

**T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**ELEKTRONİK HABERLEŞME ALANINDA İDARENİN DÜZENLEME,
DENETLEME VE YAPTIRIM YETKİSİ**

Mustafa Aytac ÖZELÇİ

Anabilim Dalı: Hukuk

Programı: Kamu Hukuku

MAYIS 2012

**T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**ELEKTRONİK HABERLEŞME ALANINDA İDARENİN DÜZENLEME,
DENETLEME VE YAPTIRIM YETKİSİ**

DOKTORA TEZİ

(0710110003)

**Tezin Enstitüye Verildiği Tarih:
Tezin Savunulduğu Tarih: 23 Mayıs 2012**

**Tez Danışmanı: Prof .Dr. Tayfun Akgüner (Yeni
Yüzyıl Üniv.**

**Diğer Jüri Üyeleri: Prof.Dr. Durmuş Tezcan
Prof.Dr. Oğuz Sancakdar (DEÜ)
Prof.Dr. İlker Çolak (Kocaeli Üniv.)
Doç.Dr. Kahraman Berk (İstanbul Üniv.)**

MAYIS 2012

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	v
GİRİŞ.....	vi

BİRİNCİ BÖLÜM

KLASİK HABERLEŞME HİZMETLERİNDEN ELEKTRONİK HABERLEŞME HİZMETLERİNE GEÇİŞ SÜRECİNDE HUKUKSAL DÜZEN

I. Cumhuriyet Öncesi Dönem: Osmanlı Devleti'nde Haberleşme Hizmetlerine Genel Bakış.....	1
II. Cumhuriyet Dönemi Haberleşme Hizmetlerine Genel Bakış.....	12
A. Cumhuriyet'in İlk Dönemlerinde Haberleşme Hizmetlerinin Yapısal Görünümü ve Hukuksal Değişimi (1980 Öncesi Dönem).....	12
B. 1980 Sonrası Türkiye'de Haberleşme Hizmetlerinin Yapısal Görünümü ve Hukuksal Rejimi.....	19
1. Radyo ve Televizyon Yayınlarında TRT Tekelinin Kaldırılması ve Haberleşme Hizmetlerinde Hukuksal Dönüşüm.....	19
2. Radyo ve Televizyon Verici İstasyonlarının PTT'ye Devri ve 3517 Sayılı Yasa'nın Anayasa Mahkemesince İptali.....	23
3. 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun Kabulü: Haberleşme Yüksek Kurulu'ndan Telekomünikasyon Kurumu'na Geçiş.....	26
4. Telekomünikasyon Hizmetlerinin Türk Telekom A.Ş'ye Verilmesi ve Özelleştirme.....	29

İKİNCİ BÖLÜM

ELEKTRONİK HABERLEŞME KANUNU'NUN GETİRDİĞİ YENİ HUKUKSAL DÜZEN

I. Genel Bakış.....	37
II. Elektronik Haberleşme Alanında Ulusal Mevzuatın Temel Dinamiği: Avrupa Birliği'nin Öngördüğü Hukuksal Düzen.....	38
III. Elektronik Haberleşme Kavramının ve İlişkili Olan Öteki Kavramların Tanımlanması, Kapsamı ve Niteliklerinin Belirlenmesi.....	57
IV. Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Regülasyonu ve Yetkili İdareler.....	68
A. Genel Olarak Regülasyon Kavramı ve Hukuksal Niteliği.....	68
B. Yetkili İdareler.....	76
1. Ulaştırma, Haberleşme ve Denizcilik Bakanlığı.....	76
2. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu	86
a. Hukuksal Statüsü ve Yapısal Özellikleri.....	86
b. Düzenleme Yetkisi ve Hukuki Niteliği.....	106
c. Gözetim, Denetim ve Yaptırım Yetkisi ile Hukuksal Niteliği.....	110
d. Uzlaştırma Yetkisi (Uyuşmazlık Çözme İşlevi).....	117
e. Danışma İşlevi (Görüş Bildirme ve Öneride Bulunma İşlevi).....	122
3. Öteki İdareler.....	123
a. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu.....	123
b. Rekabet Kurumu.....	125

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ELEKTRONİK HABERLEŞME HİZMETLERİNDE HUKUKSAL DÜZEN

I. Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Kamu Hizmeti Kuramı (Teorisi) Yönünden Değerlendirilmesi	130
II. Elektronik Haberleşme Hizmetlerine Egemen Olan İlkeler.....	152
A. Serbest rekabet ortamının sağlanması ve korunması ilkesi	153
B. Açık ve Şeffaf Olma İlkesi.....	158
C. Eşitlik İlkesi.....	160
D. Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi.....	163
E. Değişkenlik ve Uyum İlkesi.....	167
IV. Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Görülüş Yöntemleri.....	170
A. Elektronik Haberleşme Kanunu Öncesi Telekomünikasyon Hizmetlerinin Görülüş Yöntemlerine Genel Bakış.....	170
B. Elektronik Haberleşme Kanununun Öngördüğü Yeni Düzen: Elektronik Haberleşme Hizmetleri Alanında Yetkilendirme Rejimi.....	177
1. Yetkilendirme Terimi ve Rejimine Genel Bakış.....	177
2. Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Bildirim Yöntemiyle Görülmesi (Bildirim Yoluyla Yetkilendirme).....	186
a. Bildirim Yönteminin Bağlı Olduğu Esaslar.....	186
b. Bildirim Yönteminin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi.....	189
3. Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Kullanım Hakkı Verilmesi Yöntemiyle Görülmesi.....	203

a. Kullanım Hakkı Verilmesi Yönteminin Bağlı Olduğu Esaslar.....	203
b. Kullanım Hakkı Verilmesi Yoluyla Yetkilendirme Yönteminin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi.....	213
(1). Sayısı Sınırlanmamış Kullanım Hakkı Verilmesi Yoluyla Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği.....	213
(2). Sayısı Sınırlanmış Kullanım Hakkı Verilmesi Yoluyla Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği.....	224
V. Elektronik Haberleşme Alanında İdarenin Yargısal Denetimi: Görev-Yetki Konusu ile Yargılama İlke ve Kurallarının Belirlenmesi.....	233
SONUÇ	265
KAYNAKÇA	274

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
BİO	Bağımsız İdari Otorite
BEREC	Body of European Regulators for Electronic Communications
BTK	Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
CEPT	European Conference of Postal and Telecommunications Administrations
DPT	Devlet Planlama Teşkilatı
EC	European Council
EHK	Elektronik Haberleşme Kanunu
EU	European Union
GSM	Global System for Mobile
OJ	Official Journal
PTİAK	Posta ve Telekomünikasyon İdareleri Avrupa Konferansı
R.G.	Resmi Gazete
RTÜK	Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
s.	Sayfa
Sy.	Sayı
T.	Tarih
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TRT	Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu
UMTS	Universal Mobile Telecommunications System

GİRİŞ

İnsanlık tarihinde en ilkel yaşamlardan en modern yaşamlara kadar, tüm toplumsal etkinliklerin belki de en önemli ve sıkça görüleni haberleşme olmuştur. İnsanlığın varoluşundan beri kendini hissettiren iletişim, bilgi alışverişi gibi gereksinimler, insanoglunu bu gereksinimleri gidermenin yollarını aramaya yöneltmiştir. Bu bağlamda ilk çağlarda insanların, kimi zaman dumanla, kimi zaman bir hayvan ya da nesne aracılığıyla, kimi zaman da taşlara ve kayalara, belli anlamlar yüklenmiş biçimler çizerek haberleştikleri bilinen bir durumdur.

Haberleşme, insanlığın sosyo-ekonomik ve teknolojik gelişimi ve değişimiyle doğrudan etkilenen, yeniden biçimlenen, bu yönden esnek bir yapı görünümünde olan toplumsal bir olgudur. Toplumsal bir olgu olan haberleşme aynı zamanda, hukukun disiplin altına aldığı bir kavramdır. Başka bir anlatımla, hangi gerekçeyle ve yöntemle yapılıyor ya da hangi gereksinimi karşılamaya dönük olursa olsun, haberleşme etkinliklerinin bir hukuksal yönü bulunmaktadır. Bu çerçeveden bakıldığında haberleşme, yalnızca bir bilgi, ses, görüntü v.d. şeylerin aktarılmasından ibaret olan bir süreci değil, aynı zamanda hukuksal yönü de olan geniş bir süreci ifade etmektedir. Bu bağlamda klasik haberleşme araçları olarak kabul edilebilecek posta, telgraf, telsiz ya da telefondan tutun da günümüz bilişim çağı araçlarından bilgisayar, mobil telefon, internet vd. araçlarının kullanımı hep hukuksal bir düzen içinde yürütülmüştür. Örneğin, Osmanlılarda ilk başlarda yalnızca devlet bürokrasisinin ve idaresinin yararlanmasına açık olan posta hizmetleri zamanla halkın özel-kişisel kullanımına da açılmış, ancak bu durum posta hizmetlerinin nasıl yürütüleceğine ilişkin hukuksal düzenlemeleri –ki içinde kural ve yasaklar bulunan– de beraberinde getirmiştir.

Temel bir gereksinim olduğunu kabul ettiğimiz haberleşmenin nasıl düzenleneceği, hangi yöntemle, kim tarafından yürütüleceği ya da sunulacağı yine hukukun çözüm bulması gereken konulardandır. Haberleşme olgusu, giderilmesinde kamu yararı olan ortak ve süreklilik arzeden toplumsal bir gereksinim olduğu kabul edildiğine göre, bu gereksinimin nasıl ve kim tarafından giderileceği konuları da ayrıca bir düzene koyulması gerekmektedir. Bu düzenin oluşturulması, ilke ve kurallarının belirlenmesi, etkin ve verimli biçimde işlemesi egemenlik yetkisinin devredildiği devletin asli görevleri içine girmiştir. Doğaldır ki, devletlerin benimsediği yönetim sistemleri, sosyo-ekonomik yapıları ve politik yaklaşımları ve bu çerçevede oluşan temel dinamikleri, sözü edilen haberleşme hizmetlerinin nasıl bir düzen içinde yürütüleceğini de belirlemektedir. Bu bağlamda benimsenen hukuksal düzenlerin birbirinden farklı olması kaçınılmazdır. Kimi ülkelerde haberleşme hizmetleri, kamu hizmeti niteliğinde kabul edilip, bu yaklaşımdan hareketle hukuksal bir düzene koyulup, devlet eliyle kamusal tekel olarak görülürken; kimi ülkelerde de, sözkonusu etkinlikler tümüyle özel girişim özgürlüğü kapsamında kabul edilip, özel kesimce yürütülmekte; kimi ülkelerde ise haberleşme hizmetleri, kamu hizmeti olarak kabul edilmesine karşın, hizmet özel kesimce yerine getirilmektedir. Ancak benimsenen bu hukuksal sistemler yine kendi içinde değişim ve dönüşüm geçirmiştir. Örneğin Ülkemizde haberleşme hizmetlerinin tümü önceleri devlet tekelinde kamu hizmeti anlayışıyla yürütülürken, küresel ve bölgesel ölçekte uygulanan liberal ekonomik politikalar, doğal tekellerin kaldırılması, serbestleşme, özelleştirme gibi uygulamalara bağlı olarak kimi hizmetler özel kesime devredilmiş, ardından sektör, öteki özel girişimcilere de açılmıştır. Bu örnekte devlet artık işletmeci ya da operatör rolünü bırakmış, bunun yerine düzenleyici ve denetleyici (regülatör) rolü üstlenmiştir. İşte bu yaşanan durum, en belirgin olarak, eski dönem klasik haberleşme hizmetlerinden modern çağın elektronik haberleşme hizmetlerine geçişte görülmüştür.

Biz bu çalışmada kamu hukuku yaklaşımından, ilke ve kurallarından hareket ederek, elektronik haberleşme hizmetleri konusunu idare hukuku boyutuyla ele almaya çalışacağız. Bu kapsamda konu, üç bölümde ele alınacaktır.

Birinci bölümde klasik haberleşme hizmetlerinden elektronik haberleşme hizmetlerine geçişte yaşanan hukuksal süreci ortaya koymaya çalışacağız. Bu

doğrultuda geçiş sürecinde, haberleşme araçlarından (gazete ve dergi gibi yazılı basın dışında) posta, telgraf, telsiz, telefon, Osmanlı Devletinde ve ardından Cumhuriyet döneminde bunlara ek olarak radyo ve televizyon yayınlarının hangi düzen içinde ve hangi ilke ve kurallara göre yürütüldüğünü, bu bağlamda yönetsel örgütlenme modelinin nasıl değişim ve dönüşüm gösterdiğini ortaya koymaya çalışacağız. Bu kapsamda ele alınacak konular, yukarıda örneklendirilen Ülkemiz uygulamasındaki haberleşme hizmetlerinin serbestleşme sürecindeki aşamaları da ortaya koyacaktır. Bununla birlikte, Cumhuriyet döneminde yaşanan hukuksal süreç ikiye ayrılarak ele alınacaktır. Cumhuriyetin ilanından başlayan ve 1980 yılına kadar geçen süreç ilk aşama; 1980'den 2000'li yıllara kadar devam eden serbestleşme süreci ise ikinci aşama olarak ele alınacaktır. 1980'li yılların deyim yerindeyse milad olarak kabul edilmesinin en önemli nedeni küreselleşmenin etkisiyle yaşanan liberal ekonomik politikaların dünyada olduğu gibi Ülkemizde de etkisini iyice hissettirdiği, bu bağlamda ülkelerin ekonomik sistemlerini yeniden gözden geçirerek revize ettiği bir dönem olmasından kaynaklanmaktadır. Birinci bölüm, Ülkemizde telekomünikasyon (elektronik haberleşme) hizmetlerinin özelleştirilmesi konusu ele alındıktan sonra bitirilecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde 2008 yılında yürürlüğe giren Elektronik Haberleşme Kanunu ile getirilen yeni hukuksal düzenin nasıl oluşturulduğunu ortaya koymaya çalışacağız. Bu kapsamda öncelikle, Ülkemizde elektronik haberleşme alanında dağınık durumda olan pozitif hukuk metinlerinin bir araya getirilmesi ve en önemlisi Avrupa Birliğinin bu alanda öngördüğü hukuksal düzene uyum sağlanması amaçlarıyla hazırlanan Elektronik Haberleşme Kanunu'nun getirdiği düzenin temel ilke ve kurallarının, başka ifadeyle temel felsefesinin daha iyi anlaşılabilmesi için Avrupa Birliği düzenini anlatacağız. Ardından elektronik haberleşme kavramı ile bu kavramlarla bağlantılı olduğunu düşündüğümüz öteki kavramlar ele alınacaktır. Bu kapsamda yer verilecek terminoloji, elektronik haberleşmenin işleyişine ilişkin teknik ayrıntıya girilmeden sunulacaktır. Ve ardından, elektronik haberleşme hizmetlerinin regülasyonunda yetkili ve görevli idareler ile bunların temel işlevleri ve birbirleriyle olan yönetsel ilişkiler üzerinde durulacaktır.

Üçüncü ve son bölümde ise, elektronik haberleşme hizmetlerinin bağlı olduğu hukuksal düzenin temel çerçevesi çizilmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda elektronik haberleşme hizmetlerinin hukuksal niteliği, kamu hizmeti kuramı yönünden belirlenmeye çalışılacaktır. Biz bu bağlamda yapacağımız değerlendirmelerde kamu hizmeti kuramını ayrı bir başlık altında değil, doğrudan esas başlık altında konunun açıklığı kavuşturulmasıyla ilgili ve bununla sınırlı olarak ele almayı uygun gördük. Belirtmek gerekirse, bu yaklaşım çalışmanın öteki başlıklarında da uygulanacaktır. Bunun ardından elektronik haberleşme hizmetlerine egemen olan ilkelerin neler olacağı konusunu ele alacağız. Bu bölümünde ayrıca Elektronik Haberleşme Kanunu ile öngörülen, elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülüş yöntemlerini, bunların hukuksal niteliklerini, önceki uygulamaları da ele alarak ortaya koymaya çalışacağız. Son olarak bu bölümde, elektronik haberleşme hizmetlerinin yargısal denetimini, bu denetimde görev -yetki kurallarını ve ayrıca yargısal denetimde geçerli olan ilke ve kuralları belirlemeye çalışacağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

KLASİK HABERLEŞME HİZMETLERİNDEN ELEKTRONİK HABERLEŞME HİZMETLERİNE GEÇİŞ SÜRECİNDE HUKUKSAL DÜZEN

I. Cumhuriyet Öncesi Dönem: Osmanlı Devleti'nde Haberleşme Hizmetlerine Genel Bakış

Tanzimat öncesi Osmanlı Devleti'nde haberleşme aracı olarak kullanılan posta¹ hizmetleri, büyük posta yollarının devlet tarafından kendi hesabına ve olabildiğince fazla gelir getirme esasına göre oluşturulmuştu. Tanzimat'ın ilanından hemen sonra, 1840 yılında, Posta Nezareti'nin kurulmasına kadar Osmanlı Devleti'nde posta hizmetleri, menzil² eminleri, posta tatarları ve sai olarak adlandırılan ve posta, emanet v.b. şeyler getirip götüreren kişiler tarafından yerine getirilmekteydi³. Bu

¹ Şekip Eskin, "Postaya Müteallik Notlarım" da, "posta"yı şöyle tanımlamış; *mektup ve kartpostalları inhisar altında ve amme menfaatleri noktasından faydalı gördüğü bazı maddeleri inhisar haricinde olarak nakle mahsus evrensel bir müessese ve muamele*"dir. Bkz. Şekip Eskin, "Postaya Müteallik Notlarım", Sümer Basımevi, Ankara, 1940, s. 5; Posta ve postacılık; bir yere gönderilen ve bir yerden gelen mektup ve emanetlerin bütünü ve bunların yerine ulaşmasını sağlama işidir. "Türk Ansiklopedisi", Cilt XXVII, Milli Eğitim Basımevi, Ankara, 1978, s. 99- 101.

² *Menzil*; yollarda, coğrafi şartlara göre değişen mesafelerde, haberin yerine bir an önce ulaştırılması gayesiyle konaklama noktaları şeklinde kurulmuştur. Osmanlı Devleti'ndeki tanımıyla menziller, seri haberleşmeyi sağlamak, ordunun sefere çıktığı zaman dinlenmesi ve her türlü iaşesini temin etmek gayesiyle kurulmuştur. Osmanlılarda menzil sistemi hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. Yusuf Halaçoğlu, "Osmanlılarda Ulaşım ve Haberleşme (Menziller)", PTT Genel Müdürlüğü Yayınları, 2002; Osmanlılarda haberleşme sisteminin ileri ölçüde örgütlenmiş bir hali olan menzil örgütü, 16. yüzyılda o dönemin sadrazamı Lütfi Paşa tarafından kurulmuş ve merkezde menzil halifelîği adıyla bir memurluğa bağlıydı. Korkmaz Alemdar, "Türkiye'de Çağdaş Haberleşmenin Tarihsel Kökenleri", Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını, No:165, Ankara, 1981, s. 69.

³ Tanju Demir, "Türkiye'de Posta Telgraf ve Telefon Teşkilatının Tarihsel Gelişimi (1840-1920)", PTT Genel Müdürlüğü, Ankara, 2005, s. 7; Şekip Eskin, "Türk Posta Tarihi", Ulusal Matbaa,

dönem posta hizmetlerinin, genel olarak “iltizam” yöntemiyle yürütüldüğü bilinmektedir. Posta hizmetlerini iltizam yöntemiyle yürüten kişiler (mültezimler), Devlet tarafından belirlenen koşullar altında, hizmetin yürütülmesi amacıyla belirli sayıda at, araba, kayık ya da sal gibi yük hayvanı ya da araçlarını hazır bulundurmaya zorundaydılar. Bununla birlikte, bu kişiler, resmi posta hizmetlerinin yanı sıra tarifeye belirlenen bir ücret karşılığında özel posta hizmetlerini de görürlerdi. İltizam yöntemiyle posta hizmetlerini yürütenin, bu hizmetin karşılığı olarak elde edeceği gelir, önceden belirlenen orana ulaşmadığı durumlarda, hizmeti görene, “Menzilhaneler İanesi” adı altında devlet yardımı yapılırdı⁴.

Tanzimat öncesi Osmanlı Devleti'nin haberleşme hizmetlerinin modernleşmesinin ilk adımlarının 1775 yılında I. Abdülhamit döneminde atıldığı ve bu dönemde ulaklık⁵ görevi yapan tatarların, “Tataran Ocağı” adı altında tek bir örgüt olarak toplandığı bilinmektedir⁶. Ülkemizde başta posta ve telgraf olmak üzere öteki haberleşme araçlarının kullanımı, gelişim aşaması ve idari yapılanması hakkında yapılan tarihi araştırmalar ve eserlerde modern haberleşme hizmetlerine Posta Nezareti'nin kurulmasıyla başlamıştır. Osmanlı Devleti'nde, ülkedeki haberleşme hizmetlerinin bir parçası olan menzilhanelerin kiraya verilmesi yöntemi kökleşmiş ve bu yolla, haberleşme hizmetlerinde ortaya çıkan giderler azaltılmaya, devlete ait ulaştırma ve haberleşme hizmetlerinin bağlı olacağı kurallar bir disipline bağlanmaya çalışılmıştır⁷. Bu dönemde, devlet düzeninin sağlanması, posta hizmetlerinden kimlerin yararlandığının bilinmesi ve bunların denetim altına

Ankara, 1942, s. 13; Sai: Çalışan, çabalayan, hızlı hızlı yürüyen, haberci, ulak anlamına gelmektedir. Mehmet Kanar, “Osmanlı Türkçesi Sözlüğü”, Say Yayınları, İstanbul, 2008, s. 872. *Posta tatarları* ise; kendine özgü kıyafetleri bulunan ve bir menzihaneye yaklaşırken tiz sesli borularını öttürerek gelişlerini bildiren, at biniciliğinde usta kişilerdi. Osmanlılar, düzenli posta hizmetlerinden yararlanmadan önceki dönemlerde mektup, paket vb. şeylerini emanetçiler aracılığıyla gönderirdi. Sai, genel olarak bir kişinin çok önemli bir işinin çıkması ve haber ulaştırması gereken durumlarda bir bedel karşılığında tutulan, genellikle gideceği yere yaya giden kişiydi. Bkz. “*Türk Ansiklopedisi*”; s. 99- 101.

⁴ Mehmet Ali, “*Posta Mebahisi*”, Posta ve Telgraf Mecmuası, Sy.160, s.1841, aktaran: *Demir*; s. 8. Menzilhanelerin işleri, menzilci tayini, menzihaneye at, yiyecek, sürücü, hademe temini ve bütün masraflarını karşılayabilecek para, her kazanın ayan ve zabıtları tarafından halka danışılmak suretiyle sağlanırdı. Yücel Özkaya, “*18. Yüzyılda Osmanlı Toplumunu*”, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 293.

⁵ Haber götürüp getirme işi, habercilik (A.Ö). Habercilik işini yapan kişiye ise “*ulak*” denilmektedir. Ali Püsküllüoğlu, “*Türkçe Sözlük*”, Güncellenmiş 4. Baskı, Doğan Kitap, 2002, s. 1540.

⁶ Nesimi Yazıcı, “*Posta Nezaretinin Kuruluşu*”, içinde: Çağın Yakalayan Osmanlı! Osmanlı Devletinde Modern Haberleşme ve Ulaştırma Teknikleri, ed: Ekmeleddin İhsanoğlu, İlim Tarihi Kaynakları ve Araştırmaları Serisi, No: 6, İstanbul, 1995, s. 33.

⁷ Nesimi Yazıcı, “*II. Mahmut Döneminde Menzilhaneler: Ref'i Menzil Bedeli*”, Sultan II. Mahmut ve Reformları Semineri Bildirilerinden Ayrı Basım, İstanbul, 1990, s. 160.

alınması, posta yollarının güvenliğinin sağlanması ve haberleşme hizmetlerinin devletin tekelinde olmak üzere ayırım gözetilmeksizin tüm halkın yararlanması amaçlarına yönelik olarak yayınlanan bir “*Hatt-ı Hümayun*” bulunmaktadır⁸⁻⁹. Ancak bu padişah fermanı, o dönem Osmanlı Devleti’nin içinde bulunduğu sosyo-ekonomik yapı, ulaştırmada gelinen aşama ve kimi politik gelişmeler nedeniyle uygulamaya geçememiştir.

Osmanlı Devleti’nin modernleşme hareketlerinin en önemlileri arasında sayılan ve içeriği yönünden Batı hukukunun benimsendiği, padişahın egemenlik yetkisinin sınırlandırılması, yasaların üstünlüğü, gayrimüslüm halkın can ve mal güvenliğinin sağlanması başta olmak üzere, vergi ve askerlik konularında köklü düzenlemeler öngören 1839 tarihli “*Gülhane Hatt-ı Hümayun*”la¹⁰ birlikte yeni kurumlar da yerini almaya başlamıştır. Tanzimat’ın ilanı ile birlikte ortaya çıkan yeni kurumlardan biri de, 1840 yılında kuruluşu gerçekleştirilen “*Posta Nezareti*”dir. Osmanlı posta hizmetlerinin kurumsallaşmasının ilk adımı olan Posta Nezareti’nin kuruluşundan önce başlayan çalışmalar o dönemim Avrupa posta hizmetlerini bilen Mustafa Sami Efendi’nin önderliğinde yürütülmüş ve sonuç olarak idari yönden Ticaret Bakanlığı’na¹¹ gelir ve gider yönlerinden Maliye Bakanlığı’na bağlı bir posta idaresi kurulmuştur¹². Bu tarihten sonra Osmanlı Devleti’nde modern posta

⁸ Anılan Hatt-ı Hümayun’un Osmanlıca metni için bkz. *Demir*; s. 11; *Eskin (Posta Tarihi)*; s.13 vd. Türkçeleştirilmiş metin için bkz. *Yazıcı (Posta Nezareti)*; s. 35.

⁹ *Yazıcı*, bu Hatt-ı Hümayun’da her ne kadar posta sözcüğü yer almasa bile, belgenin geneline bakıldığında Padişahın isteğinin modern anlamda ve Avrupa ülkelerinde olduğu gibi bir posta örgütünün kurulması olduğunu belirtmektedir. Bkz. Nesimi Yazıcı, “*Tanzimat Döneminde Osmanlı Haberleşme Kurumu*”, içinde: 150. Yılında Tanzimat, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1992, s. 139 vd.

¹⁰ *Gülhane Hatt-ı Hümayun*, I.Tertip Düstur, C.I, s.4-7 içinde; Suna Kili, Şeref Gözübüyük, “*Sened-i İttifak’tan Günümüze Türk Anayasa Metinleri*”, Türkiye İş Bankası Yayınları, No: 269, İstanbul, 2006, s. 10-14. Tanzimat’ın ilkeleri, ülkede yaşayan herkesin Müslüman olan-olmayan ayırımı yapılmaksızın aynı hukuk kurallarına tabi tutulacağı anlamına geliyordu ki, o zamana kadar uygulanan şer’i hukukunun hükümlerine de açıkça ters düşüyordu. Gülnihal Bozkurt, “*Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*”, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1996, s.49.

¹¹ Posta Nezareti, ilk olarak Ticaret Bakanlığı’na bağlı iken daha sonraki dönemlerde sırasıyla Nafia Nezareti (günümüzde Bayındırlık ve İskân Bakanlığı) ardından Dahiliye Nezareti’ne (İçişleri Bakanlığı) bağlandıktan sonra, 1911 yılında ayrı bir bakanlık olarak yeniden yapılandırılmıştır. *Demir*; s. 15.

¹² 23 Ekim 1840 yılında kuruluşu tamamlanan Posta Nezareti, ilk olarak resmi posta işlerini üstlenmiş ve ilk posta hizmeti İstanbul-Edirne arasında yapılmaya başlanmıştır. *Yazıcı (Posta Nezareti)*; s. 41 vd.; *Eskin*, “*Türk Posta Tarihi*” adlı çalışmasında, Posta Nezareti’nin kurulması aşamasında düzenlenen ve kırkbir maddeden oluşan bir tüzüğün bulunduğunu ve bu tüzüğün içeriğinden, ekonomik yönden eski günlerini arayan Osmanlı Devleti’nin zor koşullar altında ve ilkel denilebilecek çalışma yerlerinde posta hizmetlerini başlattığı ve posta hizmetlerinin öncelikle mektup, gazete ve ciltsiz matbu evrak nakline yönelik olduğunu belirtmiştir. Bkz. *Eskin (Posta Tarihi)*; s. 17.

hizmetleri, yeni kurulan Posta Nezareti tarafından yerine getirilmiştir. Tanzimat döneminde posta örgütünün yeniden düzenlenmesiyle birlikte İstanbul'dan Anadolu ve Trakya'ya uzanan posta yollarının her birine ve ayrıca önemli merkezlere birer posta müdürü atanmıştır¹³. 1840 yılı, yalnızca Osmanlılarda modern posta hizmetlerinin kurumsallaşmaya başladığı bir dönemin başlangıcı olmayıp, aynı zamanda Türkiye'nin posta idaresinin (PTT'nin) de kuruluşu olarak kabul edilmektedir¹⁴. İlk zamanlarda devlet işlerine ait postalar ile öteki resmi postalar için İstanbul-Edirne arasında hizmet veren Posta Nezareti, 1843 yılına geldiğinde bu kez, Osmanlı Devleti'nin önemli liman kentlerinden biri olan İzmir'de bir şube açmıştır¹⁵.

Osmanlılarda Tanzimat'ın ilanından sonra kurulan modern posta örgütünün, o dönemim Avrupa devletlerinin posta idarelerine benzer bir görünümü bulunmaktaydı. Ancak şunu da belirtmek gerekir; Osmanlı Devleti'nde modern posta hizmetlerinin görülmesi 1840 yılında başlamış olmasına karşın, Avrupa'nın kimi ülkelerinde örneğin Belçika'da, düzenli posta hizmetlerinin temellerinin 1500'lü yıllarda atıldığı belirtilmektedir¹⁶. İngiltere'de ise, Londra ve Edinburgh arasında posta hizmetlerinin görülmesi amacıyla 1635 yılında, III. Edward döneminde, resmi bir posta örgütünün kurulduğu ve 1660 yılında II. Charles döneminde de "*General Post Office*" adıyla yeni bir örgütün kurulduğu ve bu örgütün haberleşme hizmetlerinin doğru ve eksiksiz yürütülmesi amacıyla geniş bir ağ oluşturduğu bilinmektedir¹⁷. Resmi posta hizmetlerini, 13. yüzyılda Paris Üniversitesi tarafından yükseköğrenim gören öğrencilerin haberleşmesi ve para taşınması amaçlarına yönelik olarak kurulan bir posta örgütü aracılığıyla yürüten

¹³ *Alemdar*; s. 105.

¹⁴ Cumhuriyet'in 70. Yılında Ulaştırma ve Haberleşme, Ulaştırma Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1993, s. 160.

¹⁵ A. Nedim Atilla, İzmir Posta Tarihi, İzmir Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayını, 2001, s. 31.

¹⁶ Murat Aydın, Osman Tural, ed., "*Geçmişten Günümüze Posta*", Ulaştırma Bakanlığı PTT Genel Müdürlüğü, Ankara, 2007, s. 83.

¹⁷ İngiltere'de kral Charles II döneminde kabul edilen 1660 tarihli "*Post Office Act*" adlı hukuksal düzenlemede, posta hizmetlerinde gerekli olan kurallar öngörülmüş, bu hizmetin yürütücüsü olacak idari yapının ve istihdam edilecek personelin görev ve sorumluluğu konularında hükümler yer almıştır. E.T. Crutchley, "*GPO (General Post Office)*", Cambridge University Press, United Kingdom, 1938, s. 32-41.; "*The Encyclopedia Americana*" International Edition, 22 vols, New York, 1967, s.428.; Alan Marshall, "*Intelligence And Espionage In The Reign Of Charles II, 1660-1685*", Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 1994, s. 78 vd.

Fransa’da ise, 15. yüzyılın ikinci yarısından sonra düzenli aralıklarda posta istasyonları kurulmuştur¹⁸.

Osmanlı Devleti’nde posta hizmetlerinin Tanzimat öncesinde esas olarak iltizam yöntemiyle yürütüldüğünü yukarıda belirtmiştik. Osmanlı Devleti’nde toprak ürünlerinden elde edilen gelirden alınan ve aşar vergisi olarak adlandırılan verginin toplanmasında, mültezim adı verilen kişiler tarafından, kesin olarak belirlenmiş olan bir ücret karşılığında ve idare ile yapılan bir sözleşme gereğince devlet adına tahsil edilmesi yöntemi olan “iltizam”¹⁹ Posta Nezareti’nin kuruluşundan sonra belli tarihler (13 Haziran 1852 ile 13 Mart 1857) arasında da posta hizmetlerinin yürütülmesinde başvurulan bir yol olmuştur. Anılan dönemler dışında posta hizmetleri, Posta Nezareti’nin kuruluşuyla birlikte devlet tekelinde yürütülmüştür. Nitekim Avrupa’da posta hizmetlerinin, 18. yüzyılın sonları ile 19. yüzyılın ilk çeyreğinden sonra devlet tekelinde yürütülmeye başlandığı görülmektedir²⁰. Osmanlılarda posta hizmetlerinin kurumsal bir yapıya kavuşturulmasının en önemli amaçları arasında, Devlet’in merkez örgütü ile iller arasındaki ilişkinin düzenlenmesi, kişilerin haberleşme haklarının korunması, bununla birlikte ticari işlerin daha hızlı ve güvenli yapılması ve böylece tüccarlar arasındaki ilişkinin sağlanmasına yönelik olduğu kabul edildiğine göre, o dönem Avrupa’da olduğu üzere, posta hizmetlerinin devlet tarafından üstlenilmesi de kaçınılmaz olmuştur²¹.

Posta Nezareti’nin kurulmasıyla birlikte posta hizmetlerinin tek bir örgüt eliyle yürütülmesi ve böylece bu alanda devlet tekeli oluşturulması sağlanmış olsa bile, Osmanlı Devleti sınırları içinde yabancı devletlerin idaresinde olan posta örgütlerinin de bulunduğu bilinmektedir. Bu ülkeler arasında öncelikli olarak

¹⁸ “The Encyclopedia Americana”, s. 428.

¹⁹ İsmet Giritli-Pertev Bilgen-Tayfun Akgüner-Kahraman Berk, “İdare Hukuku”, Dördüncü Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2011, s.1121-1122.

²⁰ Osmanlı Devleti’nin Kırım Savaşı ve bu savaşın ekonomiye etkisi, ilk kez dış borç alınması gibi nedenlerle posta hizmetleri bu yıllarda iltizama verildiği ileri sürülmektedir. Bkz. *Demir*; s. 23.

²¹ Bu durum, İstanbul ile Edirne arasında ihdas edilen ilk mektup postasının İstanbul’dan Edirne’ye 7.10.1840 tarihinde çıkarılacağına ilişkin Posta Nezareti’nin gazeteye verdiği Fransızca ilanının Türkçe tercümesinden anlaşılmaktadır. Aslı Fransızca olan bu ilanın tam metni için bkz. Asaf Tanrikut, “Türkiye Posta ve Telgraf ve Telefon Tarihi ve Teşkilat ve Mevzuatı”, Efem Matbaacılık, 1984, s. 42-43.

Avusturya, Rusya, Fransa ve İngiltere sayılabilir²². Türk posta tarihiyle ilgili yapılan arařtırmalarda²³ Osmanlı Devleti'nin, posta hizmetlerini bir düzen altında devlet tekeline almasından itibaren ÷lkedeki yabancı posta örgütlerinin kaldırılması için uğraş verdiği -örneğin "*Uluslararası Posta Birliği – Posta İttihad-ı Umumisi*"²⁴ndeki girişimleri- bu konunun hukuksal bir sorun olarak kabul edildiği belirtilmektedir. Şöyle ki; Osmanlı Devleti, Posta Nezareti'nin kurulmasıyla birlikte yabancı posta sorununu hukuksal bir sorun olarak görmüş ve egemenlik yetkisinin doğal bir uzantısı olarak haberleşme hizmetlerinin devletin kontrolünde olması gerekliliğini savunmuştur. Egemen bir devlet içinde kontrolsüz biçimde yabancı posta hizmetlerinin görülmesinin, özellikle ÷lkeye giren kaçak silahlar, patlayıcı maddeler, gümrüğe tabi eşya, altın gümüş ve öteki değerli madenler ve kimyevi maddelerin devletin egemenliğine yönelik gerek tecimsel gerekse politik yönden sakıncalar doğuracağı kabul edilmiştir. Posta hizmetlerinin devletin kontrolünde yürütölmeye başlandığı yıllar aynı zamanda Osmanlı Devleti'nin ekonomik ve politik yönden gerilemeye başladığı dönemlere rastlamaktadır. Bundan dolayı, modern, hızlı ve iyi işleyen bir haberleşme hizmeti verilmesinin gelişmiş kara ve deniz taşımacılığına bağlı olduğu bu dönemlerde, Osmanlı Devleti'nin yabancı postalarına yönelik etkili bir önlem alması da güçleşmiştir. Dönem dönem yabancı postaların kaldırılmasına yönelik kararlar alınmış olsa bile, bu konuda en önemli gelişme 1 Ekim 1914 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere kabul edilen "*İmtiyaz-ı Ecnebiyenin Lağvı Kanunu*" ile yaşanmıştır²⁵. Ancak, I. Dünya Savaşı sonrasında

²² Osmanlı Devleti'nde 1841'e kadar resmi posta idaresi olmadığından ilk başlarda yabancı posta idareleri olumlu karşılanmıştı. Daha 1721 yılında Avusturya'ya İstanbul'daki elçiliğiyle Viyana arasında düzenli bir posta hizmeti kurma hakkı verilmişti ve bir yıl sonra Rusya'ya da aynı hak verilmişti. 19. yüzyılda öteki büyük Avrupa devletleri de Osmanlı Devleti'nde kendi posta işletmelerini kurma hakkını elde etmişlerdir. Fransa 1812'de, İngiltere 1832'de, Yunanistan 1834'te, Almanya 1870'de, Mısır 1873'te ve son olarak da İtalya 1908'de. Stanford J.Shaw, Ezel Kural Shaw, "*Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye*", İkinci Cilt, E Yayınları, İstanbul, 1983, s.281-282.

²³ Osmanlı topraklarında yabancı posta örgütleri hakkında geniş bilgi için bkz. *Demir*; s. 99-110; *Tanrıkut*; s. 319 vd.

²⁴ 1874 yılında aralarında Osmanlı Devleti'nin de bulunduğu, o dönemin güçlü devletlerinden olan başta İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri, Fransa, Rusya ve İspanya'nın bulunduğu kimi devletlerin İsviçre'nin Bern şehrinde bir araya gelerek imzaladığı uluslararası bir antlaşmayla kurulan, Uluslararası Posta Birliği, ilk kurulduğu yıl olan 1874'ten 1878 yılına kadar "*General Postal Union*" adı altında etkinlik göstermişken, 1878 yılından itibaren bu kez, bugünkü adıyla "*Universal Postal Union*" olarak, uluslararası posta hizmetlerinde standartasyonu sağlayan ve toplam 191 ÷lkenin üye olduğu, hukuki statüsüyle Birleşmiş Milletlerin uzman kuruluşları arasında yer alan dünyanın ikinci en eski uluslararası organizasyondur. Bkz. <http://www.upu.int/en/the-upu/the-upu.html> (erişim tarihi: 29.8.2010).

²⁵ Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuki temellerinin atılmasında önemli yeri olan Mahmud Esad Bozkurt'un Osmanlı Devleti'nde kapitülasyonlar konusunda 1928 yılında yazdığı Fransızca eserinde kapitülasyonlar, karşılaştırmalı hukuk açısından analiz edilmiştir. Bozkurt, bu eserinde,

Osmanlı Devleti ile İtilaf Devletleri arasında imzalanan 20 Ekim 1918 tarihli “Mondros Ateşkes Antlaşması” ile Osmanlı Devleti’nde yabancı postalar yeniden işler duruma gelmiştir. Nihayet Türk posta tarihinde yabancı postaların varlığı, ulusal bağımsızlık savaşından sonra 24 Temmuz 1923 tarihinde İsviçre’nin Lausanne (Lozan) şehrinde imzalan “Lozan Barış Antlaşması” ile son bulmuştur²⁶.

Osmanlı Devleti’nin posta hizmetlerinin düzenli bir biçimde ve devlet tekelinde yürütülmeye başlandığı 19. yüzyılın ilk yarısı, aynı zamanda Avrupa’da modern haberleşmenin ilk adımlarından biri olan elektrikli telgrafın kullanılmaya başlandığı bir dönem olmuştur. Teknolojik gelişmelere paralel olarak haberleşme hizmetleri de değişime uğramış ve artık kişiler arasında haberleşme daha hızlı yapılr duruma gelmiştir. Telgraf²⁷ da hızlı haberleşmenin ilk adımı olarak insanlık tarihinde önemli bir yere sahip olmuştur. Telgrafın tarihiyle ilgili yapılan saptamalarda ya da bu terimle ilgili ansiklopedik bilgilerde, telgrafın tanımına²⁸ uyan ilk sistemin aslında 1791 yılında Fransız fizikçi Claude Chappé tarafından kurulduğu ve 1794 yılında da işletilmeye başlandığı belirtilmektedir²⁹. Her ne kadar bu sistem, o

kapitülasyonları hukuki yönden nitelendirmiş ve sonuç olarak kapitülasyonların birer anlaşma gibi incelenmesinin doğru olacağını savunmuştur. Bu görüşten hareketle Bozkurt, anılan eserinde, gerek tek yanlı gerekse iki yanlı anlaşma olarak kapitülasyonların kaldırılıp kaldırılamayacağını ayrıntılı bir biçimde ele almıştır. Yazar, Osmanlı Devleti’nde anayasal rejimin ilk kez benimsendiği yıl olan 1908’den itibaren kapitülasyonların, Osmanlılar için kabul edilemez bir duruma dönüştüğü ve bir devletin modern hukuk sisteminin bir parçası olarak anayasal bir rejime kavuşmasıyla birlikte ya da teokratik gücün yasaların düzenlenmesinde ve uygulanmasında etkisinin kaybolduğu andan itibaren egemen bir devletin kendi ülkesinde bir başka ülke yararına kabul edilen çeşitli ayrıcalıkların, artık kabul edilemeyeceği görüşündedir. Bozkurt’a göre, Osmanlı Devleti’nin kapitülasyonları kaldırması, aslında uluslararası alanda zımnen kabul gören “kapitülasyonların kaldırılmasının uygun olduğu” görüşünün yazılı olarak duyurulmasından ibarettir. Nitekim Bozkurt; kapitülasyonlar, kamu hukukunun bir parçası olarak kabul edildiğine göre, bunların kaldırılmasında yabancı devletlerin oluru almak zorunluluğunun bulunmadığı görüşündedir. Ayrıntı bilgi için bkz. Mahmud Esad, “Osmanlı Kapitülasyonları Üzerine, Tarih ve Metinlerin Işığında Kapitülasyonların Hukuki Rejimi”, 2. Bası, Çev: Ahmet Öylek, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2008.

²⁶ Düstur: Üçüncü Tertip. Cilt 5: 11 Ağustos 1339 – 19 Teşrinevvel 1340, s. 13-357’de yayımlanan Lozan Barış Antlaşması’nın 113. maddesi aynısıyla şöyledir: “*Tarafeyni Aliyeyni Akideyin, her biri kendisine tealluku cihetinden Türkiye’de ecnebi postanelerinin ilgasını kabul ettiklerini beyan ederler.*” Antlaşmanın tam metni Türk Tarih Kurumu’nun resmi internet sitesinde yer almaktadır. Bkz. <http://www.ttk.org.tr/index.php?Page=Sayfa&No=249>

²⁷ Telgraf sözcüğü Greek dilinde “tele (uzak)” ve “graphein (yazmak)” sözcüklerinin bir araya gelmesinden türemiştir. “*The Encyclopedia Americana*”, s. 328.

²⁸ İki merkez arasında, kararlaştırılmış işaretlerin yardımıyla yazılı haberlerin veya belgelerin iletimini sağlayan bir telekomünikasyon düzeni (www.tdk.gov.tr).

²⁹ Bu sistem, regülatör olarak bilinen 5 metre yüksekliğe ve 4,5 metre genişliğinde dönebilen çapraz kirişi olan bir kulelerden oluşmaktaydı ve regülatörün her iki ucundaki 2 metrelik başka bir kol sabit olduğu anda göstergeler devreye girmekte, her gösterge 45 derecelik aralıklarla yedi farklı pozisyona kadar çekebilme yeteneğine sahipti. Göstergeleri taşıyan regülatör kolunun dört olası yönelimi vardı. Bu sistemin işlerlik kazanabilmesi amacıyla her 230 km uzaklıkta bir istasyon (toplamda istasyon sayısı 15’e ulaşmıştır) kurulmuştu. Ken Beauchamp, “*History Of Telegraphy*”, The Institution Of

dönemin teknolojisi düşünüldüğünde başarılı olmuş ise de sistemin kuruluşunun ve işletilmesinin, Fransız Devrimi'nin yaşandığı tarihlere rastlaması, bu istemin işlerliğini pek de olumlu etkilememiştir³⁰. Telgrafın kullanımında yaşanan en önemli gelişmenin, aslında Amerikalı bir ressam olan Samuel Morse tarafından elektromıknatıslı telgraf ile bu telgrafın kodlarının icat edilmesi genel bir kabuldür.

Osmanlılarda telgrafın ilk kez kullanımı 19.yüzyılın ilk başlarına rastlamaktadır. Osmanlı Devleti'nin 1855 yılında Avrupa'ya bir telgraf hattıyla bağlanmasından önce, 1828-1829 yılları arasında (II. Mahmut döneminde), Osmanlı-Rus savaşı nedeniyle Boğaziçi'nde basit biçimiyle bir telgraf hattı kurulmuştur. Osmanlı Devleti'nde telgrafın benimsenmesinde önemli etkenlerden biri olarak hükümdarların, taşra örgütünü oluşturan illerin idaresinin kontrol altında tutmasında kolaylık sağlayacak olması ve bu sistemin az bir maliyetinin bulunması gösterilse de³¹, Osmanlı Devleti'nde telgrafın kullanılmaya başlanmasında en önemli etken savaşlar olmuştur. Nitekim 1854 yılında başlayan Kırım Savaşı'nda Fransa ve İngiltere'nin destekleriyle cephe ile karargah arasında haberleşmenin sağlıklı ve çabuk biçimde sağlanması amacıyla ilk telgraf hattı kurulmuştur³². Kırım Savaşı'nda Osmanlı Devleti'ni o dönem Rusya'ya karşı destekleyen Fransızlar ve İngilizler, Osmanlı telgraf idaresinin de kuruluşunda önemli bir rol üstlenmişlerdir. Şöyle ki; belirtilen dönemde İngiliz ve Fransız hükümetleri ekonomik ve politik nedenler dolayısıyla İstanbul-Edirne-Şumnu (bir Bulgar ili, A.Ö) ile Edirne-Filibesofya-Niş (bir Sırp ili, A.Ö) illeri arasında bir telgraf hattı kurulması çalışmalarına başlamışlar ve Fransızlar tarafından verilen öneri³³ kabul edilerek, gerekli tüm çalışmalar bir Türk yetkilinin başkanlığında kurulan komisyonca yürütülmüştür.

Engineering And Technology, History Of Technology Series 26, London, UK, 2008, s. 6-8; Şekip Eskin, "Türk Telgraf ve Telefon Tarihi", içinde: Türk Posta Tarihi, Ulusal Matbaa, Ankara, 1942, s. 54.; "The Encyclopedia Americana", s. 329 vd.

³⁰ Lewis Coe, "The Telegraph", McFarland & Company, Inc., North Carolina, USA, 2003, s. 5-6.

³¹ Demir; s. 51. Osmanlılarda telgrafın kullanılmaya başlanmasına merkezi yönetimin güçlendirilmesi ve böylece geniş bir coğrafyanın idaresinin etkin, hızlı ve denetlenebilir bir yapıya kavuşturulması amacıyla, Osmanlı Devleti'nde ticaretle uğraşan işadamlarının, ticari işlerinde hızlı haberleşme isteklerinin de etkisinden sözedilmektedir. Bkz.Roderic H. Davison, "Osmanlı İmparatorluğu'na Elektrikli Telgrafın Girişi", çev: Durdu Mehmet Burak, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, 2003, Sayı: 14, s. 380 vd.

³² Mustafa Kaçar, "Osmanlı Telgraf İşletmesi", ", içinde: Çağını Yakalayan Osmanlı! Osmanlı Devletinde Modern Haberleşme ve Ulaştırma Teknikleri, ed: Ekmeleddin İhsanoğlu, İlim Tarihi Kaynakları ve Araştırmaları Serisi, No: 6, İstanbul, 1995, s.46-48; Alemdar; s.106; Demir; 51-54; Eskin (Türk Telgraf ve Telefon Tarihi); s.54-55

³³ Fransızların telgraf hattı kurulmasına yönelik bu önerinin kapsamı hakkında bkz. Kaçar; s. 55 vd.

Ekim 1854 yılında kurulan bu komisyon, aynı zamanda Osmanlı Telgraf İdaresi'nin de kuruluş çalışmalarını yürütmüştür³⁴.

Osmanlı Devleti'nde posta hizmetlerinde yabancılara tanınan imtiyazlara benzer biçimde telgraf hizmetlerinde de yabancılara söz hakkı bulunmaktaydı. Bunlardan en önemlisi o dönemin dünya haberleşme ağının büyük bir bölümünü elinde bulunduran İngilizlere tanınan ayrıcalıktı. Bir İngiliz ortaklığı olan "*Eastern Telgraf Şirketi*"ne İstanbul'dan Selanik'e telgraf hattı çekmek konusunda bir imtiyaz tanındığı tarihi kaynaklarda belirtilmektedir. Hatta bu ortaklığın Osmanlı Devleti'nin resmi kuruluşu olan telgraf idaresiyle hizmetlerin ücretlendirilmesi konusunda rekabet ettiği ve bu nedenle Osmanlı telgraf idaresinin zarara uğradığı da bilinmektedir. Osmanlı telgraf sisteminin temelini yabancılar tarafından atılması, bu sistemin bakım ve onarımının yapılması aşamasında dışa bağımlılık, devlet güvenliği açısından ortaya çıkabilecek sorunlar gibi gerekçelerle Osmanlı Devleti, bu alanda kimi düzenlemeler yaparak telgraf hizmetlerinde dışa bağımlılığı ortadan kaldırmaya çalışmıştır. Bu düzenlemelerden en önemlileri, telgraf hizmetlerinin görülmesinde istihdam edilen görevlilerin yetiştirilmesi ile sistemin bakım ve onarımının yerine getirilmesi amaçlarıyla kurulan "*Telgraf Mektebi*" ve telgraf fabrikalarıdır³⁵.

Osmanlı Devleti'nde Telgraf Nezareti'nin kurulmasıyla birlikte, posta hizmetleri ile telgraf hizmetleri ayrı kuruluşlar tarafından yerine getirilmeye başlanmış ve bu durum, 1871 yılına kadar devam etmiştir. 1871 yılında Osmanlı Devleti, her iki haberleşme hizmeti için ayrı kuruluşlarda personel istihdamının getirdiği mali yükü azaltmak ve yönetimi tek bir çatı altında birleştirmek amacıyla Posta Nezareti ile Telgraf Nezareti'nin birleştirilmesine karar vermiştir. Posta ve Telgraf Nezareti adı altında birleşen her iki kurum, bir bakanlığa (Dahiliye Nazırlığı) bağlanmış ve ardından posta ve telgraf işlerinin yürütülmesi için iki ayrı başmüdürlük kurularak haberleşme hizmetleri bu yeni idari yapı tarafından yerine getirilmeye

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Demir*; s. 53-54; *Kaçar*; s. 48-49; *Cumhuriyet'in 70.Yılında Ulaştırma ve Haberleşme*; s. 161; *Eskin (Türk Telgraf ve Telefon Tarihi)*; s.54 vd.

