu türünde de bildirim usulünü benimsemiştir.

¹²⁹ İstatistikler için bkz. (<http://yetkilendirme.btk.gov.tr/Yetkilendirme/>), E.T:13.01.2018.

¹³⁰ ARSLANOĞLU, s.58.

¹³¹ ÖZTÜRK, s.29.

İdare hukukunda, idare işlemlerini açık irade beyanı ile gerçekleştirebildiği gibi idarenin suskunluğu da bir işlem olarak kabul edilmektedir. İdarenin bir başvuru karşısında sessiz kalmasının bu işlemin reddi anlamına gelmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanununun 10.maddesinin ikinci fıkrasında da idareye yapılan başvuruya 60 gün içerisinde cevap verilmemesi halinde isteğin reddedilmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Elektronik haberleşme sektöründe ise, idare hukukunda genel kabul edilenin aksine işletmecinin bildirim yoluyla başvuruda bulunması anında yetkilendirme yapılmış sayılmakta, yani BTK'nın zımni bir yetkilendirme işlemi yaptığı varsayılmaktadır¹³².

ÖZELÇİ, işletmeciye bildirimle birlikte hizmet sunma hakkı tanınmış olsa da, bu hak BTK tarafından bildirim mevzuata uygun olduğunun teyit edilmesi koşuluyla başvuru tarihinde geçerlilik kazanacağını ifade etmektedir¹³³. Mevzuatta bir yandan bildirimde bulunulması anından itibaren işletmecinin hizmet sunabileceği belirtilmekte, bir yandan da bildirim yönetmelik hükümlerine uygun olarak yapılması halinde hizmet sunabileceği belirtilmektedir. Bu durum, bildirim kapsamında yapılan başvurunun mevzuata uygun olmaması veya bu başvuruda eksiklik/uygunsuzluk bulunması durumunda işletmecinin yetkilendirilmiş olup olmadığı konusunda duraksamaya neden olmaktadır.

Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 8.maddesinde, BTK'nın bildirim yönetmelik hükümlerine uygun olarak yapıldığına ilişkin yazıyı bildirimde bulunan işletmeciye göndereceği, başvurusunda eksiklik veya uygunsuzluk tespit edilen işletmeciye anılan eksiklik veya uygunsuzlukları gidermesi için yazı gönderileceği ve eksiklik/uygunsuzluğun yazı ile tebliğ edilmesinden itibaren 30 gün içerisinde giderilmemesi halinde idari para cezası ve diğer yaptırımlar uygulanacağı düzenlenmiştir. Yine aynı madde de başvurunun mevzuata uygun olmaması halinde doğabilecek her türlü zarardan işletmecinin sorumlu olduğu düzenlenmiştir.

Bu hükümler çerçevesinde, işletmecinin başvurusunda eksiklik/uygunsuzluk veya mevzuata aykırılık bulunmuş olsa da, eksiklik/uygunsuzluğun süresi içinde

¹³² *ÖZTÜRK*, s.30.

¹³³ *ÖZELÇİ*, BTK'nın başvuru ilk olarak kabul ya da reddetme yetkisinin bulunmadığı kabul edilse bile, başvurunun işletmeci statüsü kazanması, hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi idarenin bir kararına bağlandığını ifade etmektedir. Bkz. *ÖZELÇİ*, s.188.

giderilmesi halinde işletmecinin bildirimde bulunma anında yetkilendirileceği sonucu çıkmaktadır. Aksi durum ise, EHK ile getirilen bildirim sistemine ters düşmektedir. BTK'nın eksiklik/uygunsuzluk veya mevzuata aykırılığı gidermesi için işletmeciye bu durumu bildirmesi, bu bildirimle rağmen eksiklik/uygunsuzluk veya mevzuata aykırılığın 30 gün içerisinde giderilmemesi halinde işletmeci hakkında idari para cezası veya yetkilendirme iptali gibi idari yaptırımlar uygulanabilecektir¹³⁴.

Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 8.maddesinin beşinci fıkrasında, başvurunun mevzuata uygun olmaması halinde doğabilecek her türlü zarardan işletmecinin sorumlu olacağı hükmü, işletmeci adayının mevzuata uygun olmayan bir başvuruyla birlikte(bildirim anında) yetkilendirilmiş sayılması halinde uygulama imkanı bulacaktır. Zira, mevzuata uygun olmayan bir başvurunun hiçbir zaman yetkilendirilmeyeceği yaklaşımında olunması halinde herhangi bir zarar doğmayacaktır. Kısaca, bildirim BTK tarafından belirlenen usul ve esaslara uygun olmaması, süresi içinde de uygun hale getirilmemesi halinde yetkilendirme işlemi hukuka uygun olmayacağından BTK'nın bu yetkilendirmeyi iptal etme yetkisi bulunmaktadır¹³⁵.

Bildirime ilişkin usul ve esaslar Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 8.maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, telekomünikasyon hizmeti sunmak ve/veya şebeke veya altyapı kurup işletmek isteyen ve başvuru şartlarını yerine getiren işletmeci aday, faaliyete başlamadan önce BTK tarafından belirlenen bildirim formunu doldurmak suretiyle bildirimde bulunması gerekir. Bu başvurunun yazılı veya elektronik ortamda yapılması mümkündür. Bu işlemler sonrasında BTK tarafından kayıtlama işlemi yapılarak resmi internet sitesinde bu kayıtlama işlemi yayımlanır. İşletmeci vereceği hizmetin hizmet, şebeke ve altyapısına ilişkin olarak ayrı ayrı dosya hazırlayarak bildirimde bulunmak zorundadır.

BTK, kamuoyu görüşlerini de alarak "Elektronik Haberleşme Şebeke, Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Tanım, Kapsam ve Süreleri" düzenlemesini çıkarmıştır. Bu düzenlemenin 4 vd. sayfasında "Bildirim Kapsamında Sunulan Kaynak Tahsisi İçermeyen Hizmetler" başlığı altında bildirim yoluyla yapılabilecek hizmetler

¹³⁴ ARSLANOĞLU, BTK'nın bildirim usulüyle yapılan yetkilendirmelerdeki denetim ve araştırma yetkisinin bir tür kolluk faaliyeti niteliğinde olduğunu, yapılan başvuru ile birlikte yetkilendirmenin yapıldığını ve idarenin mevzuata aykırılığı tespit etmesi halinde iptal etme yetkisinin olduğunu ifade etmektedir. Bkz. ARSLANOĞLU, s.63.

¹³⁵ Bu yönde görüş için bkz. ÖZTÜRK s.30-31.

belirlenmiştir¹³⁶. Buna göre; Uydu Haberleşme Hizmeti, Uydu Platform Hizmeti, Altyapı İşletmeciliği Hizmeti, İnternet Servis Sağlayıcılığı Hizmeti, Sabit Telefon Hizmeti, Kablolulu Yayın Hizmeti, GMPCS Mobil Telefon Hizmeti, Sanal Mobil Şebeke Hizmeti ve Hava Taşıtlarında GSM 1800 Mobil Telefon Hizmeti bildirim kapsamında sunulabilen hizmetlerdendir.

5.2. Kullanım Hakkı Verilmesi Yoluyla Yetkilendirme

Bir diğer yetkilendirme türü, kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirmedir. Elektronik haberleşme hizmetinin niteliği gereği, yürütülmesi bakımından kaynak tahsisinin zorunlu olduğu durumlarda, bu hizmeti sunmak için başvuruda bulunan şirketlerin ihtiyaç duyacağı kaynaklara yönelik “kullanım hakkı” verilmesi suretiyle yetkilendirilmeleri öngörülmüştür.

EHK’da ve Yetkilendirme Yönetmeliği hükümlerinde, kullanım hakkı verilmesi yöntemiyle yetkilendirmenin iki farklı türden oluştuğu görülmektedir. Bunlardan ilki, “sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi” yöntemi, diğeri de “sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi” yöntemidir.

5.2.1. Sayısı Sınırlandırılmamış Kullanım Hakkı Verilmesi Yoluyla Yetkilendirme

Hangi hizmetlerin sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı kapsamında sunulabileceği BTK tarafından çıkarılan “*Elektronik Haberleşme Hizmet, Şebeke ve Altyapılarının Tanım, Kapsam ve Süreleri*” düzenlemesinde yer almaktadır. Bu düzenlemenin 9. sayfasında, bildirim kapsamında sunulan kaynak tahsisi içermeyen hizmetler bölümünde yer alan hizmetlere ilaveten bir kısım hizmetler de sayılmıştır. Bunlar: Mobil Telefon Hizmeti, Ortak Kullanımlı Telsiz Hizmeti, Altyapı İşletmeciliği Hizmeti, Sabit Telefon Hizmeti, Rehberlik Hizmeti ve Sanal Mobil Şebeke Hizmeti şeklinde sıralanabilir.

Belirlenen bu hizmetlerden birini sunmak isteyen veya ağı ve/veya altyapısını kurup işletmek isteyen işletmeci adayının kullanım hakkı başvuru formunu doğru ve eksiksiz doldurarak BTK’ya başvurması gerekmektedir. Yetkilendirme Yönetmeliğinin “Kullanım Hakkına yönelik başvuruların incelenmesi” başlıklı 12.

¹³⁶ Düzenleme ve tanımlamalar için bkz.(http://vsp25.kmk.net.tr/resimler/dosyalar/ehhsa_tks.pdf), E.T:20.01.2018.

Maddesinin 1'nci fıkrasında; “Kurum yaptığı incelemede başvurunun yöntemine uygun yapılmadığını ya da belgelerde bir eksiklik bulunduğu tespit ederse, bu durum başvuru sahibine yazılı olarak bildirilir. Bu bildirim izleyen günden itibaren üç ay içinde belirtilen eksiklikler ya da uygunsuzluklar giderilmemiş ise, başvuru işlemden kaldırılır.” şeklinde belirtilmiştir.

EHK'nın 9.maddesinin beşinci fıkrasında, belirtilen bu hizmetlere ilişkin faaliyette bulunmak isteyen işletmeci adayına, usulüne uygun başvuruyu izleyen 30 gün içerisinde BTK tarafından kullanım hakkı verileceği ve yetki belgesi düzenleneceği öngörülmüştür. Kendisine kullanım hakkı kapsamında yetki belgesi düzenlenen işletmeci, kullanım hakkı yetki belgesi tarihi itibarıyla ilgili hizmeti sunmaya başlayabilir. Kanunda düzenlenen 30 günlük süre, yapılan başvurunun usulüne uygun olup olmadığını karar verebilmesi için BTK'ya tanınan özel bir süredir. Bu süre BTK'nın gerekli inceleme ve değerlendirmeleri yapabilmesi, başvurunun usulüne uygun olup olmadığına karar verebilmesi ve buna ilişkin başvurucuya yanıt vermesi için tanınmıştır. Kanun koyucu, bu şekilde özel bir süre öngörerek sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirmede BTK'nın açık bir işlem tesis etmesini istemiştir¹³⁷.

EHK'nın 9/9.maddesinde, BTK'nın kullanım hakkı başvurularını kamu düzeni vb. nedenlerle reddetme yetkisine sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenlemede BTK'nın başvurulara ilişkin takdir yetkisi olduğu açıkça görülmektedir. EHK'nın 9/8.maddesinde de, kullanım haklarının süresinin yirmi beş yıldan fazla olamayacağı belirtilmiş ve sürenin belirlenmesi yönünden BTK'ya takdir yetkisi tanınmıştır.

Bu açıklamalar doğrultusunda, BTK'nın sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı başvurularına ilişkin takdir yetkisi bulunduğunu ve bildirim yoluyla yetkilendirmenin aksine BTK'nın kullanım hakkını verme işlemini tesis etmemesi durumunda işletmecinin hizmeti sunmaya başlayamayacağını söyleyebiliriz.

İşletmeci adayının sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı kapsamında yapmış olduğu başvuruya BTK'nın 30 gün içerisinde cevap verilip verilmemesi durumunu farklı şekillerde ele alınması gerekmektedir. İlk olarak, işletmeci adayının usulüne uygun başvuru yapması ve BTK'nın da bu başvuruyu uygun görerek

¹³⁷ ÖZTÜRK, s. 31.

işletmeci adayını yetkilendirmesi halinde yetkilendirme işlemi idare hukuku açısından kesin ve yürütülebilir icrai bir işlem niteliğinde olacaktır. Bu yetkilendirme işleminin iptalini talep etmede menfaati olan ilgililer, yetkilendirme işlemi açısından idari yargıda iptal davası açabileceklerdir.

İkinci husus ise, başvurunun 30 günlük süre içerisinde BTK tarafından reddedilmesi halidir. Bu durumda, yetkilendirme başvurusunun reddi işlemi de kesin ve yürütülebilir bir icrai işlem niteliğinde bulunduğundan başvuruda bulunan işletmeci adayı bu işleme karşı iptal davası açabilir.

Üçüncü ve öğretilerde en çok tartışılan husus ise, yapılan başvuruya ilişkin 30 günlük süre içerisinde herhangi bir işlem tesis edilmemesi durumudur. ÖZTÜRK'e göre, BTK'nın otuz günlük süre içinde herhangi bir işlem tesis etmemesi halinde, idarenin zımni kabul ya da ret işleminden söz edilemeyeceği, buna gerekçe olarak da sınırlandırılmamış kullanım hakkı yönünden otuz günlük sürenin dolmasına hukuksal sonuç bağlayan açık bir yasal düzenleme bulunmadığı, bu sonucun zorunlu sayılmasını gerektiren bir nedenin de olmadığını ifade etmiştir¹³⁸. Yazar, otuz günlük süre içerisinde başvuruya yanıt verilmemesi durumunda, bunun bir zımni ret kararı olmadığı, zımni ret kararının İYUK'un¹³⁹ 10.maddesinde yer alan altmış günlük sürenin dolmasıyla oluşacağını savunmaktadır.

ULUSOY'a göre, EHK öncesi yürürlükte olan ve telekomünikasyon ruhsatını düzenleyen mülga "Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği"nin "İlan ve Başvuru" kenar başlıklı 40.maddesi uyarınca yapılan ruhsat başvurusuna bu süre içinde Kurumca herhangi bir yanıt verilmemesi durumunda ne olacağı konusunda ne Kanunda ne de Yönetmelikte herhangi bir hüküm bulunmadığını, bu durumda 75 gün içinde ruhsat talebine yanıt verilmemesi durumunda ruhsat verilmiş sayılmayarak, İdare Hukukunun genel ilkeleri uyarınca, aksine açık bir hüküm bulunmadıkça idarenin bir başvuruya belirlenen sürede yanıt vermemesi, başvurunun reddedildiği anlamına geleceği, başvuru sahibinin talep ettiği telekomünikasyon hizmetini yürütebilmesi için bu sürenin bitiminden itibaren iptal davası açma süresi içinde idarenin zımni ret işleminin iptali için idari yargıda dava açması gerekeceğini ifade

¹³⁸ ÖZTÜRK, s.32

¹³⁹ 20.01.1982 tarihli ve 17580 tarihli RG.

etmiştir¹⁴⁰. Yazar, yetmişbeş günlük sürenin özel olarak düzenlenmiş bir süre olduğunu, bu süre zarfında herhangi bir cevap verilmemesi halini zımnî ret olarak değerlendirilerek akabinde dava açılması gerektiğini savunmaktadır.

ÖZELÇİ ise, *ÖZTÜRK*'ün görüşünün aksine başvurunun otuz günlük süre içerisinde yanıtlanmaması durumunda başvurunun zımnî reddedilmiş sayılacağını savunmaktadır. *ÖZELÇİ*, idari yargıda idareye yapılan idari başvurulara altmış günlük süre içerisinde yanıtlanmaması durumunda başvurunun zımnî reddedilme durumunun genel ilke olarak kabul edildiği, kimi durumlarda ise idarenin suskun kalmasına olumlu anlamlar verildiği, idarenin suskun kalmasına olumlu anlamlar verilebilmesinin ön koşulunun ise açık bir düzenlemenin bulunması gerektiği, bu kapsamda EHK'ya bakıldığında ilgili maddelerin düzenleniş biçiminden başvurunun otuz günlük süre içerisinde yanıtlanmaması durumunda başvurunun zımnî reddedilmiş sayılması gerektiği, otuz günlük sürenin İYUK'un 10.maddesinde belirtilen genel kural karşısında özel bir süre olduğu, başvuru üzerine altmış günlük sürenin geçmesinin beklemenin olanaklı olmadığını ifade etmektedir¹⁴¹.

ARSLANOĞLU da bu görüş doğrultusunda, EHK'da açıkça ifade edilmese de başvurunun otuz günlük süre içinde yanıtlanmaması durumunda, başvuru zımnî reddedilmiş sayılması gerektiği, otuz günlük sürenin İYUK'un 10.maddesi karşısında özel bir süre olduğu ve burada artık başvuru üzerine altmış gün geçmesini bekleyerek isteğin zımnî reddedildiği kabul etmenin anlamsız olacağını vurgulamıştır¹⁴².

İYUK'un "İdari Makamların Sükutu" başlıklı 10.maddesinde idarenin bir işlem tesis etmesi ya da eylemde bulunması için yapılan idari başvurunun altmış günlük sürede yanıtlanmaması durumunda başvurunun zımnî reddedileceğinin kabul edileceği düzenlenmiştir. Kanunda, idari başvurular karşısında idarenin sessiz kalmasının "zımnî red" olarak nitelenen bir idari işlem sayılacağı öngörülmektedir. Bu düzenlemenin amacı, başvuruda bulunan kişilerin haklarının sürüncemede kalmasını önlemektir.

¹⁴⁰ ULUSOY, Telekomünikasyon Hukuku, s.60.

¹⁴¹ *ÖZELÇİ*, s.215 vd.

¹⁴² *ARSLANOĞLU*, s.73.

Danıştay bir kararında¹⁴³, kanun koyucunun idareyi belirli bir süre içerisinde işlem tesis etme zorunlu tuttuğu durumlarda, idarenin sessiz kalmasının talebin zımnen reddedildiğinin kabulü gerektiğini ifade etmiştir¹⁴⁴.

Bu doğrultuda, başvurunun otuz günlük süre içerisinde yanıtlanmaması durumunda zımnen reddedilmiş sayılarak doğrudan dava açılabileceği kanısındayız. EHK'da belirlenen otuz günlük süre, özel nitelikte bir süre olup, bu sürenin İYUK'un 10.maddesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün gözükmemektedir.

Otuz günlük süre ile ilgili bir başka durum da bu sürenin geçmesinden sonra BTK'nın başvurunun kabul edildiği veya reddedildiğine ilişkin yanıtının hukuki sonuçlarının ne olacağıdır. Otuz günlük süre içerisinde yanıt verilmeyerek zımnen reddedilen başvuruya ilişkin BTK'nın sürenin geçmesinden sonra yetkilendirme işlemi tesis etmesi mümkündür¹⁴⁵. Bu durumda başvurunun zımnen red işlemine karşı iptal davası açılmış olması halinde açılan dava ile ilgili karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi gerekmektedir. Zira, sonradan yetkilendirme işlemi yapıldığından dava konusuz kalmıştır¹⁴⁶.

Otuz günlük sürenin geçmesinden sonra yapılan başvurunun reddedildiğine ilişkin işlem tesis edilmesi durumunda ise yeni bir işlem ortaya çıkmaktadır. Tesis edilen işlem nedeniyle yeni bir dava açma süresi başlayacaktır. Danıştay başka bir kararında¹⁴⁷, idarenin cevap vermesi süresi geçtikten sonra tesis ettiği işlemlere karşı da dava açılabileceğini ifade etmiştir.

Başvurunun otuz günlük süre içerisinde cevap verilmeyerek zımnen reddedilmesi işlemine karşı dava açılmasından sonra BTK'nın başvurunun reddedildiğine ilişkin yeni bir işlem tesis etmesi ve bu yeni işleme karşı da dava

¹⁴³ Danıştay 7. Dairesi, T.17.02.2017 tarihli, E.2016/4285, K.2017/1035, (www.kazancı.com), E.T:28.01.2018.

¹⁴⁴ Aynı yönde karar için bkz. Danıştay 7. Dairesi, T.25.04.2016, E.2013/5242, K.2016/4205, (<http://www.kazancı.com/kho2/ibb/giris.htm>), E.T:28.01.2018.

¹⁴⁵ ÖZTÜRK'e göre, EHK'nın 9/5.maddesinde öngörülen sürenin, kullanım hakkı verilmesi gibi yararlandırıcı bir işlem için öngörüldüğünü, bu nedenle otuz günlük sürenin dolmasıyla BTK'nın kullanım hakkı verilmesi yönünde işlem yapma yetkisini sona ermeyeceğini savunmaktadır. Bkz. ÖZTÜRK, s.32-33; Aynı yönde görüş için bkz. ÖZELÇİ, s.223.

¹⁴⁶ Davanın konusuz kalması halinde karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiği hk. Bkz. Danıştay 13. Dairesi, T.18.04.2016, E.2016/312, K.2016/1151; Danıştay 15. Dairesi, T.24.12.2015, E.2012/11952, K.2015/9233, (<http://www.kazancı.com/kho2/ibb/giris.htm>), E.T:25.03.2018.

¹⁴⁷ Danıştay 6. Dairesi, T.18.03.2015, E.2013/673, K.2015/1617, (<http://www.kazancı.com/kho2/ibb/giris.htm>), E.T:28.01.2018.

açılmasına engel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak biri zımmen red işlemi diğeri de açıkça başvurunun reddi işlemi olmak üzere konusu aynı olan iki dava derdest olacağından İYUK'un 38.maddesi uyarınca davalar arasında bağlantı olduğuna karar verilebilir. Bağlantı kararı üzerine de, her iki dava hakkında aynı şekilde karar verilmesi söz konusu olacaktır.

BTK'nın otuz günlük sürede cevap vermemesi durumunda EHK veya Yönetmelikte buna ilişkin bir yaptırım öngörülmemiştir.

5.2.2. Sayısı Sınırlandırılmış Kullanım Hakkı Verilmesi Yoluyla Yetkilendirme

Sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirmede usulüne uygun başvuruyu takiben yetkilendirme yapılacağı belirtildiğinden ilk hangi işletmeci adayı başvuruda bulundu ise hak sahibi o olacaktır. Sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkında ise kullanım hakkı sınırlandırıldığından ihale yöntemi ile işletmeci belirlenmektedir. EHK'da ihale yöntemleri ve ihalelerde uygulanacak usul ve esaslara ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. EHK'nın 9.maddesinin yedinci fıkrasında, yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasların BTK tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme kapsamında BTK tarafından "Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkilendirmeye İlişkin İhale Yönetmeliği"¹⁴⁸ çıkarılmıştır.

EHK'nın 9. Maddesinin dördüncü fıkrası ile BTK'ya frekans, numara, internet alan adları ve uydu pozisyonu(kıt kaynakları) kullanacak işletmeci sayısını sınırlandırma yetkisi verilmiştir. Ancak bu yetki iki şarta bağlanmıştır. Buna göre, kullanım hakkı sayısı, kaynakların sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesini gerektiren hallerde ve etkin ve verimli kullanılması amacıyla sınırlanabilecektir. Ayrıca BTK, kullanım hakkını sınırlarken kamuoyu görüşünü alması ve uluslararası uygulamaları göz önünde bulundurması gerekir.

EHK'nın 9.maddesinin altıncı fıkrası uyarınca, kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasına ilişkin işlemler BTK tarafından yapılacaktır. Sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirme kapsamındaki hizmetlerden ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva edenler açısından Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı doğrudan ihale

¹⁴⁸ 15.01.2010 tarihli ve 27463 sayılı RG.

yapabilmektedir. Bakanlık gerekli görmesi halinde belirleyeceği kısıtlar çerçevesinde ihaleyi BTK'ya da yaptırabilir.

EHK'da, BTK ya da Bakanlık tarafından sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi yoluyla görülecek elektronik haberleşme hizmetleri alanında işletmecilerin belirlenmesi amacıyla yapılacak ihalelerin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu¹⁴⁹ ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu¹⁵⁰ hükümlerine tabi olmayacağı düzenlenmiştir. Bu maddeler doğrultusunda, sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi amacıyla yapılan ihale sonucunda kamu ihale mevzuatında öngörüldüğü gibi sözleşme yapılması söz konusu olmamaktadır. Burada, Kamu ihale mevzuatından farklı olarak, ihale sonucunda belirlenen işletmeciye idarenin tek yanlı, kesin ve icrai nitelikte olan idari işlemiyle yetkilendirme yapılmaktadır. BTK'nın yapmış olduğu bu yetkilendirmeye ilişkin idari işlemine karşı ihaleye katılan diğer işletmeci adayları iptal davası açabilir. Açılan bu davada, ihale sürecinde yapılan işlemlerin hukuka aykırı olduğuna karar verilerek işlemin iptaline karar verilebilir¹⁵¹.

BTK'nın ihale sürecinde yapmış olduğu işlemler kesin ve icrai nitelikte olmayıp, bu işlemler işletmeci adayının belirlenmesi amacıyla yapılmaktadır. İhale sürecindeki işlemler ve kararlar, kesin ve icrai nitelikte olan yetkilendirme işleminin tesisine yönelik hazırlık işlemleri niteliğindedir. İhale sürecinde yapılan bu işlemlerin hazırlık işlemi niteliğinde olması ve BTK'nın ihale sürecindeki takdir yetkisi birlikte değerlendirildiğinde, ihale sürecinde işlemlerin ayrı bir iptal davasına konu olabilmesi pek mümkün gözükmemektedir¹⁵².

BTK'nın ihaleyi iptal etmesi veya ertelenmesi durumunda ihaleye girmek isteyen işletmeci adaylarının bu işleme karşı dava açabildiğini bir an için düşünsek bile, mevzuatta BTK'ya bu konuda takdir yetkisi tanındığından mahkemenin yerindelik denetimi yapması gerekeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle de, bu işlemlere karşı iptal davası açılması mümkün değildir. Ancak belirtmek gerekir ki, ilgisi açısından doğrudan hukuki sonuç doğuran bazı işlemlere karşı iptal davası

¹⁴⁹ 10.09.1983 tarihli ve 18161 sayılı RG.

¹⁵⁰ 22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı RG.

¹⁵¹ ÖZTÜRK s.34-35; ÖZELÇİ, s.231-232.

¹⁵² ÖZELÇİ, s.232.

açılabilir. Örneğin, ihaleye katılmaktan men edilmeye ilişkin kararlara karşı iptal davası açılması gerekir¹⁵³.

BTK veya Bakanlık tarafından yapılan ihale sonucunda sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı kapsamında faaliyette bulunacak işletmeci belirlenmiş olmaktadır. Bu işletmeci, BTK tarafından yapılan yetkilendirmeye birlikte hizmet sunmaya başlayacaktır.

5.3. Yetkilendirmeye Tabi Olmayan Faaliyetler

EHK'nın "Elektronik haberleşme hizmetlerinin yetkilendirilmesi" başlıklı 8.maddesinin birinci fıkrasında elektronik haberleşme hizmeti verilebilmesi için BTK tarafından yetkilendirme yapılması gerektiği belirtilmiş ve ikinci fıkrasında ise, yetkilendirmeye tabi olmayan faaliyetler düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, gerçek veya tüzel kişilerin kendi ihtiyaçları ve kamu kurum ve kuruluşlarının verdikleri hizmetler ile ilgili olarak kuracakları tesisler yetkilendirmeye tabi olmayacaktır. Bu düzenleme aslında 406 sayılı Kanundaki düzenlemenin aynısıdır. EHK ile getirilen yeni yetkilendirme rejiminde, yetkilendirmeye tabi olmayan faaliyetler yönünden herhangi bir değişiklik veya yenilik yapılmamıştır.

EHK'nın 8.maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde yer verilen faaliyet 406 sayılı Kanun'un mülga 2.maddesinin (a) fıkrasında "kişisel telekomünikasyon tesisi" olarak ifade edilmiştir. Buna göre kişisel telekomünikasyon tesisi olarak adlandırabileceğimiz faaliyetlerin (a bendindeki) aşağıda belirtilen şartları taşıması halinde yetkilendirmeye tabi olmayacaktır. Buna göre;

- Elektronik haberleşme hizmetini bir gerçek veya tüzel kişinin yapması,
- Hizmetin gerçek veya tüzel kişinin kullanımındaki taşınmazların dahilinde gerçekleştirilmesi,
- Sağlanan hizmetin münhasır olarak o gerçek veya tüzel kişinin kendi şahsi veya kurumsal ihtiyacı için kullanması,
- Sağlanan hizmetin üçüncü kişilere hizmet vermek amacıyla kullanılmaması,

¹⁵³ ARSLANOĞLU, s.84.

- Hizmetin kamuya açık bir alanda sunulmaması ve ticari amaçla temin edilmemesi,

şartlarının birlikte sağlanması gerekmektedir. Örneğin, organize sanayi bölgeleri, ilan edilen bölge içerisinde sunulması kaydıyla ve yukarıda belirtilen şartları da taşıması halinde bölge içerisinde elektronik haberleşme hizmeti sunabilecektir¹⁵⁴.

Yetkilendirmeye tabi olmaksızın yürütülebilecek faaliyetlerinden ikincisi ise kamu kurum ve kuruluşlarına ilişkindir. Kamu kurum ve kuruluşlarının münhasıran verdikleri hizmetlerle ilgili olarak özel kanunlar uyarınca kurdukları elektronik haberleşme hizmet, şebeke veya altyapı yetkilendirmeye tabi değildir. 406 sayılı Kanunun mülga 2.maddesindeki kamu kurum ve kuruluşlarının yetkilendirmeye tabi olmayacağı hükmü EHK’da aynen korunmuştur. Buna göre;

- Kamu kurumlarının verdikleri hizmetle bağlantılı olarak elektronik haberleşme hizmeti sunması,
- Hizmetin kamu kurumlarının özel kanunlarına istinaden kurulmuş olması,

şartlarının birlikte sağlanması gerekmektedir. Örneğin, Karayolları Genel Müdürlüğü’ne karayollarının yapım, bakım, onarımı ve emniyeti amacıyla alıcı-verici telsiz istasyonları ile haberleşme şebekelerini kurma izni verilmiştir.

EHK’nın 8.maddesinin üçüncü fıkrasında, yetkilendirmeye tabi olmayan faaliyetlerin düzenleme ve denetlenmesinin de BTK tarafından yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Yetkilendirmeye tabi olmayan faaliyetler, kamunun kullanımına sunulamayacağından “kamu hizmeti” olarak da değerlendirilmesi mümkün değildir.

Bu açıklamalar neticesinde, BTK’nın yetkilendirme yetkisi bulunduğunu, bu yetkisi dahilinde işletmecilere yetkilendirerek işletmecilerin sektörde faaliyet yürütülebileceği, yetkilendirmeye dahil olmayan hizmetlerin de düzenleme ve denetleme yetkisinin BTK’ya ait olduğunu söyleyebiliriz.

6. Kurumun İdari Yaptırım Yetkisi

Düzenleyici ve denetleyici kurumların sektördeki denetim yetkisi kapsamında, kural ihlali olduğunda uygulanan idari yaptırımlar, idare hukuku

¹⁵⁴ Toplu yapılar da örnek olarak gösterilebilir.

anlamında birer “kolluk” etkinliği olarak kabul edilmektedir¹⁵⁵. Bu yaptırımlar ile kamu düzenini bozan eylemlerin önlenmesi amaçlanmaktadır.

EHK'nın “Kurumun yetkisi ve idari yaptırımlar” başlıklı 60. maddesindeki düzenleme ile BTK'ya, kullanım hakkı ve diğer yetkilendirme şartlarına ve mevzuata uyulmaması halinde idari yaptırım uygulamaya yetkisi verilmiştir. Çalışmamızın ikinci bölümünde BTK'nın uyguladığı idari yaptırımlar ayrıntılı şekilde inceleneceğinden, burada kısaca BTK'nın idari yaptırım yetkisi olduğu ifade edilmiştir.

BTK'nın idari yaptırım yetkisi dışında, adli yaptırımların uygulanması mekanizmasını da harekete geçirebileceğini belirtmek gerekir.

7. Sektörde Yetkili olan Diğer İdareler

Elektronik haberleşme sektöründe düzenleme, denetleme, yaptırım uygulama, işletmeciler arasında uzlaşma yapılmasına karar verme ve danışma gibi yetkilerin BTK'ya verildiğini yukarıda ifade etmiştik. Sektörde BTK dışında, Bakanlığa, Rekabet Kurumu ve Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'na da bazı görevler verilmiştir.

7.1. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı

EHK ile Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'nın elektronik haberleşme sektörüne ilişkin temel politika ve stratejilerinin saptanması, planlama ve teşvik etme konularında yetkili olduğu düzenlenmiştir. EHK'nın “Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkili Merciler ve Görevler” başlıklı ikinci bölümünün 5.maddesinde Bakanlığın görev ve yetkileri düzenlenmiştir.

Sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirmelerde, uydu pozisyonu ve ulusal çapta frekans kullanımını ihtiva eden hizmetlerin yetkilendirme politikası, hizmetin başlama zamanı, yetkilendirme süresi ve hizmeti sunacak işletmeci sayısı gibi kıstaslar Bakanlık tarafından belirlenmektedir. Bakanlık gerek görmesi durumunda, ulusal çapta frekans kullanımını ihtiva eden hizmetler

¹⁵⁵ ÖZELÇİ, s.111.

yönünden doğrudan ihaleyi yapabilmektedir. Bakanlığa bu konular dışında EHK’da birçok görev verilmiştir¹⁵⁶.

7.2. Rekabet Kurumu

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un¹⁵⁷ yürürlüğe girmesiyle birlikte kanunun uygulanması görevini yürütmek üzere, kamu tüzel kişiliği olan idari ve mali özerkliğe sahip “Rekabet Kurumu” oluşturulmuştur. Rekabet Kurumu, sektörlerde serbest rekabetin sağlanması ve rekabeti engelleyici fiillere ilişkin tedbirlerin alınması konularında yetkili olan düzenleyici ve denetleyici bir kurumdur. Elektronik haberleşme sektörü açısından Rekabet Kurumu’na rekabetin sağlanması amacıyla denetleme yetkisi tanınmıştır.

Rekabet Kurumu, elektronik haberleşme sektörüyle ilgili yapacağı incelemeler sonucunda rekabetin ihlali niteliğinde¹⁵⁸ bir fiili tespit etmesi halinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 16.maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmasına karar verebilir. Ancak, Rekabet Kurumu’nun elektronik haberleşme sektörüne ilişkin vereceği idari yaptırım uygulanmasına ilişkin kararlarda BTK’nın görüşünü alması gerekir.

Aynı zorunluluk BTK tarafından elektronik haberleşme sektöründe ortaya çıkan rekabet ihlalleri açısından da geçerlidir. Bu durumda, her iki kurum da elektronik haberleşme sektöründe ortaya çıkan rekabet ihlalleri konularında idari yaptırım kararı vermeden önce birbirlerinden görüş alması gerekmektedir. Kanunda zorunlu görülen şekil kuralına uyulmayarak bu görüşün alınmaması, işlemin esasını etkileyen bir noksanlık niteliğinde kabul edilmektedir.

Her iki kurumun da rekabet ihlalleri yönünden elektronik haberleşme sektöründe yetkili olması karışıklığa neden olmuş ve kurumların yetkilerinin kapsamının belirlenmesi zorunluluğu doğmuştur.

¹⁵⁶ Örneğin, EHK’nın “Kamulaştırma” başlıklı 30.maddesi, “Ulusal numaralandırma planı” başlıklı 31.maddesi, “internet alan adları” başlıklı 35.maddesi.

¹⁵⁷ 13.12.1994 tarihli ve 22140 sayılı RG.

¹⁵⁸ 4054 sayılı Kanunun “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar” başlıklı 4.maddesi veya “Hakim Durumun Kötüye Kullanılması” başlıklı 6.maddesi kapsamında bir fiilin tespit edilmesi halinde.

Danıştay bir kararında¹⁵⁹, RK'nın genel olarak rekabetçi olmayan davranışların ortaya çıkmasından sonra ihlalin tespiti ve yaptırım uygulama yetkisinin bulunduğu, BTK'nın ise sektörü rekabetçi bir yapıya kavuşması için tedbirleri alan, sorunları gideren bir kurum olduğunu ifade etmiştir.

Görüldüğü üzere, elektronik haberleşme sektöründeki rekabet ihlallerine ilişkin fiillere karşı yaptırım uygulama yetkisinin BTK ile RK arasında paylaştırılmıştır. Ancak, birbirilerinden görüş alınması zorunluluğu getirilmek suretiyle kurumların iş birliği içerisinde çalışması öngörülmüştür.

7.3. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu(RTÜK), radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetleri sektörünü düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulmuştur. 6112 sayılı Radyo Ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un¹⁶⁰ 37.maddesinde elektronik haberleşme sektörüne ilişkin bazı düzenlemeleri yapma yetkisi RTÜK'e verilmiştir. RTÜK'ün belirtilen bu konulara ilişkin düzenleme yetkisi dışında denetleme yetkisini kullanmaktadır¹⁶¹.

6112 sayılı Kanununun 44.maddesinin ikinci fıkrasında, Kurum tarafından yetkilendirilen işletmecilerin yayın hizmetlerinin iletimi için faaliyette bulunmak istemeleri durumunda, RTÜK'ten gerekli yayın iletim yetkisini almak ve RTÜK'ün düzenlemelerine uymak suretiyle faaliyetlerini yürütebileceği düzenlenmiştir.

6112 sayılı Kanunda, elektronik haberleşme sektörüne ilişkin RTÜK'ün yetkili olduğu durumlarda(yayın hizmetlerinin iletiminde) RTÜK ve BTK'nın işbirliği yapacağı da belirtilmiştir(m.44/1).

¹⁵⁹ Danıştay 13. Dairesi, T.08.05.2012, E.2008/14245, K.2012/960(Yayımlanmamış Karar).

¹⁶⁰ 03.03.2011 tarihli ve 27863 sayılı RG.

¹⁶¹ **ÖZELÇİ**, s.124.

İKİNCİ BÖLÜM

ELEKTRONİK HABERLEŞME HUKUKUNDAKİ

İDARİ YAPTIRIMLAR

I. İDARİ YAPTIRIM

1. İdari Yaptırım Kavramı

Yaptırımın kelime anlamı “*kanuna veya kurala karşı yapılan aykırı davranışlara verilen ceza, müeyyide*”dir¹⁶². Yaptırım, Roma hukukunda ceza ve zorlama kavramlarını karşılayan “*sanctio*” kelimesiyle ifade edilmiş¹⁶³, İngilizce karşılığında da benzer şekilde “*sanction*” kelimesi ile kullanılmıştır. Topluluk içerisinde huzurlu ve mutlu yaşamak için güvenliğin sağlanması gerekmektedir. Yaptırım sayesinde, hukuka uygun davranışların sağlanması ve aykırı davranışların önlenmesi amaçlanmıştır¹⁶⁴. Başka bir deyişle, toplumun huzurunu ve güvenliğini sağlama amacıyla düzenlenen kurallara uyulmaması halinde karşılaşılabilecek olan sonuç yaptırım olarak ifade edilebilir.

Hukukumuzda, hapis, para cezası, cebri icra, tazminat ödeme, izni geçersiz sayılması, iptal etme, geri alma, mülkiyete geçici veya sürekli el koyma, faaliyeti geçici veya sürekli son verme, yasaklama, askıya alma, bir işin icrasını geçici veya sürekli men etme şeklinde birçok yaptırım türü bulunmaktadır. Bu yaptırımlara ilişkin hükümler içeren 100’ün üzerinde kanun bulunmaktadır¹⁶⁵. Yaptırımın bir tür ceza olduğu söylenebilse de, sayılan yaptırım türlerine baktığımızda tümünün ceza niteliği taşımadığı görülmektedir. Yani, ceza terimi yaptırım teriminin içeriğinin tamamını karşılamadığından genel olarak tümünün ceza olarak ifade edilmesi mümkün değildir¹⁶⁶.

¹⁶² Bkz. (<http://www.tdk.gov.tr>), E.T:25.03.2018.

¹⁶³ GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, 10.baskı, Ankara 2005, s.43.