³⁵ *Demir*; s. 59 vd.; *Davison*; s. 365 vd.

başlanmıştır³⁶. Aslında, Posta ve Telgraf Nezareti'nin kurulmasıyla birlikte, bu kurumun başına bir nazırın atandığı bilinmektedir. Posta ve Telgraf Nazırlığı olarak da kayıtlarda yer edinen bu kurum, gerçek anlamda kabinede yer alan bir bakanlık değil, genel müdürlük biçiminde örgütlenen ve biraz önce de ifade edildiği üzere taşrada müdürlüklerden oluşan bir idari yapıdaydı. Osmanlı Devleti'nde İkinci Meşrutiyet'in ilanından sonra, 1909 yılında, Posta ve Telgraf Nezareti'nin Maliye Bakanlığı'na bağlanmasına karar verilmiştir. Bu yeni dönemde, henüz telefon hizmetleri kurulmamış olmasına karşın, Nezaret'in adı, "*Posta ve Telgraf ve Telefon Müdüriyet-i Umumiyesi*" olarak değiştirilmiştir. 1909 yılından itibaren bir genel müdürlük olarak haberleşme hizmetlerini yürüten "*Posta ve Telgraf ve Telefon Müdüriyet-i Umumiyesi*", 1911 yılına gelindiğinde bu kez, kabineye dahil bir bakanlık olarak yeniden yapılandırılmıştır. "*Posta ve Telgraf ve Telefon Nezareti*" olarak adlandırılan bu bakanlık, Osmanlı Devleti'nin I. Dünya Savaşı sonrasında içine girdiği ateşkes döneminde yaşadığı sosyo-politik karmaşadan etkilenmiş ve o dönemin yönetimi tarafından yeniden bir genel müdürlük olarak haberleşme hizmetlerini yürütmüştür. Bununla birlikte, Osmanlı Devleti'nin başkenti olan İstanbul'un, savaşın galip güçleri tarafından 1920'de işgal edilmesinden sonra başlayan ulusal bağımsızlık mücadelesi döneminde, Osmanlı Devleti'nin haberleşme örgütünün dışında yeni bir haberleşme örgütü kurulmuştur. 1920 yılında Büyük Millet Meclisi'nin açılmasından hemen sonra, yeni Türk Devleti'nin İçişleri Bakanlığı'na bağlı olan "*Posta ve Telgraf Bürosu*" kurulmuş ve ardından bir genel müdürlük olarak örgütlenerek o dönemin haberleşme hizmetlerini yerine getirmeye başlamıştı³⁷.

Osmanlılarda telgrafın kullanılmaya başlanmasına ve haberleşme alanında modern çağın en önemli icatlarından biri olarak gösterilen ve haberleşmede bir çığır açan telefon oluşturmaktadır. Tarihsel sürece bakıldığında, 1876 yılında İskoçyalı bir bilim adamı olan Alexander Graham Bell'in telefonu icat etmesinden önce de, 1820'li yıllarda, telefonun icadına öncülük edecek olan kimi çalışmalar yapıldığı görülmektedir. Bunlardan en önemlisi, 1861 yılında Philip Reis adlı bir Alman

³⁶ Posta ve Telgraf Nezareti'nin genel idaresi için hazırlanan genelgede, posta ve telgraf başmüdürlüklerin görev, yetki ve sorumluluklarının neler olduğu, merkez yönetim ile taşralardaki örgütlenmenin nasıl oluşacağı ve benzeri konular ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Bkz. *Tanrıkut*; s. 266-267.

³⁷ bkz. *Demir*; s.159 vd.

bilim adamının titreyen bir levha temelinde dayalı olarak işletmeye çalıştığı aletiyle bazı tınıları (insan sesleri dışında) iletmeyi başarması gösterilebilir³⁸.

Osmanlılarda telefonun haberleşme hizmetlerinde kullanılmaya başlanması ilk kez 1877 yılına rastlamaktadır. 1877 yılı, telgraf hizmetlerinin kaynak gereksinimi karşılamak amacıyla kurulan telgraf fabrikalarında bir telefon makinesinin yapıldığı ve denemelere başlandığı yıl olarak kabul edilmektedir. İlk telefon hattı telgraf fabrikası ile yönetim merkezi olan Nezaret arasına çekilmiştir. 1881 yılına gelindiğinde, İstanbul'da haberleşme merkezleri arasında (örneğin, Soğukçeşme, Yeni Cami ve Galata'da bulunan merkezler) birkaç telefon hattının kurulduğu görülmektedir. Ancak, Osmanlılarda telefonun haberleşme hizmetlerinde kullanılması II. Abdülhamit döneminde sekteye uğramıştır. O dönemin sosyo-politik yapısı, devlet yönetiminde baskıcı bir yapının oluşması gibi nedenlerle, her türlü elektrikli haberleşme sistemlerinden çekinilir duruma gelmiş ve bu yapı, 1908 yılına yani II. Meşrutiyet'in ilanına kadar kendisini hissettirmiştir. 1908 yılından sonra, Osmanlı haberleşme hizmetlerinde telefon yeniden kullanılmaya başlanmıştır. Bununla birlikte, Osmanlı Devleti'nin o günkü politikası, telefon hizmetlerinin devlet tekelinde yürütülmesini öngördüğünden, özel kişilere bu alanda imtiyaz tanınmamıştır. Bu yönetim anlayışı, telefon hizmetlerinin sunulmasının çok yüksek maliyet gerektirmesi karşısında geçerliliğini yitirmiş ve bu kapsamda telefon hizmetlerinin özel kişilerce yürütülmesi amacıyla, devlete ait telefon kullanım hakkının yanı sıra halk tarafından kullanılacak telefon santrallerinin kurulması için 1911 yılında bir yasal düzenleme yapılmıştır. Bu tarihten sonra telefon hizmetlerinde tanınan en geniş imtiyaz, Amerikan, İngiliz ve Fransız ortaklıklardan oluşan bir konsorsiyuma verilmiştir. Hükümete ait telefon ağlarının kapsam dışında tutulduğu bu imtiyaz sözleşmesi gereğince "*Dersaadet Telefon Anonim Şirketi*" kurulmuş ve bu ortaklığa 30 yılı süreyle imtiyaz verilmiştir³⁹.

³⁸Herbert N. Casson, "The History Of The Telephone", <http://www.1stworldpublishing.com/ebooks/e1-4218-0952-4.pdf>, s. 63, (erişim tarihi: 4.10.2010); Lewis Coe, "The Telephone And Its Several Inventors", McFarland & Company, Inc., North Carolina, USA, 1995, s. 16-24; Aliye Öney, "Türkiye'de Telefon Teşkilatının Kuruluşu", içinde: Çağın Yakalayan Osmanlı! Osmanlı Devletinde Modern Haberleşme ve Ulaştırma Teknikleri, ed: Ekmeleddin İhsanoğlu, İlim Tarihi Kaynakları ve Araştırmaları Serisi, No: 6, İstanbul, 1995, s. 122; *Demir*; s. 155.

³⁹ Osmanlı Devleti'nde telefon hizmetlerinin görülüş yöntemleri ile yapısal değişimi hakkın ayrıntılı bilgi için bkz. Öney; s. 123-127; *Demir*; s. 155-158; *Eskin (Türk Telgraf ve Telefon Tarihi)*; s. 66-67.

II. Cumhuriyet Dönemi Haberleşme Hizmetlerine Genel Bakış

A. Cumhuriyet'in İlk Dönemlerinde Haberleşme Hizmetlerinin Yapısal Görünümü ve Hukuksal Değişimi (1980 Öncesi Dönem)

Ulusal bağımsızlık mücadelesi döneminde başlayan ardından Cumhuriyetin ilanı ve yeni devlet sisteminin benimsenmesine kadar geçen süreçte haberleşmenin savaş koşullarında stratejik önem taşıması nedeniyle Atatürk tarafından 6 Nisan 1920 yılında Anadolu Ajansı kurulmuş ve bu kuruluş ulusal bağımsızlık mücadelesinde Anadolu ve Trakya'ya doğru ve eksiksiz haber gönderilmesine hizmet etmiştir⁴⁰. Öte yandan yukarıda da belirtildiği üzere, İstanbul'un I. Dünya Savaşının galip güçleri tarafından 1920'de işgal edilmesinden sonra Anadolu'da başlayan bağımsızlık mücadelesi döneminde, yabancı devletlerin kontrolünde bulunan Osmanlı Devleti haberleşme örgütünün dışında yeni bir haberleşme örgütü de kurulmuştur. "*Posta ve Telgraf Bürosu*" adı altında kurulan bu örgüt geçici bir dönemde hizmet vermiş ve TBMM'nin kuruluşuyla birlikte İçişleri Bakanlığı'na bağlanmış ve ardından yerini PTT'ye bırakmıştır.

1923'te cumhuriyetin ilanı birlikte başlayan yeni devlet düzeninde ekonomik yapı 1923-1933 yıllarında liberal ekonomiye dayandırılmaya çalışılmıştı. Bu yeni yapıda, devletin yalnızca özendirici (teşvik edici) bir rol üstelenmesi ve ekonomide özel girişimin (teşebbüsün) önünü açacak nitelikte yeni politikalar kabul edilmişti. Bu kapsamda olmak üzere 1923 yılında İzmir'de toplanan I. İktisat Kongresinde yeni kurulan cumhuriyet rejiminin benimseyeceği esas ilkeler kabul edilmiştir. Bu Kongrede alınan kararlara bakıldığında genel olarak devletin, ekonomik politikaları belirleyerek özel girişimi desteklemesi, yerli sanayinin kurulması, bankacılık hizmetlerinin başlaması, ulaşım ağının (demiryolu başta olmak üzere) iyileştirilmesi ve en önemlisi yabancı tekellerin ya da imtiyazları tümüyle kaldırılması konularına

⁴⁰ Anadolu Ajansı'nın resmi internet sitesinde, Anadolu Ajansı'nın 6 Nisan 1920'de kurulduğu ve bu kurumun o dönemde yayımlanan yasa, genelge, emir ya da direktifleri duyurarak ulusal mücadelede önemli bir görev üstlendiği belirtilmektedir. Kurumun tarihçesi hakkında geniş bilgi için bkz. <http://www.aa.com.tr/tarihce/> (erişim tarihi: 01.10.2011). İlk yerli haber ajanlarının tarihsel kökenleri 1911 yılına dayanmaktadır. 1911 yılında kurulan "Osmanlı Telgraf Ajansı" kayıtlara geçen ilk yerli ajans olmuştur. Bu Ajansın kuruluş tarihinden kısa bir süre sonra 1914'de "Osmanlı Milli Ajansı" ve ardından da 1920'de "Hava-Reuters Ajansı" kurulmuştur. Yasemin İnceoğlu, "Haber Ajansları", Ders Notları, İstanbul, 1993, s.70-71.

ilişkin olduğu görülmektedir⁴¹. Cumhuriyetin ilk yıllarında izlenen ekonomi politikaları, gerek bu çalışmanın konusunu oluşturmaması gerekse başka bir çalışmada ayrıca incelenmesi gerekliliği nedenleriyle üzerinde ayrıntılı olarak durulmayacaktır ancak cumhuriyetin ilk yıllarında her ne kadar özel girişimi destekleyici ya da özendirici kararlar alınmışsa da bu dönemde, devletin kimi konularda doğrudan hizmeti üstlenmesi gerekliliği anlayışı ve bu kapsamda haberleşme hizmetlerinin devlet tekelinde yürütülmesi konusu üzerinde durulması gerektiği kanısındayız. Şöyle ki, Osmanlı Devleti'nin haberleşme sistemi ve örgütsel yapısı içinde yabancı devletlerin söz hakkına sahip olduğu ve ülkede yabancılara ait haberleşme ağlarının kurulduğunu yukarıda ele almıştık. Yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti Devleti, tam bağımsız ve egemen bir ülke olarak, haberleşme hizmetlerinin yürütülmesinde bir önceki sistemin tam tersine yabancılara tanınan imtiyazlara geçit vermemiş ve bunu Lozan Antlaşmasında akit devletlere kabul ettirmiştir. Artık cumhuriyet döneminde Türkiye'de haberleşme hizmetleri devlet tekelinde yürütülmeye başlanmıştır.

Haberleşme hizmetlerinin devlet tekelinde yürütülmesi gerekliliği yeni idari örgütün kurulmasını da zorunlu kılmıştır. Cumhuriyet döneminin ilk yıllarında kurulan ve ülkedeki haberleşme hizmetlerini yerine getirmekle görevli olan idari örgüt aslında, temelleri 1840 yılında atılan ve ardından 1909 yılında "*Posta ve Telgraf ve Telefon Müdüriyet-i Umumiyesi*" adıyla yeniden örgütlenen kurumun bir devamı niteliğindedir. Yeni haberleşme örgütü ilk başlarda öncekine benzer biçimde merkezi idareye (bakanlık) bağlı bir genel müdürlük biçiminde örgütlenmiştir⁴².

Cumhuriyetin ilk yıllarında kabul edilen 4 Şubat 1924 tarih ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu haberleşme alanında kabul edilen temel bir yasa durumunda olmasının yanı sıra bu alandaki idari örgütlenme serüveninin de ilk adımı olmuştur⁴³.

⁴¹ Geniş bilgi için bkz. "*İzmir İktisat Kongresi: 17 Şubat-4 Mart 1923*", İzmir Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, 2001, s.9-33.

⁴² 1923-1938 tarihleri arasında posta idaresinin örgütleniş biçimi hakkında geniş bilgi için bkz. Reşat Alşan, "*Cumhuriyetin Kuruluşu ve İlk Onbeş Yılında PTT İşletmesi*", Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Sayı 17, Cilt:VI, Mart 1990, <http://www.atam.gov.tr/index.php?Page=DergiIcerik&IcerikNo=858>(erişim tarihi:2.10.2011)

⁴³ Cumhuriyet döneminin haberleşme hizmetleri (posta) ile ilgili ilk yasal düzenleme 26 Aralık 1923 gün 376 sayılı Yasayla yapılmıştır. Bu Yasa'da posta hizmetlerinde görev tanımı yapılmış ve posta hizmetlerinin görülmesinde bir "posta idaresi"nin kurulduğu belirtilmiştir. Yasanın özgün metni için bkz.

406 sayılı Yasa'ya göre, Türkiye Cumhuriyeti Devleti sınırları içinde telefon, telgraf ve telsiz (bkz. 9.6.1937 tarih ve 3222 sayılı Telsiz Kanunu, md.1) işletmeleri kurulması ve işletilmesi devlet tekeline alınmış ve bu kapsamda bu hizmetlerin görülmesi konusunda posta, telefon ve telgraf idaresi kurulmuştur⁴⁴. Bunun yanında, devlet tekeline alınan haberleşme hizmetlerinin görülüş yöntemi olarak "imtiyaz" ile "ruhsat-izin" yöntemi de kabul edilmiştir (bkz. md.2). Bu Yasa'da ayrıca İdarenin, imtiyaz ya da ruhsat yöntemi ile haberleşme hizmetini üstelenecek kişi ya da kuruluşu denetleme yetkisinin bulunduğu da hüküm altına alınmıştır (bkz.md.3/B).

Haberleşme hizmetlerinin devlet tekeline alınması ve idari örgütlenmenin tamamlanması ile birlikte başlayan süreç 1933 tarihe kadar genel müdürlük örgütlenme biçimiyle devam etmiş ve bu dönemde haberleşme idaresi İçişleri Bakanlığına bağlanmıştır. Ancak bu idari yapı, 23 Mayıs 1933 tarih ve 2208 sayılı Bayındırlık (Nafia) Bakanlığı'nın kuruluş, görev ve yetkilerinin düzenlendiği yasayla değişmiş ve yeni düzende posta, telefon ve telgraf idaresi Bayındırlık Bakanlığına bağlanmıştır. Bu Yasa'ya göre (md.1), merkezde Bayındırlık Bakanlığına bağlı kamu tüzelkişiliğine sahip katma bütçeli bir örgüt olan posta, telgraf ve telefon idaresinin malları kamu malı ve personeli ise devlet memuru statüsünde olduğu belirtilmiştir⁴⁵. Yasal düzenleme böyle iken, posta, telefon ve telgraf idaresi 27 Mayıs 1939 tarihinde kabul edilen ve Ulaştırma (Münakalat) Bakanlığının kuruluş yasası olarak bilenen 3613 sayılı Yasa (bkz.md.1-3) ile anılan Bakanlığa bağlı bir genel müdürlük durumuna getirilmiştir⁴⁶.

http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200376.pdf (erişim tarihi:2.10.2011).

⁴⁴ Telgraf ve Telefon Kanunu, md.1(özgün metin): "*Karasularıyla beraber bütün Türkiye Cumhuriyeti havzai Hükümetindeki memaliki dahilinde telgraf ve telefon tesis ve işletmesi Hükümetin tahtı inhisarında olup gerek mevcut, gerek atiyen vücade getirilecek bilümum telgraf ve telefon muhaberesi - tarz ve usulü için kullanılacak vesait ve şeklin mahiyeti ne olursa olsun - inhisara dahil ve işbu inhisarın tatbikatı ve istimali suretlerini kavaidini idare izafeten posta ve telgraf ve telefon idaresine mevdudur*". Yasa'nın ilk kabul edildiği metni için bkz. http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200406.pdf (erişim tarihi: 1.10.2011)

⁴⁵Yasa'nın ilk kabul edilen metni için bkz.

(http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc012/kanuntbmmc012/kanuntbmmc01202208.pdf)

⁴⁶Yasa'nın ilk kabul edilen metni için bkz.

(http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc020/kanuntbmmc020/kanuntbmmc02003613.pdf)

Cumhuriyetin ilk yıllarında farklı tarihlerde değişik bakanlıklara bağlı bir genel müdürlük olarak haberleşme hizmetini yerine getiren posta, telgraf ve telefon idaresi 1953 yılına kadar bu yapısını korumuştur. Ancak posta⁴⁷, telgraf ve telefon idaresi, haberleşme hizmetlerinin daha etkin ve verimli yürütülmesi amaçlarıyla 17 Ekim 1953 tarih ve 6145 sayılı Yasa⁴⁸ ile bu kez iktisadi devlet teşekkülü durumuna getirilmiştir. Bu Yasa ile, Ulaştırma Bakanlığına bağlı ve kamu tüzelkişiliğine sahip merkezi Ankara'da bulunan "*Türkiye Cumhuriyeti Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesi (PTT)*" unvanlı bir kuruluş kurulmuştur⁴⁹. Yasa'ya göre PTT, tüm yurtda, açık ve kapalı mektuplar ve haberleşme kartlarını kabul ve nakil etmek, telgraf ve telefon tesisleri kurmak ve işletmek gibi *tekel altında bulunan hizmetlerle*; gazete, dergi, kitap ve her türlü basılmış kağıt, tebliğ kağıtları, ticaret eşyası örnekleri, küçük paketler, değerli mektuplar ve kutular, değerli değersiz posta kolileri kabulü, taşınması ve dağıtılması, posta ve telgraf havaleleri işlemleri, yolcu ve bagaj nakliyatı, posta çekleri işlemleri ve Posta Biriktirme Sandığı kurmak gibi *tekel dışı hizmetleri* düzenlemek ve yürütmekle görevli kılınmıştır (md.2). PTT son olarak 1984 tarihli ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname⁵⁰ (KHK) ile bu kez kamu iktisadi teşebbüsü (KİT) olarak yeniden örgütlenmiştir⁵¹.

Cumhuriyetin ilk dönemlerinde kullanılan posta, telgraf ve telefonun yanı sıra haberleşmede önemli bir yere sahip olan radyonun da -diğer haberleşme araçları kadar olmasa da- kullanılmaya başlandığı görülmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, cumhuriyetin ilk dönemlerinde haberleşme esas olarak devlet tekelindeydi, ancak o dönemlerde hükümetin aldığı bir kararla radyo yayını⁵² yapmak (radyo istasyonu kurmak ve işletme hakkı) yabancı bir girişime verilmiştir. Türkiye'de ilk

⁴⁷ Ülkemizde posta hizmetleri 8.3.1950 tarih ve 7451 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5584 sayılı "*Posta Kanunu*" hükümlerine göre yürütülmektedir.

⁴⁸ RG. T.17.7.1953, Sy. 8460.

⁴⁹ Yasa'nın ilk kabul edilen metni için bkz.

(http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc035/kanuntbmmc035/kanuntbmmc03506145.pdf)

⁵⁰ RG. T.18.6.1984, Sy.18435 (Mük.)

⁵¹ PTT ile ilgili yapısal değişiklik yalnızca yukarıda belirtilenden ibaret değildir. İdari kuruluş, değişik tarihlerde yeniden örgütlenmiş ve Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü adı altında bugünkü durumuna kavuşmuştur. 4000 sayılı Kanunla gerçekleşen bu değişiklik ve öteki önemli düzenlemeler, 1980 sonrası dönem başlığı altında ileriki sayfalarda ele alınacaktır (A.Ö.).

⁵² Radyo yayını; elektromanyetik dalgalar (hertz dalgaları) enerjisi aracılığı ile bir olayın, bir iletinin (söz-müzik) topluma ses yoluyla aktarılmasıdır. Aysel Aziz, "*Televizyon ve Radyo Yayıncılığı (Giriş)*", Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.16.

radio yayını o günkü adıyla “Türk Telsiz Telefon A.Ş” tarafından yapılmıştır⁵³. Bu ortaklık 1927’de İstanbul, 1928’de ise Anakara radyolarının yayına başlamıştır⁵⁴. Radyo yayınlarının bu yöntemle yapılması 1937 tarihine kadar sürmüştü ve 1937 yılında çıkarılan 3222 sayılı Yasayla⁵⁵ radyo istasyonlarının işletilmesi PTT’nin idaresine geçmiştir⁵⁶. PTT idaresinde kamu hizmeti anlayışıyla yürütülen radyo yayınları 1940 yılına gelindiğinde o dönemki adıyla “*Matbuat Umum Müdürlüğü*”ne (Basın Yayın ve Turizm/Enformasyon Genel Müdürlüğü) devredilmiş ve bu Kuruluşun 16.7.1943 tarih ve 4475 sayılı Yasa⁵⁷ ile yeniden örgütlenmesi sonucunda bu kez, Genel Müdürlük içinde bir daire başkanlığına bırakılmıştır.

1961 Anayasası döneminde ise, radyo yayınlarında yeni bir döneme girilmiştir. 1961 Anayasası dönemi, radyo yayınlarının idaresinin özerk kamu tüzelkişiliğine

⁵³ Türk Telsiz Telefon A.Ş. hukuksal statü olarak anonim ortaklık olarak kurulmuş ve özel hukuk hükümlerine bağlı bir yapıdaydı. Ancak bu ortaklığın kurulduğu yıllar yeni savaştan çıkmış bir ekonominin ve neredeyse yok denilenecek kadar az özel girişimin olduğu yıllardır. Böyle bir ekonomik yapı içinde kurulmuş bu ortaklığın yönetimi, üstlendiği hizmetin niteliğinden ötürü, devletin kontrolü altındaydı. Merkezi Anakara’da bulunan bu ortaklığın Telsiz Telefon Alıcı ve Verici İstasyonları İşletme İzni Belgesini imzalayanlar arasında o günkü İş Bankası adına genel müdürü Celal Bayar, Anadolu Ajansı adına Mahmut Soydan, milletvekilleri Celal Hüsnü Taray, Falih Rıfki Atay ve özel girişimden Sedat Nuri İleri değişik oranlarda pay sahibi olarak görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özden Cankaya, “*Bir Kitle İletişim Kurumunun Tarihi (1927-2000): TRT*”, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2003, s.17-25.

⁵⁴ Aysel Aziz, “*Radyo ve Televizyona Giriş*”, AÜSBF Yayınları No.393, 1976, s. 90. Tarihsel süreçte bakıldığında her ne kadar 19.y.y. sonları, radyo yayınlarının yapılmasına yönelik çalışmaların yapıldığı bir dönem olarak görülmekle birlikte, radyonun kitle haberleşme aracı olarak kamusal hizmete sunulmasının başlangıcının 1920’lerden sonraya rastlaması karşısında Türkiye’de radyonun erken dönemde kullanılmaya başlandığını söylemek yerinde olacaktır. Bkz. Aziz, (Televizyon ve Radyo Yayıncılığı), s.16-23; Ünal Uyguc, Ali Genç, “*Radyo Televizyon Haberciliği*”, Genişletilmiş 2.Baskı, İstanbul, 1998, s. 41. Radyonun tarihine bakıldığında, radyonun icadına yönelik çalışmaların bir İskoç bilim adamı olan Clerk Maxweel’in (1831-1879) elektromanyetik konusunda yaptığı buluşa dayanmaktadır. Maxweel’in elektrik ve manyetizmayla ilgili teori ve ardından yaptığı yayınları takiben bu kez bir Alman fizikçi Heinrich Hertz’in radyo dalgalarının keşfi izlemiştir. Hertz’in buluşu ve bu alanda yaptığı çalışmalardan öteki Avrupalı bilim adamları da yararlanmıştır. Lewis Coe, “*Wireless Radio: A Brief History*”, McFarland & Company, Inc., North Carolina, USA, 1996, s. 4-7.

⁵⁵ R.G., T.23.6.1937, sy.3638. Yasanın 1.maddesi, “*Elektromanyetik dalgalar vasıtasıyla her nevi(tür) resim, işaret ve sesleri vermeğe ve almağa yarayan bilûmum (hertürlü) telsiz tesisatı ve işletilmesi Hükümetin inhisarı (tekeli) altındadır*” biçiminde bir düzenlemeye yer vermiştir.

⁵⁶ Uyguc-Genç, s. 37-41.

⁵⁷ R.G., T.23.6.1943, sy.5462. Yasanın 11.maddesinde radyo dairesinin görevleri şöyle sıralanmıştır: “(1). Genel müdürlüğe bağlı radyo postalarının genellikle idaresine yönelik işlemleri yürütmek; (2). Radyo postaları arasındaki program, iş ve yayın düzeninin kurulmasını sağlamak; (3). Milletlerarası radyo kurumları ile genel müdürlük arasındaki ilişkileri düzenlemek; (4). Genel müdürlüğe ait diğer işlerden genellikle radyo ile ilgili olanlarla meşgul olmak”. Yasanın özgün metni için bkz.

http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc025/kanuntbmmc025/kanuntbmmc02504475.pdf (erişim tarihi:8.10.2011). Ancak belirtmek gerekir ki, anılan Kuruluş bugün, 18.6.1984 tarih ve 18435 (mük.) sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 8.6.1984 tarih ve 231 sayılı KHK ile Başbakanlığa bağlı bir genel müdürlük olarak yeniden örgütlenmiştir.

devredildiği bir dönem olmuştur.⁵⁸ Radyo ve televizyon yayınlarında özerk bir kuruluşun varlığını kabul eden yeni anayasal düzende yapılan yasa çalışmaları sonucunda, 24.12.1963 tarihinde kabul edilen 359 sayılı “*Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Kanunu*⁵⁹” ile kısa adı TRT olan tüzelkişiliğe sahip özerk bir kamu iktisadi kuruluşu kurulmuştur⁶⁰. TRT’nin kuruluşuyla birlikte Türkiye’de radyo ve televizyon hizmetleri bu kuruma verilmiştir. Bu kapsamda 359 sayılı Yasanın 35.maddesi gereğince, 3222 sayılı Telsiz Kanunu ile ek ve değişikliklerinde gösterilen elektromanyetik dalgalar aracılığıyla ses, işaret ve resim vermeye yarayan tesislerden radyodifüzyon⁶¹ ve televizyon tesisi niteliğinde olanların kurulması ve işletilmesi hakkı TRT’nin tekeline⁶² bırakılmıştır. Bilindiği gibi bugün TRT, 2954 sayılı ve 11.11.1983 tarihli “*Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu*⁶³” ile yeni hukuki statüsüne kavuşan ve kamu hizmeti yayıncılığı yapan bir kamu kurumudur.

20.y.y. en önemli icatlarından ve insanlık tarihin en etkili haberleşme araçlarından biri olarak gösterilen televizyonun gelişim sürecine bakıldığında, televizyon yayınlarının⁶⁴ ülkemize geç geldiği söylenebilir. Televizyonun icadına kadar geçen

⁵⁸ 1961 Anayasasının 121. maddesinin ilk kabul edilen düzenlemesine göre, radyo ve televizyon istasyonlarının idaresinin özek kamu tüzelkişiliği halinde kanunla düzenleneceğini öngörmüşken, 1971 yılında yapılan değişiklikle bu kez, radyo televizyon istasyonlarının ancak Devlet eliyle kurulacağını ve idarenin tarafsız bir kamu tüzelkişiliği halinde kanunla düzenleneceği hükmüne yer verilmiştir.

⁵⁹ R.G., T.2.1.1964, sy.11596.

⁶⁰ 359 sayılı Yasa ile kurulan TRT’nin “özerk” yapısı, anılan Yasada 1972 yılında yapılan bir değişiklikle bu kez “tarafsız” duruma dönüştürülmüştür. Özerk yayıncılıktan tarafsız yayıncılığa geçişin nedenleri ve bunun radyo-televizyon yayınlarına etkileri konusunda daha geniş bilgi için bkz. Aziz (Televizyon ve Radyo Yayıncılığı), s. 180-181; Uyguç-Genç, s.75-77; Cankaya, s.99 vd.; Hülya Yengin, “*Ekranın Büyüsü-Batıda Değişen Televizyon Yayıncılığının Boyutları ve Türkiye’de Özel Televizyonlar*”, Der Yayınları, İstanbul, 1994, s. 110 vd; Kayıhan İçel, Yener Ünver, “*Kitle İletişim Hukuku*”, Beta Yayınları, 6.Bası, İstanbul, 2005, s.353-355.

⁶¹ Radyodifüzyon (Radyo yayını): Elektromanyetik dalgalar yoluyla halkın doğrudan alması maksadıyla yapılan ses yayınlarını ifade etmektedir (2954 sayılı Kanun, md.3/a).

⁶² 1961 Anayasası döneminde radyo yayınlarının TRT’nin tekelinde olduğu genel kabul edilen bir görüştü. Bu konuda yapılan hukuki tartışmalarda, 1961 Anayasasının 121.madde düzenlemesi ile 359 sayılı Kanunun öngördüğü hükümlere bakıldığında radyo yayınlarının TRT’nin tekelinde olduğu ve bu nedenle özel hukuk kişilerinin radyo yayınları yapmasının hukuken olanaklı olmadığı görüşü savunulduğu gibi bu görüşün aksine, 1961 Anayasasının 121.maddesinde yer alan düzenlemesinin asıl amacının devlet radyosunun siyasi etki ve baskılarından arındırılmasına yönelik olduğu ve bu amaçla devlet radyosunun idare edilmesinde özerkliğin haklı nedenlere dayandığı ancak anılan maddenin özel hukuk kişilerin radyo yayınlarının yapılmasına bir engel oluşturmadığı savunulmuştur. Konu hakkındaki görüşler için bkz. İsmet Giritli, Pertev Bilgen, “*İdare Hukuku*”, İstanbul, 1967, s.178; Sait Güran, “*İfade Hürriyeti Üzerinde İdare’nin Yetkileri*”, İ.Ü. Yayınları, No.1337, İstanbul, 1969, s.448; Ersan İlal, “*Radyo Hürriyeti, Özerklik ve 1961 Anayasası*”, İ.Ü. Yayınları, No.1766, İstanbul, 1972, s.83 vd.; İçel-Yener, s.342.

⁶³ R.G., T.14.11.1983, sy.18221.

⁶⁴ Televizyon yayını; elektromanyetik dalgalar aracılığıyla bir olayın (söz-müzik) hem ses hem de görüntü olarak aktarılmasıdır. Aziz (Televizyon ve Radyo Yayıncılığı), s. 16; Bir başka tanım da 2954

süreçte haberleşme araçları arasında en yaygın ve etkili olan radyo, popülerliğini yavaş yavaş kaybetmeye başlamış ve radyonun yerine, kişiler arasında haberleşmenin en hızlı ve etkin aracı olarak kabul edilen televizyonun çağı başlamıştır⁶⁵. Biraz önce ifade edildiği gibi, Ülkemizde televizyon yayınlarının başlaması ilk televizyon yayının yapılmasından yaklaşık 25 yıl sonra gerçekleşmiştir⁶⁶. Türkiye’de ilk televizyon yayını TRT tarafından 30 Ocak 1968 tarihinde yapılmıştır. 1961 Anayasası dönemine denk gelen televizyon yayınlarının TRT tarafından (önce özerk sonra tarafsız kuruluş olarak) yapıldığı ve televizyon yayını yapacak istasyonların kurulması ve işletilmesinin TRT’nin tekelinde olduğunu belirtmiştir. 1968 yılında başlayan televizyon yayınlarının kamu hizmeti yayıncılığı⁶⁷ anlayışıyla bir tekel altında yapılması 1990’lı yıllara kadar devam etmiştir. TRT’nin yasal düzenlemelerle yapısal değişim geçirmesi, bir haberleşme

sayılı Kanunda (TRT Kanunu) yapılmıştır. Buna göre televizyon yayını; elektromanyetik dalgalar yoluyla halkın doğrudan alması maksadıyla yapılan, hareketli veya sabit resimlerin sesli veya sessiz kalıcı olmayan yayını ifade etmektedir (bkz. md. 3/b).

⁶⁵ Televizyonun icadı ve televizyon yayınlarının geçirdiği serüven 19.y.y sonlarına rastlamaktadır. Televizyonla ilgili ilk teknik buluş İrlandalı bir bilim adamı olan Andrew May tarafından 1873 yılında yapılmış ve bunu Alman bir bilim adamı Paul Nipkow’un “döner disk” adlı çalışması izlemiştir. Nipkow’un daha sonraları mekanik tarama olarak adlandırılan bu buluşu 1920’lerden sonra öteki bilim adamları tarafından geliştirilmiştir. 1923 yılına gelindiğinde televizyonun teknik yönden gelişiminde önemli bir aşama kaydedilmiştir. Bir Rus bilim adamı olan Vladimir K. Zworykin, televizyon kamerasında görüntüyü elektrik sinyallerine dönüştürmeye yarayan “ikonoskop”u ardından da “kineskop” olarak adlandırılan resim tüpünü icat ederek televizyon yayını yapılabilmesinin önünü açmıştır. Bu gelişmelerin ardından 1923’te Amerikalı Jenkins ve ardından 1925 de ise İngiliz Logie Baird tarafından ilk deneme yayını yapılmıştır. Televizyon yayıncılığı tarihinde elektronik tarama tekniği kullanılarak yapılan ilk düzenli yayın 1936 yılında İngiltere’de başlamış ve kısa bir süre sonra bu kez ABD’de 1939 yılında New York’ta resmi nitelikte ilk televizyon yayını yapılmıştır. Bu ülkeleri sırasıyla o dönemki adıyla Sovyetler Birliği, Almanya ve Fransa izlemiştir. Bkz. Aziz (Televizyon ve Radyo Yayıncılığı), s. 29 vd.; Uyguç-Genç, s.43-46.; R.W. Burns, “*Television An International History Of The Formative Years*”, History Of Technology Series 22, The Institution Of Electrical Engineers, London, United Kingdom, 1998, p.130 v.d.

⁶⁶ Aziz (Televizyon ve Radyo Yayıncılığı), s. 184.

⁶⁷ Kamu hizmeti yayıncılığı, toplumsal yaşamın gereklerini, gereksinimlerini eksen alan bir anlayışa sahip olmakla birlikte bu kavramın, “devlet yayıncılığı”, “kamu yayıncılığı” ya da “tecimsel (ticari-özel) yayıncılık” türlerinden ayırt edilmesi gerekir. Kamu hizmeti yayıncılığı, kamu için yayın yapan, kamusal kaynaklardan finanse edilen ve aynı zamanda kamunun denetiminde olan bir yayının türünü ifade etmektedir. Kamu hizmeti yayıncılığı yapan yayıncı kuruluşlar içinde en bilinen örnek BBC (British Broadcasting Corporation)’dir. Bkz. *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s. 471-473 ; Özden Cankaya, “*Türk Televizyonunun Program Yapısı (1968-1985)*” İstanbul, (tarihsiz), s. 5-11; Asa Briggs-Peter Burke, “*Medyanın Toplumsal Tarihi*”, (Çev: Ü.Hüsrev Yolsal-Erkan Uzun), Kırmızı Yayınları, 2011, İstanbul, s. 365; Aziz (Televizyon ve Radyo Yayıncılığı), s. 92-96; Yengin, s. 46; Uyguç-Genç, s.66-71; B.Zakir Avşar-Gürsel Öngören, “*Radyo ve Televizyon Hukuku*”, Ankara, 2003, s.19-24; Hıfzı Topuz, “*Kamu Hizmeti Yayıncılığı*”, <http://www.iletisimarastirma.org/haberler/48-kamu-hzmet-yayincilii.html> (erişim tarihi:12.10.2011); Nîmet Ersin, “*Kamu Hizmeti Yayıncılığı ve TRT’de Program Üretim Süreci*” Doktora Tezi, A.Ü SBE, 2007, s.42 vd.; Zeki Hafizoğulları-Ahmet Arif Tarakçıoğlu, “*Nasıl Bir TRT ve Bir Kamu Tüzeliği Olarak TRT’nin Özerkliği ve Tarafsızlığı*”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/294/2687.pdf> (erişim tarihi: 7.10.2011); Werner Rumphorst, “*Public Service Broadcasting –Model Law–*”2007, http://www.ebu.ch/CMSimages/en/leg_p_model_law_psb_210207_tcm6-50150.pdf (erişim tarihi:12.10.211)

hizmeti olarak televizyon yayınlarının görölüş yöntemini değiştirmemiştir. Ancak Ülkemizde yasal olmayan yollarla TRT dışında özel yayıncı kuruluşların televizyon yayını yapması ile birlikte fiili olarak TRT'nin yayın konusundaki tekeli delinmiş oldu⁶⁸.

B. 1980 Sonrası Türkiye'de Haberleşme Hizmetlerinin Yapısal Görünümü ve Hukuksal Rejimi

1. Radyo ve Televizyon Yayınlarında TRT Tekelinin Kaldırılması ve Haberleşme Hizmetlerinde Hukuksal Dönüşüm

1980 öncesi dönem, klasik haberleşme hizmetleri ile radyo ve televizyon yayınlarının yerine getirilmesinde kamu hizmeti anlayışının egemen olduğu ve anılan hizmetlerin kamu kurum ve kuruluşların tekelinde bulunduğu bir dönem olmuştur. Cumhuriyetin ilanından 1980 yılına gelinceye kadar anılan hizmetleri yerine getiren kurum ve kuruluşların geçirdiği hukuksal ve yapısal değişiminin temelinde, ülkemizde yaşanan sosyal ve ekonomik alandaki yeniliklerin ya da değişikliklerin bulunduğunu söylemek olanaklıdır. Öte yandan 1980 sonrası haberleşme hizmetleri alanında yaşanan yenilik ve gelişmelerin ülkelerin sosyo-ekonomik politikalarını temelinden değiştirmesine kadar, aslında gerek ülkemizde gerek kıta Avrupasında haberleşme hizmetlerinin yerine getirilmesinde –birkaç farklılık olsa bile- temelde ortak bir sistemin kabul edildiğini söyleyebiliriz. Nitekim ülkemizde olduğu gibi örneğin Amerika Birleşik Devletlerinde, ya da İngiltere, Almanya ve Fransa gibi kimi Avrupa ülkelerinde haberleşme hizmetlerinin devlet eliyle kurulan ve kamusal yetkilerle donatılan idari örgütlerce yerine getirildiği, bu alanda kamu hizmeti anlayışının egemen olduğu ve kamunun denetimi ve kontrolünün bulunduğu bilinmektedir⁶⁹. Ancak, klasik haberleşme

⁶⁸ Bugünkü anayasal düzende (1982 Anayasası, md.133) radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek koşullar çerçevesinde serbesttir. Özel televizyon yayınları konusunu ileriki sayfalarda yeniden ele alacağız.

⁶⁹ Örneğin radyo ve televizyon yayınlarının gelişmesine öncülük eden Amerika Birleşik Devletlerinde 1934 tarihli "Communications Act (İletişim Kanunu)" ile getirilen düzende, bir kamu hizmeti olarak kabul edilen radyo ve televizyon yayınlarını yapma, lisans verme ve bunları denetleme yetkisini "Federal Communications Commission (Federal İletişim Komisyonu)" na vermiştir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Yasemin G. İnceoğlu, "ABD'de Medya", Der Yayınları, İstanbul, s. 74). Televizyon yayınlarına 1940'larda başlayan Fransa'da ilk televizyon yayını, Fransa Radyo ve Televizyon Kurumu

hizmetlerindeki devlet tekeli ve bunun sonucunda oluşan hukuksal yapı, teknolojik alandaki hızlı gelişmeler ve dünya ticaretinde giderek etkisini artıran rekabete dayalı serbest piyasa ekonomisinin ülkeleri yeni sosyo-ekonomik politikalar üretmesine zorlamasıyla, yavaş yavaş değişim göstermeye başlamıştır. 1980'li yıllar, gerek ülkemizde gerek dünyada liberal ekonomik politikaların devletleri kimi sektörlerde yeni hukuksal düzenlemeler yapmasına zorlayan bir dönemin başlangıcı olmuştur⁷⁰. Klasik haberleşme araçlarının yanı sıra kitle haberleşme araçlarının (radyo, televizyon, internet gibi) kullanılmaya başlanması ve ardından telekomünikasyon araçlarının (internet, mobil telefon v.b) insanlığın hizmetine sunulması bu alanda yeni kavramların ve kurumların (bilgi ve teknoloji sistemi, bilişim teknolojisi, telekomünikasyon sistemleri, denetleyici ve düzenleyici üst kuruluşlar, özelleştirme gibi..) ortaya çıkmasına da etki etmiştir. Ülkemizde 1980'li yıllar, yeni bir anayasal düzene geçişin de dönemi olmuştur. 1982 Anayasası döneminde haberleşme alanında yeni hukuksal düzenlemeler yapılmış ve bu yeni düzende Türk idari örgütlenmesinde kimi değişikliklere gidilmiştir. Klasik haberleşmeden elektronik haberleşmeye geçişin hukuksal ve teknik anlamda ilk adımları 1980'li yıllara atılmıştır.

1982 Anayasası döneminde radyo ve televizyon yayınları konusunda 1961 Anayasasına benzer bir düzenleme yapmıştır. 1982 Anayasasının "Radyo ve Televizyon kuruluşları ve kamuyla ilişkili ajanslar" kenar başlıklı 133.maddesinin değişikliklerden önceki ilk biçiminde, radyo ve televizyon istasyonlarının ancak devlet eliyle kurulacağı ve bunların yönetiminin tarafsız bir kamu tüzelkişiliğine ait olacağı düzenlenmiştir. Bu haliyle 1982 Anayasasının ilk döneminde ülkemizde radyo ve televizyon yayınlarında devlet tekeli sisteminin korunduğu görülmektedir. Bu kapsamda radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek yine TRT'nin tekeline bırakılmıştı. Ancak yukarıda da değinildiği üzere TRT'nin yayın tekeli önce fiilen sonra da hukuken sona erdirilmiş ve radyo-televizyon yayınlarında özel

tarafından yapılmış ve Kuruma televizyon yayını yapma konusunda tekel tanınmıştır. O tarihlerde bu Kurum, kamu hizmeti anlayışıyla radyo ve televizyon yayınlarını yapan, düzenleyen, işleten tek yetkili organ konumunda olmuştur (Ayrıntılı bilgi için bkz. *Yengin*, s. 63 vd).

⁷⁰ Yeni dünya düzeninde, iletişim (haberleşme) alanında kavram olarak kullanılmaya başlayan "kuralların kaldırılması/serbestleşme" anlamına gelen deregülasyondan söz edilmeye başlanmış ve bu bağlamda Batı Avrupa ülkeleri başta olmak üzere öteki kıta Avrupa ülkelerinde yayıncılık sistemleri değişmiş, kamu yayıncılığının yanı sıra özel yayıncı kuruluşlar da varlıklarını göstermeye başlamıştır. Ayşe Asker, "Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde (1999-2005) Türkiye'nin Değişen İletişim Politikaları", <http://globalmediajournaltr.yeditepe.edu.tr>, (erişim tarihi: 29.11.2011).

girişime serbestlik tanınmıştır⁷¹. Anayasanın 133.maddesinde 1993 tarihinde yapılan değişiklikle TRT'nin yayın tekeli bu kez hukuken kaldırılmıştır. Anılan madde 8.7.1993 tarih ve 3913 sayılı Yasayla değiştirilmiş ve bu kez, radyo ve televizyon istasyonlarının kurulması ve işletilmesi yasanın öngördüğü koşullar çerçevesinde serbest bırakılmıştır⁷².

1982 Anayasasının kabulünün hemen ardından 1983 yılında TRT'nin kuruluş yasası olan 1963 tarih ve 359 sayılı Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu Kanunu yürürlükten kaldırılmış ve yerine bugün de yürürlükte olan 2954 sayılı "*Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu*"⁷³ kabul edilmiştir. 2954 sayılı Yasa'da, yürürlükten kaldırılan 359 sayılı Yasa ile düzenlemiş kimi konularda benzer düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. TRT'nin hukuksal statüsü, görev ve yetkileri ile yayın ilkeleri, kamu hizmeti yayıncılığı ilkesinin benimsenmesi gibi kimi konularda eski ve yeni yasa arasında temelde bir fark bulunmamaktadır. Ancak 2954 sayılı Yasa ile

⁷¹ Radyo ve televizyon yayınlarında TRT'nin tekeli ilk kez 1990 yılında delinmiştir. 1990 yılında Magic Box adlı bir yayıncı kuruluş Lihtenstein'den Türkçe yayın yapmaya başlamıştır. "Star 1" logosuyla yayına başlayan televizyon kanalının bu yayını, o günkü mevzuatımıza göre yasadışıydı. Yayıncı kuruluş tüm yayınlarını-televizyon programlarını Türkiye sınırları içinde hazırlıyor ardından bu yayınlarını uydu aracılığıyla Türkiye'ye gönderiyordu. 1990 yılında başlayan ancak yasal olmayan özel yayıncılık etkinliklerine hız verilmiş ve 1992 yılından itibaren özel televizyon kanallarının sayısı yediye ulaşmıştı. Aynı biçimde ülkemizde özel radyo yayınlarının başlaması da televizyon yayınlarının başlaması gibi yasadışı yollarla olmuştur. Bkz. *Aziz (Televizyon ve Radyo Yayıncılığı)*, s. 188; *Yengin*, s. 116 vd. Ülkemizde frekans tahsisi olmadan televizyon yayını yapılması yakın tarihimize kadar devam etmiştir.

⁷² 3913 sayılı Yasanın gerekçesi şöyledir: "2709 Sayılı T.C. Anayasası 1982 yılında yürürlüğe girmiş ve on yıla varan bir uygulama geçirmiş bulunmaktadır. Bu uygulama döneminde ortaya çıkan ve gerek dünyadaki ve gerekse ülkemizdeki değişimlere cevap vermekte yetersiz kalan kuralların değiştirilmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Zira statik yapıya sahip olan bir kısım yasal kurallar hayatın dinamizmine cevap vermekte zorlanmışlar ve hatta değişimler yasaların önüne geçmişlerdir. Bunun en belirgin örneği ise iletişim alanında çağın ulaşmış olduğu ve yasal kuralları tamamen aşmış bulunan teknolojik gelişmelerdir. Radyo ve Televizyon istasyonlarının devlet eli ile kurulacağı ve yönetimlerinin kamu tüzelkişiliği biçiminde düzenleneceğine ilişkin Anayasa kuralı fiilen uygulanamaz hale gelmiştir. Gelişen teknoloji, bu alanı düzenleyen Anayasa hükmünü aşarak yurt dışında yayın yapan istasyonların yaygın şekilde faaliyetlerine imkân, vermektedir. Diğer yandan evrensel demokrasinin giderek kitle iletişim araçlarında çoğulculuk ve rekabet anlayışına önem verdiği gözlenmektedir. Radyo ve Televizyon alanında devlet tekeli korumak çağın geldiği demokratik seviyede artık düşünce özgürlüğünün tarifi dışında kalmaktadır. Yazılı basında olduğu gibi, Radyo ve Televizyon alanında da çok sesliliğe geçmek zorunlu hale gelmiştir. Bu nedenle Anayasasının 133 üncü maddesinin yeniden düzenlenmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Ülkemizde bu alanda ortaya çıkan fiili durum dikkate alınrsa bu zorunluluğun ne kadar acil olduğu da görülecektir. Bu düzenleme ile devlet tekeli kaldırılırken devlet gözetimi ilkesi getirilmektedir. Yayınların tarafsızlığı esas alınmış ayrıntılı düzenleme yasaya bırakılmıştır. Bütün Radyo ve Televizyon istasyonlarının Anayasasının temel ilkesine, millet ve ülkenin birlik ve bütünlüğüne, bölünmezliğine, genel ahlaka aykırı yayın yapamayacakları temel ve tabii ilkeler olarak düşünülmüş ve aykırı davranışların yasalarda müeyyidesini bulacağı esas dikkate alınmıştır."

Bkz. http://web.tbmm.gov.tr/yenianayasa/docs/gereceli_1982_anayasasi.pdf (erişim tarihi: 15.10.2011).

⁷³ R.G., T.14.11.1983, Sy. 18221.

haberleşme hizmetlerinde (radyo ve televizyon) TRT dışında yeni bir idari örgütün kuruluşu gerçekleşmiştir. “*Radyo ve Televizyon Yüksek Kurulu*” olarak adlandırılan bu yeni idari yapı, yurt içine yapılacak radyo ve televizyon yayınları için ulusal politikaya uygun ilkeleri saptamak ve 2954 sayılı Yasa ile belirtilen görev ve esasların uygulanmasının gözetim, denetim ve değerlendirilmesini yapmak amaçlarıyla kurulmuştu (Bkz. md.6)⁷⁴. Bu dönemde, Kamu kurum ve kuruluşlarıyla gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerinin kapalı devre televizyon sistemi⁷⁵ kurmaları ve işletmeleri Radyo ve Televizyon Yüksek Kurulunun iznine bağlıydı.

Özel radyo ve televizyon yayıncı kuruluşların sayılarının giderek artması, bu kuruluşları ve onların yayınlarını denetime almak, kamu ve özel radyo-televizyon yayınlarında geçerli olacak temel ilke, kural ve esasları düzenlemek ve en önemlisi 1993 tarihinde değişen Anayasanın 133.maddesinde yer alan düzenlemeye paralel bir yasanın varlığının zorunlu olması gerekçelerine dayanılarak radyo ve televizyonların kuruluş ve yayınları hakkında bir yasa kabul edilmiştir. 13.4.1994 tarih ve 3984 sayılı “*Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun*”⁷⁶’un yürürlüğe girmesiyle, 2954 sayılı Yasa ile kurulan Radyo ve Televizyon Yüksek Kurulu ortadan kaldırılmış, yerine radyo ve televizyon etkinliklerini düzenlemek amacıyla, özerk ve tarafsız bir kamu tüzelkişiliği niteliğinde Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) kurulmuştur (3984 sayılı Kanun, md. 5 ve 36). 3984 sayılı Yasa’nın getirdiği düzende RTÜK, radyo ve televizyon yayın izni ve lisansı vermek, kanal ve frekans badları tahsis etmek, verici tesisleri kurma ve işletme izni vermek, telekomünikasyon tesisleri kurma ve işletme izni vermek, yayın izni ve lisans ücretlerini belirlemek gibi görev ve yetkilerle donatılmıştı. Bunların yanında RTÜK, ülkede yayın yapan yayıncı kuruluşların 3984 sayılı Yasa aykırı yayın yapması veya başkayasaya aykırılıkların gerçekleşmesi durumunda yayıncı kuruluşları denetleme gerektiğinde de idari yaptırım kararı alma yetkilerine sahipti⁷⁷.