¹⁶⁴ URAN, Emrah, Türkiye’deki Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s.67.

¹⁶⁵ ÇAĞLAYAN, Ramazan-DOĞAN, Beşir Fatih, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu’nun Verdiği Para Cezalarının Uygulanması Sorunu Üzerine, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XII, Sy.1-2, 2008, s. 565.

¹⁶⁶ ULUSOY, Ali, İdari Yaptırımlar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s.5.

Toplum, sosyal düzen olarak isimlendirilen kurallarla korunmaktadır. Sosyal düzen cezai yaptırımlarla, sosyal düzen içerisinde yer alan idari düzen¹⁶⁷ ise idari yaptırımlar yoluyla korunmaktadır¹⁶⁸. İdare, idari düzeni bozacak nitelikte fiillere karşı doğrudan doğruya yaptırım uygulama yetkisiyle donatılmıştır. İdari yaptırımların amacının idari düzeni koruma ya da sağmaya yönelik olduğu açıktır¹⁶⁹. Danıştay bir kararında¹⁷⁰, idari yaptırımların idari düzen ihlallerini önlemeyi amaçladığını ifade etmiştir. Anayasa'nın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38.maddesinde de idarenin özgürlüğü bağlayıcı olmamak koşuluyla idari yaptırım uygulayabileceği kabul edilmiştir¹⁷¹.

Mevzuatımızda idari yaptırım kavramının tanımı yapılmamıştır. Doktrin ve yargı kararlarında bu kavramın tanımı yapılmaya çalışılmıştır. İdari yaptırım, idarenin görevlerini yerine getirirken görev alanı kapsamına giren konularda yapılan ihlallere karşı yargı kararına gerek duymaksızın uygulanan yaptırımlar olarak tanımlanabilir¹⁷². Doktrindeki tanımlar birbiriyle benzerlik göstermekte olup¹⁷³, Anayasa Mahkemesi de bu tanımlara benzer şekilde idari yaptırım kavramını tanımlamıştır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, idari yaptırımlarla ilgili tavsiye kararlarında idari yaptırımları, "*Devlet idaresinin büyümesi ve belirli eylemlerin suç olmaktan çıkarılması yönündeki eğilim, idari otoritelere belirli yaptırımlar konusunda tasarrufta bulunabilme yetkisinin tanınması sonucu doğmuştur*" şeklinde

¹⁶⁷ İdari düzen, "*kamu güvenliği ve düzeni, kamu sağlığı ve ulusal servetin korunması faaliyeti*" olarak tanımlanmaktadır. Bkz. OĞURLU, Yücel, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Seçkin Yayıncılık, 2.Baskı, Ankara 2001, s.33.

¹⁶⁸ ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yaptırımlar Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006, s.22.

¹⁶⁹ OĞURLU, s.37-41.

¹⁷⁰ Danıştay 10. Dairesi, T.05.12.2003, E.2002/521, K.2003/4772, (<http://www.kazancı.com/kho2/ibb/giris.htm>), E.T:21.02.2018.

¹⁷¹ Anayasa Mahkemesi, T.21.09.2004, E.2002/100, K.2004/109, RG, T.04.08.2006, Sy. 26249.

¹⁷² ÖZAY, İl Han, İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1985, s.125; OĞURLU, s.32.

¹⁷³ "*İdari yaptırım, idarenin asli görevi olan kamu düzenini korumak için kamu düzenini ihlal eden hareketlere uygulandığı idari yaptırımları ifade eder*" bkz. ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.18; "*idarenin yargısal bir karar olmaksızın doğrudan doğruya idari usullerle uyguladığı yaptırımları ifade eder*", ÖZAY, s.35.

yorumlamıştır¹⁷⁴. Uyuşmazlık Mahkemesi de, idari yaptırımını “...*kanunun öngördüğü bir cezanın idarenin bir organı eliyle uygulanabilmesi*” şeklinde tanımlamaktadır¹⁷⁵.

Doktrin ve yargı kararları çerçevesinde idari yaptırımını, özgürlüklerin korunması ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla idarenin kendi görev alanı içerisinde giren konulara ilişkin yapılan ihlallere karşı tek başına uyguladığı işlemler olarak tanımlayabiliriz.

2. İdari Yaptırımın Özellikleri

Yukarıda ifade edilen tanımlamalarda idari yaptırımların dikkate çeken bazı ortak ölçütleri bulunmaktadır. Bu ölçütler neredeyse tüm idari yaptırımlar için geçerli kabul edilmektedir. Buna göre idari yaptırımlar;

- Yargı kararına gerek duyulmaksızın idare tarafından re’sen uygulanmaktadır¹⁷⁶.
- İdari işlem niteliğinde olduğundan ve idare hukukunun usul ve esaslarına tabidirler¹⁷⁷.
- Belli bir kişiyi hedef alarak uygulanmaktadır¹⁷⁸.
- Cezalandırıcılık ve önleyicilik özelliği taşırlar¹⁷⁹.
- İdari düzeni korumaya yönelik yaptırımlardır¹⁸⁰.
- İdari usullere göre idare tarafından uygulanırlar¹⁸¹.

¹⁷⁴ YALÇIN İsmail, Kabahatler Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 87; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere yönelik, idari yaptırımlara ilişkin tavsiye kararı için bkz. GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.675-676.

¹⁷⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi, T.8.5.1998, E.1998/10, K.1998/62 sayılı kararı, RG, T.06.06.1998, Sy.23364.

¹⁷⁶ OĞURLU, s.41; Danıştay 7. Dairesi, T.16.11.2005, E.2002/4300, K.2005/2763 sayılı karar, (www.danistay.gov.tr), E.T: tarihi:22.02.2018.

¹⁷⁷ OĞURLU, s.154.

¹⁷⁸ ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.24.

¹⁷⁹ OĞURLU, s.41; YAŞAR, Hasan Nuri, İdare Hukuku, Der Yayınları, 2.Basım, İstanbul 2014, s.235.

¹⁸⁰ ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.23; AKIN, Engin, Kabahatler Kanununda Öngörülen Yaptırım Türleri ve Zamanaşımı Süreleri, Hakimli Hukuk Dergisi, Kazancı Yayınevi, C.7, Sy.81-82, İstanbul 2011, s.121.

¹⁸¹ ÖZAY, s.36; ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.24; Danıştay 13. Dairesi, T.09.03.2007, E.2006/1511, K.2007/1189 sayılı karar, (www.danistay.gov.tr), E.T: 24.02.2018.

- Kanunun verdiği yetkiye dayanarak uygulanabilirler¹⁸².

Bu özellikler birlikte değerlendirildiğinde, idari yaptırımın baskın kimliğinin idari işlem olduğu söylenebilir. Bu sebeple, idari yaptırımların hukuki rejiminin belirlenmesinde idari işlem kimliğinin göz önünde tutulması gerekmektedir¹⁸³.

İdari yaptırımlar, idari makam tarafından kamu gücü kullanılarak yapılan tek yanlı bir işlem olması ve idari düzenlemelere uyulmamasının yaptırımı olarak bir ceza içermesi olmak üzere iki belirleyici özelliği bulunmaktadır¹⁸⁴.

İdari yaptırımların özelliklerin birçoğunun ceza yaptırımları açısından da geçerli olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple, idari yaptırım ile ceza yaptırımı arasındaki farkların üzerinde durulması gerekmektedir.

3. İdari Yaptırım ile Ceza Yaptırımının Farkları

Ceza yaptırımı ile idari yaptırımlar, amaç, yaptırımı uygulamaya yetkili organ, usul, hukuki sonuç ve hukuksal nitelik yönlerinden birbirlerinden farklıdır¹⁸⁵. Zira, ceza yaptırımı bir suç karşılığında ortaya çıkmakta iken, idari yaptırımlar idari düzenin ihlal edilmesi sonucunda uygulanan yaptırımlardır. Ceza yaptırımları, sosyal düzeni bozan “vahim” nitelikteki ihlallerin sonucunu oluşturmaktadır. İdarî yaptırımlar ise, genellikle önleyici nitelikte olup ceza yaptırımlarına göre daha küçük nitelikteki ihlalleri yaptırım altına almaktadırlar¹⁸⁶.

İdari ihlallerin karşılığı olarak uygulanan idari yaptırımlar, işlevsel ve kuramsal olarak ceza hukuku yaptırımlarından ayrılmaktadır¹⁸⁷. İlk olarak amaç bakımından ayırım yapılırsa;

- İdari yaptırımlarda, idari anlamda bir ihlalin kamu yararında meydana getirdiği azalma önlenmek istenir. Ceza yaptırımlarında ise ödetme söz konusudur.

¹⁸² ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.24; OĞURLU, s.58.

¹⁸³ GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.671.

¹⁸⁴ GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.671-672.

¹⁸⁵ Danıştay 10. Dairesi, T.5.12.2003, E.2002/521, K.2003/4772, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), E.T:25.03.2018.

¹⁸⁶ OĞURLU, s.43.

¹⁸⁷ ÖZAY, s.45; OĞURLU, s. 43.

- İdari yaptırımlarda, idari işleyişin düzenli bir devamlılığı amaçlanır. Cezai yaptırımlarda ise, suç işleyerek tehlikelilik gösteren kişinin ıslahı amaçlanmaktadır¹⁸⁸.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, idari yaptırımlar idare tarafından verilirken, cezai yaptırımlar ise, yargı organları tarafından verilmektedir¹⁸⁹. Anayasa Mahkemesi bir kararında¹⁹⁰, idari yaptırımlar ile ceza yaptırımlar arasındaki yapıtıma karar veren makam yönünden fark bulunduğu açık bir şekilde ortaya koymuştur.

Ceza yaptırımları yargısal işlem niteliğinde olmasına karşın, idari yaptırım kararları idari işlem niteliğindedir¹⁹¹. Ceza yaptırımları ile idari yaptırımları arasında en önemli fark yargı kararına gerek olmaksızın uygulanabilmedir. Ceza yaptırımları yargı kararı olmaksızın uygulanamazken, idare idari yaptırımları yargı kararı olmaksızın uygulanabilmektedir¹⁹².

Tür açısından da idari yaptırımlar parasal nitelikte iken, cezai yaptırımlar hürriyeti bağlayıcı ceza veya parasal nitelikte olabilir.

İdari düzenin ihlalini oluşturan eylemin Ceza Hukukunda suç olması durumunun üzerinde de durulması gerekmektedir. Aynı eylem ve konudan dolayı mükerrer yargılama ve cezaya çaptırmaya izin verilmemesi anlamına gelen ve bir ceza hukuku ilkesi olan “Ne Bis İn İdem” ilkesinin uygulanması açısından idari yaptırımlar ile ceza yaptırımları arasında fark bulunmaktadır¹⁹³. Bu ilkenin idari yaptırımlar açısından uygulanamayacağı, idari yaptırımın yanında ceza yaptırımının da uygulanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁴. Nitekim, bazı kanunlarda açıkça hem idari yaptırım hem de cezai yaptırım uygulanabileceği düzenlenmiştir.

¹⁸⁸ ÖZEN, Mustafa, İdari Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.20; ÇAĞLAYAN, s.27-28; Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 11.07.1988 tarih ve E:1988/1; K:2988/1 sayılı kararı, karar için bkz(<http://www.uyusmazlik.gov.tr/uyusmazlik-mahkemesi-kararlari>), E.T:28.03.2018.

¹⁸⁹ “Kabahatler Kanununun 23.maddesinin 1.fikrasında Cumhuriyet Savcısının idari yaptırım kararı verebileceğine ilişkin düzenlemeyi hatırlatmak gerekir. Ancak, bu durumda, Cumhuriyet Savcısı, yargısal bir makam olarak değil, idari bir makam olarak bu kararı vermektedir”, ÖZEN, s.22.

¹⁹⁰ Anayasa Mahkemesi, T.6/1/1970, E.1969/46, K.1970/2, (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>), E.T:25.03.2018.

¹⁹¹ ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.30.

¹⁹² OĞURLU, s.42.

¹⁹³ ÖZAY, s.35.

¹⁹⁴ ÖZAY, s.63; OĞURLU, s.79.

2872 sayılı Çevre Kanununun “Diğer kanunlarda yazılı cezalar” başlıklı 27.maddesi uyarınca, birden çok kanun hükmü aynı fiile uygulanması sonucu ortaya çıkabilir.

Belirtmek gerekir ki, “Ne Bis İn İdem” ilkesi idari yaptırımların kendi içerisinde de uygulama olanağı bulmamaktadır. Aynı ihlalden dolayı birden fazla idari yaptırım kararı verilmesi mümkündür. Örnek vermek gerekirse, milli güvenlik ve kamu düzeninin ihlali hallerinde işletmecinin BTK tarafından yetkilendirmesi iptal edilebileceği gibi işletmeciye idari para cezası da uygulanabilir¹⁹⁵.

İdari yaptırımların türlerine göre tabi olacakları hükümler farklı olabilmektedir. Kabahatler Kanununun 3.maddesi gereğince, idari yaptırımlardan idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı öngörülen fiiller hakkında Kabahatler Kanunu genel hükümleri uygulanacaktır. Özel kanunlarda, kanun yoluna ilişkin bir düzenleme var ise, özel kanunda gösterilen yargı yerine başvurulacaktır. Herhangi bir düzenleme yer almaması durumunda Kabahatler Kanunda öngörülen kanun yollarına gidilecektir¹⁹⁶.

Kabahatler Kanunu dışında birçok kanunda farklı idari yaptırım türlerine yer verildiği yukarıda ifade edilmişti. Elektronik haberleşme sektöründe de birçok kanunda idari yaptırımlar düzenlenmiştir. Yapılan açıklamalar doğrultusunda, BTK'nın elektronik haberleşme sektöründe yaptırım uygulama yetkisinin sektörün düzenini sağlama amacına yönelik olduğu ve herhangi bir yargı kararına gerek olmaksızın doğrudan idari yaptırım uygulama yetkisinin bulunduğunu söyleyebiliriz.

4. İdari Yaptırım Türleri

Toplumsal gereksinimlerin çoğalması karşısında yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde bu gereksinimleri karşılayabilmek amacıyla idareye geniş ve değişik alanlarda yaptırım yetkisi tanınmıştır¹⁹⁷. Düzenleyici ve denetleyici kurumların ülkemizde yaygınlaşması da idari yaptırımların çeşitlerinin çoğalmasına neden olmuştur. Aslında, idari yaptırımların büyük bir bölümünü, idare ile kurulan hukuki ilişkinin bir uzantısı olarak ortaya çıkan idari yaptırımlar oluşturmaktadır. Bir başka

¹⁹⁵ ÖZCAN, İdil, Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Denetlenmesi, Uygulanan İdari Yaptırımlar ve Bunların Yargısal Denetimi, Ankara 2010, s.65, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

¹⁹⁶ GÜÇLÜ, Yaşar, İdari Para Cezalar ve Diğer İdari Yaptırımlar, Seçkin Yayıncılık, 3.Baskı, Ankara 2016, s.95.

¹⁹⁷ Anayasa Mahkemesi, T.23.10.1997, E.1997/19, K.1997/66, (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>), E.T:25.02.2018.

deyişle, idareden izin alınarak yürütölen faaliyetlerde, uyulması gereken kurallara riayet edilmeden faaliyetin yürütölməsi halinde izin veren idare tarafından çeşitli yaptırımlar uygulanabilmektedir¹⁹⁸.

Kabahatler Kanununun “Yaptırım Türleri” başlıklı 16.maddesinde idari yaptırımların idari para cezası ve idari tedbirlerden ibaret olduğu düzenlenmiştir. Kanunda, idari yaptırımların “idari para cezası” ve “idari tedbir” olarak ikiye ayırmış olması mevcut ihtiyaçlara cevap verememektedir¹⁹⁹. Tedbir kavramı daha ziyade idari düzeni bozucu bir ihlalin gerçekleşmesinden önce, bunu engelleyebilmek amacıyla, cezalandırıcılık özelliği olmaksızın uygulanan önlemlerdir. Oluşabilecek tehlikenin önceden bertaraf edilmesini sağlamaya yöneliktir. Yaptırım ise, idari düzeni bozucu eylemlerin gerçekleşmesi sebebiyle eylemi gerçekleştirene uygulanmaktadır. İdare hukukunda, idari yaptırım kavramı ile idari tedbir kavramının birbirini yerine kullanıldığı görölmektedir. Esasında idari yaptırımların da, tedbirlerin de önleyicilik, koruyuculuk ve caydırıcılık özellikleri vardır. Bu sebeple, hangi uygulamanın tedbir niteliğinde, hangisinin yaptırım niteliğinde sayılması gerektiği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır.

ULUSOY, idari yaptırımları “idari cezalar” ve “idari tedbirler” olmak üzere ikiye ayırmıştır²⁰⁰. Anayasa Mahkemesi de aynı şekilde bir sınıflandırma yaparak idari yaptırımları “idari ceza-idari tedbir” şeklinde ayırmıştır²⁰¹.

ÖZAY, idari yaptırımları İtalyan Hukukunda benimsendiği şekliyle “mali yaptırımlar” ve “kişisel yaptırımlar” olmak üzere ikiye ayırmıştır²⁰². Bu ayırım *OĞURLU*²⁰³ ve *ÇAĞLAYAN*²⁰⁴ tarafından benimsenmiştir²⁰⁵. EHK'nın 60.maddesinde idari yaptırımlar, idari para cezaları ve diğer idari yaptırımlar olarak

¹⁹⁸ *GÖZÜBÜYÜK-TAN*, s.672-673.

¹⁹⁹ *EKİNCİ*, Murat, Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sy.2017/1, s.24.

²⁰⁰ “*O halde, idari yaptırımlar için yapılması gereken en doğru sınıflandırma, öncelikle “idari cezaların” idari tedbirlerden ayrıştırılması; akabinde de idari cezaların kendi içinde “Regülatif Cezalar”, “Kabahat Cezaları” ve “Disiplin Cezaları” olarak üçe ayırmaktır”* bkz. *ULUSOY*, İdari Yaptırımlar, s.11.

²⁰¹ Anayasa Mahkemesi, T.14.01.2010, E.2007/68, K.2010/2, (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>), E.T:25.02.2018.

²⁰² *ÖZAY*, s.46-47.

²⁰³ *OĞURLU*, s.86 vd.

²⁰⁴ *ÇAĞLAYAN*, s.52.

²⁰⁵ *URAN* da aynı şekilde bir ayırım yapmıştır. Bkz. *URAN*, s.154; aynı şekilde ayırım için bkz. *ÖZCAN*, s.71 vd.

ayrılmıştır. Aşağıda idari yaptırımlar genel olarak kabul gören şekliyle, mali nitelikte yaptırımlar ve bireysel idari yaptırımlar şeklinde gruplandırılarak incelenmeye çalışılacaktır.

4.1. İdari Mali Yaptırımlar

İdari mali yaptırımlar, hukuka aykırı davranışları nedeniyle, bireylerin malvarlıkları üzerinde etkisi olan, onların sahip oldukları bazı şeylerden yararlanmalarının yasaklanması şeklinde tanımlanmaktadır²⁰⁶. Bu tanıma göre, bireylerin idari düzeni ihlali sonucunu doğuracak bir davranışta bulunması, bu davranış nedeniyle idari yaptırıma başvurulması, uygulanan yaptırımın malvarlığı üzerinde etki doğurması ve yaptırımın malvarlığındaki bir şeyden yararlanmasının engellenmesi ya da yasaklanması gerekmektedir²⁰⁷.

İdari mali yaptırımlar içerisinde, idari para cezaları, müsadere, el koyma, yıkma kararı gibi yaptırım türleri bulunmaktadır.

a. İdari Para Cezaları

Parasal yaptırımlar bireylerin malvarlığına yönelik hem ceza hukukunda hem de idare hukukunda başvuru bir yöntemdir²⁰⁸. Para cezaları “adli para cezaları” ve “idari para cezaları” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

OĞURLU, idari para cezasına karar verilebilmesi için kanunda buna izin verilmesi gerektiği ve yaptırımın uygulama yetkisinin idareye tanınmış olması gerektiğini ifade etmiştir²⁰⁹. Anayasa Mahkemesi de bir kararında, idari para cezalarının en belirgin özelliğinin idari makamlar tarafından kamu gücü kullanılarak verilmesi olduğunu vurgulamıştır²¹⁰. Buna göre, idari para cezalarını, kanunda düzenlenen kuralların ihlali nedeniyle yargı kararına gerek olmaksızın idari merciiler tarafından bir miktar paranın alınması sonucunu doğuran idari yaptırım olarak tanımlayabiliriz.

²⁰⁶ ÖZAY, s.46

²⁰⁷ OĞURLU, s.89

²⁰⁸ ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.53.

²⁰⁹ OĞURLU, s.91.

²¹⁰ Anayasa Mahkemesi, T:15.05.1997, E:1996/72, K:1997/51, (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>), E.T:25.03.2018.

İdari para cezaları, yargı kararı olmaksızın idari usuller içerisinde uygulandığından ilgililer tarafından açılacak davalarda hukukilik denetimi yapılacaktır. Bu yaptırımlar kişisel nitelik arz ettiğinden sadece yaptırım uygulanan kişiyi ilgilendirmektedir. Yaptırımın miktarı, yetkili idare tarafından her olayın özelliklerine göre kişilerin sübjektif durumları göz önüne alınarak hesaplanarak ayrı ayrı tespit edilir ve bir kez uygulanmakla sona erer²¹¹.

Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinde idari para cezalarının maktu veya nispi olacağı ve alt üst sınır belirli para cezaları olarak da verilebileceği belirtilmiştir. Kabahatler Kanunu dışındaki özel kanunlarda öngörülen idari para cezaları da maktu, nispi veya alt ve üst sınırları belirlenmiş şekilde düzenlenebilir. Nitekim, bağımsız idari otorite olan Rekabet Kurulu tarafından mevzuat ihlalleri durumunda uygulanacak idari para cezalarını düzenleyen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un 16. ve 17. maddeleri ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nca yayın ihlallerinde uygulanacak idari para cezalarını düzenleyen 6112 sayılı Kanun'un 32. maddesinde nispi idari para cezaları, Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurulu'nca mevzuat ihlalleri durumunda uygulanacak yaptırımları düzenleyen 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri Ve Alkol Piyasasının Düzenlenmesine Dair Kanun'un²¹² 8. maddesinde alt ve üst sınırlar gösterilmek suretiyle idari para cezaları ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu'nca mevzuat ihlallerinde uygulanacak idari para cezalarını düzenleyen EHK'nın 60. maddesinin birinci fıkrası ve ikinci fıkrası uyarınca nispi ve üst sınırları gösterilmek suretiyle idari para cezaları uygulanabileceği öngörülmüştür.

aa. Maktu İdari Para Cezaları

Maktu para cezası, belli bir eylem için sabit bir miktarda paranın alınmasını ifade etmektedir²¹³. Bu tür cezalarda, idareye takdir hakkı tanınmamıştır.

Kabahatler Kanununun "dilencilik" başlıklı 33.maddesi ve kumar" başlıklı 34.maddesi hükümleri maktu para cezasına örnek gösterilebilir.

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun²¹⁴ 19.maddesinin ikinci fıkrasının a bendinde lisans almaksızın lisansa tabi faaliyetleri yapılması halinde bir milyon TL

²¹¹ OĞURLU, s.91.

²¹² 09.01.2002 tarihli ve 24635 sayılı RG.

²¹³ ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.55.

idari para cezası verileceği, 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanun'un²¹⁵ 9. Maddesine göre, doğal gaz piyasasının regüle edilmesine yönelik yasal ve idari düzenlemelere, yapılan ihtarla rağmen uyulmaması halinde, ihlalin niteliğine göre üçyüzbin, üçyüzellibin, beşyüzbin ve altıyüzbin TL idari para cezası olarak verilebileceği ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanun'un²¹⁶ 16.maddesinde yanlış veya eksik bilgi verilmesi sebebiyle beşyüzbin TL idari para cezası verileceği hükümleri maktu cezalara ilişkin başka örneklerdir.

İdari para cezalarının maktu olarak uygulanması nedeniyle bu cezaların ölçsüz veya orantısız olabileceği düşüncesi akla gelebilir. *ULUSOY*, kabahatlerin genellikle gerçek kişilere uygulanması, ciroya veya başka bir göreceli referansa oranla verilmesinin anlamlı olmayacağını bu sebeple maktu olarak verilmesinin orantılı olduğunu, kabahatler dışında regülatif nitelikteki cezaların ise tüzel kişilere uygulanan cezalar olması, tüzel kişilerin cirosu, geliri ve karı gibi objektif bir referans baz alınarak nispi şekilde belirlenmesinin daha uygun olacağı görüşündedir²¹⁷.

İdari para cezalarının maktu olarak verilmesi her durumun koşullarına göre değerlendirmek gerekir. Örneğin, 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol(LPG) Gazları Piyasası Kanunu'nun²¹⁸ 16.maddesine göre mevzuata aykırı şekilde hareket eden bayilere 2018 yılı için 526.043 TL idari para cezası maktu olarak belirlenmiştir. Bu idari para cezasının maktu olarak belirlenmesi sebebiyle EPDK, işletmecilerin işlediği fiilin ağırlığı, kastının varlığı, ekonomik durumu gibi hususları göz önüne alamayacaktır. Konumu itibariyle geliri yüksek olan bir bayi ile kırsal bir yörede cirosu düşük olan bir bayiye aynı şekilde maktu idari para cezası uygulanması hakkaniyete aykırı olacaktır.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında, maktu olarak düzenlenen cezaların uygulanması durumunda hakkaniyete aykırı sonuçların doğabileceğini ifade etmiştir²¹⁹.

²¹⁴ 20.12.2003 tarihli ve 25322 sayılı RG.

²¹⁵ 02.05.2001 tarihli ve 24390 sayılı RG.

²¹⁶ 30.03.2013 tarihli ve 28603 sayılı RG.

²¹⁷ *ULUSOY*, İdari Yaptırımlar, s.125.

²¹⁸ 13.03.2005 tarihli ve 25754 RG.

²¹⁹ Anayasa Mahkemesi, T.7.4.2016, E.2015/109, K.2016/28, RG, T.03.05.2016, Sy.29701.

Her ne kadar hukukumuzda en çok başvuru alan yöntem maktu para cezaları olsa da son dönemde birçok kanunda nispi veya alt ve üst sınırı belirlenmiş idari para cezalarının tercih edildiği görülmektedir. Bu tercihte, ölçülülük, orantılılık ve hakkaniyet gibi faktörlerin etkili olduğunu söyleyebiliriz.

EHK'nın 60.maddesine göre BTK, mevzuata aykırılık hallerinde faaliyette bulunan şirketlere önceki yıldaki net satışlarının %3'üne kadar idari para cezası uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu idari para cezası yeni başlayan işletmeciler için maktu olarak belirlenmiştir²²⁰. Yine 60.maddenin beşinci fıkrasında mevzuat ihlalleri için ruhsatname ücretinin elli katı idari para cezası öngörülmüştür. Bu hükümler dışında elektronik haberleşme mevzuatında düzenlenen idari para cezalarının büyük bir çoğunluğu nispi ve üst sınırı belirlenmiş şekilde öngörülmüştür.

Kabahatler Kanununun 17.maddesinin 7.fıkrasında, maktu para cezalarında yeniden değerlendirme yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

İdari para cezaları ile ilgili yasal düzenleme yapılırken toplumda adalete ve idareye güvenin sarsılmaması için fiile uygulanacak idari para cezası şeklinin iyi tespit edilmesi önemlidir²²¹.

ab. Nispi İdari Para Cezaları

Nispi idari para cezaları, öngörülen parasal yaptırımın miktarı, duruma göre belli oranda artırabilen nitelikteki parasal yaptırımlardır²²². Nispi para cezalarının maktu idari para cezalarından ayıran en önemli farklardan biri, önceden belirlenen sabit bir miktar olmaması, diğeri ise, fiilin işlendiği tarihteki nispet edilen değere göre hesaplama yapıldığından yeniden değerlendirme oranında artırım yapılmamasıdır²²³.

²²⁰ ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s.143.

²²¹ GÜÇLÜ, s.103.

²²² ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.55.

²²³ "Nispi idari para cezalarında hesaplama yapılırken sabit bir tutar öngörülmemektedir, kabahatin işlendiği zamanki nispet edilen değere göre hesaplama yapıldığından, aradan geçen zamanda enflasyon nedeniyle güncelliğini kaybetmemekte ve yaptırım, ağırlığını ve gücünü daha sonraki yıllarda da koruyabilmektedir. Bu nedenle nispi idari para cezalarında yeniden değerlendirme oranında artırım yapılması söz konusu değildir. Zira, nispet edildiği değer, kabahatin işlendiği tarih itibariyle güncel olduğundan ceza da güncelliğini korumuş olacaktır. Zaten yeniden değerlendirme oranı uygulanmasıyla, idari para cezalarının güncelliğinin korunmasını

Nispi para cezalarında ceza miktarı değişebilmekle birlikte bu değişikliğin sebebi, cezayı uygulayan merciin takdiri değerlendirmesi değil nispet edildiği şeyin değeridir²²⁴.

EHK açısından işletmecinin yetkilendirme devrine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi nispi idari para cezası uygulanacaktır. Burada da idari para cezası nispi ceza olmakla birlikte oransal olarak üst sınırı belirlenmiştir.

Nispi para cezalarına üst sınır(belli bir miktar) getirilmesi mümkün olmakla birlikte, konulacak sınırların her yıl o yıl için uygulanan yeniden değerlendirme oranında artırılması gerekmektedir²²⁵. Aksi durumda, maktu cezalarda olduğu gibi bazı durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçların doğması söz konusu olabilecektir.

Belirtmek gerekir ki, nispi idari para cezalarının miktarlarının belirlenmesi için nispi cezaya konu “gümrüklü değer”, “rayiç değer”, “net satış bedeli”, veya “proje bedeli” gibi unsurların tespit edilmesi şarttır. Bunların tespit edilebilmesi için gerektiği durumlarda bilirkişi incelemesi yoluna başvurulabilir.

ac. Alt ve/veya Üst Sınırı Belirlenmiş İdari Para Cezası

Alt ve üst sınırı belirlenmiş idari para cezalarında, bir eylem için öngörülen parasal yaptırımın kanunda alt ve üst sınırı gösterilip, eylemin oluşuna göre bu sınırlar arasında bir miktara karar vermeye yetkili merciin takdir hakkının tanınması durumu söz konusudur²²⁶.

Alt sınır ile üst sınır arasında bir miktar belirlenirken işlenen fiilin haksızlık içeriği, failin kusuru ve ekonomik durumlar gibi hususlar dikkate alınmaktadır²²⁷.

Elektronik haberleşme hukukunda ise; yukarıda yer verilen EHK'nın 60.maddesinin yedinci fıkrası hükmü alt ve/veya üst sınırı belirlenmiş idari para cezasına örnek olarak gösterilebilir.

amaçlandığından nispi idari para cezasında, güncelliğin kaybolması endişesi olmadığından böyle bir uygulamaya gidilmesine gerek görülmemiştir” bkz. GÜÇLÜ, s.104.

²²⁴ GÜÇLÜ, s.103.

²²⁵ GÜÇLÜ, s.105.

²²⁶ ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.55

²²⁷ “Burada fiilin haksızlık içeriği ifadesinden, eylemin ihlal ettiği toplumsal fayda, eylemin işlenme şekli, eylemin meydana getirdiği tehlikenin ağırlığı gibi durumlar anlaşılmalıdır. Failin kusurundan maksat, eylemin kasıtlı mı yoksa taksirle mi işlenmiş olduğu anlaşılır. Failin ekonomik durumuna gelince, alt ve üst sınır arasında bir miktar belirlerken failin ödeme gücü de dikkate alınacak demektir” bkz. ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.55.

Verilen idarî para cezasının başvuru veya itiraz halinde iptal edilmemesi açısından idarî para cezası kararını veren makam, kararında cezayı neye binaen belirlediğine dair gerekçeye yer vermesi gerekir²²⁸. Zira, alt ve üst sınır içerisinde tanınan takdir yetkisinin hukukilik denetiminin yapılabilmesi için bu gereklidir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 28.maddesinin dokuzuncu fıkrasında,, bu kanun kapsamında uygulanan alt ve üst sınırı belirlenmiş idari para cezalarına karşı itiraz edilmesi durumunda yargı organı öngörülen cezanın miktarında indirim yapabilecektir.

GÜÇLÜ, görevli mahkemenin sulh ceza mahkemesi olarak belirlendiği durumlarda yukarıdaki fıkra hükmü uygulanacağı, görevli mahkemenin idari yargı organı olarak belirlenen durumlarda ise bu fıkra hükmünün uygulanamayacağı görüşündedir²²⁹. İdari yargı mercii, İYUK'un 2.maddesi gereğince, yerindelik denetimi yapamayacağından dava konusu edilen idari para cezasının sadece iptaline veya iptal talebinin reddine karar verebilecektir. Bu sebeple, görevli mahkemenin idari yargı organı olması durumunda cezanın miktarında indirim yapılabilmesi mümkün değildir.

İdari para cezalarının ilgililerden alınabilmesi için kesinleşmesi gerekmekte olup, kesinleşmeyen cezaların tahsili mümkün değildir. Kesinleşen cezalar kamu alacağı durumuna geldiğinden 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri doğrultusunda tahsil edilmektedir.

b. Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi(İdari Müsadere)

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi, bazı durumlarda ceza olarak bazı durumlarda ise güvenlik tedbiri ya da idari bir önlem olarak karşımıza çıkmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda müsadere bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmişken²³⁰, idari yaptırımlarda hem ceza hem de tedbir olarak uygulanabilmektedir. İdare hukukundaki müsadere kavramı ile ceza hukukundaki müsadere kavramları birbirinden farklıdır²³¹. Doktrinde, idare hukukundaki müsadere terimini, ceza

²²⁸ *GÜÇLÜ*, s.109.

²²⁹ *GÜÇLÜ*, s109-110.

²³⁰ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 54. Madde Gerekçesi.

²³¹ *ÖZAY*, s.46; "Ceza Hukukundaki müsadere ile idari yaptırım olan müsadere benzer ve farklı oldukları yönleri şunlardır: İlk farklılık, eşyanın tehlikelik derecesindedir. Bizzat eşyanın

hukukundaki müsadere teriminden ayırmak amacıyla “idari müsadere” şeklinde kullanılmaktadır²³². Son dönemde idari yaptırımlar açısından müsadere terimi yerine mülkiyetin kamuya geçirilmesi teriminin kullanıldığı görülmektedir²³³.

İdari müsadere, idari para cezası gerektiren, idari düzeni bozan eylemlere uygulanan tali nitelikte bir yaptırım türüdür²³⁴. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun “Yaptırım türleri” başlıklı 16’ncı maddesinde idarî yaptırımların idarî para cezası ve idarî tedbirlerden; idarî tedbirlerin ise mülkiyetin kamuya geçirilmesi(idari müsadere) ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerden oluştuğu ifade edilmiştir. İdari müsadere anlamına gelen mülkiyetin kamuya geçirilmesi, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile hukuk sistemimize dahil olmuştur²³⁵. Hukuk sistemimizde mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımları idari para cezaları kadar yaygın kullanılmamaktadır.

EHK’nın 60.maddesiyle, kamu düzeni, milli güvenlik ve kamu hizmetinin gerektiği durumlarda gerektiğinde işletmecilerin tesislerini tazminat karşılığında devralma yetkisi BTK’ya tanınmıştır. Bu hükmün, mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımına benzediğini söyleyebiliriz. Ancak, mülkiyetin kamuya geçirilmesinin temelinde, herhangi bir karşılık ödenmeksizin yaptırımın konusunu oluşturan veya yaptırımın işlenmesi suretiyle elde edilen eşya idarenin mülkiyetine geçmektedir. Bu sebeple anılan hüküm mülkiyetin kamuya geçirilmesine uygun bir örnek olarak gösterilmesi mümkün değildir. Bu hüküm dışında EHK’da mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından BTK bu yaptırımı başvuramayacaktır.

bulunmasının idari düzene aykırılık oluşturması durumunda İdarece müsadere kararı verilebilmektedir. Ceza Hukukundaki müsadere ise, eşyanın varlığı ayrı bir suç oluşturmakta ve kararı yargı organı vermektedir. Görüldüğü gibi, idari müsadereye başvurulabilmesi için ne bir suçun işlenmiş olmasına, ne de bir mahkumiyet kararına gerek duyulmaktadır. İdare bu yaptırımı doğrudan uygulayabilmektedir. Anlaşılacağı üzere, burada da idari para cezalarında başvuru olan ayırım olan organik ölçüt ayrımı dikkate alınmaktadır. İdari yaptırımların ceza yaptırımlarından amaç yönünden farklılığı, müsadere de kendisini göstermektedir. İdari yaptırım türündeki müsadere ile amaçlanan, bireyin idari ihlali nedeniyle uyarılmasıdır. Bu nedenle, burada başvuru olan müsadere, işlenen idari ihlalin “yan bir sonucu” olmakta ya da olması gerekmektedir. Müsadere cezasında ise, suç failini belirli bir eşyadan yoksun bırakarak cezanın korkutucu etkisinin artırılması düşünülmektedir”. Bkz. OĞURLU, s.96.

²³² OĞURLU, s.96; ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.58.

²³³ Kanundaki tanımlamaya uygun şekilde son dönemde birçok yazar idari yaptırımlar açısından idari müsadere yerine mülkiyetin kamuya geçirilmesi kavramını kullanmaktadır. Bkz. ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s58 vd.; GÜÇLÜ, s.147 vd.; ÖZEN, s.135 vd.

²³⁴ OĞURLU, s.96.

²³⁵ GÜÇLÜ, s.147.

c. Elkoyma

Elkoyma, gerçek anlamda bir yaptırım uygulanıncaya kadar geçerli olan bir önlem niteliğindedir²³⁶. Yani, kişinin belli bir malına bir müddet idare tarafından el konulması şeklinde ifade edilen, asıl yaptırım uygulanıncaya kadar başvuru olan bir ön tedbir uygulamasıdır²³⁷. Ceza hukukunda elkoyma bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir²³⁸. Konumuzu oluşturan idari yaptırım olarak başvuru olan elkoyma ise az sayıda kanunda düzenlenmiştir.

EHK’da elkoyma yaptırımına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte Telsiz Ve Telekomünikasyon Terminal Ekipmanlarının Piyasa Gözetimi Ve Denetimine Dair Yönetmeliği’nin²³⁹ 28.maddesinde, cihazların toplatılmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir. Telsiz Ve Telekomünikasyon Terminal Ekipmanları Yönetmeliği’nin²⁴⁰ “Cihazın piyasaya arzının yasaklanması, toplatılması ve bertarafı” başlıklı 14.maddesinde de elkoyma tedbirine yer verilmiştir.

d. Diğer İdari Mali Yaptırımlar

Yukarıda sayılanlar dışında bazı kanunlarda farklı nitelikte idari mali yaptırımlara yer verilmiştir. 3194 sayılı İmar Kanunu’nun²⁴¹ 32. Maddesi uyarınca ruhsatsız olarak yapılan yapıların tespiti halinde inşaatın derhal durdurulacağı ve yıkım işlemlerine başlanacağı, 2960 sayılı Boğaziçi Kanun’unun²⁴² 13.maddesi uyarınca imar mevzuatına aykırı yapılan yapıların yıktırılacağı ve 775 sayılı Gecekondu Kanun’unun²⁴³ 18.maddesi gereğince kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak gecekonduların yıkılacağı düzenlenmiştir. Verilen bu yıkım kararları sonucu itibarıyla kişinin malvarlığında olumsuz etkiye neden olduğundan mali nitelikte bir yaptırım olduğunu söyleyebiliriz.

²³⁶ ÖZAY, s.46-47.

²³⁷ ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.60.

²³⁸ Bkz. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 123.maddesi vd.

²³⁹ 06.02.2013 tarihli ve 28551 sayılı RG.

²⁴⁰ 24.03.2007 tarihli ve 26472 sayılı RG.

²⁴¹ 09.05.1985 tarihli ve 18749 sayılı RG.

²⁴² 22.11.1983 tarihli ve 18229 sayılı RG.

²⁴³ 30.07.1966 tarihli ve 12362 sayılı RG.

OĞURLU, yıkım kararlarının hepsinin bir yaptırım niteliğinde olmadığını, bir kısmının önlem niteliğinde olan uygulama işlemleri olduğunu ifade etmektedir²⁴⁴. *ÇAĞLAYAN* da yıkılma tehlikesi bulunan yapıların yıkılmasının idari yaptırım niteliğinde bulunmadığını, ruhsatsız yapıların yıkılmasının ise idari yaptırım niteliğinde olduğunu belirtmiştir²⁴⁵.

Yıkım kararları dışında disiplin cezası olan aylıktan kesme cezası da idari mali yaptırımlara örnek gösterilebilir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125.maddesinde aylıktan kesme cezası verilebilecek haller sayılmıştır. Bu yaptırım görevde disiplin ve verimi sağlamak üzere kabul edilen bir yaptırımdır. Aylıktan kesme türündeki disiplin cezalarının, kişinin malvarlığını etkileyen bir yaptırım olarak idari mali yaptırımlardan sayılmaktadır²⁴⁶.

Bunlar dışında, yaptırımın mali yönü ağır basan bazı idari yaptırımlarda bulunmaktadır. Örneğin, bir faaliyetin durdurulması, işyerinin kapatılması, bir eserin toplatılması gibi yaptırımlar mali nitelikte yaptırımlardır²⁴⁷.

4.2. Bireysel İdari Yaptırımlar

Bireysel idari yaptırımlar isminden de anlaşılacağı üzere kişinin bizzat kendisini veya sahip olduğu hakkın ya da özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuran yaptırımlardır. Bu yaptırımlar, kişinin malvarlığından bir eksiltme ya da kullanımını engelleyerek malvarlığı üzerinde tasarruf etmesini kısıtlayan yaptırımlar değildir²⁴⁸. Bireysel idari yaptırımlarla, kişinin belli bir hakkı ya da özgürlüğü kısıtlanarak idari düzenin bozulması önlenmeye çalışılmakta yahut düzeni bozucu eylemlerin tekrarlanmasının önüne geçmek hedeflenmektedir²⁴⁹.

Bu yaptırımlara örnek olarak, yabancıların sınır dışı edilmesi, sürücü belgesinin geçici geri alınması, işyerinin kapatılması, izin ve ruhsatın geri alınması, pasaport talebinin reddedilmesi, barodan kaydın silinmesi, ruhsatsız inşaatın

²⁴⁴ *OĞURLU*, s.101.

²⁴⁵ *ÇAĞLAYAN*, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.61.

²⁴⁶ *OĞURLU*, s.98-99.

²⁴⁷ *ÖZAY*, s.46(dpt. 83).

²⁴⁸ *OĞURLU*, s.103

²⁴⁹ *ÇAĞLAYAN*, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.62.

mühürlenmesi, inşaat ruhsatının iptal edilmesi, vatandaşlıktan çıkarma gösterilebilir²⁵⁰.

Kabahatler Kanununun 19.maddesinde de bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat veya ehliyetin geri alınması, kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması gibi yaptırım türleri örnek olarak gösterilmiştir. Disiplin cezalarından uyarma ve kınama cezaları tamamen bireysel nitelikte olan cezalar olduğundan bireysel idari yaptırım tanımına tam anlamıyla uymaktadır. Kademe ilerlemesinin durdurulması, aylıktan kesme ve kamu görevinden çıkarma cezalarının mali etkisi bulunduğunu belirtmek gerekir²⁵¹. Bireysel idari yaptırımların kişinin malvarlığına dolaylı olarak da etki yarattığından²⁵² mali etkisi olduğu düşüncesiyle bireysel idari yaptırım olmadığını söyleyemeyiz.

BTK tarafından uygulanan “yetkilendirmenin iptali” yaptırımı ile işletmecinin elektronik haberleşme hizmeti yapması engellendiğinden bu yaptırımı bireysel idari yaptırımlar arasına dahil edebiliriz.

II. ELEKTRONİK HABERLEŞME HUKUKUNDAKİ İDARİ YAPTIRIM TÜRLERİ

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu, gözetim ve denetim faaliyetleri sırasında hukuka aykırılıkları tespit etmesi durumunda çeşitli yaptırımlar uygulayabilir.

EHK'nın “Kurumun yetkisi ve idari yaptırımlar” başlıklı 60. Maddesinin birinci fıkrasında, BTK'nın idari para cezası, yetkilendirmenin iptali, faaliyetin geçici durdurulması, tazminat karşılığında tesisleri devralma gibi idari yaptırımları uygulayabileceği düzenlenmiştir.

Anılan maddede idari yaptırımlar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmemiş ve muhtemel aykırılıklara karşı uygulanacak yaptırım olarak “gerekli tedbirler” şeklinde BTK'nın takdir alanını genişleten bir ifade kullanılmıştır. BTK tarafından çıkarılan düzenlemelerle bu alan doldurulmaya çalışılmıştır. Ancak, bu durumda da idari

²⁵⁰ Örnekler için bkz. ÖZAY, s.46; OĞURLU, s.101-102; ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.62; ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s.175 vd.

²⁵¹ ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.62.

²⁵² OĞURLU, s.103.

yaptırım işleminin sebep unsuru kapalı, idareye geniş takdir yetkisi veren düzenlemeler yürürlüğe girmiştir²⁵³. İdari yaptırımların bu şekilde düzenlenmesinin kanunilik ilkesini zedelediğini belirtmek gerekir.

15.02.2014 tarihli ve 28914 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak Bilgi Teknolojileri Ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği²⁵⁴ çıkarılmıştır. Anılan Yönetmelik ile elektronik haberleşme sektörüne ilişkin BTK tarafından uygulanacak idari yaptırımlar bir düzen içerisine alınmıştır²⁵⁵. Ayrıca, EHK dışında Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun, İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ve Elektronik İmza Kanunu uyarınca uygulanacak olan idari yaptırımlarda da Yaptırım Yönetmeliği hükümleri dikkate alınacaktır.

Yaptırımlar Yönetmeliği dışında, BTK tarafından hazırlanan bazı yönetmeliklerde de idari yaptırımlara yer verilmiştir. BTK tarafından çıkarılan birçok yönetmelikte belirlenen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda Yaptırım Yönetmeliği hükümleri uyarınca idari yaptırım uygulanacaktır.

BTK'nın kendi iç işleyişine ilişkin öngörülmuş disiplin yaptırımları çalışmanın konusu dışında kaldığından değinilmemiştir. Yine, posta sektöründe uygulanacak idari yaptırımlara ve bunların uygulanmasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen Bilgi Teknolojileri Ve İletişim Kurumu Posta Sektöründe İdari Yaptırımlar Yönetmeliği de bulunmaktadır. Ancak çalışmamızın konusunu elektronik haberleşme sektörü ve bu sektörde düzenlenen idari yaptırımlar oluşturduğundan posta sektörüne ilişkin idari yaptırımlar çalışmamızda incelenmeyecektir.

Elektronik haberleşme sektörü açısından BTK'nın yaptırım yetkisi oldukça geniştir. BTK, birçok kanun ve yönetmelik uyarınca yaptırım yetkisini kullanabilmektedir. Bu yaptırımları inceleme kolaylığı sağlanması bakımından idari para cezaları, yetkilendirmenin iptali/feshi ve diğer idari yaptırımlar ve tedbirler şeklinde üç başlığa ayırarak incelenmeye çalışılacaktır.

²⁵³ URAN, s.282.

²⁵⁴ Çalışmanın devamında Yaptırım Yönetmeliği olarak anılacaktır.

²⁵⁵ Bu yönetmelik ile işletmeciler hakkında getirilmiş ve dağınık halde bulunan idari yaptırımlar tek çatı altında birleştirilmeye çalışılmıştır.

1. İdari Para Cezaları

1.1. Yetkilendirmeye İlişkin Yükümlülüklerin İhlali

Elektronik haberleşme sektöründe faaliyette bulunmak isteyen işletmecilerin BTK tarafından yetkilendirilmesi gerektiği yukarıda ifade edilmişti. Yetkilendirilen işletmeciler, bu yetkilendirmesi kapsamında bazı yükümlülükleri yerine getirme veya bazı davranışlardan kaçınma zorunluluğu altına girmektedirler.

Yaptırımlar Yönetmeliğinin “Yetkilendirmeye İlişkin İhlaller” kenar başlıklı 5.maddesinde, işletmecilerin yetkilendirmeye ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemeleri durumunda yükümlülüğün türüne göre farklı oranlarda idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür.

Yaptırımlar Yönetmeliğinin 5.maddenin birinci fıkrasının (a) bendine göre işletmecinin;

- İmtiyaz sözleşmesi kapsamından kurulan şebeke veya tesislerin sözleşmenin sonuna kadar güncel, çalışır ve iyi bir durumda bulundurmaması,
- Acil yardım çağrı hizmetlerine ilişkin yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi,
- Yetkilendirilen konu dışında altyapı ve şebeke kurması veya hizmet vermesi,

halinde işletmeci hakkında bir önceki yıldaki satışlarının yüzde üçüne kadar idari para cezası uygulanacaktır.

Danıştay bir kararında²⁵⁶, işletmecinin yetkilendirme kapsamı dışına çıkarak yetkilendirmeye konu hizmeti başka bir kişi veya kuruluş adına yapması nedeniyle uygulanan idari para cezasının hukuka uygun olduğuna karar vererek yerel mahkemenin kararını kaldırmıştır.

Anılan maddenin birinci fıkrasının (b) bendine göre işletmecinin;

- Sigorta yaptırma konusundaki yükümlülüklerine aykırı davranması²⁵⁷,

²⁵⁶ Danıştay 13. Dairesi, T.16.06.2010, E.2008/8842, K.2010/5131, (Yayımlanmamış Karar).

²⁵⁷ BTK'nın 16.01.2014 tarihli ve 2014/DK-YED/44 sayılı kararında; “...2012-2013 ile 2013- 2014 yıllarına ilişkin All Risk sigorta poliçelerini süresi içerisinde Kurumumuza göndermemesi

- Kapsama alanına ilişkin yükümlülüklerine aykırı davranması,

durumunda işletmeci hakkında önceki yıldaki net satışlarının yüzde ikisine kadar idari para cezası uygulanacaktır.

Yine anılan maddenin birinci fıkrasının (c) bendine göre işletmecinin;

- Bilinmeyen numaralar ile rehberle ilişkin yükümlülüklerine aykırı davranması²⁵⁸,
- İşin aksaması veya çalışanların uygun davranışta bulunması için önlem alınmaması,
- Birleşme veya devralmaya, yetkilendirme devri veya hisse devri gibi konulara ilişkin yükümlülüklerine aykırı davranması,

halinde işletmeci hakkında önceki yıldaki net satışlarının yüzde birine kadar idari para cezası uygulanacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, yukarıda sayılan haller dışında kalan ve yetkilendirmeye ilişkin yükümlülüklerin ihlali kapsamında olan ihlallerin de cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Aslında bu fıkra EHK'nın 60.maddesinin birinci fıkrasının bir yansımasıdır. Bu hükümlerle, Yaptırımlar Yönetmeliğinin 5.maddesinin birinci fıkrasında sayılan fiillere girmeyen ancak yetkilendirmeye ilişkin yükümlülükler kapsamında değerlendirilen fiiller cezalandırılmaktadır.

Maddede belirtilen “Yetkilendirmeye ilişkin ilgili mevzuat” ifadesiyle işletmecilerin yetkilendirme kapsamında uyması gereken kuralların yer aldığı hükümler kast edilmektedir. Örneğin, abone yerine bayilere fatura kesilmesi²⁵⁹, kamu kurum ve kuruluşlarının görev ve faaliyet alanlarına ilişkin konularda ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının yazılı izni dışında faaliyette bulunulması²⁶⁰, acentelere

nedeniyle (...) AŞ hakkında... idari para cezasının uygulanması hususuna karar verilmiştir” şeklinde belirtilmiştir, (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:25.02.2018.

²⁵⁸ BTK'nın 18.01.2012 tarihli ve 2012/DK-16/25 nolu kararında, rehber hizmeti sunma yükümlülüğünü ihlal eden işletmeci hakkında idari para cezası uygulanmıştır, (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:25.02.2018.

²⁵⁹ BTK'nın 19.01.2016 tarihli ve 2016/DK-SDD/32 sayılı kararı, (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:25.02.2018.

²⁶⁰ BTK'nın 27.05.2015 tarihli ve 2015/DK-YED/280 sayılı kararı, (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:25.02.2018.

ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi²⁶¹ ve erişim engellenmesi işleminin sonlandırılması talebini zamanında yerine getirmemesi²⁶² gibi fiiller BTK tarafından Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 5.maddesinin ikinci fıkrası kapsamında “yetkilendirmeye ilişkin ilgili mevzuat ihlalleri” olarak değerlendirilmiştir.

1.2. Numaralandırmaya İlişkin Yükümlülüklerin İhlali

İşletmecilerin yetkilendirme kapsamında numara tahsisi ve bu numaraların kullanım esasları Numaralandırma Yönetmeliği ile belirlenmiştir. Numara tahsisi için yapılan başvuruların alınması, değerlendirilmesi, tahsisin yapılması ve kaydedilmesi, ilgili mevzuat kapsamında tahsisli numaraların iptal edilmesi, tahsis edilen kaynaklara ilişkin bilgilerin güncellenmesi ve numara kaynağının tükenmeye yaklaşması durumunda gerekli önlemlerin alınması sürecine “numaralandırma ve numara yönetimi” denilmektedir. Ayrıca Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 20.maddesinde de kullanım hakkı sahibi işletmecilerin numaralandırmaya ilişkin düzenlemelere uymakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Yaptırımlar Yönetmeliğinin “Numaralandırmaya ilişkin ihlaller” başlıklı 6.maddesinde numaralandırmaya ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür.

Anılan maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde, işletmecinin numaralandırma düzenlemeleri çerçevesinde kendisine tahsis edilen numaralar dışında diğer numara kaynaklarından numara kullanması halinde işletmeci hakkında bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde ikisine kadar idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür²⁶³.

Yaptırımlar Yönetmeliğinin 6.maddesinin birinci fıkrasının b bendine göre işletmecinin;

²⁶¹ BTK'nın 10.01.2018 tarihli ve 2018/İK-YED/6 sayılı kararı, (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:25.02.2018.

²⁶² BTK'nın 09.07.2014 tarihli ve 2014/DK-YED/355 sayılı kararı, (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:25.02.2018.

²⁶³ BTK'nın 23.07.2015 tarihli ve 2015/DK-YED/338 sayılı kararında, bir işletmeci hakkında kendisine tahsis edilen numara dışında katma değerli hizmet numaralarını kullanması nedeniyle idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. Karar için bkz. (<https://www.btk.gov.tr/Kurul-Kararlari>), E.T:27.02.2018.

- Ulusal numaralandırma planı kapsamında gerekli düzenlemeleri yapmaması,
- Ulusal numaralandırma planında veya kendisine tahsisli numaralarda yapılan değişikliklere ilişkin olarak Numaralandırma Yönetmeliği ile diğer ilgili mevzuatta belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemesi,

durumunda işletmeci hakkında önceki yıldaki net satışlarının yüzde birine kadar idari para cezası uygulanacaktır.

Yine anılan maddenin birinci fıkrasının (c) bendine göre işletmecinin;

- İzinsiz olarak kendisine tahsis edilen veya kullanım izni verilen numaraların kullanılması veya devredilmesi,
- Hizmet türüne göre numara gruplarına yönelik ilgili mevzuatta yer alan düzenlemelere uymaması,
- Karışıklığa neden olacak şekilde tahsis edilen numaraların kullanılması,
- CLI'a ilişkin ilgili mevzuat hükümlerini ihlal etmesi,

durumunda işletmeci hakkında önceki yıldaki net satışlarının binde beşine kadar idari para cezası uygulanacaktır.

Yaptırımlar Yönetmeliğinin 6.maddesinin ikinci fıkrasında, işletmeciler hakkında numaralandırmaya ilişkin yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde idari para cezası dışında numaraların geri alınmasına da karar verilebileceği belirtilmiştir. Maddenin devamında, birinci ve ikinci fıkralarda sayılan fiillere girmeyen ve numaralandırmaya ilişkin yükümlülüklerin ihlali niteliğinde olan fiiller hakkında önceki yıldaki net satışların yüzde üçüne kadar para cezası uygulanacağı öngörülmüştür.

1.3. Numara Taşınabilirliğine İlişkin Yükümlülüklerin İhlali

Abonelerin numarasını değiştirmeksizin hizmet aldığı işletmeciyi veya aldığı hizmet türünü değiştirmesi anlamına gelen numara taşınabilirliği EHK'nın 32.maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, işletmeciler numara taşınabilirliğini sağlamakla yükümlü olup, bu yükümlülükleri yerine getirirken ortaya çıkan giderleri karşımaları gerekir.

Numara taşınabilirliğine ilişkin usul ve esaslar Numara Taşınabilirliği Yönetmeliği ile belirlenmiştir. Yönetmeliğin 6.maddesine göre, ulusal numaralandırma planında yer alan coğrafi numaralar, coğrafi olmayan numaralar ile mobil numaralar numara taşınabilirliği kapsamında olan numaralardandır. Bu numaraları abonelerine tahsis eden işletmeciler, abonelerin numara taşınması konusundaki taleplerini yerine getirmek zorundadır. Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 20.maddesinde de kullanım hakkı sahibi işletmecilerin numara taşınabilirliğine ilişkin düzenlemelere uymakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 7.maddesinde “Numara taşınabilirliğine ilişkin ihlaller” başlığı altında bu yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür. Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 7.maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre işletmecinin;

- Numara taşınması hususunda alıcı işletmeciden gelen talebi yerine getirmemesi²⁶⁴,
- Taşıma talebi bulunmadan, kimlik bilgileri alınmadan veya eksik bilgi bilgi alınarak taşıma sürecinin başlatılması,

durumunda işletmeci hakkında önceki yıldaki net satışlarının yüzde birine kadar idari para cezası uygulanacaktır.

Anılan maddenin birinci fıkrasının (b) bendine göre işletmecinin;

- Numaranın taşınacağı tarihin ilgililere bildirilmemesi,
- Tarife şeffaflığına ilişkin yükümlülükler uymaması,
- Abone tarafından ulaştırılan numara taşıma iptal talebini yerine getirmemesi,
- Numara taşınabilirliğinde uygulanacak ücretlere ilişkin BTK düzenlemelerine uymaması
- Taşıma sürecinde BTK tarafından belirlenen sürelerle uygun davranmaması,

²⁶⁴ BTK'nın 23.07.2014 tarihli ve 2014/DK-SDD/386 sayılı kararında, numara taşımaları gerçekleştirmeyen işletmeci hakkında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. Karar için bkz. (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:25.02.2018.

- Taşınan numaranın iadesine ilişkin BTK düzenlemelerine uymaması,
- Çağrı yönlendirme yükümlülüğüne aykırı davranması,
- Kendisine tahsis edilmeyen taşınmış bir numara ilişkin devir işlemi gerçekleştirmesi,

durumunda işletmeci hakkında önceki yıldaki net satışlarının binde beşine kadar idari para cezası uygulanacaktır²⁶⁵.

Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise numara taşınabilirliğine ilişkin birinci fıkrada sayılan haller dışında kalan numara taşınabilirliği yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde işletmecinin önceki yıldaki net satışlarının yüzde üçüne kadar para cezası uygulanacağı öngörülmüştür²⁶⁶.

1.4. Frekans Kullanımına İlişkin Yükümlülüklerin İhlali

Telsiz haberleşmesinin vazgeçilmez bir unsuru olan spektrum kavramı, EHK'nın 3.maddesinin (kk) bendinde tanımlanmıştır. Buna göre, frekansı 9 kHz-3000 GHz arasında olan ve uluslararası düzenleme yapılması halinde ise 3000 GHz'in üzerindeki frekanslar da dahil olmak üzere elektromanyetik dalgaların frekans aralığına spektrum denilmektedir²⁶⁷.

EHK'nın "frekans planlama, tahsis ve tescili" kenar başlıklı 36.maddesine göre, telsiz sistemi kurmak isteyen işletmecilerin frekans tahsisi ve tescilini yapmaları gerekir. Ruhsat alınmadan kullanabilen telsiz ve cihaz sistemlerinde kullanılacak frekanslar için tahsis ve tescil işlemi yapılmasına gerek yoktur.

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin "Frekans kullanımına ilişkin ihlaller" başlıklı 8.maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre, işletmecinin kendisine tahsis edilen frekans dışında bir frekans kullanması halinde önceki yıldaki net satışlarının yüzde ikisine kadar para cezası uygulanacağı belirtilmiştir.

²⁶⁵ . BTK 19.10.2015 tarihli ve 2015/DK-YED/466 sayılı kararında numara taşınabilirliğine ilişkin sürelerle uygun davranmayan işletmeci hakkında idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir. Karar için bkz. (<https://www.btk.gov.tr/Kurul-Kararlari>), E.T:10.03.2018.

²⁶⁶ BTK'nın 19.01.2016 tarihli ve 2016/DK-SDD/30 sayılı kararında, bu fıkra kapsamında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. Karar için bkz. (<https://www.btk.gov.tr/Kurul-Kararlari>), E.T:15.03.2018.

²⁶⁷ Spektrumun kullandıkça tükenmeyen doğal bir kıt kaynak olduğu hakkında bkz. (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Spektrum-Yonetimi->), E.T:15.03.2018.

Anılan maddenin birinci fıkrasının (b) bendine göre işletmecinin;

- Frekansın iptal edilmesi veya frekans değişikliği konularında iş ve işlemlerin süresinde yerine getirmemesi,
- Tahsis edilen frekansların izinsiz olarak bir başkasına kullandırması veya devretmesi,
- Frekansları tahsis amacı dışında kullanması,
- Enterferansı önlemeye ilişkin yükümlülüklerini ihlal etmesi,

durumunda işletmeci hakkında önceki yıldaki net satışlarının yüzde birine kadar idari para cezası uygulanacaktır.

Yaptırımlar Yönetmeliğinin 8.maddesinin 2.fıkrasına göre işletmecinin, yukarıda sayılan haller dışında frekans kullanımına ilişkin mevzuata uygun davranması durumunda işletmecinin önceki yıldaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür. Bu fıkra hükmü ile genel bir düzenleme getirilerek frekans kullanımına ilişkin sayılan yükümlülükler dışında mevzuatta belirtilen frekans kullanımına ilişkin diğer yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde üst sınırı belirlenmiş idari para cezası uygulanabilecektir.

Spektrum Yönetimi Yönetmeliği'nin "idari yaptırımlar" başlıklı 12.maddesinde yer verilen; *"Bu Yönetmelik hükümlerine aykırı davranan veya faaliyet gösterenler hakkında, Kanununun 63 üncü maddesi hükümleri uygulanır"* hükmüne değinmek gerekir. Her ne kadar madde başlığı "idari yaptırımlar" olarak belirtilse de madde içeriğinde yönetmeliğe aykırı davrananların EHK da düzenlenen özel suç tiplerinin yer aldığı 63.madde hükümleri uygulanacağı belirtilmektedir. Madde başlığının "idari yaptırımlar" olmasına rağmen içeriğinde cezai hükümlere atıfta bulunulduğundan, madde başlığının veya içeriğinin düzeltilmesi gerekmektedir.

EHK'nın "Cezai Hükümler" başlıklı 63.maddesinde, telsiz cihazı ve sistemlerinin izin ve ruhsatname alınmadan satılması, kurulması, işletilmesi veya kullanılması, verilen izin ve ruhsatnameye uygun olarak kurulmaması, kullanılmaması, verilen amaç dışında kullanılması belirlenen usullere uygun olarak çalıştırılmaması gibi fiilleri işleyen kişilerin ikibin güne kadar adli para cezası ile

cezalandırılacağı, izin alınmış veya alınmamış olsun bu cihazların milli güvenliğin ihlali amacıyla kullanılması halinde ise hapis ve adli para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

Belirtilen bu fiillerin bir kısmı aynı zamanda yukarıda ifade edilen idari para cezası yaptırımını uygulanabilecek ihlaller kapsamında yer almaktadır. Bu sebeple, frekans kullanımına ilişkin ihlal niteliğinde olan bir fiil nedeniyle hem işletmeci hakkında idari para cezası yaptırımını uygulanması hem de işletmecinin yetkilisi veya çalışanı hakkında adli yargı organları tarafından hapis ve/veya adli para cezası uygulanması mümkündür.

1.5. Tahakkuka esas bildirimlere ilişkin Yükümlülüklerin İhlali

07.08.2009 tarihli ve 27312 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Bilgi Teknolojileri Ve İletişim Kurumu Gelirlerinin Tarh, Tebligat, Tahakkuk, Tahsilât Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmeliği ile BTK'nın gelirlerinin tarh, tebligat ve tahakkuk ve tahsilatına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Anılan Yönetmeliğin 25.maddesinde işletmecilerin sistemlerine dahil olan abonelere ait ruhsatname ve kullanma ücretlerine ilişkin işlemler belirtilmiştir.

İşletmeciler, kendi abonelerinin BTK'ya ödemek zorunda olduğu ruhsatname ve yıllık kullanma ücretlerini abonelerden tahsil etmeleri gerekir. Tahsil edilen bu ücretler belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde BTK hesaplarına devredilir.

Bu yükümlülükler aykırı davranan işletmecilere ise Yaptırımlar Yönetmeliğinin "Tahakkuka esas bildirimlere ilişkin İhlaller" başlıklı 9.maddesi uyarınca idari para cezası uygulanacaktır. Bu madde ile işletmecilerin BTK'ya yapacakları bilgilendirmelerin doğruluğunun sağlanması amaçlanmıştır.

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 9.maddesinin birinci fıkrasında, tahakkuka esas olan bildirimlerin BTK'ya eksiksiz ve süresi içerisinde yapılmaması veya yanlış yapılması durumunda işletmeci hakkında önceki yıldaki net satışlarının yüzde birine kadar para cezası uygulanacağı öngörülmüştür.

Tahakkuka esas bildirimlerin süresinde, eksik veya yanlış olması halinde uygulanacak para cezasının üst sınırı yüzde bir olarak, bu bildirimlerin yanıltıcı olması durumunda uygulanacak para cezasının üst sınırını yüzde iki olarak

belirlenmiştir. Bildirimin yanılıcı olması durumunda daha ağır bir idari para cezası öngörölmüştür.

Uygulamada, tahakkuka esas bildirimlerini süresinde, eksik veya yanlış verilmesi durumlarında BTK tarafından işletmecilerin uyarılmasına karar verildiği görölmektedir. Bildirimlerin yanılıcı olması durumunda ise işletmecilere idari para cezası uygulanmaktadır²⁶⁸. Ayrıca, eksik ödenen bir bedelin bulunması halinde idari para cezası uygulanması yanında bu bedelin de BTK'ya ödenmesine karar verilmektedir.

1.6. Erişim ve Ara Bağlantıya İlişkin Yükümlölüklerin İhlali

Yetkilendirme kapsamında sektöre girerek elektronik haberleşme hizmeti sunmak isteyen işletmeci, yetkisi dahilindeki hizmetleri kaliteli ve gereği gibi yerine getirmesi sadece kendi aboneleri ile sağlayacağı iletişim ile söz konusu olmayacaktır. Sektörde birden fazla işletmeci olduğundan, aboneler ve kullanıcılar farklı işletmecilerin sunduğu hizmeti tercih edebileceklerdir. Bu durumda sunmak istediği hizmeti yerine getirmek isteyen işletmeci, diğer işletmecilerin abonelerine de erişim sağlamak zorundadır. Bu zorunluluk ara bağlantılarla yerine getirilecektir²⁶⁹.

EHK'nın "Erişim ve Arabağlantı" başlıklı Üçüncü Bölümünde erişimin ve arabağlantıya ilişkin yükümlölükler düzenlenmiştir. Buna göre BTK, bir işletmecinin başka bir işletmeciye erişime izin vermemesinin veya erişimi uygun olmayan şartlarda gerçekleştireceğini belirtmesinin rekabeti engellediğine veya ortaya çıkan durumun son kullanıcıların aleyhine olacağına karar vermesi halinde işletmeciye erişim taleplerini kabul etme zorunluluğu getirebilir. İşletmeciler birbirleriyle arabağlantıya ilişkin müzakerelerde bulunmaları zorunludur. İşletmecilerin anlaşamamaları durumunda BTK tarafından işletmecilere arabağlantı sağlama yükümlölüğü getirebilir. BTK, erişim ve arabağlantı yükümlölüklerini, 4. maddede belirtilen ilkeleri ve kamu menfaatini göz önüne alarak sınırlandırması mümkündür.

²⁶⁸ BTK'nın 07.06.2016 tarihli ve 2016/DK-SDD/283 sayılı kararı; BTK'nın 29.07.2015 tarihli ve 2015/DK-SDD/358 sayılı kararı, Kararlar için bkz. (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:25.02.2018.

²⁶⁹ EKİCİ, s.112.

Elektronik haberleşme şebekelerine erişim ve arabağlantıya ilişkin usul ve esasları düzenleyen Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği²⁷⁰ çıkarılmıştır. Erişim ve arabağlantı, piyasaya giriş için zorunlu bir unsur olduğundan hem kanunda hem de yönetmelikte ara bağlantı ve erişime ilişkin yükümlülükler ayrıntılı şekilde düzenlenmiş, bu yükümlülüklerin ihlal edilmesi durumunda idari para cezası uygulanacağı belirtilmiştir.

Nitekim, Yaptırımlar Yönetmeliği'nin "Erişim ve ara bağlantıya ilişkin ihlaller" başlıklı 10.maddesinde erişim ve arabağlantıya ilişkin yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde yükümlülük türüne göre beş farklı oranda idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür.

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 10.maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre işletmecinin;

- Erişim sağlama yükümlülüğünü²⁷¹,
- Arabağlantı sağlama yükümlülüğünü²⁷²,
- Ayırıştırma sağlama yükümlülüğünü,
- Maliyet muhasebesi ve hesap ayırımına ilişkin yükümlülüklerini,
- Ortak yerleşim konusundaki yükümlülüklerini²⁷³,
- Tesis paylaşım konusundaki yükümlülüklerini²⁷⁴,
- Taşıyıcı seçimi konusundaki yükümlülüklerini,
- BTK tarafından belirlenen ücret, şart ve hükümlere uygun davranmaması veya anılan şartlara ilişkin yükümlülüklerini²⁷⁵,
- Şeffaflığa ve referans erişim teklifleri konusundaki yükümlülüklerini²⁷⁶,

²⁷⁰ 8.9.2009 tarihli ve 27343 Sayılı RG.

²⁷¹ Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 8.maddesinde erişim sağlamaya ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

²⁷² Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 9.maddesinde arabağlantı sağlamaya ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

²⁷³ EHK'nın 17.maddesinde ve Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 14.maddesinde ortak yerleşime ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

²⁷⁴ EHK'nın 17.maddesinde ve Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 15.maddesinde tesis paylaşımına ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

²⁷⁵ EHK'nın 18.maddesinde ve Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 18.maddesinde uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlere ve işletmecilerin uyması gereken yükümlülüklerle yer verilmiştir.

İhlal etmesi veya haklı bir neden olmaksızın geciktirmesi halinde işletmeci hakkında önceki yıldaki net satışlarının yüzde ikisine kadar para cezası uygulanacaktır²⁷⁷. Dikkate edileceği üzere, yükümlülüklerin yerine getirilmesinin geciktirilmesi durumunda da idari para cezası uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan maddenin birinci fıkrasının (b) bendine göre işletmecinin;

- Erişim veya arabağlantı hizmeti talebinde bulunan işletmecilere talep edilmeyen bir hizmeti almak zorunda bırakması,
- İşletmeciler arasında erişim veya arabağlantı konularında ayırım gözetmeme yükümlülüğüne aykırı davranması,
- Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğindeki hükümlere aykırı olarak erişim tarifelerini uygulaması,

durumunda işletmeci hakkında önceki yıldaki net satışlarının yüzde birine kadar idari para cezası uygulanacaktır.

Anılan maddenin son fıkrasında ise, işletmecinin yukarıda sayılan haller dışında erişim veya ara bağlantıya ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde işletmeci hakkında net satışların yüzde üçüne kadar idari para cezası uygulanacağı öngörülerek genel bir düzenleme getirilmiştir.

1.7. Son kullanıcı tarifelerine ilişkin Yükümlülüklerin İhlali

İşletmecilerin son kullanıcıya sunduğu elektronik haberleşme hizmetlerine uygulanacak tarifelere ilişkin usul ve esasları düzenleyen Tarife Yönetmeliği²⁷⁸ çıkarılmıştır. Bu Yönetmelikte BTK'nın etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere tarife düzenlemelerine tabi olma gibi çeşitli yükümlülükler getirilebileceği belirtilmiştir. Bu yükümlülüklerle aykırı davranılması halinde ise, Yaptırımlar Yönetmeliği'nin "Son kullanıcı tarifelerine ilişkin ihlaller" başlıklı 11.maddesi

²⁷⁶ EHK'nın 19.maddesinde ve Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 11.maddesinde referans erişim tekliflerine ve şeffaflığa ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

²⁷⁷ BTK'nın 23.11.2015 tarihli ve 2015/DK-SDD/523 sayılı kararında, referans erişim tekliflerine ve şeffaflığa ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranan işletmeci hakkında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. Karar için bkz. (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:25.03.2018.

²⁷⁸ 12.11.2009 tarihli ve 27404 sayılı RG.

uyarınca, yükümlülük türüne göre farklı oranlarda idari para cezası uygulanabilecektir.

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 11.maddesinin ikinci fıkrasına göre, işletmecinin, uygulamış olduğu tarifeyi kamuoyunda duyurması veya tarifenin adının tarifenin uygulanması aşamasında değişiklik yapılması ve bu durumun BTK'ya bildirilmediğinin tespit edilmesi halinde işletmeci hakkında önceki yıldaki net satışlarının binde beşine kadar para cezası uygulanacaktır.

İşletmeciler, tarife kamuoyuna duyurulmuş olması halinde dahi ve hatta uygulanmasına başlanması aşamasında da tarifinin adında değişiklik yapabilir. İşletmecilerin yapılması planlanan değişikliği BTK'ya bildirmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, bilgilendirme yapmayan işletmeci hakkında idari para cezası uygulanabilecektir.

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 11.maddesinin üçüncü fıkrasına göre ise, işletmecinin yukarıda sayılan haller dışında tarifelerle ilgili düzenlemeleri ihlal etmesi halinde de idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür. Bu düzenleme ile sayılan fiiller dışında kalan tarifelere ilişkin yükümlülüklerin ihlal edilmesi hali yaptırıma bağlanmıştır.

1.8. Tüketici Haklarına İlişkin Yükümlülüklerin İhlali

EHK'nın 1.maddesinde kanunun amaçlarından birisinin tüketici haklarının korunması olduğu vurgulanmış ve 4.maddenin (b) bendinde tüketicilerin korunması ilkesi benimsenmiştir. EHK'nın 47.maddesinde ise, işletmeciler tarafından sağlanan elektronik haberleşme hizmetlerinin aynı durumda olan son kullanıcı ve tüketicilere aynı koşullarda ve ayırım gözetmeden sunulması gerektiği belirtilerek tüketicilere eşit hizmet alabilme hakkı tanınmıştır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri dikkate alınarak çıkarılan Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği'nde²⁷⁹ tüketici hakları, abonelik sözleşmesi şekli, içeriği ve uygulanması, işletmecilerin yükümlülükleri gibi tüketiciyi ilgilendiren konularda hükümlere yer verilmiştir. Bu yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 12.maddesi uyarınca işletmeci hakkında idari para cezası uygulanabilecektir.

²⁷⁹ Çalışmanın devamında Tüketici Hakları Yönetmeliği(THY) olarak anılacaktır.

Son dönemde, kamuoyunda “açık hat”²⁸⁰ olarak da bilinen tüketicinin bilgisi dışında aktive edilen ve dolandırıcılıkta kullanılan hatlar nedeniyle tüketiciler mağdur olmaktadır. BTK, tüketicinin bilgisi dışında hattın aktive edilmesini (a) bendin 7 numaralı alt bendi kapsamında değerlendirerek ilgili işletmeci hakkında idari para cezası uygulanmasına karar vermektedir²⁸¹.

Belirtmek gerekir ki, (a) bendin 9 numaralı alt bendinde belirtilen açık hatlar konusundaki ilgili düzenlemelere uyulmaması hükmü uyarınca da açık hatlara ilişkin mevzuata uyulmaması yaptırıma bağlanmıştır. Ancak bu hüküm ile kast edilenin ön ödemeli hat olduğu düşünülmektedir. BTK bir kararında²⁸², ön-ödemeli hat sayısına üst sınır getirmiş²⁸³, dolayısıyla piyasada çoklu hat açılması ve satışa sunulmasına ilişkin uygulamanın önüne geçmeye çalışmıştır. İşletmecinin ön-ödemeli hat sayısına aşması durumunda 9 numaralı alt bent uyarınca hakkında idari para cezası uygulanacaktır. Nitekim, BTK bir kararında²⁸⁴; ön-ödemeli hat sayısı sınırını aşan bir işletmeci hakkında idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir.

Anılan Yönetmeliğin 12.maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, işletmecinin yukarıda sayılan haller dışında tüketiciye ilişkin mevzuat hükümlerini ihlal etmesi halinde işletmeci hakkında önceki yıldaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idari para cezası uygulanacaktır²⁸⁵.

²⁸⁰ Kişilerin rızaları olmaksızın kimlik bilgileri suiistimal edilmek suretiyle kişiler adına açılan ve satışa sunulan hat olarak tanımlanabilir. Bkz. UZ, Bilge, Elektronik Haberleşme Sektöründe Açık Hatlar Sorunu Ve Düzenleyici Kararların Etkileri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, s. 296.

²⁸¹ BTK'nın 10.11.2017 tarihli ve 2017/İK-THD/335 sayılı kararında dört işletmeci hakkında yüzde bir oranında idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir(benzer karar bkz. BTK'nın 21.03.2012 tarihli ve 2012/DK-16/125 sayılı kararı), (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:25.03.2018.

²⁸² BTK'nın 27.10.2009 tarihli ve 2009/DK-10/552 sayılı kararı, (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:25.03.2018.

²⁸³ Bu karar ile, Bir kişi adına aynı mobil telefon işletmecisi tarafından açılacak “ön ödemeli bireysel hat” sayısının T.C. vatandaşları için 15 adet, yabancı uyruklular için 3 adet, Abonelik tesis etmeye yetkili bir bayi tarafından aynı ay içerisinde bir kişi adına açılacak “ön ödemeli bireysel hat” sayısının 4 adet gibi sınırlamalar getirilmiştir. E-Devlet Uygulaması kapsamında, Mobil Hat Sorgulaması yapılarak adına kayıtlı hat bulunup bulunmadığı öğrenilebilmektedir.

²⁸⁴ BTK'nın 09.07.2015 tarihli ve 2015/DK-SDD/314 sayılı kararı, (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:25.03.2018.

²⁸⁵ BTK'nın 23.11.2015 tarihli ve 2015/DK-SDD/524 sayılı kararında, aboneleri fazladan ücretlendiren işletmeci hakkında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir(aynı yönde karar için bkz. BTK'nın 19.08.2015 tarihli ve 2015/DK-THD/381 sayılı kararı), (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:25.03.2018.

1.9. Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Yükümlülüklerin İhlali

EHK'nın 51.maddesinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasında, kişisel verilerin işlenmesinde uyulması gereken kural ve ilkelerden bahsedilmiştir. Kişisel veriler işlenirken işlendikleri amaçla bağlantılı olarak kullanılması, dürüstlük kuralına uygun, açık, meşru ve belirli amaçlar için işlenmesi öngörülen süreler dışında saklanmaması ilkelerine uyulması gerekir.

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin "Kişisel verilerin korunmasına ilişkin ihlaller" başlıklı 13.maddesinde kişisel verilerin korunması konusundaki yükümlülükler ihlal eden işletmeciler hakkında idari para cezası uygulanması öngörülmüştür²⁸⁶. Bu maddede belirlenen üst sınır her fiil için aynı oranda belirlenmiştir.