⁷⁴2954 Sayılı Yasa’nın 11 Kasım 1983 tarihinde kabul edilen ilk metni için bkz. http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc066/kanunmgkc066/kanunmgkc06602954.pdf

⁷⁵ Kapalı devre televizyon sistemi (Closed Circuit Television-CCTV), Televizyon yayını dışında eğitim, öğretim, güvenlik ve turizm gibi belirli amaçlar için bir bina dahilinde veya birbiri ile ilişkili binalar grubunda kullanılan kablo televizyonu ifade etmektedir (2954 sayılı Kanun, md.3/f).

⁷⁶ R.G., T. 20.4.1994, Sy.21911.

⁷⁷ Örneğin 3984 sayılı Yasa’nın “*Yayınlara Men Edilmesi*” kenar başlıklı 25. maddesinde, “*Yargı kararları saklı kalmak kaydıyla yayınlar önceden denetlenemez ve durdurulamaz. Ancak, milli*

1994 tarihinde yürürlüğe giren 3984 sayılı Kanun, yürürlüğe girdiği tarihten bu güne kadar yaklaşık yirmi değişiklikle günün şartlarına uyarlanmış olmasına karşın, yayın teknolojisindeki hızlı değişim, Avrupa Birliği (AB) mevzuatına ve bu çerçevede 89/552/EEC sayılı Avrupa Birliği Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi⁷⁸ ile uyum sağlanmasını; karasal ortamda 1994 yılından beri süren lisanssız dönemin bitirilmesi, radyo –televizyon yayınlarını düzenleme konusundaki yetki karmaşasını ortadan kaldırmak, yayın denetimi konusunda RTÜK’ün daha etkin kılınması ve yayıncılık sektöründe rekabeti ve çoğulculuğu sağlamayı gerçekleştirmek gerekçeleriyle⁷⁹ yeni bir yasa çalışması başlatılmış ve bunun sonucunda 15.02.201 tarih ve 6112 sayılı “*Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun*⁸⁰” kabul edilmiştir⁸¹.

2. Radyo ve Televizyon Verici İstasyonlarının PTT’ye Devri ve 3517 Sayılı Yasa’nın Anayasa Mahkemesince İptali

1961 Anayasası döneminde radyo ve televizyon istasyonlarının Devlet eliyle kurulacağı ve yönetimlerinin özerk (1971 değişikliğinden sonra tarafsız) kamu tüzelkişiliklerine verileceği düzenlemesine yer verilmekteydi. 1980 öncesi haberleşme hizmetlerinin bağlı olduğu hukuksal rejimden söz ederken de söylendiği gibi, 1961 Anayasası dönemi aynı zamanda radyo ve televizyon yayınlarında TRT tekelinin bulunduğu bir dönem olmuştur. Anayasal düzenlemeye paralel olarak çıkarılan 359 sayılı Yasa da aynı içerikte bir düzenlemeye yer verilmekteydi. 1982 Anayasası dönemine geçildiğinde de radyo ve televizyon yayınlarının düzenlenmesi konusunda

güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hallerde yahut kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması kuvvetle ihtimal dahilinde ise Başbakan veya görevlendireceği bakan yayımı durdurabilir” biçiminde bir düzenlemeye yer verirken, 33.maddesinde de hangi durumlarda yayıncı kuruluşlara idari yaptırım kararı verileceği açıkça belirtilmiştir.

⁷⁸ Yönerge metni için bkz. http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=e49885dc-005b-4ccc-a381-7789260607b5

⁷⁹ 6112 sayılı Yasa’nın gerekçeleri için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss568.pdf> (erişim tarihi: 16.10.2011)

⁸⁰ R.G., T.3.3.2011, Sy.27863.

⁸¹ Elektronik haberleşme alanında düzenleme yetkisine sahip olan RTÜK’ün bu yetkisinin bağlı olduğu hukuksal rejim konusu çalışmanın ikinci bölümünde da ele alınacaktır.

1961 Anayasası döneminden farklı bir düzenlemenin yapılmadığı görülmektedir. Nitekim 1982 Anayasası'nın konuyu düzenleyen 133. maddesinin 1993 tarihinde değiştirilmesine kadar, radyo ve televizyon yayınlarının özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerce üstlenilmesinin önünde hukuki engel bulunmaktaydı. 1983 yılında yürürlüğe giren 2954 sayılı Yasa da, "*radio ve televizyon verici istasyonlarının kurulması, işletilmesi, yayınlarının düzenlenmesi ile yurt içine ve yurt dışına yayın yapılması, Devletin tekelindedir. Bu tekel, Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu tarafından kullanılır*" biçiminde bir düzenlemeye yer verilerek Anayasayla özdeş bir hüküm kurulmuştur.

Durum böyle iken 12.1.1989 tarihinde kabul edilen 3517 sayılı Yasa⁸² ile Radyo ve televizyon verici istasyonlarının, program linklerinin planlanması, projelendirilmesi, kurulması, yenilenmesi ve işletilmesi görev ve yetkisi PTT'ye verilmiştir (bkz. md.1). Bu gelişme üzerine dönemin anamuhalefet partisi (Sosyaldemokrat Halkçı Parti-SHP) tarafından anılan yasal düzenlemenin birinci maddesi başta olmak üzere öteki maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğu savıyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi sözkonusu iptal başvurusunu karara bağlarken aynı zamanda radyo ve televizyon yayıncılığında önemli saptamalarda da bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi 18.5.1990 tarihli kararında⁸³ 3517 sayılı Yasanın 1.maddesindeki düzenlemenin anayasa aykırılığı sorununu Anayasanın 133.maddesine yönünden yaptığı incelemede özetle; 1982 Anayasası'nın 133. maddesinin 1. fıkrasının, 1961 Anayasası'nın değişik 121. maddesinin 1.fıkrasının ilk tümcesinin, "*yasayla kurulma zorunluluğu*" dışında, yinelenmesi biçiminde olduğunu, 133. maddenin 2. ve 3. fıkralarında Kurum'un yönetim ve denetiminde, yönetim organlarının oluşturulması ile yayınlarında tarafsızlık ilkesinin yasayla düzenleneceğinin öngörülmesinin yasa zorunluluğunu vurguladığını, Anayasa'nın 133. maddesinde, radyo ve televizyon istasyonlarının kurulmasıyla yönetiminin birbirinden ayrılmadığı, idarenin devlet eliyle kurulacağı belirtilerek radyo-

⁸² Yasanın tam adı şöyledir: "*Radyo ve Televizyon Verici İstasyonlarının Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesi Genel Müdürlüğü Tarafından Kurulması ve İşletilmesi ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*". R.G.,T.21.1.1989, Sy.20056. Yasa metni için bkz. http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc072/kanuntbmmc072/kanuntbmmc07203517.pdf

⁸³E.1989/9, K.1990/8, R.G.,T.26.7.1990, Sy.20586, karar metni için bkz. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=900&content= (erişim tarihi: 17.10.2011)

televizyon yayınlarında devlet tekelinin benimsendiğini, yönetimin tarafsız bir kamu tüzelkişiliği biçiminde düzenleneceğine değinilerek bu tekelin kimde olacağını da ortaya konulduğunu, Anayasa'nın, ayrı kavramlar olan "kurulma" ve "idare" sözcüklerini aynı anlamda kullanmadığı, kurma işlevinin yönetim işlevini de kapsamadığını, bugüne kadar süregelen uygulama, kurma ile yönetip işletme görevinin aynı yansız kamu tüzelkişiliğince yapıldığını, yönetim alanı içinde, ayrıntıdan bütüne, tüm olguları kapsayan bu sözcüğün, teknik ve güncel gereksinimleri yöntemden, elemana, araç-gerece kadar karşıladığını ve anılan 133. maddenin birinci fıkrasındaki "... idareleri..." sözcüğünün, yansız kamu tüzelkişiliği olarak örgütlenme zorunluluğuyla birlikte, oluşturulacak bu nitelikteki kurumun radyo ve televizyon istasyonlarının yönetimini de üstleneceğini anlattığını, radyo ve televizyon kurumunun, radyo ve televizyon istasyonlarıyla bunların yönetimleri için kurulan örgütten oluştuğunu, verici antenleriyle birlikte radyo ya da televizyon verici tesislerinin tümünü kapsayan "istasyon" tanımı içine radyo ve televizyon yayımı için gerekli tüm teknik tesislerin girdiğini, 2954 sayılı Yasa'nın 8. maddesindeki "*Tarafsız bir kamu tüzelkişiliğine sahip Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu kurulmuştur*" hükmünün, Anayasa'nın 133. maddesindeki yansız kamu tüzelkişiliği eliyle yürütme gereğinin bir karşılığı olduğunu, oysa, PTT Genel Müdürlüğünün, Ulaştırma Bakanlığı ile ilgilendirilmiş bir kamu iktisadî kuruluşu olduğu ve Genel Müdürün yönetim kurulunun başkanı olarak ve ilgili bakanın önerisi üzerine ortak karar ile atandığı ve en üst düzeyde yetkili ve sorumlu karar organı olan yönetim kurulu üyelerinin ikisinin Ulaştırma Bakanının, birinin Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının bağlı olduğu bakanın, ikisinin de teşebbüs genel müdür yardımcıları arasından ilgili bakanın önerisi üzerine ortak karar ile atanması karşısında radyo ve televizyon yayınlarında Anayasanın aradığı tarafsızlığın sağlanamayacağı... ifadelerine yer vererek anılan Yasanın 1.maddesinin iptaline karar vermiştir.

Yukarıda özet halinde verilen iptal gerekçelerine bakıldığında Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 133.maddesinde öngörülen radyo ve televizyon yayınlarının aşamalarını, bu hizmete özgülenen gerek personel gerekse araç-gereç ve öteki öğelerin taşınması gereken niteliklerini, statülerinin ne olduğu konusunda önemli saptamalara yer verildiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme ayrıca, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından altı ay sonra yürürlüğe girmesini kararlaştırarak iptal kararıyla oluşacak yasal boşluğun doldurulması için TBMM bir

süre vermiştir. Ancak bu konuda yasal boşluk 1993 ve 1994 yıllarına gelinceye kadar Yasama Organı tarafından giderilmemiş ve nihayet radyo ve televizyon verici tesislerinin TRT'ye devrini öngören 6 Temmuz 1999 tarih ve 4397 sayılı Yasa⁸⁴ ile bu konudaki duraksamaya son verilmiştir.

3. 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun Kabulü: Haberleşme Yüksek Kurulu'ndan Telekomünikasyon Kurumu'na Geçiş

Haberleşme alanında etkinlik gösteren kamu kurum ya da kuruluşlarının (PTT, Ulaştırma Bakanlığı Haberleşme Dairesi...) kendilerine verilen haberleşme sistemlerinin planlanması ve eşgüdümü konusundaki görev ve yetkilerini yeterince yerine getirememiş olmaları; yürürlükte bulunan 3222 sayılı Telsiz Kanunu'nun telsiz işletmesinin devlet tekelinde olduğunu belirtmesine karşın, aynı Yasa'nın "*gerekli durumlarda resmi kuruluşlara veya özel kuruluşlara telsiz tesisi kurma izni verilebileceği*" yönündeki düzenlemesinin (bkz.3222 sayılı Yasa, md.2) sonucu olarak birçok resmi ya da özel kurum ve kuruluşun telsiz tesisi kurma izni (ruhsatı) olmadan telsiz kullanmaları ve bunun sonucunda frekans tahsisi ve tescil işlemlerinin aksaması ve bu konuda tekel olan PTT'nin gelir kaybına uğraması; ülke genelinde elektromanyetik yayınların belli bir programa bağlı olarak etkin, verimli ve düzenli biçimde yapılmasını sağlamak görevini üstlenen bir idari örgütün bulunmayışı başta olmak üzere yürürlükteki Yasanın çağın teknik gelişmeleri karşısında eksik kalması gerekçelerine⁸⁵ dayanılarak 3222 sayılı Yasanın yerine 5 Nisan 1983 tarihinde 2813 sayılı yeni Telsiz Kanunu⁸⁶ kabul edilmiştir.

2813 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesiyle her türlü telsiz sistemi kurmak ve işletmek izni dahil, telsiz haberleşmesine ilişkin genel kurallar çerçevesinde (bkz.md.4) kamu hizmeti yürütmek üzere Ulaştırma Bakanlığı'nın merkez örgütü içinde "*Telsiz İşleri Genel Müdürlüğü*" kurulmuştur. Yukarıda da belirtildiği üzere

⁸⁴ Yasa'nın tam adı şöyledir: "*Radyo ve Televizyon Verici Tesislerinin Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğüne Devredilmesi ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*", R.G., T.10.7.1999, Sy.23751.

⁸⁵ Yasa'nın genel gerekçesi için bkz.

http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/td_v2.tutanak_hazirla?v_meclis=51&v_donem=1&v_yasama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_altbaslik=&v_mv=&v_sb=&v_kelime=&v_bastarih=&v_bit_tarih=&v_anabaslik=KANUNLAR&v_ozet=telsiz

⁸⁶ R.G., T. 7.4.1983, Sy.18011

anılan bu görev ve yetki önceleri PTT'ye verilmişti. Yeni Telsiz Kanunu ile Telsiz İşleri Genel Müdürlüğü'nün yanı sıra telsiz haberleşmesi alanında genel ilkeleri, talimatları, politikaları belirlemek ve bunların uygulanmasını denetlemek görev ve yetkileriyle donatılan "Haberleşme Yüksek Kurulu" nun kuruluşu da gerçekleşmiştir⁸⁷.

2813 Sayılı Telsiz Kanunu ve bu Yasa'da yapılan farklı tarihlerdeki değişiklikler haberleşme hizmetlerinin gerek mevzuat yönünden gerekse idari örgütlenmesi 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 27 Ocak 2000 tarihinde kabul edilen 4502 sayılı Yasa⁸⁸, yeni kavram ve kurumlara yer vermesi yönünden önemlidir. 4052 sayılı Yasa ile getirilen en önemli değişiklik telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve telekomünikasyon⁸⁹ altyapı tesisi ve işletilmesi konularında münhasır yetkinin özel hukuk hükümlerine bağlı bir tüzelkişi olan Türk Telekom A.Ş.⁹⁰'ye verilmiş olmasıdır. Türk Telekom A.Ş. (Türk Telekom) telekomünikasyon alanındaki görev, yetki ve sorumluluğu, Ulaştırma Bakanlığı ile arasında imzalanan "görev sözleşmesi"⁹¹ ile belirlenmekteydi.

⁸⁷ Haberleşme Yüksek Kurulu, telsiz haberleşmesi alanında genel direktif organı olarak kurulmuş, Başbakanın veya görevlendireceği bir Devlet Bakanının başkanlığında, İçişleri ve Ulaştırma Bakanları ile Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ve Genelkurmay Muhabere Elektronik Başkanından oluşan bir üst kuruldu.

⁸⁸ R.G., T. 29.1.2000, Sy.23948, Yasa'nın tam şöyledir: "Telgraf Ve Telefon Kanunu, Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun, Telsiz Kanunu Ve Posta, Telgraf Ve Telefon İdaresinin Biriktirme Ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun İle Genel Kadro Ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun".

Yasa'nın tam metni için bkz.

http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc084/kanuntbmmc084/kanuntbmmc08404502.pdf (erişim tarihi: 20.10.2011).

⁸⁹ Her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilene her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektro manyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri aracılığıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasıdır.

⁹⁰ Türk Telekom, 4502 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesine kadar 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine bağlı bir kamu iktisadi kuruluşu idi. Ancak Yasa'nın genel gerekçesinde bu statüsel dönüşüm için şunlardan söz edilmiştir: "Türk Telekom'un bu Kanunla değiştirilen 406 sayılı Kanun ve özel hukuk hükümlerine tabi olması, Türk Telekom'un Devlet denetiminden çıkacağı anlamına gelmemektedir. Öncelikle, Devlet, % 51 pay sahibi olarak, Türk Telekom'un yetkili organlarının kontrolünü elinde tutmaya devam edecektir. Yine % 51 kamu payı bulunmakla, Türk Telekom 3346 sayılı Kanun çerçevesinde TBMM denetimine tabi olmaya devam edecektir." Yasa'nın genel gerekçesi için

bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c024/tbmm21024051ss0309.pdf> (erişim tarihi: 20.10.2011)

⁹¹ 4502 sayılı Yasa'da görev sözleşmesi: "Türk Telekom ile Bakanlık arasında, katma değerli hizmetler dahil, her türlü telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi ve telekomünikasyon altyapısının

4052 sayılı Yasa aynı zamanda telekomünikasyon hizmetlerinin hangi yöntem ya da usullerle görüleceğini de belirtmiştir. Yasa'ya göre, telekomünikasyon hizmetleri, Türk Telekom dahil olmak üzere telekomünikasyon alanında etkinlik gösterecek sermaye ortaklıklarıyla Ulaştırma Bakanlığı arasında imzalanan *görev sözleşmesi*, *imtiyaz sözleşmesi* ve/veya Bakanlıktan alınan bir *telekomünikasyon ruhsatı* ya da *genel izin* uyarınca yürütülmekteydi⁹².

Anılan Yasa ile yapılan yeni düzenlemelerden biri de telekomünikasyon hizmetleri alanında özerk bir üst kuruluşun kurulmasıdır. *Telekomünikasyon Kurulu* olarak adlandırılan bu üst kuruluş örgütleniş biçimiyle, düzenleme yetkisinin niteliği ve alanında denetleme ve yaptırım uygulama yetkileriyle genel idari örgütlenmede bağımsız idari otorite olarak kabul edilmektedir. Yasal düzenlemeye göre (bkz. md.14) kamu tüzel kişiliğine sahip özel bütçeli olan Kurumun idari ve mali özerkliği bulunmaktaydı.

4502 sayılı Yasa, telekomünikasyon hizmetleri alanında önemli yeniliklerin ve değişikliklerin yapıldığı bir yasa konumundadır. Bu Yasa, her şeyden önce telekomünikasyon hizmetlerinin hangi yöntemlerle görüleceği, bunların hangi esaslara tabi olacağı, idari örgütlenmelerin yetki ve görev alanlarının belirlenmesi yönünden yeni düzenlemeler getirerek anılan hizmetlerin bağlı olduğu usul ve esasları bir disiplin altına almayı amaçlamıştır. Yasa'nın yürürlüğe girdiği 2000 yılından buyana telekomünikasyon (ya da elektronik haberleşme) alanında teknolojinin hızla gelişmesi, bu alanda yeni hizmetlerin sunulmaya başlanması, özelleştirme, bu alanda özel girişimcilerin büyük yatırımları yapmaya başlaması başta olmak üzere öteki nedenlerle yeni yasal düzenlemelerin yapılması gereksinimi doğmuştur⁹³. 2813 sayılı Yasa'da yapılan son değişiklikle (Elektronik Haberleşme

işletilmesi ile ilgili hak, yetki ve yükümlülükleri düzenlemek üzere, şartlar muvacehesinde Bakanlığın takdir edeceği bir süre için akdedilen sözleşme" olarak tanımlanmıştır (md.1).

⁹²Telekomünikasyon (elektronik haberleşme) hizmetlerinin görülüş yöntemleri olarak sayılan bu işlemler çalışmanın üçüncü bölümünde yeniden ele alınacağından burada ayrıntıya girilmemiştir.

⁹³Bunlardan biri de 2813 sayılı Yasaya 5189 sayılı Yasa'nın (R.G., T.2.7.2004, Sy.25510) 10.maddesi ile eklenen ek madde 2'dir. Bu maddeye göre, Türk Telekom bünyesinde faaliyet gösteren Telsiz İşletme Müdürlüğüne yürütülen deniz haberleşme ve seyir güvenliği hizmetleri, uydu üzerinden verilen deniz haberleşme hizmetleri hariç olmak üzere, Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğü tarafından yürütülür Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğü, yürütülecek hizmetlere ilişkin olarak Telekomünikasyon Kurumu ile bir görev sözleşmesi imzalar. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki ay içinde görev sözleşmesi, görüşü

Kanunu ile...), Telsiz Yasa'sı adıyla birlikte yenilenmiş ve bu tarihten sonra anılan Yasa Bilgi Teknolojileri ile İletişim Kurumu'nun kuruluş yasası olmuştur.

4. Telekomünikasyon Hizmetlerinin Türk Telekom A.Ş'ye Verilmesi ve Özelleştirme

Türkiye'de telekomünikasyon hizmetlerinin özelleştirilmesinin başlangıcı aslında yakın bir geçmişe dayanmaktadır. Daha önceden de belirtildiği gibi, telekomünikasyon hizmetlerinin niteliğinden ötürü bu alanda yaşanan teknolojik değişiklikler ya da hizmetlerin sunulmuş yöntemlerinin yenilenmesi gereksinimi telekomünikasyon alanına yön veren hukuksal düzenlemelerin de sıkça değiştirilmesine neden olmaktadır. Bu başlık altında telekomünikasyon alanında 1990'lı yıllarda başlayan ve günümüze gelinceye kadar –Elektronik Haberleşme Kanunu'nun kabulüne kadar- yapılan yasal değişiklikleri, bu düzenlemelerin neleri kapsadığı, Türk Telekom A.Ş'nin kuruluşu, görev alanının belirlenmesi, telekomünikasyon alanında Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararları ve son olarak bu alanda yaşanan özelleştirme işlemlerini ele alacağız.

1990'lı yıllardaki hukuksal düzenlemelere bakıldığında telekomünikasyon hizmetleri alanında aslında iki temel yasal düzenlemenin bulunduğu görülmektedir. Bunlardan biri 1924 yılında yürürlüğe giren 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu, öteki de posta hizmetlerinin düzenlendiği 5584 sayılı Posta Kanunudur. 406 sayılı Kanun 1990'lı yıllara kadar telekomünikasyon hizmetleriyle ilgili önemli bir değişikliğe uğramadan uygulanmış gelmiştir. Ancak 406 sayılı Yasa'da değişiklik yapan ve posta ve telgraf hizmetleri ile telekomünikasyon hizmetlerinin organik yapısını yeniden düzenleyen 10 Haziran 1994 tarihli ve 4000 sayılı Yasa⁹⁴'nin yürürlüğe girmesiyle, sözkonusu alanda yeni politikalar ve ilkeler benimsenmeye başlanmıştır. Nitekim anılan Yasa'nın gerekçesine bakıldığında da bu durum kolayca görülmektedir. 4000

alınmak üzere Danıştaya gönderilir ve Danıştayın iki ay içerisinde görüşünü müteakip bu Genel Müdürlük ile Telekomünikasyon Kurumu arasında imzalanan sözleşme yürürlüğe girer. Türk Telekom, görev sözleşmesi imzalanıncaya kadar herhangi bir değişiklik olmaksızın hizmetlerini yürütmeye devam eder.

⁹⁴ R.G., T.18.61994, Sy.21964. Yasanın tam adı şöyledir: “*Telgraf ve Telefon Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun*”

sayılı Yasa kabul edilirken, bir yandan dünyadaki teknolojik gelişmelerin izlenmesi ve ülkemize aktarılması, bir yandan da buna ait yatırımların gerçekleştirilmesini olanaklı kılacak finans kaynaklarının saptanmasının ülkenin sahip olduğu olanaklar karşısında önem kazandığı ve Dünyada bu konuda denenmiş ve başarılı olmuş modellere geçilmesi gerekliliğine vurgu yapılmıştır. Buna ek olarak, telekomünikasyon hizmetlerini, posta ve telgraf hizmetlerinden ayırarak, bu hizmetlerin yürütülmesinde şirket statüsünde bir yapılanmaya gidilmesinin zorunlu olduğu da belirtilmiştir⁹⁵. Bu gerekçelerden hareketle kabul edilen 4000 sayılı Yasa ile getirilen en önemli yenilik ya da değişiklik biraz önce de belirtildiği gibi telekomünikasyon hizmetlerinin, posta ve telgraf hizmetlerinden ayrılarak bu alanda, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Türk Ticaret Kanunu (kuruluş ve tescile ilişkin hükümleri hariç) ve özel hukuk hükümlerine bağlı ve merkezi Ankara olan Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin kurulmasıdır. Bununla birlikte anılan Yasa'da ayrıca Ulaştırma Bakanlığı'na, katma değerli telekomünikasyon hizmetleri (mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri gibi...) alanında sermaye şirketlerine tekel oluşturmamak koşuluyla işletme lisans ve ruhsatı verme yetkisi tanınmıştır⁹⁶. Anılan Yasa'da aynı zamanda telekomünikasyon alanında özelleştirme yapılabileceğine ilişkin hükümlere de yer verilmiştir. Bu kapsamda Türk Telekomünikasyon A.Ş. hisselerinin % 49'unun satılmasına, PTT çalışanları ve emeklileri ile küçük tasarruf sahiplerine tanınacak ayrıcalıkları da kapsayacak biçimde satışa ilişkin usul ve esasların belirlenmesi yetkisi ve görevi Ulaştırma Bakanına tanınmıştır⁹⁷.

⁹⁵ Yasanın genel gerekçesi için bkz.

<http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c062/tbmm19062114ss0666.pdf> (erişim tarihi 29.10.2011)

⁹⁶ 4000 sayılı Yasa'nın 2.maddesiyle 406 sayılı Yasa'ya eklenen Ek madde 18 aynısıyla şöyledir: Bakanlık, mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım ve benzeri katma değerli hizmetler konularında sermaye şirketlerine tekel oluşturmayacak koşullar da dikkate almak suretiyle işletme lisans ve ruhsatı (sermaye şirketlerinin devralacakları ve bizzat kuracakları tesislerin işletilmesine yönelik olarak) verebilir.

İşletme lisans ve ruhsatlarından alınacak ücretler ile sermaye şirketlerinin işletme hâsılatından Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketine ayrılacak pay Ulaştırma Bakanının onayı ile belirlenir.

İşletme lisans ve ruhsat ücretleri ile hisse senedi satış hâsılatından Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketine ayrılacak paydan elde edilecek gelirlerin telekomünikasyon hizmetlerinin geliştirilmesinde kullanılmasına öncelik verilir.

Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi ile lisans ve ruhsat alan sermaye şirketlerinin yapacağı iş ve hizmetlerin karşılığı olarak alınacak ücretlere ve uygulamaya ilişkin usul ve esaslar Ulaştırma Bakanının onayı ile yürürlüğe konulur.

⁹⁷ 4000 sayılı Yasa'nın 2.maddesiyle 406 sayılı Yasa'ya eklenen Ek madde 17 aynısıyla şöyledir:

Ancak Anayasa Mahkemesi, 4000 sayılı Yasa'nın 2.maddesiyle 406 sayılı Yasa'ya eklenen ek madde 17 ve 18 ile getirilen kimi hükümleri Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir⁹⁸. Yüksek Mahkeme, ek madde 17'de, Ulaştırma Bakanına tanınan yetkilerin açık olmayıp, son derece belirsiz ve sınırsız olduğunu ve bunun idarenin yasallığı ilkesiyle uyuşmadığını, ek madde 18'in 2. ve 3.fıkralarında yer alan hükümlerin ise yasama yetkisinin devri anlamına geldiğini bu nedenle Anayasa'nın 7.maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir.

Telekomünikasyon hizmetlerinin Türk Telekom A.Ş.'ye verilmesi ve ardından başlayan özelleştirme çabaları 4000 sayılı Yasa ile başlamış ve aynı zamanda bu tarihten itibaren -Türk Telekom A.Ş.'nin özelleştirmesi konusunda- yasal düzenlemelerle bu yasal düzenlemelerin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi biçiminde görülen karşılıklı gidip gelmeler de başlamıştır. Şöyle ki; 4000 sayılı Yasanın ardından bu kez 3 Mayıs 1995 tarihinde 4107 sayılı Yasa kabul edilmiş ve bu Yasada önceki yasal düzenlemeden farklı olarak Türk Telekom A.Ş.'nin özelleştirilmesinde Ulaştırma Bakanlığı'na tanınan yetki Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na verilmişti⁹⁹. Ancak yine Anayasa Mahkemesi, 4000 sayılı Yasada

Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi hisselerinin % 49'unun satılmasına, PTT çalışanları ve emeklileri ile küçük tasarruf sahiplerine tanınacak ayrıcalıkları da kapsayacak şekilde satışa ilişkin usul ve esasların belirlenmesine Ulaştırma Bakanınca karar verilebilir. Satışa arzedilecek hisselerden T.C. Posta İşletmesi Genel Müdürlüğüne aynacak payı belirlemeye Ulaştırma Bakanı yetkilidir. Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketince yürütülen hizmetlerden Ek Madde 18'e göre sermaye şirketlerine verilen işletme lisans ve ruhsatları karşılığı alınan ücretler ile hisse senetlerinin satış hasılatlarından Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketine aynacak paylar üzerinden Ulaştırma Bakanının belirleyeceği kısmı ile T.C. Posta İşletmesi Genel Müdürlüğüne ait hisselerden elde edilecek gelirler öncelikle posta hizmetlerinin geliştirilmesinde kullanılır.

⁹⁸E.1994/70, K.1994/65-2, T.22.12.1994, karar için bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2442&content=
(erişim tarihi:29.10.2011)

⁹⁹ 4107 sayılı "Telgraf ve Telefon Kanununa Bazı Ek Maddeler Eklenmesine, Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", (R.G., T. 6.5.1995, Sy.22279) md. 1: 4.2.1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Ek 17 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. Ek Madde 17.- Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi hisselerinin en çok % 49'u devredilebilir.

Bu hisselerden % 10'u TC. Posta İşletmesi Genel Müdürlüğüne bedelsiz olarak verilir.

Hisse satışında TC. Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü ile Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi çalışanları ve küçük tasarruf sahiplerine % 5, gerçek ve tüzel kişilere % 34 pay ayrılır.

Ulaştırma Bakanı'na tanınan yetkilerin bu kez 4107 sayılı Yasa ile Özelleştirme Yüksek Kurulu'na verilmiş olduğu, böylece yapılan değişiklikle Bakan yerine Özelleştirme Yüksek Kurulunun yetkilendirildiği ancak yasa ile saptanması zorunlu olan konuların tamamının Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun takdirine bırakıldığı, buna karşın bu konuların yasama organınca nesnel kurallara bağlanmasının anayasal bir zorunluluk olduğu gerekçesine dayanarak 4107 sayılı Yasanın bu düzenlemesini iptal etmiştir¹⁰⁰.

4107 sayılı Yasa'nın kimi hükümlerinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinin ardından bu kez 406 sayılı Yasa'da yeniden düzenleme yapılmıştır. 1 Ağustos 1996 tarihli ve 4161 sayılı Yasa¹⁰¹ ile telekomünikasyon hizmetlerinin özelleştirilmesi başta olmak üzere yeni düzenlemeler yapılmıştır. Yeni yasal düzenlemede konumuzla ilgili olarak, Türk Telekom A.Ş.'nin hisselerinin satışına ilişkin işlemlerin Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yürütüleceği hükmüne yer verildikten sonra, özelleştirme uygulamalarında son kararın -Özelleştirme İdaresi Başkanlığının görüşü Ulaştırma Bakanlığı'nın önerisi üzerine- Bakanlar Kurulu tarafından verileceği ve özelleştirme uygulamasından sonra devir işlemlerinin de Bakanlar Kurulu'nun onayına bağlı olduğu hükümleri yer almaktaydı.

4161 sayılı Kanun hakkında, Türk Telekom'un özelleştirilmesi amacıyla hazırlanan önceki yasalar gibi, Anayasa aykırılık savıyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. İptal başvurusunu inceleyen Anayasa Mahkemesi, 4161 sayılı

Özelleştirme Yüksek Kurulu, bu Kanun hükümlerine göre Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi hisselerinin en çok % 49'unun devir ve satış esaslarını, bunlara ilişkin usul ve esasları tespiti, nihai devir işlemlerini onaylamaya yetkilidir.

Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketinin hisselerinin değerinin tespiti ve satış işlemleri 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Kanun hükümleri dahilinde, Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yürütülür ve sonuçlandırılır.

¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1995/38, K.1996/7, T.28.2.1996.

Bkz. [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1254&content=\(erişim tarihi:2.11.2011\)](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1254&content=(erişim tarihi:2.11.2011)).

¹⁰¹ Telgraf ve Telefon Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, R.G., T.5.8.1996, Sy. 22718 (mük.). Yasa metni için bkz.

http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc079/kanuntbmmc079/kanuntbmmc07904161.pdf (erişim tarihi: 4.11.2011).

Kanunun 4.maddesiyle 406 sayılı Kanuna eklenen geçici 6.maddesindeki¹⁰² “gelir paylaşımı esasına dayalı sözleşmelerdeki lisans esasına geçişle ilgili hükümler saklı kalmak üzere” ibaresi yönünden iptal kararı vermiş, Yasanın öteki düzenlemeleri yönünden ise iptal isteminin reddine karar vermiştir¹⁰³.

Yukarıda belirtilen ve telekomünikasyon hizmetlerini düzenleyen yasalar ile bunlara ilişkin Anayasa Mahkemesi’nin verdiği kararlar “telekomünikasyon hizmetlerinin özelleştirilmesi” başlığı altında ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturacak kadar ayrıntılı ve önemli bir konudur¹⁰⁴. Ancak biz burada bu konuya ilişkin olarak

¹⁰²Geçici 6.maddede; 10.6.1994 günlü, 4000 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce katma değerli telekomünikasyon hizmetleri kapsamında PTT İşletmesi Genel Müdürlüğü ile imzalanmış ve lisans sözleşmesine dönüştürülmesi öngörülmüş, gelir paylaşımı esasına dayalı sözleşmelerin her birinin, lisans sözleşmelerine dönüştürülmesine, bu sözleşmelerdeki lisans esasına geçişle ilgili hükümler saklı kalmak üzere Bakanlar Kurulu'nca karar verilebileceği ve Danıştay'ın incelenmesinden geçirildikten sonra Bakanlık ile firmalar arasında lisans sözleşmesi imzalanabileceği öngörülmüştür.

¹⁰³Anayasa Mahkemesi, E.1996/57, 1997/3, T.23.1.1997, karar metni için bkz. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1297&content= (erişim tarihi: 18.11.2011). Anayasa Mahkemesi bu kararında telekomünikasyon hizmetlerini düzenleyen yasaların geçirdiği evrelere yer verdikten sonra, 4161 sayılı Yasa öncesi yürürlüğe giren 4000 ve 4107 sayılı Yasaların hangi düzenlemelerinin hangi gerekçelerle iptal edildiğini belirtmiş ve devamında 4161 sayılı Yasa ile önceki Yasaları karşılaştırarak bir değerlendirme yapmıştır. Anayasa Mahkemesi yaptığı Anayasanın 7.maddesi yönünden yaptığı değerlendirmede; “4161 sayılı Yasa'da 4107 sayılı Yasa'dan farklı olarak, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı (ÖİB)'na yalnızca "Hisselerin satışına ilişkin usuli işlemlerin yürütülmesi" görevi verilmektedir (Bkz. 4161 sayılı Yasa, md.1, A.Ö.). "Satışa ilişkin usuli işlemler" 4107 sayılı Yasa'daki "satış esasları"ndan farklıdır. Çünkü, 4046 sayılı Yasa'ya genel bir yollama yapılmakta ise de, aslında 4161 sayılı Yasa'da, satışla ilgili tüm düzenlemeler yapılmış bulunmaktadır. Hisse satışlarının ne surette yapılacağı teker teker sayılmış, bunlar arasından hangi yöntemin uygulanacağını saptamak üzere Bakanlar Kurulu'na yetki verilmiştir. Telekom'un özelleştirilmesinde, 4161 sayılı Yasa "özel" yasa olduğundan, 4046 sayılı "genel" yasadaki önce uygulanması doğaldır. Buna göre, Bakanlar Kurulu'nca karara bağlanan değer tespit sonuçları ile belirlenen satış ve ihale yöntemleri kullanılarak, uygulama aşamasında idarî ve teknik hazırlık çalışmalarını yapmak, örneğin yazışmaları yürütmek, ilânları yapmak gibi usul işlemlerinin yürütülmesinde ÖİB'na görev verilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında belirtildiği gibi; Yasakoyucu, belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun ve zorunlu görürse onların uygulanması yönünden sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare, ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlayacaktır. Esasen Anayasa'nın 8. maddesindeki, yürütme yetkisi ve görevi Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir hükmünün anlamı da budur. Bu nedenle, 406 sayılı Yasa'nın Ek 17. Maddesine 4161 sayılı Yasa'yla eklenen ilk fıkranın birinci tümcesi, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olmadığından iptal isteminin reddi gerekir” sonucuna ulaşmıştır.

¹⁰⁴ Telekomünikasyon hizmetlerinin özelleştirilmesi süreci hukuksal, ekonomik ve politik yönlerden irdelenen bir konudur. Özelleştirme uygulamalarında temel gerekçe olarak genelde devlete ek gelir sağlanması ve bunların yeni yatırımlarda kullanılması gösterilmektedir. Bunların yanı sıra kamu iktisadi kuruluşların sürekli zarar ettikleri, bu kuruluşlarda istihdam fazlalığının olduğu ve verim elde edilemediği de gösterilmektedir. Ancak Türkiye uygulamasına bakıldığında, yapılan özelleştirmelerinin tümünün bu gerekçelere dayandırıldığını söylemek pek de olanaklı görülmemektedir. Örneğin PTT'nin 1996 yılına kadar hiç zarar etmediği ve bu nedenle “kamu iktisadi

çıkarılan temel yasaları ve yüksek mahkeme kararlarını telekomünikasyon hizmetlerinin yerine getirilmesinde geçirilen evreleri göstermek amacıyla ele almaktayız. Belirtmek gerekir ki bu alandaki yasal çalışmalar yalnızca yukarıda anılanlardan ibaret değildir. Nitekim, telekomünikasyon hizmetlerinin özelleştirilmesi başta olmak üzere bu hizmet alanında idari ve mali konulara ilişkin çok sayıda yasa bulunmaktadır. Biraz önce sayılanların dışında telekomünikasyon hizmetlerinin düzenlenmesine ilişkin olarak sırasıyla 4502, 4673, 4854, 4971, 5071,

kuruluşlar zarar ediyor” biçiminde oluşan savın geçersiz olduğunu ispat etmektedir. Bu yönden bakıldığında günümüze kadar yapılan özelleştirmelerin tümünün ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

Özelde telekomünikasyon hizmetlerine bakıldığında ise genel anlamda telekomünikasyon hizmetlerinin, *temel telekomünikasyon hizmetleri, telekomünikasyon cihazları üretimi ve katma değerli hizmetler* olarak üçlü bir sınıflandırmaya tabi tutulduğu görülmektedir. Bu alandaki özelleştirme, bu sınıflandırmaya göre incelendiğinde öncelikle telekomünikasyon cihazları üreten kamu işletmelerinin ve kamu ortaklık paylarının özelleştirildiği görülmektedir. Bu kapsamda Türkiye’de TELETAS ve NETAS’ın kamu iştirak hisseleri ilk kez uluslararası piyasalarda halka arz edilmiştir. Türk Telekom A.Ş.’nin özelleştirilmesi ise belirtilen bu özelleştirmelerden sonra gerçekleşmiştir.

Özelleştirmenin serbest piyasa ekonomisinin güçlendirmek ve ayrıca ulusal gelirin geniş kitlelere yayılmasını sağlamak biçiminde ortaya konulan sosyo-ekonomik amaçları yönünden bakıldığında telekomünikasyon hizmetlerinin özelleştirilmesinde asıl amacın telekomünikasyon alanında başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere Avrupa Birliği ülkelerinde başlayan telekomünikasyon teknolojileri alanında serbestleşme politikalarının itici güç olduğunu söyleyebiliriz. Günümüzde telekomünikasyon hizmetlerinin büyük bir bölümünün devlet tekelinden çıkarıldığı ve bu alanda devletin yalnızca düzenleme ve denetleme işlevini üstlenmesi gerekliliği savının genel kabul gördüğü bir dönemde rekabete açılan telekomünikasyon alanında, hizmet kalitesinin ve verimliliğinin artacağı beklenmektedir. Bu görüşten hareketle stratejik kamu hizmetlerinden sayılsa bile telekomünikasyon hizmetlerinin özelleştirilmesi, özel tekel de olsa rekabete açık da olsa sektördeki işletmecileri kamu yararı amacıyla denetleyecek ve/veya gerektiğinde yaptırım uygulayabilecek (lisans ya da ruhsatın iptali, yetkilendirmenin geri alınması, imtiyazın kaldırılması vb.) idarelerin (özerk kuruluşlar gibi...) varlığı, haberleşme gibi hayati önem arzeden bir hizmetin tümünün ya da bir bölümünün yabancı sermaye devriyle ortaya çıkacak kaygıların önüne geçecek bir önlem olduğu da savunulmaktadır.

Telekomünikasyon alanında yaşanan “*özelleştirme mücadelesi*”nde, yasal düzenlemelerden kimilerinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinde hukuksal değerlendirmenin yanı sıra özelleştirmenin ulusal güvenlikle ilgisi de irdelenmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin, yukarıda yer verilen ve 4161 sayılı Yasanın kimi hükümlerini iptal ettiği kararında, telekomünikasyon hizmetlerinin özelleştirilmesinde asıl önem verdiği hususun özelleştirmenin yöntemine ilişkin olarak verdiği kararlarda anayasa uygunluk incelemesini çeşitli açılardan ele alarak yapmıştır. Telekomünikasyon hizmetlerinin özelleştirilmesinde bu denetim başta *yetki-yöntem (usul)* sorunu üzerinde durularak yapılmıştır. Bu sorun özelleştirmenin yasayla yapılıp yapılması ve ayrıca yetkinin yasadan doğup doğmadığı sorunudur. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, 4000 sayılı Yasanın Anayasaya uygunluk denetimini yaparken “(...) *dava konusu yasa ile telekomünikasyon hizmetleri tümüyle özel teşebbüse devredilmemekte, en fazla % 49 payının satılması öngörülerek şirketin yönetim ve denetiminin Devlette kalması amaçlanarak her türlü telekomünikasyon hizmetlerinde kamu tekelinin devamı sağlanmaktadır (...)*” diyerek stratejik öneme sahip olan telekomünikasyon hizmetlerinin özelleştirilmesi gerçekleşse bile devletin denetim yetkisinin devam edeceğini de belirtmiştir. Geniş bilgi için bkz. *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s.428-438; M.Emin Ruhi, “1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet ve Özelleştirme”, Nobel Yayınları, Ankara, 2003, s.103-122; Oğuz Sancakdar, “*İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 258-272; Oğuz Sancakdar, “*İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011; Ali Ulusoy, “*Telekomünikasyon Hukuku*”, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 177-184.

5189, 5335, 5369¹⁰⁵, 5398 ve 5457 sayılı yasalar kabul edilmiştir¹⁰⁶. 406 sayılı Kanunda 1994 yılından bu yana yapılan değişikliklerin büyük bir kısmı, Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarının gereklerini yerine getirmek, yasal eksikliklerin giderilmesine ve bu kararlar doğrultusunda Türk Telekom'un özelleştirmeye hazırlanmasına, bu özelleştirmenin ülke ekonomisi için en uygun koşullarda gerçekleştirilmesine, özelleştirmeyle amaçlanan hedeflere ulaşılabilmesine, özelleştirme durumunda ulusal güvenliğin korunmasına, kamu hizmetinin gereği gibi ve aksatılmadan yürütülmesi için alınacak önlemlere yönelik bulunmaktadır¹⁰⁷.

Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin özelleştirme çalışmaları, diğer özelleştirme uygulamalarından farklı olarak 4046 sayılı "*Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun*¹⁰⁸" yerine 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu çerçevesinde yapılmıştır. Bu kapsamda Türk Telekom A.Ş.'nin özelleştirilmesine yönelik yapılan ihale, 1 Temmuz 2005 tarihinde sonuçlandırılmış, ihalede en yüksek teklifi bir yabancı ortak girişim grubu vermiştir. Ardından ihale sonuçları ihale komisyonu tarafından Rekabet Kurulu onayına sunulmuştur. Rekabet Kurulu'nun izni ardından karar, 406 sayılı Kanun uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından onaylanmıştır. Bakanlar Kurulu'nun anılan kararının¹⁰⁹ Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla beraber ihaleyi kazanan ortak girişim grubu ile 24.08.2005 tarihinde hisse satış sözleşmesi imzalanmıştır. 14 Kasım 2005 tarihinde gerçekleştirilen devir işlemi ile Türk Telekom bir kamu şirketi olmaktan çıkarılmıştır¹¹⁰.

406 sayılı Kanun hükümleri uyarınca, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi konusunda Türk Telekom'un yetkisine ilişkin hak ve yükümlülüklerin görev

¹⁰⁵ 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu (R.G., T. 25.6.2005, Sy.25856), kamu hizmeti niteliğine sahip, ancak işletmeciler tarafından karşılanmasında mali güçlük bulunan evrensel hizmetin sağlanması, yürütülmesi ve elektronik haberleşme sektörü ile bu Kanun kapsamında belirlenen diğer alanlarda evrensel hizmet yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslarını belirlemek amaçlarıyla hazırlanmıştır (Bkz. m.1).

¹⁰⁶ Bu yasalar ve getirdiği hükümler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Altaş-İlker Ilgın-Başak Deprem, "*Telekomünikasyon Mevzuatı*", Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 19-30; Şerafettin Ekici, "*Türk Telekomünikasyon Hukuku*", Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.5-17.

¹⁰⁷ Bkz. http://www.oib.gov.tr/program/turkiyede_ozellestirme.htm (erişim tarihi: 21.11.2011).

¹⁰⁸ R.G., T.27.11.1994, Sy.22124.

¹⁰⁹ 25.7.2005 tarih ve 2005/9146 sayılı Bakanlar Kurulu kararı, R.G., T. 2.8.2005, Sy. 25894.

¹¹⁰ Bkz. http://www.oib.gov.tr/program/turkiyede_ozellestirme.htm (erişim tarihi: 21.11.2011).

sözleşmesi ve/veya görev sözleşmeleri ile belirleneceği hükme bağlanmış olup, bu çerçevede Telekomünikasyon Kurumuyla Türk Telekom arasında imzalanmış bulunan Görev Sözleşmesi, Türk Telekom'da kamu payının %50'nin altına inmesiyle birlikte Türk Telekom ile Telekomünikasyon Kurumu arasında imtiyaz sözleşmesi olarak yeniden düzenlenmiştir¹¹¹.

¹¹¹Bkz.<http://www.turktelekom.com.tr/tt/portal/TTHakkinda/KurumsalTanitim/HukukiYapi/>(erişim tarihi:21.11.2011). Türk Telekom A.Ş'nin ortaklık yapısı %55 Oger Telekom, %35 Hazine Müsteşarlığı ve %15 halka açık hisselerden oluşmaktadır. T.C Hazine Müsteşarlığı aynı zamanda C Grubu hisseyi de elinde bulundurmaktadır. C Grubu hisseye tanınan haklar, bir adet yönetim kurulu üyesi aday gösterme hakkı ile Ana Sözleşme'nin 6. Maddesi'nde belirtilen haktan oluşur. Ekonomi ve güvenlik ile ilgili olarak ulusal çıkarların korunması amacıyla kimi konular ister Yönetim Kurulu'nda ister Genel Kurul'da onaylansa bile, C Grubu İmtiyazlı Hissenin olumlu oyu olmaksızın gerçekleştirilemez. Aksi takdirde yapılan işlemler geçersiz sayılır. Bu konular, ana sözleşme değişiklikleri, yönetim kontrolünü etkileyecek oranlardaki nama yazılı hisselerin devri, nama yazılı hisselerin devrinin pay defterine işlenmesidir. Bkz.<http://www.turktelekom.com.tr/tt/portal/TTHakkinda/KurumsalTanitim/OrtaklikYapisi/>(erişim tarihi:21.11.2011).

İKİNCİ BÖLÜM

ELEKTRONİK HABERLEŞME KANUNU'NUN GETİRDİĞİ YENİ HUKUKSAL DÜZEN

I. Genel Bakış

Birinci bölümde Ülkemiz özelinde klasik haberleşme hizmetlerinden elektronik haberleşme hizmetlerine geçiş sürecinin hukuksal düzen ele alındı. Bu süreç, aynı zamanda haberleşme hizmetlerinde yaşanan serbestleşme sürecinin anlatılması, ortaya konulması yönünden önemlidir. 1980'lerde gerek Dünya ölçeğinde gerekse Türkiye'de, ekonomik politikaların yeniden gözden geçirilmeye başlandığı, ABD patentli liberalizasyon çabaları, ulusal sermayelerin yerini özellikle elektrik, petrol, telekomünikasyon piyasaları gibi alanlarda çokuluslu ortaklıklara dönüşmesi, ortaya çıkan yenedünya düzeninde ülkelerin sosyo-ekonomik politikalarını da değiştirmiştir. Bu değişim toplumsal bir olgu olan hukuku da ister istemez etkilemiştir. Az önce anılan sektörlerde kamu ya da özel tekeller ortadan kaldırılması, serbestleşme politikaların uygulamaya geçirilmesi, özelleştirme, sektörlerle yeni girişlerin önündeki engellerin kaldırılması, özel girişimcilerin özendirilmesi ve desteklenmesi biçiminde ortaya konulan uygulamaların hukuksal altyapılarının kurulmasını da gerektirdiğinden, yasa koyucu bu temel dinamiklerin etkisiyle yasal düzenlemeler yapmıştır. Telekomünikasyon alanında bu değişimin geldiği son nokta, ülkemiz için Elektronik Haberleşme Kanunu'nun kabulü olmuştur. Temel felsefesi, hukuksal ve teknik çerçevesinin, Avrupa Birliği'nin telekomünikasyon (elektronik haberleşme) alanında kabul ettiği, kimi zaman yeniden gözden geçirdiği direktif ve öteki hukuksal metinlerinin çizdiği bu yeni yasal düzende; serbestleşmenin bütünüyle sağlandığı, düzenleyici/denetleyici işlev ile operatörlük işlevinin birbirinden kesin olarak ayrıldığı, Devletin klasik anlamda artık kamu hizmeti yüklenicisi olmaktan çıkması, yalnızca düzen oluşturma ve bunu gözetme rolünü alması, piyasanın ise tümüyle tecimsel ortaklıklara bırakılması, etkin ve sürdürülebilir rekabet ortamı içinde hizmet sunumu yaklaşımı, yeni düzenin öne çıkan temel özellikleri olmuştur.

Bu yeni düzen kimi yönleriyle eskinin tekrarı, kimi yönden de eskiyle tümüyle çatışan hukuksal düzenlemeleri içinde barındıran bir yapı görünümündedir. En başta, Elektronik Haberleşme Kanunu'nun uygulanmaya başlandığı 2008 ve sonrası ile önceki dönem arasında sektörel yapıda farklılıkların olduğunu belirtelim, bu farklılık sektörde etkinlik gösteren işletmeciler arasında yer alan Türk Telekom A.Ş. ile öteki işletmeciler arasındaki hukuksal statülerin ortadan kaldırılmasında görülmektedir. Ayrıca bu yeni düzende elektronik haberleşme hizmetlerinin görülüş yöntemleri ve bağlı oldukları hukuksal yapıları, önceki mevzuata göre daha yalın duruma getirilmiştir. Bununla birlikte yeni ve eski düzen arasında değişmeyenler de vardır. En başta sözkonusu hizmetlerin kamu hizmeti hizmeti niteliğinde olduğuna ilişkin yaklaşım ya da önkabuldür. İşte bu bölümde ve ardında gelecek üçüncü bölümde Elektronik Haberleşme Kanunu ile kabul edilen yeni düzeninin ilke ve kurallarına, kurumlarına vb. değinilecektir.