1.10. Milli Güvenlik, Kamu Düzeni ve Gizliliğin İhlal Edilmesi

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 14.maddesinde, işletmecilerin milli güvenlik, kamu düzeni ve gizliliği ihlal eden fiillerde bulunması halinde işletmeci hakkında idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür.

Bu maddeye göre, milli güvenlik, kamu düzenine ve haberleşmenin gizliliğine aykırı eylemde bulunulması, işletmeci ve çalışanlarının haberleşmeyi engellemesi, haberleşmenin gizliliğini ihlal etmesi, başkalarına bildirmesi veya

²⁸⁶ Anılan madde; "(1) Aşağıda belirtilen hallerde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının aşağıda belirtilen oranına kadar idari para cezası uygulanır:

a) İşletmecinin;

1) Kişisel verilere sadece yetkili kişiler tarafından erişilebilmesini ve kişisel verilerin tutulduğu sistemlerin ve kişisel verilere erişim sağlamak için kullanılan uygulamaların güvenliğini sağlama yükümlülüğünü yerine getirmemesi,

2) İlgili mevzuat gereği abonelere/kullanıcılara ait işlenen ve saklanan trafik verilerinin öngörülen sürede tutma veya silme yükümlülüğünü yerine getirmemesi,

3) Trafik verisinin ve konum verisinin işlenmesine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi,

4) Asgari istem dışı, yetki dışı ya da yasa dışı olarak; kişisel verilerin tahrip edilmesi, kaybolması, değiştirilmesi, depolanması veya başka bir ortama kaydedilmesi, işlenmesi, ifşa edilmesi ve söz konusu verilere erişilmesine karşı kişisel verilerin korunmasına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi,

5) Kişisel verilere ve ilişkili diğer sistemlere sağlanan tüm erişimlere ve erişim yetkisi olan personelin yaptığı işlemlere dair detaylı işlem kayıtlarını ilgili mevzuatta belirlenen süre boyunca tutma yükümlülüğünü yerine getirmemesi,

6) Kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğine ilişkin ilgili mevzuatta düzenlenen diğer yükümlülükleri ihlal etmesi,

halinde bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanır.

açıklaması, istenilen bilgilerin yetkili kişi ve kuruluşlara verilmesi ve elde edilmesinin engellenmesi hallerinde, bu fiilleri işleyen işletmeciler hakkında idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür.

Kamu düzenine ve milli güvenliğe aykırı davranışta bulunan işletmeciler hakkında idari para cezası dışında EHK'nın 60.maddesi ve Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 31. ve 32. Maddeleri uyarınca yetkilendirmenin iptaline de karar verilebilir. Yaptırımlar Yönetmeliğinin 14.maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, idari para cezası verilmesinin yetkilendirmenin iptaline karar verilmesini engellemeyecektir. Bu hüküm, idari yaptırımlar açısından, "Ne Bis İn İdem" ilkesinin uygulanmadığının açık bir göstergesidir.

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 14.maddesinin üçüncü fıkrasında, hizmetlerin devamlılığını sağlayan altyapının mahkeme veya yetkili kurumlar tarafından verilen bir karar olmadan aksamasına neden olacak şekilde müdahalede bulunan işletmeci hakkında önceki yıldaki satışlarının yüzde üçüne kadar para cezası uygulanacaktır.

Bu maddede yaptırıma bağlanan fiil "*elektronik haberleşme altyapısına elektronik haberleşmenin aksamasına neden olacak biçimde müdahalede bulunma*"dır. Müdahalenin mahkeme kararına veya idare kararına dayanarak yapılması halinde idari para cezası uygulanamayacaktır. Elektronik haberleşme altyapısına müdahalede bulunulmasına rağmen, elektronik haberleşmenin aksamaması durumunda bu fıkra kapsamında idari para cezası uygulanamayacaktır. Bu madde ile elektronik haberleşme altyapısına olası müdahaleler engellenerek elektronik haberleşme hizmetlerinin kesintiye uğramasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

BTK bir kararında²⁸⁷, işletmeci adına altyapı çalışması yapan bir şirketin diğer bir işletmeciye ait altyapı ve kabloları yönelik elektronik haberleşmenin aksamasına neden olacak biçimde müdahale bulunulması nedeniyle idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir.

²⁸⁷ BTK'nın 26.03.2014 tarihli ve 2014/DK-SDD/176 sayılı kararı, mülga Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları İle Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmeliği'ne göre verilmiştir. Karar için bkz. (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:20.03.2018.

1.11. Hizmet kalitesine ilişkin yükümlülüklerin ihlali

EHK'nın 52.maddesine dayanılarak işletmecilerin altyapı işletmelerine ve hizmet kalitesi standartlarında hizmet sunmalarına ilişkin usul ve esasları düzenleyen Elektronik Haberleşme Sektöründe Hizmet Kalitesi Yönetmeliği çıkarılmıştır²⁸⁸. Bu kapsamda, işletmecilerin mevzuatta belirlenen hizmet kalitesine uygun olarak hizmet sunmaları ve bu hizmeti sürekli şekilde yerine getirmeleri gerekir.

Elektronik Haberleşme Sektöründe Hizmet Kalitesi Yönetmeliği'nin "İdari para cezaları ve diğer yaptırımlar" başlıklı 9.maddesine göre, hizmet kalitesi ölçütlerine ilişkin hedef değeri sağlayamaması veya hizmet kalitesine ilişkin bilgi ve belgelerin eksik veya yanlış olması, süresi içerisinde verilmemesi hallerinde öncelikle işletmecinin uyarılmasına karar verilmesi gerekmektedir. İşletmecinin uyarılmasına karar verilmeden idari yaptırım kararı uygulanması halinde uygulanan idari yaptırım kararı hukuka aykırı olacaktır.

Hizmet kalitesine ilişkin mevzuattaki yükümlülüklerin hangilerinin ihlal edilmesi halinde yaptırım uygulanacağı Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 15.maddesinde düzenlenmiştir. 15.maddenin (a) bendine göre, işletmecinin vermiş olduğu hizmeti durdurması fiilini işlemesi halinde idari para cezası uygulanabilecektir. İşletmecinin mücbir sebep veya haklı nedenler dahilinde vermiş olduğu hizmeti geçici olarak durdurması halinde ise idari para cezası uygulanmayacaktır.

15.maddenin b bendinde ise, genel bir düzenleme getirilerek hizmet kalitesine ilişkin ilgili mevzuata uyulmama fiilinin işlenmesi halinde idari para cezası uygulanabilecektir. "Uluslararası standartlar" ifadesiyle AB mevzuatına uyum çerçevesinde AB direktiflerinde yer verilen standartların kast edilmektedir²⁸⁹. "Hizmet kalitesine ilişkin ilgili mevzuat" ifadesi ile Elektronik Haberleşme Sektöründe Hizmet Kalitesi Yönetmeliği hükümleri ve diğer yönetmeliklerde hizmet kalitesine ilişkin kurallar kast edilmektedir.

Sonuç olarak, hizmet kalitesine ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde işletmecinin ilk olarak uyarılması gerektiği, uyarıya rağmen yükümlülüğü

²⁸⁸ 12.09.2010 tarihli ve 27697 sayılı RG.

²⁸⁹ Bkz.(<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Duzenleme-ve-Standartlar>).

yerine getirmemeye devam etmesi halinde yüzde iki oranına kadar idari para cezası uygulanabilecektir.

1.12. Rekabet İhlalleri

EHK'nın "Rekabetin Sağlanması" başlıklı 7.maddesi, elektronik haberleşme alanında rekabetin sağlanmasına yönelik özel düzenlemedir. Bu madde ile BTK'nın elektronik haberleşme sektöründe rekabete aykırı davranış ve uygulamaları re'sen veya şikâyet üzerine incelemeye, soruşturmaya ve rekabetin tesisine yönelik gerekli gördüğü tedbirleri almaya, görev alanına giren konularda bilgi ve belgelerin sağlanmasını talep etmeye yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır.

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin "Rekabet İhlalleri" başlıklı 16.maddesinde işletmecilerin rekabete ilişkin ihlallerin tespit edilmesi halinde idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür. Bu maddeye göre, rekabetin korunması ve rekabetin bozulması veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik düzenlemelerin ihlal edilmesi halinde işletmeci hakkında önceki yıldaki satışlarının yüzde üçüne kadar idari para cezası uygulanabilecektir. İdari para cezasının uygulanabilmesi için işletmecinin mevzuat gereği kendisine yüklenen rekabete ilişkin yükümlülükleri ihlal etmesi veya rekabete aykırı bir davranışta bulunması gerekmektedir. Madde metninde belirtilen "Rekabete aykırı davranış"ın tespitinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri dikkate alınması gerekmektedir.

BTK bir kararında²⁹⁰; eşit şartlarda rekabet ortamı oluşturmayan işletmeci hakkında idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir.

RK'nın elektronik haberleşme sektöründe meydana gelen rekabet ihlallerine ilişkin soruşturma yapma ve yaptırım uygulama yetkisi olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bu başlık altında da bu yetkinin kapsamı üzerinde durulmasında yarar vardır.

RK, yapacağı inceleme ve tetkiklerde sonucunda rekabetin ihlali niteliğinde²⁹¹ bir fiili tespit etmesi halinde 4054 sayılı Kanun'un 16.maddesi uyarınca

²⁹⁰ BTK'nın 30.04.2014 tarihli ve 2014/DK-SDD/229 sayılı kararı, (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:21.03.2018.

²⁹¹ 4054 sayılı Kanunun "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar" başlıklı 4.maddesi veya "Hakim Durumun Kötüye Kullanılması" başlıklı 6.maddesi kapsamında bir fiilin tespit edilmesi halinde.

idari para cezası uygulanmasına karar verebilir²⁹². Ancak, RK'nın sektöre ilişkin vereceği idari yaptırım kararlarında Kurum'un görüşünü alması gerekir.

EHK'nın 7.maddesinin 2.fıkrası uyarınca, RK'nın sektöre ilişkin olarak yapacağı incelemelerde ve vereceği tüm kararlarda öncelikle Kurum'un görüşünü alması gerekir.

RK'nın Kurum'un görüşünü almadan elektronik haberleşme sektöründe ortaya çıkan rekabet ihlallerine ilişkin idari yaptırım uygulaması halinde, uygulanan idari yaptırım kararı hukuka aykırı olacaktır.

Nitekim, Rekabet Kurulu bir kararında²⁹³, bir işletmeci hakkında rekabet ihlali yönünden BTK'nın görüşü almadan soruşturma açılmamasına karar vermiş, bu kararın iptali talebiyle açılan davada soruşturma açılmaması işlemin iptaline karar verilmiştir²⁹⁴. Danıştay İDDK bir kararında²⁹⁵, BTK'nın görüşünün alınmasının yasal bir zorunluluk olduğunu vurgulamıştır.

Aynı zorunluluk BTK tarafından elektronik haberleşme sektöründe ortaya çıkan rekabet ihlallere uygulanacak olan idari yaptırımlar açısından da geçerlidir. EHK'nın 6.maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre, BTK'nın sektöre ilişkin rekabet ihlallerinde Rekabet Kurumu'nun görüşünü alması gerekir. Bu durumda, her iki kurum da elektronik haberleşme sektöründe ortaya çıkan rekabet ihlalleri konularında idari yaptırım kararı vermeden önce birbirlerinden görüş alması gerekmektedir. Kanunda zorunlu görülen şekil kuralına uyulmayarak bu görüşün alınmaması, işlemin esasını etkileyen bir noksanlık oluşturacaktır.

İşletmecinin rekabet ihlali niteliğinde fiilinin tespit edilmesi halinde, aynı fiil nedeniyle hem BTK hem de Rekabet Kurulu idari yaptırım uygulanmasına karar verebilir mi? Rekabet ihlallerine ilişkin her iki kurumun da yetkili olduğu

²⁹² RK'nın 09.06.2016 tarihli ve 16-20/326-146 sayılı kararında, işletmecilerin tesis paylaşımı başvurularını sözleşme yapmayı reddetmek suretiyle yapmayan ve bu şekilde sektördeki hakim durumunu kötüye kullandığı tespit edilen işletmeci hakkında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. Karar için bkz. (<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar>), E.T:26.03.2018.

²⁹³ Rekabet Kurumu'nun 07.07.2015 tarihli ve 15-28/317-95 sayılı kararı, (<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar>), E.T:28.03.2018.

²⁹⁴ Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin 16.12.2016 tarih 2015/2776 E., 2016/4487 K. Sayılı kararı ile Rekabet Kurulu'nun işleminin iptaline karar verilmiştir. Söz konusu iptal kararının istinaf incelemesi yapılmış, Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin 2017/236 E., 2017/204 K. Sayılı ve 21.6.2017 tarihli kararıyla istinaf talebinin reddine karar verilmiştir.

²⁹⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T.25.02.2013, E.2008/653, K.2013/660, (www.kazancı.com), E.T:26.03.2018.

düşünüldüğünde böyle bir durum ile karşılaşılması mümkündür. Kanun koyucu, EHK'nın 6. Ve 7. maddelerinde, her iki kurumun da rekabet ihlallerine ilişkin incelemelerinde birbirlerinden görüş alması gerektiği kuralını koyması da her iki kurumun birbiriyle iş birliği içerisinde çalışarak farklı uygulamaların yaşanmasının önüne geçmeye çalışılmıştır.

Danıştay bir kararında²⁹⁶, Rekabet Kurumu'nca şikayet konusu iddialar değerlendirilirken, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun bu konu hakkındaki görüşü ve idari yaptırım niteliğinde işlem tesis edip etmediğinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.

Her iki kurum da farklı uygulamaların önüne geçmek ve rekabet ihlalleri açısından işbirliği yapmak amacıyla 22.01.2015 tarihinde İş Birliği Protokolü imzalanmıştır. Bu protokole kapsamında, sektöre ilişkin alınacak kararlarda her iki kurumun da işbirliği yapması öngörülmüştür.

Sonuç olarak, bu başlık altında belirtilen rekabet ihlalleri konularında BTK'nın yaptırım yetkisini kullanırken RK'nın görüşünü alması gerekir. Ayrıca, RK'nın aynı fiile ilişkin yaptırım uygulayıp uygulamadığını da değerlendirmesi gerekmektedir.

1.13. Elektronik Haberleşme Güvenliğinin İhlal Edilmesi

Elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmeciler, şebeke ve bilgi güvenliğini sağlanması ve korunması konusunda kendilerine yüklenen yükümlülükleri yerine getirmeleri gerekir. İşletmecilerin şebeke ve bilgi güvenliğini sağlanması ve korunması konusundaki yükümlülükleri Elektronik Haberleşme Sektöründe Şebeke Ve Bilgi Güvenliği Yönetmeliği'nde²⁹⁷ düzenlenmiştir.

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 19.maddesinde, işletmecinin, elektronik haberleşme güvenliğine ilişkin mevzuata aykırı davranması durumunda işletmeci hakkında idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür.

Madde metninde, sadece şebeke güvenliği değil, elektronik haberleşme güvenliğine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı mevzuatın ihlal edilmesi hali de

²⁹⁶ Danıştay 13. Dairesi, T.6.2.2015, E.2010/457, K.2015/427, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), E.T:26.03.2018.

²⁹⁷ 13.07.2014 tarihli ve 29059 sayılı RG.

yaptırma bağlanmıştır. Bu kapsamda, Elektronik Haberleşme Sektöründe Şebeke Ve Bilgi Güvenliği Yönetmeliği'nde düzenlenen belgelendirme yükümlülüğüne veya siber saldırılara karşı koruma yükümlülüğüne aykırı hareket eden işletmeciler hakkında da Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 19.maddesi uyarınca idari para cezası verilebilecektir.

BTK bir kararında²⁹⁸, anılan Yönetmeliğin 36.maddesinde düzenlenen belgelendirme yükümlülüğüne uygun davranmayan işletmeci hakkında idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir²⁹⁹.

Elektronik Haberleşme Sektöründe Şebeke Ve Bilgi Güvenliği Yönetmeliği'nin 1.maddesinin ikinci fıkrasında, kişisel veriler açısından bu yönetmelik hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir.

1.14. Bilgi ve Belgelerin Verilmesine İlişkin Yükümlülüklerin İhlali

EHK'nın 6.maddesinin birinci fıkrasının (1) bendine göre BTK, elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak, işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi alma yetkisine sahiptir. EHK'nın 12.maddesinin 2.fıkrasının (f) bendinde, BTK'nın işletmecilere bilgi ve belge verilmesi yükümlülüğü getirebileceği düzenlenmiştir.

Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 19.maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca, işletmeciler BTK tarafından istenen bilgi ve belgeleri, süresinde, doğru ve eksiksiz olarak vermekle yükümlüdürler. Bu hükümler dışında, mevzuatta işletmecilere bilgi ve belge verilmesi konusunda çeşitli yükümlülükler getirilmiştir³⁰⁰.

İşletmeciler getirilen bu yükümlülükler kapsamında BTK'ya belirlenen konularda bilgi ve belge vermek mecburiyetindedir. Bu yükümlülüklerini yerine getirmeyen işletmeciler hakkında Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 23-26.maddeleri uyarınca idari para cezası uygulanacaktır.

²⁹⁸ BTK'nın 04.11.2014 tarihli ve 2014/DK-BTD/537 sayılı kararı, (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:26.03.2018.

²⁹⁹ Aynı şekilde belgelendirme yükümlülüğüne aykırı davranan bir işletmeci hakkında, BTK'nın 12.03.2014 tarihli ve 2014/DK-BTD/141 sayılı kararıyla idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. Karar için bkz. (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:26.03.2018.

³⁰⁰ Elektronik Haberleşme Sektöründe Hizmet Kalitesi Yönetmeliği'nin 7.maddesi ile Tarife Yönetmeliği'nin 11.maddesi örnek olarak gösterilebilir.

a- Bilgi ve Belgelerin Süresinde Verilmemesi(m.23)

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin "Bilgi ve/veya belgelerin süresinde verilmemesi" başlıklı 23.maddesinin birinci fıkrasına göre, BTK tarafından talep edilen bilgi ve/veya belgelerin süresi içerisinde BTK'ya verilmemesi halinde işletmecinin uyarılacağı ya da işletmeci hakkında önceki yıldaki net satışlarının yüzbinde üçü tutarında idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür.

İşletmecinin bilgi ve belgeleri süresinde vermemesi durumunda sabit oranda idari para cezası uygulanacağı öngörülmüş olup, para cezasının miktarını belirleme açısından BTK'ya takdir hakkı tanınmadığı görülmektedir. Ayrıca, idari para cezası uygulanmadan önce işletmecinin uyarılabileceği de belirtilmiştir. Ancak bu uyarma kararının, Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 44.maddesinde sayılan haksız ekonomik kazancın veya zararın ya da tekerrürün varlığı, aynı madde ihlaline ilişkin son beş yılda işletmeciye uygulanan idari yaptırım olup olmadığı ve iyiniyetin varlığı gibi ölçütler dikkate alınarak verilebilecektir.

Bilgi ve belgenin süresinde verilmemesi nedeniyle uyarı kararı verilmeden idari para cezası uygulanması halinde, kararın gerekçesinde 44.maddedeki ölçütler belirtilerek hangi nedenden dolayı doğrudan idari para cezası uygulandığına ilişkin yeterli açıklamalara yer verilmesi gerekmektedir. Aksi durum, uygulanan idari para cezasının yargısal denetimini de zorlaştırır³⁰¹. İdari yargı organı tarafından uyarı kararı verilmemesinin gerekçelerine yer verilmemesi nedeniyle uygulanan idari para cezasının iptaline karar verilmesi muhtemeldir.

Uygulamada BTK tarafından bilgi ve belge istenen işletmecinin süresi içerisinde bilgi ve belgeyi ibraz etmemesi halinde işletmecinin uyarılmasına karar verildiği görülmektedir³⁰². İşletmecinin bilgi ve belgeyi süresinde vermemesi ve uyarılması üzerine, aynı bilgi ve belgeyi BTK tarafından istenen sürede vermemesi halinde bu fıkra hükmü uygulanmayacaktır.

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 23.maddesinin ikinci fıkrasına göre, anılan bilgi ve/veya belgenin tekrar istenmesine rağmen süresi içinde verilmemesi halinde

³⁰¹ AKILLIOĞLU, Tekin, Yönetmelilerde Gerekçe İlkesi, Amme İdaresi Dergisi, C.15, Sy.2, 1982, s.220.

³⁰² BTK'nın 23.11.2015 tarihli ve 2015/DK-SDD/521 sayılı kararı; ayrıca bkz. BTK'nın 14.07.2015 tarihli ve 2015/DK-YED/320 sayılı kararı, (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:26.03.2018.

işletmecinin bir önceki yıldaki net satışlarının yüzbinde üçünün iki katından az olmamak üzere yüzde birine kadar idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür. Bu fıkra hükmünde, bilgi ve belgenin ikinci kez süresinde verilmemesi yaptırıma bağlanmış ve uygulanacak olan para cezasının alt ve üst sınırı belirlenmiştir. Ayrıca, bu fıkra kapsamında uyarma kararı verilemeyecektir.

b- Yanlış bilgi ve/veya belge verilmesi(m.24)

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 24.maddesinin birinci fıkrasında, BTK tarafından talep edilen bilgi ve/veya belgelerin yanlış olması halinde işletmecinin uyarılacağı ya da işletmeciye bir önceki yıldaki net satışlarının yüzbinde ikisi oranında idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür. Bu fıkra kapsamında da, idari para cezası uygulanmasına karar verilmeden önce 44.maddedeki ölçütler dikkate alınarak uyarma kararı verilebilecektir.

BTK bir kararında³⁰³, işletmecinin önceden de benzer fiil işleyerek yanlış bilgi ve/veya belge verdiği dikkate alınarak doğrudan idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir.

BTK bu konudaki kararlarının bir kısmında işletmecilerin uyarılmasına³⁰⁴, bir kısmında ise doğrudan idari para cezası uygulanmasına karar verdiği³⁰⁵ görülmektedir.

Anılan maddenin ikinci fıkrasında, yanlış olan bilgi ve/veya belgelerin tekrar istenmesine rağmen verilmemesi veya eksik olarak verilmesi halinde işletmeci hakkında bir önceki yıldaki net satışlarının yüzbinde ikisinin iki katından az olmamak üzere yüzde birine kadar idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür. Bu fıkra hükmünde, yanlış verilen bilgi ve belgelerin tekrar istenmesine rağmen doğru bir şekilde tamamlanmaması hali yaptırıma bağlanmış ve uygulanacak olan para cezasının alt ve üst sınırı belirlenmiştir. Ayrıca, bilgi ve/veya belgenin süresinde verilmemesinde olduğu gibi bu fıkra kapsamında da uyarma kararı verilemeyecektir.

³⁰³ BTK'nın 23.07.2014 tarihli ve 2014/DK-SDD/389 sayılı kararı, Karar için bkz. (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:26.03.2018.

³⁰⁴ BTK'nın 03.08.2016 tarihli ve 2016/DK-SDD/354 sayılı kararında, BTK'ya gönderilen ortalama alan değerlerini farklı hesaplamak suretiyle yanlış raporlama yapan üç işletmecinin uyarılmasına karar verilmiştir. Karar için bkz. (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:26.03.2018.

³⁰⁵ BTK'nın 23.11.2015 tarihli ve 2015/DK-SDD/522 sayılı kararıyla yanlış bilgi ve/veya belge veren işletmeci hakkında doğrudan idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. Karar için bkz. (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:26.03.2018.

c- Eksik bilgi ve/veya belge verilmesi(m.25)

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 25.maddesinin birinci fıkrasında, BTK tarafından talep edilen bilgi ve belgelerin eksik olması durumunda, işletmeci hakkında bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzbinde ikisi oranında idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür. İkinci fıkrada da, eksik olan bilgi ve/veya belgelerin tekrar istenmesine rağmen verilmemesi durumu yaptırıma bağlanmıştır.

BTK tarafından istenen bilgi ve belgelerin eksik olması durumunda işletmecinin uyarılmasına karar verebileceği gibi işletmeci hakkında doğrudan idari para cezası uygulanmasına da karar verilebilir. Eksik olarak verilen bilgi ve/veya belgenin BTK tarafından tamamlanmasının istenmesine rağmen eksikliğin giderilmemesi halinde uyarı kararı verilemeyecektir.

d- Yanıltıcı bilgi ve/veya belge verilmesi(m.26)

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 26.maddesinde, BTK tarafından talep edilen bilgi ve/veya belgelerin yanıltıcı olması durumunda işletmeci hakkında bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde ikisine kadar idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür. Verilen bilgi ve/veya belgenin yanıltıcı olması durumunda uygulanacak olan idari para cezası oranının üst sınırı belirlenmiştir. Bilgi ve/veya belgenin süresinde, yanlış ve eksik verilmesinde öngörülen işletmecinin uyarılması mekanizmasına bu maddede yer verilmemiştir.

1.15. Denetime İlişkin Yükümlülüklerin İhlali

EHK'nın "Denetim" başlıklı 59.maddesine göre, BTK'nın elektronik haberleşme sektöründe faaliyette bulunan işletmecileri veya sektörle ilgili olan gerçek veya tüzel kişileri denetleyebileceği gibi başka bir kurum aracılığıyla denetlettirebilecektir. BTK tarafından yapılacak denetim çalışmalarının usul ve esaslarının düzenlendiği Bilgi Teknolojileri Ve İletişim Kurumunun Denetim Çalışmalarına İlişkin Yönetmeliği³⁰⁶ çıkarılmıştır.

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin "*Denetime ilişkin ihlaller*" başlıklı 27.maddesine göre, yukarıda belirtilen ve mevzuatta denetime ilişkin düzenlenen

³⁰⁶ 14.12.2011 tarihli ve 28142 sayılı RG.Çalışmanın devamında Denetim Yönetmeliği olarak anılacaktır.

yükümlülüklerine aykırı hareket edilmesi halinde işletmeci hakkında önceki yıla ait net satışlarının yüzde üçüne kadar idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür.

Önceki başlıkta incelediğimiz bilgi ve/veya belgenin süresinde verilmesi yükümlülüğü denetime ilişkin yükümlülükler arasında da sayılmıştır. Bu sebeple, denetim sürecinde istenen bilgi ve/veya belgenin süresinde verilmemesi durumunda içtima hükümlerinin uygulanması gerekir. Buna göre, daha ağır para cezası öngörülen 27.madde hükümlerinin uygulanması gerekir. BTK kararlarında da, denetim sürecinde bilgi ve/veya belge verilmesine ilişkin ihlallere 27.madde kapsamında idari para cezası uyguladığı görülmektedir³⁰⁷.

2. Yetkilendirmenin İptali/Feshi

Çalışmamızın Birinci Bölümünde ifade edildiği üzere³⁰⁸ yetkilendirme, bildirim veya kullanım hakkı verilmesi şeklinde iki usulde yapılabilmektedir. Elektronik haberleşme altyapısı veya şebekesi için kaynak tahsisine ihtiyaç duyulmaması halinde bildirim yoluyla, kaynak tahsisine ihtiyaç duyulması halinde ise, kullanım hakkı alınması yoluyla yetkilendirme yapılabilir. İşletmeci adaylarının bu yetkilendirme yapılmadan elektronik haberleşme sektöründe faaliyette bulunabilmeleri mümkün değildir.

Yetkilendirmenin iptali ise, yetkilendirme ile elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren tüzel kişinin bu yetkilendirmesinin Kurul kararıyla ileriye doğru ve süresiz olarak iptal edilmesi anlamına gelmektedir. İptal ifadesi ile idare ile kurulan hukuki ilişkiye idare tarafından son verildiğine vurgu yapılmaktadır³⁰⁹.

İptal yaptırımları, sektörde faaliyette bulunmayı engellediğinden idari para cezaları veya diğer yaptırım türlerinden daha ağır bir yaptırımdır³¹⁰. Nitekim, EHK’da yetkilendirmenin iptal edilebilmesi için “*ağır kusur*” şartı aranması da iptal yaptırımının ağır ihlal oluşturan fiiller için öngörüldüğünü göstermektedir.

³⁰⁷ BTK’nın 23.08.2016 tarihli ve 2016/DK-SDD/378 sayılı kararı; BTK’nın 19.04.2016 tarihli ve 2016/DK-SDD/222 sayılı kararı, Kararlar için bkz. (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:26.03.2018.

³⁰⁸ Yetkilendirme konusu “Kurumun Yetkilendirme Yetkisinin Kapsamı ve Yetkilendirme Usulleri” başlığında altında incelendi.

³⁰⁹ URAN, s.172.

³¹⁰ ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s.179.

EHK'nın 60.maddesinde hangi hallerde yetkilendirmenin iptal edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, yetkilendirme ücretinin belirlenen süre içerisinde ödenmemesi veya ağır kusur halinde yetkilendirmenin iptaline karar verilecektir.

BTK'nın ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını kapsayan ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirmelerin iptalini gerektiren hallerde Bakanlığın görüşünü alması gerekir. Bakanlık görüşü alınmadan yetkilendirmenin iptaline karar verilmesi halinde yaptırım kararı hukuka aykırı olacaktır.

İdari yaptırımlarda yaptırımın türü, süresi ve miktarı açısından mutlak kanunilik ilkesinin geçerlidir. Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasında, hangi fiillerin kabahat oluşturacağı kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi, kapsam ve koşullarının kanunda belirlenmesi koşuluyla çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin düzenleyici işlemleriyle de doldurulabileceği belirtilmiş; ikinci fıkrasında, kabahat karşılığında uygulanacak olan yaptırımların niteliğinin, ancak kanunla belirlenebileceği kuralına yer verilmiştir. Bu kapsamda, EHK'da düzenlenen yetkilendirme ücretinin ödenmemesi veya ağır kusur hali dışında idarenin düzenleyici işlemleriyle farklı iptal sebepleri öngörülmesi kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelebilecektir.

Danıştay bir kararında³¹¹; *“Kurum tarafından, bir fiilin idarî yaptırım kararına konu edilebilmesi için, bu fiilin 4634 Sayılı Şeker Kanunu'nda açıkça tanımlanması veya kanunun belirlediği çerçeve kuralın içeriğinin Kurum'un düzenleyici işlemleriyle doldurularak bu fiilin idarî yaptırımı gerektirdiğinin ortaya konulması, ayrıca bu fiil sebebiyle uygulanacak yaptırımın türü, süresi ve miktarının kanunda açıkça belirlenmesi gerekmektedir.*

Davacı firmaya iki yıl süreyle tahsisat belgesi düzenlenmemesi yolundaki işlem, davalı idarenin 12.12.2006 tarih ve 135/1 Sayılı kararının 8. maddesine istinaden tesis edilmiştir. Ancak, davaya konu işleme dayanak olan kural, 4634 Sayılı Kanun'da yer almamaktadır. Öte yandan, kanunda açıkça tanımlanmayan bir fiilin,

³¹¹ Danıştay 13. Dairesi, T.22.12.2016, E.2010/2160, K.2016/4316, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), E.T:26.03.2018.

idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle doldurulabilme olanağı da bulunmamaktadır.

Bu itibarla, 4634 Sayılı Kanunda idarî yaptırım fiilini tanımlayan bir kural bulunmadığı gibi, kanunda bu fiillere ilişkin idari yaptırım uygulanacağına dair bir düzenlemede de yer almamaktadır. Dayanağı olan Kanun ile tanınmayan bir yetkinin kullanılması suretiyle tesis edilen davacı firmaya iki yıl süreyle tahsisat belgesi düzenlenmemesi yolundaki işlemde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.” şeklinde belirtmiştir.

Uygulanacak olan yetkilendirme iptallerinin yargısal denetiminde kanunilik ilkesi dikkate alınacaktır. Uygulanan idari yaptırımın kanunilik ilkesine aykırı olduğu kanaati oluşması halinde, yetkilendirmenin iptali yaptırımının iptaline karar verilecektir.

Yaptırımlar Yönetmeliğinde yetkilendirmenin “fesh/iptali”nden bahsedilmektedir. Yetkilendirmenin feshi ile imtiyaz veya görev sözleşmesi kapsamında yapılan yetkilendirmelerin kast edildiği düşünülmektedir. Zira, “fesh/iptal” ibaresine yer verilerek hem imtiyaz ve görev sözleşmesi ile hem de EHK kapsamında yapılan yetkilendirme işlemi ile yetkilendirilen işletmecilerin bu yetkilendirmelerinin sona erdirilebileceği kast edilmektedir.

2.1. Yetkilendirme Ücretinin Ödenmemesi

Yetkilendirme ücreti, kullanım hakkı ve idari ücretten oluşmaktadır. Bu ücretlerin BTK tarafından belirlenen süre içerisinde ödenmemesi durumunda yetkilendirmenin iptali yaptırımını uygulanacaktır.

İdari ücretler ve kullanım hakkı ücretlerinin ödenmesine ilişkin süreler, bu ücretlerin ödenmemesi halinde yetkilendirmenin iptal edilmesi veya iptal edilmiş sayılması halleri Yetkilendirme Yönetmeliğinde düzenlenmiştir.

İdari ücret, işletmecinin bir önceki yıl net satışlarının (0,0035) tutarında tahsil edilen ücrettir. İdari ücret belirlenirken işletmecinin sadece yetkilendirme kapsamındaki faaliyetlerinden elde ettiği net satışların dikkate alınması gerekmektedir³¹².

³¹² Danıştay 13. Dairesi, T.21.01.2016, E.2015/5679, K.2016/47, (Yayımlanmamış karar).

Kullanım hakkı ücretlerinde ise, ikili bir ayrıma gidilmesi gerekir. Sayısı sınırlandırılmayan kullanım hakkı ücretleri BTK tarafından belirlenirken, sayısı sınırlandırılan kullanım hakkı ücretleri ihale sonucunda belirlenmektedir³¹³.

Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 16.maddesinde, idari ücretin ödenmemesi sebebiyle yetkilendirmenin iptal edilmiş sayılacağı haller sayılmıştır.

Madde metninde yetkilendirmenin “herhangi bir işleme gerek olmaksızın” iptal edilmiş sayılacağı belirtildiğinden idari ücretini belirlenin sürenin sonunda ödemeyen işletmecinin yetkilendirmesi kendiliğinden iptal edilmiş olacaktır. BTK'nın bu hallerde takdir hakkı bulunmadığından yetkilendirmenin iptaline karar vermek zorundadır. Uygulamada da, idari ücretin ödenmemesi durumunda işletmecilerin yetkilendirmelerinin iptaline karar verilmektedir³¹⁴. Yetkilendirmenin iptal edilmiş sayıldığı tarih ise, idari ücretin ödenmesi gereken sürenin son günüdür.

Ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirmelerin bu madde kapsamında iptaline karar verilmeden önce Bakanlık görüşünün alınması gerekir.

Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 18.maddesine göre, kullanım hakkı ücretin ödenmemesi sebebiyle yetkilendirmenin iptal edileceği veya iptal edilmiş sayılacağı haller sayılmıştır.

İdari ücretin eksik ödenmesi durumundan farklı olarak bu madde kapsamındaki kullanım hakkı ücretinin eksik ödenmesi durumunda BTK tarafından eksik ödenen kısmına denk gelen frekans ve/veya numara kullanım haklarının iptaline karar verilebilmektedir.

İdari ücretler ve kullanım hakkı ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle yetkilendirme iptaline karar verilmiş olması durumunda ödenmeyen ücretlerin tahsiline karar verilir. Bu ücretler, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un hükümleri çerçevesinde tahsil olunacaktır(EHK m.11/3).

³¹³ Güncel kullanım hakkı ücretleri için bkz. (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Kullanim-Hakki-Ucretleri->), E.T:26.03.2018.

³¹⁴ BTK'nın 13.01.2015 tarihli ve 2015/DK-YED/15 sayılı kararıyla, idari ücretini ödemeyen birçok işletmecinin 31.12.2014 tarihi itibarıyla yetkilendirmelerinin iptal edilmesine karar verilmiştir. BTK'nın 23.12.2015 tarihli ve 2015/DK-YED/546 sayılı kararıyla, idari ücretini ödemeyen 27 adet işletmecinin 31.12.2015 tarihi itibarıyla yetkilendirmelerinin iptal edilmesine karar verilmiştir. Kararlar için bkz. (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:26.03.2018.

2.2. Ağır Kusur Hali

Elektronik haberleşme hukukunda ağır kusur halleri, milli güvenlik, kamu düzenine aykırılık gibi esasında diğer düzenleyici kurum kanunlarında rastlanmayacak ögelerle ifade edilmektedir. Bu tip düzenlemeler, elektronik haberleşme hizmetlerinin geçmişten günümüze kadar kamu hizmeti olarak kabul edilmesi ve sektörün özelleştirme konusu olmasına rağmen stratejik önemini koruması nedeniyle getirilmiştir³¹⁵.

EHK'nın 60.maddesinde belirtilen "*ağır kusur hali*"nin tanımı yapılmamıştır. Yaptırımlar Yönetmeliğinde de herhangi bir tanıma yer verilmemiştir³¹⁶. Anılan Yönetmelikte ağır kusur kabul edilecek haller sayılmıştır. Bunlar:

- Yaptırımlar Yönetmeliği'nin "Kamu güvenlik ve istihbarat kurumları" başlıklı 29.maddesi,
- Yaptırımlar Yönetmeliği'nin "Millî güvenliğe aykırılık" başlıklı 31.maddesi,
- Yaptırımlar Yönetmeliği'nin "Kamu düzeninin ihlali" başlıklı 32.maddesi,
- Yaptırımlar Yönetmeliği'nin "kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmemesi" başlıklı 33.maddesi,
- Yaptırımlar Yönetmeliği'nin "Savaş, seferberlik ve olağanüstü hal" başlıklı 34.maddesi'dir.

Yukarıda sayılan ağır kusur hallerinin ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını kapsayan elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin olması durumunda Bakanlık görüşünün alınması gerekir.

Yönetmelikte beş farklı durum ağır kusur hali olarak öngörülmüş, bu hallerden birinin somut olayda gerçekleşmesi halinde BTK tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilecektir.

³¹⁵ URAN, s.282.

³¹⁶ Kanunda ve yönetmelikte ağır kusur kavramının tanımının yapılmaması, hangi hallerin ağır kusur olarak değerlendirilebileceği konusunda belirsizlik yaratmaktadır.

2.3. Birleşme, Devralma ve Hisse Devirlerinde Belirlenen Şartların Sağlanamaması

Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 19.maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde, işletmecilerin birleşme ve devralmaya ilişkin uyması gereken kurallara yer verilmiştir. Bu kurallara riayet edilmeksizin işletmecinin başka bir şirketle birleşmesi veya başka bir şirket tarafından devralınması durumunda BTK tarafından idari para cezası veya yetkilendirmenin iptali yaptırımını uygulanması gündeme gelebilir.

Yine Yetkilendirme Yönetmeliği'nin geçici 4.maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, BTK ile imtiyaz sözleşmesi veya görev sözleşmesi imzalayarak elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmecilere ait hisseleri alacak kişilerin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 7.maddesinde belirtilen şartları taşımaları, bununla birlikte bir ay içerisinde BTK'yı bilgilendirmeleri gerekmektedir. İşletmecilerin hisse devirleri sonucundan kontrol unsurunun el değiştirmesi halinde de BTK'nın yazılı izninin alınması gerekmektedir. Aksi takdirde yapılan işlem geçersiz kabul edilecek ve söz konusu yetkilendirmenin iptaline karar verilebilecektir.

2.4. Teknik altyapı kurmayan veya süresinde gerekli güncellemeleri yapmayan işletmeciye erişim hizmeti verilmesi

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin "Kamu güvenlik ve istihbarat kurumları" başlıklı 29. Maddesinin ikinci fıkrasına göre, BTK tarafından bir işletmecinin teknik altyapıyı kurmadığına veya süresinde gerekli güncellemeleri yapmadığına ilişkin bildirimının yapılmasına rağmen, bu işletmeciye erişim hizmeti veren işletmecinin verdiği hizmete derhal son vermemesi halinde işletmecinin hizmet sunduğu yetkilendirmesi fesh/iptal edilecektir.