II. Elektronik Haberleşme Alanında Ulusal Mevzuatın Temel Dinamiği: Avrupa Birliği'nin Öngördüğü Hukuksal Düzen

Avrupa Birliği (AB) üyesi devletlerin ilk başlarda klasik haberleşme ve elektronik haberleşme (telekomünikasyon) hizmetleri alanında esas itibariyle "kamu hizmeti" anlayışını kabul ettiği, bu ülkelerde anılan hizmetlerin ilk başlarda tekel olarak yürütüldüğü ancak bu yapının sosyo-ekonomik ve teknolojik değişimlerden ve ilerlemelerden etkilendiği, yeni AB düzeninde ise serbestleşmenin sağlanarak rekabet koşullarının oluşturulduğu ortak bir yapının kurulmaya çalışıldığı görülmektedir¹¹².

¹¹² Paul Nihoul-Peter Rodford, "EU Communications Law", Oxford Press, Second Edition, November, 2011, s.3; Peter Alexiadis, "European Union Telecommunications Policy", in Telecommunications Law and Practice, Coling D.Long, Sweet&Maxwell, London, Second Edition, 1995, s.223.

Avrupa Birliği üyesi ülkelerden İtalya'da, temel hukuksal düzenlemelerden biri olarak kabul gören 29 Mart 1973 "Codice Postale e delle Telecomunicazioni" adlı hukuksal düzenlemede telekomünikasyon alanında tüm ağ (şebeke) ve hizmetler, terminal ekipmanları ilke olarak kamu tekeline tabi olduğu yer almaktaydı. Bkz. Fabio Brembati-Giulio Brunelli-Stefano Ciullo-Raffaele Giarda-Gian Franco Macconi, "Telecommunications Law in Italy", in: Telecommunications Laws in Europe, ed. Joachim Scherer, Kluwer Publishers, 1992, p. 99; Belçika'da ise 19 Temmuz 1930 tarihli yasal düzenleme çerçevesi çizilen ve 1980'lerin sonlarına kadar devam eden sitemde Belgian RTT (Régie des Télégraphes et des Téléphones) Telekomünikasyon Bakanlığına bağlı olarak lisanslı ve kamusal telefon ve telgraf hizmetleri için gerekli telekomünikasyon ağlarını işletmek ve bunun için

AB elektronik haberleşme politikası, sosyal ve ekonomik gelişmelerin yarattığı geniş, farklı ve gelişen bir sektörün öneminin anlaşılmasının ardından 70'li yılların sonunda o günkü yapısıyla Avrupa Topluluğu tarafından başlatılan otuz yıllık bir çalışmanın sonucu oluşmuştur. Teknolojik yakınsama, telekomünikasyon, medya ve bilişim teknolojilerinin gelişiminin bir sonucu olarak AB elektronik haberleşme politikası, '*Bilgi Toplumu Politikası (Information Society Policy)*'nin da ayrılmaz bir parçası olmuştur. Bununla birlikte, elektronik haberleşme politikasının belirlenmesinde sosyo-ekonomik anlamda üç temel ögenin etkisini görmek olanaklıdır. Bunlardan birincisi, AB ve üyesi Devletlerin makroekonomik düzeyleri, ikincisi sektörde etkinlik gösteren kuruluşların mikroekonomik seviyeleri ve son olarak elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanan kullanıcıların etkileridir¹¹³.

AB'nin elektronik haberleşme (telekomünikasyon) alanında temel politikasının belirlenmesinin bir süreç aldığı az önce belirtildi. Bu süreçte AB'nin kabul ettiği ancak belli dönemlerde gözden geçirme gereksinimi duyduğu telekomünikasyon politikası temel olarak, elektronik haberleşme alanında serbestleşme ve rekabet koşullarının sağlanmasına yöneliktir. AB'nin bu alandaki politikası ve bunun yansımaları olan kararlarının (direktifler, yönetmelikler ya da tüzükler gibi) teknolojideki hızlı değişime ayak uyduracak nitelikte bir yapısının olduğu gözlenmektedir. Esas itibarıyla AB, elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin yöntemlerin bağlı olacağı ilke ve kurallar yönünden Birliğe üye devletleri bağlayacak biçimde ortak bir politikanın ya da stratejinin belirlenmesini amaçlamıştır.

AB genel olarak, tam rekabet koşullarının egemen olduğu bir dünya pazarında telekomünikasyon sektörünün devlet tekelinde yürütülmesinin düşünülemeyeceği

terminal ekipmanlarını kurmak üzere yetkilendirilmiştir. Bkz. Arne Gutermann, "*Telecommunications Law in Belgium*", in: *Telecommunications Laws in Europe*, ed. Joachim Scherer, Kluwer Publishers, 1992, p.29; örneğin Almanya'da ise, posta hizmetlerinde 1989 yılına kadar *Deutsche Bundespost* adlı federal haberleşme örgütü bir devlet şirketi (ortaklığı) olarak kalmıştır. Joachim Scherer, "*Telecommunications Law in Germany*", *Telecommunications Laws in Europe*, ed. Joachim Scherer, Kluwer Publishers, 1992, p.71.

¹¹³ Antonio Alabau, "*The European Union And Its Electronic Communications Policy*", Fundación Vodafone España, 2006, p.32.

görüştüğüdür¹¹⁴. Aynı zamanda AB, elektronik haberleşmenin bilgi toplumu (information society) ve dijital ekonominin belkemiği olduğunu da kabul etmektedir.

AB ekseninde elektronik haberleşme sektöründe serbestleşme ve rekabet kurallarının oluşturulması girişimleri 1980'lerin sonlarında başlamıştır. İlk adım sabit hatlar için atılmıştır. Günün koşulları gereği zor ve masraflı haberleşme sistemi olan mobil haberleşmede serbestleşme, sonraya bırakılmıştır¹¹⁵. Amerika Birleşik Devletleri ve Japonya gibi ülkelerin elektronik haberleşme alanındaki hızlı ilerleyişlerinin gerisinde kaldığı düşüncesi bu dönemde, İngiltere'nin başı çektiği, *elektronik haberleşme alanında serbestleşmenin sağlanması ve rekabete (özelleştirmeler dahil) dayalı düzen kurma* girişimleri AB'nin yeni politikalar geliştirmesine ya da yaklaşımlar benimsenmesine neden olmuştur. Bununla birlikte, telekomünikasyon alanında dönemin Topluluk düzenlemelerinde tekeli anlayışın egemen olması ve bu nedenle rekabete açılması istenilen bu sektöre yeni katılacak kuruluşların eski tekellerle karşı karşı kalması da yeni politikalar üretilmesini zorunlu kılmaktaydı¹¹⁶. Nitekim, AB elektronik haberleşme politikasının ilk ve temel amacı AB genelinde elektronik haberleşme ekipman ve hizmet piyasalarının tam rekabete geçirmek, başka deyişle sektörün serbestleşmesini sağlamak olmuştur. Bu bağlamda serbestleşme süreci, hemen hemen 1987-1998 yıllarını kapsayan bir zaman aralığında gerçekleşmiştir. Bununla birlikte 1999 yılında başlayan gözden geçirme çalışmaları ve bunu sonucunda 2002 yılında kabul edilen düzenleyici çerçeve serbestleşmeyi tam olarak sağlamıştır denilebilir¹¹⁷.

Elektronik haberleşme sektöründe serbestleşme ve rekabet kurallarının oluşturulması temelinde AB (o dönemki adıyla Avrupa Topluluğu) elektronik haberleşme alanında mevcut politikaları değerlendiren ve ayrıca geleceğe yönelik stratejilerin belirlenmesi amacıyla yönelik bir bildiri hazırlamıştır. 30 Haziran 1987 tarihinde Brüksel'de

¹¹⁴ "Green Paper on the convergence of the telecommunications, media and information technology sectors and the implications for regulation", European Commission Brussels, 3 December 1997. Bkz. http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/library/legal/com/greenp_97_623_en.pdf (erişim tarihi: 16.12.2011).

¹¹⁵ Nihoul- Rodford, p.11.

¹¹⁶ Mustafa Parlak, "Avrupa Birliği Yolunda Telekomünikasyon Sektörü", Rekabet Dergisi, Sayı 15, 2003, s.8.

¹¹⁷ Alabau, p.45.

kabul edilen ve “*Green Paper*”¹¹⁸ olarak adlandırılan bu belgede, ses iletimi içeren kamusal telefon hizmeti dışında öteki telekomünikasyon hizmetleri ve cihazlarıyla ilgili alanlarda serbestleşme, rekabet ve uyumlaştırma konularına yönelik görüş, düşünce ve değerlendirmelere yer verilmiştir¹¹⁹. 1980’li yıllarda başlayan ve 1990’ların sonuna gelinceye kadar geçen süreçte Avrupa elektronik haberleşme sektörünün serbestleşmesine yönelik olarak alınan kararlar, kabul edilen direktifler ya da öteki düzenlemeleri şöyle özetlemek olanaklıdır¹²⁰:

1. Madde 90 Direktifleri¹²¹

- a. 88/301/EC numaralı direktif¹²²
- b. 90/388/ECC numaralı direktif¹²³, bu direktif;
 - Satellite Directive (Uydu Direktifi) (94/46/EC)
 - Cable Directive (Kablo Direktifi) (95/51/EC)
 - Mobile Directive (Mobil Direktifi) (96/2/EC)
 - Full Competition (Tam Rekabet) (96/19/EC) direktifleri ile tadil edilmiştir.

2. Madde 100a Direktifleri

- a. Frequency Directives (Frekans Direktifleri)

¹¹⁸ “*Green Paper On The Development Of The Common Market For Telecommunications Services And Equipment, COM (87) 290 Final*”. Green Paper, Roma Antlaşması ile Topluluk düzenleyici çerçeve direktiflerinin verdiği potansiyel güç ile üye devletler arasında ortak politikaların belirlenmesine yönelik yüksek bir sinerji yaratılması amacına hizmet için hazırlanmıştır. Belge için bkz. http://aei.pitt.edu/1159/1/telecom_services_gp_COM_87_290.pdf (erişim tarihi:16.12.2011).

¹¹⁹ Telekomünikasyon: Bilgi Toplumunun Kaldırıcı Konferansı, Konferans Raporu, İstanbul, 2008, s.8. Yeşil Kitap aynı zamanda telekomünikasyon sektörünün hangi oranda liberalleştirileceği ve Avrupalılaştırılacağı konusunda AB ölçeğinde var olan düşünce farklılıklarının ortaya konulması yönünden de önem taşımaktadır. Seamus Simpson, “*Telekomünikasyonda Pazarın Serbestleşmesi ve Avrupa Birliği Düzenleme Çerçevesinin Doğuşu: Yapısal Değişim ile Ulusal ve Avrupa Düzeyleri Arasındaki Etkileşim*”, içinde: Avrupa Birliği ve Türkiye’de İletişim Politikaları: Pazarın Düzenlenmesi, Erişim ve Çeşitlilik, Der: Mine Gencel Bek-Deirdre Kevin, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2005, s.45. Yeşil Kitap, telekomünikasyon hizmetleri ve ekipmanları için ortak bir Pazar oluşturma amacıyla terminal ve katma değerli hizmetler piyasasında liberalleşme çabalarına odaklanmıştır. Sonraki aşama, ses ve altyapı hizmetlerinde serbestleşmedir. *Alabau*, p.151.

¹²⁰ Belirtilen bu direktif ve kararlar için bkz.

http://ec.europa.eu/information_society/topics/telecoms/regulatory/98_regpack/text_en.htm (erişim tarihi:16.12.2011)

¹²¹ Madde 90 Direktifleri olarak adlandırılan bu direktifler, Roma Antlaşmasınının 90. maddesine dayanılarak çıkarılmıştır.

¹²² Commission Directive 88/301/EEC of 16 May 1988 on competition in the markets in telecommunications terminal equipment, *OJ L 131*, 27.5.1988. *Bu direktif, 93/97/EEC ve 94/46/EC sayılı Direktifler ile tadil edilmiştir.*

¹²³ Commission Directive 90/388/EEC of 28 June 1990 on competition in the markets for telecommunications services, *OJ L 192*, 24.7.1990.

- GSM Frequency Directive (87/372/EEC)¹²⁴
- Radio Paging Frequency Directive (Radyo Çağrı Frekansı Direktifi). (90/544/EEC)¹²⁵
- Frequency Directive (Frekans Direktifi) (91/287/EEC)¹²⁶
- Terminal Equipment and Satellite Earth Station Equipment Directive (Terminal Ekipman ve Uydu Yer İstasyonu Direktifi) (98/13/EC)¹²⁷

b. Open Network Provision (Açık Ağ Tedariki)

- Framework Directive (Çerçeve Direktif) (90/387/EEC)¹²⁸,
- Leased Lines Directive (Kiralık Hatlar Direktifi) (92/44/EEC)¹²⁹,
- Licensing Directive (Lisanslama Direktifi) (97/13/EC)¹³⁰

¹²⁴ Council Directive 87/372/EEC of 25 June 1987 on the frequency bands to be reserved for the coordinated introduction of public pan-European cellular digital land-based mobile communications in the Community, *OJ L 196*, 17.7.1987.

¹²⁵ Council Directive 90/544/EEC of 9 October 1990 on the frequency bands designated for the coordinated introduction of pan-European land-based public radio paging in the Community, *OJ L 310*, 9.11.1990.

¹²⁶ Council Directive 91/287/EEC of 3 June 1991 on the frequency band to be designated for the coordinated introduction of digital European cordless telecommunications (DECT) into the Community, *OJ L 144*, 8.6.1991.

¹²⁷ European Parliament and Council Directive 98/13/EC of 12 February 1998, *OJ L 74*, 12.3.1998.

¹²⁸ Council Directive 90/387/EEC of 28 June 1990, *OJ L 192*, 24.7.1990. Bu Direktif, 97/51/EC sayılı ve 6.10.1997 tarihli “*European Parliament and Council Directive*” ile tadil edilmiştir. 90/387 sayılı Çerçeve Direktif, kamu telekomünikasyon ağlarına uygunluk ölçüsünde açık ve etkin erişim koşullarının uyumlaştırılması ile ilgilidir. Topluluk genelinde telekomünikasyon hizmetleri pazarının hızlı bir biçimde kurulmasını özendirmek amacıyla hazırlanan bu Direktif, üye devletler tarafından verilen özel veya münhasır haklarla sağlanan kısıtlamalar dışında kamu telekomünikasyon şebekesi (ağı) ve/veya hizmetlerine (servislerine) tüm kullanıcılar yönünden adil ve şeffaf koşullar altında oluşturulan tarifeler karşılığı ulaşılabilmemesinin usul ve esaslarını kayıt altına almıştır. Direktifte “özel veya münhasır hak”, üye devletler ya da onların düzenleyici otoriteleri tarafından bir hizmet sunmak veya bir faaliyette bulunmak üzere yasa ya da idari düzenleyici kararlarla kamu veya özel kuruluşlara verilen hak olarak tanımlanmıştır. Direktif, açık ağ tedariki koşullarının objektif ölçütlere dayanması ve Topluluk Hukukuna uygun olması gerektiğini belirttikten sonra, ağ operasyonlarının güvenliği, ağ bütünlüğünü koruma ve verileri koruma gibi genel kamu yararı dışındaki bir kısıtlamanın bu direktif hükümlerinin ihlali anlamına geldiğini belirtmektedir. Bu Direktifte yer alan hükümlerin üye devletlerin mali, teknik ve idari yapıları göz önünde bulundurularak aşamalı bir biçimde uygulanmasını, böylece Topluluk genelinde bir uyumun sağlanılabileceğinden de sözedilmiştir. Bkz. “*Guide to the Case Law of the Court of Justice of the European Union in the field of Telecommunications*”, Publications Office of the European Union, 2010, s.65.

¹²⁹ Council Directive 92/44/EEC of 5 June 1992 on the application of open network provision to leased lines, *OJ L 165*, 19.6.1992. Bu Direktif, 97/51/EC sayılı ve 6.10.1997 tarihli “*European Parliament and Council Directive*” ile tadil edilmiştir.

- Interconnection Directive (Arabağlantı Direktifi) (97/33/EC)¹³¹,
- Voice Telephony Directive (98/10/EC)¹³².
- Personal Data And The Protection Of Privacy Directive (Kişisel Bilgi ve Gizliliğin Korunması Direktifi) (97/66/EC)¹³³

3. Konsey Kararları (Council Decisions)

- Decision (91/396/EEC) on a single European emergency call number 112 (Ortak Acil Çağrı Numarasının Belirlenmesine İlişkin Karar)
- Decision (92/264/EEC) on a standard international telephone access code 00 (Uluslararası Telefon Erişim Kodlarının Belirlenmesine İlişkin Karar)
- Decision (710/97/EC) of the European Parliament and of the Council of 24 March 1997 on a coordinated authorization approach in the field of satellite personal-communication services in the Community (Kişisel Uydu Haberleşme Alanında Ortak Yetkilendirme Yaklaşımı Kararı)¹³⁴

AB, serbestleşme yönünde alınan kararların telekomünikasyon alanına etkisinin ne olduğunu ortaya koymak ve geleceğe dönük yeni politikaları belirlemek için 1999 yılında bir gözden geçirme çalışması başlatmıştır. Bu çalışma sonucunda AB, yerleşik operatörlerin rekabet kurallarını ihlal ederek kullanıcı ve hizmet sağlayıcıların erişim için en iyi teknolojiyi kullanmalarına engel olduğuna dikkati

¹³⁰ Directive 97/13/EC of the European Parliament and of the Council of 10 April 1997 on a common framework for general authorizations and individual licences in the field of telecommunications services, OJ L117, 7.5.1997.

¹³¹ Directive 97/33/EC of the European Parliament and of the Council on interconnection in telecommunications with regard to ensuring universal service and interoperability through the application of the principles of open network provision (ONP), OJ L199/32 26/7/1997. Bu Direktif, 98/61/EC sayılı ve 24.9.1998 tarihli Direktif ile tadil edilmiştir.

¹³² Directive 97/33/EC of the European Parliament and of the Council on the application of open network provision (ONP) to voice telephony and on universal service for telecommunications in a competitive environment, OJ L 101, 1.4.1998.

¹³³ Directive 97/66/EC of the European Parliament and the Council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and protection of privacy in the telecommunications sector, OJ L 241, 30.1.1998.

¹³⁴ Bu Kararların yanında Komisyon'un telekomünikasyon sektöründe serbestleşme konusunda tavsiye kararları da bulunmaktadır. Bunlar arasında, arabağlantının ücretlendirilmesi ile maliyet muhasebesi ve hesap ayırımına ilişkin kararları sayabiliriz.

çekmiş ve ardından bu konuda önlemlerin alınmaması durumunda özellikle genişbant erişiminin yaygınlaştırılmasının zorlaşacağını dile getirmiştir¹³⁵. Bununla birlikte, teknolojiye yaşanan olağanüstü hızlı gelişim ve internet erişimindeki büyük artışlar, “*e-ticaret (e-commerce)*”in ekonomideki rolünün artması, küresel ekonomide Avrupa’nın, yeni finans kaynaklarının sağladığı olanaklardan en iyi biçimde yararlanabilmesi ve ayrıca Avrupa’yı herkes için gerçek bir *bilgi toplumu*na dönüştürme amaçlarıyla AB bünyesinde yeni ilke kararları alınmıştır. Bu kapsamda Avrupa Konseyinin 10-11 Aralık 1999 tarihinde Helsinki’de düzenlenen toplantısında, *e-Avrupa,(e-Europe) Girişimi*¹³⁶ kabul edilmiştir¹³⁷. Elektronik haberleşme politikasının oluşumunda ve uzun vadeli hedeflerin belirlenmesinde, telekomünikasyon ve bilgi teknolojileri alanında başlatılan e-Avrupa eylem planı büyük önem taşımaktadır¹³⁸. Ardından, Helsinki’de alınan kararların uygulanırılığını gözlemlemek ve ortak bir eylem planı ortaya koymak amacıyla bu kez Mart 2000’de Lizbon’da bir araya gelen AB Konseyi, e-Avrupa girişimini destekleyen ve Avrupa’nın en geç 2010 yılına kadar istihdamı ve entegrasyonu (bütünleşmeyi) sağlamış sürdürülebilir ekonomik büyüme yeteneğine sahip, dünya pazarının en rekabetçi ve dinamik bilgi tabanlı ekonomisi haline dönüşmesini hedefleyen Lizbon Stratejisi kabul etmiştir¹³⁹. Lizbon zirvesinde, rekabetçi, dinamik ve bilgi tabanlı ekonomiye sahip olmak için ucuz ve kaliteli iletişim altyapısının kurulmasının gerekli olduğu sonucuna ulaşılmıştır¹⁴⁰.

¹³⁵ *Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013), Bilgi ve İletişim Teknolojileri Özel İhtisas Komisyonu, Telekomünikasyon Alt Komisyonu Raporu*, Ankara,2007, Yayın No:DPT, 2744, s.42-46. Raporun tam metni için bkz. <http://ekutup.dpt.gov.tr/bilisim/oik692.pdf> (erişim tarihi:19.12.2011).

¹³⁶ E-Avrupa girişiminin temel amaçları şöyle sıralanmıştır: Avrupa’daki genç nüfusun sayısal çağa hazırlanması; ucuz internet erişimi;e-ticareti hızlandırmak;araştırmacılar ve öğrenciler için hızlı internet; güvenli elektronik erişim için akıllı kartlar;yüksek teknoloji üreten/kullanan KOBİ’ler için risk sermayesi;özürlüler için e-Katılım (e-Participation) çevrimiçi sağlık hizmetleri;akıllı ulaşım; çevrimiçi devlet hizmetleri,

<http://www.bilgitoplumu.gov.tr/Portal.aspx?value=UE9SVEFMSUQ9MyZQQUdFSUQ9NzkmUEFH RVZFUINJT049LTEmtU9ERT1QVUJMSVNIRURfvkVSU0IPTg==> (erişim tarihi:19.12.2011).

¹³⁷ 10-11 Aralık 1999 tarihlerinde Helsinki’de alınan kararlar için bkz. http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/ACFA4C.htm (erişim tarihi:19.12.2011).

¹³⁸ Telekomünikasyon ve Bilgi Teknolojileri Konulu Eğitim Semineri Bilgi Notu, İKV Yayınları, Ekim 2004, s.2.

¹³⁹ Lizbon Stratejisi için bkz. http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00100-r1.en0.htm (erişim tarihi:19.12.2011).

¹⁴⁰ Pelin Kuzey, “*Avrupa Birliği’ne Üyelik Perspektifinde Türkiye’de Telekomünikasyon Sektörüne Bir Bakış*”, Bütçe Dünyası Dergisi, Cilt 2, Sayı 25, Bahar, 2007, s.31.

İşte telekomünikasyon alanında 1999 yılında başlayan gözden geçirme ve ardından gelen 1999 ve 2000 Helsinki ve Lizbon kararları telekomünikasyon alanındaki yeni düzenleyici çerçevenin oluşmasına öncülük etmiştir. 2002 yılında AB üyesi devletler elektronik haberleşme ağ ve hizmetleri (erişim de dahil) kapsayan düzenleyici bir çerçeve üzerinde anlaşmaya varmışlardır. Bu kapsamda, yeni düzenleyici çerçeve; sabit ve mobil haberleşme sistemleri, elektronik posta (e-posta) ve internet erişimi başta olmak üzere tüm elektronik haberleşme hizmetlerini kapsayacak biçimde hazırlanmıştır. Yeni düzenleyici çerçevenin amacı, sektöre girişe engelleri ortadan kaldırmak ya da azaltmak, etkin rekabeti özendirmek ve sonuçta elektronik haberleşme sektöründe iç pazarın yaratılmasına yol açacak düzenlemeleri hayata geçirmektir¹⁴¹.

AB telekomünikasyon sektöründe ikinci kuşak reform hareketi olarak adlandırılan bu düzenlemeler daha esnek, hukuki açıdan öngörülebilir, teknolojik açıdan nötr, en az düzeyde düzenleme içeren ve üye ülke uygulamalarında birlikteliği sağlayan bir kurallar bütünü oluşturmak amaçlarına yöneliktir¹⁴². Bir başka ifade ile yeni düzenleyici çerçeve hızlı hareket eden elektronik haberleşme sektöründe “*elektronik haberleşme ağ ve hizmetlerini*”, tutarlı, güvenilir ve esnek bir yapı içinde ve rekabet hukuku ilkeleriyle uyumlu düzenleme yapma yaklaşımıyla hazırlanmıştır¹⁴³.

Günümüzde AB telekomünikasyon düzenlemelerine kaynaklık eden 2002 yılı yeni düzenleyici çerçeve (new regulatory framework) kapsamında, önceki düzenlemeler¹⁴⁴ içerik olarak sadeleştirilmiş, telekomünikasyon sektöründeki

¹⁴¹ Implementing The Revised EU Electronic Communications Framework, Department For Business Innovation&Skills, September, 2010, www.bis.gov.uk, s.4 ,(erişim tarihi:29.11.2011).

¹⁴² Telekomünikasyon Alt Komisyonu Raporu, s.46.

¹⁴³ Ali Demiröz, “*Avrupa Birliği'nin Yeni Düzenleyici Çerçevesi Işığında Telekomünikasyon Sektörünün Düzenlenmesinde Rekabet Hukukunun Rolü*”, Rekabet Dergisi, Sayı 15, 2003, s.16.

¹⁴⁴ 2002 yılından kabul edilen direktifler öncesi yürürlükte olan 1998 yılı düzenleyici çerçevesi iki temel hüküm esas alınarak oluşturulmuştur. Bunlar, tüm özel ve ayrıcalıklı hakları ortadan kaldırarak piyasanın eşitlikçi bir biçimde düzenlenmesini sağlayan liberalizasyon hükümleri; rekabetin sağlanması ve telekomünikasyon hizmetlerinin düzenlenmesi için tek bir Avrupa piyasası oluşturularak bunun sürdürülmesi amacıyla uyumlaştırma öngören hükümlerdir. “*Avrupa Birliği'nin Telekomünikasyon ve Görsel-İşitsel Politikası*”, <http://www.ikv.org.tr/pdfs/5449201c.pdf>, s.14 (erişim tarihi:29.12.2011); Düzenlemelerin temel işlevi, tekeli yapıdaki telekomünikasyon sektörünü aşamalı olarak rekabete açmaktır. Bu bağlamda yeni düzenleyici çerçeve rekabet hukuku ilke ve kurallarını esas alan bir yaklaşımla hazırlanmıştır. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. “*AB Elektronik Haberleşme Düzenlemeleri Raporu*”, http://www.tk.gov.tr/uluslararası_iliskiler/AB_ile_iliskiler/a.php(erişim tarihi:24.11.2011); Bununla birlikte, 2002 öncesi dönem olarak kabul edilen 1998 düzenleyici çerçevesi genel bir ifadeyle, sabit telefon ağı ve bunun üzerinden verilen hizmetlerde rekabeti arttırmayı amaçlamaktaydı ve bu dönemde kabul edilen direktif, karar v.b. düzenlemelerde önceden

serbestleşme sonrasında yaşanan problemlerin etkin ve verimli biçimde giderilmesi amacıyla yönelik kurallar benimsenmiştir. Bir başka yönüyle yeni düzenleyici çerçeve, AB çapında serbest ve rekabetçi bir haberleşme hizmetleri pazarının oluşmasını desteklemek ve tüketicilerin bu hizmetlerden yararlanmalarını her anlamda en üst aşamaya taşımaya yönelik olarak hazırlanmıştır¹⁴⁵.

Yeni düzenleyici çerçeve; *Çerçeve Direktifi (Framework Directive)*, *Yetkilendirme Direktifi (Authorisation Directive)*, *Evrensel Hizmet ve Kullanıcı Hakları Direktifi (Universal Service Directive)*, *Erişim ve Arabağlantı Direktifi (Access Directive)*, *Veri Güvenliği Direktifi* ile *Spektrum Kararı ve Yerel Ağ Paylaşımına Açma yükümlülüğüne ilişkin Tüzük*'ten oluşmaktadır. Bu düzenlemelerin içeriklerinin bilinmesinin, günümüz AB elektronik haberleşme politikasının -bir anlamda da Türkiye'nin- daha net biçimde anlaşılması yönünden önemli olduğu kanaatindeyiz. Bu bağlamda anılan düzenlemeleri ana hatlarıyla ele alalım:

a) Çerçeve Direktifi (Framework Directive)¹⁴⁶

Bu Direktif, elektronik haberleşme ağ ve hizmetleri için ortak düzenleyici çerçeve oluşturulması amacıyla kabul edilmiştir (md.1). Bu Direktif, telekomünikasyon, bilgi teknolojileri ile yazılı ve görsel içeriğin yakınsamasının¹⁴⁷ getirdiği güçlükleri dikkate alarak, gelecekte ses, yazı, görüntü v.b. içeriğin tüm telekomünikasyon ağları üzerinden iletilebileceği yaklaşımından hareketle “içerik” ve “içeriğin taşınması”na

belirlenmiş alanlara ya da ağlara yönelik düzenleme ilkeleri belirlenmiştir. Bkz. *Demiröz*, s.20; Tekin Memiş, “*Telekomünikasyon Düzenlemelerinin Hukuki İlkeleri ve Eğilimler*”, <http://www.e-akademi.org/makaleler/tmemis-10.htm> (erişim tarihi: 29.12.2011).

¹⁴⁵ *Demiröz*, s.21; 2002 düzenleyici çerçevesi, genel anlamda yasal önlemleri en aza indirerek 1998 telekomünikasyon düzenleyici çerçevesinin karakteristik bir hayata geçiriliş durumunu aldığı da söylenmektedir. Bkz. Simpson, s.60.

¹⁴⁶ Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive), (OJ L 108, 24.4.2002).

¹⁴⁷ Genel bir ifade ile sabit ve mobil telekomünikasyon araçları arasında gerçekleşen ilişki olarak bilenen yakınsama (convergence); telekomünikasyon, görsel ve işitsel medya ve bilgi teknolojileri araçlarının bir arada kullanılmasını ifade etmektedir. Örneğin mobil telefonda ya da televizyondan internete bağlanmak, bilgisayardan mobil telefona ileti göndermek ya da tablet bilgisayardan sesli görüşme yapmak... Teknik bir terim olan yakınsama (convergence) AB elektronik haberleşme politikasının belirlenmesi yönünden önemlidir. Yakınsama, telekomünikasyon, bilgi teknolojileri (information technologies) ve görsel-işitsel (audiovisual) sektörün teknolojik evriminin bir sonucudur. Dijital teknolojiler tarafından geleneksel elektromanyetik ve analog teknolojilerin kademeli olarak değiştirilmesi bu yaklaşımı doğurmuştur. *Alabau*, s.37; *Nihoul-Rodford*; s. 11 vd.; Bkz. *Green Paper On The Convergence Of The Telecommunication, Media And Information Technology Sectors, 1997*, http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/library/legal/com/greenp_97_623_en.pdf (erişim tarihi:19.12.2011).

ilişkin düzenlemeleri birbirinden ayırmıştır. Bu bağlamda, içeriğe ilişkin düzenlemeler bu direktifte yer almamıştır (md.5)¹⁴⁸. Ayrıca anılan Direktifte, *telekomünikasyon* kavramı yerine *elektronik haberleşme* kavramı kullanılmıştır.

Çerçeve Direktif ile tüketicilerin elektronik haberleşme hizmetlerinden azami ölçüde yararlanmaları, bunun koşulları ve maliyetleri konusunda daha iyi bilgilendirilmeleri konuları başta olmak üzere tüketici haklarını güçlendirmeye yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Tüketici haklarına yönelik iyileştirici düzenlemeler, elektronik haberleşme alanında rekabeti özendirme ve rekabetin tüketicilere olumlu yansımalarını en üst aşamaya çıkarmak amacıyla doğrudan ilgilidir¹⁴⁹.

Çerçeve Direktif'e göre, Direktifte yer alan düzenlemeler üye devletlerin kamu düzenini korumak amacıyla gerekli görülen idari ya da yargısal kararlar ya da önlemler almalarına engel oluşturmamaktadır. Buna karşın Direktif üye devletlere, elektronik haberleşme alanında ulusal düzenleyici otoritelerin özerkliklerinin sağlanması yönünde bir yükümlülük getirmektedir. Bu bağlamda Direktif, özerkliğin mali ve personel özerkliği içerdiğini vurgulamaktadır. Direktifin, ulusal düzenleyici otoritelere kimi sorumluluklar verdiği görülmektedir. Bunlar arasında elektronik haberleşme alanında etkinlik gösteren kuruluşlar hakkında düzenli analizler yapılması; rekabet kurallarını işletmeleri; kuruluşlara gereksiz idari ve yasal yükümlülükler yükletilmemesi (ex-ante yani öncül düzenleyici kuralları koymaktan kaçınması) ve ulusal düzeyde alınan kararların Avrupa tek pazarına olumsuz etkisinin olmamasına özen gösterilmesi; elektronik haberleşme ağ ve hizmetlerinde esnekliğin sağlanmasına ilişkin düzenlemeleri sayabiliriz¹⁵⁰.

¹⁴⁸ AB düzenleyici çerçevesi sabit ve kablosuz haberleşme, veri iletimi ve tüm yayın türlerini kapsamaktadır. Ancak bu tür hizmetler aracılığıyla taşınan "*içerik*" düzenleyici çerçevenin kapsamı dışındadır.

¹⁴⁹ Implementing The Revised EU Electronic Communications Framework, s.7.

¹⁵⁰ Bu çerçevede, AB Komisyonu ulusal düzenleyici kurumların karar alırken göz önünde bulunduracakları "*İlgili Ürün ve Hizmet Pazarlarına İlişkin Tavsiye Kararı*" yayımlamıştır. Bkz. Commission Recommendation of 11/02/2003 On Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services. Çerçeve Direktif ile getirilen yükümlülükler aynı zamanda ulusal düzenleyici otoritelere belli maliyetler de çıkarmaktadır. Şöyle ki, elektronik haberleşme hizmetlerinde esneklik ve güvenlik getirilmesi ya da ulusal haberleşme altyapısının genel bir görünümünü elde etmek için etkinlik gösteren kuruluşlardan sürekli bilgi istenilmesi ve bunun raporlanması yükümlülükleri idari ve mali anlamda bir iş yükü ortaya çıkarmaktadır. Implementing The Revised EU Electronic Communications Framework, s.8.

Framework Directive olarak adlandırılan bu direktif üye devletlere, elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesi konusunda ulusal düzenleyici otorite ile etkinlik gösteren kuruluş arasında herhangi bir anlaşmazlık çıkması durumunda, etkin ulusal mekanizmalar oluşturulması (itiraz hakkı gibi); elektronik haberleşme sektöründe yeni düzenleyici çerçevenin tutarlı bir biçimde uygulanmasını sağlamak amacıyla gerek birbirleriyle gerekse Avrupa Komisyonu ile işbirliğinde olmaları gibi yükümlülükler getirmiştir. Buna karşın Direktif üye devletlere, zararlı elektromanyetik alanlara karşı halk sağlığını korumak; teknik hizmet kalitesini sağlamak; radyo frekans paylaşımında en fazla yararı sağlamak ve spektrumun verimli kullanımı korumak konularında özel düzenlemeler yapabileceği yetkisi vermiştir¹⁵¹.

b) Yetkilendirme Direktifi (Authorisation Directive¹⁵²)

Elektronik haberleşme ağ ve hizmetleri alanında yetkilendirme rejimini bir düzen altına almak amacıyla hazırlanan ve Yetkilendirme Direktifi (Authorisation Directive) olarak adlandırılan bu düzenleme, Çerçeve Direktifi (Framework Directive) kapsamında hazırlanmıştır. Yetkilendirme Direktifi'nin en önemli yanı, bu Direktif ile elektronik haberleşme alanında günümüzde AB ve Türkiye'de kabul edilen rejimin temellerinin atılmış olmasıdır. Şöyle ki; bu Direktif ile -önceki rejimden farklı olarak- bireysel lisanslama uygulamasına son verilmiş ve istisnai durumlar dışında tüm elektronik haberleşme ağ ve hizmetleri için "*genel yetkilendirme*" uygulamasına geçilmiştir. Başka deyişle, kıt kaynakların sözkonusu olmadığı etkinlerin yürütülmesinde bu hizmeti üstelenecek kuruluşlara, ulusal düzenleyici otoritelere yalnızca bildirimde bulunma yükümlülüğü getiren Direktif böylece, önceden izin alma yöntemi uygulamasına son vermiştir. Bu yöntem, ilgili işletmelerin, sunacakları hizmet konusunda çeşitli taahhütlere uyma yükümlülüğünü kabul etme koşuluyla yalnızca bildirimde bulunmaları durumunda, ulusal düzenleyici

¹⁵¹Çerçeve Direktifi (Framework Directive) hakkında daha geniş bilgi için bkz. Telekomünikasyon Alt Komisyonu Raporu, s.47; Vedat Karaarslan-Nail Alkan, "*Avrupa Birliği-Türkiye İlişkileri Bağlamında Telekomünikasyonda Serbestleşme*", Pelikan Yayınları, Eskişehir, 2004, s.69-70; Hasan Turgay Tursun, "*Avrupa Birliği İletişim Mevzuatı ve Yayıncılık Sektörü*", Uzmanlık Tezi, Ankara Mayıs,2004, s. 9-15.

¹⁵²Directive 2002/20/EC of The European Parliament and of The Council of 7 March 2002 on the authorisation of electronic communications networks and services (Authorisation Directive), (OJ L 108, 24.4.2002).

otoritelerin bir karar almasını beklemeden otomatik olarak hakkı elde edecekleri anlamına gelmektedir¹⁵³. Bununla birlikte anılan Direktif, frekansların ve numaraların özel kullanımı durumlarında, bireysel yetkilendirme sistemini öngörmüştür. Elektronik haberleşme ağ ve hizmetleri alanında yürütülecek etkinliklerin bağlı olacağı rejimin belirlenmesinde Direktif esas olarak, hizmetin sunulmasında kıt kaynakların kullanımının gerekip gerekmediğine (örneğin frekans tahsisi gibi) bakılacağını öngörmektedir. Bu yeni sistem, elektronik haberleşme alanında farklı lisans türlerini de ortadan kaldırmış olmasının yanı sıra genel yetkilendirme ve frekans kullanım hakkı konusunda getirilen “yetkilendirme sisteminin yeknesak bir yapıya dönüştürülmesi” yönünden de önem arz etmektedir¹⁵⁴.

c) Evrensel Hizmet Direktifi (Universal Service Directive¹⁵⁵)

AB kurumları tarafından geliştirilmiş olan evrensel hizmet kavramı elektronik haberleşme sektörünün AB genelinde uyulması gereken bir dizi koşulları anlatmak için kullanılmaktadır. Bu bağlamda Evrensel Hizmet Direktifi (Universal Service Directive) ile sektörde etkinlik gösteren işletmecilere kimi yükümlülükler getirilmiştir. Bunun amacı, herkesin, her yerde yüksek standartta temel telekomünikasyon hizmetlerinden makul fiyatta yararlanmalarını garanti altına alınmasıdır¹⁵⁶. Bununla birlikte bu kavramın kapsamı, sosyo-ekonomik, teknolojik ve piyasa koşullarındaki gelişmelerin ya da değişikliklerin etkisiyle değişim göstermektedir. Evrensel Hizmet Direktifi, 1998 yılıyla birlikte elektronik haberleşme sektöründe tam serbestleşmenin (liberalization) sağlanmasıyla birlikte evrensel hizmet yükümlülüklerinin maliyeti ve finansmanı için gereken kuralları da düzenlemektedir. Bununla birlikte anılan Direktif, numara taşınabilirliği, arayan abonenin bulunduğu yeri gösterme, kullanıcı hakları, hizmetlerin kalitesi, enformasyonun şeffaflığı, şebekelerin uyumu ve özel hizmet numaralarına ilişkin konuları da düzenlemektedir¹⁵⁷.

¹⁵³ Nihoul-Rodford, s.92. Bkz. Authorisation Directive, Article 2(2).

¹⁵⁴ Tursun, s.9.

¹⁵⁵ Directive 2002/22/EC of The European Parliament and of The Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services (Universal Service Directive), (OJ L 108, 24.4.2002).

¹⁵⁶ Telekomünikasyonda Rekabet: Niçin ve Nasıl?, Avrupa Komisyonu, Lüksemburg, 1997, s.11.

¹⁵⁷ Telekomünikasyon Alt Komisyonu Raporu, s.48; Evrensel hizmet kavramı, başlangıçta telefon alanının ölçek ekonomisi olarak kabul edilmesi ve kamu ya da özel bir tek şirket tarafından

d) Erişim ve Arabağlantı Direktifi (Access Directive¹⁵⁸)

Elektronik haberleşme ağ ve hizmetleri ile bunlarla ilgili tesislere erişim¹⁵⁹ (access) ve arabağlantının¹⁶⁰ (interconnection) sağlanmasına yönelik ilke ve kuralların belirlenmesi ya da başka deyişle genel çerçevenin çizilmesi amacıyla hazırlanan Erişim ve Arabağlantı Direktifi, sabit ve mobil haberleşme ağları, kablolu televizyon, karasal ve uydu televizyon sistemleri, ses, veri, görüntü hizmetleri ile internet ağlarına erişim standartlarını belirlemektedir¹⁶¹. Direktif, rekabet, birlikte çalışabilirlik ve tüketici haklarının korunması ilkelerinin geçerli olduğu bir iç pazarın oluşumuna hizmet etmektedir¹⁶². Elektronik haberleşme ağ sahipleri ile hizmet sağlayıcılar arasındaki ilişkileri düzenleyen bu Direktif, her türlü ağın birbirine bağlanabilmesini öngörmekte, ulusal düzenleyici otoritelerin erişim ve arabağlantı konularına ilişkin yetki, görev ve sorumluluklarını düzenlemektedir¹⁶³. Bu bağlamda anılan Direktif, ulusal düzenleyici otoritelere Direktifte öngörülen ilkelere uygun olmak koşuluyla maliyete ilişkin yükümlülükler ile fiyat kontrolleri konularında karar alma yetkisi verdiği gibi, ayırım gözetmeme ve şeffaf olma yükümlülüğü de vermiştir. Ancak ulusal düzenleyici otoritelere kuruluşlara rekabet potansiyelini arttırmak amacıyla kuruluşlar üzerinde fonksiyonel ayırım yapma yetkisi tanınmıştır¹⁶⁴.

işletilmesini sağlamak üzere ve tekelci pratiklere gelebilecek eleştirileri bertaraf etmek için ortaya atılmış ve ABD’de tüm telefon alanının özel bir tekelin işletmesine verilmesi durumunda ortaya çıkan kamusal düzenleme gereksinimiyle çakışarak kullanılmıştır. Funda Başaran, “*Enformasyon Hizmetlerine Erişim: Avrupa Birliği ve Türkiye*”, içinde: Avrupa Birliği ve Türkiye’de İletişim Politikaları: Pazarın Düzenlenmesi, Erişim ve Çeşitlilik, Der: Mine Gencil Bek-Deirdre Kevin, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2005, s.81-82.

¹⁵⁸ Directive 2002/19/EC of The European Parliament and of The Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (Access Directive), (OJ L 108, 24.4.2002).

¹⁵⁹ Erişim (Access): Elektronik haberleşme hizmetlerinin sağlanabilmesi için özel ya da münhasır olarak tanımlanmış koşullar altında başka tesis ve/veya hizmetlerin kullanılabilir duruma getirilmesini ifade eder. Bkz. Access Directive, Article 2 (a).

¹⁶⁰ Arabağlantı (interconnection), “Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği’nde (R.G.T.8.9.2009,Sy.27343); “bir işletmecinin kullanıcılarının aynı veya farklı bir işletmecinin kullanıcılarıyla irtibatının veya başka bir işletmeci tarafından sunulan hizmetlere erişiminin sağlanmasını teminen, aynı veya farklı bir işletmeci tarafından kullanılan elektronik haberleşme şebekelerinin birbirlerine fiziksel ve mantıksal olarak bağlanması” olarak tanımlanmıştır (md.4/b).

¹⁶¹ Karaarslan-Alkan, s.72.

¹⁶² Implementing The Revised EU Electronic Communications Framework,s.8.

¹⁶³ Telekomünikasyon Alt Komisyonu Raporu, s.47.

¹⁶⁴ Implementing The Revised EU Electronic Communications Framework, s.9.

e) Veri Güvenliği Direktifi (Data Protection Directive)¹⁶⁵

Kişisel bilgilerin korunmasına ilişkin bu Direktif, AB üyesi Devletlere, ulusal mevzuatlarında, halka açık bir elektronik haberleşme ağı üzerinden yapılan iletişimin gizliliğini sağlamaya yönelik önlemlerin alınmasını şart koşturmaktadır. Başka deyişle bu Direktif, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim gizliliğinin korunmasına ilişkin temel bir ilkenin altını çizmektedir. Bununla birlikte anılan düzenlemede, kullanıcıların izni olmadan ya da yasal zorunluluk durumu dışında dinlemeyi ve verilerin depolanmasını yasaklamaktadır. Direktif veri saklama ya da depolanmasının önemli ve hassas bir konu olduğunu, bu yola yalnızca cezai soruşturmaların izin verdiği ya da ulusal güvenlik, savunma ve kamu güvenliğini korumak için başvurulabileceğini öngördükten sonra, kişilerin haberleşme özgürlüklerine ilişkin bu müdahalenin “*demokratik bir toplum içinde gerekli, uygun ve orantılı*” olması zorunluluğunu da vurgulamaktadır.

e) Spektrum Kararı (Radio Spectrum Decision)¹⁶⁶

2002 düzenleyici çerçeveye kaynaklık eden düzenlemelerden biri de “*Spektrum Kararı (Radio Spectrum Decision)*” olarak adlandırılan düzenlemedir. Radyo spektrumunun¹⁶⁷ (ses izgesi) kullanımı konusunda AB genelinde ortak bir politikanın oluşturulması amacıyla yönelik olarak hazırlanmıştır. Bu bağlamda ekonomik, kültürel, bilimsel ve sosyal politikaların yanı sıra ulusal güvenlik, kamu yararı ve ifade özgürlüğü kavramlarına da önem vererek radyo spektrumunun kullanımı için bir çerçeve politika oluşturmak üzere alınan Karar, ayrıca radyo spektrumunun mevcut ve etkin kullanımı için gerekli koşulların uyumlaştırılarak yasal bir çerçevenin kurulmasını da hedeflenmektedir. Bu Karar, tüm radyo ve

¹⁶⁵ Directive 2002/58/EC of The European Parliament and of The Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications), (OJ L 201, 31.7.2002).

¹⁶⁶ Decision No 676/2002/EC of The European Parliament and of The Council of 7 March 2002 on a regulatory framework for radio spectrum policy in the European Community (Radio Spectrum Decision).

¹⁶⁷ Spektrum: Elektronik haberleşme amacıyla kullanılan, frekansı 9 kHz-3000 GHz arasında olan ve uluslararası düzenleme yapılması halinde 3000 GHz'in üzerindeki frekanslar da dahil olmak üzere elektromanyetik dalgaların frekans aralığını ifade etmektedir (5809 sayılı Kanun, md.3/kk).

kablosuz haberleşme frekanslarının (GSM¹⁶⁸, UMTS¹⁶⁹ v.b. dahil) özgülenmesine (tahsisine) yöneliktir.

AB radyo spektrum politikasının tanımlanması, geliştirilmesi ve uygulanmasına yönelik olarak bu Direktif ile, üye Devletlerin temsilcilerinden oluşan “*Radyo Spektrum Komitesi*”nin oluşturulması önerilmiştir. Anılan Komite esas itibariyle Avrupa Birliği Komisyonu’na radyo spektrumu konusunda karar almada yardımcı bir organ olarak tasarlanmıştır. Bu bağlamda Komite, radyo spektrumunun ve kullanımının koşullarını AB genelinde uyumlu hale getirmek için teknik önlemleri uygulama konusunda AB Komisyonundan gelen önerileri incelemekle görevlidir. Son olarak bu Kararda AB üyesi Devletlere yönelik olarak, kendi ulusal radyo frekans özgülemelerinde koşullar, prosedürler, ücretler ve radyo spektrumunun kullanımı ile ilgili konularda kuruluşları bilgilendirme; ayrıca özellikle bu alanda etkinlik gösteren kuruluşların, iş ilişkileri ve maliyet hesapları hakkında, iş gizlilik yükümlülüğü kapsamındaki bilgileri açıklamama yükümlülüğü getirmektedir.

g) Yerel Ağın Paylaşımına Açılmasına Yönelik Tüzük (Local Loop Unbundling Regulation)

AB 20022 düzenleyici çerçevesi, serbest ve adil rekabete dayanan güçlü bir iletişim sektörü kurmayı ve böylece Avrupa ekonomisinin büyümesini hedef edinmiştir. Bu hedefe ulaşmak için tüketici haklarını korumak koşuluyla elektronik haberleşme pazarında etkinlik gösteren kuruluşlara yönelik kimi kararlara imza atılmıştır. Bu kapsamda yukarıda genel hatlarıyla yer verilen düzenlemelerin dışında 2002 düzenleyici çerçeveye kaynaklık eden bir tüzük de bulunmaktadır. Telekomünikasyon alanında *yerel ağın*¹⁷⁰ paylaşımına açılmasına yönelik düzenlemenin bir tüzük ile yapılması, rekabete dayalı elektronik haberleşme sektöründe yeni düzenlemelerin gerekçelerinden birini oluşturan genişbant internet

¹⁶⁸ Global System for Mobile Communications.

¹⁶⁹ Universal Mobile Telecommunications System

¹⁷⁰ *Yerel ağ*: Sabit elektronik haberleşme şebekesinde abone tarafındaki şebeke sonlanma noktasını abonenin bağlı bulunduğu ana dağıtım çatısına veya eşdeğer tesise bağlayan fiziksel devreyi; *yerel ağa ayrıştırılmış erişim*: Yerel ağın mülkiyetinde bir değişiklik olmadan yerel ağa ayrıştırılmış tam erişimi ve yerel ağa paylaşımlı erişimi ifade etmektedir. Bkz. “*Yerel Ağa Ayrıştırılmış Erişime İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ*”, md.4, (R.G., T.19.01.2010,Sy.27467).

altyapısında “erişim şebekesinin” öteki işletmeciler tarafından kullanılmasının önünü açmak konusunun AB için önemini göstermektedir. Nitekim AB normlar hiyerarşisinde tüzük (regulation), AB üyesi ülkelerin iç hukuk mevzuatını doğrudan etkileyen bağlayıcı bir etkiye sahiptir. Yerel ağın paylaşımına açılması konusu, tüm kullanıcıların uygun ya da ödenebilir maliyetle başta yüksek hızlı internet ve genişbant hizmetleri olmak üzere elektronik haberleşme hizmetlerinden azami ölçüde yararlanmalarını ve bu alanda rekabetçi bir sektörün yaratılması yönlerinden önemlidir.

Yukarıda genel hatlarıyla yer verilen 2002 düzenleyici çerçevesi¹⁷¹ 2003 yılının ortalarından itibaren AB genelinde uygulanmaya başlanmıştır. Ancak zamanında ve doğru gözlemlerde bulunarak elektronik haberleşme politikasının belirlenmesi sorumluluğunu üstelenen Komisyon, hızla gelişmekte olan telekomünikasyon sektöründe etkinlik gösteren kuruluşlar aracılığıyla tüketicilere en iyi hizmetin verilmesi gereksinimi, 2002 düzenleyici çerçevenin elektronik haberleşme alanında sağladığı katkıların neler olduğunun ve ayrıca, yürürlükteki sistemde yaşanan noksanlıkların belirlenmesi gibi etkenlerle¹⁷² 2006 yılından itibaren elektronik haberleşme politikasını yeniden gözden geçirmeye başlamıştır. Bu kapsamda yürütülen çalışmalar sonucunda Komisyon, “düzenleyici çerçevenin tutarlı uygulanmadığı ve bunun tek pazar ilkesiyle örtüşmediği ve benzer konularda farklı uygulamaları olan ulusal piyasaların tek pazar görünümünü vermekten uzak olduğu kanaatine varmış ve bu doğrultuda hazırladığı değişiklik paketinde, Komisyona

¹⁷¹ 2002 düzenleyici çerçeve, yukarıda yer verilen düzenlemelerin dışında, 2009 yılında gözden geçirilip yenilenmesine kadar geçen süreç içinde değişik tarihlerde kimi düzenlemelerle güncelliğini korumuş ve günün gereksinimlerini karşılamaya devam etmiştir. Belirtildiği gibi, hızlı değişimlerin yaşandığı elektronik haberleşme sektörüne yön veren düzenlemeler hukuksal yönden dinamik bir yapı arz etmektedir. Elektronik haberleşme hizmetlerini düzenleyen AB yasal çerçevesi esas olarak telekomünikasyon ağ ve hizmetlerinde daha iyi işleyen bir iç pazarın kurulması amacıyla yönelik olmuştur. Bu bağlamda elektronik haberleşmenin bir düzen içinde yürütülmesi amacıyla oluşturulan “çerçeve”, hızlı hareket eden telekomünikasyon gelişmelerine dikkat edilerek güncellenmektedir. Bu kapsamda alınan öteki kararlar için bkz. http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/radio_spectrum/documents/legislation/index_en.htm

¹⁷² 2002 yılından bu yana telekomünikasyon alanında yaşanan hızlı gelişim, bilişim teknolojilerinin kişilerin ekonomik ve sosyal yaşamlarının tam merkezine yerleşmesi; özellikle internet kullanımının kapsamının genişlemesi (ses ve görüntü iletimi gibi) 2002 düzenleyici çerçevenin gözden geçirilmesinin başlıca nedenlerinden olmuşturlar. Ekonomik açıdan bakıldığında ise elektronik haberleşme sektörünün yıllık 332 milyar Euro civarında bir cirouyla AB ekonomisinde %4'lük bir paya sahip olduğu belirtilmektedir. AB'nin 1980'lerin ortalarında başlattığı telekomünikasyon alanında serbestleşme politikası ve bunun sonucu olarak alınan kararlar tüketiciler yönünden kimi avantajlar getirmiş ve telekomünikasyon hizmetlerinin fiyatlarında ortalama %30 oranında düşüşlerin olduğu kayıt altına alınmıştır. http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/eu-rules/index_en.htm (erişim tarihi:22.12.2011).

ulusal düzenleyicilerin verdiği kararları veto etmek veya merkezi bir üst düzenleyici yapı oluşturmak da dâhil olmak üzere, farklı bazı alternatifleri değerlendirmeye almıştır¹⁷³.” Gözden geçirme çalışmaları sonucunda 2007 yılında Avrupa Birliği Komisyonu tarafından AB'nin elektronik haberleşme sektörüne yönelik 2002 düzenleyici çerçevesinde değişikliklere gidilmesi gereksinimi olduğu kararlaştırılmış ve bu çerçevede “Telekom Reform Paketi”¹⁷⁴ olarak adlandırılan çalışmalar başlatılmıştır¹⁷⁵. Avrupa Parlamentosu ve Konseyi, 5 Kasım 2009 tarihinde AB

¹⁷³ Çalışmalarda Komisyonun temel hedefi 2010 yılı sonrasındaki dönemde tam anlamıyla elektronik haberleşme piyasasında deregülasyonu gerçekleştirerek ve rekabetin yerleştiği piyasalarda ulusal düzenleyicilere olan ihtiyacı asgariye indirerek, Avrupa tek pazarı odaklı bir yaklaşımla önce ulusal seviyede denetimi, daha sonra da Brüksel merkezli sektöre yönelik düzenleme ve denetimi ortadan kaldırmaktır. Böylelikle elektronik haberleşme piyasalarının sadece rekabet kuralları çerçevesinde ardıl düzenlemeye tabi olması Komisyonun geleceğe yönelik perspektifini ortaya koymuştur. Bkz. AB Elektronik Haberleşme Düzenlemeleri, http://www.tk.gov.tr/uluslararası_iliskiler/AB_ile_iliskiler/a.php (erişim tarihi: 24.11.2011).

¹⁷⁴ Bkz.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:FULL:EN:PDF> (erişim tarihi:28.12.2011)

¹⁷⁵ 2007 yılında gerçekleşen ve “Telekom Reform Paketi” olarak adlandırılan çalışmada AB, 2002 düzenleyici çerçevesi ile oluşturulan elektronik haberleşme ağ ve hizmetleri sektörünün ayrıntılı bir değerlendirmesini yapmış ve sonuçta AB genelinde geçerli olan elektronik haberleşme politikasını yeniden gözden geçirilerek revize edilmesinin gerekliliğinin altını çizmiştir. Bu bağlamda yapılan değerlendirmeleri içeren raporda şu ifadeler yer verilmiştir: “AB'nin 2002 telekomünikasyon yasaları sayesinde güçlü bir telekomünikasyon sektörüne kavuşmuş bulunmaktadır. Ancak tam potansiyele ulaşamadığından rakiplerin gerisine düşme riski devam etmektedir. 27 ulusal pazarın rekabete açılmasına ve tüketicilerin 10 yıl öncesine göre daha fazla seçenek ve daha düşük fiyatlara kavuşmasına rağmen Avrupa, telekomünikasyon alanında engellerle karşılaşmaya devam etmektedir. Başta genişbant pazarı olmak üzere rekabette tıkanıklıklar sürmektedir. Sınır ötesi rekabet 27 farklı ve kısmen tutarsız regülasyon sisteminin varlığı sebebiyle zorlaşmaktadır. Son olarak; tüm telsiz hizmetlerin atardamarı olan radyo spektrumu, rekabet, genişbant kullanımı ve daha yeni hizmetlerin sunumu konusunda taşıdığı yüksek potansiyele rağmen AB’de yeterince etkin şekilde kullanılmamaktadır. Bu bağlamda, büyüme ve istihdamın artırılması için AB telekomünikasyon yasasında reforma ihtiyaç bulunmaktadır. AB Telekom Reformu’nun temel amacı, tüketiciler için özgürce seçme hakkı sağlamak ile şebeke ve hizmetlerin sağlanmasını yöneterek etkin rekabette birlikte tüm üye ülkeler boyunca tek bir telekom pazarı kurmaktır. Bugünün AB Telekom kuralları, etkin piyasa gücüne sahip işletmecileri sınırlandıran ve pazara yeni girişi teşvik eden ulusal düzenleme otoritelerinin düzenlemelerini nasıl geliştireceği ve güçlendireceğini belirlemektedir. Yeni kurallar bu amacı daha da ileriye götürecektir. Bu kurallar Avrupa çapında daha büyük bir düzenleme tutarlılığını sağlamayı, kesin bir yasal çerçevenin geliştirilmesini ve tüm Avrupa’da hizmet sunabilen hizmet sağlayıcılarının ortaya çıkmasını teşvik etmeyi amaçlamaktadır. Reform ile Tavsiye Listesinde bulunan 10 pazarın kaldırılması amaçlanmaktadır. Kalan pazarlardan ikisinin birleşmesi ile de düzenleyici otoritenin analiz etmesi gereken pazar adedi 18’den 7’ye düşmektedir. Bunlar sırasıyla, Sabit telefon şebekesine erişim; Sabit telefon şebekesinden çağrı başlatma; bireysel sabit telefon şebekelerinde çağrı sonlandırma; ses hizmetleri ve genişbant için yerel ağa toptan erişim; toptan genişbant erişim; bireysel mobil şebekelerde ses çağrısı sonlandırma; kiralık hatlarda toptan sonlandırma kısmı hizmetlerdir(A.Ö.). Böylece düzenleme çevresi basitleştirilmekte, endüstri ve düzenleyici otorite üzerindeki ağır yük hafifletilmektedir.” Ayrıntılı bilgi için bkz. http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/itemlongdetail.cfm?item_id=3723 (erişim tarihi: 03.1.2012); “2007 AB Telekomünikasyon Reformu”, Telekomünikasyon Kurumu Yayınları, Ocak 2008, http://www.tk.gov.tr/kutuphane_ve_veribankasi/raporlar/arastirma_raporlari/dosyalar/ab_reform_paketi_toplam_V2.pdf(erişim tarihi: 03.1.2012).

elektronik haberleşme piyasasında rekabetin sağlanması ve tüketici haklarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kullanıcılara yüksek hızlı genişbant internet erişiminin sağlanması; elektronik haberleşme altyapı ve hizmetlerinde tek pazarın sağlanmasına yardımcı olacak Avrupa Elektronik Haberleşme Düzenleyicileri Kurumu'nun (BEREC-Body of European Regulators for Electronic Communications) kurulması konularında anlaşmaya varmıştır. Bu kapsamda alınan kararları üç başlıkta ele alabiliriz:

- a) Avrupa Elektronik Haberleşme Düzenleyicileri Kurumu'nun kurulmasına yönelik tüzük¹⁷⁶.
- b) Erişim Direktifi (2002/19/EC), Yetkilendirme Direktifi (2002/20/EC) ve Çerçeve Direktif'i (2002/21/EC) değişikliğe uğratan, 2009/140/EC sayılı "*Daha İyi Düzenleme Direktifi-Better Regulation Directive.*"
- c) Evrensel Hizmet Direktifi (2002/22/EC), Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması hakkındaki Direktif (2002/58/EC) ve 2006/2004 sayılı AT Tüzüğünü değişikliğe uğratan, 2009/136/EC sayılı "*Vatandaş Hakları Direktifi-Citizen's Rights Directive.*"

2009 yılında kabul edilen ve AB genelinde 2011 Mayıs ayından itibaren uygulanmaya başlanan yeni düzenleyici çerçeve genel hatlarıyla şu konuları içermektedir: Tüketicilere sabit ya da mobil numaralarını değiştirme olanağı tanınması ve tüketicilerin aldıkları hizmetler, en az hizmet kalite düzeyleri, tazminat ve geri ödeme gibi konularda bilgilendirme, internet erişimi, kullanımı ve uygulamaları konusunda vatandaşların temel hak ve özgürlüklerinin korunması, genişbant hizmet sunumu konusunda tercih seçeneklerini arttırmaya yönelik açık ve tarafsız ağ hizmetleri konusunda garantilerin verilmesi, kişisel veri ihlallerine ve istenmeyen e-postalara (spam) karşı korunması; ulusal düzenleyici otoritelerin bağımsızlıklarının güçlendirilmesi; adil rekabeti ve elektronik haberleşme

¹⁷⁶ Regulation (EC) No 1211/2009 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 establishing the Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC) and the Office.

pazarlarındaki düzenlemelerde tutarlılığı sağlayacak Avrupa Elektronik Haberleşme Düzenleyicileri Kurumu'nun (BEREC¹⁷⁷) kurulması; rekabet tedbirleri konusunda farklı pazarlarda tutarlılığı sağlamak üzere AB Komisyonuna söz hakkı tanınması; rekabet problemlerinin çözümü doğrultusunda haberleşme altyapıları ile hizmet kalemleri arasında ulusal düzenleyici otoritelere fonksiyonel ayırım yükümlülüğü getirebilme yetkisinin verilmesi ve yeni nesil erişim şebekelerinde yatırım ve rekabetin teşvik edilmesi¹⁷⁸. AB üyesi Devletlerin vatandaşlarının Birlik çapında her nerede olursa olsun mobil telefon, hızlı genişbant internet bağlantısı hizmetlerinden yararlanmasını hedefini gerçekleştirmek için üzere hareket eden AB'nin esas itibarıyla şu dört ana konuda yeni düzenlemeye gittiğini söylemek olanaklıdır:

1. Tüketici haklarının güçlendirilmesi,
2. Telekomünikasyon operatörleri arasında rekabetin güçlendirilmesi yoluyla tüketicilere daha fazla seçenek sunulması,
3. Özellikle genişbant internet hizmetleri için yeni iletişim altyapıları kurulması amacıyla yatırımları özendirmek,
4. Virüs ve siber saldırı durumlarında iletişim ağlarının daha da güçlendirilmesinin sağlanması

2009 yılının Kasım ayında başlayan gözden geçirme çalışmaları, elektronik haberleşme pazarında daha etkin bir rekabet ve tüketiciler için daha iyi haklar sağlamak üzere düzenleyici çerçevenin revize edilerek güçlendirilmesi amacına yönelik olmuştur. Belirtmek gerekir ki, 2002 düzenleyici çerçevesi AB genelinde elektronik haberleşme pazarının rekabetçi duruma getirmekte başarılı olmuştur. Bu bağlamda, AB üyesi ülkelerde sektöre yönelik yeni yatırımlar hız kazanarak artmıştır. Bu durum, AB vatandaşlarının anılan hizmetleri daha düşük fiyatla daha

¹⁷⁷ Avrupa Elektronik Haberleşme Düzenleyicileri Kurumu (Body of European Regulators for Electronic Communications -BEREC); Elektronik haberleşme ağları ve hizmetleri için ulusal düzenleyici otoriteler ve Komisyon arasında koordinasyonu sağlamak üzere uygun bir mekanizmanın kurulması, AB düzenleyici çerçevenin uygulanmasının tutarlılığını sağlamak ve ayrıca elektronik haberleşme ağları ve hizmetleri için iç pazarın gelişmesini özendirmek amaçlarıyla kurulmuştur. Kuruluş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://erg.eu.int/> (erişim tarihi:28.12.2011).

¹⁷⁸ Antonio Alabau-Luis Guijarro, "The Electronic Communications Policy of The European Union", personales.upv.es/lguijar/book/AlabauGuijarro2011en.pdf (erişim tarihi:2.1.2012), 2011, s.271 vd.; Implementing The Revised EU Electronic Communications Framework, s.7; Elektronik Haberleşme Düzenlemeleri, http://www.tk.gov.tr/uluslararası_iliskiler/AB_ile_iliskiler/a.php (erişim tarihi: 24.11.2011).

kaliteli alması sonucunu doğurmuştur. Ancak yine de elektronik ağ ve hizmetlerinin düzenlenmesine ilişkin ortak kuralların üye devletlerce farklı seviyelerde uygulandığının da altı çizilmektedir¹⁷⁹. Bu nedenle elektronik haberleşme sektöründe tek bir pazara doğru hareket etmek için daha fazla çaba gösterilmesi gerektiğini söylemek doğru olacaktır. Yeni hükümler kablosuz genişbant dahil olmak üzere yeni kablosuz servislerin uygun maliyetle kullanılabilirliğini arttırmayı hedeflerken¹⁸⁰, bir yandan da yeni kurulan BEREC ile Avrupa Komisyonu ile ulusal düzenleyici otoriteler arasındaki işbirliğine hizmet etmektedir. Bu, ortak bir “düzenleyici kültür¹⁸¹” yaratılması anlamına gelmektedir. Son olarak gözden geçirilmiş düzenleyici çerçevenin doğru ve zamanında etkin biçimde uygulanması gerek AB ekonomisi gerek bilgi toplumunun gelişimi yönlerinden de önem taşımaktadır.

III. Elektronik Haberleşme Kavramının ve İlişkili Olan Öteki Kavramların Tanımlanması, Kapsamı ve Niteliklerinin Belirlenmesi

Mevzuatımızda ilk kez 1994 yılında kabul edilen 4000 sayılı Yasa (406 sayılı Yasa’da değişiklik yapan Yasa) ile kullanılmaya başlanılan “telekomünikasyon” kavramı, Yunanca uzak anlamına gelen “tele” sözcüğü ile haberleşme anlamına gelen “communication” sözcüklerinin birleşmesinden türemiştir. Kavramın tanımlanması ise yine 406 sayılı Yas’da değişikli yapan ve 2000 yılında kabul edilen 4502 sayılı Yasa ile gerçekleşmiştir. Anılan Yasa’da “telekomünikasyon (telecommunication)” kavramı: “Her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen ve her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektro manyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması” olarak tanımlanmıştır¹⁸².

¹⁷⁹ Regulatory framework for electronic communications in the European Union, Situation in December, 2009, the European Communities, Information Society and Media Directorate-General, s.7.

¹⁸⁰ Nihoul-Rodford, s.10.

¹⁸¹ Fabio Colosenti, in Regulatory framework for electronic communications in the European Union, s.7

¹⁸² Bkz. 4502 sayılı Yasa, md.1. Mevzuattaki tanım dışında telekomünikasyon (uziletişim, TDK) kavramı: Resim, yazı, simge, haber ya da her çeşit bilginin tel, telefon, radyo optik ya da başka elektromanyetik sistemlerle iletilmesi, yayımı ve alınması (Püsküllüoğlu, s.1479); bilginin üretilmesi, saklatımı, başka bir yere iletimi, işlenmesi ve tüketimini sağlayan kablo, radyo, optik ve diğer elektromanyetik sistemler (Bülent Sankur, “Bilişim Sözlüğü”, 2005, s.823.); işaretlerin radyo, telgraf, televizyon vericileri yardımıyla uzak mesafelere iletilmesi (Emin Doğan Aydın, “Bilişim ve Telekomünikasyon Terimler Sözlüğü”, (tarihsiz), s. 1195); iki nokta arasında kablo, mikrodalga ya da

Bu kavram, 5809 sayılı “Elektronik Haberleşme Kanunu (EHK)¹⁸³” yürürlüğe girinceye kadar mevzuatta yer almış ve EHK’nın yürürlüğüyle birlikte yerini, “elektronik haberleşme” kavramına bırakmıştır. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki; her iki kavram anlam itibarıyla birbirinin aynısıdır. Nitekim 5809 sayılı Yasa’da, *elektronik*¹⁸⁴ haberleşme kavramının; “elektiriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınması” olarak tanımlandığı görülmektedir (bkz.md.3/h). Her iki tanım esas itibarıyla birbirinin tekrarıdır. Yasama Organı’nın 5809 sayılı Yasa’da telekomünikasyon kavramı yerine elektronik haberleşme kavramını tercih etmesinin nedeni, Avrupa Birliği mevzuatı ile uluslararası kuruluşların bu alanda kabul ettiği terminolojiye uyum sağlanması amacıyla. Bu bağlamda, telekomünikasyon kavramının tanım ve kapsamı hakkındaki açıklamalar, görüş ve düşünceler aynı zamanda elektronik haberleşme kavramı için de geçerlidir. Bu başlık altında telekomünikasyonun ya da elektronik haberleşmenin tanımı ve kapsamının ne olduğu, haberleşme alanında öteki kavramlarla benzerliklerini ya da farklılıklarının neler olduğunu açıklamaya çalışacağız.

uyduyla bilgi alışverişi (Bob Cotton-Richard Oliver, “Siberuzay Sözlüğü”, Yapı Kredi Yayınları, s.193); iletişimde kullanılan resim, yazı, ses vb. sinyallerin radyo elektrik dalgaları ile uzak yerlere ulaştırılması, yayımı ve alınması işlemi (Yaşar Çağbayır, “Ötüken Türkçe Sözlük”, 5.Cilt, s.5018) olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte yabancı ülkelerdeki mevzuatta bu kavramın değişik tanımlarının bulunduğu görülmektedir. Örneğin ABD’de 1996 yılında kabul edilen “Telecommunications Act”, telekomünikasyonu; belirlenmiş noktalar arasında iletinin (mesajın ya da haberin) biçiminde ve içeriğinde bir değişiklik olmadan gönderilmesi ve alınması biçiminde bir gönderim olarak tanımlanmıştır (Sec.,3 (48)). Bkz. <http://transition.fcc.gov/Reports/1934new.pdf> (erişim tarihi:7.12.2011). Yine ABD’de 1986 yılında kabul edilen “Electronic Communications Privacy Act” da elektronik haberleşme kavramını; herhangi bir işaret, sinyal, yazı, görüntü, ses veya verinin ya tamamen ya da kısmen bir tel, radyo, elektromanyetik, ışık elektronik iletim sistemleriyle iletilmesi olarak tanımlanmıştır (§2510, Definitions, (12)). Bkz. http://www.law.cornell.edu/uscode/18/uscode_sec_18_00002510----000-.html (erişim tarihi:7.12.2011).

¹⁸³ R.G., T.10.11.2008, Sy.27050 (Mük.)

¹⁸⁴ Elektronik sözcüğünün çeşitli alanlarda kullanımı bulunmaktadır. Bu bağlamda elektronik sözcüğü, kimya, fizik, radyo, televizyon ve sinema gibi bilim ve sanat dallarında farklı terimsel anlamlara sahiptir. Örneğin Türk Dil Kurumu’nun “Kimya Terimleri Sözlüğünde” (bkz. <http://tdkterim.gov.tr/>) elektronik; “elektrik devrelerinde yarı iletkenlerin ve vakum tüplerinin kullanımı esasına dayanan bir bilim dalı” olarak açıklanmış iken; Nijat Özön’ün “Sinema, Televizyon, Video, Bilgisayarlı Sinema Sözlüğü”nde de (Kabalıcı Yayınları, İstanbul, 2000, s.258), “elektrik olaylarını, elektronların devinimlerinden oluşmuş sayarak inceleyen, özellikle bunların işleyime uygulanmasıyla uğraşan fizik dalı” olarak tanımlanmıştır. Yapılan tanıma ek olarak, bu dalın içine özellikle radyo ışınlarının ısıliyon salıyıcı yayını, ışık elektrik etkisi, katılardaki iletkenlik, ışınırılık, vb. olayların girdiği ve uygulama alanında da radyo, televizyon, telefon, radar, bilgisayarlar, vb. bulunduğu belirtilmiştir.

Her iki kavramın mevzuatta yer aldığı biçimiyle tanımlarına yer verdikten sonra ikinci aşamaya, “telekomünikasyon etkinliğinin konusu nelerden oluşmaktadır?” sorusunu sormakla geçelim. Bu soruya şöyle yanıt verilmektedir: “Nerede, nasıl üretilmiş, işlenmiş ya da nerede depolanmış olursa olsun, her türlü işaret, ses, sembol, görüntü ve diğer elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin iletilmesi, gönderilmesi ya da alınması” telekomünikasyon etkinliğinin konusunu oluşturmaktadır. Buradan hareketle, telefon, faks, teleks, telsiz, radyo ve televizyon yayınları ve internet telekomünikasyonun kapsamına girmektedir¹⁸⁵, başka deyişle, telekomünikasyonun kapsamına tel, radyoelektrik, optik ve bütün başka elektromanyetik sistemlerle yapılan her çeşit bilgi, ses, görüntü, yazı ve işaretlerin ulaştırılması, yayını ve alınması girer yani bu sözcüğün anlamında “yayınlamak” kadar, “almak-kabul etmek” kavramları da vardır.¹⁸⁶ Klasik haberleşme hizmetlerinden elektronik haberleşmeye geçtiğimiz bilişim¹⁸⁷ çağında bir haberleşme etkinliğinin telekomünikasyonun ya da elektronik haberleşmenin kapsamına girmesi için;

a) Gönderilecek iletinin (mesajın) elektriksel işaretlere dönüştürülebilmesi,

b) Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen iletinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik iletim sistemleri aracılığıyla gönderilebilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda klasik posta hizmetleri elektronik haberleşmenin (telekomünikasyonun) kapsamına girmezken, internet ortamında gönderilen “elektronik posta (e-posta)” elektronik haberleşmenin kapsamına girmektedir. Yinelemek gerekirse, elektronik haberleşme (telekomünikasyon) kapsamına, sabit ve mobil telefon, telsiz, faks, radyo ve televizyon, internet girmektedir. Bir haberleşme etkinliğinin elektronik haberleşme kapsamına girip girmeyeceği bu etkinliğin tabi olacağı kuralların saptanması açısından önemlidir.

¹⁸⁵ Ekici, s.4.

¹⁸⁶ İ.Cengiz Taşer, “Radyonun Organizasyonu ve Özerkliği”, Kardeş Matbaası, Ankara, 1969, s.5-6. Yazar, telekomünikasyonun bir üst kavram olduğunu, bu kavramın içine telgraf, telsiz, telefon, telsiz telefon, radyo ve televizyonun girdiğini belirtmektedir.

¹⁸⁷ Bilişim (enformatik); insanların teknik, ekonomik ve toplumsal iletişimde kullandığı ve bilimin dayanağı olan “bilgi”nin, düzenli ve akla uygun bir biçimde, özellikle bilgisayarlar ve benzeri elektronik aygıtlar aracılığıyla işlenmesi bilimidir. Püsküllüoğlu, s.261.

Telekomünikasyonun haberleşmenin bir türü olduğunu kabul ettiğimize göre, haberleşmenin hangi türüne girdiğinin de belirtilmesi gerekir. Bunun nedeni; örneğin kitle haberleşme araçlarından olan basın-yayın araçlarının ya da postanın telekomünikasyon etkinliğinin içine girip giremeyeceğinin saptanması ve böylelikle bu etkinliklerin hangi usul ve esaslara bağlı olacağının ortaya konulması zorunluluğudur. Bu bağlamda öncelikli olarak haberleşmenin tanımının yapılmasında yarar vardır. Haberleşme (iletişim)¹⁸⁸ kavramının çok çeşitli açılardan tanımının yapıldığı görülmektedir. Haberleşme: “Belirli araçlar kullanarak, bilgi, düşünce ve tutumların karşılıklı aktarılması¹⁸⁹”; “insanın varlık sürdürme biçiminin bir ürünü ve insanın varlık sürdürme biçimindeki gelişmelere göre değişimlere uğrayan insana özgü bir olgu¹⁹⁰”; “bilgi, düşünce ve tutumların aktarılması, paylaşılması”¹⁹¹; “duygu, düşünce veya bilgilerin akla gelebilecek her türlü yolla başkalarına aktarılması, bildirişimi¹⁹²”; “anlamlarında uzlaşmış simgeler aracılığı ile bilgilerin, düşüncelerin, duyguların biriktirilip aktarılmasının ve alışverişinin hem ortak hem de değişik zaman ve mekan boyutlarında gerçekleştirilmesi¹⁹³” ya da “bilgi, düşünce ve tutumların ortak semboller sistemi aracılığı ile kişiler veya gruplar arasında değiş tokuş edildiği bir süreç¹⁹⁴” olarak tanımlanmıştır¹⁹⁵.

Haberleşme kavramının değişik tanımlarının yapılmış olmasına karşın, haberleşme olgusunda beş ögenin bulunması gerekliliğinden sözedilir. Bunlar; “verici (gönderici)”, “alıcı (hedef)”, “ileti (mesaj)”, “kanal (araç)” ve “geribesleme (feedback)”tir¹⁹⁶. Bu öğelerden ilk dördü bir haberleşmenin (iletişimin) varlığı için zorunlu öğelerdir. Bu zorunlu öğelerden iletinin aktarılmasında izlenecek yol ya da yöntem olarak özetlenecek “kanal(araç)” ögesinin niteliği, haberleşmenin türünü belirlemektedir. Telekomünikasyon da kullanılan kanallara (araçlara) göre yapılan

¹⁸⁸ Bu çalışmada haberleşme ve iletişim sözcüklerinin iletişim bilimi yönünden ayırımına girmeden her ikisi de aynı anlama gelecek biçimde kullanılmaktadır.

¹⁸⁹ Aziz, s.5

¹⁹⁰ Ünsal Oskay, “İletişim ABC’si”, Der Yayınları, İstanbul, 2005, s.1.

¹⁹¹ Wilbur Schramm, “Haberleşme Nasıl İşler”, içinde; Ünsal Oskay, “Kitle Haberleşme Teorilerine Giriş”, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1969, s.99.

¹⁹² Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (erişim tarihi:30.11.2011).

¹⁹³ Merih Zılhoğlu, “İletişim Nedir?”, Cem Yayınevi, 2.Bası, İstanbul, 1996, s.7.

¹⁹⁴ İçel-Ünver, s. 4.

¹⁹⁵ Haberleşmeye (iletişime) ilişkin tanımların sayısının 200 dolaylarında olduğu söylenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zılhoğlu, s. 4-5; Aziz, s. 3-5; Ayseli Usluata, “İletişim”, Yeni Yüzyıl Yayınları, (tarihsiz), s.11-14

¹⁹⁶ Bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aziz, s. 6-7; Uyguç-Genç, s.28-29; İçel-Ünver, 4-5; Schramm (içinde; Oskay); Usluata, s.14-23

ayrımında yer almaktadır. Bu sınıflandırma içine ayrıca kitle iletişim kavramı da girmektedir¹⁹⁷. Kavramsal açıdan tanımı ve kapsamı itibariyle kitle haberleşme ile telekomünikasyon farklı kavramlardır. Şöyle ki: Kitle haberleşme (Mass Communication) genel kabul edildiği biçimiyle şöyle tanımlanmıştır: “*Kitle haberleşme araçlarından (basın, radyo-televizyon, sinema filmleri, video bantları ve internet) yararlanılarak bilgi, düşünce ve tutumların insan topluluklarına tek veya çok yanlı olarak ulaştırılmasıdır.*”¹⁹⁸ Gazete, dergi, radyo, televizyon, film, videobantları, plaklar, fax, telsiz gibi araçlar kitle haberleşme araçları olarak sayılabilir¹⁹⁹.

Kitle haberleşmede asıl kaynak bir haberleşme örgütü (gazete, dergi, radyo ve televizyon istasyonu, bir film stüdyosu...) ya da kurumsallaşmış bir kişidir (örneğin bir gazetenin editörü...) ve iletiyi gönderen de bunlardır²⁰⁰. Kitle haberleşmenin hedefi, bireydir²⁰¹. Buradan hareketle kitle haberleşmesi, iletileri gönderen ile alan okuyucu ya da izleyici arasında devam eden bir süreç olarak kabul edilmektedir²⁰². Genel ifade edilmiş biçimiyle²⁰³, yüz yüze karşılıklı olmayı gerektirmeden anında iletişim kurmayı sağlayan ve bunu kitlesel düzeyde gerçekleştiren araçlar olarak nitelendirilen kitle haberleşme araçları, az önce belirtildiği üzere, gazete ve dergi gibi yazılı basın-yayın araçları olduğu gibi, radyo ve televizyon gibi elektronik cihazlar da olabilir. Elektrik ve elektronik teknolojisinde yaşanan yenilikler, icatlar ya da ilerlemeler kitle haberleşmesinin doğmasına neden olmuştur denilebilir. Bu bağlamda elektrik ve elektronik teknolojinin ürünleri arasında yer alan kitle haberleşme araçları aynı zamanda telekomünikasyon araçlarıdır²⁰⁴. Ancak telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmede kullanılan her araç (telefon gibi) aynı zamanda kitle haberleşme aracı değildir, denilebilir. Bununla birlikte bir kitle haberleşme aracı olarak kabul edilen yazılı basın araçları elektronik haberleşmenin

¹⁹⁷ Kullanılan kanallar (araçlara) göre yapılan sınıflandırma içine; görsel iletişim, işitsel iletişim, görsel- işitsel iletişim, dokunma ile iletişim, telekomünikasyon, kitle iletişim girmektedir. Bkz. Zillioğlu, s.20.

¹⁹⁸ İçel-Ünver, s. 10; Kitle haberleşme (iletişim) kavramının benzer tanımları için bkz. Aziz, s.10; Usluata, s.73 vd;

¹⁹⁹ Uyguç-Genç, s. 37; Nusret İlker Çolak, “*Kitle İletişim Hukuku*”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 25 vd.

²⁰⁰ Schramm (içinde; Oskay), s.121 vd.

²⁰¹ Aziz, s. 11.

²⁰² Usluata, s.77.

²⁰³ Nurçay Türkoğlu, “*Toplumsal İletişim*”, Babil Yayınları, İstanbul, 2004, s.68.

²⁰⁴ Massimo Baldini, “*İletişim Tarihi*”, çev. Gül Batuş, İstanbul, 2000, s.92.

kapsamı dışında tutulurken yalnızca internette yayın yapan gazete, dergi ve diğer yayın araçlarının yürüttükleri etkinliklerin elektronik haberleşmenin (telekomünikasyonun) kapsamına girdikleri kabul edilmelidir. Öte yandan kitle haberleşmede gönderilen iletinin ulaştığı yerin (ya da hedefin) çokluğuna, telekomünikasyonda ise (iletinin gönderildiği hedef değil) kullanılan aracın türüne ve niteliğine bakılarak bir değerlendirme yapılmaktadır.

Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen iletinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik iletim sistemleri aracılığıyla gönderilebilmesi olarak tanımlanan elektronik haberleşmenin kapsamına, sabit ve mobil telefon, telsiz, faks, radyo ve televizyon, internet hizmetlerinin girdiğini biraz önce yukarıda ifade etmiştik. Bu kapsamda hangi hizmetlerin EHK kapsamında düzenlemeye tabi tutulduğu yine anılan Kanunda yer almaktadır²⁰⁵. Bu hizmetlerden, sabit telefon hizmetleri, internet hizmetleri, mobil telefon hizmetleri, basılı veya elektronik ortamda sunulacak telefon rehber hizmetleri, deniz haberleşmesi ve seyir güvenliğine yönelik haberleşme hizmetleri ve sayısal yayıncılık hizmetleri niteliği itibariyle elektronik haberleşme hizmetleri sayılmakla birlikte aynı zamanda “*evrensel hizmet*” kapsamında ayrı hukuksal düzenlemeye tabi tutulmuşlardır. Bundan dolayı, elektronik haberleşme kavramı ile yakından ilgili olan ve hukuk terminolojisinde *evrensel hizmet (universal service)* olarak adlandırılan kavramı genel hatlarıyla açıklamakta yarar olduğu kanaatindeyim.

Belli bir ülke, bölge ya da devletler topluluğunda coğrafi konumlarından bağımsız olarak herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan, internet erişimi de dahil elektronik haberleşme hizmetleri olarak ifade edilen²⁰⁶ evrensel hizmet (universal service) esas itibariyle telekomünikasyon alanında serbestleşme (özelleştirme ve liberalleşme) politikalarının tüketiciler açısından ortaya çıkardığı olumsuzlukları asgari düzeye indirmek, kişilerin temel telekomünikasyon hizmetlerinden kaliteli biçimde ve en az maliyette yararlandırmak, sosyo-ekonomik ve bölgesel yönden geri kalmış kesimlerin telekomünikasyon hizmetlerinden

²⁰⁵ Bu konu, elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülüş yöntemleri başlığında ayrıntılı olarak ele alınacak olduğundan burada ayrıntıya girilmemiştir.

²⁰⁶ Bkz. 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu, md. 2. Ayrıca bkz. Universal Service Directive (2002/22 EC)

yararlanmasını sağlamak amaçlarıyla ilk zamanlarda Amerika Birleşik Devletleri²⁰⁷ ve ardından Avrupa Birliği²⁰⁸ mevzuatında düzenleme altına alınmıştır. Evrensel hizmet kavramının ortaya çıkışı esas itibarıyla, Amerika Birleşik Devletleri'nde, başlangıcı 19. yüzyıla dayanan, *ortak taşıyıcı (common carrier)* modeli olarak bilinen ve posta, telgraf ve telefon, sektöründe halka eşit hizmet ulaştırma amacını

²⁰⁷ ABD'de ilk kez 1934 yılında yürürlüğe giren "*Communications Act*" adlı yasal düzenlemede, evrensel hizmet kavramı, evrensel hizmet yükümlülüğü ile bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde finansal destekleyici tedbirlerin neler olabileceğinden söz edilmiş, ardından anılan Yasada değişiklik yapan ve 1996 yılında kabul edilen "*Telecommunications Act*" da evrensel hizmetin temel ilkeleri belirtilmiştir. Bu bağlamda evrensel hizmetin hedefleri şöyle sıralanmıştır: (a) Tüm tüketiciler için adil, makul ve uygun fiyatla kaliteli hizmet sunumunu özendirmek; (b) Gelişmiş telekomünikasyon hizmetlerine ülke çapında erişimi artırmak; (c) Düşük gelirli kırsal kesimlerde ve yüksek maliyetli alanlarda yaşayan kişilerin makul karşılaştırılabilir fiyatlarla bu tür hizmetleri kullanılabilirliğini sağlamak; (d) okullar, kütüphaneler ve kırsal sağlık tesislerinde gelişmiş telekomünikasyon hizmetlerine erişimi artırmak. Bu hedeflerin sağlanması amacıyla ayrıca Evrensel Hizmet Fonu (Universal Service Fund) adı altında bir finansal destekleme programı geliştirilmiştir. Bkz. http://transition.fcc.gov/wcb/tapd/universal_service/ (erişim tarihi:22.01.2012).

²⁰⁸ Avrupa Birliği mevzuatında evrensel hizmet kavramı, AB Komisyonunun 1987 tarihli telekomünikasyon altyapısına ilişkin çıkardığı Yeşil Kitap (Green Paper) ile girmiştir. Ardından bu konuda AB yetkili organları tarafından hazırlanan direktif, rapor, bildiri niteliğinde belgeler bulunmaktadır. *Ulusoy*, s.113. Konunun ayrıntılı olarak 2002/22/EC sayılı Evrensel Hizmet Direktifinde (Universal Service Directive) düzenlendiğini daha önce genel hatlarıyla belirtilmişti. Buna ek olarak konuyla ilgili şunları söyleyebiliriz: Direktif, evrensel hizmeti "elektronik haberleşme sektöründe oluşturulan rekabet koşullarını bozmadan, üye devletlerin kendilerine özgü özel ulusal koşulları ışığında uygun (makul-ödenebilir-karşılanabilir) bir fiyata tüm son kullanıcıların kaliteli hizmetlere erişimi olarak belirtilmiştir. Üye Devletler, anılan Direktifte yer alan düzenlemelere uygun olarak elektronik haberleşme hizmetlerinin belirli bir kalite seviyesi ve uygun bir fiyata, coğrafi konumu ne olursa olsun, kendi sınırları içinde tüm kullanıcılar için ulaşılabilirliğini sağlamakla yükümlüdürler. Evrensel hizmet yükümlülüğü kapsamında; sabit bir konumdan kamusal telefon hizmetlerine erişimin sağlanması, en az yılda bir kez güncellenmesi gereken sorgulama hizmetleri ve dizinlerin hazırlanması (rehber bilgi hizmetlerine erişim), kamuya açık telefon hizmetleri ve ankesörlü telefonlara erişimin sağlanması ile engelli kullanıcılar için özel önlemlerin alınması (engelli kullanıcıların diğer kullanıcılar gibi, ama farklı yollarla aynı hizmetlerden aynı koşullarda ya da kalitede yararlanması) gerekliliği bulunmaktadır.

Üye Devletler, evrensel hizmetin sağlanmasını garanti altına almak için bir veya birden fazla teşebbüsü bu konuda görevlendirebilir edebilir. Üye Devletler ayrıca evrensel hizmetin niteliğine göre, ülke topraklarının farklı bölümlerini kapsayacak biçimde farklı teşebbüsler belirleyebilir.

Üye Devletler, evrensel hizmet yükümlülüğü kapsamında düşük gelirli tüketici grubuna yönelik olarak tariflerin karşılanabilir olmasına özen gösterecekler ve aynı zamanda yetkili organlar aracılığıyla hizmet kalitesinin belli seviyede tutulması konusunda performans değerlendirmesi yapacaklardır. Bununla birlikte, evrensel hizmet sunumunda ortaya çıkabilecek net maliyetleri telafi etmek için, evrensel hizmet yükümlülükleri ile operatörler için tazminat mekanizmaları oluşturmaları gereklidir. Bu elektronik haberleşme ağları ve hizmetleri sağlayıcıları arasında maliyetlerin paylaşılması, kamu fonları ya da evrensel hizmet fonu gibi bir mekanizma oluşturulması biçimde bir mekanizma ile sağlanabileceği de Direktifte ifade edilmiştir. Bkz. Universal Service Directive, 2002/22/EC; Nihoul-Rodford,s.300 vd.

gerçekleştirme hedefine yönelen sisteme dayanmaktadır²⁰⁹. Evrensel hizmet kavramının içeriği ve koşullarının tanımlanması ya da bu konu üzerinde yapılan tartışmaların temelinde son kullanıcıların özel olarak belirlenmiş belli başlı hizmetlere ulaşabilmelerinin nasıl sağlanabileceği yatmaktadır²¹⁰. Daha sonraları Avrupa’da benimsenen bu sistem devletlere, başka türlü sağlanması mümkün olmayacak hizmetleri yaratması ve sürdürmesi olanağını vermiştir. Bununla birlikte bu sistemde devletler, işletmecileri bu evrensel hizmet yükümlülüğüne zorlayarak telekomünikasyon hizmetlerini düşük fiyat ve yüksek kalite sunma olanağı bulmuşlardır²¹¹. Evrensel hizmet teorisi, özel girişimcilerin tecimsel kaygılarla yatırımdan kaçınacakları kimi telekomünikasyon hizmetlerinin evrensel hizmet yükümlülüğü çerçevesinde kar elde etme düşüncesi olmadan tüketicinin erişimine sunma ve böylelikle belli bir ülkede yaşayan herkesin temel telekomünikasyon hizmetlerinden eşit, adil ve uygun maliyetle yararlanmasına hizmet etmektedir²¹².

Telekomünikasyon alanında serbestleşmenin sağlanması ve rekabet koşullarının oluşturulmasına yönelik politikaların biçimlendirdiği hukuksal düzenlemeler aynı zamanda evrensel hizmet yükümlülükleri ile bunların maliyet ve finansmanı için

²⁰⁹ Haberleşme alanında özelde de telekomünikasyon sektöründe evrensel hizmet kavramının kullanılmasının tarihi geçmişi yirminci yüzyılın başlarına dayanmaktadır. Kavramın telekomünikasyon literatürüne girişi 1907 yılına rastlamaktadır. Kavramı ilk kullanan ise o dönem “American Telephone&Telegraph” adlı ortaklığın başkanı olan Thomas Vail’dir. Vail, evrensel hizmet kavramını 1909 yılında hazırladığı yıllık raporda kullanmıştır. Vail, evrensel hizmeti, herhangi bir hizmet kullanıcısının başka bir kullanıcıya tek bir telefon ağı üzerinden bağlantı kurması olarak tanımlamıştır. Bkz. Ian Lloyd- David Mellor, “Telecommunications Law”, LexisNexis UK, July,2003, p.125; Milton L.Mueller, Jr. “Universal Service: Competition, Interconnection, and Monopoly in the Making of the American Telephone System”, The AEI Press, Washington D.C., USA,1997, p. 4. Ayrıca bkz. Eser Us, “Hukuki Boyutuyla Evrensel Hizmet”, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s.43 vd.

²¹⁰ Barbara A. Cherry-Steven S. Wildman, “Conceptualizing Universal Service: Definitions, Context, Social Process and Politics”, in Making Universal Service Policy, Edited by Barbara A. Cherry- Steven S. Wildman-Allen S.Hammond, Lawrence Erlbaum Associates, Inc. Publishers, USA,1993, p.3.

²¹¹ Jan van Cuilenburg, “Medya ve Demokrasi”, <http://ilef.ankara.edu.tr/etik/wp-content/uploads/jan-van-cuilenburg-medya-ve-demokrasi.pdf> (erişim tarihi:22.1.2012). Cuilenburg, “evrensel hizmet ve sektördeki diğer kamu hizmeti görevleri bu sektör tarafından Birlik’in temel değeri olarak kabul edilmelidir [...] Bu alandaki kamu hizmetinin zaruri ilkeleri evrensellik (herkese erişim ve karşılanabilir bir fiyat),eşitlik (coğrafi konumdan bağımsız erişim) ve devamlılıktır (belli bir kalitede devamlı tedarik). Evrensel hizmet yükümlülüğü ilkesinin özü, belirlenmiş asgari hizmeti belli bir kalitede karşılanabilir bir fiyatla her kullanıcıya sunmaktır” (CEC Commission of the European Communities, 1994: 28/29) biçimde özetleyerek yaptığı alıntıdan hareketle, *Avrupa Birliği’nde evrensel hizmetin, bütün kullanıcıların belirli bir kalite ve fiyatla sabitlenen asgari bir telekomünikasyon paketine evrensellik, eşitlik ve devamlılık ilkeleri temelinde ulaşmaları olarak kavrandığını açıkça ortaya koymaktadır* demektedir.

²¹² Ulusoy, s.114.

gereken düzeni de oluşturmuştur. Sosyal devlet ilkesinin benimsendiği ülkelerde kişilerin temel ve karşılanması gerekli gereksinimlerinden biri olan haberleşme hizmetlerinden kimilerinin herhangi bir tecimsel kaygı duyulmadan devlet ya da onun belirleyeceği ve aynı zamanda finansal kaynaktan besleyeceği özel girişimciler tarafından yerine getirilmesi kaçınılmazdır. Bu bağlamda Ülkemizde de, evrensel hizmet sunmanın sağlayacağı yararlar gözetilerek, evrensel hizmet kapsamına girecek elektronik haberleşme hizmeti türlerinin, kapsamının ve evrensel hizmet yürütecek işletmecilerin net maliyetinin belirlenmesi, maliyetlerin karşılanması ve bu etkinlikleri yürütmekle görevli bir organizasyona duyulan gereksinim sonucu Avrupa Birliği düzenlemelerine uygun olarak bir yasal düzenlemenin yapılmasını sağlamıştır. 2005 yılında kabul edilen “*Evrensel Hizmet Kanunu*”²¹³ bu kapsamda hazırlanarak yürürlüğe giren bir yasadır²¹⁴. Anılan Yasa’da evrensel hizmet kapsamında yürütülecek elektronik haberleşme hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğinde olduğu (bkz.md.1), gerek elektronik haberleşme sektöründe gerekse Yasada belirlenen alanlarda işletmeciler tarafından karşılanmasında mali güçlük bulunan evrensel hizmetin sağlanması ve yürütülmesi konularında düzenlemelere yer verilmiştir.²¹⁵

Evrensel hizmetin neler olduğu 5369 sayılı Yasa’da açıkça düzenlenmiştir (bkz. md.5). Başka deyişle evrensel hizmet olarak kabul edilen hizmetlerin nelerden ibaret

²¹³ R.G. T., 25.6.2005; Sy.25856. 2005 yılında kabul edilen Yasa’nın ilk kabul edilen biçimiyle tam adı, “*Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*” iken, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 67.maddesiyle değiştirilerek “*Evrensel Hizmet Kanunu*” adını almıştır.

²¹⁴ 5369 sayılı Yasa’nın genel gerekçesinde, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 1. maddesi uyarınca; Türk Telekom, görev sözleşmesinde belirlenen asgari hizmetleri sunmakla yükümlü tutulduğu; Türk Telekom’un, o günkü adıyla Telekomünikasyon Kurumu ile imzalamış olduğu görev sözleşmesine göre, ankesörlü ya da kontrollü telefon hizmetleri, acil yardım çağrıları ve rehber hizmetlerini asgari hizmet olarak yürütmekle görevlendirilmiş olduğu ancak, Türk Telekom’un tekel hakkının ortadan kalkmış ve Türk Telekom ile aynı türden hizmetleri sunmak için başka işletmecilerin de yetkilendirildiği; Türk Telekomun özelleştirilmesinin önündeki engeller de mevzuat değişikliği ile kaldırıldığı ve gelinen bu noktada, evrensel hizmet yükümlülüğü konusunda kapsamlı bir düzenlemeye gerek görüldüğünden sözedilmiştir. 5369 sayılı Yasa’nın genel gerekçesi için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss927m.htm> (erişim tarihi:22.1.2012).

²¹⁵ 5369 sayılı Yasa’da Evrensel hizmetin sağlanmasında ve bu hususta yapılacak düzenlemelerde şu ilkelerin göz önüne tutulacağından söz etmektedir: a) Evrensel hizmetten, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde yaşayan herkes, bölge ve yaşadığı yer ayırımı gözetilmeksizin yararlanır. b) Evrensel hizmet, fert başına gayrisafı yurt içi hasıla tutarı da göz önünde bulundurularak karşılanabilir ve makul fiyat seviyesinde sunulur. c) Düşük gelirli, özürli ve sosyal desteğe ihtiyacı olan grupların da evrensel hizmetten yararlanabilmesi için uygun fiyatlandırma ve teknoloji seçeneklerinin uygulanabilmesine yönelik tedbirler alınır. d) Evrensel hizmet, önceden belirlenmiş hizmet kalitesi standartlarında sunulur. e) Evrensel hizmetin sunulmasında ve ulaştırılmasında devamlılık esastır.

olduğu yasal düzenlemede açıkça yer almaktadır. Yasayla belirlenen evrensel hizmet etkinlikleri sırasıyla; sabit telefon hizmetleri, ankesörlü telefon hizmetlerini, basılı veya elektronik ortamda sunulacak telefon rehber hizmetlerini, acil yardım çağrılarını hizmetlerini, internet hizmetleri, ulaşımı deniz yoluyla sağlanabilen yerleşim alanlarına yolcu taşıma hizmetlerini, deniz haberleşmesi ve seyir güvenliği haberleşme hizmetleridir. Evrensel hizmetin nelerden ibaret olduğunun yasal düzenlemede açıkça yer almasının (evrensel hizmetin belirliliği ilkesi), evrensel hizmetin kamu hizmeti sayılması anlayışının zorunlu bir sonucu olduğu belirtilmektedir²¹⁶. Öte yandan anılan Yasa'da evrensel hizmetin kapsamının; ülkenin sosyal, kültürel, ekonomik ve teknolojik şartları da göz önünde bulundurularak, Bakanlar Kurulunca yeniden belirlenebileceği düzenlemesine yer verilmiştir²¹⁷. Buradan hareketle evrensel hizmet kavramının kapsamının durağan bir yapısının olmadığını söyleyebiliriz.

Evrensel hizmet yükümlülüğünün yerine yetirilmesi konusunda yetkili ve görevli idareler, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'dur. Bu kapsamda Bakanlık, evrensel hizmet politikalarını ilgili kanunların hükümleri doğrultusunda ülkenin sosyal, kültürel, ekonomik ve teknolojik koşullarına göre belirlemek, Hükümetin genel politikasını uygulamaya yönelik önlemleri almak, evrensel hizmetin yürütülmesini sağlayacak esasları saptamak, uygulanmasını takip etmek ve net maliyetiyle ilgili hesapları onaylamakla²¹⁸; Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ise, hizmetlere ilişkin hizmet kalitesi ve standartları

²¹⁶ Hüseyin Altaş, "Evrensel Hizmet Genişletilebilir mi?", Telekom Dünyası Dergisi, Ocak 2010, s.28 vd; Tuncay Sürücü-Ayhan Tözer, "Evrensel Hizmet Kavramı ve Politikalarının Değerlendirilmesi", Haberleşme Teknolojileri ve Uygulamaları Sempozyum, 2008; Lütfi Yalçın, "Kamu Yönetiminin Kuramsal Çerçevesine Bir Müdahale Örneği Olarak Evrensel Hizmet Kavramı", Mevzuat Dergisi, Yıl 13, Sayı 149, Mayıs 2010, <http://www.mevzuatdergisi.com/2010/05a/04.htm> (erişim tarihi:23.1.2012).