Teknik altyapıyı kurmadığına veya süresinde gerekli güncellemeleri yapmamasının bildirilmesi, bu bildirimle rağmen bu işletmeciye erişim hizmeti verilmesi hali yaptırıma bağlanmıştır. BTK, erişim hizmeti veren işletmeci hakkında idari para cezası uygulayabileceği gibi yetkilendirmenin iptaline de karar verebilir. Bu fıkra kapsamında işlenen fiil ağır kusur hali sayılmamış olmasına rağmen yetkilendirmenin iptaline karar verilebilmesi kanunilik ilkesini zedelemektedir. Kanaatimizce, fıkranın yeniden düzenlenerek fiilin ağır kusur sayılması veya yetkilendirme iptaline karar verileceğine ilişkin hükmün kaldırılması gerekir.

2.5. İletişimin tespitine İlişkin Yükümlülüklerin İhlal Edilmesi

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 30.maddesinde, işletmecinin, iletişimin kayda alınması, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve tespitine ilişkin BTK'ya verilmiş olan görevlerin yerine getirilmesine imkân sağlayacak yükümlülüklere uymaması halinde, işletmeci hakkında önceki yılda ulaşılan net satışlarının yüzde üçüne kadar idari para cezası verilebileceği gibi yetkilendirmenin iptalinin de söz konusu olabileceği ifade edilmiştir. Bu düzenleme ile BTK'ya takdir hakkı tanınmış olup, ihlalin niteliğine göre idari para cezası veya yetkilendirmenin iptali kararı verilebilmektedir.

Yukarıdaki başlıkta ifade edildiği üzere, bu fıkra kapsamında işlenen fiilde ağır kusur hali olarak kabul edilmemiştir. Bu düzenleme de kanunilik ilkesi yönünden sakınca doğurmaktadır.

Ayrıca, Yaptırımlar Yönetmeliği'nin "Tekerrür" başlıklı 43.maddesinin ikinci fıkrasında, bu maddeye dayanılarak idari para cezası uygulanmış bir işletmecinin üç yıl içinde aynı yükümlülüğe aykırı davranması halinde yetkilendirmenin fesh/iptal edileceği düzenlenmiştir. Bu durumda, üç yıl içerisinde iki defa bu madde kapsamındaki yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde yetkilendirmenin iptal edilmesi zorunludur.

2.6. İmtiyaz Sözleşmelerinde Yetkilendirmenin Feshine İlişkin Hükümler³¹⁷

Yukarıda yer verilen yetkilendirme fesh/iptal sebepleri dışında imtiyaz sözleşmelerinde de BTK'ya fesih yetkisi tanınmıştır. GSM Pan – Avrupa Mobil Telefon Sisteminin Kurulması ve İşletilmesi İle İlgili Lisans Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi'nin" 40.maddesinde sözleşmenin Kurum tarafından feshine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Buna göre:

- a- İşletmeci hakkında yargı mercilerince verilmiş iflas veya konkordato kararı olması,

³¹⁷ İmtiyaz Sözleşmelerinde yer verilen hükümler için bkz. ÖZCAN, İdil, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Öngörülen İlkeler Bağlamında Elektronik Haberleşme Sektöründe Düzenleyici ve Denetleyici Kurum Tarafından Uygulanan Yaptırımlar(Uygulanan Yaptırımlar), Ankara 2011, s.91-92, (Yayımlanmamış BTK Uzmanlık Tezi).

- b- İşletmecinin sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmedeğinin ve verilen süre içinde durumu düzeltmediğinin saptanması,
- c- İşletmecinin tahsis edilen frekanslar ya da GSM sisteminde kullanılması için Kurum'un İşletmeciye tahsis edeceği diğer frekanslar dışında faaliyet gösterdiğinin belirlenmesi, verilen süre içerisinde bu faaliyetine son vermemesi,
- d- İşletmecinin lisans ücretini ödememesi,

halinde BTK'ya sözleşmeyi fesih yetkisi tanınmıştır. Ancak, (d) bendi dışındaki durumlarda BTK'nın işletmecinin yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için en az 90 gün süre verecek, verilen süre içerisinde yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde sözleşme feshedilecektir. Yetkilendirme ücretleri sözleşme imzalanmadan ödendiğinden, yetkilendirme ücretinin ödenmemesi nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi durumu uygulamada karşımıza çıkmamaktadır³¹⁸.

İMT-2000/UMTS İmtiyaz Sözleşmesi'nin 36.maddesinde de sözleşmenin feshine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Yukarıda yer verilen sebeplerinde yanında "*işletmecinin ulusal dolaşım yükümlülüğünü yerine getirmemesi*" hali eklenmiş ve sayılan bu sebeplerden birinin gerçekleşmesi halinde sözleşmenin feshedileceği belirtilmiştir.

Belirtilen bu sebepler dışında, işletmecinin talebi halinde de yetkilendirme ilişkisi BTK'nın iptal veya fesih işlemi tesis etmesiyle sonlanmaktadır. Ancak, bu iptal veya fesih kararı idari yaptırım niteliğinde olmadığından çalışmamızda bu konuya değinilmeyecektir.

3. Diğer İdari Yaptırımlar ve Tedbirler

3.1. Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı faaliyet izninin iptali

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının her türlü faaliyet ve işleyişinin ilgili mevzuat hükümlerine uygunluğunun incelenmesi, muhtemel hata, noksanlık, usulsüzlük ve/veya suistimallerin tespit edilmesi ve ilgili mevzuatta öngörülen yaptırımların uygulanması amacıyla yapılan tüm çalışmalar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından yapılmaktadır.

³¹⁸ ÖZCAN, s.92

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, elektronik sertifika ve imzalarla ilgili hizmetleri yerine getirebilmesi için BTK tarafından yetkilendirilmeleri gerekmektedir. Bu kapsamda, hizmet sağlayıcısının BTK'ya bildirimde bulunması gerekir. Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, bildirim yaptığı tarihten iki ay sonra faaliyete geçebilecektir. Bu iki aylık süre içerisinde BTK tarafından inceleme yapılacak ve bildirim şartlarının eksiksiz yapılmış olduğunun tespiti halinde elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı faaliyete başlayabilecektir³¹⁹.

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısına verilen faaliyet izninin iptaline ise, iki halde karar verilmektedir. İlki, Elektronik İmza Kanununun 19.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, kanununun 18.maddesinde düzenlenen idari para cezasını gerektiren eylemleri işlendikleri tarihten itibaren geriye doğru üç yıl içinde üçüncü kez işleyen elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının faaliyet izninin iptaline karar verilecektir.

İkincisi ise, Elektronik İmza Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin Yönetmeliği'nin³²⁰ "Kurum Tarafından Faaliyete Son Verilmesi" başlıklı 29.maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, BTK tarafından yapılan denetim sonucunda, işletmecinin faaliyete başlaması sonrasında yetkilendirme şartlarından birini kaybetmesi halinde BTK tarafından bu şartın yerine getirilmesi için bir ay süre verilir ve bu süre zarfında hizmet sağlayıcısının faaliyeti durdurulacaktır. Verilen bu süre içerisinde eksikliğin tamamlanmaması durumunda işletmecinin faaliyeti sona erdirilecektir³²¹.

3.2. Erişim veya Yer Sağlayıcısının Faaliyet Belgesinin İptali

5651 sayılı Kanun ile bu kanuna dayanılarak çıkarılan Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Erişim Sağlayıcılara Ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi

³¹⁹ BTK tarafından yapılan başvuruda eksiklik olduğu tespit edilirse, bu eksikliklerin giderilmesi için elektronik sertifika hizmet sağlayıcısına bir ayı geçmemek üzere süre verilir(Kanun m.8/3). Eksikliklerin giderildiğinin BTK tarafından tespit edilmesi halinde bildirim yapılan tarihten iki ay geçtikten sonra işletmeci faaliyete başlayabilecektir.

³²⁰ 06.01.2005 tarihli ve 25692 sayılı RG.

³²¹ Yönetmeliğin 29.maddesinde, Elektronik İmza Kanununun 19.maddesinde düzenlenen faaliyet izninin iptaline ilişkin hüküm aynı şekilde yer verilmiş ve her iki durum içinde "faaliyete son verileceği" şeklinde ibareye yer verilmiştir. Burada kastedilenin her iki sebep yönünden de faaliyet izninin iptali olduğu düşüncesindeyiz.

Verilmesine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te³²² erişim ve yer sağlayıcılarının faaliyet belgesinin iptaline ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

5651 sayılı Kanunun “Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi” başlıklı 8.maddesinin 11.fırcasında, erişimin engellenmesi kararını yerine getirmediği için hakkında idari para cezası uygulanan erişim sağlayıcısının para cezası uygulanmasının üzerinden yirmidört saat geçmesine rağmen hala bu kararı yerine getirmediğinin tespit edilmesi halinde BTK tarafından yetkilendirmesinin iptaline karar verilecektir. Faaliyet belgesinin erişim sağlayıcıya faaliyette bulunabilmesi için verilen bir yetkilendirme olduğu düşünüldüğünde burada yetkilendirme ile kast edilenin faaliyet belgesi olduğu anlaşılmaktadır.

Yönetmeliğin 19.maddesinin üçüncü fırcasında, bu Yönetmelikte düzenlenen yükümlülükleri ihlal eden Türkiye sınırları içinde yerleşik olan yer sağlayıcısının faaliyet belgesinin BTK tarafından iptal edilebileceği düzenlenmiştir. Madde de genel ifadeler kullanılmak suretiyle BTK'ya yer sağlayıcının faaliyet belgesinin iptaline konusunda geniş takdir hakkı tanınmıştır.

3.3. Onaylanmış Kuruluşun Statüsünün Kaldırılması

EHK'nın 3.maddesinin birinci fırcasının (11) bendinde onaylanmış kuruluş, BTK tarafından belirlenen 4703 sayılı Kanun ve ilgili düzenlemelerde yer verilen esaslara uygun olarak yetkilendirilen ve uygunluk değerlendirme faaliyetine bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile kamu kurumlarını ifade etmektedir. EHK'nın “Onaylanmış kuruluşlar, piyasa gözetimi ve denetimi” başlıklı 53.maddesinin birinci fırcasında, onaylanmış kuruluşların sorumlulukları hususunda 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması Ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması Ve Uygulanmasına Dair Kanun'un “Uygunluk değerlendirme kuruluşları ile onaylanmış kuruluşların sorumlulukları” başlıklı 9.maddesinde onaylanmış kuruluşların ilgili teknik düzenlemelerde ve/veya bu Kanun ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde yer alan usul ve esaslara uygun olarak bağımsız ve tarafsız bir şekilde uygunluk değerlendirme hizmeti vermekle yükümlü oldukları düzenlenmiştir.

³²² 24.10.2007 tarihli ve 26680 sayılı RG.

Aynı madde de, onaylanmış kuruluşlarının yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde BTK tarafından uygulanacak idari yaptırımlar iki aşamalı olarak düzenlenmiştir³²³.

Birinci aşamada, onaylanmış kuruluşların, ilgili düzenlemelerde veya mevzuatta belirtilen sorumlulukları yerine getirmediğinin veya öngörülen şartları kaybettiğinin tespit edilmesi halinde, uygunluk değerlendirme faaliyetleri geçici olarak durdurulacaktır. İkinci aşamada ise, faaliyetinin durdurulmasına karar verilen onaylanmış kuruluşun belirlenen süre içerisinde yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde faaliyetine son verilerek statüsünün kaldırılmasına karar verilecektir³²⁴.

3.4. Telsiz Sistemine İlişkin Kullanma İzni veya Ruhsatının İptali

EHK'nın 37.maddesinin birinci fıkrasında, frekans tahsis edilerek işletilen telsiz cihaz veya sistem kullanıcıları, telsiz sistemine ilişkin kurma ve kullanma izni ile ruhsatnamesi almak zorunda olduğu kurala bağlanmıştır.

BTK tarafından Telsiz İşlemlerine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır. Anılan Yönetmeliğin "İptal İşlemleri" başlıklı 12.maddesinin ikinci fıkrasına göre, telsiz cihaz ve sistemlerinin, BTK'nın düzenlemelerine ve verilen telsiz ruhsatnamesine uygun olmayan bir şekilde kurulmasının, işletilmesinin, başka bir yere nakledilmesinin, frekansının ve diğer teknik özelliklerinin değiştirilerek amacı dışında kullanılmasının tespit edilmesi halinde, verilen süre sonunda söz konusu aykırılığı mücbir sebepler dışında gidermeyen kullanıcıların telsiz cihaz ve sistemi kurma ve kullanma izinleri ve ruhsatları iptal edecektir. Telsiz cihaz ve sistemi kurma ve kullanma izni verilen kullanıcıların, süre uzatımı da dâhil verilen süre sonunda sistemini kurmaması halinde de izin iptal edilecektir.

Telsiz cihaz ve sistem kurma ve kullanma izinleri ile ruhsatları iptal edilen kullanıcılar bu cihazları yeniden izin alıncaya kadar kullanmaları mümkün değildir.

³²³ ÖZCAN, Uygulanan Yaptırımlar, s.93.

³²⁴ Aynı hüküm, 26.02.2004 tarihli ve 25385 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren Onaylanmış Kuruluşlara Dair Yönetmeliği'nin "Onaylanmış Kuruluş Statüsünün Kaldırılması" başlıklı 10.maddesinde de hüküm altına alınmıştır.

Yeniden kullanmak isteyen kullanıcılar Yönetmeliğin 5.maddesi uyarınca başvuru yapması ve kendisine yeniden izin verilmesi gerekir.

Yönetmeliğin 12.maddenin beşinci fıkrasında, amatör telsiz derneği sorumlusunun bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediğinin tespit edilmesi halinde derneğe verilen kurma ve kullanma izninin iptal edileceği düzenlenmiştir.

3.5. Güvenlik Sertifikasının İptali

Elektronik Haberleşme Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddetinin Uluslararası Standartlara Göre Maruziyet Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Kontrolü Ve Denetimi Hakkında Yönetmeliği'nin³²⁵ “*Güvenlik sertifikası müracaatı ve ölçüm bildirimi*” başlıklı 9.maddesinin birinci fıkrasında, işletmecinin, kurulacak sabit elektronik haberleşme cihazı için BTK'ya başvuruda bulunacağı, BTK tarafından başvurunun uygun bulunması halinde başvuruda bulunulan sabit elektronik haberleşme cihazına başvuru tarihinden itibaren en geç 30 gün içerisinde güvenlik sertifikası düzenlenecektir. Her bir cihaz için ayrı ayrı düzenlenmek suretiyle güvenlik sertifikası verilecektir.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, güvenlik sertifikasının düzenlenme tarihinden itibaren en geç 120 gün içinde sistemin işletmeye alınacağı ve sistemin faaliyete geçmesini müteakip 7 iş günü içerisinde gerekli ölçümler yapılarak Ölçüm Değerleri Formunun aslının BTK'ya teslim edilmesi gerektiği, işletmeye alınmama nedeninin ve formun süresinde BTK'ya gönderilmemesi halinde güvenlik sertifikasının iptal edileceği düzenlenmiştir. Güvenlik sertifikasının iptaline karar verilmiş olsa da, aynı yere ilişkin tekrar güvenlik sertifikası başvurusunda bulunulması mümkündür.

3.6. Ölçüm Yetki Belgesinin İptali

Elektronik Haberleşme Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddetinin Uluslararası Standartlara Göre Maruziyet Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Kontrolü Ve Denetimi Hakkında Yönetmeliği'nin “*Ölçüm yetki belgesi iptali*” başlıklı 14.maddesinde ölçüm yetki belgesinin iptali düzenlenmiştir.

³²⁵ 21.04.2011 tarihli ve 27912 sayılı RG.

3.7. Tahsis Edilen Numaraların Geri Alınması

Numaralandırma Yönetmeliği'nin "*Tahsisli numaraların geri alınması*" başlıklı 19.maddesinde bazı durumlarda tahsis edilen numaraların kısmen veya tamamen geri alınabileceği düzenlenmiştir.

Maddede öngörülen hallerinin hepsi ihlal niteliğinde değildir. Bu sebeple, ihlal niteliğinde olmayan haller nedeniyle uygulanan geri alma işlemlerinin idari yaptırım olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

3.8. Faaliyetin Geçici Durdurulması

Yaptırımlar Yönetmeliği'nde 31 ve 32. Maddelerin işletmecilerin faaliyetlerinin geçici durdurulabileceği haller düzenlenmiştir. Bu maddeler kapsamında, BTK'nın faaliyetin geçici durdurulmasına karar verme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Zira, bu maddeler uyarınca BTK, faaliyetin geçici durdurulmasına karar vermeyerek doğrudan yetkilendirmenin iptaline de karar verebilmektedir.

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin "*Millî güvenliğe aykırılık*" başlıklı 31.maddesinin ikinci fıkrası ile yine Yaptırımlar Yönetmeliği'nin "*Kamu düzeninin ihlali*" başlıklı 32.maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde işletmecilerin faaliyetlerinin geçici olarak durdurulmasına karar verilebileceği belirtilmektedir.

Yukarıda belirtilen hallerde uygulanabilen geçici durdurma kararının ne kadar süre için geçerli olacağına ilişkin mevzuatta herhangi bir hüküm yer almamaktadır.

3.9. Tesisleri Tazminat Karşılığında Devralma

EHK'nın 60.maddesinin birinci fıkrasında BTK'ya tesisleri tazminat karşılığına devralma yetkisi tanınmıştır. Tesislerin devralınmasına karar verilebilmesi için işletmecinin kusurlu bir davranışı veya herhangi bir yükümlülüğün ihlal edilmesi şartı aranmamıştır. Millî güvenliğin, kamu düzeninin veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi ve kanunlarla getirilen hükümlerin uygulanması amacıyla tesisler devralınacak ve işletmeciye tazminat ödenecektir.

Bu usulün, idari yaptırımlar arasında sayılan mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımına benzediğini söylenebilir. Ancak, mülkiyetin kamuya geçirilmesinin temelinde idare herhangi bir karşılık ödemeksizin yaptırımın konusunu oluşturan

veya yaptırımın işlenmesi suretiyle elde edilen eşyayı mülkiyetine geçirmektedir. Bu sebeple anılan hüküm mülkiyetin kamuya geçirilmesine uygun bir örnek olarak gösterilmesi mümkün olmadığı düşüncesindeyiz.

Tesislerin devralınması yoluna, işletmecinin idari düzeni ihlal edici herhangi bir fiili olmasa da başvurulabildiğinden ve karşılığında tazminat ödendiğinden idari yaptırım olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Ancak, EHK’da idari yaptırım başlığı altında düzenlendiğinden ve işletmeciler açısından ağır sonuçları olduğundan çalışmamızda bu konuya değinilmiştir.

III. İDARİ YAPTIRIMLARA İLİŞKİN ÇEŞİTLİ HÜKÜMLER

1. İdari Yaptırımlara İlişkin Öngörülen Uyarı Mekanizması Sorunu

Yaptırımlar Yönetmeliği’nin “*Uyarı*” başlıklı 46.maddesinde, idari yaptırım uygulanmadan önce işletmecinin uyarılmasına karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Mülga Yönetmelikte buna benzer bir genel bir maddeye yer verilmemiş, ihlallere ilişkin maddelerin bir kısmında uyarı mekanizmasından söz edilmiştir³²⁶.

Uyarı ile işletmecinin mevzuata uygun olmayan davranışının düzeltilmesi istenmektedir. İşletmecinin uyarıya rağmen, ihlal niteliğinde olan davranışını düzeltmemesi halinde idari yaptırım kararı uygulanacaktır.

Uygulamada, ihlal niteliğinde olan davranışın tespit edilmesi halinde işletmecinin uyarılmasına karar verilmeden doğrudan idari yaptırım kararı verilip verilemeyeceği tartışılmaktadır. Bu konuya ilişkin idari yargı organlarının farklı nitelikte kararları bulunmaktadır. Danıştay kararlarında EHK’da uyarı mekanizması öngörülmediğinden yönetmelikle bu usulün getirilmesinin hukuka aykırı olduğu vurgulanmaktadır. Bölge İdare Mahkemeleri kararlarında ise, Yönetmelikte öngörülen uyarı mekanizmasının idari yaptırım kararı öncesinde uygulanması gereken zorunlu bir usul olduğu belirtilmektedir. Danıştay’ın söz edilen bu kararların bir kısmında karşı oy bulunduğu ve bu karşı oy görüşünün de Bölge İdare Mahkemeleri kararları ile örtüştüğünü belirtmek gerekir.

³²⁶ Mülga Yönetmelikte düzenlenen uyarı usulü için bkz. **ÖZCAN**, Uygulanan Yaptırımlar, s.162 vd.

Danıştay bir kararında³²⁷, EHK’da uyarı mekanizmasına yer verilmemesi nedeniyle kanunda yer verilmeyen bir usulün Yönetmelik ile getirildiği, bu durumun kanunilik ilkesini ihlal ettiği, bu sebeple uyarı mekanizmasının uygulanmasının mümkün olmadığına oyçokluğuyla karar vermiştir³²⁸. Aynı yönde Danıştay’ın birçok kararı bulunmaktadır³²⁹.

Kararın gerekçesinde, EHK’da uyarı mekanizmasına yer verilmediği belirtilmişse de, EHK’nın 60.maddesinin 15.fıkrası uyarınca BTK’ya idari yaptırımlara ilişkin hususlarda Yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiş olduğu ve çıkarılan bu yönetmelikte idari para cezalarına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi verildiği göz ardı edilmiştir.

Bu kararın karşı oyunda ise, uyarı usulünün tüketilmesi gereken bir yol olduğu, BTK’ya kanunda idari yaptırımlara ilişkin geniş yetkiler verildiği ve bu yetkiler kapsamında uyarı usulünün düzenlendiği vurgulanmıştır³³⁰.

Başka bir olayda ise, bir işletmeci hakkında elektronik haberleşme güvenliğine ilişkin ihlal nedeniyle BTK’nın kararıyla³³¹ doğrudan idari para cezası yaptırımı uygulanmasına karar verilmiş, idari para cezasının iptali talebiyle dava açılmıştır. İlk derece mahkemesi tarafından davanın reddine karar verilmiş ve bu kararın kaldırılması talebiyle istinaf yoluna başvurulmuştur.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 7. İdari Dava Dairesi’nin 14.06.2017 tarih, E.2017/213, K.2017/187 sayılı kararında; “...*Dosyanın incelenmesinden, davacı şirket hakkında, elektronik haberleşme sektöründe şebeke ve bilgi güvenliğine dair olarak mevzuattaki yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin denetlenmesi*

³²⁷ Danıştay 13. Dairesi, T.10.09.2014, E.2014/2632, K.2014/2856, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), E.T:28.03.2018.

³²⁸ Anılan karara karşı karar düzeltme yoluna gidilmiş, Danıştay 13. Dairesi’nin 03.09.2015 tarihli ve 2015/609 E., 2015/2893 K. sayılı kararıyla karar düzeltme talebinin reddine oyçokluğuyla karar verilmiştir.

³²⁹ Bkz. Danıştay 13. Dairesi, T.13.4.2017, E.2016/3928, K.2017/990; Danıştay 13. Dairesi, T.13.4.2017, E.2016/3895, K.2017/994; Danıştay 13. Dairesi, T.13.4.2017, E.2016/3909, K.2017/995; Danıştay 13. Dairesi, T.13.4.2017, E.2016/3926, K.2017/992; Danıştay 13. Dairesi, T.13.4.2017, E.2016/3925, K.2017/993, Kararlar için bkz. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>), E.T:28.03.2018.

³³⁰ Ayrıca bkz. Danıştay 13. Dairesi, T.28.1.2016, E.2015/4078, K. 2016/116 sayılı kararının karşı oyu, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), E.T:28.03.2018.

³³¹ BTK’nın 19.04.2016 tarihli ve 2016/DK-SDD/221 sayılı kararı için bkz. (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:26.03.2018.

amacıyla gerçekleştirilen denetim sonucunda mevzuata aykırı olarak log tutma yükümlülüğünü gerektiği gibi yerine getirmedeğinin tespit edildiği ve 2014 yılındaki not satış tutarının yüzbinde yirmibeşi oranında idari para cezası uygulanması üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Hizmetten yararlananların menfaatlerinin, bu hizmeti sunan İşletmeciler tarafından mümkün olduğunca en üst noktada korunması için İşletmecilere yükümlülükler, davalı İdareye de denetim, gözetim ve yaptırım yükümlülükleri getirilmiştir. Buna göre, sistemin uygulanması sırasında ortaya çıkması muhtemel aksaklıkların ve İhlallerin giderilmesi ile tüketicilerin mağduriyetinin engellenmesi davalı idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğü kapsamında ise de; verilen cezaların ağırlığı ile yeni yürürlüğe giren yönetmelik hükümleri dikkate alındığında, işleticilerin bir ihlal sebebiyle idari para cezasıyla cezalandırılmadan önce, ihlale konu durum sebebiyle uyarılması suretiyle adil bir denge sağlanmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır.

Davacı şirketin log tutma yükümlülüğü gerektiği gibi yerine getirmemek fiil sebebiyle idari para cezasıyla cezalandırılmadan önce, söz konusu ihlali sebebiyle uyarı mekanizmasının kullanılarak bundan sonraki işlemlerinde bu konuda uyarılması gerekirken, doğrudan idari para cezasıyla cezalandırılmasına dair davaya konu işlemde hukuka ve hakkaniyete uyarlık görülmemiştir” denilmek suretiyle, Yaptırımlar Yönetmeliği’nde düzenlenen uyarı mekanizması ile işletmecinin idari para cezasıyla cezalandırılmadan önce ihlale konu durumu düzeltmesi için uyarılmasının öngörüldüğü, bu usule başvurulmadan idari para cezası uygulanmasının hukuka aykırı olduğu ve somut olayda uyarı mekanizması işletilmeden idari para cezası verildiğinden uygulanan idari para cezasının kaldırılmasına karar verilmiştir.

Bölge İdare Mahkeme kararlarının birçoğunda³³² “uyarı mekanizması”nın idari para cezası uygulanmadan önce tüketilmesi gereken bir usul olduğu ve bu usule başvurulmadan idari para cezası uygulanmasının işlemi sakatladığı ifade edilmektedir. Yargı makamlarının farklı nitelikteki kararları “uyarı mekanizması”nın hukuki niteliğini belirlenmesini engellemekte ve farklı uygulamaların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. BTK da, kimi kararlarında uyarı mekanizmasını

³³² Bkz. Ankara BİM 7. İDD, T.15.2.2017, E.2017/34, K.2017/20; Ankara BİM 7. İDD, T. 26.4.2017, E.2017/123, K.2017/114; Ankara BİM 7. İDD, T.14.12.2016, E.2016/76, K.2016/124, Kararlar için bkz. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>), E.T:28.03.2018.

işletirken³³³, kimi kararlarında ise doğrudan idari para cezasının uygulanmasına³³⁴ karar vermektedir.

Belirtmek gerekir ki, idari yaptırıma karar verilmeden önce uyarı mekanizmasına başvurma zorunluluğunun da bazı şartları vardır. Uyarı mekanizmasına başvurulurken Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 44.maddesinde düzenlenen ölçütlere göre bir değerlendirme yapılması gerekir. Yani, işletmecinin herhangi bir ekonomik kazanç elde etmemiş olması, tekrar eden bir ihlal bulunmaması ve daha önce böyle bir konuda söz konusu işletmeciye benzer bir yaptırım uygulanmamış olması gibi durumlarda uyarı mekanizması işletilebilecektir. Devamlı olarak yükümlülüklerini ihlal eden bir işletmeci hakkında uyarı mekanizması işletilmeden de doğrudan idari yaptırımın uygulanabilmesi gerekir. Ayrıca, uyarı mekanizması, Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 23, 24, 25, 31 ve 32.madde hükümlerine uygulanmayacaktır.

Bu açıklamalar çerçevesinde, uyarı mekanizmasının idari yaptırım kararları öncesinde öngörülen ve işletilmesi gereken bir yol olduğu, istisnai olarak 44.maddedeki ölçütler dikkate alınarak ve kararın gerekçesinde de açıkça gösterilmek suretiyle uyarı mekanizması işletilmeden idari yaptırım kararı uygulanabileceği kanaatindeyiz. Ancak, BTK'nın doğrudan idari yaptırım kararı uygulaması ve doğrudan idari yaptırım kararının uygulanmasına ilişkin herhangi bir gerekçeye yer vermemesi uygulanan idari yaptırım kararını sakatlayacaktır.

2. Yetkilendirmesi İptal Edilen İşletmecilerin Yeniden Yetkilendirilmemesi

BTK tarafından verilen yeniden yetkilendirilmeme kararı, her ne kadar Yaptırımlar Yönetmeliği'nin “Diğer Yaptırım ve Tedbirler” başlıklı Üçüncü Bölümünde düzenlenmiş de olsa, yetkilendirmenin iptalinin bir sonucu olduğundan ve yetkilendirmenin iptaline bağlı olarak uygulandığından çalışmamızda idari yaptırım türleri başlığı altında incelenmemiştir. Yetkilendirme iptali yaptırımını,

³³³ BTK'nın 27.01.2016 tarihli ve 2016/DK-SYD/52 sayılı kararı; BTK'nın 27.01.2016 tarihli ve 2016/DK-SYD/55 sayılı kararı, Kararlar için bkz. (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:28.03.2018.

³³⁴ BTK'nın 19.08.2015 tarihli ve 2015/DK-THD/381 sayılı kararı; BTK'nın 27.05.2015 tarihli ve 2015/DK-YED/280 sayılı kararı, Kararlar için bkz. (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:28.03.2018.

diğer idari yaptırımlardan daha ağır kılan bir özellik de işletmecinin sektörde tekrar yetkilendirilememesidir.

Yeniden yetkilendirilmeme, Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 35.maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddede yeniden yetkilendirmeme ikiye ayrılmış, ilkinde ağır nitelikte kabul edilen ihlaller nedeniyle kalıcı olarak yetkilendirme yapılmazken, ikincisinde, yeniden yetkilendirmeme kararının borcun ödenmesine kadar geçerli olacağı kabul edilmiştir. Yeniden yetkilendirilmeme, sadece tüzel kişilikleri değil, doğrudan şahıslara da uygulanmaktadır.

3. İdari Para Cezalarının Uygulanmasında Göz Önünde Bulundurulacak Ölçütler

Maktu olmayan idari para cezalarında işlenen fiil ile orantılı olacak şekilde cezanın tayin edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple, her somut olayın özelliğine göre idari para cezasını uygulayacak olan makamın bazı ölçütleri göz önünde bulundurması ve hakkaniyete uygun ceza tayin etmesi zorunludur.

Kabahatler Kanunu'nun 17.maddesinde, idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulacağı düzenlenmiştir. Kabahatler Kanundaki düzenlemeye benzer şekilde Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 44.maddesinde de bazı ölçütlerin dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin "Yaptırım ölçütleri" başlıklı 44.maddesine göre:

- Zararın varlığı,
- Aynı madde ihlaline ilişkin olarak işletmeciye son beş yılda uygulanan idari yaptırımlar,
- İyi niyetin varlığı,
- Haksız ekonomik kazancın varlığı,
- Tekerrürün varlığı,

gibi ölçütlerin idari para cezası belirlenirken göz önünde bulundurulması gerekir. Bu madde ile elektronik haberleşme sektörüne ilişkin uygulanacak idari para cezalarında

ölçülülük ilkesi esas alınmış, işletmecinin işlediği ihlal fiili ile uygulanacak cezanın orantılı ve ölçülü olması amaçlanmıştır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, elektronik haberleşme sektöründe uygulanacak olan cezaların büyük bir çoğunluğu üst sınırı belirlenmiş ve BTK'ya takdir yetkisi tanınmıştır. BTK ise, uygulayacağı cezayı belirlerken takdir yetkisini yukarıda belirtilen ölçütler çerçevesinde kullanması gerekir. Zira, uygulanan idari para cezasının iptali talebiyle açılan davada, idari yargı organı tarafından bu ölçütlerin dikkate alınıp alınmadığı yönünden bir değerlendirme yapılacaktır³³⁵. Ancak bu değerlendirme, idarenin takdir yetkisini kısıtlayacak şekilde yerindelik denetimine dönüşmemesi gerekir. Aksi durumun, İYUK'un 2.maddesinin 2.fikrasına aykırılık oluşturacağı unutulmamalıdır.

Ayrıca, EHK'nın 60.maddesinin ikinci fıkrasında, yeni yetkilendirildiğinden bir önceki yıldan net satış geliri bulunmayan işletmeci hakkında uygulanacak olan idari para cezasının alt ve üst sınırı ile bu ceza belirlenirken göz önüne alınacak ölçütler belirtilmiştir³³⁶. Faaliyete yeni başlamış işletmeciye uygulanacak olan idari para cezası belirlenirken EHK'nın 60/2.maddesi hükmü dışında Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 44.maddesindeki ölçütlerin de dikkate alınması gerekmektedir³³⁷.

4. Zaman Bakımından Uygulanması

İdari yaptırım uygulanmasını gerektiren eylemin yapılması ile yaptırımın uygulanması sürecinde; eylemin gerçekleşmesi, soruşturma yapılması, karar ve infaz olmak üzere 4 aşamanın olduğu kabul edilmektedir³³⁸. Ceza hukukunda "*lehe olan hükmün geçmişe yürümesi*" ilkesi bu dört aşama için de geçerlidir. İdari yaptırımlar açısından, ilk üç aşama için "*lehe olan hükmün geçmişe yürümesi*" ilkesi geçerliyen

³³⁵ Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 18.12.2014 tarih ve E:2014/251, K:2014/1886 sayılı kararında, ceza oranı belirlenirken ihlalin niteliği, tüketicilerin uğradığı zararın ve ihlal neticesinde davacının elde ettiği kazancın büyüklüğü gibi ölçütlerin dikkate alındığı, ölçülülük ve orantılılık ilkesine aykırılığın bulunmadığı belirtilerek uygulanan idari para cezasının iptali talebinin reddine karar verilmiştir. Danıştay 13. Dairesi'nin 13.01.2017 tarihli ve E. 2016/3785 K. 2017/138 sayılı kararıyla da yerel mahkemenin kararının hukuka uygun olduğu belirtilerek onanmasına karar verilmiştir(Yayımlanmamış Karar).

³³⁶ BTK'nın 16.01.2014 tarihli ve 2014/DK-YED/43 sayılı kararıyla, ihlalin vuku bulduğu yıldan bir önceki takvim yılında net satış kaydı bulunmayan işletmeci hakkında 1000 TL idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. Karar için bkz. (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:28.03.2018.

³³⁷ Yaptırımlar Yönetmeliği m.37/1.

³³⁸ ÇAĞLAYAN-DOĞAN, s.569.

son aşama olan infaz aşaması için “*derhal uygulama ilkesi (geçmişe yürüme yasağı)*” geçerli olacaktır³³⁹. Bu kapsamda, ihlal niteliğinde olan eylemin yapılmasından sonra yapılan değişiklikle eylemin ihlal olarak nitelendirilmemesi halinde yaptırım kararı uygulanamayacaktır. Aynı şekilde eylemin işlenmesinden sonra yürürlüğe giren düzenleme öncekine nazaran daha az para cezası öngörüyorsa lehe olan yeni düzenleme hükümleri uygulanacaktır³⁴⁰.

İdarî yaptırım kararlarının infazı aşamasındaki usul kurallarıyla ilgili bir değişiklik yapılması halinde yeni getirilen düzenlemenin failin lehine mi aleyhine mi olduğuna bakılmaksızın derhal uygulanması gerekir. İnfaz aşamasında maddi hukuka ilişkin bir değişiklik olması halinde ise, hükmün lehe olup olmadığının tespit edilmesi ve lehe ise geçmişe yürüyecek şekilde uygulanması gerekecektir³⁴¹.

5. Tekerrür

Ceza yaptırımlarında tekerrür mümkün olmakla birlikte, idari yaptırımlar açısından ceza yaptırımlarının tekerrürü hükümlerinin uygulanması mümkün değildir³⁴². Kabahatler Kanununda da tekerrüre ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Ancak, özel düzenlemelerde öngörüldüğü durumlarda idari yaptırımlar açısından da tekerrür uygulanabilir.

Elektronik haberleşme sektörüne ilişkin gerçekleştirilecek ihlallerin tekrarlanması halinde nasıl bir sonuçla karşılaşacağı Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 43.maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bunun dışında Elektronik İmza Kanun'un 19.maddesinde de tekerrür hükümlerine yer verilmiştir.

Tekerrüre ilişkin genel düzenleme niteliğinde olan Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 43.maddesinin birinci fıkrasına göre, idari para cezası uygulanan ihlalin üç yıl içinde tekrarı halinde, ihlal için öngörülen üst sınır bağlı kalımsızın uygulanacak idari para cezası miktarı arttırılabilecektir³⁴³. Bu fıkra hükümleri, bilgi

³³⁹ ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.137.

³⁴⁰ GÜÇLÜ, s.44.

³⁴¹ EKİNCİ, s.46.

³⁴² ÇAĞLAYAN, , İdari Yaptırımlar Hukuku, s.33.

³⁴³ Mülga Yönetmeliğin 30.maddesinde; “*Aynı takvim yılı içinde aynı nitelikteki ihlalin tekrarı halinde tekrar edilen ihlal için bu Yönetmelikte öngörülen idari para cezası oranlarının üst sınırı ile bağlı kalımsızın işletmecisinin bir önceki takvim yılındaki cirosunun %3 ünü (yüzde üç) aşmamak kaydıyla idari para cezası uygulanabilir.*” denilmek suretiyle, aynı takvim yılı içerisinde

ve belgelerin süresinde, yanlış veya eksik verilmesine ilişkin hükümlerin yer aldığı Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 23, 24 ve 25. maddeleri açısından uygulanmayacaktır.

43.maddenin ikinci fıkrasına göre, iletişimin dinlenmesi, tespiti, kayda alınmasına ilişkin yükümlülüklerin ihlali nedeniyle idari para cezası uygulanan işletmecinin üç yıl içerisinde aynı ihlali tekrar etmesi halinde yetkilendirmesi iptal edilecektir.

43.madde açısından dikkat edilmesi gereken husus, tekerrüre konu olabilecek ihlalin “*aynı ihlal*” olmasıdır. Başka bir deyişle, farklı fiillerle aynı yükümlülüğün veya mevzuatın ihlal edilmesi halinde de tekerrür hükümleri uygulanabilecektir. Yönetmeliğe göre, tekerrürde esas alınacak olan ihlalin “üç yıl” içinde tekrarlanması gerekmektedir. Aksi halde, tekerrür hükümleri uygulanamayacaktır.

Tekerrürde süre bir önceki fiilin işlendiği değil; bir önceki cezanın verildiği tarihten itibaren hesaplanacaktır. Tekerrür açısından üzerinde durulması gereken son husus, sürenin başlangıcı kabul edilen idari para cezası uygulanması işleminin kesinleşmesine gerek olup olmadığıdır. Yönetmelikte bu konuya ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Kabahatler Kanunu'nda da buna ilişkin bir hükme yer verilmemiş de olsa, Kanunun 17.maddesinin beşinci fıkrasında yer alan gerekçe idari para cezasının tahsili ile tekerrür arasında bir bağlantı kurduğundan idari ceza hukuku açısından infazın da gerçekleşmesi aranmaktadır³⁴⁴.

6. İçtima

Türk Ceza Kanunu'nun suçların içtimasına ilişkin hükümleri kabahatler hukukunda uygulanmamaktadır³⁴⁵. Kabahatler yönünden Kabahatler Kanunu'nun 15.maddesinde ayrı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Kabahatler Kanunu'nun “İçtima” başlıklı 15.maddesi çerçevesinde;

- Bir fiil ile birden fazla kabahat işlendiği ve bu kabahatler için farklı idari para cezaları öngörüldüğü takdirde en yüksek idari para cezasına hükmedilmesi,

ihlalin tekrar edilmesi aranmaktaydı. Mülga Yönetmelik dönemindeki tekerrüre ilişkin hükümler için bkz. ÖZCAN, Uygulanan Yaptırımlar, s.106 vd.

³⁴⁴ ÖZCAN, Uygulanan Yaptırımlar, s.107-108.

³⁴⁵ BALCI, Murat, Petrol Kaçakçılığı Suçları ve Petrol Piyasası Kanununda Düzenlenen Kabahatler, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 183.

- Bir fiil ile birden fazla kabahat işlendiği ve bu kabahatler için idari para cezası ile birlikte başka bir yaptırım da öngörülmüşse her iki yaptırım da uygulanması,
- Bir fiil ile hem kabahat hem de suç işlenirse, sadece suçtan dolayı ceza yaptırımı ve güvenlik tedbiri uygulanması,

gerekmektedir. Elektronik haberleşme mevzuatı açısından Yaptırımlar Yönetmeliği'nin "İçtima" başlıklı 41.maddesinde içtima hükümleri düzenlenmiş ve Kabahatler Kanununun 15.maddesindeki hükümler burada da aynen geçerli kabul edilmiştir³⁴⁶.

7. Zamanaşımı

Zamanaşımı, KK'da soruşturma zamanaşımı ve yerine getirme zamanaşımı olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Kanunda belirtildiği üzere, kanunun kanun yoluna ilişkin hükümleri haricindeki genel hükümleri diğer kanunlardaki idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi cezalarını da kapsadığından soruşturma zamanaşımı süreleri bütün kanunlardaki idari para cezalar için uygulanacaktır³⁴⁷. İdari para cezaları dışındaki diğer idari yaptırımlar açısından herhangi bir zamanaşımı süresi öngörülmemiş olması eksiklik olarak nitelendirilebilir. Zira, fail açısından zamanaşımı süresinin bulunmaması hukuki güvenlik ilkesinin ihlali anlamına gelebilecektir.

Elektronik haberleşme mevzuatında zamanaşımına ilişkin bir hüküm bulunmadığından Kabahatler Kanununun 3.maddesi gereği Kabahatler Kanununda yer verilen zamanaşımı hükümleri uygulanacaktır. Bu doğrultuda, ilk olarak soruşturma zamanaşımı üzerinde durmak gerekir. Kanununun 20.maddesinde düzenlenen soruşturma zamanaşımı ceza hukukundaki "dava zamanaşımı" karşılığı olarak kullanılmıştır³⁴⁸. Kanununun 20.maddesinde para cezasının miktarına göre belirlenen zamanaşımı sürelerinin dolmasıyla idari para cezasına karar verilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

³⁴⁶ Mülga Yönetmelikte içtima ayrı bir maddede düzenlenmemiştir.

³⁴⁷ GÜÇLÜ, s.167.

³⁴⁸ ÇAĞLAYAN, her idari yaptırım açısından soruşturma yöntemi bulunmadığını, bu sebeple soruşturma zamanaşımı kavramının yerinde olmadığını ve bu kavram yerine "yaptırım uygulama zamanaşımı" kullanılmasının daha isabetli olacağını ifade etmektedir. Bkz. ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.170-171.

Kanunda idari para cezasının alt ve üst sınırı tespit edilmişse, belirlenen alt sınırla üst sınır miktarları farklı zamanaşımı süresi dilimlerine girmesi mümkündür. Bu durumda, idari yaptırım kararı verecek olan makam önce uygulanacak idari para cezasını hesaplayacak sonra da bu tespite göre zamanaşımının var olup olmadığına bakacaktır³⁴⁹.

Maddenin dördüncü fıkrasında zamanaşımı süresinin başlama anı ile ilgili ikili bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, kabahate ilişkin fiilin işlenmesi veya neticenin gerçekleşmesi anından itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır³⁵⁰.

Son fıkrada ise, gerçekleştirilen eylemin hem kabahat hem de suç oluşturması halinde suça konu dava zamanaşımı hükümleri uygulanacaktır. Elektronik haberleşme sektörü açısından da, ihlalin üzerinden yukarıda belirtilen sürelerin geçmesi halinde idari para cezasına karar verilmesi mümkün değildir.

Kabahatler Kanunu'nun 21.maddesinde yerine getirme zamanaşımı süresinin dolması halinde karşılaşılabilecek sonuç düzenlenmiştir. Soruşturma zamanaşımında olduğu gibi burada da diğer idari yaptırımlara ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

Birinci fıkrada, yaptırım kararının kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlayan zamanaşımı süresinin dolması halinde idari para cezasına veya mülkiyetine kamuya geçirilmesine ilişkin kararın uygulama imkanı kalmayacaktır. Bu zamanaşımı süresi, ceza hukukundaki "ceza zamanaşımı" kavramının karşılığını oluşturmaktadır³⁵¹.

Maddenin dördüncü fıkrasında, idari yaptırım kararının kesinleşmesinden itibaren zamanaşımı süresinin başlayacağı düzenlenmiştir. Beşinci fıkrasında ise, kanun hükmü gereği olarak idari yaptırımın yerine getirilmesine başlanamaması veya yerine getirilememesi hallerinde zamanaşımının işlemeyeceği düzenlenmiştir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Kanununun 102.maddesinde düzenlenen tahsil zamanaşımına da değinmek gerekir. 6183 sayılı Kanununun 102.maddesinde, para cezalarının düzenlendiği kanundaki zamanaşımı hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda, Kabahatler Kanununun 21.maddesinde düzenlenen yerine getirme zamanaşımı sürelerinin idari para cezaları açısından

³⁴⁹ GÜÇLÜ, s.170.

³⁵⁰ ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.171.

³⁵¹ ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.172.

geçerli olacaktır. Ancak, 6183 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde takip ve tahsil edilecek idari para cezalarında 6183 sayılı Kanunun 103 ve 104. Maddelerinde düzenlenen tahsil zamanaşımı kesen haller ile tahsil zamanaşımının işlememesi halleri idari makamlarca dikkate alınacaktır³⁵².

BTK tarafından verilen idari yaptırım kararlarının yerine getirilmesinde Kabahatler Kanunu'nun 21.maddesindeki sürelerin dikkate alınması gerekmektedir. Zamanaşımına uğramış bir idari para cezasının tahsil edilmesi amacıyla ödeme emri tebliğ edilmesi halinde, 7 gün içerisinde vergi mahkemesine dava açarak idari para cezasının zamanaşımına uğradığı ileri sürülebilir³⁵³.

8. İdari Para Cezalarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar

İdari para cezalarının tahsilâtına ilişkin olarak benimsenen usul, EHK'nın 61. Maddesinde ve Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 39.maddesinde düzenlenmiştir³⁵⁴. Buna göre, idari para cezalarının tahsili 6183 sayılı Kanunu hükümlerine tabi olacaktır.

İdari para cezası ilgisine tebliğ edildikten itibaren otuz gün içerisinde BTK hesaplarına ödenmesi gerekir. Bu süre içerisinde ödenmez ise, BTK tarafından bildirilen vergi dairesince tahsil olunacaktır.

İdari para cezasının ilgililere tebliğ edilmesi üzerine 30 gün içerisinde bu cezanın ödenmesi halinde dörtte bir oranında cezada indirim yapılır. Aynı süre içerisinde BTK'ya başvuruda bulunularak cezanın taksitle ödenmesi istenebilir. Taksitle ödeme halinde, ilk taksitin peşin olmak üzere kalan taksitleri devam eden aylarda ve dört eşit taksit halinde ödenmesine karar verilebilir. Belirlenen zamanlarda taksitlerin ödenmemesi durumunda ise, cezanın kalan kısmının tamamının tahsili yoluna gidilir.

BTK tarafından verilen idari para cezalarının kesinleşmesi gerekmez. Kesinleşmeden de tahsili yoluna gidilebilir.

³⁵² GÜÇLÜ, s.178-179.

³⁵³ GÜÇLÜ, s.180.

³⁵⁴ Bilgi Teknolojileri Ve İletişim Kurumu Gelirlerinin Tarh, Tebligat, Tahakkuk, Tahsilât Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmeliği'nin "İdarî para cezalarının uygulanması ve tahsili" başlıklı 19.maddesinde de idari para cezalarının tahsilinin 6183 sayılı Kanunu hükümlerine tabi olacağı belirtilmektedir.

9. İdari Para Cezalarının Artması

Kabahatler Kanununun 17.maddesinin yedinci fıkrasında, nispi idari para cezaları dışında kalan idari para cezaların yeniden değerlendirme oranında artırım yapılacağı belirtilmiştir. Yani, sadece maktu ve alt ve üst sınırı belirli idari para cezalarında artırım söz konusu olabilecektir. Oransal olarak belirlenen cezalarda değer kaybetme riski bulunmadığından misli artırıma veya yeniden değerlendirme oranında artışa ihtiyaç bulunmamaktadır³⁵⁵.

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 40.maddesinde, elektronik haberleşme sektöründe EHK dışında uygulanan diğer kanunlarda öngörülen maktu veya alt ve üst sınırı belirlenmiş idari para cezalarının 5326 sayılı Kabahatler Kanununda belirlenen esaslar çerçevesinde arttırılarak uygulanacağı düzenlenmiştir. Elektronik haberleşme mevzuatında EHK, 5070 sayılı Kanun, 4703 sayılı Kanun ve 5651 sayılı Kanun ve bu kanunlara dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde düzenlenen idari para cezaların birçoğu oransal olarak belirlendiğinden yeniden değerlendirme oranında artış yapılmasına gerek yoktur. Ancak, bu kanunlar ve yönetmeliklerde sadece alt ve üst sınır sabit bir miktar belirlenmiş idari para cezaları da bulunduğundan bu cezalara Yaptırımlar Yönetmeliğinin 40.maddesinin yani Kabahatler Kanununun 17.maddesinin yedinci fıkrası hükmünün uygulanması gerekir³⁵⁶.

IV. İDARİ YAPTIRIMLARA HAKİM OLAN İLKELERİN SEKTÖRDE UYGULANAN YAPTIRIMLAR AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Kanunilik ilkesi

Hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir şartı olan kanunilik ilkesi, mevzuatımız açısından hukuki meşruiyetini öncelikle Anayasa'dan almaktadır. Suç ve cezanın kanuniliği ilkesi olarak bilinen bu ilke modern ceza hukukunun temel ilkelerinden biridir. İdari yaptırımların en önemli özelliklerinden biri yaptırımların kanunda düzenlenmesi ve bu kanuna dayanılarak uygulanabilmesi şeklinde belirtilen kanunilik ilkesidir. Kabahatler Kanununun "kanunilik ilkesi" başlıklı 4.maddesinde, kabahat olarak isimlendirilen yaptırımların kanunda tüm unsurlarıyla açık bir şekilde düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

³⁵⁵ GÜÇLÜ, s.128; ÖZCAN, Uygulanan Yaptırımlar, s.78

³⁵⁶ İdari para cezaların artması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GÜÇLÜ, s.129 vd.

Danıştay da birçok kararında kanunilik ilkesine dikkat çekmiştir. Danıştay bir kararında³⁵⁷, yaptırım uygulanan eylemin kanundaki tanıma uyması gerektiğini ifade etmiştir.

Kabahatler Kanunun yürürlüğe girmesinden önce verilen Danıştay'ın bir kararında³⁵⁸, kanunda düzenlenmeyen konularda ceza hükümlerinin kıyas yoluyla dahi uygulanmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir.

EHK'nın 60.maddesiyle, BTK'ya idari yaptırım uygulama yetkisi verilmesi, geniş takdir yetkisi tanınması ve ceza verilecek fiillerin çerçevesinin çizilmemiş olmasının kanunilik ilkesi yönünden değerlendirilmesi gerekmektedir. Danıştay, EHK'da düzenlenen hükmün ceza verilecek fiillerin çerçevesinin çizilmemiş olmasının Anayasa'ya aykırı olmadığını ve ceza verilecek fiillerin bütünüyle yönetmelikle belirlenmesinin de hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir³⁵⁹. *ULUSOY* da, kanunda genel bir çerçevenin belirlenmesiyle hiç belirlenmemesinin arasında pratikte bir fark olmadığını ifade etmektedir³⁶⁰. Bu kapsamda, BTK'nın mevzuat ihlallerini tamamını yönetmeliklerde belirlemesinin kanunilik ilkesini açısından sakınca doğurduğunu söyleyebiliriz.

Kanunilik ilkesi açısından dikkat edilecek bir diğer husus, idari yaptırım kararında hangi kanunun hangi maddesine dayanılarak yaptırım uygulandığının belirtilmesidir. İdari yaptırımın dayanağının gösterilmemesi, kanuni idare ilkesine

³⁵⁷ Danıştay 12. Dairesi, T.17.05.2016, E.2013/4, K.2016/2974, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), E.T:28.03.2018; Benzer karar için bkz. Danıştay 13. Dairesi, T. 4.7.2011, E. 2009/2719, K. 2011/3306, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), E.T:02.05.2018.

³⁵⁸ Danıştay 1. Dairesi, T.25.11.1998, E.1998/335, K.1998/357, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), E.T:28.03.2018.

³⁵⁹ Danıştay 13. Dairesi'nin 30.05.2012 tarihli ve 2008/12824 E., 2012/1351 K. sayılı kararı için bkz. *ULUSOY*, İdari Yaptırımlar, s.87.

³⁶⁰ “BTK kendi çıkardığı idari düzenlemelerle(yönetmelik, tebliğ vs.) ceza verilecek bu mevzuat ihlallerini daha ayrıntılı olarak somutlaştırmıştır. Ashında çok genel olan bu çerçevenin kanunla bu şekilde çizilmesiyle hiç çizilmemesi arasında pratikte fark yoktur. Çünkü zaten o alanda/ sektörde BTK tarafından hangi tür cezaların verilebileceği kanunla belirlendikten sonra, BTK'nın bu cezaları kanunla öngörülen ve kendi regüle ettiği sektördeki/alandaki mevzuat ihlallerine karşı uygulayabileceği ve başka alanlardaki/ sektörlerdeki mevzuat ihlalleri için ceza uygulama yetkisi bulunmayacağı doğaldır. Öte yandan idarenin genel düzenleme yetkisi uyarınca BTK, kanunla kendisine verilen cezalandırma yetkisini hangi somut durumlarda ve nasıl kullanacağını önceden objektif olarak idari düzenlemelerle zaten belirleyebilir. Hatta idari faaliyetlerde belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri uyarınca BTK'nın bu somutlaştırmaya hukuken yükümlü olduğu dahi söylenebilir.”, *ULUSOY*, İdari Yaptırımlar, s.87.

yani kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir³⁶¹. BTK kararlarına baktığımızda, uygulanan idari yaptırımın dayanağı olan kanun ve maddelerine yer verildiği görülmektedir.

2. Ölçülülük(Orantılılık) İlkesi

İşlenen fiilin haksızlık içeriği ile bu fiile karşı uygulanması öngörülen yaptırımın orantılı olmasına ölçülülük ilkesi denmektedir. Bu nedenle, ölçülülük ilkesi orantılılık ilkesi olarak da adlandırılmaktadır. Anayasanın 13.maddesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında ölçülülük ilkesine aykırılığı yasaklamaktadır. Bu ilke, TCK'nın 3.maddesinin birinci fıkrası da; *“Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur”* hükmü içerisinde yer bulmuştur.

Ölçülülük ilkesi sadece ceza hukukuna özgü bir ilke olmayıp, idare hukukunda da idari işlemin hukuka uygunluk kriterleri arasında sayılan bir ilkedir³⁶². İdari yaptırım kararları tesis edilirken bu ilkenin mutlaka göz önünde bulundurulması gerekir. İdarî yargı organı, yaptırım ile fiil arasında âdil bir dengenin bulunup bulunmadığını ve uygulanan idarî yaptırımın sebep-konu-maksat unsurları açısından denetlemesi gerekir³⁶³.

Anayasa Mahkemesi bir kararında³⁶⁴, kanun koyucunun bir fiile ceza tayin ederken takdir hakkının bulunduğunu, ancak bu takdir hakkının hukuk devleti ilkesi ile sınırlı olduğunu ve suç ve ceza arasındaki ağırlığın ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiğini ifade etmiştir.

Yine Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararında³⁶⁵, ölçülülük ilkesine aykırı bir idari para yaptırımı öngören kuralın, Anayasa'nın 2.maddesinde söz edilen hukuk devleti ilkesini ihlal ettiği belirtilmiştir.

³⁶¹ Danıştay, idarenin uyguladığı işlemde hangi kanun maddesine dayandığını belirtmemiş olmasını “kanunî idare” ilkesine aykırı bularak ilk derece mahkemesinin iptal kararını onamıştır: Danıştay 14. Dairesi, E.2011/16621, K: 2012/6548, Danıştay Dergisi, Sy.132, 2013, s. 287-289.

³⁶² ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s.125.

³⁶³ OĞURLU, Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 91.

³⁶⁴ Anayasa Mahkemesi, T.03.12.1992, E.1992/46, K.1992/52, (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>), E.T:28.03.2018.

³⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, T.23.03.2004, E.2001/119, K.2004/37, (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>), E.T:28.03.2018.

Elektronik haberleşme sektöründe uygulanacak olan cezaların büyük bir çoğunluğu üst sınırı belirlenmiş nitelikte cezalardır ve BTK'ya cezaların belirlenmesi konusunda geniş takdir yetkisi tanınmıştır. BTK'nın uygulayacağı cezayı belirlerken fiil ile yaptırım arasında adil bir denge kurması ve uygulanan yaptırımın ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturmadığına dikkate etmesi gerekir. Ayrıca, uygulanan idari para cezalarında hangi nedenlerle üst sınıra veya alt sınıra yaklaşılarak ceza verildiğinin belirtilmesi gerekir.

3. Savunma hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinde savunma hakkı adil yargılanma hakkı içerisinde düzenlenmiştir. Bu madde doğrultusunda, kişiye savunma hakkı tanınmaması durumunda adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş kabul edilecektir. AIHS hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, savunma hakkı ceza yaptırımları açısından sınırlanamayan mutlak bir hak niteliğindedir.

İdare hukuku mevzuatı açısından ise idari işlem veya idari yaptırım tesis edilmeden önce yaptırımın uygulanacağı tarafın savunmasının alınması veya dinlenmesine ilişkin genel bir kural bulunmamaktadır. Sadece disiplin hukukuna ilişkin düzenlemelerde, Anayasanın 129.maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde memur ve diğer kamu görevlilerine savunma hakkı tanınmıştır. Mevzuatta, idari yaptırım uygulanmadan önce savunma alınmasına ilişkin bir kural bulunmasa da, doktrinde savunma alınmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir³⁶⁶. Zira bu hak, evrensel bir hukuk ilkesi olup³⁶⁷, kanunda düzenlenmemiş de olsa uygulanması gerekir³⁶⁸.

İdari yaptırımlar açısından, düzenleyici ve denetleyici kurumların kendi kanunlarının bazılarında savunma hakkı düzenlenmiştir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu'nun 44.maddesinin son fıkrasında, savunma hakkı tanınmadan idari yaptırım uygulanamayacağı hüküm altına alınması buna örnek olarak gösterilebilir.

³⁶⁶ ÖZAY, s.133.

³⁶⁷ Anayasa Mahkemesi, T.14.07.1998, E.1997741, K.1998/47, (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>), E.T:28.03.2018.

³⁶⁸ KARABULUT, Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.39.

Elektronik haberleşme mevzuatı açısından ise, kanunlarda savunma alınmasına ilişkin açık bir hükme rastlanmamaktadır. Sadece, Denetim Yönetmeliği'nde savunma alınmasından bahsedilmektedir. Denetim Yönetmeliği'nin "İnceleme" başlıklı 11.maddesi ve "Soruşturma" başlıklı 12.maddesinde incelenen veya soruşturulan tarafın savunmasının alınması gerektiği belirtilmektedir. Yine Yönetmeliğin "sözlü savunma" başlıklı 13.maddesinde, denetlenen tarafa dinlenme hakkı tanınmıştır. Yönetmeliğin bu maddeleri çerçevesinde, inceleme veya soruşturma usulüne başvurularak denetlenen tarafa yazılı savunma hakkı tanınması, denetlenen tarafın dinlenme talebi bulunması halinde ise Kurul'un görüşü doğrultusunda dinlenilmesine izin verilmesi gerekmektedir.

Denetim Yönetmeliği'ne aykırı şekilde inceleme veya soruşturma usulünde denetlenen tarafa savunma hakkı tanınmadan idari yaptırım kararı uygulanması halinde tesis edilen işlem şekil unsuru yönünden hukuka aykırı olacaktır³⁶⁹.

4. Gerekçe İlkesi

Anayasa'nın 141.maddesinde, her türlü kararın gerekçeli olarak yazılacağı düzenlenmiştir. Anayasada güvence altına alınan mahkeme kararlarının gerekçeli olması kuralı hukukun genel ilkeleri arasında yer almaktadır. İdari işlem olarak kabul edilen idari yaptırımlar açısından ise, genel bir gerekçe yükümlülüğü kabul edilmemiştir. ÇAĞLAYAN, bir müeyyide olması sebebiyle, idari yaptırım niteliğindeki işlemlerin gerekçesinin metinde gösterilmesi gerektiğini, aksi takdirde savunma ve kanun yollarına gitme konusunda ilgilinin sorun yaşayacağını ifade etmektedir³⁷⁰.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların kendi kanunlarının bazılarında, idari yaptırımların gerekçeli olması konusunda düzenlemeler bulunmaktadır. Rekabetin

³⁶⁹ Danıştay 13. Dairesi, T.17.05.2005, E.2005/1796, K.2005/2556; "2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 47/A maddesinin ikinci fıkrasında savunma hakkıyla ilgili açık bir hükme yer verildiği, bu hakkın kullanılmış sayılabilmesi için ilgilinin kusurlu eylemi, ihlâl etmiş olduğu ve ceza verilecek mevzuat hükmünün açık bir şekilde gösterilerek savunmasının istenilmesi gerektiği, olayda ise, davacıdan 25.12.2002 tarihli yazıyla denetleme raporunda belirlenen tespitlerle ilgili açıklama istenildiği, ancak bireysel olarak ceza verilmesine neden olabilecek kusurlu eylemi ve ihlâl ettiği mevzuat hükmü açık bir şekilde yazılmak suretiyle savunma istenilmediği, davacının da savunma olarak nitelendirilemeyecek bir açıklama gönderdiği belirtilerek, savunma hakkı kullanılmadan ceza verilmesine ilişkin dava konusu işlemin şekil yönünden iptaline karar verilmiştir.", (Yayımlanmamış Karar).

³⁷⁰ ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar, s.48.

Korunması Hakkında Kanun'un 52.maddesinde, idari yaptırım kararlarında gerekçe ve kararın dayanağının belirtileceği hükmü buna örnek gösterilebilir.

Elektronik haberleşme mevzuatında ise, idari yaptırımların gerekçeli olması gerektiğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. EHK'nın 6.maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde, işletmeciler ile tüketicileri ilgilendiren kararların gerekçelerini kamuoyuna açık tutmak BTK'nın görevleri arasında sayılmıştır. Bu hüküm doğrultusunda, Kurul tarafından uygulanan idari yaptırım kararlarının gerekçeli olarak kamuoyuna açık tutulması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır³⁷¹. Her ne kadar idari yaptırımların gerekçeli olması konusunda açık bir hüküm bulunmasa da, bu hüküm dolaylı olarak idari yaptırım kararlarının gerekçeli olmasını gerektiğini göstermektedir. Zira gerekçe, yaptırımın hukuka uygun olup olmadığını değerlendirmeye olanak sağlayacağı gibi, idari yaptırıma karşı yargı organına başvurup başvurumama konusunda yaptırım uygulanan kişiye yol gösterecektir.

5. İhlal ile Cezanın Kesinleşmesi Arasındaki Süreçteki Değişikliklerde Lehe Kanun'un Uygulanması

Suç teşkil eden fiilin işlenmesi ile cezanın hukuki anlamda kesinleşmesi arasındaki süreçte o suç ve/veya cezaya ilişkin olarak mevzuat değişikliği olması durumunda ve sonraki değişiklik suçlananın lehine sise bu değişiklik o kişiye uygulanır; aleyhine ise sonraki değişiklik değil, önceki mevzuat hükümlerinin uygulanmaya devam edilir. Yani önceki ve sonraki mevzuattan hangisi lehe ise o mevzuat hükümleri uygulanır. Evrensel bazda kabul gören ve hukukun genel ilkelerinden biri olan bu ilke sadece adli cezalara değil, idari para cezalarına da uygulanır³⁷².

Danıştay kararlarında da, bu ilkenin tüm idari para cezaları açısından uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.

Danıştay İDDK bir kararında³⁷³, petrol piyasasında bayilik lisansı sahiplerinin aynı zamanda taşıma lisansı almalarının zorunlu olduğu dönemde bu lisansı almadan taşımacılık yapanlar için verilen idari para cezalarına karşı açılan davalar

³⁷¹ ÖZCAN, Uygulanan Yaptırımlar, s.138.

³⁷² ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s.71.

³⁷³ Danıştay İDDK'nın 05.12.2012 tarihli ve 2009/1480 E. Sayılı kararı için bkz. ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s.71.

kesinleşmeden yeni kanun değişikliği ile bunlar için taşıma lisans alma zorunluluğunun kaldırılması üzerine, önceli kanun zamanında verilen cezanın uygulanamayacağına ve bu cezaların hukuka aykırı hale geldiğini belirtmiştir.

Danıştay başka bir kararında³⁷⁴; lehe uygulamanın idari para cezalarında da geçerli bir ilke olduğunu vurgulamıştır.

Yine başka bir kararda³⁷⁵, turizm işletme belgesinin iptali yerine idari para cezası yaptırımı öngören kanun değişikliğinin kişi lehine uygulanması suretiyle karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Memur disiplin hukuku açısından da lehe olan değişikliklerin uygulanacağı kabul edilmektedir³⁷⁶

ÇAĞLAYAN, ceza hukukunda uygulanan lehe uygulamanın idari yaptırımlar açısından da uygulanması gerektiğini ifade etmektedir³⁷⁷. *ULUSOY* ise, ikili bir ayırım yaparak idari para cezaları açısından lehe uygulamanın mümkün olduğu, idari para cezaları dışında idari yaptırımlara(idari tedbirler) uygulanma zorunluluğunun bulunmadığını belirtmektedir³⁷⁸. Kanaatimizce, idari yaptırımlar alanında geçmişe uygulama yasağının ve lehe uygulama kuralının uygulanması gerekmektedir. Zira, idari yaptırımlar da ceza hukuku yaptırımlarının olduğu gibi cezalandırıcı bir yönü bulunmakta ve kişiler açısından ağır sonuçları söz konusu olabilmektedir.

Ancak, “lehe uygulama” idari yaptırımın kesinleşmesi aşamasına kadar geçerli olacağı kabul edilmektedir. İdari yaptırım kesinleşmesinden sonra yapılan mevzuat değişiklikleri nedeniyle “lehe uygulama” mümkün olmayacaktır.

BTK tarafından uygulanan bir idari yaptırımın kesinleşmesinden önce, lehe mevzuat değişikliği yapılması durumunda, bu değişikliğin uygulanması gerekecektir. Danıştay bir kararında³⁷⁹, BTK tarafından katkı payı yükümlülüklerini yerine getirmeme nedeniyle uygulanan idari para cezasında, dava aşamasında gelen ve para

³⁷⁴ Danıştay İDDK, T.21.12.2006, E.2003/663, K.2006/2441; Danıştay 15. Dairesi, T.27.10.2015, E.2011/13892 K.2015/6729; Danıştay 15. Dairesi, T.9.3.2017, E.2016/2471, K.2017/1119, kararlar için bkz. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), E.T:28.03.2018.

³⁷⁵ Danıştay 6. Dairesi, T.14.05.2004, E.2003/176, K.2004/3061; aynı yönde karar için bkz. Danıştay 6. Dairesi, T.10.04.2009, E.2007/3926, K.2009/3902, (www.lexpera.com/icthit), E.T:11.03.2018.

³⁷⁶ Danıştay 12. Dairesi, T.19.02.2015, E.2011/289, K.2015/507; Danıştay 8. Dairesi, T.3.2.2015, E.2011/3672, K.2015/354, kararlar için bkz. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), E.T:28.03.2018.

³⁷⁷ *ÇAĞLAYAN*, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.46.

³⁷⁸ *ULUSOY*, İdari Yaptırımlar, s.71.

³⁷⁹ Danıştay 13. Dairesi, T.30.04.2010, E.2007/9701, K.2010/3669, (Yayımlanmamış Karar).

cezasını indiren mevzuat değişikliğinin verilen cezayı hukuka aykırı kılacağına ve iptalini gerektireceğine karar vermiştir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İDARİ YAPTIRIMLARIN

YARGISAL DENETİMİ

İdarenin yargı denetimine tabi tutulması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Yargı denetimi sayesinde, idarenin hukuka bağlı olup olmadığı etkin ve nesnel bir şekilde yapılmaktadır³⁸⁰. Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu açıkça belirtilmiştir. Yine Anayasa'nın 125.maddesinde, idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolu açık olduğu belirtilerek idari yargı denetiminin sınırları düzenlenmiştir. Ayrıca idareye kendi işlem veya eylemlerinden doğan zararı tazmin etme yükümlülüğü yüklenmiş, bu suretle idarenin işlem veya eylemleri nedeniyle ortaya çıkan hukuka aykırılığın tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.

İdarenin yargısal denetimi için Danıştay Kanunu³⁸¹, Bölge İdare Mahkemeleri İdare Mahkemeleri Ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu Ve Görevleri Hakkında Kanunu³⁸², İdari Yargılama Usulü Kanunu çıkarılmıştır. Bu kanunlarda, idarenin yargısal denetiminin nasıl yapılacağı düzenlenmektedir.

İdare, tüm işlem ve eylemlerinde hukuka uygun davranmak zorundadır. Kişilerin de idari düzeni ihlal edici davranışlarda bulunmaktan kaçınması gerekir. Aksi takdirde, idare tarafından idari düzeni ihlal edici davranışlar nedeniyle idari yaptırım uygulanacaktır. İdarenin bu yaptırımını uygularken hukuk dışına çıkması durumunda ise, yargı yoluyla uygulanan yaptırımlarla(iptal davası, tam yargı davası) karşılaşmaktadır³⁸³.

Hukukumuzda, idari yaptırım kararlarına karşı, yargısal denetimde hangi yargı kolunun görevli olacağı tartışılmıştır. Özellikle KK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, idari yaptırımlara karşı hangi mahkemede dava açılacağı konusunda duraksamalar yaşanmıştır.

³⁸⁰ GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.3.

³⁸¹ 20.01.1982 tarihli ve 17580 sayılı RG.

³⁸² 20.01.1982 tarihli ve 17580 sayılı RG.

³⁸³ ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar, s.67.

İdari yaptırım, idari makam ve merciler tarafından tesis edilen idari işlem niteliğindeki bir karardır³⁸⁴. İdari işlem niteliğinde olduğundan bunlara karşı gidilecek yargı yolunun da idari yargı olduğu, adli yargı yolunun ise istisnai olarak öngörülebileceği belirtilmektedir³⁸⁵. İdari yaptırımların idari işlem niteliğinde olmalarından dolayı adli yargı tarafından denetlenmesi halinde inceleme yöntemi ve usulü itibariyle eksik bir denetleme yapılmış olacaktır. Bu sebeple, idari yaptırımların idari yargı tarafından denetlenmesi gerektiği görüşünü savunmaktayız.

Elektronik haberleşme sektöründe uygulanan idari yaptırımların büyük bir kısmının yargısal denetimi idari yargı organları tarafından gerçekleştirilirken, istisnai durumlarda adli yargı organları tarafından da yargısal denetim yapılmaktadır. Çalışmamızda, ilk olarak idari yargı organları tarafından yargısal denetimin nasıl yapıldığı incelenecek, akabinde ise adli yargı organlarının yargısal denetimi üzerinde durulacaktır.

I. UYGULANAN İDARİ YAPTIRIMLARIN İDARİ YARGI TARAFINDAN DENETİMİ

İdari yaptırımların hukuka uygunluğunun denetimi için idari mercilerde tam yargı veya iptal davası açılabilir. İptal davası, idarenin hukuka aykırı tasarruflarını ortadan kaldırarak idarenin hukuka bağlılığını ve bu yolla hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesini sağlayan bir dava türüdür. Hukuka aykırı, kesin ve yürütülebilir bir idari yaptırıma karşı, menfaati ihlal edilenler tarafından, idari yargı yerlerinde açılan iptal davalarında, işlem unsurlarına ayrılarak incelenmekte ve beş unsur yönünden her birinin hukuka uygun olması aranmaktadır³⁸⁶.

Tam yargı davaları ise, subjektif hakkı ihlal edilen kişi tarafından, ihlal edilen hakkın yerine getirilmesi veya uğradığı zararın giderilmesi istemiyle açılan bir davadır³⁸⁷.

³⁸⁴ ÖZAY, s.137-138; ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.71-72; OĞURLU, s.127

³⁸⁵ ÖZAY, s.140; OĞURLU, s.133.

³⁸⁶ GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.263-264; GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, B.34, Ankara 2016, s.400; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, B.6, Ankara 2015, s.377; KALABALIK, Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Sayram Yayınevi, B.7, Konya 2015, s.149.

³⁸⁷ GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.614; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s.529.

İdari yargıda davalar, iki aşamada karara bağlanmaktadır. Biri, ön şartlar açısından incelenmesi, diğeri de uyuşmazlığın esasının karara bağlanmasıdır. Bir davanın esasının incelenmesi için, açılan davanın ön şartlar aşamasını geçmesi yani ilk incelemenin kabul edilmesi gerekir. İlk incelemede önşartlar yönünden dava reddedilirse, davanın esasının incelenmesine geçilmez³⁸⁸. İptal davasının önşartları İYUK'un 14.maddesinin üçüncü fıkrasında sayılmıştır.

Davanın ön şartlarında herhangi bir eksiklik bulunmaz ise, uyuşmazlığın esasına girilecek ve burada da idari yaptırımın hukuka uygun olup olmadığı denetlenecektir. İdari yaptırım kararı idari işlem niteliğinde olduğundan hukuka uygun olup olmadığı idari işlemin unsurları üzerinden yapılacak denetim ile belirlenecektir.

Bu doğrultuda çalışmamızda, davanın ön şartlarını “Davanın Ön şartlarına İlişkin Denetim” başlığında, esasına ilişkin denetim ise “İdari İşlemin Unsurları Yönünden Denetimi” başlığı altında incelenecektir.

1. Davanın Ön Şartlarına İlişkin Denetim

1.1. Görevli Mahkeme

Görev, davanın hangi yargı düzeninde görüleceği ve yargı düzeninde hangi mahkeme nezdinde karar verileceğini ifade etmektedir³⁸⁹. Genel olarak, idari yaptırımlara karşı açılacak davalarda idari yargı yerlerinin görevli olduğu, istisnai olarak da kanunda açıkça öngörülmesi halinde idari yaptırımlara karşı adli yargı yerlerinde dava açılmasının mümkün olduğu yukarıda ifade edilmişti.

Hukuk Muhakemeleri Kanun'unda³⁹⁰ göreve ilişkin kuralların kamu düzeninden olduğu açıkça belirtildiğinden davanın her aşamasında taraflar görevsizlik itirazında bulunabileceği gibi, mahkeme de re'sen görevsizlik kararı verebilir. İdari yargıda da, görev konusu kamu düzeninden kabul edilmektedir. Nitekim, İYUK'un 49.maddesine göre, görevsiz bir mahkemenin davaya bakmış olması temyiz sebebidir³⁹¹.

³⁸⁸ KALABALIK, s.152.

³⁸⁹ OĞURLU, s.131; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s.246.

³⁹⁰ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı RG.

³⁹¹ ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s.246.

İdari yargı alanında görevli yargı yerleri Danıştay, idare mahkemeleri ve vergi mahkemeleridir. İdare mahkemeleri idari yargı alanında genel görevli mahkemeler olarak kabul edilmektedir. Bunun dışında, Danıştay ve vergi mahkemeleri özel görevli mahkemeler arasında yer almaktadır.

İdari yargıda görevli mahkemeyi belirlerken öncelikle, konunun özel görevli mahkemenin görevine girip girmediği bakılması gerekir. Özel görevli mahkemenin görevi içine girmeyen konularda davalar genel görevli idare mahkemelerinde açılmaktadır³⁹².

EHK'nın "Dava hakkı" başlıklı 62.maddesinde idari yaptırımlara karşı hangi mahkemede dava açılabileceği açıkça düzenlenmiştir. Anılan maddede, idari yaptırımlara karşı genel görevli olan idare mahkemesinde dava açılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile BTK'nın idari yaptırım niteliğinde olan kararlarına karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme idare mahkemesidir.

EHK'nın 62.maddesi, 6352 Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde Kurum'un sektörle ilgili işlemlerine karşı açılacak davaları Danıştay'da görüleceği belirtilmekteydi. Kanun maddesinde yer verilen "*sektörle ilgili işlem*" kavramı çok tartışılmış, idari yaptırımların hangi mahkemede dava açılacağı konusunda duraksamalar yaşanmıştır³⁹³. Danıştay bu dönemde verdiği bir kararında³⁹⁴, Kurum'un sektörle ilgili işlemlerine karşı Danıştay'da dava açılacağını belirtmiştir.

EHK'nın 62.maddesinin 05.07.2012 tarihinde yapılan değişiklikle BTK'nın işlemlerine karşı hangi mahkemede dava açılacağı konusu netlik kazanmıştır.

Nitekim, Danıştay'ın bu konuyla ilgili yakın tarihte vermiş olduğu bir kararda³⁹⁵, BTK'nın ülke çapında uygulanan düzenleyici işlemleri dışındaki kararlarına(idari yaptırım kararlarına) karşı BTK'nın bulunduğu yerdeki idare mahkemesinde dava açılacağı ifade edilmiştir.

³⁹² GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.739.

³⁹³ ÖZELÇİ, s.233 vd.

³⁹⁴ Danıştay13. Dairesi, T.29.3.2010, E.2009/2335, K.2010/2589, Karar için bkz.(<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), E.T:28.03.2018.

³⁹⁵ Danıştay 13. Dairesi, T.10.03.2017, E.2016/4420, K.2017/609, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>), E.T:28.03.2018.

BTK'nın hangi işlemlerinin düzenleyici işlem olarak kabul edildiğinin de üzerinde durulması gerekmektedir. Danıştay bir kararında³⁹⁶, işletmecilerin IP seviyesinde veri akış erişimi ücretlendirilmesinde değişiklik yapılması istemli başvurulara ilişkin BTK tarafından tesis edilen işlemin düzenleyici işlem mahiyetinde bulunmadığını belirtilerek Danıştay'ın görevli olmadığına karar verilmiştir.

BTK'nın tarifeleri düzenlemesi düzenleyici işleme örnek olarak gösterilebilir. Aynı zamanda, bu tarifenin ülke genelinde uygulanması halinde özel yetki kuralı gereğince açılacak olan dava Danıştay'da görülecektir³⁹⁷.

EHK'nın 62.maddesi hükmü gereğince, bu kanun kapsamında uygulanan idari yaptırımlara karşı idari yargı mercii görevlidir. Ancak bu kanun dışında, Elektronik İmza Kanun'unda, İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da ve Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun'unda düzenlenen idari para cezaları açısından aynı durum söz konusu değildir.

Elektronik İmza Kanun'unda idari yaptırımlara karşı başvuru yolu gösterilmediğinden KK'nın hükümleri uyarınca adli yargı görevli olacaktır. Nitekim, Uyuşmazlık Mahkemesi yakın tarihli bir kararında³⁹⁸, BTK'nın Elektronik İmza Kanunu kapsamında uygulamış olduğu idari para cezalarına ilişkin yargılamanın adli yargıda görülmesi gerektiğine karar vermiştir. Aynı şekilde, Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun kapsamında uygulanan idari yaptırımlarda da adli yargı görevlidir³⁹⁹.

5651 sayılı Kanun kapsamında uygulanan idari yaptırımlar açısından ise ikili bir ayrıma gidilmesi gerekir. Anılan kanunun 8.maddesi gereğince, BTK tarafından

³⁹⁶ Danıştay 13. Dairesi, T.03.08.2015, E.2015/3585, K.2015/2833, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), E.T:28.03.2018.