²¹⁷ 5369 sayılı Yasa, md.5/son fıkra; Evrensel hizmetin kapsamı; ülkenin sosyal, kültürel, ekonomik ve teknolojik şartları da göz önünde bulundurularak, üç yılı aşmamak üzere belirli aralıklarla, Kurumun ve işletmecilerin de görüşlerini alarak Bakanlıkça yapılacak teklif üzerine Bakanlar Kurulunca yeniden belirlenebilir. Bu bağlamda Bakanlar Kurulu, 13.2.2006 tarih ve 2006/10038 sayılı kararı ile, bilgi toplumunun geliştirilmesine katkı sağlamak amacıyla bilgisayar okur yazarlığı da dahil olmak üzere bilgi teknolojilerinin yaygınlaştırılmasına yönelik hizmetlerin; 13.5.2011 tarih ve 2011/1880 sayılı kararı ile, GSM (Global System for Mobile Communications) iletişim alt yapısı olmayan, kırsal kesimde bulunan, yüksek maliyet alanlarından oluşan ve nüfusu 1-500 arasında bulunan yerleşim yerlerinin iletişimini sağlamak amacıyla alt yapı kurulması ve işlettilmesine ilişkin hizmetlerin 5369 sayılı Kanunun 5. maddesinde yer verilen evrensel hizmet kapsamına dahil edilmesine karar vermiştir.

²¹⁸ 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun (R.G.,T.17.4.1987;Sy.19434), md.2/1.

da dahil olmak üzere, gerektiğinde her türlü elektronik haberleşme hizmetine yönelik hizmet kalitesi ve standartlarını belirlemek, denetlemek, denetlettirmek ve buna ilişkin usul ve esasları belirlemekle²¹⁹ yetkili ve görevlidir²²⁰.

Evrensel hizmetin yerine getirilmesi konusunda Evrensel Hizmet Kanunu “*evrensel hizmet yükümlüsü*”nün kim olacağını da belirtmektedir. Bu bağlamda evrensel hizmet yükümlüsü, elektronik haberleşme sektöründe etkinlik gösteren ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından yetkilendirilen bir işletmecidir (Evrensel Hizmet Kanunu, md.2). Bu düzenleme, yasa gereği kamu hizmeti niteliğine sahip olan evrensel hizmet etkinliklerin özel hukuk kişisi eliyle yerine getirilmesi anlamı taşımaktadır. Yapılan düzenlemeye göre, evrensel hizmet yükümlüsü olarak yetkilendirilen işletmecinin bu yükümlülüğünün gereklerini yerine getirirken içinde bulunduğu durum ile hiç yükümlü olmasıydı içinde bulunacağı durum arasındaki net maliyet farkı, işletmecilerin evrensel hizmet yükümlüsü olması dolayısıyla elde edeceği gelirler de dikkate alınarak hesaplanır ve oluşturulacak fon aracılığıyla karşılanır (Evrensel Hizmet Kanunu, md.6-7)²²¹. Belirtmek gerekir ki; elektronik haberleşme alanında liberalleşme çabaları ve bunun uzantısı olarak yapılan özelleştirme ve rekabet koşullarının oluşturulması girişimlerine karşın, aslında kamu hizmeti olarak algılanan elektronik haberleşme hizmetlerinin en azından belli başlıcalarının temel gereksinim olmaları dolayısıyla evrensel hizmet adı altında ayrı bir statüye bağlanması ve bu hizmetlerin tanımlanması, kapsamının belirlenmesi ve tabi olacakları ilke ve esasların ayrı hukuksal düzenlemeye konu olması sosyal devlet ilkesinin de gereğidir.

²¹⁹ EHK, md.6/u.

²²⁰ Türkiye’de evrensel hizmet kapsamında yürütülen etkinlikler konusunda bkz. Özlem Aslan, “*Evrensel Hizmet ve Türkiye Uygulaması*”, Bütçe Dünyası Dergisi, Cilt 3, Sayı 27, Güz 2007, s.10 vd.

²²¹ Evrensel hizmet yükümlülüğü hakkında yapılan değerlendirmelerde, düzenlemenin tecimsel yönden avantajlı görülmeyen bir etkinliğin özel hukuk kişisine yaptırılması biçiminde konunun ele alındığını gösterdiğini ve dolayısıyla konuyla ilgili yapılan sonraki düzenlemelerin de tecimsel kaygılarla hareket eden, kamu gücü ya da kamu gücü kullanılarak yapılmaması veya yaptırılmamasını yeğleyen bir iradenin sonucu olduğu belirtilmiştir. Bkz. Aydın Gülan, “*Elektronik Haberleşme Kanunu Taslağında Yer Alan Evrensel Hizmet Kavramı*”, Kamu Hukuku Arşivi (KHUKA), Yıl 7, Eylül 2004, Prof. Dr. İl Han Özay’a Armağan Özel Sayısı, s.173. Yazar bu değerlendirmeyi, evrensel hizmet kavramının Elektronik Haberleşme Kanunu Taslağında yer verilen biçimini esas alarak yapmıştır. Nitekim, evrensel hizmet kavramı sonradan ayrı bir yasa ile düzenlenmiş olsa da, Taslakta yer verilen ilgili düzenlemeler Evrensel Hizmet Kanununda esasını oluşturmuştur.

Terminoloji açısından, elektronik haberleşme etkinliğinin; elektronik haberleşme “hizmetleri (service)” ve “ağları (network)” biçiminde bir ayrıma bağlı kalınarak açıklandığını ya da ifade edildiğini de belirtmek gerekir. Başka deyişle, elektronik haberleşme sektörü²²², elektronik haberleşme “ağ” ve hizmetleri” sektörlerinden oluşmaktadır. Buna göre “*elektronik haberleşme hizmetleri*”, elektronik haberleşme tanımına giren faaliyetlerin bir kısmının veya tamamının hizmet olarak sunulmasını (EHK, md.3/j); “*elektronik haberleşme ağı (şebekesi)*” ise, bir ya da daha fazla nokta arasında elektronik haberleşmeyi sağlamak için bu noktalar arası bağlantıyı teşkil eden anahtarlama ekipmanları ve hatlar da dahil olmak üzere her türlü iletim sistemleri ağı olarak tanımlanmıştır²²³. Bu bağlamda örneğin, telefon, faks, e-posta elektronik haberleşme hizmetleri; sabit, mobil, uydu, kablolu TV, radyo ve televizyon yayınları için kullanılan şebeke ve bunlarla ilgili tesisler elektronik haberleşme ağları kapsamında düzenlenmektedir.

IV. Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Regülasyonu ve Yetkili İdareler

A. Genel Olarak Regülasyon Kavramı ve Hukuksal Niteliği

Türk hukuk literatüründe henüz yeni tanımlanmaya başlayan “*regülasyon (regulation, régulation)*”, sözcük anlamı olarak Türkçe’ye “*düzenleme*” olarak çevrilmiştir²²⁴. Regülasyonun sözcük anlamı, bir otorite tarafından yapılan ve uygulanarak sürdürülen kural koyma ya da direktif verme eylemi²²⁵; üstün bir güç ya da yetkili otoritenin, kontrolü altındaki konularda kural koyması ya da emir vermesi²²⁶ olarak açıklanmaktadır. Regülasyon ayrıca kimi sözlüklerde “*düzene koyma, düzene bağlama, düzenleme*²²⁷” ya da “*kural, kaide*²²⁸” anlamlarına

²²² Elektronik haberleşme sektörü; elektronik haberleşme hizmeti verilmesi, elektronik haberleşme şebekesi sağlanması, elektronik haberleşme cihaz ve sistemlerine yönelik üretim, ithal, satış ve bakım-onarım hizmetlerinin yürütülmesiyle ilgili sektörü ifade etmektedir (EHK, m.3/l).

²²³ Benzer tanımlar için bkz. Framework Directive, Article 2(a).

²²⁴ Türk Dil Kurumu’nun online *Büyük Türkçe Sözlüğü*’nde “*regülasyon*”, “*düzenleme*” olarak Türkçeye çevrilmiştir. Bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (erişim tarihi:24.4.2012).

²²⁵ Bkz. <http://oxforddictionaries.com/definition/regulation?q=regulation> (erişim tarihi:24.4.2012).

²²⁶ Henry Campbell Black, “*Black’s Dictionary*”, West Publishing Company, 1968, p.1451.

²²⁷ Tahsin Saraç, “*Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük*”, Üçüncü Basım, İstanbul, 1990, s.1191.

²²⁸ Yılmaz Öz, “*İngilizce-Türkçe Hukuk Terimleri Sözlüğü*”, Ankara, 2002, s.165.

gelmektedir. Aynı zamanda hukuk terminolojisine de giren regülasyon sözcüğünün, ortak kabul edilen bir tanımının verilmesi olanaklı görülmesi bile²²⁹, yapılan tanımların kimi noktalar yönünden benzerlikler gösterdiği de bir gerçektir.

Hukuk, ekonomi ve sosyal bilimlerin öteki dallarını ortak olarak ilgilendiren²³⁰ regülasyon kavramı için çeşitli tanımlar yapılmıştır. Örneğin OCED'nin "*terimler sözlüğünde*" bu kavram; özel sektördeki kişilerin ve işletmelerin (firmaların) ekonomik davranışlarına, yaptırım (cezalandırma) uygulama ile desteklenen kuralların bir idari otorite tarafından empoze edilmesi, dayatılması olarak tanımlanmıştır²³¹. Bu anlamda regülasyon, klasik kamu hizmeti etkinlikleri ile ekonomik sektör etkinliklerinin düzenlenmesinde ayırt edici bir işlevi bulunmaktadır ve bunlar, şu ana bileşenlerden oluşmaktadır; *sektöre girişin kontrolü (control of entry), fiyat düzenlemesi (price fixing), hizmet kalitesi ve koşullarının belirlenmesi ve makul koşullar altında tüm uygulamalar için hizmet yükümlülüğünün dayatılması*²³². Bu tür regülasyon, "*ekonomik regülasyon*"²³³ olarak adlandırılmaktadır.

Regülasyon başka bir anlamda, toplumsal etkinlikler üzerinde sürekli odaklanmış biçimde, bir kamu idaresi (public agency) tarafından icra edilen kontrol mekanizması olarak açıklanabilir²³⁴. Bu bağlamda, demokratik devletlerde düzenleme yetkisine sahip olan erklerin (yasama ve yürütme erkleri) temel işlevi, toplumun ekonomik ve sosyal refahının artmasına yönelik politikalar üretmek, bunların uygulanmasını gözetmektir. Devletler bu kapsamda, sosyal devlet olmanın bir gereği olarak, makroekonomik istikrarı hedefleyen politikalar da dahil olmak üzere, istihdam yaratacak biçimde eğitim-öğretimde fırsat eşitliğini hayata geçirmek, yenilikçiliği ve girişimciliği özendirmek, kişilerin sağlıklı ve aynı zamanda güvenli bir çevrede

²²⁹ Turgut Tan, "*Ekonomi, Regülasyon ve Bağımsız İdari Otoriteler*", Danıştay Sempozyumu, 2005, Danıştay Yayınları, No.72, s. 9.

²³⁰ Ali Ulusoy, "*Bağımsız İdari Otoriteler*", Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 22.

²³¹ Bkz. <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3295> (erişim tarihi:24.4.2012).

²³² Alfred E. Kahn, "*The Economics of Regulation: Principles and Institutions*", Vol.1, The MIT Press, USA, June 1988, , p.3.

²³³ Ekonomik regülasyon genel bir ifadeyle, fiyatlandırma, rekabet, pazara giriş ya da çıkış konularında karar vererek piyasa doğrudan müdahale edilmesidir. OECD, *The OECD Report on Regulatory Reform*, Synthesis, Paris, 1997, p.6, <http://www.oecd.org/dataoecd/17/25/2391768.pdf> (erişim tarihi:24.4.2012).

²³⁴ Robert Baldwin-Martin Cave-Martin Lodge, "*Understanding Regulation, Theory, Strategy, and Practice*", Second Edition, Oxford University Press, New York, 2012, p.2.

yaşamalarını sağlamaya yönelik düzenlemeler yapmakla yükümlüdürler. İşte regülasyon, bu çerçevede üretilen politikaların gösterdiği hedeflere ulaşmada etkili sonuç alma yönünden önemli bir araçtır²³⁵. Devlet ve öteki kamu tüzelkişilerinin sahip olduğu kural koyma ve düzenleme yetkilerinin kullanılmasında çeşitli alternatiflerin bulunmasına karşın, esasında bu bağlamda gerçekleşen regülasyonun ekonomik uygulamalar lehine aza indirgenmemesi, aralarında bir dengenin kurulması gerekliliği de vardır²³⁶. Bu tür regülasyona da, “sosyal regülasyon”²³⁷ denilmektedir.

Başka bir yönden bakıldığında ise, bir ülkede ekonomik ve sosyal yönden regülasyon politikalarının uygulanabilirliği, etkinliği ve verimliliğinin sağlanabilmesi için devletlerin, bürokratik olarak adlandırılan kimi idari formaliteleri ya da yönetsel usulleri basitleştirmesinin de gerekliliği bulunmaktadır²³⁸. Günümüzde daha karmaşık ve bilgiye dayalı duruma gelen idari usuller karşısında işlemlerin maliyetlerine katlanmak; formlar doldurmak, izin istemek, rapor sunmak, bildirimde bulunmak, kayıt tutmak gibi bürokratik işlemleri gerçekleştirmek, üretici ve tüketicilere düşmektedir. İşte devletin müdahil olduğu işlemlerin nasıl gerçekleşeceğine ilişkin kurallar bütününe de “idari regülasyon” denilmektedir²³⁹. Biz bu başlık altında ekonomik regülasyondan sözlemekteyiz.

Regülasyon kavramı, bir kamu otoritesi tarafından kamuya yararlı bir etkinlik üzerinde odaklanan sürekli bir müdahaledir. Bu anlamda regülasyon, kural koyma ve düzenleme yapma eylemi ile tüm sosyal yapıları kontrol etme yetkisini de içeren geniş anlamda kullanılmıştır²⁴⁰. Köken olarak Amerika Birleşik Devletleri’nde ortaya çıkan regülasyon kavramı, kaynağını aldığı bu ülkede, “kolluk çıkışlı” ama ondan ibaret olmayan, daha geniş kapsamlı bir “idari etkinlik”tir. Bu etkinlik, idarenin önce “düzenleyici işlemler” yapmasını-yani nasıl hareket edileceği göstermesi”ni

²³⁵ OECD (Report on Regulatory Reform), p.5.

²³⁶ Christopher C.DeMuth, “What is Regulation?”, in “What Role For Government?”, lessons from policy research, Ed. Richard J. Zeckhauser-Derek Leebaert, Duke University Press, 1983, p.262.

²³⁷ Sosyal regülasyon, sağlık, emniyet, çevre ve sosyal uyum gibi kamu yararını korumaya yönelik uygulamalardır, düzenlemelerdir. OECD (Report on Regulatory Reform), p.6.

²³⁸ OECD (Report on Regulatory Reform), p.6.

²³⁹ Serpil Ağcakaya-Nadide Sevil Halıcı, “Bir İktisat Politikası Olarak Regülasyon Politikası”, Telekomünikasyon ve Regülasyon Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, Nisan-Mayıs-Haziran, Haziran, 2005, s.102; Ayrıca bkz. OECD (Report on Regulatory Reform), p.6.

²⁴⁰ Philip Selznick, “Focusing Organizational Research on Regulation”, in “Regulatory Policy and the Social Sciences”, Ed. Roger G. Noll, University of California Press, Berkeley, 1985, s.363.

sonra bu düzenlemelere hem uyanlar hem uymayanlar için ruhsat verme, yaptırım uygulama gibi “birel işlemler” yapmasını gerektirmektedir²⁴¹.

Regülasyon kavramının hukuki niteliğinin belirlenmesi konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Tan’a göre regülasyon, etkileme ve yönlendirmeyi de içeren, ilgili sektördeki aktörlerin de katılımı sonucu, piyasa ekonomisinin kendi dinamiklerinin işleyişine de engel olmayacak, yumuşak düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama gerektiğinde bazı anlaşmazlıkları çözme faaliyeti(dir)²⁴². Ulusoy’a göre ise regülasyon, belli bir faaliyete ilişkin olarak “oyunun kurallarının belirlenmesi” (düzenleme), bu kurallara riayetın sağlanması (denetim) ve sektörü veya bir alanı düzgün bir rekabet ortamına ve plüralist bir yapıya doğru sevk etme (yönlendirme) olarak tanımlanmıştır²⁴³. Akıllıoğlu da regülasyonu, genel kural koyma yada düzenlemeyi de içeren ancak bazı yönleriyle düzenlemeden farklı bir kavram olarak açıklamıştır²⁴⁴. Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk ise, ekonomik kamu kurumlarının birincil işlevi olan regülasyonun, yalnızca düzenleme yapmak yetkisini içermediği, regülasyon kavramının düzenlemeden daha geniş bir alanı kapsadığı, yönlendirmenin de bu kavramın içine girdiği, başka deyişle, regülasyonun yalnızca düzenleme anlamı taşımadığı aynı zamanda, anılan kurumların kendi görev alanlarını ve sınırlarını serbestçe belirlemeleri, saptamaları anlamını da geldiği görüşündedirler²⁴⁵. Regülasyonun Türk hukuk literatürüne iktisatçılar tarafından ithal edilen bir kavram olduğunu söyleyen Ayanoğlu da, yer verilen öteki görüşlere benzer biçimde, sözcüğün Türkçeye “düzenleme” diye çevrildiğini, bununla birlikte “piyasanın devlet ve idari kuruluşlarca düzenlenmesi” anlamında da kullanıldığını, bu bağlamda bağımsız idari otoriteler adı verilen düzenleyici ve denetleyici kurumların işlevlerini anlatmak için kullanıldığını belirtmektedir²⁴⁶. Atiyas’a göre regülasyon kavramı, teknelci fiyatlamayı önlemek için yapılan fiyat regülasyonu, piyasaya giriş ve çıkışların kontrol edilmesi yoluyla yapılan regülasyon ve piyasanın yapısının ne olacağıın kararlaştırılması biçiminde ifade edilen regülasyon olarak kimi ayrıma

²⁴¹ Aydın Gülan-Kemal Bekarda, “İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler”, Danıştay Sempozyumu, Mayıs 2002, s.120-121.

²⁴² Tan (Regülasyon), s.9-10.

²⁴³ Ulusoy (BİO’lar), s.21.

²⁴⁴ Tekin Akıllıoğlu, Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu, 5 Kasım 1999, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s.101.

²⁴⁵ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 488.

²⁴⁶ Taner Ayanoğlu, “Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Düzenleme Yetkisi ve TAPDK Örneği”, İÜ Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXV, Sayı 1, 2007, s.40.

tabi tutulan bir bütünü ifade etmektedir²⁴⁷. Regülasyon kavramının ayrıca, “*tam rekabetin olmadığı sektörlerde, doğal tekellerin yarattığı olumsuzlukların giderilmesi ve ekonomik etkinliğin sağlanabilmesi, devletin piyasa aksaklıklarının giderilebilmesi için çeşitli kurumları eliyle bu piyasalara müdahale etmek amacıyla geliştirdiği yöntemler*” olarak da tanımlandığı görülmektedir²⁴⁸. Danıştay da, regülasyon kavramını düzenleyici ve denetleyici üst kurulların yürüttüğü etkinlik olarak tanımlamakta, açıklamaktadır²⁴⁹.

Regülasyon kavramını ve hukuki niteliğini farklı bir bakış açısıyla açıklayan Berkarda ise, konuyla ilgili şu saptamalara yer vermektedir²⁵⁰: “ (...)Regülasyon, “düzenleme yapma yetkisi” ve “düzenleyici işlem” demektir. Bu yetki ve tasarruf türü, zaten bildiğimiz ve alışık olduğumuz biçimde yasama ve yürütme-idare tarafından öteden beri Türkiye’de kullanılmaktadır...İdari kolluk için bugün Türk Anayasa sisteminde hangi dayanaklar yeterliyse, “BİO’lu Regülasyon” için aynı yeterli. Konunun Türkiye’ye sunulduğunda Regülasyon yerine “BİO’ların” öne çıkarılmış olması, Regülasyon tartışmasının “örgüt gölgesi” altında süregelmesine yol açmış; Regülasyon kavramının yerli yerine oturtulmasını zorlaştırmıştır. Özerk Kolluk Kurumları veya yaygın adıyla “BİO’lar”ın Türk İdare Teşkilatı açısından “özgün” tarafı, ne “kamu tüzel kişiliği” ne de “özerklik” bağlamındadır. Türk İdare Hukuku, sözü edilen iki kavramı “BİO’lar” sayesinde öğrenmemiştir. Bizim için “özgünlük”, “BİO’lar”ın, bazı idari kolluk yetkilerinin kullanımında Devlet tüzel kişisini “ikame” etmiş olmalarıdır (...)”

²⁴⁷ İzak Atiyas, *Regülasyon ve Rekabet Sempozyumu*, 15-16 Mart 2001, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s.35-36. Yazarın ortak yayınladığı bir çalışmada ise regülasyon kavramı açıklarken, “*doğal tekel özelliği olan sektörlerde özelleştirilen teşebbüslerin faaliyetlerinin kamu yararı gözetilecek biçimde gözetim ve denetim altında tutulması gerekir. Bu gözetim ve denetime genel olarak düzenleme veya regülasyon adı verilmektedir*” ifadelerine yer verildiği görülmektedir. İzak Atiyas- Burak Oder, “*Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi*”, *Türkiye Ekonomi Politikaları*”, Araştırma Vakfı Yayınları, s.33, bkz.

http://research.sabanciuniv.edu/8634/1/ozellestirme_hukuk_ekonomi.pdf

(erişim tarihi:24.4.2012).

²⁴⁸ Mesut Erol, “*Doğal Tekellerin Düzenlenmesi Ve Telekomünikasyon Sektöründe Düzenleyici Kurum*”, DPT Uzmanlık Tezi, 2003, s.23.

²⁴⁹ Örnek kararlar için bkz. Danıştay 5. Daire, E. 2006/532, K. 2008/5466, T.7.11.2008; Danıştay 13. Daire, E. 2007/9903, K. 2008/6674, T. 9.12.2008; Danıştay 13. Daire, E. 2006/286, K.2008/4009, T.29.4.2008 (www.danistay.gov.tr).

²⁵⁰ Kemal Berkarda, “*Regülasyon Nasıl Kurtulur?*”, <http://www.belgeler.com/blg/2jot/regulasyon-nasil-kurtulur> (erişim tarihi: 26.4.2012).

Regülasyon kavramı ile ifade edilen düzenlemelerin, idarenin klasik düzenleme etkinliklerinden farklılık gösterdiği bu farklılığın, “*regülasyon hukuku*” adı verilen yeni bir hukuk dalının doğmasına neden olduğu söylenmektedir²⁵¹. Bu görüşü savunan *Tan*; *pragmatik ve esnek özellikleri ön plana çıkan, normların muhataplarının onların oluşumuna katılmaları, normların sürekli adaptasyonu, zorlama yerine ikna ve etkileme gibi formel olmayan usulleri yeğlemesini* regülasyon hukukunun özellikleri arasında saymaktadır²⁵². *Tan* ayrıca, regülasyonun düzenleme, izin verme ve yaptırım uygulama gibi klasik yöntemler yanında yönlendirme ve denetim gibi özgün yöntemler de kullandığı, bu sonuncuların onu idari kolluk ve kamu hizmetinden farklılaştırdığı görüşündedir²⁵³. *Günday* da, regüle etme yetkisini, öteki idare örgütlerinin de sahip olduğu düzenleme yetkisinden daha farklı ve daha geniş bir yetki olduğunu savunmaktadır²⁵⁴. Regülasyon işlevini, bağımsız idari otoriteleri öteki kamu kurum ve kuruluşlarından ayıran bir özellik olarak kabul eden *Ulusoy* ise, bağımsız idari otoritelerin belirli bir alanda doğrudan “*oyuncu*” olmak ya da “*operatörlük*” yapmak yerine, esas olarak “*regülasyon işlevini*” gerçekleştirmekle sorumlu olduğunu, bu yönden de klasik kamu kurum ve kuruluşlarından ayrıldıklarını belirtmektedir²⁵⁵.

Regülasyon, devletin ya da yetkilendirdiği bir başka otoritenin belirli bir alanda, o alanın koşullarına uyum gösteren temel ilke ve kuralların belirlenmesi, bunlara uyulmasının sağlanması, aksi durumda yaptırım uygulanması biçiminde ortaya çıkan bir müdahale yöntemidir. Başka bir anlamda regülasyon, ekonomik kolluk etkinlikleri alanında hem kural koyma eylemi, hem de konulan kuralın bizatihi kendisidir. Regülasyon kavramı niteliği gereği esasında idari işleve giren, bu bağlamda düzenleme, kural koyma, bunları değiştirme, denetleme, gerektiğinde yaptırım uygulama gibi kamusal yetkiyi içerdiği gibi, aynı zamanda aşağıda da görüleceği üzere regülasyon kurumlarına (düzenleyici ve denetleyici kurumlar) danışma, uzlaştırma, uyuşmazlıkları çözme biçiminde ortaya çıkan yetkileri de

²⁵¹ Turgut Tan, “*Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*”, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s.25.

²⁵² *Tan (Ekonomik Kamu Hukuku)*, s.25-26.

²⁵³ *Tan (Ekonomik Kamu Hukuku)*, s.26.

²⁵⁴ Metin Günday, “*İdare Hukuku*”, Onuncu Baskı, İmaj Yayınları, Ankara, 2011, s.570.

²⁵⁵ *Ulusoy (BİO'lar)*, s.6. Buna örnek olarak da *Ulusoy*, enerji piyasasında etkinlik gösteren bağımsız idari otorite olan Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun doğrudan elektrik üretmediği ya da doğalgaz dağıtımını yapmadığını, oysa anılan piyasada bu tür hizmetlerin ya da etkinliklerin tipik bir hizmetsel kuruluş olan BOTAŞ ve TEDAŞ tarafından üstlenilmesi durumunu göstermektedir.

içermektedir. Bu kapsamda çerçevesi çizilen regülasyonun etkinliğine önem kazandıran özellik, içerik ve yöntemsel açılarından temel bir politikasının olmasıdır²⁵⁶. Bir başka yönden, regülasyon etkinliğinin sonucu olarak alınan kararlar, uygulamalar ya da tasarrufların hukuksal denetiminin yapılacağından da sözedilmesi gerekmektedir. Bu denetim idari ve yargısal yollarla sağlanmaktadır.

Regülasyonun gerekçelerini şu başlıklar altında sıralandığı görülmektedir: a) tekelciliğin önlenmesi ya da doğal tekellerin kontrolü; b) rant kontrolü, aşırı kar elde edilmesinin önlenmesi; c) israfın önlenmesi; d) tüketicinin önündeki satın alma seçeneklerini eksiksiz kavrayabilmesi; e) aşırı rekabetin dayatacağı “*kar elde edilmesi olanaksız fiyatlar*” piyasadan küçük işletmeleri sildiğinde, tüketicinin geriye kalan büyük işletmelerden yüksek maliyetle ürün almak zorunda kalmasını önlemek; f) kamu yararı hedeflerine dayanılarak, kıt kaynakların akılcı ya da rasyonel biçimde kullanılmasını sağlamaktır²⁵⁷.

Günümüzde özellikle elektrik ve telekomünikasyon hizmetleri alanında devletin düzenleyici işlevi, bu işlevin görülmesinde izlenecek yöntem ve temel politikaların nasıl yaratılacağı, gerek dünya ölçeğinde gerek ülkemiz özelinde gittikçe önemi artan konuların başında gelmektedir²⁵⁸. Sözkonusu sektörlerin ortak ve temel özelliği, sektördeki kimi hizmetlerin ya da etkinliklerin doğal tekel (natural monopoly) niteliğinde olmasıdır. Bir endüstriyel pazarda tek bir işletmenin olması durumunda, iki ya da daha çok işletmecinin olmasına nazaran, en düşük maliyetle en iyi hizmeti sağlanabileceği görüşüne²⁵⁹ dayanan doğal tekellerin regülasyonunda devletler, piyasa girişlerini engelleyip tekeller yaratarak ve fiyatı regüle ederek etkin bir çözüm

²⁵⁶ Cenk Şahin, “*Amerikan Federal İdare Hukukunda Regülasyon ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları*”, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 68. Bu bağlamda Şahin, yasama organının regülasyona bağlı tuttuğu alanda belirlediği alanda politikanın, özellikle kural koyma işlevi aracılığıyla ayrıntılandırılıp uygulamaya hazır duruma getirildiği, belirlenen politikasının idare tarafından işlenerek piyasadaki aktörleri yönlendirme, etkileme, özendirme yoluyla dayatıldığı ve bu durumun giderek kamusal gücün kullanılması suretiyle buna katlanma yükümlülüğünün getirildiği saptamasına yer vermektedir. Bkz. Şahin, s.70.

²⁵⁷ Stephen Breyer, “*Regulation and Its Reform*”, 6 th Printing, Cambridge, 1994, nakladan; Kemal Berkarda, “*Amerika’da İdare Hukuku Var mı?*”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt 13, Sayı 1, 2000, s. 96.

²⁵⁸ İzak Atiyas, “*Ne İçin ve Nasıl Regülasyon*”, Devlet Reformu, Devletin Düzenleyici Rolü, TESEV, İstanbul, 2000, s. 19.

²⁵⁹ Joshua Gans-Stephen King-Robin Stonecash-Gregory Mankiw, “*Principles of Economics*”, 5 th Edition, Cengage Learning Australia, 2011, p.326.

hedefinde olmuşlardır²⁶⁰. Bu bağlamda teknelci piyasa özelliğinde olan telekomünikasyon sektörünün yalnızca bir türde regüle edilmediği, farklı politik kararların sonucu olarak regülasyon etkinliklerinin değişkenlik gösterdiği söylenebilir²⁶¹. Bununla birlikte regülasyonun en fazla olduğu değişkenleri, “fiyat kontrolü”, “üretim miktarının kontrolü”, “pazara giriş ve çıkışın kontrolü” biçiminde bir görünümdeir²⁶².

Ancak son 20-30 yıl içinde içinden geçtiğimiz teknolojik çağın ortaya çıkardığı hızlı değişim ve gelişme ister istemez anılan sektörlerin iktisadi yapısını değiştirmiş, zamanla bu teknolojik yeniliklerin etkisiyle kimi sektörel etkinliklerin maliyet yapıları değişmiş, ölçek ekonomileri azalmış ve bu etkinlikler doğal tekel olma özelliklerini kaybetmeye başlamışlardır. Bunun sonucunda, örneğin telekomünikasyon sektöründe kimi hizmetler irili ufaklı işletmelerce birbiriyle rekabet içinde sunulabilir duruma gelmiş ve bu bağlamda, rekabetçi etkinliklere girişin serbestleştirilmesinin en önemli sonuçlarından biri olarak bu etkinlikler üzerinde regülasyon gereksinimi azalmıştır²⁶³. Bu yeni dönem, başta Avrupa’daki ülkeler olmak üzere öteki birçok ülkede, telekom operatörlerinin özelleştirilmesine başlandı ve bu alandaki devlet tekelinin yerini özerk düzenleyici kurumların denetiminde özel girişimcilerin etkinlik gösterdiği bir sektör yapısına bıraktığı bir dönem olarak kayıtlara geçmiştir²⁶⁴.

²⁶⁰ Recep Çakal, “Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon”, DTP Yayın No.2455, 1996, s.19.

²⁶¹ Ian Walden, “Telecommunications Law and Regulation: An Introduction”, in: Telecommunications Law, Ed. Ian Walden-John Angel, Oxford University Press, 2005, p.5

²⁶² Erol, s. 37.

²⁶³ Atiyas, (Ne İçin ve Nasıl Regülasyon), s.19-20.

²⁶⁴ Kamil Yılmaz, “Türk Telekomünikasyon Sektöründe Reform: Özelleştirme, Düzenleme ve Serbestleşme”, içinde: Devlet Reformu, Devletin Düzenleyici Rolü, TESEV, İstanbul, 2000.

B. Yetkili İdareler

1. Ulaştırma, Haberleşme ve Denizcilik Bakanlığı

Elektronik haberleşme hizmetleri alanında regülasyon yetkisine sahip idarelerden biri Ulaştırma, Haberleşme ve Denizcilik Bakanlığı'dır. Bakanlığın regülasyon yetkisinin çerçevesini 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu (EHK) çizmektedir. Yasa koyucu, elektronik haberleşme sektörünün regülasyonunda asli işlevi Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na verip, bu alanda düzenleme, denetleme, yaptırım uygulama, işletmeciler arasında uzlaşma prosedürünü işletme ya da danışma gibi regülasyon etkinliklerini bu düzenleyici ve denetleyici kurumun görev ve yetkisi arasında saymış, buna karşın temel politika ve stratejilerin saptanması, planlama ve özendirme gibi konularda ise, merkezi yönetimi yetkilendirmiştir. Bu bağlamda Bakanlığın elektronik haberleşme alanında regülasyon yetkisinden kaynaklanan etkinliklerini şu üç başlık altında toplamak olanaklıdır: a) Temel politika ve stratejileri saptama; b) Özendirici, destekleyici etkinliklerde bulunma; c) Planlama ve eşgüdüm (koordinasyon) etkinlikleri. Bu çerçeveden bakıldığında Bakanlığın bu üç başlık altında ne gibi düzenlemeler yapacağı ya da yapabileceği konusunu ele alalım.

Birinci bölümde klasik haberleşme hizmetlerinden elektronik haberleşme hizmetlerine geçiş süreci incelenirken bir anlamda bu sektörün nasıl, niçin ve hangi yöne doğru değişim gösterdiğini ortaya koymaya çalışmıştık. Bu bölümde söz edilen hukuksal değişim ve dönüşüm süreci, aynı zamanda haberleşme hizmetlerinin regülasyonunda nasıl bir değişim ve dönüşüm yaşandığının ortaya konulması yönünden önem taşımaktadır. İlk başlarda elektrik sektörü gibi doğal tekel niteliğinde olduğu kabul edilen ve kamusal tekel altında yürütülen haberleşme hizmetleri, liberal ekonomik düzenin gereklerine uygun biçimde sektörün özel girişimciye açılması, serbestleşme (liberalizasyon), etkin rekabet koşullarının sağlanmasına yönelik ilke ve kuralların yerleşmesi, özelleştirme gibi uygulamalarla birlikte artık devlet, anılan sektörde işletmeci, operatörlük, hizmeti üstlenen işlevlerinden sıyrılarak, bu alanları özel girişimciye terk etmiş ve kendisine -ya da yetkilendirdiği bir kamu otoritesine- bu sektörde yalnızca temel politika ve stratejileri belirleme, düzenleme ve denetleme gibi işlevler yüklemiştir. Nitekim

EHK'nın temel ilkelerinin belirlendiği 4. maddesinde, yasa koyucu, "her türlü elektronik haberleşme cihaz, sistem ve şebekelerinin kurulması ve işletilmesine müsaade edilmesi, gerekli frekans, numara, uydu pozisyonu ve benzeri kaynak tahsislerinin yapılması ile bunların düzenlenmesi Devletin yetki ve sorumluluğu altındadır" diyerek anılan sektörün regülasyonunda asli yetkinin ve aynı zamanda sorumluluğun Devlet tüzelkişiliğine ait olduğunu vurgulamaktadır.

Bakanlığın elektronik haberleşme alanında temel politika ve stratejileri belirleme yetki ve görevi kaynağını aynı zamanda Anayasa'dan da almaktadır. Anayasa'nın "Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi" kenar başlıklı 167. maddesinde anayasa koyucu devlete, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri alma; piyasalarda fiilî ya da anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme yükümlülüğü getirmiştir. Bu bağlamda bir yönüyle de büyük bir endüstriyel sektör alan durumuna gelen elektronik haberleşme piyasasının bu çerçevede düzenlenmesi, temel politika ve stratejilerin belirlenmesi sosyal devlete yüklenen anayasal bir görevdir²⁶⁵.

²⁶⁵ Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda anılan maddenin yorumunu özetle şöyle yapmaktadır: *Anayasa'nın 167. maddesinde, "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler. Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebilir." denilmektedir.*

Bu hükümlerle yalnız fiilen oluşacak tekelleşme ve kartelleşmenin değil, anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmenin de önlenmesi görevi Devlet'e verilmiştir. Madde gerekçesinde, "tekelleşme" kavramı açıklanırken, yalnız tekelin değil, tekel benzeri gruplaşmaların da bu kapsamda görüldüğü belirtilmiştir. Ayrıca, tekelleşmenin önlenmesinin tüketim sektörü yanında hizmet sektörü yönünden de gerekliliği vurgulanmış, bu görevin "sağlıklı bir toplum" ve "sağlıklı bir demokrasinin" vazgeçilmez koşulu olduğu açıklanmıştır. Buna göre, tekelciliğin her türlü türünün zararından bireyleri ve toplumu korumak "kişinin ve toplumun huzuru ve refahı" ile de ilgilidir. Maddede yalnız, tekelleşme değil, tekel oluşturmayan üretim ve hizmet kuruluşlarının "fiyat anlaşmaları", "coğrafi bölge paylaşma" ve "benzeri suretle" gerçekleştirilecek kartelleşme de yasaklanmıştır; Devlet, bunu engelleyici önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Böylece rekabetin ortadan kaldırılması, tekelin ve kartellerin fiyatları oluşturması ve etkilemesi önlenmek istenmiştir.

Devletin tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemek görevi, temelde tüketiciyi koruma amacı gütmektedir. Anayasa'nın 172. maddesi ile Devlet'e verilen tüketicileri koruma görevi ancak, tekelleşme ve kartelleşmelerin önlenerek özgür rekabet ortamının sağlanması ile güvenceye alınabilir. Piyasa ekonomisinin etkinliği, serbest rekabet koşullarının varlığına bağlıdır. Tekelleşmeye veya kartelleşmeye olanak veren ortamlarda piyasa ekonomisi etkinliğini yitirir. Tekel konumundaki bir kuruluş önlem alınmadan özelleştirildiğinde, kamu tekelinin yerini özel tekelin alması kaçınılmazdır. Üstelik kamu tekel konumundaki mal ve hizmet üretiminde Devlet'in doğrudan karışması olanağı varken, özel tekel durumunda bu olanak da söz konusu olmayacak, mal ve hizmet fiyatları kamu

Genel bir çerçeve çizecek olursak, elektronik haberleşme alanında serbestleşme sağlanmış bir ülkede sektör yapısı incelendiğinde, siyasal sorumluluk üstlenen hükümetlerin genel ilke ve kurallar ışığında politikaları belirlediği; teknik bir konu olan sektörel etkinliklerin düzenlenmesinin özerk bir kurulca yapıldığı; işletmecilik, operatörlük işlevinin serbest piyasa koşullarında tecimsel kuruluşlarca ekonomik kurallar kapsamında yerine getirildiği, görülmektedir²⁶⁶. Bu kapsamda serbestleşme sağlanan elektronik haberleşme hizmetlerinin düzenlenmesinde, EHK'nın genel gerekçesinde de belirtildiği gibi²⁶⁷, liberalizasyon sonucu genişleyecek elektronik haberleşme sektöründe yer alan yerleşik işletmecilerin yanında, yeni işletmecilere de, uygun ve sürdürülebilir bir rekabet ortamının yaratılmasıyla ucuz, kaliteli, hızlı ve güvenli bir hizmetin sunulması, sağlık, eğitim, ticaret, sanayi ve benzeri alanlarda gereksinim duyulan güvenilir bir alt yapı sağlanması ve tarifelerde gerçekleşecek indirimlerle tüketici lehine bir ortamın oluşturulması, bu alanda söz konusu edilen temel politika ve stratejilerin esas hedefi olmaktadır.

Bununla birlikte, elektronik haberleşme hizmetlerinin etkin, güvenilir ve verimli biçimde ve aynı zamanda yeni teknolojik gelişmeler ile ortaya çıkan ve giderek artan gereksinimlere kamu hizmeti niteliği çerçevesinde politika ve stratejilerin belirlenmesi gerekliliği göz önünde bulundurulmalıdır. Gerek mevzuat gerek öğreti ve gerekse yargı kararlarında kamu hizmeti niteliğinde olduğu kabul edilen elektronik haberleşme hizmetleri alanında bu temel ilkeden hareketle düzenlemelerin yapılması önem taşımaktadır. Bir başka yönden de elektronik haberleşme sektöründe temel politika ve stratejilerin belirlenmesinde Avrupa Birliği'nin bu sektörle ilgili öngördüğü düzene de uyulması gerekliliği vardır. Çünkü, ülkemizde anılan sektörün hukuksal alt yapısını oluşturan, yasa ve idari düzenleyici işlemlerin çerçevesini Avrupa Birliği'nin direktifleri çizmektedir. Bu durum, Avrupa Birliği'ne tam üyelik statüsü kazanmak için mevzuatını bu yönde uyumlaştırmaya devam eden ülke olarak

tekeline olduğundan daha yüksekte belirleneceği gibi kalite de bundan olumsuz etkilenecektir. Bu nedenle, özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemeye, dolayısıyla bireyleri ve toplumu korumaya yönelik kuralların bulunması zorunludur. Bu husus, Anayasa'nın 5. maddesindeki Devlet'in "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak" görevleri ile de doğrudan ilgilidir. Bkz. E. 2000/17, k.2002/46, T.7.5.2002, (www.anayasa.gov.tr).

²⁶⁶ Hasan Süel, "Telekomünikasyon Sektöründe Serbestleşme ve Özelleştirme Çerçevesinde Devletin Rolünün Yeniden Belirlenmesi", Devlet Reformu, Devletin Düzenleyici Rolü, TESEV, İstanbul, 2000, s. 91.

²⁶⁷ Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss255.pdf>

Türkiye'nin, bir taahhüdüdür. Bu taahhüt gereğince ülkemizin, Avrupa Birliği'nin haberleşme, telekomünikasyon ve/veya elektronik haberleşme alanında oluşturulan organlarla da işbirliği içinde olması gerekmektedir²⁶⁸.

Elektronik haberleşme alanında merkezi yönetime verilen regülasyon yetkisi çerçevesinde:

- Numaralandırma, internet alan adları, uydu pozisyonu, frekans özgülemesi gibi kıt kaynaklara dayalı elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin strateji ve politikaları belirlemek,
- Elektronik haberleşme sektörünün, serbest rekabet ortamında gelişimini teşvik etmeye (özendirmeye) ve bilgi toplumuna dönüşümün desteklenmesini sağlamaya yönelik hedef, ilke ve politikaları belirlemek ve bu amaçla teşvik edici (özendirici) tedbirleri almak
- Elektronik haberleşme alt yapı, şebeke (ağ) ve hizmetlerinin; teknik, ekonomik ve sosyal gereksinimlere, kamu yararına ve ulusal güvenlik amaçlarına uygun olarak kurulması, geliştirilmesi ve birbirlerini tamamlayıcı şekilde yürütülmesini sağlamaya yönelik politikaları belirlemek

²⁶⁸ Bu bağlamda örneğin Ülkemizin üyesi bulunduğu Posta ve Telekomünikasyon İdareleri Avrupa Konferansı (PTİAK)- European Conference of Postal and Telecommunications Administrations (CEPT), posta ve telekomünikasyon alanlarında üyesi bulunan ülkeler arasında işbirliği ve dinamik bir rapor oluşturmak amacıyla çalışmalar yapmaktadır. Bu örgütün etkinliklerinden önemli bir bölümünü, Avrupa'da frekans spektrumunun kullanımı için ortak kurallar geliştirmek ve ayrıca elektronik haberleşme terminallerinin serbest dolaşımını kolaylaştırmak; elektronik haberleşme (telekomünikasyon) teknolojilerindeki yeni gelişmelere Avrupa merkezli geçiş sağlamak; yeni nesil elektronik haberleşme sistemlerinin lisans ilkelerini belirlemek, oluşturmaktadır. 2000 yılına kadar PTİAK'ın etkinlikleri, posta ve telekomünikasyon alanlarında kurulmuş Avrupa Radyokomünikasyon Komitesi, Avrupa Telekomünikasyon Regülasyon Komitesi ve Avrupa Posta Regülasyon Komitesi aracılığıyla yürütülmekteydi. Ancak telekomünikasyon teknolojileri alanında son yıllarda yaşanan gelişmeler, radyokomünikasyon ve telekomünikasyon düzenlemelerin bir çatı altında toplanmasını gerektirmiş ve bu amaçla 2000 yılında anılan iki konuda etkinlik gösteren komiteler birleştirilerek, Elektronik Haberleşme Komitesi- Electronic Communications Committee (ECC) kurulmuştur. Bu Komite, Avrupa Birliği ve uluslararası mevzuat ve düzenlemeleri dikkate alarak Avrupa bağlamında elektronik haberleşme etkinlikleri hakkında politikalar geliştirmekle görevli kılınmıştır. Ardından, radyokomünikasyon ve telekomünikasyonla ilgili komitelerin birleştirilmesi, bu komitelere bağlı çalışan ofislerin de tek bir ofis altında birleşmesi gereksinimini ortaya çıkarmış ve nihayetinde Avrupa Haberleşme Ofisi- European Communications Office (ECO) kurulmuştur. İşte Ülkemiz de, elektronik haberleşme politikalarının oluşturulmasında Avrupa Birliği'ne uyum sağlanması amacıyla Avrupa Haberleşme Ofisi'ni kuran sözleşmeye taraf olmuştur. Sözleşmenin uygun bulunmasına ilişkin 6143 sayılı Kanun, 12.3.2011 tarih ve 27872 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. *Kaynak:* (<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0700.pdf>), (<http://www.ero.dk/>), (erişim tarihi: 29.4.2012).

- Elektronik haberleşme cihazları sanayisinin gelişmesine ilişkin politikaların oluşumuna ve elektronik haberleşme cihazları bakımından yerli üretimi özendirici tedbirleri almaya yönelik politikaları belirlemeye katkıda bulunmak,
- Elektronik haberleşme sistemlerinin yerli tasarım ve üretimini, bu amaçla sektöre ilişkin araştırma, geliştirme ve eğitim etkinliklerini teknik ve maddi destek de dahil olmak üzere özendirmek,

gibi görev ve yetkiler, EHK tarafından, Ulaştırma, Haberleşme ve Denizcilik Bakanlığı'na bırakılmıştır (bkz. EHK, md. 5/a, b, c, ç, ğ).

Yukarıda yer verilen regülasyon yetkisi çerçevesinde anılan Bakanlık tarafından, elektronik haberleşme sektörünün çağın gereklerine uygun olarak gelişimi, ulusal ve uluslararası ölçekte yaşanacak ekonomik ve teknik koşullardaki değişime ayak uyduran, serbest rekabet ortamında etkinlik gösterecek dinamik işletmecî yapısının oluşturulması gibi konularda, politika ve stratejilerin belirlenmesinin yanında, teşvik tedbirlerinin alınması, başka deyişle özendirici ve destekleyici politikaların da oluşturulması gerekliliği bulunduğu görülmektedir. Bu, aynı zamanda idare hukuku yönünden kamu hizmetlerinin yürütülüş yöntemlerinden biridir. İdare hukukunda, devlet bir etkinliği kamu hizmeti olarak kabul ettikten sonra, bu etkinliği doğrudan yürütmek yerine, bu etkinliğin özel hukuk kişilerince görülmesini sağlamak üzere “özendirme ve destekleme” yöntemine başvurabilir²⁶⁹. Başka bir anlatımla, “*çağdaş idarenin bir görevi de, kamuya yararlı görülen veya böyle olması plan ve*

²⁶⁹ *Ayaydın*, s. 247. 1961 Anayasası döneminde yürürlükte bulunan Türk hukuk mevzuatı çerçevesinde “özendirme önlemleri (teşvik tedbirleri)” konusunu özel girişim özgürlüğü bağlamında ele alan Akgüner, Türk kalkınma planlarının özel kesim için zorunlu, emredici nitelikte uygulanabilirliği bulunmayan kurallar içermesinin teşvik tedbirlerinin uygulanmasını ortaya çıkardığı görüşündedir. Yazar, dileği alanda serbestçe yatırım yapma kararı verebilme özgürlüğüne sahip olan özel girişimcinin kalkınma planlarında yer alan alanlarda yatırım yapmasını sağlamak için teşvik tedbirlerine başvurulduğunu, bu durumun, planlarda yer verilen alan ya da sektörde yatırım yapacak olan girişimciye bir takım kolaylıklar sağlanarak bir anlamda girişimcinin ödüllendirilmesi olarak kabul edilmesinden söz etmektedir. Teşvik tedbirinin hukuki niteliği hakkında ise Akgüner, teşvik tedbiri alan yatırımcı ile teşvik tedbiri veren Devlet arasındaki hukuki ilişkinin bir idari sözleşme olduğu görüşündedir. Tayfun Akgüner, “*Özel Girişim Özgürlüğü ve Yatırımları Teşvik Tedbirleri*”, İstanbul, 1979, s.259-260.

programlarda öngörülen faaliyetleri desteklemek, birtakım tedbirleri de bir tür kamu hizmeti” sayılmaktadır²⁷⁰.

Özendirme ve destekleme etkinlikleri kapsamında verilen devlet yardımları²⁷¹, kamu kaynakları kullanılarak yararlanıcı konumundaki işletmeciler yararına finansal avantajlar sağlayan bir devlet müdahalesi olarak kabul edildiğinde; devlet yardımları, serbest piyasa ekonomisinin uygulandığı sistemlerde rekabeti bozucu etkileri nedeniyle denetim altına alınmaya çalışılmaktadır²⁷².

Öte yandan elektronik haberleşme alanında Bakanlığın, sektörel etkinliklerin etkin, verimli, sürdürülebilir nitelikte yürütülebilmesi amacıyla planlama ve eşgüdüm sağlama yönünden de görev ve yetkisinin bulunduğu görülmektedir. EHK düzenlemelerine bakıldığında bu durumun şöyle ifade edildiği görülmektedir (EHK, md.5/d,e,f,g):

²⁷⁰ Yayla, s. 91; Özey, s.260.

²⁷¹ Yatırımlarda devlet yardımları hakkında yayınlanan 2006/3 sayılı Tebliğe göre (R.G., T.8.12.2006; Sy.26370), yatırımın karakteristik değerlerini ihtiva eden, yatırımın bu değerler ve tespit edilen şartlara uygun olarak gerçekleştirilmesi halinde üzerinde kayıtlı destek unsurlarından istifade imkanı sağlayan, bu Tebliğin istinat ettiği Karar’ın amaçları doğrultusunda ülke ekonomisi için yararlı olduğu Müsteşarlıkça tespit edilen yatırımlar için, teşvik belgesinin sunulacağı düzenlenmesine yer verildikten sonra, teşvik belgesi müracaatının değerlendirilmesinde (uygun bulunmasında) teşvik belgesi düzenlenmesi talep edilen yatırım projelerinin, makro ekonomik politikalar, arz-talep dengesi, sektörel, mali ve teknik yönden yapılacak değerlendirme ve gerektiğinde ilgili kurum, kurul ve kuruluşlardan alınacak görüşlere göre hareket edilmesi gerekliliğinden söz edilmiştir. Anılan Tebliğ’de teşvik belgeli yatırımlara sağlanacak destek unsurlarının: Gümrük Vergisi muafiyeti, Katma Değer Vergisi istisnası, faiz desteği ve ayrıca yatırımlar, kanunlar ve Bakanlar Kurulu kararlarında teşvik belgesine bağlı olarak öngörülen destek unsurlarından oluşacağı belirtilmektedir.