³⁹⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T.22.12.2016, E.2014/4701, K.2016/3647, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>), E.T:28.03.2018.

³⁹⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, T.13.10.2014, E.2014/880, K.2014/927, (<http://www.uysmazlik.gov.tr/uysmazlik-mahkemesi-kararlari>), E.T:28.03.2018.

³⁹⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, T.05.07.2010, E.2010/132, K.2010/174; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, T.07.12.2009, E.2009/122, K.2009/294, kararlar için bkz.(<http://www.uysmazlik.gov.tr/uysmazlik-mahkemesi-kararlari>), E.T:28.03.2018.

uygulanan idari para cezalarında idari yargı görevli iken, diğer makamlar(mülki idare amir) tarafından uygulanan idari para cezalarında adli yargı görevli olacaktır.

1.2. Yetkili Mahkeme

Yetki sorunu, aynı türden mahkemeler arasında ortaya çıkan, davanın coğrafi yönden nerede görüleceğini çözümleyen bir kavramdır. İdari yargıda yetki, kamu düzenine ilişkin olduğundan taraflar anlaşma yoluyla yetkili mahkemeyi belirleyemezler ve yargılamanın her aşamasında yetki itirazında bulunulabilir⁴⁰⁰.

Yetkiye ilişkin özel ve genel kurallar, İYUK'un 32. vd. maddelerinde düzenlenmiştir. İYUK'un 32.maddesine göre, İYUK veya özel bir kanunda yetkili mahkeme gösterilmemiş ise, yetkili mahkeme uyuşmazlık konusu "*idari işlem veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi*"dir. Bu kural, genel yetki kuralıdır ve özel yetki kuralı bulunmayan hallerde geçerli olacaktır.

Elektronik Haberleşme Kanun'unda veya sektörde uygulanan diğer kanunlarda yetkili mahkeme öngörülmediğinden İYUK'un genel yetki kuralının uygulanması gerekir. İYUK'un genel yetki kuralı uyarınca, dava konusu idari işlemi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi yetkilidir. Tam yargı davalarında ise zararı doğuran hukuki uyuşmazlığı çözümlenmeye yetkili idare mahkemesinde uyuşmazlık çözümlenecektir. Bu kurallar doğrultusunda, BTK'nın uyguladığı idari yaptırımlara karşı açılacak iptal veya tam yargı davaları Ankara İdare Mahkemeleri'nde görülecektir.

Yurt genelinde uygulanacak bir düzenleyici işlem dava konusu edildiğinde görevli ve yetkili mahkeme Danıştay Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi olarak Danıştay olacaktır. Yetkili mahkeme, İYUK'da açık bir şekilde düzenlendiğinden uygulamada görev konusu kadar uyuşmazlık yaşanmamaktadır⁴⁰¹.

1.3. İdari Merci Tecavüzü

Dava açılmadan önce idari bir kuruluşa başvurulması kanunda öngörülmüş ise, bu başvuru yerine getirilmeden dava açılmasına idari merci tecavüzü

⁴⁰⁰ GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.756; OĞURLU, s.129.

⁴⁰¹ OĞURLU, s.129.

denmektedir⁴⁰². İdari işlemin iptal davasına konu olabilmesi için kanunlarda öngörülmüş olan idari başvuru yollarının tüketilerek işlemin kesinlik kazanması gerekir. Hukukumuzda, idari işlemler tamamlanmasıyla birlikte kesinleşmektedir. Ancak, istisnai olarak bazı idari işlemlere karşı zorunlu idari başvuru yolu kanunda öngörülmüş olabilir⁴⁰³. Zorunlu başvuru yolunun öngörüldüğü durumlarda, bu yolların tüketilmesi üzerine sonuç alınmadığı takdirde iptal davası açılabilir. Zorunlu başvuru yolu tüketilmeden iptal davası açılması halinde ise, idari merci tecavüzü ortaya çıkmaktadır. Görevli yargı organı tarafından idari merci tecavüzüne karar verilmesi halinde dava dilekçesinin, idari başvuruyu inceleyip karara bağlayacak olan idari mercie gönderilmesine karar verilir(İYUK m.15/1-e). İdari yargı organına başvuru tarihi, idari mercie başvuru tarihi olarak kabul edilir(İYUK m.15/2).

Danıştay idari başvuru süresinin hak düşürücü süre olduğunu kabul etmektedir⁴⁰⁴. Bu sürenin hak düşürücü süre olduğunun kabul edilmesi halinde, başvuru süresi geçirilerek dava açılması halinde davanın reddine karar verilecektir⁴⁰⁵. ÇAĞLAYAN, idari başvuruyu olayın idare içinde tekrar gözden geçirilmesine yönelik bir durum olarak kabul ederek hak düşürücü süre olmaması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁰⁶.

İdari işlemin kesinleşmesini sağlayan idari başvuru yolu ile İYUK'un 11.maddesinde öngörülen "üst makamlara başvuru" usulünün karıştırılmaması gerekmektedir. Üst makamlara başvuru usulü ilgililerin isteğine bağlı bulunduğu halde, idari başvuru yoluna başvurulması zorunludur. Zorunlu idari başvuru yolunda, öngörülen mercie başvurulmadıkça uyuşmazlık idari yargı organı önüne getirilemez. İdari merci tecavüzü, sadece idari işlemlerle ilgili olmayıp, idari eylemlerden doğan tam yargı davalarında da söz konusu olabilir.

Elektronik Haberleşme Kanun'unda veya sektörde uygulanan diğer kanunlarda idari yaptırım kararlarına karşı zorunlu bir başvuru yolu

⁴⁰² ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s.260.

⁴⁰³ Örneğin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre itirazın şikâyet, dava açılması öncesinde kullanılması zorunlu bir başvuru yoludur(m.56/6).

⁴⁰⁴ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, T.21.11.1970, E.1969/11, K.1970/30; benzer kararlar için bkz. GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.318.

⁴⁰⁵ Bkz. GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.322.

⁴⁰⁶ ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s.261.

düzenlenmemiştir. Bu sebeple, idari yaptırım kararlarına karşı açılacak iptal davalarında idari yargı organlarının idari merci tecavüzü kararı verme ihtimali bulunmamaktadır. Ancak, İYUK'un 11.maddesi uyarınca idari işlem veya eylemlerin geri alınması, değiştirilmesi veya kaldırılması talebiyle Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurul'una başvurulması mümkündür. Ayrıca, Kurul'a idari işlem veya eylem tesis etmesi istemiyle İYUK'un 10.maddesi kapsamında başvuruda bulunulabilir.

Tam yargı davaları açısından ise, İYUK'un 13.maddesi kapsamında zararın tazmini amacıyla BTK'ya başvuruda bulunulması ve ön karar alınması gerekmektedir.

1.4. Ehliyet

İdare hukukunda dava açabilmek için, taraf ve dava ehliyetine sahip olmak gerekir⁴⁰⁷. İYUK'un 14.maddesinin üçüncü fıkrasında, ilk incelemede üçüncü bakılacak husus "ehliyet" konusudur. İYUK'un 15.maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre, davacının dava ve taraf ehliyeti eksikliğinin yargı mercii davayı ehliyet yönünden reddedecektir.

Davada taraf ehliyeti ve dava ehliyeti açısından, idari davaların ayrı bir özelliği bulunmamakta olup⁴⁰⁸, ehliyete ilişkin uyuşmazlıklarda hukuk yargılama kurallarına bakılması gerekmektedir. İYUK'un 31.maddesinde ehliyete ilişkin uyuşmazlıkların 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre çözümleneceği belirtilmektedir.

İdari yargılama hukukunda, taraf ve dava ehliyetine sahip olmak dışında, sübjektif ehliyet şartlarına sahip olmak gerekir. Bu sübjektif ehliyet şartları, tam yargı davalarında ise "hak ihlali" şartı, iptal davalarında "menfaat ihlali" şartıdır⁴⁰⁹.

İptal davası açılabilmesi için idarî işlem nedeniyle ilgilinin menfaatinin etkilenmiş olması, etkilenen menfaatin somut, güncel ve meşru bir menfaat olması,

⁴⁰⁷ GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.772; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s.263; GÖZLER-KAPLAN, s.831.

⁴⁰⁸ GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.772.

⁴⁰⁹ GÖZLER-KAPLAN, s.831; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s.266; TEZCAN, Durmuş, İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İzmir 2001, s.315.

iptali istenen işlem ile davacı arasında makul ve ciddi bir ilginin bulunması gerekir⁴¹⁰.

İYUK'un 2.maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre, tam yargı davası açılabilmesi için "hak ihlali" şartının gerçekleşmiş olması gerekir. Davacının bir idari işlem ya da eylemden zarar görmesi, sözleşmeye aykırılık nedeniyle zarar görmesi gibi durumlar birer hak ihlalidir⁴¹¹.

Bu açıklamalar çerçevesinde, elektronik haberleşme sektöründe uygulanan idari yaptırımlara karşı, yaptırım uygulanan gerçek veya tüzel kişinin menfaati ihlal edildiğinden dava açabilecektir. Ancak, her somut olayın özelliğine göre menfaat ihlalinin bulunup bulunmadığı incelenecek, menfaatin ihlal edilmediği anlaşılması durumunda dava ehliyet yönünde reddedilecektir. Uygulanan yaptırımlar nedeniyle açılacak olan tam yargı davalarında da aynı şekilde değerlendirme yapılacaktır. Danıştay, BTK'nın düzenleyici işlemlerine karşı sektörde faaliyet gösteren işletmeciler dışında bu işletmecilerin kurduğu derneklerin de dava açabileceğini kabul etmektedir⁴¹².

1.5. Kesin ve Yürütülmesi Gerekli Bir İşlemin Varlığı

İdarenin her işleminin iptal davasına konu edilmesi mümkün değildir. İdarenin işleminin aynı zamanda kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olması gerekir. Aksi takdirde, davanın reddine karar verilecektir.

"*Yürütülmesi gerekli işlem*" kavramı, işlemin ilgilinin hukuksal durumunda değişiklik yapması şeklinde tanımlanmaktadır⁴¹³. Bu kavram, icrai ya da etkili işlem olarak da ifade edilmektedir. İdari işlemin kesin olması ise, o işlemin tamamlanmış

⁴¹⁰ Danıştay 13. Dairesi, T.19.4.2017, E.2017/829, K.2017/1066; Danıştay 6. Dairesi, T.12.4.2017, E.2016/13907, K.2017/2515; Danıştay 2. Dairesi, T.6.4.2017, E.2016/3910, K.2017/2820; Danıştay 6. Dairesi, T.14.3.2017, E.2016/5327 K. 2017/1813, kararlar için bkz. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>), E.T:28.03.2018.

⁴¹¹ ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s.267.

⁴¹² Danıştay 13. Dairesi, T.20.12.2011, E.2009/4562, K.2011/5910; Danıştay 13. Dairesi, T.23.06.2009, E.2007/1056, K.2009/7041, (Yayımlanmamış Karar).

⁴¹³ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s.403.

olması, diğ er bir ifadeyle ö ngörülen tüm aşamalardan geçerek ortaya çı kmış olması gerekir⁴¹⁴.

Kişilerin hukukunu etkilemeyen, idarenin etkisiz işlemleri, görüş belirten kararları, danışma kararları, iç yönetim kararları, hazırlık çalışmaları iptal davasına konu teşkil etmez⁴¹⁵. Bu tür işlemler, ilgilinin hukuksal durumunda değ işklik yapmayan işlemlerdir. Yetkilendirme türlerinden biri olan sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi usulünde işletmecinin belirlenmesi amacıyla yapılacak ihale sürecinde BTK'nın yapmış oldu ğu işlemler hazırlık işlemi olduklarından iptal davasına konu edilmesi mümkün değildir. Yine, RK'nın elektronik haberleşme sektörüne ilişkin yapacağı soruşturma veya inceleme ö ncesinde BTK'dan istediğ i görüş de kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığından tek başına iptal davasına konu edilemez.

BTK'nın uyguladı ğı idari yaptırım kararları ise kesin ve yürütülebilir bir işlem olduğundan iptal davasına konu edilebilir. Ancak, BTK'nın idari işlemleri kesin ve yürütülebilir işlem niteliğ inde olmadığı takdirde dava konusu edilmesi mümkün değildir. Örneğ in, BTK'nın Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 63.maddesi kapsamındaki fiilleri işleyen kişiler hakkında Cumhuriyet Savcılığ ı'na suç duyurusunda bulunma işlemleri bunlardan biridir⁴¹⁶.

İdari yaptırımlar, ilgililere bildirilmesiyle birlikte hukuki sonuç doğurmaktadır. Bir olayda, BTK tarafından uygulanan idari yaptırımın bildirim işlemine karşı açılan davada, bildirim işleminin kesin ve yürütülebilir olmadığından hareketle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiş ve uyuşmazlık Danıştay'ın önüne gelmiştir. Danıştay, “...dava dilekçesindeki talep sonucu bölümünün incelenmesinden, davacının 11.06.2010 tarih ve 17865 sayılı işlem ile şirket hakkında uygulanan idari para cezasının iptalini istediğ i, davacının dava açma iradesinin idari para cezasının iptaline yöneldiğinin açık oldu ğu, bu çerçevede bildirim işlemi ile eki idari para cezası verilmesine ilişkin işlemin hukuken birbirinden ayrılamaz işlemler oldu ğu, nitekim idari para cezası karar tutanağ ı

⁴¹⁴ **KALABALIK**, s.156-157; **YILMAZ**, Dilşat, İdari İşlemin İcrailik Özelliğ i, Astana Yayınları, Ankara 2014, s.80-81.

⁴¹⁵ **ÇAĞLAYAN**, İdari Yargılama Hukuku, s.271.

⁴¹⁶ Yetkilendirme olmaksızın elektronik haberleşme sunması nedeniyle bir işletmeci hakkında suç duyurusunda bulunulması örnek gösterilebilir(bkz. BTK'nın 03.01.2013 tarihli ve 2013/DK-SDD/9 sayılı kararı).

başlıklı 2010/DK-08/262 sayılı Kurul kararı içeriğinin aynen 17865 sayılı işlem içeriğinde de tekrarlandığı hususları göz önüne alındığında, davacının dava açma iradesinin kendisine verilen idari para cezasının iptali istemi olarak değerlendirilmesi, söz konusu idari para cezasının ise 17865 sayılı işlem ve bu işlemin eki niteliğindeki 2010/DK-08/262 sayılı Kurul kararıyla hukuk aleminde varlık kazandığı ve bu iki işlemin birbirine mündemiç olduğu (diğer davanın bakılan davadan daha sonra açıldığı da göz önüne alındığında) açık olup, 17865 sayılı işlemin bildirim işlemi kabul edilerek kesin ve yürütülebilir olmadığından hareketle davanın incelenmeksizin reddine ilişkin söz konusu kısmında usul hükümlerine uygunluk bulunmamıştır...” şeklinde belirterek, bildirim işleminin dayanağı olan idari yaptırım kararıyla ayrılmaz bir bütün oluşturduğu değerlendirilerek incelenmeksizin reddine ilişkin kararın bozulmasına karar vermiştir⁴¹⁷. Bu kararda, Danıştay geniş bir yorum yaparak davacının talebinin idari yaptırımın iptali olduğu gerekçesiyle bildirim işlemine karşı açılan davada yaptırımın iptaline ilişkin bir değerlendirme yapılması gerektiği vurgulanmıştır.

1.6. Süre

İYUK’un 7. vd. maddelerinde dava açma süresine ilişkin kurallara yer verilmiştir. İptal davaları, Danıştay ve idare mahkemelerinde altmış gün ve vergi mahkemelerinde otuz günde açılması gerekir⁴¹⁸. İYUK’un 14.maddesinin üçüncü fıkrasının (e) bendine göre, ilk incelemede açılan davada süre aşımı olup olmadığı değerlendirilecektir. Açılan davanın süresinde olmadığı tespit edilirse davanın süre yönünden reddine karar verilecektir. Dava açma süresi de kamu düzeni ile ilgili olduğundan mahkeme davanın süresinde olup olmadığı her aşamada değerlendirecek ve ilgililer de her zaman davanın süresinde bulunmadığını ileri sürebileceklerdir⁴¹⁹.

Elektronik Haberleşme Kanunu’nda BTK’nın uyguladığı idari yaptırımlarına karşı ayrı bir süre öngörülmediğinden iptal davaları bakımından 60 günlük genel dava açma süresi geçerli olacaktır.

⁴¹⁷ Danıştay 13. Dairesi, T.19.02.2015, E.2012/2681, K.2015/678, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>), E.T:28.03.2018.

⁴¹⁸ Özel kanunlarda ayrı süre öngörülmeyen hallerde genel dava açma süresi uygulanır.

⁴¹⁹ GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.386-813.

Dava açma süresinin başlangıcının da tespit edilmesi gerekmektedir. Dava açma süresinin işlemeye başlaması için ilgisine yazılı olarak bildirim yapılması gerekir. Ayrıca, yazılı bildirimde başvurulacak yerin ve süresinin de gösterilmesi bir zorunludur⁴²⁰.

Nitekim, elektronik haberleşme sektöründe faaliyette bulunan bir işletmecinin idari işlem tesis edilmesi talebiyle yapmış olduğu başvurunun BTK'nın işlemiyle reddedilmesi üzerine açtığı davada davanın süre yönünden reddine karar verilmiş ve dosya temyiz mercii olarak Danıştay'ın önüne gelmiştir. Danıştay ise, BTK'nın tesis etmiş olduğu işlemde davacının(işletmecinin) hangi kanun yolları ve mercilere başvurabileceği ve dava açma süresinin belirtilmediği gerekçesiyle yerel mahkemenin süre yönünden reddine ilişkin kararın bozulmasına karar vermiştir⁴²¹.

Bu doğrultuda, BTK'nın uygulamış olduğu idari yaptırım kararlarında başvurulacak yerin ve süresinin de gösterilmesi gerekmektedir. Bu kurala uyulmayarak idari yaptırım kararının uygulanması halinde açılan davada süre yönünden davanın reddine karar verilmemesi gerekir.

1.7. Husumet

Husumet davanın kime yöneltileceği, yani davalının kim olacağı meselesine ilişkin bir konudur. Açılan davada davanın niteliği gereği bir hasım gösterilmesi gerekir. İYUK'un 14.maddesinin üçüncü fıkrasının (f) bendine göre, ilk incelemede husumet konusu incelenecektir. Her ne kadar açılan davada hasım gösterilmek zorunda olsa da, hasımın gösterilmemesi veya yanlış gösterilmesi davanın reddini gerektirmez⁴²². İdari yargı organı, gerçek hasmı tespit ederek yanlışlığı düzeltmesi ve dava dilekçesini gerçek tarafa tebliğ etmesi gerekir.

BTK tarafından uygulanan idari yaptırımlar için husumetin BTK'ya(Kurul'a) yöneltmesi gerekir. Husumetin BTK'ya yönetilmemesi halinde de, idari yargı organı hasım düzeltilmesi kararı vererek dava dilekçesinin BTK'ya tebliğ edilmesine karar verecektir.

⁴²⁰ GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.823.

⁴²¹ Danıştay 13. Daire, T.2.11.2016, E.2016/3717, K.2016/3594, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>), E.T:28.03.2018.

⁴²² ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s.292.

1.8. 3. Ve 5. Maddelere Uygunluk

İdari işlemlere karşı açılan davalarda, İYUK'un 3. ve 5. maddesine uygun olmayan dilekçelerle açılan davalarda dilekçenin reddine karar verileceği belirtilmiştir. Verilen dilekçe ret kararına karşı kanun yoluna gidilmesi mümkün değildir⁴²³. Dilekçe ret kararında belirtilen eksikliklerin giderilmesi için davacı tarafa otuz günlük süre verilir. Bu süre içinde, belirtilen eksiklikler tamamlanarak dava açılırsa, bu dilekçeden harç alınmaz ve davaya devam edilir. Bu süre içinde verilen ikinci dilekçede de aynı yanlışlıklar yapılırsa, bu sefer dava reddedilir. Davacı, otuz gün içerisinde yeni bir dilekçe vermez ise, dava açılmamış sayılır.

Danıştay bir kararında⁴²⁴, davacının BTK kararıyla çıkarılan Referans Arabağlantı Teklifinin ve bu teklifin ekinde yer alan Ortak Yerleşim Hizmetleri Dokümanı ile Hizmet Seviyesi Taahhüdü'nün hangi maddelerinin iptali istediğinin anlaşamadığı gerekçesiyle İYUK'un 3.maddesine uygun bulunmayan dava dilekçesinin reddine karar verilmiştir.

BTK tarafından uygulanan idari yaptırımlara karşı açılacak davaların Ankara İdare Mahkemesi'ne hitaben hazırlanan imzalı dilekçelerle dava açılması ve dilekçelerde taraflara, vekillerine, adreslerine, dava konusu yaptırım kararı ve sebepleri ile dayanılan delillere, işlemin yazılı bildirim tarihine yer verilmesi gerekmektedir. İdari yaptırım nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmini için açılacak tam yargı davasında ise, uyuşmazlık konusu miktar gösterilmesi gerekir.

İYUK'un 5. maddesine göre ise, aralarında maddi ya da hukuki yönden bağıllık ya da sebep sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı tek dilekçe ile dava açılabilir, birden fazla şahsın müşterek dilekçe ile dava açabilmesi için davacıların hak veya menfaatlerinde iştirak bulunması ve davaya yol açan maddi olay veya hukuki sebeplerin aynı olması gerekecektir. Bu kurallara uyulmadan açılan davalarda dilekçe ret kararı verilecek, 30 günlük süre içinde eksiklikler giderilip yanlışlıklar düzeltilerek dilekçe yenilenebilecektir. Yenilenen dilekçeler için tekrar harç alınmayacaktır.

⁴²³ ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s.298.

⁴²⁴ Danıştay 13. Dairesi, T.27.01.2015, E.2014/5257, K.2015/173, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>), E.T:28.03.2018.

2. İdari İşlemin Unsurları Yönünden Denetimi

İYUK'un 2.maddesi uyarınca bir idari işlem, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olmak üzere beş unsurdan oluşmaktadır. İdari işlemin yargısal denetimi de bu beş unsur üzerinden yapılmaktadır.

İdari işlem olarak kabul edilen idari yaptırımların yargısal denetimi de bu beş unsur üzerinden yapılması gerekir. BTK tarafından uygulanan idari yaptırım kararlarına karşı iptal davası açılması halinde işlemin unsurları açısından inceleme yapılmakta ve uygulanan yaptırım kararında hukuka aykırılık görülmesi halinde geçmişe etkili olarak karar ortadan kaldırılmaktadır.

2.1. Yetki Unsuru Yönünden Hukuka Uygunluk Denetimi

İdari işlemler, kanunun yetkili kıldığı organ, makam veya kamu görevlileri tarafından tesis edilir. İdari işlem niteliğinde olan idari yaptırım kararlarında yetki yönünden hukuka aykırılık halleri, yer, kişi, konu ve zaman unsurları dikkate alınarak incelenmesi gerekir.

Elektronik haberleşme hukukunda uygulanan idari yaptırımların yetki unsuru yönünden incelenmesinde de yaptırımı uygulayan makamın yer, kişi, konu ve zaman unsurları bakımından yetkili olması aranır.

Kişi yönünden yetki, bir idari işlemi uygulayan makamın, o işlemi tesis etmek bakımından yetkilendirilmiş olmasını ifade eder. Kişi yönünden yetkisizlik durumunda, kural olarak bu kararlar bağlayıcı değildir ve çoğu durumda iptal davasına bile konu olmazlar.

Konu yönünden yetki ise, belli konulara ilişkin kararların hangi idari makamlarca alınacağını ifade etmektedir. Hiyerarşi ilişkisi içerisinde, birimlerin birbirleri yerine işlem tesis etmesi konu bakımından yetkisizlik durumu oluşturur⁴²⁵.

İdari yaptırımları düzenleyen mevzuat hükümlerinde idari yaptırım uygulama yetkisi verilen idari makamların oldukça farklı olduğu dikkat çekmektedir. Kişi, heyet veya komisyonlar tarafından idari yaptırım kararı verilebilmektedir⁴²⁶. Nitekim, elektronik haberleşme sektöründe de aynı şekilde farklı idari makamlar

⁴²⁵ GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.420-421.

⁴²⁶ OĞURLU, s.167.

tarafından idari yaptırım kararı verildiği görülmektedir. BTK tarafından yapılacak denetim sonucunda uygulanacak olan yaptırımın BTK'nın karar organı olan Kurul tarafından uygulanması ana kural olmakla birlikte, başka makamların da idari yaptırım uygulama yetkisi bulunmaktadır.

Somutlaştırmak gerekirse, BTK'nın idari yaptırım kararı vermek yerine adli para cezası vermesi halinde konu bakımından yetkisizlik söz konusudur. Bu durumda, uygulanan adli para cezası fonksiyon gaspı teşkil etmesi nedeniyle verilen karar yok hükmünde kabul edilecektir.

Yaptırımlar Yönetmeliği'nin "Yetki" başlıklı 45.maddesinde, yaptırımların türüne göre, BTK Başkanı, Kurul ve BTK Bölge Müdürlükleri idari yaptırım kararı verebilir. Uygulamada, bu konuda uyuşmazlıkların çıktığı görülmektedir.

Danıştay bir kararında⁴²⁷, EHK ile BTK'ya sektöre ilişkin düzenlemeleri ve denetlemeleri yapma yetkisinin verildiği, 2813 sayılı Kanun'da ise BTK'nın karar organının Kurul olduğunun belirtildiği, bu sebeple dava konusu hususlara ilişkin kararların BTK'nın karar organı olan Kurul'ca alınması gerektiği, Kurul'un gündemine alınmadan bu konuda yetkisi bulunmayan Tüketici Hakları Daire Başkanlığı'nca uygulanan işlemin yetki unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu belirterek yerel mahkemenin kararının onanmasına karar vermiştir. Uygulamada, somut olayın özelliklerine göre, yani uygulanacak olan idari yaptırıma ilişkin mevzuatta hangi makamın yetkili olduğuna bakılarak bir değerlendirme yapılması gerekir.

Yine, BTK'nın yetkisinde olan baz istasyonlarına ilişkin düzenlemelerin belediyeler tarafından yapılması yetki tecavüzü olduğu yargı kararlarında belirtilmektedir⁴²⁸.

Yer yönünden yetkili olmada idari yaptırımı uygulayan merciin coğrafi alan bakımından yetkilerini kullanabileceği sınırlar içinde kalması gerektiği

⁴²⁷ Danıştay 13. Dairesi, T.27.09.2016, E.2016/2542, K.2016/3048; aynı yönde karar için bkz. Danıştay 13. Dairesi, T.14.09.2015, E.2014/1881, K.2015/3126, kararlar için bkz. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>), E.T:28.03.2018.

⁴²⁸ Danıştay 8. Dairesi, T. 9.3.2015, E. 2014/1979 K. 2015/1635; Danıştay 8. Dairesi, T. 2.3.2015, E.2014/10896, K. 2015/1369; Danıştay 8. Dairesi, T. 5.3.2015, E. 2014/6283, K. 2015/1494; Danıştay 8. Dairesi, T. 5.3.2015, E.2014/6284, K.2015/1496; Danıştay 8. Dairesi, T. 8.4.2016, E. 2015/10873 K. 2016/3467; Danıştay 8. Dairesi, T.8.4.2016, E. 2015/8212 K. 2016/3473, kararlar için bkz. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>), E.T:28.03.2018.

kastedilmektedir. BTK bir bağımsız idari otorite olarak tüm Türkiye'yi kapsayacak şekilde elektronik haberleşme sektörünü düzenleme ve denetleme görevini yerine getirmesine rağmen bazı durumlarda yer yönünden de yetki problemleriyle karşılaşmaktadır. BTK'nın idari para cezası uygulama yetkisini Bölge Müdürlüklerine devretmesi buna örnek gösterilebilir.

Danıştay bir kararında⁴²⁹, para cezasının Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu yerine İstanbul Bölge İstanbul Bölge Müdürlüğü tarafından verildiği, bu durumda uygulanan idari para cezasında yetki yönünden hukuka uygunluk bulunmadığı belirtilerek yerel mahkemenin kararının onanmasına karar vermiştir. Bu şekilde yetki yönünden idari yaptırım kararlarının iptal edilmesi üzerine, yargı kararları dikkate alınarak Kurul tarafından yeniden idari para cezası uygulanmasına karar verilmektedir⁴³⁰.

İdare hukukunda yetki devri, kanunda açıkça düzenlenmesi şartıyla yapılabilmektedir⁴³¹. EHK'nın 60.maddesinin beşinci fıkrasında idari para cezalarının taşra teşkilatı tarafından da verilebileceği hükmü ile Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 45.maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen Kurul'un yetkisinin bir bölümünü Kurum'a devredebileceği hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, Kurul'un, kendisine verilen idari yaptırım yetkilerinin bir bölümünü devredebileceğini, bu durumunun hukuka aykırı olmadığını belirtebiliriz.

Zaman yönünden yetki, idarenin ya da kamu görevlilerinin yetki kullanmalarının belli bir zaman dilimi ile sınırlı olmasını ifade etmektedir. Bu zaman dilimi dışında yetki kullanılması halinde, yapılan işlem yetkisizlik sebebiyle hukuka aykırı olur⁴³². Zaman bakımından yetki sorunu genellikle mevzuat değişiklikleri sırasında uygulanan yaptırımlar bakımından ortaya çıkmaktadır. İhlalin tespiti ile idari yaptırım uygulanması arasında mevzuat değişikliklerinin dikkate alınması gerekmektedir. Yine, Kurul'un görev süresinin dolmuş olmasına rağmen idari

⁴²⁹ Danıştay 13. Dairesi, T.10.01.2017, E. 2013/2226 K. 2017/88, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>), E.T:28.03.2018.

⁴³⁰ Örneğin, BTK'nın 13.03.2013 tarihli ve 2013/DK-SİD/137 sayılı kararı ile BTK'nın 07.11.2012 tarihli ve 2012/DK-12/554 sayılı kararı, (<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>), E.T:28.03.2018.

⁴³¹ ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s.421; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.432.

⁴³² KALABALIK, s.181-182; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s.429.

yaptırım kararı uygulaması halinde de uygulanan idari yaptırım kararı yetki yönünden hukuka aykırı olacaktır.

Bu açıklamalar doğrultusunda, idari işlemleri tesis edebilecek makam ve kamu görevlilerinin yetkileri önceden mevzuatla belirlendiğinden idari işlemin yetki unsurunda idarinin takdir yetkisi bulunmamaktadır⁴³³. İdari işlem olarak kabul edilen idari yaptırımlar açısından da aynı durum geçerli olacaktır.

2.2. Şekil Unsuru Yönünden Hukuka Uygunluk Denetimi

Biçim olarak da ifade edilen şekil unsuru, idari işlemin önemli unsurlarından biridir. İdari işlemler, belli bir şekil kurallarına uyularak yapılması gerekir. Şekil, bir idari işlemin hangi yoldan yapıldığını gösteren bir unsurdur⁴³⁴. Şekil ile ilgili kurallar mevzuatta yer almaktadır. Bununla birlikte, şekil ile ilgili kuralların bir kısmı yargısal içtihatlarla getirilmiş olabilir. Örneğin, şekilde paralellik/usulde koşutluk ilkesi gibi⁴³⁵.

İdare, diğer işlemlerinde olduğu gibi yaptırım içeren işlemlerinde de, belirli usullere ve kurallara bağlı olarak hareket etmek zorundadır. Bu zorunluluk sadece kanun ile sınırlı olmayıp yönetmelikleri de kapsamaktadır⁴³⁶. İdarenin öngörülen bu şekil ve usul kurallarına uymaması, uygulanan yaptırım kararının şekil yönünden hukuka aykırı olması nedeniyle iptal edilmesi sonucunu doğurabilir.

İdari işlemler ve idari yaptırımlar açısından genel bir şekil kuralı bulunmamaktadır. Ancak bazı kanunlarda ve yönetmeliklerde, idari işlemlere ve idari yaptırımlara ilişkin şekil yönünden kurallara ve ilkelere yer verilmektedir. Buna göre, yazılı yapılması gereken işlemlerin sözlü yapılması, gerekçe ilkesine uyulmaması⁴³⁷, hazırlık işlemlerinin yapılmaması, ilgilinin savunmasının alınmaması, şekil ve usulde paralellik ilkesine aykırılık, görüş alınmaması gibi şekil

⁴³³ KAYA, Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, Oniki Levha Yayıncılık, B.2, İstanbul 2014, s.202.

⁴³⁴ GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.443.

⁴³⁵ KAYA, s.202.

⁴³⁶ OĞURLU, s.172-173.

⁴³⁷ ERKAL, Atilla, Türk Ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1, Yıl 2009, s.131-132.

kurallarına⁴³⁸ riayet edilmemesi tesis edilen işlemi şekil unsuru yönünden hukuk aykırı hale getirecektir.

Yine usulüne uygun şekilde idari yaptırımın kararının tebliğ edilmemesi durumunda da idari yaptırım kararının uygulanması hukuka aykırı olacaktır.

Elektronik haberleşme mevzuatı açısından ise, Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 46.maddesinde, bazı idari yaptırımların uygulanmasından önce ilgilinin uyarılmasına karar verileceği belirtilmektedir. Bu durumda, ilgilinin uyarılmasına karar verilmesi gerekirken doğrudan idari yaptırım kararı uygulanması şekle aykırılık oluşturacaktır⁴³⁹.

Kurul'un kanunda belirtilen karar alma usulüne riayet edilmeyerek idari yaptırım kararı alınması halinde de verilen kararlar hukuka aykırı olacaktır.

Şekil kurallarına aykırı şekilde alınan kararların sonradan giderilmesi halinde, kural olarak işlemi hukuka uygun hale getirmez⁴⁴⁰. Ancak, sonradan düzeltilen aykırılık işlemin içeriğini etkilemeyecek nitelikte ise işlemin geçerlilik kazanacağı kabul edilmektedir⁴⁴¹.

BTK'nın Bakanlığın görüşünü alması gerektiği durumlarda da bu görüş alınmadan yetkilendirmenin iptaline karar verilmesi halinde iptal işlemi sakat olacağından idari yargı organı tarafından iptal edilebilecektir.

2.3. Sebep Unsuru Yönünden Hukuka Uygunluk Denetimi

İdari işlemin sebebi, idareyi işlemi yapmaya yönelten etkenler olarak tanımlanmaktadır⁴⁴². Yaptırımlar açısından da bu hususlar geçerli olmakla birlikte,

⁴³⁸ Şekil kuralları için bkz. **GÖZÜBÜYÜK-TAN**, s.443 vd.; **ÇAĞLAYAN**, İdari Yargılama Hukuku, s.431 vd.; **KALABALIK**, s.187 vd.

⁴³⁹ **OĞURLU**, s.175.

⁴⁴⁰ **GÖZÜBÜYÜK-TAN**, s.466.

⁴⁴¹ Danıştay 6. Dairesi'nin 17.09.2015 tarihli ve 2014/10704 E., 2015/5344 K. sayılı kararında, işlemdeki şekil eksikliğinin dava devam ederken çözümlenmesi nedeniyle işin esası hakkında bir karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay 6. Dairesi, T.26.12.2012, E.2010/9344, K.2012/8366; Danıştay 6. Dairesi, T.11.03.2013, E.2010/9414 K.2013/1524, (Yayımlanmamış karar).

⁴⁴² **GÖZÜBÜYÜK-TAN**, s.467.

yaptırımın kaynağı ister kanun isterse düzenleyici işlem olsun, mutlaka hukuka uygun bir sebebin olması gerekir⁴⁴³.

İdari yaptırımın sebebi, mevzuatta açıkça belirtilmiş ise, işlemin hukuka uygun olabilmesi için, mevzuatta belirtilen sebebin gerçekleşmiş olması gerekir⁴⁴⁴. Örneğin, Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 5.maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre; işletmeci hakkında idari para cezası uygulanabilmesi için işletmecinin yetkilendirme kapsamı dışına çıktığının tespit edilmesi gerekir. Yetkilendirme kapsamında hizmet veren işletmeci hakkında bu madde kapsamında idari para cezası uygulanması halinde, idari yaptırım kararı sebep unsuru yönünden hukuka aykırı olacaktır. Bu gibi durumlarda idari yargı organı, mevzuatın öngördüğü nedenlere dayanıp dayanılmadığı dışında, maddi vakıaların ve olayların doğru bir şekilde değerlendirip değerlendirilmediğini de incelemesi gerekir⁴⁴⁵.

Mevzuatta idari yaptırımın sebebi “kamu düzeni”, “milli güvenlik,” “genel ahlak” ve “görülen lüzum” gibi belirsiz kavramlar kullanılarak gösterilmesi mümkündür. Bu kavramların hangi maddi olayları kapsadıkları, hangilerini kapsamadıkları her zaman kesin olarak belli değilse de, yine de objektif ve belli anlamları bulunmaktadır. Bu nedenle, idari işlemin sebebi belirsiz bir kavramla gösterilmişse, idare, belirsiz kavramla ifade edilen sebebin hangi somut olayda gerçekleşmiş olduğunu ortaya koymak zorundadır⁴⁴⁶. Bu gibi durumlarda idare, takdir yetkisini hukuka uygun kullanması gerekir. Yaptırımlar Yönetmeliği'nin 14.maddesinin birinci fıkrasında işletmecinin milli güvenliğe aykırı davranışta bulunması durumunda idari yaptırım uygulanacağı düzenlenmiştir. BTK'nın işletmecinin hangi fiilinin milli güvenlik ve kamu düzenini ihlal ettiğini kararında belirtmesi gerekir. Aksi durumda, idari yaptırım kararının sebep yönünden iptaline karar verilebilecektir.

İdari yaptırım kararlarında yanlış mevzuat hükümlerine dayanılması durumunda da sebep unsuru yönünden sakatlık bulunmaktadır. Hatta, yanlış mevzuat hükümlerine dayanılması ile doğru hükmün uygulanmasıyla oluşan sonuç aynı dahi

⁴⁴³ ÖZAY, s.115.

⁴⁴⁴ ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s.442; OĞURLU, s.155.

⁴⁴⁵ OĞURLU, s.156.

⁴⁴⁶ KALABALIK, s.196-197.

olsa idari yaptırım kararı sebep unsuru yönünden sakat olduğundan iptaline karar verilebilir⁴⁴⁷.

Mevzuatta işlemin sebebi yönünde hiç düzenleme bulunmaması veya sebep gösterilmesini de öngörülmemesi durumunda sebep unsurunun idarenin takdirine bırakıldığı kabul edilmektedir. Bu şekilde tesis edilen işlemlerde, idari yargı organları tarafından İYUK'un 20.maddesi gereğince işlemin sebebinin bildirilmesini isteyebilir. Bu sebeple, idareye tanınan takdir yetkisinin çizilen sınırlar içerisinde kullanılması ve keyfilik boyutuna ulaşmaması zorunludur.

İdarenin kendisine tanınmış alt ve üst sınırları belirlenmiş alanda takdir yetkisini kullanırken alt sınırdan uygulanmayan yaptırımın sebebinin açıklanması gerekir⁴⁴⁸. Danıştay bir kararında⁴⁴⁹, alt sınırın üzerinde idari para ceza verilmesinde sebebinin ortaya konulmadığı gerekçesiyle yaptırım kararının hukuka aykırı olduğunu ifade etmiştir.

Elektronik haberleşme sektöründe uygulanacak olan idari para cezaların büyük bir çoğunluğuna üst sınır getirilmiştir. Bu şekilde cezanın miktarını belirleme açısından BTK'ya takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak, BTK tarafından üst sınıra yakın şekilde idari para cezası verilmesi halinde bunun sebeplerinin de belirtilmesi gerekmektedir. Danıştay bir kararında⁴⁵⁰, BTK'nın uygulamış olduğu idari para cezasında ceza oranı belirlenirken ihlalin niteliği, tüketicilerin uğradığı zararın ve ihlal neticesinde davacının elde ettiği kazancın büyüklüğü gibi ölçütleri dikkate aldığını belirterek yerel mahkemenin kararının onanmasına karar verilmiştir.