²⁷² Tan (Ekonomik Kamu Hukuku), s 304. Devletin, özel girişimciye özellikle kamu hizmeti yükümlülükleri getirmesinin karşılığı olarak mali katkıda bulunmasının “yasaklanmış devlet yardımı” olarak değerlendirilmediği; Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’nın 24.7.2003 tarihli “Altmark Kararı” ile “telafi (compensation)” kuramı geliştirdiği belirtilmektedir. Tan (Ekonomik Kamu Hukuku), s 305. Daha sonraları AB Komisyonu tarafından da benimsenen bu kuramın dayanağını oluşturan kararda şu görüşlere yer verilmiştir: Özel girişimciler için sağlanan bu avantaj, girişimci tarafından sunulan hizmetler yönünden kamu hizmeti yükümlülüklerini yerine getirebilmek için devlet tarafından verilen bir telafidir. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’na (ATAD) göre, bu tür bir destek verilmesi ya da ilgili girişici lehine tedbir alınması AB kurucu sözleşmesine aykırılık oluşturmamaktadır, başka deyişle en azından bu tür bir yaklaşım yasaklanmamıştır. ATAD’a göre devlet yardımının alınabilmesinin öncelikli koşulu, alıcı durumda olan girişimcinin kamu hizmeti yükümlülükleri olmalı ve yükümlülükleri açıkça tanımlanmış olmalıdır. Bununla birlikte verilecek yardımın hesaplanmasında hangi parametreler temelinde hareket edileceğinin belirlenmesi gerekliliği bulunmaktadır. Bunun belirlenmesi, önceden objektif ve şeffaf biçimde kararlaştırılmış kurallara uygun olması gerekmektedir. Öte yandan yapılacak yardımın, ilgili girişimcinin kamu hizmeti yükümlülüğü taahhüdünü bozacak ya da ilgili girişimcinin rekabetçi konumunu güçlendirerek rekabeti bozan ya da bozma tehlikesini doğuran herhangi bir avantaj içermediğinden emin olunmalıdır. Case C-280/00 nolu karar için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000J0280:EN:HTML> (erişim tarihi: 29.4.2012).

- Ülkemizin üyesi bulunduğu elektronik haberleşme sektörü ile ilgili uluslararası birlik ve kuruluşlar nezdinde, 1173 sayılı *Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu Hakkında Kanun*²⁷³ hükümleri saklı kalmak üzere Devleti temsil etmek ya da temsile yetkilendirmek, çalışmalara katılım ve kararların uygulanması konusunda koordinasyonu sağlamak,
- Elektronik haberleşme politikalarının saptanması ve uygulanması amacıyla gerekli araştırmaları yapmak ve yaptırmak,
- Elektronik haberleşmenin doğal afetler ve olağanüstü haller nedeniyle aksamaması için gerekli önlemleri almak ve koordinasyonu sağlamak, haberleşmenin aksaması riskine karşı önceden haberleşmenin kesintisiz bir biçimde sağlanmasına yönelik alternatif haberleşme alt yapısını kurmak, kurdurmak ve ihtiyaç durumunda söz konusu sistemi devreye sokmak,
- Olağanüstü hal ve savaşta elektronik haberleşme hizmetlerini, 697 sayılı Kanun²⁷⁴ hükümleri çerçevesinde planlamak, gerekli işleri yapmak ve yaptırmak...

Bakanlığın elektronik haberleşme alanında planlama, eşgüdümün sağlanması ve bu bağlamda gerekli işlemleri yapması biçiminde ifade edilen regülasyon yetkisi kaynağını aynı zamanda Anayasa'dan almaktadır. Nitekim Anayasa'nın "*Planlama; Ekonomik ve Sosyal Konsey*" kenar başlıklı 167. maddesinde, "*ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayi ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak*" Devletin görevleri arasında sayılmıştır. Aynı maddede devamla, "*planda millî tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirler öngörülür; yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir; kaynakların verimli şekilde kullanılması(nın)*" hedef

²⁷³ R.G., T.17.5.1969; Sy.13201.

²⁷⁴ *Ulaştırma ve Haberleşme Hizmetlerinin Olağanüstü Hallerde ve Savaşta Ne Suretle Yürütüleceğine Dair Kanun*, R.G., T.26.7.1965; Sy.12058.

alınacağından söz edilirken, kalkınma girişimlerinin, bu plana göre gerçekleştirileceği belirtilmiştir²⁷⁵. Bu kapsamda ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında hükümete danışma nitelikte görüş bildirmek amacıyla “*Ekonomik ve Sosyal Konsey*” kurulmuştur.

İdare hukuku öğretisinde Anayasa’dan kaynaklanan planlama ödevinin gereği olarak düzenlenen belgeler ve yapılan işlemler hakkında; yetkili organlar tarafından hukuksal yöntemler kullanılarak hazırlanan “*planlama işlemleri*” ya da “*planlama belgeleri*” deyimleri kullanılmaktadır²⁷⁶. TBMM tarafından kabul edilen kalkınma planları, kamu kesimi için bağlayıcı nitelikte olup, idari kuruluşlar, plan çerçevesinde hareket etmek zorundadırlar, buna karşın ancak yargı yerleri dava konusu bir işlemin plan ve programlara uygunluğunu doğrudan denetleyememektedirler²⁷⁷. Yer verilen anayasal düzenleme, bir yönüyle de, ekonomik kolluk etkinlikleri kapsamında değerlendirilmektedir²⁷⁸.

²⁷⁵ Bu kapsamda 2007-2013 yıllarına yönelik olarak hazırlanan ve 1.7.2006 tarih ve 26215 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 9. Kalkınma Planı’nın *Bilgi ve İletişim Teknolojilerinin Yaygınlaştırılması* kenar başlıklı (7.1.8) maddesinde “Sağladığı verimlilik artışları ve kullanımı yaygınlaştıkça ortaya çıkan ağ etkisi ile küresel rekabette belirleyici unsurlardan biri haline gelen bilgi ve iletişim teknolojileri altyapısı geliştirilecektir. Bu amaçla, elektronik haberleşme sektöründe rekabet artırılacak, alternatif altyapı ve hizmetlerin sunumuyla bilgiye etkin, hızlı, güvenli ve uygun maliyetlerle yaygın erişim sağlanacaktır. Elektronik haberleşme hizmetlerindeki yüksek vergi yükü, bilgi toplumuna dönüşüm sürecini hızlandırmak üzere tedricen makul seviyelere çekilecektir. Genişbant iletişim altyapıları yaygınlaştırılacaktır. Ekonomide verimlilik düzeyinin ve rekabet gücünün artırılması amacıyla işletmelerin, vatandaşların ve kurumların bilgi ve iletişim teknolojilerini yaygın kullanımı sağlanacaktır. Bu amaçla, hazırlanan Bilgi Toplumu Stratejisi (2006-2010) kapsamında öngörülen eylemler hayata geçirilecektir. Elektronik haberleşme sektöründe rekabeti artırmak üzere; numara taşınabilirliğine ilişkin düzenlemeler tamamlanacak, yeni nesil mobil telekomünikasyon hizmeti, sanal mobil şebeke hizmeti, genişbant telsiz erişim hizmeti, sabit telekomünikasyon hizmeti ve karasal sayısal platform hizmetlerine ilişkin yetkilendirmeler yapılacak, düzenlemelerin etkin şekilde uygulanması sağlanacaktır. Düzenleme ve yetkilendirmeler güncel ekonomik ve teknolojik gelişmeler doğrultusunda gözden geçirilerek uyumlu hale getirilecek, pazar potansiyeli yüksek yeni teknolojiler yakından takip edilerek bu teknolojilerin ülkemizde kullanımı konusunda proaktif bir yaklaşım benimsenecektir. Ülkemizin uydu teknolojilerini üretme yetkinlikleri geliştirilecek, bu teknolojileri araştırmak üzere bir merkez kurulacaktır. Kamunun genişbant iletişim ihtiyaçları toplulaştırılarak temin edilecek, bu yolla hizmetin kamuya maliyetinin azaltılması ve genişbant iletişim altyapılarının geliştirilmesi sağlanacaktır. Kamunun alıcı rolü, bilgi ve iletişim teknolojileri altyapısının geliştirilmesini destekleyecek bir politika aracı olarak kullanılacaktır. Kamu yayın hizmeti, bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler de dikkate alınarak geliştirilecek, toplumun farklı kesimlerinin ihtiyaçlarına cevap verecek ve seçme hakkı tanıyacak bir içeriğe kavuşturulacaktır” ifadelerine yer verildiği görülmektedir.

²⁷⁶ Bkz. *Tan (Ekonomik Kamu Hukuku)*, s.235; Lütfi Duran, “*Türkiye’de Planlamanın Hukuki Rejimi*”, s. 3, yayın.todaie.gov.tr/goster.php?Dosya=MDUwMDUxMDQ4 (erişim tarihi: 29.4.2012).

²⁷⁷ *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s.282.

²⁷⁸ *Ayaydın*, s.79.

Bakanlık, EHK'nın verdiği görev ve yetki kapsamında ve ayrıca 5018 Sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu²⁷⁹,nun "*Stratejik Planlama ve Performans Esaslı Bütçeleme*" başlıklı 9.maddesinde yer alan; "*Kamu idareleri; kalkınma planları, programlar, ilgili mevzuat ve benimsedikleri temel ilkeler çerçevesinde geleceğe ilişkin misyon ve vizyonlarını oluşturmak, stratejik amaçlar ve ölçülebilir hedefler saptamak, performanslarını önceden belirlenmiş olan göstergeler doğrultusunda ölçmek ve bu sürecin izleme ve değerlendirmesini yapmak amacıyla katılımcı yöntemlerle stratejik plan hazırlarlar. Kamu idareleri, kamu hizmetlerinin istenilen düzeyde ve kalitede sunulabilmesi için bütçeleri ile program ve proje bazında kaynak tahsislerini; stratejik planlarına, yıllık amaç ve hedefleri ile performans göstergelerine dayandırmak zorundadırlar*" düzenlemesi ile 26.5.2006 tarih ve 26179 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulan "*Kamu İdarelerinde Stratejik Planlamaya İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*" hükümleri uyarınca, 2009-2013 dönemini kapsayacak biçimde hazırlanması zorunlu olan "*Ulaştırma Bakanlığı Stratejik Planı*²⁸⁰"nı hazırlayarak uygulamaya geçmiştir. EHK gereğince kalkınma planları ve hükümet programlarındaki hedefler ile Bakanlık tarafından belirlenen strateji ve politikaların gözetilmesi zorunluluğunun bulunmaktadır.

EHK'da yapılan düzenlemelere bakıldığında, Bakanlığın elektronik haberleşme alanında sayılan görev ve yetkileri arasında sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi ile özel hukuk kişilerinin yetkilendirilmesi de bulunmaktadır. Ayrıntılı açıklama çalışmanın üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak açıklanacak olmasına karşın, özetle şu ifadelere yer verelim: Uydu pozisyonu ile ulusal çapta verilecek frekans

²⁷⁹ R.G., T.24.12.2003; Sy.25326.

²⁸⁰ Ulaştırma Bakanlığı Stratejik Planı'nın elektronik haberleşme sektörüyle ilgili olarak kimi hedefleri şöyle sıralanmıştır; haberleşme hizmetlerinin vatandaşlara hızlı, sürekli ve yaygın sunumunda, bilgi ve iletişim teknolojilerinden azami düzeyde faydalanılması hedeflenmiştir. Bilgi ve iletişim sektörünün, sürdürülebilir etkin bir rekabet ortamı içinde gelişmesini sağlamak. Stratejik Plan döneminde genişbant internet abone sayısını 11 milyondan üstüne çıkarmak. Evrensel Hizmet Kanunu kapsamında sosyal sorumluluk bilinci ile tüm okullara genişbant internet hizmeti sunmak ve bilişim alanında, yerleşimin yoğun olduğu şehir merkezleri ile kırsal kesim arasındaki erişim farklılığını ortadan kaldırmak. Bilgi ve iletişim teknolojilerinde AR-GE çalışmalarını teşvik etmek. Vatandaşların, işletmelerin ve tüm kamu kurum ve kuruluşlarının bilgi ve iletişim teknolojilerini yaygın kullanımını sağlamak üzere, Bilgi Toplumu Stratejisi'nde yer alan ve sorumluluğu Ulaştırma Bakanlığı'na verilen eylemleri gerçekleştirmek...Ayrıntılı bilgi için bkz. www.ubak.gov.tr/BLSM.../tr/.../20090612_171110_204_1_64.pdf (erişim tarihi:29.12.2012).

bandı kullanımını içeren ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirme politikası, hizmetin başlama zamanı, yetkilendirme süresi ve hizmeti sunacak işletmeci sayısı gibi kısıtlar Bakanlık tarafından belirlenmekte ve yetkilendirme de Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından yapılmaktadır. Ancak, ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını içeren ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin ihaleleri Bakanlık gerekli gördüğü durumlarda doğrudan kendisi de yapabilir. Bu düzenleme EHK ile öngörülen, yetkilendirmenin üst kurulca yapılmasına ilişkin genel kuralın bir istisnasını oluşturmaktadır.

Son olarak Bakanlığın düzenleme yetkisi içinde olan bir öteki konu da “*internet alan adları*”nın belirlenmesidir. İnternet üzerinde bulunan bilgisayar veya internet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan internet protokol numarasını tanımlayan adlar, olarak tanımlanan (bkz. EHK, md.4/v) internet alan adlarının özgülmesini yapacak kurum ya da kuruluşun saptanmasıyla alan adı yönetimine ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından belirlenmektedir (EHK, md.35). Ülkemizde bu kapsamda Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı’nın idari örgütlenmesi içinde kurulmuş “*İnternet Kurulu*” bulunmaktadır. Bu kurulun çalışma usul ve esasları, anılan Bakanlık tarafından hazırlanan bir yönergeyle düzenlenmektedir. İnternet hizmet ve uygulamalarının altyapıdan başlayarak kısa, orta ve uzun vadeli hedeflerini belirlemek, bu hedeflere erişmek için gerekli ulusal stratejik kararların alınması ve uygulanması; bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmelerin ortaya çıkardığı yeni konuların ve bunların ülkemizde uygulanabilirliği ile ilgili olarak oluşturulacak politikaların tespiti; internet üzerinde yapılan yayınlar ve hizmetlerle ilgili olarak toplumu bilgilendirmek ve bilgi toplumu olma yolunda sağlıklı yöntemlerin saptanması süreçlerinde Bakanlığına önerilerde bulunmak üzere kurulan İnternet Kurulu, kamu kurum ve kuruluşları ile sivil toplum örgütlerinin temsilcilerinin bir araya gelerek oluşturulduğu görülmektedir²⁸¹.

²⁸¹ İnternet Kurulu’nun çalışma ilke ve kurallarının belirlendiği yönerge için bkz. <http://kurul.ubak.gov.tr/>

2. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu

a. Hukuksal Statüsü ve Yapısal Özellikleri

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK), ilk kez “*Telekomünikasyon Kurumu*” adı altında 2813 sayılı Telsiz Kanunu’nda 4502 sayılı Yasa ile yapılan ek düzenlemeyle kurulmuştur²⁸². Çalışmamızın birinci bölümünde de söz edildiği üzere, Ülkemizde telekomünikasyon (elektronik haberleşme) alanında düzenleme, denetleme ve idari yaptırım uygulama görev ve yetkisi, Devlet tüzelkişiliği dışında idari ve mali özerkliğe sahip olan ve bir bağımsız idari otorite olarak oluşturulan BTK tarafından üstlenilmiştir.

Yasa koyucunun elektronik haberleşme alanını yeniden düzenlediği 4502 sayılı Yasa’nın genel gerekçesinde vurgulandığı üzere²⁸³, Dünyada son yıllarda elektronik haberleşme alanında göze çarpan en önemli gelişme, söz konusu alandaki politika belirleme, idari düzenleme yapma ile işletmecilik işlevlerinin birbirinden ayrılması ve her bir işlevin, o işlevin niteliğine uygun esaslar çerçevesinde yürütülür duruma getirilmesidir. Bu çerçevede, Avrupa Birliği üyesi ülkelerde uygulama alanı bulan sektör yapısı genel olarak, siyasal sorumluluk taşıyan hükümetin sektör politikaları ile genel esaslar ve hedefleri belirlemesi, etkinliklerinde özerk nitelikteki bir düzenleyici otoritenin teknik nitelikteki gerekli idari düzenlemeleri yapması ve uygulaması, buna karşılık işletmecilik etkinliklerinin de ekonomik esaslara uygun tecimsel kuruluşlar tarafından yerine getirilmesini biçiminde olduğu görülmektedir²⁸⁴. İşte bu değerlendirmeler ışığında hazırlanan 4502 sayılı Yasa ile

²⁸² 2813 sayılı yasanın adı *Telsiz Kanunu* iken, 5809 sayılı *Elektronik Haberleşme Kanununun* 67. maddesiyle “Bilgi Teknolojileri Ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun” olarak değiştirilmiştir.

²⁸³ Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c024/tbmm21024051ss0309.pdf>

²⁸⁴ Bu bağlamda AB’nin Çerçeve Direktifinde (2002721/EC), “Ulusal Düzenleyici Makamlar” kenar başlıklı (II.Bölüm) 3. maddesine bakıldığında bu tür kuruluşların düzenlenişinde şu temel esaslar çerçevesinde birleşildiği görülmektedir, buna göre:

1. Üye Devletler işbu Direktifte ve Özel Direktiflerde ulusal düzenleyici makamlara verilen görevlerin her birinin yetkili bir kurum tarafından taahhüt edildiğinden emin olmalıdır.
2. Üye Devletler, ulusal düzenleyici makamların elektronik iletişim ağlarını, ekipmanını veya hizmetlerini sağlayan tüm kuruluşlardan yasal olarak ayrı ve işlevsel olarak bağımsız olmalarını sağlayarak ulusal düzenleyici makamların bağımsızlığını garantilemelidir. Elektronik iletişim ağlarını ve/veya hizmetleri sağlayan işletmelerin mülkiyetini veya kontrolünü elde tutan Üye Devletler düzenleyici işlevin mülkiyet veya kontrol ile ilintili faaliyetlerden etkili bir şekilde yapısal olarak ayrılmasını sağlamalıdır.

yukarıda belirtilen üç ana işlev ve bunların her birinin nitelikleri gereği bağlı olacağı esaslar dairesinde elektronik haberleşme sektörünün yeniden yapılandırılmasını sağlamıştır. Bu yeni yapıda en önemli işlev (regülasyon) de düzenleyici ve denetleyici otorite olarak Telekomünikasyon Kurumu'na (BTK'ya) verilmiştir.

BTK'nın hukuksal yapısının, Devlet tüzelkişiliği dışında idari ve mali özerkliğe sahip olan bir bağımsız idari otorite olduğunu söyledik. Bu çerçeveden bakıldığında anılan Kurum'un, idare hukuku yönünden idari ve mali yönden analizinin yapılması gerekliliği bulunmaktadır. Her şeyden önce BTK'nın kuruluş yasası olarak kabul edilen 2813 sayılı Yasa'da konuyla ilgili nasıl bir düzenleme yapıldığına bakalım ve ardından konuyu biraz daha açalım. Anılan Yasa'da BTK'nın, "*Kanunlarla verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip*" bir idari örgüt olarak oluşturulduğu ifadelerine yer verildiği görülmektedir (bkz. md.1). Bu düzenlemede yasa koyucu, Avrupa Birliği'nin de kabul ettiği hukuksal düzene uygun olarak, elektronik haberleşme sektörünün regülasyonunda tam yetkiyi, siyasal otorite olan merkezi yönetim (hükümetin) dışında oluşturulan, bu bağlamda tüm gündelik siyasal etki, yönlendirme ve baskılardan uzak, sektörel anlamda uzmanlığa sahip bir organa bırakmayı yeğlemiştir. Esasında bu durum, düzenleyici ve denetleyici otoritelerin²⁸⁵ kuruluş amacıyla da örtüşmektedir. Bunun nedenlerini, idare hukuk öğretisinde yer verilen görüşlere değinerek açıklamaya çalışalım.

3. Üye Devletler ulusal düzenleyici makamların yetkilerini tarafsız ve şeffaf olarak uyguladıklarından emin olmalıdır.

4. Üye Devletler ulusal düzenleyici makamlar tarafından taahhüt edilecek görevleri, özellikle bu görevler birden fazla kuruluşa verildiği takdirde kolay erişilebilir bir şekilde yayınlacaklardır. Üye Devletler uygun olduğu takdirde, bu makamlar arasında ve bu makamlar ile rekabet kanununun uygulanmasının emanet edildiği ulusal makamlar ve tüketici kanununun uygulanmasının emanet edildiği ulusal makamlar arasında ortak fayda konuları üzerinde danışma ve işbirliğini sağlayacaktır. Bu konuları ele almada birden fazla makamın yetkisi olması halinde, Üye Devletler her bir makamın ilgili görevlerinin kolaylıkla erişilebilir bir şekilde yayımlandığından emin olacaktır.

5. Ulusal düzenleyici makamlar ve ulusal rekabet makamları işbu Direktifin ve Özel Direktiflerin koşullarının uygulanması ile ilgili gerekli bilgileri birbirlerine sağlayacaklardır. Alıp verilen bilgiler ile ilgili olarak, alıcı makam kaynak makam ile aynı gizlilik seviyesini sağlayacaktır.

6. Üye Devletler Komisyona işbu Direktif ve Özel Direktifler kapsamında tüm ulusal düzenleyici makamlara verilen görevleri ve ilgili sorumluluklarını bildirecektir.

²⁸⁵ Biz bu çalışmada BTK ve öteki benzeri kuruluşlar için, bağımsız idari otorite, bağımsız düzenleyici otorite, düzenleyici ve/veya denetleyici kurul ifadelerini, her biri aynı anlama gelecek biçimde kullanmaktayız. A.Ö.

İdare hukuku öğretisinde sözü edilen idari örgütler için, “düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları²⁸⁶”, “bağımsız idari otoriteler²⁸⁷”, “bağımsız idari kurumlar²⁸⁸” ve “bağımsız kamu kurumlar²⁸⁹” biçiminde deyimlere yer verildiği görülmektedir. Kullanılan deyimler birbirinden farklı olsa da öğretilerde ittifakla kabul edilen biçimiyle, “teknolojik gelişmelere son derece açık olmaları, toplumsal yaşamda özel bir öneme sahip olmaları ve ayrıca, özel girişim özgürlüğü, haberleşme ve bilgi alma hakkı, mülkiyet hakkı gibi temel hak ve özgürlüklere doğrudan ilgileri nedeniyle duyarlı sektörler olarak kabul edilen iletişim, medya, ekonomik rekabet, enerji, telekomünikasyon, kamu ihaleleri, sermaye piyasası, bankacılık ve finans sektörü gibi alanların hem politikanın ve politikacılarının hem de ilgili sektörlerde etkinlik gösteren aktörlerin etkisinden arındırılmaları gereksinimi ve amacı” düzenleyici ve denetleyici otoritelerin doğmasının başlıca nedenleri arasında gösterilmiştir²⁹⁰. Tan, bu gereksinimler ve amacın yanında, bu organların, ilgili sektörlerde özelleştirme uygulamaları sonucunda ortaya çıkan yönetsel boşlukları doldurmak, özellikle hassas ekonomik alanlarda düzenleme ve denetleme görevleri yapmak, kamu sektörünün de, işletme bilimi esasları içinde ekonomide taraf olması amacıyla ortaya çıktığını belirtmektedir²⁹¹. Bu bağlamda Ülkemiz özelinde örneğin telekomünikasyon alanında yaşanan özelleştirme, sektörün özel girişimciye açılması, rekabete dayalı piyasa koşullarının oluşturulması ve az önce de vurgulandığı üzere, devletin işletmecilik rolünün sıyrılması, gibi etkenler sektörün, gündelik siyasetten uzak, bilimsel ve teknik temelde düzenleme yapacağına inanılan ve idari özerkliğe sahip bir organ tarafından düzenlenmesini gerektirmiştir.

Oluşumunda ana etkenlerin nelerden ibaret olduğuna ilişkin genel yaklaşıma yer verdiğimiz bağımsız düzenleyici otoritelerin (independent regulatory agencies), deyim yerindeyse, anavatanı Amerika Birleşik Devletleri’dir. Tarihsel kayıtlarda, 1887 yılında bağımsız bir komisyon olarak Kongre tarafından kurulan ve temel işlevi, özel girişimciler tarafından sağlanan demiryolu ulaşım hizmetlerinde yaşanan

²⁸⁶ Kemal Gözler-Gürsel Kaplan, “İdare Hukuku Dersleri”, 11. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2011, s. 243; Ramazan Yıldırım, “İdare Hukuku Dersleri I”, 4.Baskı, Mimoza Yayınları, 2012, s. 148.

²⁸⁷ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s.487; Şeref Gözübüyük-Turgut Tan, “İdare Hukuku” Cilt I, 5.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.366; Ulusoy (BİO’lar), s.5; Sancakdar (İdare Hukuku), s.273; Lütfi Duran, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 30, Sayı 1, s.3.

²⁸⁸ Günday (İdare Hukuku), s.568.

²⁸⁹ Yıldızhan Yayla, “İdare Hukuku”, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.267.

²⁹⁰ Ulusoy (BİO’lar), s.5.

²⁹¹ Tan (Regülasyon), s.1 vd.

sorunların, yapılan yakınmaların çözüme kavuşturulması, giderilmesi olan Eyaletlerarası Ticaret Komisyonu (The Interstate Commerce Commission), sözkonusu idari örgütlerin kurumsal tarihinde bir ilk olarak kabul görmektedir²⁹². Amerika Birleşik Devletleri'nde 19.yüzyılın sonlarına rastlayan bu tür örgütlenme modelinin kabul edilmesinin ya da yaratılmasının nedenleri arasında, Amerikan federal devlet yapısında, ekonomi konularında ülkenin bütününde etkili olacak güçte kararlar alabilecek kurumlara gereksinim duyulması; Kongre ve Başkan arasında kontrol ve balans (checks and balance) sisteminin kabul edilmesi ve bunun sonucu olarak Kongre'nin bu tür kurullar, organlar ya da kurumlar aracılığıyla Başkanının yetkisinin sınırlandırılması girişimleri; liberal rekabetçi bir piyasa ekonomisi düzenini kabul eden ülkede, piyasa aksaklıklarının, başarısızlıkların yaşanmaması çabaları ya da tüketicilerin hak ve çıkarlarının korunması hedefi gibi etkenler sayılabilir²⁹³. Bağımsız düzenleyici otoritelerin (independent regulatory agencies) *belli bir hizmet alanında sınırlı olarak düzenleme ve organizasyon işlevi gören, denetleme ve yaptırım uygulama yetkilerine sahip kılınan; bir anlamda belli bir hizmet alanı ile sınırlı olarak kural koyma, koyduğu kuralları uygulama ve kurallara uyulmasını sağlama yetkileri donatılan bu kurumların üyelerinin ilgili sektörlerce seçilmesi ve yasama organı tarafından atanması sisteminin öngörüldüğü Amerika Birleşik Devletlerinde anılan kurumlar, yasama ve yürütme ve yargıdan hem organik ve hem de işlevsel olarak bağımsız olarak oluşturulmuştur*²⁹⁴.

Regülasyon bağlamında bağımsız düzenleyici kurumların kaynak ülkesi Amerika Birleşik Devletleri'nde konuya böyle yaklaşılırken, Türk hukuku yönünden aracı ülke olarak kabul edilen²⁹⁵ Fransa'da da, bağımsız idari otoritelerin doğuşu değişik etmenlere bağlanmış olsa bile, bu organların amacının, yeni teknolojileri ve mali enstrüman ve manipülasyonların (yönlendirmelerin) kimi temel hak ve özgürlükleri ve ekonomik düzeni tehdit ve ihlallere karşı koruma ve kollama olduğu; böyle bir işlev ve ereğin gerçekleştirilebilmesi için kamusal ve özel güçlerden gelebilecek sözkonusu tehlike ve zararları önleme ve yaptırımlara bağlama yetkisine sahip

²⁹² Kenneth F. Warren, "Administrative Law in the Political System", Fifth Edition, Westview Press, USA, 2010, p.11.

²⁹³ C.J.Hughes-J. O'Reilly-G. White, "Telecommunications Regulation", IEE Telecommunications, Series 50, Institution of Engineering and Technology (IET), 2003, p.25.

²⁹⁴ *Günday (İdare Hukuku)*, s.568-569.

²⁹⁵ *Berkarda (Regülasyon Nasıl Kurtulur?)*, <http://www.belgeler.com/blg/2jot/regulasyon-nasil-kurtulur>

organların oluşturulması ve görevlendirilmesi gerektiği, siyasal iktidar ve ekonomik güç odakları karşısında ancak bağımsız ve güvenceli otoritelerin temel hak ve özgürlükler ile piyasa mekanizmalarının düzgün işleyişini sağlayabileceği ve güvence altına alabileceği görüşü savunulmaktadır²⁹⁶. Bu bağlamda Fransa’da “*Autorités Administratives Indépendantes*” olarak adlandırılan bu tür organlar, “*yasa koyucunun inisiyatifi ile kurulmuş ve kamu fonlarından besleniyor olmalarından dolayı, devletin bir parçası olmalarına karşın; tüzelkişilikleri olmayan ne yürütme erkine ne de yasama ve yargı erklerinin uzantılarına bağımlı olan, sektörlerle göre düzenliliği sağlama ve denetleme görevini otonom bir şekilde uygulamasına izin veren yetkilerle donatılmış kamusal kuruluşlar*” olarak tanımlanmıştır²⁹⁷. Fransa’da resmi kaynaklara göre bugün itibariyle yaklaşık 40’a yakın düzenleyici ve denetleyici idari organların olduğu görülmektedir²⁹⁸.

Bağımsız idari otorite olarak adlandırılan idari organların Türk idare hukuku öğretisinde birçok yazar tarafından tanımlandığı ve/veya nitelendirildiği görülmektedir. Örneğin *Gözübüyük-Tan*, bu tür kuruluşları, *özellikle kamusal yaşamın hassas sektörleri olarak da nitelenen sermaye piyasası, görsel ve işitsel iletişim gibi alanlarda hem düzenleyici hem de denetleyici işlevlere sahip yönetsel kuruluşlar* olarak tanımlarken²⁹⁹; *Gözler-Kaplan* benzer biçimde, *sermaye piyasası, rekabet, radyo ve televizyon yayıncılığı, bankacılık gibi kamusal yaşamın hassas alanlarında düzenleme ve denetleme görevini yerine getiren, devlet adına icrai karar*

²⁹⁶ Duran (BİO’lar), s.4.

²⁹⁷ Teitgen-Colly Catherine, “*Les instances de régulation et la constitution*”, RDP, 1990, aktaran: Ender Ethem Atay, “*Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi*”, Danıştay İdari Yargı Sempozyumu, 2000, <http://www.danistay.gov.tr/> (erişim tarihi:30.4.2012).

²⁹⁸ Kaynak: <http://www.legifrance.gouv.fr/Sites/Autorites-independantes> (erişim tarihi: 30.4.2012). Bunlardan kimilerini sıralayacak olursak; Rekabet Kurumu (Autorité de la concurrence); Finans Piyasaları Kurumu (Autorité des marchés financiers); Elektronik Haberleşme ve (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes; Nükleer Güvenlik İdaresi (Autorité de sûreté nucléaire); İdari Belgelere Erişim Komisyonu (Commission d'accès aux documents administratifs); Ulusal Güvenlik ve Savunma Danışmanlığı Komisyonu; Vergi İhlalleri Komisyonu (Commission des infractions fiscales); İnsan Hakları Ulusal Danışma Komisyonu (Commission nationale consultative des droits de l'homme); Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu (Commission nationale de l'informatique et des libertés); Enerji Düzenleme Komitesi (Commission de régulation de l'énergie); Tüketici Güvenliği Komitesi (Commission de la sécurité des consommateurs); Siyasal Yaşamın Mali Saydamlığı Komisyonu (Commission pour la transparence financière de la vie politique); Yüksek Görsel-İşitsel Konseyi (Conseil supérieur de l'audiovisuel)...

²⁹⁹ A.Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, “*İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar*”, Güncelleştirilmiş Üçüncü Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004,s.296.

*alma yetkisine sahip bağımsız nitelikte kuruluşlar olarak tanımlamışlardır*³⁰⁰. *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*'in yaptığı tanımda düzenleyici kurumlar için, *siyasal organdan bağımsız, temel hak ve özgürlüklerle ekonomik etkinliklerin duyarlı olduğu konularda, araştırma, önerme, düzenleme, denetim ve gözetim görevi yapan kuruluşlar* ifadesine yer verilmiştir³⁰¹. *Günday* ise, bağımsız idari kurumlar olarak adlandırdığı bu tür örgütleri nitelendirirken, *“temel işlevleri(nin) toplumsal ve ekonomik yaşamın temel hak ve özgürlükler ile yakından ilişkili alanlardaki kamusal ve özel kesim etkinliklerini, bir takım kurallar koyarak düzenlemek, koyulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemek ve denetlemek ve bu kurallara uyulmaması halinde de ya doğrudan doğruya yaptırım uygulamak veya bazen de kuruluş kanunlarında öngörülen yaptırımların uygulanması için adli mercileri harekete geçirerek, bireylerin ve toplulukların hak ve özgürlüklerini koruduklarından”* söz etmektedir³⁰².

Bağımsız idari otoriteleri, radyo ve televizyon yayıncılığı, bilişim, haberleşme ve benzeri alanlarda temel hak ve özgürlüklerin korunması, kullanılması ve denetlenmesi ile rekabetin korunması, enerji, telekomünikasyon, bankacılık, para ve sermaye piyasaları, kamu ihaleleri gibi ekonomik alanların düzenlenmesi, denetlenmesi ve yönlendirilmesiyle görevli, özel kanunlarla kurulan, idari ve mali özerkliği haiz, kurul ve kurumdan oluşan kamu tüzel kişiliği olarak da tanımlayabiliriz

Yukarıda yer verilen kimi tanımlar hareketle bir bağımsız idari otorite olarak adlandırılabilir BTK'nın yapısal özelliklerini şöyle sıralayabiliriz: BTK, *a) Devlet tüzelkişiliği dışında ayrı bir tüzelkişiliğe sahiptir; b) Organik ve işlevsel yönlerden bağımsız ve tarafsızdır; c) İdari ve mali anlamda özerktir*. Aşağıda bu özelliklerin ne anlama geldiğini ve sonuçlarını irdeleyelim.

a) Türkiye'de bağımsız idari otoritelerin, Fransa'da kabul edilenin aksine, Devlet tüzelkişiliğinden ayrı bir kamu tüzelkişilikleri bulunmaktadır³⁰³. Bu durum, her bir kurumun kuruluş yasasında açıkça vurgulanmıştır. BTK'nın kuruluş yasası olan 2813

³⁰⁰ *Gözler-Kaplan*, s.244.

³⁰¹ *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s.487.

³⁰² *Günday (İdare Hukuku)*, s.573-574.

³⁰³ *Gözler-Kaplan*, s.247.

sayılı Yasa'da, bu idari örgütün ayrı bir kamu tüzelkişiliğine sahip bulunduğu görülmektedir (bkz., md.5). Bu bağlamda BTK'nın ayrı bir kamu tüzelkişiliği olduğu kabul edildiğine göre, bunun sonucunda bu kurumun Türk idari örgüt şemasındaki yerinin de belirtilmesi gerekliliği bulunmaktadır. Konuyu idare hukuku öğretisinde ileri sürülen görüş ve değerlendirmelere yer vererek ele almaya çalışalım.

Öğretide Duran, bu tür kuruluşların tanım ve nitelikleri, görev ve yetkileri, konum ve örgütlenmeleri yönlerinden daha önce varolan ve bilinen idari örgüt sınıflandırılmasında ayrık ve kendine özgü birimler olduğu; Türkiye idaresinin genel yapısı içinde bağımsız idari otoritelerin bir yere oturtmanın pek olanaklı görülmediğini, ancak Anayasa'nın belirli konulara ilişkin geniş anlam ve takdirini içeren düzenlemelerinden yararlanılarak bu tür kuruluşların kimilerine anayasallık kazandırılacağı görüşündedir³⁰⁴. *Yayla* ise, Anayasa'nın 123. Maddesinde düzenlenen idarenin bütünlüğü ilkesi gereğince merkezi idarenin denetiminin olmadığı, bağımsız, kendi kurallarını kendi koyan bir örgütlenmeye yol açmanın olanaklı olmadığını bu nedenle anılan örgütlerin "organik güvenceye sahip" kamu kurumları olduğu görüşündedir³⁰⁵. *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, bağımsız idari otoritelerin anayasal dayanağı olarak, Anayasa'nın "Piyasaların Denetimi ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi" kenar başlıklı 167. maddesi ile "Tüketicilerin Korunması" kenar başlıklı (172)'inci maddelerini göstermekte ve bu kuruluşları Türk idare örgütü içinde üçüncü bir kategoriye koyarak incelemektedirler³⁰⁶. *Gözler-Kaplan* da, Fransa'da bağımsız idari otoritelerin merkezi idare içinde yer aldıkları ve Başbakanlığın ya da bir bakanlığın bünyesinde buldukları saptamasına yer verdikten sonra, Türkiye'de bu türden bir örgütlenme modelinin kabul edilmesinin daha uygun olacağını, ancak ülkemizde bağımsız idari otoritelerin ayrı bir kamu tüzelkişiliği olması dolayısıyla hizmet yerinden yönetim kuruluşu yani kamu kurumu olarak nitelendirilmesi gereğinden söz etmektedirler³⁰⁷. Konuyu BDDK bağlamında ele alan *Sancakdar* ise, bu tür kuruluşlara bağımsız olma sıfatının verilmesi durumunda, anayasal sistemimizdeki idarenin bütünlüğü ilkesinin gerçekleşmesini engelleyeceği düşüncesine yer verdikten sonra, bağımsız idari otoritelerin sahip oldukları idari ve mali özerkliğe vurgu yaparak yerinde yönetim

³⁰⁴ *Duran (BİO'lar)*, s.9.

³⁰⁵ *Yayla*, s.268.

³⁰⁶ *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s.491.

³⁰⁷ *Gözler-Kaplan*, s.247.

anlayışı içerisinde bunları müstakil bir yere konumlandırmadan ziyade bu tür kurumların hizmet yerinden yönetim kuruluşu olarak mevcut hukuk ve idari sistemimize “özerk idari kurumlar” biçiminde monte edilmesini, uygun çözüm olduğu görüşünü savunmuştur³⁰⁸. *Günday* ise, bağımsız idari otoritelerin sahip olduğu hukuksal nitelikleri dikkate alındığında, bunlarla klasik örgütlenme içinde yer alan kamu kurumlarının aynı kategori içine sokulmalarının olanaksız olduğunu, bu nedenle bağımsız idari otoriteleri, mahalli idareler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının yanında bir üçüncü kategori yerinden yönetim kuruluşları olarak görmenin daha doğru olacağı görüşündedir³⁰⁹. *Gözübüyük -Tan* ise, bağımsız idari otoritelerin anayasal düzenleme konusu yapılmamış olmalarının, bunların varlık ve yetkilerine gölge düşürmeyeceğini, ancak bunların anayasal düzenleme konusu yapılmaları ile daha da güçlendirilebileceğini savunmaktadırlar. Bir başka deyişle, bağımsız idari otoritelerin anayasal bir kurum olarak düzenlenmeleri onları siyasal değişikliklerin sonuçlarından koruyabilir. Yazarlara göre, Anayasa, bazı düzenlemeleri ile bu tür kuruluşların oluşturulmasına dayanak oluşturmuş ve sonuç olarak Anayasanın (167)’inci maddesi Devlete, sermaye piyasası ile rekabetin korunması konularında gerekli düzenlemeleri yapma olanağı vermiştir³¹⁰. *Azrak*, Anayasa sistemimizde yalnızca kamu idaresi tipindeki kamu tüzel kişilerinin belirlenmiş olduğu, buna karşın kamu kurumu tipindeki kamu tüzel kişilerinden yalnızca önemli sayılan birkaç tanesinin gösterilmiş ancak bunların sınırlanmamış oldukları, başka deyişle bu idari kuruluşlar bakımından sınırlayıcı sayma söz konusu olmadığı ve Türkiye’de bağımsız idari otoritelerin Anayasa’nın kabul ettiği kamu tüzel kişilerinden kamu kurumu kategorisi içerisinde ele alınarak düzenlenebileceği ve esasen yapılanın da bundan başka bir şey olmadığı görüşündedir³¹¹. SPK bağlamında yaptığı değerlendirmede *Kutlu* ise, SPK’nın kuruluş amacı itibarıyla tüzel kişilik tanımlanmasa bile, tüm yönetim birimleri karşısında bağımsız olmasının kaçınılmazlığını dile getirdikten sonra, bu kurumların özel kolluk yetkileriyle donatılmış olarak, klasik kamu kurumlarından ayrık bir statüde bulunduğu görüşündedir³¹². *Çolak* da, BDDK çerçevesinde yaptığı değerlendirmede bu ve

³⁰⁸ Oğuz Sancakdar, “İdare Hukuku Yönüyle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Kısa Bir Değerlendirilmesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 34, Sayı 4, s.103.

³⁰⁹ *Günday (İdare Hukuku)*, s. 575.

³¹⁰ *Gözübüyük-Tan (Cilt I,2004)*, s.393-394

³¹¹ A. Ülkü Azrak, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Rekabet Kurumu Sempozyumu’nda sunulan bildiri, 2001, s.23.

³¹² *Kutlu (SPK)*, s.501.

diğer bağımsız idari otoritelerin Türk idari sistemi içerisinde yerinden yönetim esasına göre kurulmuş bulunan bir kamu kurumu olduğu görüşünü dile getirmiştir³¹³. *Erkut* ise, 1982 Anayasası'nın öngördüğü idare örgütlenmesinde bağımsız idari otorite tipi bir idari modeli kabul etmenin olanaklı olmadığı görüşündedir³¹⁴. Bağımsız idari otoritelerin sahip olduğu özerkliğin derecesi ve işlevlerinin niteliği açılarından hizmetsel kuruluşlardan önemli farklılıklarının bulunduğunu belirten *Ulusoy*, bu durumda bu tür kuruluşları hizmet yerinden yönetim kuruluşlarına göre daha farklı bir biçimde konumlandırılmaları gerektiğini, yerel yönetimler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları yanında üçüncü bir yerinden yönetim kuruluşu kategorisi oluşturduklarını ve bu kuruluşların, merkezi idarenin yörüngesinin en uzak uyduları olduklarını kabul etmektedir³¹⁵. *Yıldırım* ise, idare örgütlenme sınıflandırılmasında kullanılan kamu kurumu kavramının, bağımsız idari otorite olarak nitelenen idareleri de kapsamakta ve bir başka adlandırmayı zorunlu kılan bir nedenin bulunmadığı ve ayrıca, Türkiye'de bağımsız idari otorite kavramı, klasik, ekonomik, kültürel... kamu kurumları ayırımında olduğu gibi doktrinin kullandığı bir kavram olarak düşünülebileceğini, ama bu ayırımın hukuki bir sonucunun olmadığı görüşündedir³¹⁶.

Ayanaya Mahkemesi düzenleyici ve denetleyici kurumları, idarî ve malî özerkliğe sahip, kamu hizmeti görmek üzere Anayasa'nın 123. maddesine göre kurulmuş, denetim ve düzenleme görevi de üstlenebilen tüzel kişiliği haiz bir *kamu kurumu* olarak nitelendirmekte ve bu kurumların, başbakanlık ya da bakanlıklarla ilişkisi nedeniyle merkezi idareden tamamen bağımsız olmadığı, idarenin bütünlüğüne dahil edildiği görüşündedir³¹⁷.

³¹³ Nusret İlker Çolak, "Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve ABD Örneği", Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 94-95.

³¹⁴ Celal Erkut, "Bağımsız İdari Makamlar Müessesesi Açısından Sermaye Piyasası Kurulu'nun Kısa Bir Değerlendirilmesi", Bağımsız İdari Otoriteler, Editör: İbrahim Kaboğlu, İstanbul, 1998, s. 131, nakleden: Çolak (BDDK), s. 94.

³¹⁵ *Ulusoy (BİO'lar)*, s.92-93.

³¹⁶ Turan Yıldırım, "Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi", Danıştay Sempozyumu, 2000, bkz. <http://www.danistay.gov.tr/> (erişim tarihi:1.5.2012). *Derdiman* da, bir bakıma hizmet kuruluşu ile ilişkilendirilebilecek ve hatta hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu sayılabilecek bu idari organların, hizmet kuruluşlarından ayrılan bazı farkları itibarıyla, *Bağımsız İdari Otoriteler* adıyla ayrı bir başlık altında incelemeyi uygun görmektedir. Ramazan Cengiz Derdiman, "Türkiye İdaresinin Hukuksal Yönü ve Yapısı", Alfa Yayınları, İstanbul, 2003, s.403.

³¹⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2002/32, K.2003/100, T. 20.11.2003, (www.danistay.gov.tr).

Yukarıda genel olarak yer verilen idare hukuku öğretisinin görüş, düşünce ve değerlendirmelerinde düzenleyici ve denetleyici kurumların, devlet tüzelkişiliği dışında örgütlenen idari organlar oldukları konusunda ortak bir görüşün bulunduğu ancak bu kurumların Türk idari örgütlenmesinde buldukları yer konusunda ise görüş ayrılıklarının olduğu görülmektedir. Kimi yazarlar bu kurumları kamu kurumları sınıfında değerlendirirken, kimileri merkezi idarenin dışında ve fakat yerinden yönetim kuruluşlarının bir üçüncü grubu olarak görmekteyken, kimileri ise anayasal bir düzleme oturtmamaktadırlar. Yaşanan bu ayrılık, sözkonusu kurumların anayasal dayanaklarının bulunup bulunmadığı ve idarenin bütünlüğü ilkesinin karşısında nasıl konumlandırılacakları konularında yaşanmaktadır. Bu bağlamda, kaynağını ister doğrudan Anayasa'dan alsın (örneğin RTÜK gibi...) isterse bir yasal düzenlemeden alsın sonuçta bu kurumların sahip oldukları hukuksal görünümleri, idari ve mali anlamda özerk yapıları, merkezi idareyle olan denetim ilişkileri yönlerinden hizmetsel kuruluşlar olarak adlandırılan (kamu kurumları) kurumlarla kimi yönlerden benzeştiği, buna karşın kuruluş amaçları, temel işlevleri yönünden klasik anlamda kamu kurumlarından ayrıldıkları (kolluk ve kamu hizmeti etkinlikleri bağlamında) bir gerçektir. Bu idari organların idarenin bütünlüğü ilkesinin sağlanması amacıyla örneğin, 2813 sayılı Yasa ile BTK'nın, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı ile ilişkilendirmiş olması, idari ve mali anlamda devlet denetiminden bağışık tutulmamaları ve merkezi idarenin bu kurumların işlemleri üzerinde artık açık bir denetim öngörüleceğine ilişkin hukuksal düzenlemelerin yapılması karşısında, kanımca bu kurumları Türkiye idari yapılanmasında, yerinden yönetim kuruluşları arasında ayrı bir sınıflandırma yapılarak ve her birinin sahip olduğu özellikleri dikkate alarak bir nitelendirmenin yapılmasının yerinde olacağı kanısındayım.

b) Bağımsız idari otoritelerin *bağımsızlığı*, hem organları hem de işlevleri üzerinde siyasi iktidarın ya da öteki idari makamların idari denetimlerinin sözkonusu olmaması, başka organların bu kuruluşlara emir ve talimat verememesi anlamına gelirken; *tarafsızlık* ise, bu kuruluşların araştırma, soruşturma ve denetleme süreçlerinde bir yönüyle yargı benzeri yetkiler kullanması dolayısıyla herkese karşı eşit ve yansız işlem ve eylemde bulunma zorunluluğunu ifade etmektedir³¹⁸. Organik

³¹⁸ Sancakdar (İdare Hukuku), s.274-275.

(organsal ve biçimsel) bağımsızlık, bu kurumlardaki karar organlarında bulunan çalışanların kimi statü ve güvencelerle donatılmaları anlamına gelirken, işlevsel bağımsızlık ise, yürütme organı içinde yer alan birimlerin, bu kurumların işlem ve eylemleri üzerinde, bu eylem ve işlemlerin geçersizliği sonucunu doğuran, işlemi onaya bağlı tutma, işlemin yürürlüğünü engelleme ya da geciktirme gibi hiçbir doğrudan yetkiye sahip olmaması, hiçbir kurumun, kuruluşun, makam ve merciin bu işlemlerin değiştirilmesi ve yürürlüğe sokulmaması yönünde emir ve talimat verememesi anlamına gelmektedir³¹⁹.

Bununla birlikte idare hukuku öğretisinin neredeyse tamamının ittifakla kabul ettiği ve bu tür kuruluşların ortak özellikleri arasında sayılan organik ve işlevsel bağımsızlığa aykırı, bir yönüyle bu özelliği işlevsiz duruma getirecek hukuksal düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Bu bağlamda 03.6.2011 tarihli 643 sayılı Kanun Hükmünde Kararname³²⁰ ve 08.8.2011 tarihli 649 sayılı Kanun Hükmünde Kararname³²¹ ile düzenlenen 3046 sayılı Yasa'nın 19/A maddesinde aynen şöyle bir düzenleme yapılmıştır: *"Bakanlık bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları (10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dahil) Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile, Başbakanlıkla veya diğer bakanlıklarla ilgilendirilebilir. Söz konusu kuruluşların özel kanunlarında bağlı, ilgili ve ilişkili olunan bakanlığa ya da bakana verilen yetki ve görevler ilgilendirilen bakanlık veya bakan tarafından kullanılır ve yerine getirilir. Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar³²² dâhil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir"*. Bu düzenleme bağımsız idari otoritelerin bağımsızlık ve tarafsızlık özelliğine aykırıdır. Bu tür kurumların işlemleri üzerinde siyasi iktidarın denetiminin öngörülmüş olması karşısında, gündelik siyasi kaygılar, yönlendirmeler

³¹⁹ Ulusoy (BİO'lar), s.15-17.

³²⁰ R.G., T. 8.6.2011; Sy. 27958.

³²¹ R.G., T. 17.8.2011; Sy.28028.

³²² İlgili Yasa'nın ekinde III sayılı cetvelde gösterilen düzenleyici ve denetleyici kurumlar şunlardır:

- 1) Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
- 2) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
- 3) Sermaye Piyasası Kurulu
- 4) Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
- 5) Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
- 6) Kamu İhale Kurumu
- 7) Rekabet Kurumu
- 8) Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu
- 9) Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu

ya da çekişmeler ister istemez bağımsız idari otoritelerden beklenen asıl işlevi etkisiz duruma getirebilecektir.

c) Düzenleyici ve denetleyici kurumlar idari ve mali anlamda özerktirler. Bu özellik, sözkonusu kurumların bağımsızlıklarının bir sonucu olarak kabul edilebilir. Özerlik (muhtariyet, otonomi), bir kuruluşun kendi kendini yönetir olması durumu³²³ ya da bir kurumun kendi kendini yönetmesi; dış etki veya baskılardan bir kurumu korumak için tanınan bir özellik³²⁴ olarak açıklanabilir. “*Türk Hukuk Lugatı*” nda ise özerklik (muhtariyet); “*sosyal bir topluluğun veya tüzelkişilerin kendisini idare eden kaidelerin tamamını veya bir kısmını bizzat tespit edebilmek veya devletçe konulan nizamların çizdiği hudutlar dahilinde hareket serbestliği yetkisi*” olarak tanımlanmıştır³²⁵. Özerklik kavramı, düzenleyici ve denetleyici kurumlar ve yerinden yönetim kuruluşlarının (yerel yönetimler, hizmetsel kuruluşlar) nitelikleri arasında yer almaktadır. Bu bağlamda kamu hizmetinin özelliği ya da teknik yapısı nedeniyle merkezi idarece üstlenilememesi durumunda, bu hizmete bağımsız bir varlık (muhtariyet, özerklik) tanıma yoluna gidilmektedir. Başka bir deyişle, yerel yerinden yönetimde bu özerklik, bir bölgede oturanlara, hizmet yerinden yönetimde ise, hizmetin kendisine tanınmaktadır³²⁶. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar da etkinliklerini, işlevsel ve teknik özerklik içinde, ayrıca karar verme bağımsızlığı içinde yerine getirirler³²⁷. Özerklik, siyasi erkin değişken tutumu karşısında, kamu hizmetlerinin gereğine uygun iş görme olanağı sağlamaktadır. Bununla birlikte özerklik, idarenin bütünlüğünü yok sayan, mutlak anlamda bir bağımsızlık değildir. Özerkliğin tanınmasının amacı, kimi organ ve kişilere bir ayrıcalık tanımak ya da nüfuz sağlamak değil; hizmetlerin çabuk, basit, ucuz ve daha iyi görülmesini gerçekleştirmektir. Başka bir deyişle özerklik, bir hizmetin görülmesindeki kamu yararını, hem siyasi iktidar, hem de özel çıkarlar ve bunların ekonomik gücü karşısında koruyan bir araçtır³²⁸.