Bazı durumlarda, işlemin sebebinin kendisinden önce yapılmış başka bir işlem oluşturabilir. Bu durumda dayanak alınan ilk işlemin hukuka aykırılığı tespit edilirse, ikinci işlem de hukuka aykırı hale gelebilir.

İdari yargıda, kendiliğinden araştırma ilkesi geçerli olduğundan, idari yargı organı her türlü araştırmayı ve incelemeyi kendiliğinden yapabilir. Yine bu ilkenin bir gereği olarak idari yargı organları, tarafların iddia, savunma ve deliller ile bağlı değildir. Buna göre idari yargı organı, taraflar ileri sürmese de incelediği işlemin

⁴⁴⁷ OĞURLU, s.156.

⁴⁴⁸ OĞURLU, s.159

⁴⁴⁹ Danıştay 6. Dairesi, T.10.03.2006, E.2005/6379, K.2006/984, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>), E.T:28.03.2018.

⁴⁵⁰ Danıştay 13. Dairesi, T.13.01.2017, E.2016/3785, K.2017/138, (Yayımlanmamış karar).

sakat sayılması veya sayılmaması için başka bir sebep görür ise, buna dayanabilecektir. Tespit edilen sebep, işlemin sakatlığı yönünde ise iptal kararı, hukuka uygunluğu yönünde ise ret kararı verilecektir⁴⁵¹

2.4. Konu Unsuru Yönünden Hukuka Uygunluk Denetimi

İdari işlemin konusu, doğurduğu sonuç, hukuk düzeninde meydana getirdiği değişikliktir⁴⁵². Bir idari yaptırımın konusu ise yaptırımın doğurduğu sonuçtur⁴⁵³. Bir işlemin sebep ve konu unsurları arasında yakın bir ilişkin bulunmaktadır. İşlemin sebep ve konu unsurları arasındaki ilişkinin kopuk olması, işlemi sebep ya da konu unsuru yönünden sakatlar⁴⁵⁴.

İdari yaptırımın uygulanması ve sonucu olarak karşımıza çıkan konu unsuru, eylem ya da işlem için öngörülenden farklı bir yaptırım uygulanmasıyla sakatlanmış olur⁴⁵⁵. Örneğin, bir işletmeci hakkında idari para cezası uygulanması gerekirken, faaliyetinin geçici durdurulmasına veya yetkilendirmenin iptaline karar verilmesi gibi.

İdari yargı organı tarafından verilen kesinleşmiş bir karara aykırı şekilde BTK tarafından idari yaptırım uygulanmasına karar verilmesi halinde, yaptırım kararı konu unsuru yönünden sakat olacaktır⁴⁵⁶.

Ölçülülük ilkesi, konu unsuru yönünden de ele alınması gerekir. İdari yaptırımın ölçülü olmaması durumunda yaptırım kararı konu unsuru yönünden de hukuka aykırı olur⁴⁵⁷. Ayrıca, takdir yetkisinin sınırlarının aşılması halinde de konu unsuru yönünden yaptırımı sakatlayabilecek sonuçlar doğabilir⁴⁵⁸. BTK'nın uyguladığı yaptırımların konu unsuru yönünden de hukuka uygun olması gerekir.

⁴⁵¹ ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s.448-449.

⁴⁵² GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.484; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s.449.

⁴⁵³ OĞURLU, s.164.

⁴⁵⁴ KALABALIK, s.198

⁴⁵⁵ OĞURLU, s.164

⁴⁵⁶ Kesin hükme aykırı işlem yapılması işlemi konu unsuru yönünden sakatlayacaktır. Bkz. ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s.453.

⁴⁵⁷ ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s.457.

⁴⁵⁸ OĞURLU, s.164.

2.5. Amaç Unsuru Yönünden Hukuka Uygunluk Denetimi

İYUK'un 2.maddesine göre, idari işlemlerin iptal sebeplerinden biri de amaç unsurundaki hukuka aykırılıktır. Amaç, yapılan idari işlem ile hedeflenen veya ulaşılmak istenen nihai sonuçtur. İdari işlemler, kamu yararı amacıyla yapılır.

Aslında idari yaptırımların asıl amacı kamu yararadır. Siyasi veya kişisel amaçlarla ya da üçüncü bir kişinin korunması amacıyla yaptırım uygulanması idari yaptırımı amaç unsuru yönünden sakatlar. Yetki saptırması da işlemi sakatlar. İdarenin sahip olduğu yetkiyi yasalarda öngörülen amaç dışında kullanması yetki saptırması durumuna yol açar⁴⁵⁹.

BTK tarafından uygulanan idari yaptırımlar açısından amaç sektördeki hukuka aykırı faaliyetlerin engellenerek etkin rekabetin tesisi, tüketici haklarının gözetilmesi ve elektronik haberleşme hizmetlerinin kesintisiz devamının sağlanmasıdır. Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 1.maddesinde sayılan amaçlar doğrultusunda işlem tesis etmek zorunda olan BTK'nın idari yaptırım kararlarının amaç yönünden hukuki denetiminde bu madde yol göstericidir.

3. İdari Yaptırımdan Doğan Zarara Karşı Tam Yargı Davası Açılması

İdari yaptırımlara karşı iptal davaları dışında, tam yargı davaları açılması mümkündür. Tam yargı davalarında, idare hukukunda ihlal edilen bir hakkın giderilmesi ya da uğranılan zararın giderilmesi istenmektedir⁴⁶⁰. İYUK'un 2.maddesinde tam yargı davalarının kişisel hakları zarar görenler tarafından açılabileceği belirtilmiştir.

Tam yargı davasının içeriğini tazminat talepleri veya istirdat talepleri oluşturabilir. İlk olarak, idari işlem veya eylemden bir zarar doğmuş ise, bu zararların giderimi için tazminat davası açılır. İkincisi ise, idarenin, idari işlem ve eylemlere dayanarak kişilerden aldığı ve idare açısından sebepsiz iktisap teşkil eden para veya malın geri alınması talep edilmektedir⁴⁶¹. Örnek vermek gerekirse, BTK tarafından yetkilendirmesi kapsamında sektörde hizmet veren işletmecinin faaliyetinin durdurulmasına karar verilmesi halinde işletmeci uğradığı zararı giderilmesi

⁴⁵⁹ ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s.463.

⁴⁶⁰ GÖZÜBÜYÜK-TAN, İdari Yargılama Hukuku, s.614.

⁴⁶¹ ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.118.

amacıyla BTK'ya karşı tam yargı davası açabilir. İşletmecinin fazla ödediği idari para cezasının geri alınması için BTK'ya karşı istirdat davası niteliğinde tam yargı davası da açması mümkündür.

Nitekim, Danıştay bir kararında⁴⁶², davacı şirketçe davalı idareye ödenen geçiş hakkı bedelinin sehven ikinci kez davalı idare hesabına yatırıldığı, kamu hizmeti için gerekli altyapının oluşturulması aşamasında davalı idarenin işlemine dayanılarak bu bedelin ödendiği gerekçesiyle açılan tam yargı davasında yerel mahkemenin yapılan ödemenin sebepsiz zenginleşme oluşturduğu ve uyuşmazlığın adli yargıda çözümlenmesi gerektiğine ilişkin görev yönünden ret kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Açılan tam yargı davasında zararın ve illiyet bağının ispat edilmesi gerekir. Danıştay da, zarar ile idari yaptırım arasında illiyet bağı bulunmasını ve zararın kesin olmasını aramaktadır⁴⁶³.

İdare, hukuka aykırı veya orantısız bir şekilde uygulamış olduğu idari yaptırımlar nedeniyle vermiş olduğu zararı, hak ihlalini gidermek zorundadır. Gerçek veya tüzel kişiler, uygulanan idari yaptırımı iptal davası sonucunda hukuk aleminden kaldırabileceği gibi, tam yargı davası ile zararın giderilmesini de isteyebilir⁴⁶⁴. Uygulamada, BTK'nın uygulamış olduğu idari yaptırımlara karşı genellikle iptal davası açılmakta olup, tam yargı davalarına pek rastlanmamaktadır.

4. İdari Yaptırımlarda Yürütmenin Durdurulması Müessesesi

İdari işlemlerin uygulanması, ilgilisi açısından çoğu zaman giderilmesi güç ya da imkansız zararların ortaya çıkmasına neden olabilir. Bu gibi durumlarda, idari yargıda yürütmenin durdurulması müessesesi gündeme gelmektedir. Yürütmenin durdurulması kararı ile idari işlemin ilgilisi açısından olumsuz sonuç doğurması önlenmiş olmaktadır.

⁴⁶² Danıştay 13. Dairesi, T.2.3.2015, E. 2012/3393, K.2015/794, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>), E.T:28.03.2018.

⁴⁶³ OĞURLU, s.204.

⁴⁶⁴ OĞURLU, s.204; İdari yargılama Usulü Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca ilgililer, iptal davası sonucu her ne kadar idari yaptırım kararı iptal de zarar gördüğünü düşünüyorsa tam yargı davası açabilir.

Yürütmenin durdurulması müessesesi, açıkça hukuka aykırı olan bir işlemin idari yargı organlarınca iptal edilinceye uygulanabilmeleri sonucunda doğabilecek zararları engellemek ve korunma amacının tam olarak gerçekleşmesini sağlayamayan para ile tazminin sakıncalarını gidermek için kabul edilmiştir⁴⁶⁵.

İdari işlemlere karşı dava açılması işlemin yürütmesini durdurmayacağından yürütmenin durdurulması talebinde bulunulması gerekir. İYUK'un 27.maddesinde yürütmenin durdurulması verilebilmesinin şartları düzenlenmiştir. Buna göre, idari işlemin uygulanması halinde ilgililer açısından imkansız zararların ya da telafisi güç zararların doğmasına neden olması ve aynı zamanda uygulanan işlemin açıkça hukuka aykırı olması gerekir.

İdari yaptırım kararları açısından da, yürütmesinin durdurulması kararı alınamaması durumunda yaptırım sonuçlarını doğurur. Örneğin, BTK tarafından uygulanan idari para cezasının idari yargı organı tarafından yürütmesinin durdurulmasına karar verilmemesi halinde para cezasının tahsili yoluna gidilebilir. Yine BTK tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilmesi halinde, bu karar sonrasında işletmeci elektronik haberleşme sektöründe faaliyette bulunamayacaktır. Ancak, işletmecinin idari yargı organına başvurarak yetkilendirmenin iptali kararına ilişkin yürütmesinin durdurulması kararı verilmesi halinde iptal davasının sonucunda davanın reddine karar verilse de bu kararın verildiği tarihe kadar sektörde faaliyette bulunabilecektir.

II. UYGULANAN İDARİ YAPTIRIMLARIN KABAHATLER KANUNU ÇERÇEVESİNDE ADLİ YARGI TARAFINDAN DENETİMİ

Elektronik İmza Kanun'unda ve Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması Ve Uygulanmasına Dair Kanun'unda idari yaptırımlara karşı başvuru yolu gösterilmediğinden KK uyarınca adli yargı görevli olacaktır.

5651 sayılı Kanun kapsamında uygulanan idari yaptırımlar açısından ise BTK dışındaki makamlar tarafından uygulanan idari yaptırımlarda adli yargı görevlidir. Elektronik haberleşme hukukunda bu gibi idari yaptırımlara karşı adli yargıda dava açılacağından(itiraz edileceğinden), bu yaptırımların adli yargı organları tarafından Kabahatler Kanunu çerçevesinde yapılacak olan denetimin üzerinde durulması

⁴⁶⁵ OĞURLU, s.178.

gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu yaptırımların itiraz yerinin adli yargı olarak belirtilmesi, bu yaptırımların idari niteliklerini etkilemeyecektir⁴⁶⁶. İdari yaptırımlar idari işlem niteliğinde olduklarından iptal merciinin idare yargı organları olması gerekir. Kabahatler Kanunu bir bütün olarak ceza hukuku ağırlıklı olarak hazırlanmış ve ceza hukukunun temel prensiplerini esas alan bir kanun olduğundan, idari yaptırımların bu kanun çerçevesinde değerlendirilmesinin yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

İdari yaptırım kararı alındığı takdirde, bu husus tutanakla saptanarak, bu tutanakta kabahati oluşturan fiil, işlendiği yer ve zaman, failin kimliği, fiilin işlendiğini ispata yarayacak bütün deliller ve kararı veren kamu görevlisinin kimliği yer alacaktır. İdari yaptırım kararı gerçek kişinin huzurunda verilmiş ise tutanak imzalatılarak ve karara karşı başvurulacak kanun yolu, mercii ve süresi açıkça belirtilecek, tüzel kişilere ve gerçek kişinin huzurunda verilmeyen idari yaptırım kararları ise Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilecektir.

Kabahatler Kanununda, tebliğ edilen idari yaptırımlara karşı “başvuru” ve “itiraz” şeklinde iki yargı yolu öngörülmüştür. İdari yaptırım kararına karşı onbeş gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurulmasına “başvuru”, bu karara karşı da yedi gün içerisinde Ceza Muhakemesi Kanuna göre itiraz edilmesine “itiraz yolu” denilmiştir. Başvuru bir dilekçe ile yapılır ve bu dilekçe iki nüsha olarak verilir. Başvuru bizzat veya kanuni temsilci yahut avukat aracılığıyla yapılabilir. İdari yaptırım kararına karşı sulh ceza mahkemesine yapılan başvuru sonucu mahkemece yapılan ön inceleme sonucunda yetkili mahkemede ve süresi içinde yapılmış bir başvuru ise, başvurunun usulden kabulüne karar verilir ve başvuru dilekçesinin bir örneği ilgili kamu kurumuna tebliğ edilir. 15 günlük cevap süresi içinde işlem dosyasının bir örneğiyle birlikte verilen cevap dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilecektir.

Adli yargı organı, talep üzerine veya re’sen tarafları çağırarak belli bir gün ve saatte tarafları dinleyebilecek, taraflar dinlendikten ve son söz alındıktan sonra tarafların huzurunda kararını açıklayacak ve başvurunun reddine ya da idari yaptırım kararının kaldırılmasına karar verecektir⁴⁶⁷. Alt ve üst sınırlar arasında belirtilmiş

⁴⁶⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk bölümü, T.08.05.1998, E.1998/10, K.1998/12, (<http://www.uyusmazlik.gov.tr/uyusmazlik-mahkemesi-kararlari> sayılı kararı), E.T:28.03.2018.

⁴⁶⁷ Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yer alan tanıklığa, bilirkişi incelemesine ve keşfe ilişkin hükümler burada da uygulanacaktır.

idari para cezasının miktarına karşı yapılan başvurularda mahkeme, idari para cezasının miktarında değişiklik yaparak da başvurunun kabulüne karar verebilecek, mahkemenin verdiği karara karşı, kararın tebliğinden itibaren 7 gün içinde Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilecektir. İtiraz dosya üzerinden incelenerek itirazın reddine veya kabulüne karar verilecektir.

Kabahatler Kanununun 28.maddesinde yapılan başvurunun incelenmesi sonucunda mahkemenin iki şekilde karar verebileceği belirtilmiştir. Buna göre, idari yaptırımın hukuka uygun olması nedeniyle “*başvurunun reddine*” veya idari yaptırımın hukuka aykırı olması nedeniyle “*idari yaptırım kararının kaldırılmasına*” karar verilebilecektir. Verilen bu kararlardan da anlaşılacağı üzere, adli yargı organı tarafından idari yaptırımların hukuka uygun olup olmadığı denetimi yapılmaktadır⁴⁶⁸.

Ceza hukukunda suçun, kanuni unsur(tipiklik), maddi unsur, hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsur(kusurluluk) olmak üzere dört unsurdan oluştuğu kabul edilmektedir. Elektronik haberleşme sektöründe, kabahat nedeniyle uygulanan idari yaptırımlar açısından da hukuka uygun olup olmadığının tespiti yapılırken bu unsurlar üzerinden bir değerlendirmesi gerekmektedir.

Kanuni unsur, eylemin kanunda öngörülen tanıma uyması anlamına gelmektedir. Doktrinde bu unsur tipiklik olarak ifade edilmektedir. İdari yaptırımların uygulanabilmesi için kabahatin mevzuatta tanımlanmış olması ve yapılan eylemin de bu tanıma uygun olması gerekir⁴⁶⁹.

Yaptırım, idari düzeni ihlal edici fiillere karşı uygulanmaktadır. Bu sebeple, yaptırımın uygulanabilmesi için, maddi unsur olan fiilin bulunması şarttır. Ceza hukukunda fiil, hareket, netice ve nedensellik bağından oluşan bir kavramdır⁴⁷⁰. KK'nın 7.maddesinde kabahatlerin, icraî veya ihmali davranışla işlenebileceği belirtilmiş, ihmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icraî davranışta bulunma hususunda hukukî yükümlülüğün varlığı gerekli olduğu belirtilmiştir.

⁴⁶⁸ ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.87.

⁴⁶⁹ ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s.87; Anayasa Mahkemesi, T.15.03.2012, E.2011/26, K.2012/41, (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>), E.T:28.03.2018.

⁴⁷⁰ ÖZEN, s.73.

Kabahatler kural olarak, neticesi harekete bitişik fiillerdir⁴⁷¹. Ancak, kabahatin işlenmesi için ihlalin belirli bir süre devam ettiği kabahatlere kesintisiz kabahat denilir⁴⁷². Neticenin gerçekleşmesi için bütün hareketler yapılmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi durumunda teşebbüsten bahsedilir. Kabahatler Kanununun 13.maddesine göre, kural olarak kabahatler teşebbüse elverişli değildir. Ancak, mevzuatta kabahate teşebbüse yaptırım uygulanması öngörülebilir. İdari yaptırımlar açısından, eylemin olup olmadığı, eylemin var olması durumunda bu eylemin mevzuatta tanımlanıp tanımlanmadığı, mevzuatta tanımlanması durumunda yapılan eylemin bu tanıma uyup uymadığı adli yargı organı tarafından incelenecektir⁴⁷³.

Hukuka aykırılık unsuru ise, gerçekleştirilen fiilin hukuk düzenine aykırı olmasını ifade etmektedir. Somut olayda, fiilin hangi kuralı ihlal ettiğinin saptanması gerekir. Fiilin hukuk düzenine aykırı olduğunun tespiti üzerine, olayda hukuka uygunluk sebeplerinin bulunup bulunmadığı incelenir, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunması halinde idari yaptırım kararı uygulanmayacaktır. Kabahatler Kanununun 12.maddesinde, Türk Ceza Kanunu'nun hukuka uygunluk nedenlerinin kabahatler bakımından da geçerli olduğu düzenlenmiştir. İdare, hukuka uygunluk sebepleri bulunan bir olayda idari yaptırım kararı uygulaması halinde mahkeme tarafından idari yaptırımın iptaline karar verilecektir.

Belirtilen unsurların yanında failin bu fiili kusurlu bir şekilde gerçekleştirmesi de idari yaptırımın uygulanabilmesi için gereklidir. Bu duruma “manevi unsur” ya da “kusurluluk” denilmektedir. Kabahatler Kanununun 9.maddesinde kabahatlerin kasten veya taksirle işlenebileceği düzenlenmiştir. Yine aynı kanunun 12.maddesinde kusurluluğu kaldıran haller açısından Türk Ceza Kanunu hükümlerinin geçerli olduğu kabul edilmiştir.

Kabahatler Kanununun 11.maddesinde, kabahatler bakımından kimlerin sorumlu olabileceği düzenlenmiştir. Yine Kabahatler Kanunu'nun 11.maddesine göre, kabahatler açısından da hata hükümlerinin uygulama alanı bulacaktır.

Adli yargı organı, bu unsurlar dışında orantılılık, ölçülülük, zamanaşımı gibi hususları da inceleyecektir.

⁴⁷¹ ÇAĞLAYAN, İdari yaptırımlar, s.89.

⁴⁷² ÖZEN, s.80.

⁴⁷³ ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar, s.88.

Elektronik haberleşme sektöründe uygulanan yaptırımların bazılarında alt ve üst sınırlar belirlenerek idari para cezası verilmesi öngörüldüğünden, verilen cezalar açısından ölçülülük ve orantılılık ilkesine uygun olup olmadığı değerlendirilecektir. Yine, idari yaptırım kararına ilişkin soruşturma ve yerine getirme zamanaşımı sürelerinin geçip geçmediğinin de incelenmesi gerekir.



SONUÇ

406 sayılı Kanun’la başlayan ve birçok kanunla geliştirilen elektronik haberleşme sektöründeki hukuki düzenlemelerin AB mevzuatına uyum sağlaması, dağınık halde bulunan düzenlemelerin toparlanması ve gelişen teknolojinin beraberinde getirdiği sorunları çözme amacıyla yeni bir kanuna ihtiyaç duyulmuştur.

Bu ihtiyacı karşılamak amacıyla 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu çıkarılmıştır. Bu kanunla birlikte pek çok yeni düzenlemeler yürürlüğe girmiştir. En önemli yenilik ise, yetkilendirme usulünde meydana gelmiştir. 406 sayılı Kanun ile öngörülen görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı ve genel izin usullerinin yerine, AB direktiflerine paralel olarak kullanım hakkı ve bildirim usulü olmak üzere iki yeni yetkilendirme usulü getirilmiştir.

Elektronik haberleşme sektörünün düzenleyici ve denetleyici kurumu olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ise, Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında elektronik haberleşme sektöründe yetkilendirme, uyuşmazlık çözme, yönlendirme, görüş bildirme ve yaptırım uygulama gibi faaliyetleri yürütmektedir. Serbestleşme sonrasında haberleşme sektörünü düzenleyen ve denetleyen BTK ile elektronik haberleşme faaliyetini yürüten işletmeciler ve bu faaliyetten yararlanan bireyler arasında birçok uyuşmazlık çıkmaktadır. Uyuşmazlıkların büyük bir kısmını ise çalışmamızın da konusu oluşturan “idari yaptırımlar” oluşturmaktadır.

EHK’nın “Kurumun yetkisi ve idari yaptırımlar” başlıklı 60. maddesindeki düzenleme ile BTK; mevzuata, kullanım hakkı ve diğer yetkilendirme şartlarına uyulmaması halinde idari yaptırım uygulamaya yetkili kılınmıştır. EHK’nın 60.maddesi hükmü incelendiğinde; idari yaptırımların ayrıntılı bir şekilde düzenlenmemiş ve muhtemel aykırılıklara karşı uygulanacak yaptırım olarak “gerekli tedbirler” şeklinde BTK’nın takdir alanını genişleten bir ifade kullanıldığı görülmektedir. BTK tarafından çıkarılan düzenlemelerle bu alan doldurulmaya çalışılmıştır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi bu şekilde düzenlenen idari yaptırımların hukuka aykırı olmadığına karar vermiş olsa da, BTK’nın mevzuat ihlallerin neredeyse tamamını yönetmeliklerde belirlemesi kanunilik ilkesini aykırıdır.

EHK'nın 60.maddesine dayanılarak BTK tarafından çıkarılan Yaptırımlar Yönetmeliği ile elektronik haberleşme sektörüne ilişkin BTK tarafından uygulanacak idari yaptırımlar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu yönetmelik, sektörde işletmecilerin ihlal niteliğinde olan davranışlarına uygulanacak olan genel bir düzenlemedir.

Elektronik haberleşme mevzuatında EHK dışında başka kanunlarda ve ikincil düzenlemelerde de idari yaptırımlara yer verilmiştir. Bu yaptırımların büyük bir çoğunluğu yine BTK tarafından uygulanmaktadır. BTK'nın işletmecilere uyguladığı idari yaptırımlar arasında en çok başvuru yapılan yaptırım türü idari para cezasıdır. Elektronik haberleşme sektöründe uygulanacak olan cezaların büyük bir çoğunluğu üst sınırı belirlenmiş nitelikte cezalardır ve BTK'ya cezaların belirlenmesi konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. BTK'nın uygulayacağı cezayı belirlerken fiil ile yaptırım arasında adil bir denge kurması ve uygulanan yaptırımın ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturmadığına dikkat etmesi gerekir. Ayrıca, uygulanan idari para cezalarında hangi nedenlerle üst sınıra veya alt sınıra yaklaşarak ceza verildiğinin belirtilmesi gerekir. Aksi durumda, idari yargı organı tarafından işlemin iptaline karar verilebilecektir.

Elektronik haberleşme hukukunda uygulanan idari yaptırımlar arasında işletmeciler açısından en ağır olan yaptırım türü ise, yetkilendirme iptali ve faaliyet izninin iptali gibi sektörde faaliyete son veren yaptırımlardır. Yetkilendirmenin iptali, yetkilendirme ile elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren tüzel kişinin bu yetkilendirmesinin Kurul kararıyla ileriye doğru ve süresiz olarak iptal edilmesi anlamına gelmektedir. İptal yaptırımları, sektörde faaliyette bulunmayı engellediğinden idari para cezaları veya diğer yaptırım türlerinden daha ağır bir yaptırımdır. Nitekim, EHK'da yetkilendirmenin iptal edilebilmesi için "*ağır kusur*" şartı aranması da iptal yaptırımının ağır ihlal oluşturan fiiller için öngörüldüğünü göstermektedir. EHK'nın 60.maddesinde hangi hallerde yetkilendirmenin iptal edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, belirlenen süre içerisinde yetkilendirme ücretinin ödenmemesi veya ağır kusur halinde yetkilendirmenin iptaline karar verilecektir. Çalışmamızda da ifade edildiği üzere, Yaptırımlar Yönetmeliği'nde düzenlenen ancak kanunda öngörülmeleyen sebepler nedeniyle yetkilendirmenin iptaline karar verilmesi halinde, idari yargı organı bu yaptırımın kanuna uygun olup olmadığını da değerlendirecektir. Bu değerlendirme sonucunda

kanuna aykırı görülerek idari yaptırımın iptaline karar verilmesi muhtemeldir. Bu sebeple, kanunda öngörülen çerçevenin dışına çıkılmaması gerekir.

İdari para cezaları ve yetkilendirmenin iptali dışında farklı nitelikte idari yaptırımlar bulunmakla birlikte uygulamada bunlara pek rastlanmamaktadır.

Elektronik haberleşme sektöründe uygulanan idari yaptırımların büyük bir kısmının yargısal denetimi idari yargı organları tarafından gerçekleştirilirken, istisnai durumlarda adli yargı organları tarafından da yargısal denetim yapılmaktadır. EHK kapsamında uygulanan yaptırımların yargısal denetiminin idari yargı organları tarafından gerçekleştirildiğini tekrar etmek gerekir.

İdari yaptırımlara karşı açılan iptal davalarında işlem unsurlarına ayrılarak incelenmekte, hukuka aykırılık tespit edilmesi halinde iptal kararı verilmektedir. İdari yaptırımlardan kaynaklanan tam yargı davalarında ise, idarenin hizmet kusuru olup olmadığı noktasından hareket etmektedir. Sektörde az sayıda bulunan idari yaptırımlar açısından ise adli yargı organı tarafından yargısal denetim yapılmakta ve bu denetimde Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanmaktadır.

İdari yargılama usulü açısından, verilen yerel mahkeme kararlarının istinaf incelemesinden geçeceğini, 117 bin TL'nin altında kalan idari para cezaları açısından istinaf aşamasında yargılamanın kesinleşeceğini, bu sınırı geçen idari para cezaları ve diğer idari yaptırımlar bakımından temyiz incelemesi yapılacağını belirtmek gerekir. Özellikle, uygulanan idari para cezalarından 117 bin TL'nin altında kalanların istinaf incelemesi sonucu kesinleşmesi yargısal denetimin makul sürede yapılmasına katkı sağlayacağı düşüncesindeyiz. Zira, elektronik haberleşme sektöründe özellikle, sürat ve değişkenlik önem kazandığından yargısal denetimin de makul süre içinde yapılması gerekir. Sektörün güven içinde çalışması ve işletmeciler ile tüketicilerin korunması bakımından önemli bir işleve sahip olan idari yaptırımların yargısal denetiminde de güçlü gerekçelerle, istikrarlı ve tatmin edici nitelikteki kararlar verilmesi kamu yararına hizmet edecektir.

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU, Tekin, Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi, Amme İdaresi Dergisi, C.15, Sy.2, 1982.

AKIN, Engin, Kabahatler Kanununda Öngörülen Yaptırım Türleri ve Zamanlaşımı Süreleri, Hakimli Hukuk Dergisi, Kazancı Yayınevi, C.7, Sy.81-82, İstanbul 2011.

AKKANAT, Halil(Ed.), Telekomünikasyon Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

AKTAN, Coşkun Can-**VURAL**, İstiklal, Telekomünikasyon Sektöründe Reform: Serbestleşme Ve Özelleştirme, Ekonomi Bilimleri Dergisi, C.6, Sy.2, 2014.

AKYILMAZ, Bahtiyar-**SEZGİNER**, Murat-**KAYA**, Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 5.Baskı, Ankara 2014.

ARDIYOK, Şahin, Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2002.

ARSLANOĞLU, Mehmet, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, İstanbul 2013, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

BALCI, Murat, Petrol Kaçakçılığı Suçları ve Petrol Piyasası Kanununda Düzenlenen Kabahatler, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

BARBIER, Frederic- **LAVENİR**, Catherine, Diderot'tan İnternete Medya Tarihi (Çev. Kerem Eksen), Okyanus Yayınları, İstanbul 2001.

BURNHAM, James, Telecommunications Policy In Turkey: Dismantling Barriers To Growth, Telecommunications Policy, Policy Paper No:11, University Center for International Studies, 2006.

CÖMERT, Faruk, AB Komisyonu İlerleme Raporu Çerçevesinde Bağımsız Düzenleyici Kurumların Durumu ve Üst Kurullar, 9 Aralık 2004, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Mayıs 2005.

CRANDALL, Robert-**HAUSMAN**, Jerry, "Competition in U.S. Telecommunications Services: Effects of the 1996 Legislation", in Deregulation of

Network Industries: What's Next? (Sam Peltzman, Jim Clifford ed.), Washington D.C., Brookings Institutions Press, 2000.

CROWLEY, David-**HEYER**, Paul, İletişim Tarihi (Çev. Berkay Ersöz), Siyasal Kitabevi, B.4, Ankara 2017.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2014.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yaptırımlar Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006.

ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, B.6, Ankara 2015.

ÇAĞLAYAN, Ramazan-**DOĞAN**, Beşir Fatih, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun Verdiği Para Cezalarının Uygulanması Sorunu Üzerine, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XII, Sy.1-2, 2008.

ÇAKAL, Recep, Doğal Tekellerde Özelleştirme Ve Regülasyon, Devlet Planlama Teşkilatı Uzmanlık Tezi, Ankara 1996.

ÇAKILCI, Diren, Rumeli Telgraf Hatları (1854-1876), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2015, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

ÇAL, Ferhan, Telekomünikasyon Sektöründe Reform Uygulamaları: Ab-Türkiye Karşılaştırması, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2012, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

DEMİRÖZ, Ali, Avrupa Birliği'nin Yeni Düzenleyici Çerçevesi Işığında Telekomünikasyon Sektörünün Düzenlenmesinde Rekabet Hukukunun Rolü, Rekabet Dergisi, Sy.15, 2003.

DİLÇİN, Cem, Yeni Tarama Sözlüğü, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1983.

ECONOMIDES, Nicholas, Telecommunications Regulation: I An Introduction, NET Institute, Working Paper No. 04-20, 2004.

EKİCİ, Şerafettin, Özel Sektöre Açıldıktan Sonra Türk Telekomünikasyon Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

EKİNCİ, Murat, Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar, Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi, Sy.3, 2017.

ERKAL, Atilla, Türk Ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1, Yıl 2009.

GOJAYEVA, Alvina, Türk Hukukunda Arabağlantı Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.61, Sy.3, Ankara 2012.

GOLENIEWSKI, Lillian-JARRETT, K. Wilson, Telecommunications Essentials, Second Edition: The Complete Global Source, Addison Wesley Professional, Indianapolis, 2006.

GÖZLER, Kemal-KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayıncılık, 16. Baskı, Bursa 2015.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref-TAN, Turgut, İdare Hukuku, Cilt II, Turhan Kitabevi, 7. Baskı, Ankara 2014.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, B.34, Ankara 2016.

GROTE, Daniel, Regulation In The US Telecommunication Sector And Its Impact On Risk, The Centre for Market and Public Organisation University of Bristol, UK 2006.

GÜÇLÜ, Yaşar, İdari Para Cezalar ve Diğer İdari Yaptırımlar, Seçkin Yayıncılık, 3.Baskı, Ankara 2016.

GÜLŞEN, Ahmet Zafer, Telekomünikasyon Sektöründe Özelleştirme, Serbestleşme Ve Düzenlemelerin Etkilerinin Analizi: OECD Ülkelerine Yönelik Uygulamalar, Ankara 2014, (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, 10.baskı, Ankara 2005.

HALAÇOĞLU, Yusuf, Osmanlılarda Ulaşım ve Haberleşme(Menziller), PTT Genel Müdürlüğü, Ankara 2002.

- HELHEL**, Selçuk, Haberleşme Kuramı I, Birsen Yayınevi, İstanbul 2017.
- ILGIN**, Aycan, Elektronik Haberleşme Mevzuatında İşletmecilerin Mali Yükümlülükleri, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- INTVEN**, Hank-**TETRAULT**, McCarty, Telecommunications Regulation Handbook, The World Bank, Washington 2000.
- İÇÖZ**, Özge, Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2003.
- İSBİR**, Begüm, Bilgi Teknolojileri Ve İletişim Kurumu'nun Uzlaştırma Yetkisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIV, Sy.1, 2010.
- KALABALIK**, Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Sayram Yayınevi, B.7, Konya 2015.
- KARABULUT**, Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- KARADENİZLİ**, Dilek, Elektronik Haberleşme Endüstrisinde Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, 2010.
- KARAKAŞ**, Mehmet, Devletin Düzenleyici Rolü ve Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler, Maliye Dergisi, Sy.154, Ocak-Haziran 2008.
- KAYA**, Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, Oniki Levha Yayıncılık, B.2, İstanbul 2014.
- KENT**, Bülent, Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, Ankara 2012.
- KESTANE**, Doğan, Kamu Kesiminde İdari Kuruluşların Genel Görünümü ve İdari Yapıda Yeni Organizasyonlar Olarak Bağımsız İdari Otoriteler (Üst Kurullar), Maliye Dergisi, S. 139, Ocak-Nisan 2002.
- KÜZECİ**, Elif, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.

LAM, P.Lee- SHIU, Economic Growth, Telecommunications Development And Productivity Growth Of The Telecommunications Sector: Evidence Around The World, Telecommunications Policy, C.34, S.4, 2010.

MORGÜL, Avni, Elektronik ve Haberleşme Mühendisliğine Giriş, Papatya Yayıncılık, B.2, İstanbul 2016.

OECD, Communications Outlook 2013.

OECD, Regulatory Reform in United States, 1999.

OECD, Regulatory Reform in United Kingdom, 2002.

OĞURLU, Yücel, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Seçkin Yayıncılık, 2.Baskı, Ankara 2001.

OĞURLU, Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

OĞUZMAN, M. Kemal-**SELİÇİ**, Özer-**ÖZDEMİR OKTAY**, Saibe, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005.

OSKAY, Ünsal, İletişimin ABC'si, Der Yayınları, İstanbul 2001.

ÖZ, Gamze-**GÜL**, İbrahim-**CANTÜRK**, İsmet, Rekabet ve Küreselleşme Olgusu Karşısında Devletin Rolü, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2008.

ÖZAY, İl Han, İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1985.

ÖZCAN, İdil, Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Denetlenmesi, Uygulanan İdari Yaptırımlar ve Bunların Yargısal Denetimi, Ankara 2010, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

ÖZCAN, İdil, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Öngörülen İlkeler Bağlamında Elektronik Haberleşme Sektöründe Düzenleyici ve Denetleyici Kurum Tarafından Uygulanan Yaptırımlar(Uygulanan Yaptırımlar), Ankara 2011, (Yayımlanmamış BTK Uzmanlık Tezi).

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Haberleşmenin Gizliliği ve Kişisel Veriler, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIII, Sy.1-2, 2009.

ÖZELÇİ, Aytaç, Elektronik Haberleşme Alanında İdarenin Düzenleme, Denetleme ve Yaptırım Yetkisi, İstanbul 2012, (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

ÖZEN, Mustafa, İdari Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

ÖZTÜRK, Burak, Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, Sy.1, Ankara 2009.

ÖZTÜRK, Serdar, Osmanlı'da İletişimin Diyalektiği, Phoenix Yayınevi, Ankara 2010.

PAULIAT, Helene, Karşılaştırmalı Hukukta Bağımsız İdari Otoriteler (Çev: Mahmut Göçer), Bağımsız İdari Otoriteler, (Ed. İ. Kaboğlu), Alkım Yayınları, İstanbul 1999.

SAK, İzzet-**ÇETİN**, Cemal, XVII. ve XVIII. Yüzyıllarında Osmanlı Devleti'nde Menziller ve Fonksiyonları: Akşehir Menzilleri Örneği, Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Sayı:16, Konya 2004.

ŞAHİN, Cenk, Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon" ve Türk Hukukuna Yansımaları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

TAŞKIN, Cebail, Ağ Teknoloji ve Telekomünikasyon, Pusula Yayıncılık, İstanbul 2009.

TEZCAN, Durmuş, İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İzmir 2001.

TEZCAN, Durmuş- **ERDEM**, Mustafa Ruhan- **SANCAKDAR**, Oğuz- **ÖNOK**, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.

TÖZER, Ayhan, Genişbant İnternet Hizmetlere Piyasasında Düzenleme, Rekabet Ve Düzenleyici Kurum Politikalarının Değerlendirilmesi, Rekabet Dergisi, Sy.12/1, 2011.

TUTAR, Hasan- **YILMAZ**, Kemal-**ERDÖNMEZ**, Cumhuriyet, Genel ve Teknik İletişim, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2004.

ULUSOY, Ali, İdari Yaptırımlar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

ULUSOY, Ali, Telekomünikasyon Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

ULUSOY, Bağımsız İdari Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.

ULUSOY, Ali, Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri, Amme İdaresi Dergisi, C.31, Sy.2, 1998.

ULUSOY, Ali, Telekomünikasyon Alanındaki Ara Bağlantı Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği, 2001.

URAN, Emrah, Türkiye'deki Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

US, Eser, Hukuki Boyutuyla Evrensel Hizmet, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

UZ, Bilge, Elektronik Haberleşme Sektöründe Açık Hatlar Sorunu Ve Düzenleyici Kararların Etkileri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013.

WALDEN, Ian, Telecommunications Law And Regulation, Oxford University Press, Third Edition, UK 2009.

WALSTEN, Scott, Telecommunications Regulation in United States: Its Rise and Impacts in the Early Twentieth Century, AEI-Brookings Center for Regulatory Studies, 2006.

YALÇIN İsmail, Kabahatler Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.

YAŞAR, Hasan Nuri, İdare Hukuku, Der Yayınları, 2.Basım, İstanbul 2014.

YAZICI, Nesimi, "II. Mahmud Döneminde Menzilhaneler: "Ref'-i Menzil Bedeli", Sultan II. Mahmud ve Reformları Semineri, Edebiyat Fakültesi Basımevi, İstanbul 1990.

YILDIZ, Mustafa Göktürk, Son Kullanıcı ile Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

YILMAZ, Dilşat, İdari İşlemin İcraîlik Özelliği, Astana Yayınları, Ankara 2014.

YILMAZ, Kamil, Türk Telekomünikasyon Sektöründe Reform: Özelleştirme, Düzenleme ve Serbestleşme, Koç Üniversitesi, İstanbul 1999.

Elektronik Kaynaklar

(<https://tr.wiktionary.org/wiki/karguy>)

(<http://www.tdk.org.tr>)

(<http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c22/c220089.pdf>)

(www.ptt.gov.tr/tr/kurumsal/tarihce.php)

(https://unstats.un.org/unsd/cr/registry/docs/CPCv2_structure.pdf)

(<http://www.kazancı.com/kho2/ibb/giris.htm>)

(<https://hudoc.echr.coe.int/tur>)

(<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>)

(<https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Kurul-Kararlari>)

(<http://www.oecd.org>)