³²³ Ali Şafak, “*Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*”, Gözden geçirilmiş 2.baskı, Temel Yayınları, İstanbul, 1996, s.457

³²⁴ Ejder Yılmaz, “*Hukuk Sözlüğü*”, Yorum Yayıncılık, Ankara, 1982, s.381.

³²⁵ *Türk Hukuk Lugatı*, Üçüncü Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991, s. 245.

³²⁶ *Giritli- Bilgen- Akgüner-Berk*, s. 219.

³²⁷ Müslüm Akıncı, “*Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*”, Birinci Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999, s.111

³²⁸ Akıncı, s.108-109. Akıncı özerklikle ilgili şu görüşlere yer vermiştir: “*Kamu yönetiminde merkezde odaklanan yetkilerin, toplum dinamizmi karşısında yeterli gelmediği, yetki merkezçiliğiyle yerel gereksinimlerin tam olarak saptanıp giderilemediği anlaşılınca merkez yönetim tıkanmalarını ya sakıncalarını gidermek bir formül olarak özerlik geliştirilmiştir. Merkezde yetkilerin tek elde toplanması, kararların üst düzeyde merkez organları tarafından alınması hizmetlerin aksamasına*

Özerk bir kurumun ya da organın sahip olduğu bu nitelikten kaynaklanan hukuksal görünümü, bunların idari işlevlerini yerine getirirken tüm kural, ilke ve koşullardan azede olmaları sonucu doğurmamaktadır. Başka deyişle, yasayla belli bir hizmet alanında regülasyon yetkisi verilen, sözkonusu alanda kamu hukuku ilke ve kurallarıyla ya da düzenlemeleriyle bağlı kalarak kamu yararı amacıyla işlemler yapan, kararlar alan, genel idare esasları içinde yerine getirdikleri hizmetleri, asli ve sürekli kamu görevlileri eliyle yürüten sahip bağımsız idari otoritelerin sahip oldukları özerk yapıları, bu organların idari, mali ve yargısal denetimden bağışık tutmamaktadır³²⁹.

neden olurken, gerçek uzmanların ve işten anlayan kişilerin görüş ve düşüncelerinin, alınan kararlara yansması ve isabetli kararlar alınması da güçleşmektedir. Bu nedenle öz sorumluluğa dayalı, hizmetin gerekleri için uygun olan en iyi kararın üretilmesinde özerkliğin önemli bir işlevi bulunmaktadır.”

³²⁹ Anayasa Mahkemesi'ne göre, bir kuruluşun özerk olarak nitelendirilebilmesi için, en az, kanunla belli sınırları içinde kalmak koşuluyla, kendi hareketlerine egemen olacak kuralları da yine kendisinin düzenlemesine yetkili olması gerekir. Burada geçen, “*kanunla belli sınırlar*” deyiminden ereğin, Anayasa ve kanunun saptadığı ilkelerine uygun kalmak şartıyla konulmuş bulunan hükümler olduğuna şüphe yoktur. Bu bakımdan bir özerk tüzelkişiliğin yönetiminde ve hizmetlerini görmesinde yürütme organının tümüne, bir ya da bir kaç kanadına yetki tanınması, özerklik ile bağdaşmaz. Zira özerklik, bir açıdan, yürütmenin etki alanından uzak tutulması öngörülen kamu hizmetleri için söz konusu olan bir yönetim biçimidir. Böyle bir alanda etki yapabilme kapılarının yürütme organına açılması, özerk yönetim biçimi ile bağdaşır bir durum sayılamaz. Genel olarak yürütmenin etki ve denetimi dışında kalacak bir özerklik anlayışının, Devletin genel düzenini bozucu ve sosyal huzursuzluğa neden olucu olaylara ve kıpırdanışlara, hatta kötüye kullanmalarda meydana boş bırakacağı düşüncelerine katılmak mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi yine aynı kararda, özerk kuruluşun iki türünü birbirinden ayırmaktadır. Şöyle ki: Bir kısım özerk kuruluşlar, bir Anayasa emri olmaksızın, yalnızca kanun koyucunun duyduğu bir gereksinim nedeniyle kanunla kurulabilir. Bu kuruluşların özerkliklerinin yaratıcısı kanun koyucu olduğu için, gerekli gördüğü ölçüde özerkliğin sınırlarını çizebilir, daraltabilir, genişletebilir ya da gereksiz kaldığı kanısına vardığında tümüyle kaldırabilir. Bu çeşit kuruluşlara tanınan özerklik, niteliği bakımından yukarıda tanımlanan gerçek özerkliğin özelliklerini taşımaması ve bu nedenle “*özerk*” sıfatına haklı olarak sahip olmasa bile, bu durumda Anayasa'ya aykırılıktan söz edilemez. Zira bu tür kuruluşlara tanınan özerkliğin Anayasa ile bir ilgileri yoktur. Kimi kuruluşların özerk bir yönetimle yönetileceklerini Anayasa emretmiştir. Anayasa, hizmetin bu yönetim biçimi altında yürütülmesinde kamu yararı görmüş, kanun koyucuya da özerk yönetimin ayrıntılarının ve özerklik dışında kalan konuların düzenleme işini bırakmıştır. Kanun koyucunun, bu düzenlemeyi yaparken, Anayasa'nın, kuruluşun özerk bir yönetim biçimi ile yönetilmesini kamu yararı bakımından zorunlu görmüş olduğunu bir an hatırdan çıkarmaması ve düzenleme dolayısıyla özerkliği doğrudan doğruya ya da dolaylı yollarla gölgeleyecek nitelikte kayıtlama ve sınırlamalardan kaçınması zorunluğu bulunmaktadır. Bu düzenleme sırasında, özerk kuruluşun, çalışmalarında keyfiliğe kaçmaması, yurdun genel düzenine aykırı bir tutuma girmemesi ve her türlü kötüye kullanmayı önlemek için uyacağı esasların kanunlarda belli edileceğinde şüphe yoktur. Bkz. E.1967/37, K.1968/46, T.15.10.1968, (www.anayasa.gov.tr).

Danıştay ise, özerkliği, merkezi yönetim ile yerel yönetim ilişkisinde, iki yönetimden birinin aleyhine bozulmasını önlemeye yönelik bir araç olarak görmekte ve Anayasa'nın yerel yönetimlere özerklik tanımak suretiyle bu dengeyi korumaya çalıştığı görüşündedir. Danıştay, Anayasa'nın 123. maddesinde; idarenin kuruluş ve görevleri ile bir bütün olduğu belirtildikten sonra merkezden ve yerinden yönetim esaslarına dayanılacağına vurgulandığını, bunun, kamu hizmetlerinin

Söylendiği gibi düzenleyici ve denetleyici kurumlar idari, mali ve yargısal denetime³³⁰ bağlıdırlar. Bu denetim türlerinden idari denetim, bu tür kurumlarla Başbakanlık ya da ilgili bakanlık arasında yasayla kurulan “ilişkilendirme” biçiminde gerçekleşmektedir. Yukarıda da söz edilen ve kanımca bu kurumların işlevsel bağımsızlığına aykırı olarak düzenlenen kanun hükmünde kararname ile getirilen yeni düzende, “*Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dâhil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir*” ifadesinden anlaşılan, düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile merkezi idare arasında vesayet ilişkisi kurulmaya çalışıldığı düşünülmektedir. Ancak burada sözedilmesi gereken birkaç konu bulunmaktadır. Türk hukuk sisteminde idarenin bütünlüğü ilkesinin bir gereği olarak düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile başbakanlık ya da ilgili bir bakanlığın ilişkilendirildiği görülmektedir. Bu ilişkinin esasında bir idari vesayet ilişkisi olmadığı, bunun nedeninin de, bu tür kuruluşların işlevlerini yerine getirirken aldıkları kararlar ya da tesis ettikleri işlemler üzerinde bakanlığın denetiminin öngörülmesinin bunların kuruluş amaçlarıyla örtüşmemektedir³³¹. Bu durumda ilgili bakanlığın düzenleyici ve denetleyici kurumların işlem ya da kararlarına karşı yargısal başvuru yoluna gidebilmesi biçiminde bir denetimi sözkonusu olabilir³³².

Gözler-Kaplan ise kanun hükmünde kararname ile yapılan bu düzenlemenin hukuka uygun olduğu, bu tür kuruluşlar ile merkezi yönetim arasında “*olması gereken*”, başka deyişle “*olan*” vesayet durumunun bu kararname ile pozitif hukuk yönünde de tartışmasız biçimde kabul edildiğini belirtmektedirler³³³. Ancak bu görüşlerine ek olarak şu saptamayı da yapmaktadırlar: “*(...) Bu hükmün içeriği eleştiriyeye açıktır. “Her türlü faaliyet ve işlemlerini denetleme” ne demektir? Bakan bu “denetleme” yetkisine dayanarak BİO’ların (bağımsız idari otoritelerin, A.Ö) kararını onaylayacak, iptal edecek veya erteleyebilecek midir? Kanımızca hayır. Belirli,*

yürütülmesinin yalnızca yerinden yönetim ilkesine dayandığı anlamına gelmediğini belirtmektedir. Bkz. Danıştay 10. Daire, E. 1996/5391, K.1998/6116, T. 25.11.1998, (www.danistay.gov.tr).

³³⁰ BTK’nın yargısal denetimi konusunu, bu çalışmanın üçüncü bölümünde ele alınacağından burada ayrıntıya girilmeyecektir.

³³¹ *Kutlu (SPK)*, s.507-508.

³³² Ulusoy bununla birlikte bu tür kuruluşların aynı zamanda Cumhurbaşkanlığı’na bağlı Devlet Denetleme Kurulu tarafından da idari denetiminin sözkonusu olabileceği düşüncesindedir. Bkz. *Ulusoy (BİO’lar)*, s. 73 vd.

³³³ Bkz. *Gözler-Kaplan*, s.248-249.

somut bir vesayet yetkisinin, ayrıca ve açıkça verilmiş olması gerekir...Zira Bakanlar ile BİO'lar arasında hiyerarşi ilişkisi yoktur”.

Kanımcıca, bu hukuksal düzenleme öncelikle düzenleyici ve denetleyici kurumların temel işlevlerini etkin ve verimli biçimde yerine getirebilmesi; uzmanlık gerektiren ve özellikle ekonominin hassas alanlarında regülasyon yetkisi bulunan ve merkezi idarenin hiyerarşisi altında olmayan bir idari örgütlenme modeli olarak kurulan bu organların hukuksal yapılarına aykırı biçimde idari vesayet ilişkisi öngörülmesi, bu sonucu doğuracak uygulamalar ya da yorumlar hukuksal olarak kabul edilemez. Bu nedenle, anılan kanun hükmünde kararname ile 3046 sayılı Yasa'ya eklenen bu düzenlemeyi, merkezi idare adına bakanın, düzenleyici ve denetleyici kurumların işlem ve kararları üzerinde klasik anlamda idari vesayet denetiminin olduğu biçiminde kabul etmenin, uygulamanın böyle sağlanmasının olanağı bulunmamaktadır. Bununla birlikte pozitif hukukumuzda 3046 sayılı Yasa ile “*ilgili kuruluş*” ve “*bağlı kuruluş*” kavramlarının ne olduğu açıklığa kavuşturulmuş iken, “*ilişkili kuruluş*” kavramının niteliğinin, ne anlama geldiğinin belirtilmediği görülmektedir. Danıştay'm, “*ilgili kuruluş*” ile “*ilişkili kuruluş*” kavramlarının aynı anlama geldiğine ilişkin kararları bulunmaktadır³³⁴. Bu yönden anılan düzenleme

³³⁴ Gözübüyük-Tan (Cilt I, 2007), S.371-372. Örnek karar, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (DİDK) E.2005/1846, K.2006/746, T.15.6.2006, (www.danistay.gov.tr). DİDK'nın karar düzeltme istemiyle yaptığı incelemede şu görüşlere yer verilmiştir: “(...)Danıştay Beşinci Dairesince, T.C. Merkez Bankasının salt kamu kurumu olması nedeniyle Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esaslarını Düzenleyen 3046 sayılı Kanuna göre Devlet Bakanlığının ilgili kuruluşu olduğu belirtilmiş, ancak, Bankanın, 3046 sayılı Kanunun 11. maddesinde öngörülmediği şekilde bir “ilgili kuruluş” olup olmadığı tartışılmamıştır. 3046 sayılı Kanunun 11. maddesine göre, “özel kanun veya statü ile kurulan, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessesese, ortaklık ve iştirakleri veya özel hukuki, mali ve idari statüye tabi, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları” ilgili kuruluş olarak nitelenmektedir. T.C. Merkez Bankası, özel bir kanunla kurulmakla beraber, kamu iktisadi teşebbüsü sayılmadığına ve görev ve yetkilerini kullanırken, kendi teşkilatını kendisi oluştururken, personeli ile ilgili tasarruflarda bulunurken merkezi idarenin idari vesayeti altında olmadığından hizmet bakımından yönetim kuruluşu olarak da nitelendirilemeyeceğine göre, Bankanın ne Başbakanlığın ne de bir Devlet Bakanlığının “ilgili kuruluşu” olması ve bu nedenle 3046 sayılı Kanun kapsamında kabul edilmesi mümkün değildir. 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanununun 4. maddesinde yer alan “Bankanın Hükümetle ilişkisi, Başbakan aracılığı ile sağlanır.” hükmü gereğince, Bankanın ancak Başbakanlık ile “ilişkili” bir kuruluş olduğu söylenebilir ki, yasakoyucu tarafından yapılan bu nitelendirme, idari vesayeti içinde barındırmaması nedeniyle Bankanın bağımsız ve özerk yapısına daha uygun düşmektedir. Hemen belirtmek gerekirse, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının, doktrinde “bağımsız idari otorite” olarak nitelendirilen kuruluşlara benzer şekilde görev ve yetki alanı ile ilgili olarak merkezi idareden bağımsız kabul edilmesi ve bu açıdan “ilişkili kuruluş” şeklinde değerlendirilmesi, Anayasada yerini bulan idarenin bütünlüğü ilkesini zedeleyici bir özellik arz etmemektedir. Zira; 1211 sayılı Kanunun 42. maddesinde; Başbakanın, Bankanın işlem ve hesaplarını denetlettirebileceği, Başbakanlığın bu hususta her türlü bilgiyi Bankadan isteyebileceği belirtilmiş olup, idarenin bütünlüğü ilkesini sağlamak açısından benzer araçlar mevzuatta merkezi idareye tanınmıştır. Diğer yandan Bakanlar Kurulunun görev dağılımını göstermek amacıyla yapılan listede, T.C. Merkez Bankasının Devlet Bakanlığının “ilgili kuruluşu”

zaten var olan idari denetim konusundaki tartışmaları daha da karmaşık duruma getireceği düşüncesindeyim.

Danıştay da verdiği bir kararda³³⁵ bu kuruluşların özerk olduğu, Devlet tüzel kişiliğinin dışında ayrı birer kamu tüzel kişisi olarak kurulduklarını belirttikten sonra, bağımsız kuruluş olduklarından tesis ettikleri idari işlemlerin merkezi idare makamlarının hiyerarşik ve vesayet denetimine tabi tutulmadığı, buna karşılık, üst kurulların bağımsız yapılarına uygun olarak kuruluş yasalarında bunların Başbakanlık yada diğer bakanlıklarla "ilişkilendirildikleri"; yasa koyucu tarafından yapılan bu nitelendirmenin idari vesayeti içinde barındırmaması nedeniyle üst kurulların özerk ve bağımsız yapılarına da uygun düştüğü görüşündedir. Danıştay, üst kurulların "*ilişkili kuruluş*" olarak nitelendirilmelerinin, Anayasada yerini bulan idarenin bütünlüğü ilkesini zedelememesi, öte yandan idarenin bütünlüğü ilkesini gerçekleştirmek adına merkezi idarenin sahip olduğu ve kullandığı yetkilerin de, üst kurulların özerk ve bağımsız yapılarına ters düşmemesi gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Yüksek Mahkeme merkezi idarenin üst kurulların kural olarak karar organları (organik) ile işlemleri üzerinde (işlevsel) denetim yetkisi bulunmamalıdır, demektedir. Başka deyişle, üst kurulların "*regülasyona*" ilişkin kararlarının merkezi idarenin müdahale alanının dışında kalması bu kurulların özerklik ve bağımsızlıklarının doğal bir sonucudur. Bunun dışındaki konularda ise merkezi idarenin yapacak olduğu denetimin her somut olayda yargı organınca ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

BTK'nın bütçe yapısı ve mali denetimi konusunda da pozitif hukukta şu biçimde düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir: 2813 sayılı Yasa'da BTK'nın gelirleri arasında şu başlıklar yer almaktadır (md. 5);

- a) Elektronik Haberleşme Kanununun 11. maddesine göre Kurumun her türlü idarî giderlerinden kaynaklanan masraflarına katkı amacıyla işletmecilerin bir önceki yıl net satışlarının binde beşini geçmemek üzere, işletmecilerden alınacak idarî ücretler.
- b) Elektronik Haberleşme Kanununun 46. maddesine göre alınacak ücretler.

olarak gösterilmiş olması Bankanın ilgili kuruluş olarak kabul edilmesi için hukuken geçerli bir neden olmayacağı açıktır."

³³⁵ Danıştay 5. Daire, E. 2006/532, K.2008/5466, T. 7.11.2008, (www.danistay.gov.tr).

- c) Elektronik Haberleşme Kanunu uyarınca Kurumca sunulacak hizmetler ile Kurum imkan ve yeteneklerinin üçüncü kişilere kullandırılmasından elde edilen gelirler.
- ç) Her türlü basılı evrak, form ve yayınlardan elde edilecek gelirler.
- d) Müşavirlik hizmetlerinden elde edilecek gelirler.
- e) Kurs, toplantı, seminer ve eğitim faaliyetlerinden sağlanacak gelirler.
- f) Kurum ve Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından uygulanacak idarî para cezaları³³⁶.
- g) Genel Bütçeden gerektiğinde yapılacak yardımlar.
- h) Yapılacak her türlü bağış, yardım ve diğer gelirler.

BTK'nın mali denetimi konusunda ise, 2813 sayılı Yasa'ya baktığımızda, denetim yetkisinin Sayıştay'a verildiği görülmektedir. BTK, öteki düzenleyici ve denetleyici kurumlar gibi, 5018 sayılı Yasa'da tanımlanan "*merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri*" olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle Anayasa'nın 160. maddesinde yer aldığı biçimiyle, merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevli ve yetkili olan Sayıştay, aynı zamanda düzenleyici ve denetleyici kurum olan BTK'yı da mali yönden denetlemektedir.

BTK'nın örgüt yapısı ise, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu ile Başkanlık örgütünden oluşur. Kurumun hizmet birimleri; hukuk müşavirliği, daire başkanlıkları ve müdürlükler biçiminde örgütlenen ana

³³⁶ Düzenleyici ve denetleyici kurumların gelirleri arasında idari para cezalarının sayılması Danıştay tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesine başvuru yapıldığı bilinmektedir. Söz konusu olayda, Danıştay 10. Dairesi öngene gelen uyuşmazlıkta, davacının 4054 sayılı Yasa'nın 4. maddesinde gösterilen yasaklanmış etkinliklerde bulunduğu gerekçesiyle 16. maddesi uyarınca verilen para cezasına ilişkin Rekabet Kurulu Kararı'nın kimi bölümlerinin iptali istemiyle açtığı davada, anılan Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine ilişkin Anayasa'ya aykırılık savını ciddi bularak 16. maddesi yönünden iptali için başvurmuştur. Ancak, Anayasa Mahkemesi, "*dava konusu uyuşmazlık Yasa'nın 4. maddesiyle yasaklanan faaliyetlerin saptanmasındaki usul ve esaslarla uygulanan para cezasına ilişkindir. Yasa'nın 39. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasında ise Rekabet Kurumu'nun gelirleri sayılmakta itiraz konusu (b) bendinde belirtilen ve Yasa'nın 16. ve 17. maddelerine göre verilen para cezalarının yüzde yirmibeşi de anılan gelirler arasında yer almaktadır. Bu durumda Rekabet Kurumu'nun gelirlerine ilişkin itiraz konusu kuralın bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmadığından başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine karar*" vermiştir.

hizmet, danışma ve yardımcı hizmet birimleriyle bölge müdürlükleri biçiminde oluşan taşra örgütü birimlerinden oluşur. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu, Başkan ve İkinci Başkan dahil olmak üzere toplam yedi üyeden oluşmaktadır. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu, Kurumun karar organıdır. Kurul başkanı ve üyeler, Bakanlar kurulu tarafından beş yıllık süre için atanırlar. Görevi biten Kurul başkanı ve üyelerin yeniden aynı göreve atanmaları olanaklıdır. Kurul başkan ve üyeleri ancak görevini yapmaya engel bir hastalık ya da rahatsızlık nedeniyle iş görememe ya da atanmaları için gerekli koşulları³³⁷ kaybetmeleri halinde Bakanlar Kurulu kararıyla süresi dolmadan görevden alınabilir. Bu düzenlemeden, Bakanlar Kurulu'nun, Kurul başkanı ve üyeleri ikinci kez atama konusunda takdir yetkisinin bulunduğu görülmektedir. Görevde bulunanlar için ise, statülerinin güvencede olması yönünden kimi hükümlerin öngörüldüğü görülmektedir. Bu durumda, Bakanlar Kurulu ancak Yasa'da sayılan durumlardan birinin gerçekleşmesi koşuluyla başkan ve/veya üyeleri görevden alabilecektir. Her durumda Bakanlar Kurulu'nun bu görevden alma kararı yargısal denetime bağlıdır.

Kurumun personel yapısıyla ilgili olarak gerek 2813 sayılı Yasa'da, mevzuatla Kuruma verilen görevlerin gerektirdiği *asli ve sürekli* görev ve hizmetlerin, bilişim başuzmanı, bilişim uzmanı, teknik uzman ve idarî uzman ile bilişim, teknik ve idarî uzman yardımcılarında oluşan meslek personeli ve diğer personel eliyle yürütüleceği düzenlemesine yer verildiği görülmektedir. Yasa koyucu ardından aynı Yasa'da devamla, "*Kurum personeli kadro karşılığı sözleşmeli statüde istihdam edilir. Kurum personeli ücret, sosyal ve diğer mali haklar ile bu Kanunda yer alan hükümler dışında 657 sayılı Kanuna tâbidir*" diyerek, personel yapısının çerçevesini çizmiştir. Bu durumda BTK örgüt yapısında çalıştırılacak personelin statüsü *kadro*

³³⁷ Kurul başkanı ve üyelerinin atanma ölçütleri Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanan ve 8.6.2011 tarih ve 27958 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "*Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Teşkilat Yönetmeliği*"nde düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Anılan Yönetmeliğe göre Kurul üyeliklerine atanacakların; mühendislik alanında elektronik, elektrik-elektronik, elektronik ve haberleşme, endüstri, fizik, matematik, bilgisayar, telekomünikasyon ve işletme mühendisliği fakültelerinden veya bölümlerinden, sosyal bilimler alanında siyasal bilgiler (bilimler), iktisadi ve idari bilimler, iktisat, hukuk, işletme fakülteleri veya bölümlerinden ya da fakültelerden fizikçi veya matematikçi unvanıyla veya sayılan fakülte ve bölümlere denkliği yetkili makamlarca kabul edilmiş yurt dışındaki yüksek öğretim kurumlarından mezun olmaları ya da belirtilen bölümlerden mezun olmamakla birlikte sayılan alanlarda yüksek lisans veya doktora yapmış olmaları, mesleki ve elektronik haberleşme alanında yeterli bilgi ve deneyime sahip, kamu veya özel sektörde en az on yıl çalışmış olmaları, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin (A) bendinin (1), (4), (5), (6) ve (7) numaralı alt bentlerinde belirtilen şartları taşımaları ve herhangi bir siyasi partinin yönetim ve denetim organlarında görev almamış veya bu görevlerinden ayrılmış olmaları gerekir (md. 7/2).

karşılığı sözleşmeli personel olarak belirlenmektedir. Genel olarak *kadro karşılığı sözleşmeli statüde* personel çalıştırılmasının iki nedene dayandığı kabul edilmektedir³³⁸. Bunlardan ilki, uzman personel istihdamını gerektirmesi nedeni ve gelişen teknoloji ve yönetim teknikleriyle uyumlu çalışabilecek yetenekli kişilerin kamu kesiminde istihdam edilerek bu tür personelin kalıcılığının sağlanması, ikincisi ise, kamu kurum ve kuruluşların daha avantajlı bir ücret rejimine sahip olmayı istemeleridir. Ülkemizde de kamu personeli görevlendirilmelerinde bu statüyle birçok kamu kurum ve kuruluşların atama yaptıkları görülmektedir. Başta TBMM, Başbakanlık olmak üzere, müsteşarlıklarda ya da kimi genel müdürlüklerde bu türden personel atamaları yapılmaktadır. Esasında kadro karşılığı gösterilse de bu personel statüsü itibariyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu³³⁹,nun 4/B maddesinde tanımlanan “*sözleşmeli personel*” sınıfına girmektedir. Anılan yasal düzenlemede sözleşmeli personel; “*Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, Bakanlar Kurulunca belirlenen esas ve usuller çerçevesinde kurumun teklifi ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca vizenen pozisyonlarda, mali yılla sınırlı olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileri*” olarak tanımlanmıştır. Bu düzenlemeden hareketle, sözleşmeli personelin, özel bir meslek bilgisine ve uzmanlığına gereksinim gösteren zorunlu ve ayrıksı işler için, geçici ve sözleşmelerinde belirtilen ücretle çalıştırılan kamu hizmeti görevlisi olduğu kabul edilmektedir³⁴⁰. Ayrıca, sözleşmeli personel ile idare arasında hukuksal ilişkiyi kuran sözleşme idare hukuku ilke ve kurallarına bağlı “*idari hizmet sözleşmesi*” niteliğindedir.

Bilindiği üzere kamu personel rejiminin anayasal düzenlemesinde (Anayasa, md.128), “*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri,*

³³⁸ Sancakdar (İdare Hukuku), s.324.

³³⁹ R.G., T.23.7.1965; Sy.12056.

³⁴⁰ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 567.

hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir” biçiminde genel ilke ve kuralların belirlendiği görülmektedir. Bu düzenlemede yer alan “*genel idare esasları*” ile genel olarak kamusal yönetim biçimleri anlaşıldığı³⁴¹, başka deyişle kamu gücü kullanılarak, tek yanlı idari işlemler yapma ve karar alma yöntemleridir, usulleridir³⁴². “*Asli ve sürekli görevler*”den anlaşılması gereken ise, o görevin bir kadroya bağlanmış olmasıdır ve böyle kabul edilince, kamu görevlisi ile kadro deyim yerindeyse bütünleşmektedir³⁴³.

Kadro karşılığı sözleşmeli personel statüsünün nasıl düzenlediği ve niteliğinin ne olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Herşeyden önce bu statüde bulunan personel, hem bir kadroya atanmakta ve ancak idare ile hukuki ilişkisi bir sözleşmeyle sağlanmaktadır. Bu bağlamda 2813 sayılı Yasa ve ilgili yönetmelik hükümlerine baktığımızda; kadro karşılığı sözleşmeli personelin atama ölçütünün, “*en az dört yıllık fakültelerden mezun, diğer personelin ise en az lise ve dengi okul mezunu olmaları gerekir. Kurum personelinin 657 sayılı Kanununun 48 inci maddesinin (A) bendinin (1), (4), (5), (6) ve (7) numaralı alt bentlerinde belirtilen şartları taşımaları zorunludur*” biçiminde belirlendiği görülmektedir³⁴⁴. Bununla birlikte, 2001 yılında yürürlüğe giren “*Personel Yönetmeliği*”³⁴⁵’nde de, karşılık gösterilen bu kadrolara başka atama yapılamayacağı; sözleşmeli personelin kadrolarının her türlü yetki ve sorumluluğunu taşıdığı; sözleşmeli personelin unvan, sayı, nitelikleri, ücretleri, diğer mali ve sosyal hakları ile sözleşme esaslarının Kurul’un önerisi ve Devlet Personel Başkanlığının uygun görüşü üzerine Bakanlar Kurulunca belirleneceği; Kurum personelinin emeklilik konusunda devlet memurları için öngörülen yasal düzenlemelerden yararlanacakları ile aynı zamanda atama, adaylık, hizmet içi eğitim, kademe ilerlemesi, derece yükselmeleri ve nakil gibi konularla ilgili düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir.

Bununla birlikte genel bir saptama olarak, kamu kurum ve kuruluşlarında memur kavramı içerisinde görevlendirilenlere hangi ödemelerin yapılacağı 657 sayılı Yasa’da ya da bu Yasa ölçü alınarak kurum ve kuruluşların kendi kuruluş,

³⁴¹ Gözler-Kaplan, s.617.

³⁴² Yıldırım (İdare Hukuku), s. 169.

³⁴³ Yıldırım (İdare Hukuku), s. 170.

³⁴⁴ Bkz. 2813 sayılı Yasa’nın md. 5/8 fik.

³⁴⁵ R.G., T. 27.1.2001; Sy.24300.

örgütlenme kanunlarında belirlenmiştir. Bu yönden, *kadro karşılığı sözleşmeli* olarak çalışacak personele hangi tür ödemelerin yapılacağı konusunun, o kurum ya da kuruluşların örgütlenme kanunlarında açıkça bir hüküm bulunması ya da sözleşmeli personele yapılacak her türlü ücret ödemelerinde açık bir yetkilendirmenin yapılmış olması gerekir³⁴⁶.

b. Düzenleme Yetkisi ve Hukuki Niteliği

BTK, düzenleyici ve denetleyici bir kurum (bağımsız idari otorite) olarak elektronik haberleşme alanında regülasyon etkinliğinden kaynaklanan “*düzenleme yetkisine*” sahiptir. Bu yetki BTK’ya Elektronik Haberleşme Kanunu ile tanınmıştır. Yukarıda regülasyon kavramı ve bunun hukuksal niteliği hakkında yapılan açıklamalarda, düzenleme yetkisinin idare hukukunda bilinen “*idarenin kanuniliği*” ilkesinin bir sonucu olarak, yasaya bağlı olduğu, ikincil nitelikte olduğu, başka deyişle türevsel olduğunu belirtmiştik. Her ne kadar düzenleyici ve denetleyici kurumların “*düzenleme yetkisi*”nin klasik anlamda idarenin düzenleme yetkisinin içeriğinden farklı olarak, öteki kamu kurum ve kuruluşları sahip olduğundan daha geniş olduğu, deyim yerindeyse yasama organının sahip olduğu “*asli düzenleme yetkisi*”ne yakın bir içeriğe sahip bulunduğu söylene de, öğretilerde Ayanoğlu’nun da ifade ettiği gibi³⁴⁷, bu yaklaşımın anayasal bir dayanağı olmadığını yeniden belirtelim. Bu başlık altında yukarıda yer verilen görüş, düşünce ve saptamaları tekrarlamadan ancak BTK özelinde düzenleme yetkisinin hukuksal niteliğini ve bu kapsamda hangi düzenlemelerin yapıldığını açıklamaya çalışacağız.

EHK’nın öngördüğü düzende elektronik haberleşme alanını düzenleme yetkisinin asli olarak BTK’ya verildiği görülmektedir. Bunun anlamı şudur; BTK, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı’nın ortaya koyduğu temel ilke, politika ve stratejiler uygun olarak elektronik haberleşme hizmetleri alanında düzenleme yetkisine sahip asli yetkili organdır. Aşağıda Radyo Televizyon Üst Kurulu başlığı altında, bu organın elektronik haberleşme alanında kimi yetkilerinin bulunduğundan

³⁴⁶ Danıştay 11. Daire, E. 2007/9721, K.2008/9920, T.2.12.2008, (www.danistay.gov.tr).

³⁴⁷ Ayanoğlu (TAPDK), s.60.

(örneğin sayısal yayıncılıkta frekans özgülmesi gibi) sözedilecek olmasına karşın, söylendiği gibi anılan sektörde esas düzenleme yetkisi BTK'ya aittir.

EHK'da yapılan düzenlemede (bkz. md.6) BTK'ya elektronik haberleşme hizmetleri alanında çok geniş bir düzenleme yetkisinin verildiği görülmektedir. Bunların neler olduğu konusuna geçmeden önce, BTK'nın bu çerçevede yaptığı düzenlemenin idare hukuku yönünden hukuksal niteliği saptayalım. İdare hukuku öğretisinde genel kabul gören diyebileceğimiz görüşe göre, düzenleyici ve denetleyici kurumların ilgili alanlarda düzenleme yetkisinin, bir yandan yasaya dayanması (secundum legem) gerektiği, bir yandan da kanuna aykırı olmaması (intra legem) gerekliliği, zorunluluğu bulunmaktadır³⁴⁸. Bu bağlamda, düzenleyici ve denetleyici kurumlara verilen düzenleme yetkisi, hiçbir durumda idarenin kanunluğu ilkesini ve kanunları uygulama işlevini oratadan kaldıracak bir anlamda yorumlanmaması gerekmektedir³⁴⁹. Başka deyişle, Anayasa'nın öngördüğü ayrık durumlar dışında (bkz., md.107, 121, ve 122.maddeleri) her konuda idarenin düzenleme yetkisini kullanabileceğini belirten, bu yetkinin bütünüyle serbest, hiçbir kural, kaide ve koşula bağlanmadığı izlenimi doğurmamalıdır³⁵⁰. Bir başka yönden de, düzenleme yetkisi kapsamında tesis edilen işlemler ya da alınan kararlar, yasal düzenlemenin öngördüğü çerçeveyi daraltmaması ya da genişletmemesi gerekmektedir³⁵¹. Danıştay'ın da konuya yaklaşımının bu yönde olduğu söylenebilir. Nitekim Danıştay'ın düzenleyici ve denetleyici kurumlarla ilgili bir davada verdiği kararda, *"idareye verilen görev çerçevesinde, yasal düzenleme ile belirlenen bütün mamülleri ve alkollü içkilerin satıcılığının ayrıntılarının ... kurum tarafından düzenleneceği doğaldır... Kanunlarla ... idareye verilen açık yetki, takdir yetkisini de bünyesinde bulundurduğundan, idare bu yetkisini yönetmelik yanında kanun ve yönetmeliğe aykırı olmamak koşuluyla tebliğ yayımlamak suretiyle de kullanabilir"* ifadelerine yer verilerek, öğretilde kabul edilen genel yaklaşıma uygun bir görüşün benimsediği görülmektedir³⁵².

³⁴⁸ Örneğin bkz. *Gözler-Kaplan*, s. 249.; *Gözübüyük-Tan (Cilt I, 2007)*, s. 388.

³⁴⁹ *Ayanoğlu (TAPDK)*, s.60.

³⁵⁰ *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s. 193.

³⁵¹ *Gözübüyük-Tan (Cilt I, 2007)*, s. 388.

³⁵² Danıştay 13. Daire, E. 2005/6198, K. 2005/6198, T. 27.12.2005, (www.danistay.gov.tr).

BTK'nın elektronik haberleşme hizmetleri alanında sahip olduğu düzenleme yetkisi, idare hukuku yönünden ekonomik kolluk etkinlikleri niteliğindedir. Şöyle ki, pozitif hukuktaki düzenlemelerde, düzenleyici ve denetleyici kurumlar doğrudan bir kamu hizmeti etkinliği üstlenmemişlerdir, buna karşın ilgili sektörlerde düzenleme ve denetleme yapma biçiminde ifade edilen ekonomik kolluk yetkilerini kullanmaktadırlar. Bu bağlamda bu tür kurumlar, genel düzenleyici işlemlerle kurallar koyarken aynı zaman sektörün düzenlenmesinde izin-ruhsat verme ya da idari yaptırım niteliğinde birel işlemler de yapmaktadır ve bunlar genel anlamda, ekonomik idari kolluk olarak kabul edilmektedir³⁵³. Bu kuruluşların sektörün düzenlenmesine ilişkin kararları, düzenleyici işlemleri ekonomik kamu düzeni³⁵⁴ni sağlamaya dönüktür.

Bununla birlikte hemen belirtelim ki; yasal düzenlemelerle BTK'ya verilen ve elektronik haberleşme hizmetleri alanının düzenlenmesine ilişkin yetki ve görevlerin içeriğine bakıldığında, Kurumca doğrudan elektronik haberleşme hizmeti yerine getirilmese de, kolluğun *kamu düzenini sağlamaya yönelik kamu hizmeti etkinliği* biçiminde yapılan tanımına³⁵⁵ uygun olarak, kimi zaman sektörün etkin ve verimli biçimde işleyebilmesi ve gelişimi için çalışmalar yapmak, kimi zaman bir kamu hizmeti olduğunu kabul ettiğimiz elektronik haberleşme hizmetlerinin yerine getirilebilmesi için örneğin frekans planlaması çerçevesinde özgüleme (tahsis) yapmak, kimi zamanda temel hak ve özgürlükleri koruyucu önlemler almak biçimlerinde görülmesi karşısında kanımca, bu etkinlikleri her ne kadar "kolluk" olarak kabul etsek bile, klasik anlamda idarenin *kamu düzenini sağlama amacıyla kamu özgürlüklerine müdahale olarak tanımlanan*³⁵⁶ kolluğun kapsamını aşan, bunu da içine alan ancak biraz önce yer verilen - *kamu düzenini sağlamaya yönelik kamu*

³⁵³ Örneğin bkz. *Kutlu (SPK)*, s.518-519; *Tan (Ekonomik Kamu Hukuku)*, s.20 vd.

³⁵⁴ Kamu düzeni kavramının ortak bir tanımını vermek güçtür, niteliğini, kapsamını belirlemek zordur. Anayasa Mahkemesi bu kavramı, toplumun huzuru ve sükununun sağlanması, Devletin ve devlet teşkilatının korunmasını amaç alan her şeyi ifade ettiğini belirtmektedir. (Bkz. E. 1976/27, K.1976/51, T.22.11.1976). İdare hukuku öğretisinde de bu kavramın şu öğeleri içerdiği kabul edilmektedir: Kamu güvenliği, dirlik ve esenlik, sağlık, genel ahlakın korunması, ... Kamu yararı kavramı hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Tekin Akıllıoğlu "Kamu Yararı Üzerine Düşünceler", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt 9, Sayı 1-3, 1988, s.11 vd.

³⁵⁵ *Gözler-Kaplan*, s. 577.

³⁵⁶ *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s. 979.

hizmeti etkinliği- biçiminde kabul edilebilecek kolluk etkinliđi³⁵⁷ olarak kabul edilmesinin bizce daha uygun olacağı düşüncendeyiz.

BTK'nın düzenleme yetkisinin hukuksal niteliği hakkında yapılan genel değerlendirmelerin ardından, bu Kurumun elektronik haberleşme alanında düzenleme yetkisinin kapsamını belirlemeye geçelim. Bunun için temel kaynağımız EHK olacaktır. EHK'nın 6. maddesinde BTK'nını görev ve yetkisi ayrıntı olarak belirlenmiştir. Biz, bu görev ve yetkilerden, düzenleme yetkisine girenleri -ve aynı zamanda önemli gördüklerimizi- bir sınıflandırmaya bağlı kalarak aşağıda vermeyi daha uygun olacağını düşünmekteyiz. Buna göre BTK:

1. Elektronik haberleşme hizmetleri piyasasında rekabet ortamının kurulması ve bu ortamın korunarak sürdürülebilmesi için gereken düzenlemeleri yapmak,
2. Tüketici haklarının korunması, güvence altına alınması ve bu bağlamda elektronik haberleşmede kişilerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerinin (özel hayatın gizliliği, haberleşme özgürlüğü...) ihlal edilmesinin önüne geçecek biçimde kolluk yetkisini kullanarak düzenleme yapmak³⁵⁸,
3. Elektronik haberleşme piyasanın AB normlarına ve standartına, çağın gelişen ve hızla değişen koşullarına uyum sağlayarak, uygun biçimde işlemesine dönük düzenlemeler yapmak³⁵⁹,
4. Elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve elektronik haberleşme ağ ve altyapılarının kurulması ve işletilmesi için gerekli olan frekans, uydu pozisyonu ve numaralandırma planlamasınıve özgülemesinin yapmak³⁶⁰,

³⁵⁷ Örneğin öğretide Özay'ın görüşüne göre, kolluk işlevi ve etkinlikleri de bir kamu hizmetidir. Bkz. Özay, s.722 -724.

³⁵⁸ Burada belirtilmesi gereken durum şudur: Elektronik haberleşme hizmetlerinin sunumunda BTK doğrudan işletmeci olmadığından, piyasada yetkilendirme yoluyla elektronik haberleşme hizmetlerini sunan işletmecilerin (operatörlerin), kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal edecek nitelikte bir düzenleme yapmasına olanak sağlayan, bu yolu açan nitelikte genel düzenleyici işlemlerin yapılmaması gerekmektedir. Aynı zamanda temel hak ve özgürlükleri ihlal edici uygulamalar doğrudan BTK'nın işlemleriyle de gerçekleşebileceğinden bu durum, bir anlamda BTK'nın bu konuda düzenleme yetkisinin içeriğini de çizmiş olmaktadır.

³⁵⁹ Bu kapsamda EHK'nın öngördüğü biçimiyle BTK'nın, elektronik haberleşme sektöründeki gelişmeleri takip etmek, sektörün gelişimini teşvik etmek amacıyla gerekli araştırmaları yapmak veya yaptırmak ve bu konularda ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği halinde çalışmak; Elektronik haberleşme sektörü ile ilgili uluslararası birlik ve kuruluşların çalışmalarına katılmak, kararların uygulanmasını takip etmek ve gerekli koordinasyonu sağlamak; İlgili kanun hükümleri dahilinde, evrensel hizmetlere ilişkin hizmet kalitesi ve standartları da dahil olmak üzere, gerektiğinde her türlü elektronik haberleşme hizmetine yönelik hizmet kalitesi ve standartlarını belirlemek gibi yetki ve görevleri bulunmaktadır.

5. Elektronik haberleşmeyle ilgili olarak Bakanlığın strateji ve politikalarını dikkate alarak, yetkilendirme, tarifeler³⁶¹, erişim³⁶², geçiş hakkı³⁶³, numaralandırma, spektrum yönetimi, telsiz cihaz ve sistemlerine kurma ve kullanma izni verilmesi, spektrumun izlenmesi ve denetimi, piyasa gözetimi ve denetimi de dahil gerekli düzenlemeler ile denetlemeleri yapmak³⁶⁴,
6. Radyo ve televizyon yayıncılığına ilişkin ilgili kanununda belirtilen hükümler saklı kalmak kaydıyla, frekans planlama, tahsis ve tescil işlemlerini, güç ve yayın sürelerini de göz önünde tutarak uluslararası kuruluşlarla işbirliği de yapmak suretiyle yürütmekle görevli ve yetkilidir.

c. Gözetim, Denetim ve Yaptırım Yetkisi ile Hukuksal Niteliği

Düzenleyici ve denetleyici kurumların regülasyon etkinlikleri, ilgili oldukları sektörün düzenlenmesine ilişkin kurallar koymanın yanında, aynı zamanda bu kurallara uyulmasını gözetme ve denetleme, kural ihlali durumlarında da uyarı ve

³⁶⁰ EHK'nın 31. maddesinde yapılan düzenlemeye göre: Kurum, Bakanlık politikası doğrultusunda ulusal numaralandırma planını hazırlar ve plana uygun olarak numara tahsis (özüleme) işlemlerini yapmaktadır. Kurum, elektronik haberleşme hizmeti ve/veya şebekesi (ağı) ya da altyapısı için yeterli numara kaynağının bulunmasını sağlayacak biçimde gerekli planlamaları yapmak ve numara kaynaklarının adil, şeffaf (saydam) ve ayrımcı olmayan ilkeler çerçevesinde yönetimini sağlamakla görevlidir. Kurum, numara kaynağının etkin ve verimli kullanılmasına yönelik olarak yapacağı düzenlemeler veya ilgili uluslararası kuruluşların düzenlemeleri doğrultusunda yapılabilecek yeni planlamalar çerçevesinde, işletmecilerin de görüşünü alarak ulusal numaralandırma planında değişiklik yapabilme yetkisine sahiptir. Kurum, numara tahsis ve kullanımını koşullara bağlayabilir, kamu düzeni ve ulusal güvenliğinin gerektirdiği durumlar, numara kapasitesi gereksinimi, üye olunan uluslararası kuruluşların düzenlemeleri ya da taraf olunan uluslararası anlaşmalar doğrultusunda veya Kurum düzenlemelerine uygun olarak kullanılmadığı durumlarda tahsisli numaralarda değişiklik yapılabilir ve tahsisli numaraları geri alabilir. Bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum herhangi bir yükümlülük altına girmemektedir.

³⁶¹ *Tarife*; İşletmecilerin, elektronik haberleşme hizmetinin sunulması karşılığında kullanıcılardan farklı adlar altında alabilecekleri ücretleri içeren cetveldir (EHK, md.3/nn).

³⁶² *Erişim*; EHK'da belirtilen koşullarla, elektronik haberleşme şebekesi, alt yapısı ve/veya hizmetlerinin, diğer işletmecilere sunulması anlamına gelmektedir (EHK, md.3/ö).

³⁶³ *Geçiş hakkı*; İşletmecilere, elektronik haberleşme hizmeti sunmak için gerekli şebeke ve alt yapıyı kurmak, kaldırmak, bakım ve onarım yapmak gibi amaçlar ile kamu ve özel mülkiyet alanlarının altından, üstünden, üzerinden geçmeleri için tanınan bir hakktır (EHK, md.3/s).

³⁶⁴ Bu kapsamda genel olarak BTK, Elektronik haberleşme amacıyla kullanılan, frekansı 9 kHz-3000 GHz arasında olan ve uluslararası düzenleme yapılması halinde 3000 GHz'in üzerindeki frekanslar da dahil olmak üzere elektromanyetik dalgaların frekans aralığı olarak tanımlanan spektrumun planlaması, frekans tahsis ve tescili, ücretlendirilmesi dahil spektrum yönetimi ile frekansların etkin ve verimli kullanımı için gerektiğinde tahsis edilen frekansın geri alınması ve yeniden satışı dahil spektrum ticareti ile spektrumun izlenmesi ve denetiminin gerektirdiği düzenlemeleri yönetmelikle yapmaya yetkilidir (EHK, md.3/kk, md.37).

emir verme ya da idari yaptırım uygulama yetkisini de içermektedir. Genel olarak bu tür kurumlar, ilgili sektörü düzenleyen yasa ve öteki hukuksal düzenlemelere (örneğin yönetmelik ya da tebliğ gibi idari düzenleyici kurallar) uyulup uyulmadığını izlemek, gözlemek durumundadırlar³⁶⁵. Bu bağlamda bağımsız idari otoriteler alanlarında ilgili tüm bilgi ve belgeleri işletmecilerden, öteki kamu kurum ve kuruluşlardan isteme ya da yerinde inceleme yapma haklarına sahiptirler³⁶⁶. Yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine bakıldığında düzenleyici ve denetleyici kurumlar için bu yükümlülüğün ilgili yasalarında açıkça belirtildiği görülmektedir. Örnek olarak, SPK yönünden 2499 sayılı Yasa³⁶⁷,nın 22/f maddesi; Rekabet Kurumu yönünden 4054 sayılı Yasa³⁶⁸,nın 14-15.maddeleri; Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu yönünden 4628 sayılı Yasa³⁶⁹,nın 4. ve 11.maddeleri gibi yasal düzenlemeler gösterilebilir. Sözkonusu idari organlar, ilgili sektörde kurallara aykırı bir durumu saptarlarsa, piyasada etkinlik gösteren işletmeciye yönelik uyarılarda bulunabilirler, aykırılığın giderilmesini isteyebilirler ya da ihlal aynı zamanda bir ceza olarak öngörülmüş ise yargı organlarına ihbar ya da yakınmada bulunabilirler³⁷⁰.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların ilgili piyasalarda yürüttüğü gözetim ve denetim yetkisi³⁷¹, kural ihlali olduğunda uyguladığı idari yaptırımlar, idare hukuku anlamında birer “*kolluk*” etkinliği olarak kabul edilmelidir. Burada devlet bağımsız

³⁶⁵ Gözübüyük-Tan (Cilt I, 2007), s. 390.

³⁶⁶ Günay (İdare Hukuku), s.570.

³⁶⁷ Sermaye Piyasası Kanunu, R.G., T.30.7.1981; Sy. 17416.

³⁶⁸ Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu, R.G., T.13.12.1994; Sy.22140.

³⁶⁹ Elektrik Piyasası Kanunu, R.G., T.3.3.2001; Sy.24335.

³⁷⁰ Sancakdar (İdare Hukuku), s.278.

³⁷¹ Elektronik haberleşme sektöründe BTK'nın denetim yönteminin nasıl ve hangi kapsamda olduğuna ilişkin EHK'nın 59.maddesinde düzenlemenin yapıldığı görülmektedir. Buna göre: Kurum re'sen veya kendisine intikal eden ihbar veya şikayet üzerine, bu Kanunda belirlenen görevleri ile ilgili olarak elektronik haberleşme sektöründe yer alan gerçek ve tüzel kişileri denetleyebilir, denetlettirebilir. Kurum, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, mahallinde de inceleme ve denetim yapabilir ve/veya yaptırabilir. Mülki amirler, kolluk kuvvetleri ve diğer kamu kurumlarının amir ve memurları inceleme veya denetimle görevlendirilenlere her türlü kolaylığı göstermek ve yardımda bulunmakla yükümlüdürler. İnceleme veya denetimle görevlendirilenler, inceleme veya denetime giderken yanlarında denetimin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idarî para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundururlar. Aynı maddede BTK'nın ayrıca belirlenecek esaslar çerçevesinde işletmecileri denetlettirebileceği de düzenlenmiştir. Denetim yetkisi verilenler ve bağımsız denetim kuruluşları Kuruma sunacakları bilgi, belge, rapor ve mali tabloların bu Kanun ve mevzuat hükümlerine uygunluğu ve hesapların doğruluğundan ve genel kabul görmüş denetim ilke ve esaslarına göre inceleme ve denetiminden sorumludur. Bunlar, hazırladıkları raporlardaki yanlış ve yanıltıcı bilgi ve kanaatler nedeniyle doğabilecek zararlardan ve EHK uyarınca yaptıkları faaliyetler dolayısıyla üçüncü kişilere verecekleri zararlardan sorumludurlar.

idari otoriteler aracılığıyla ekonomik kamu düzenini sağlamaya yönelik yetkisini kullanmaktadır. Ekonomik kolluk olarak adlandırılan bu tür aynı zamanda idari kolluk kategorisi içinde kabul edilmektedir. Başka bir anlatımla, düzenleyici ve denetleyici kurumlar gözetim, denetim ve sonucunda uyguladığı idari yaptırım kararlarıyla kişilerin temel hak ve özgürlüklerine sınırı yasayla çizilmiş bir müdahalede bulunmaktadır. Bu yönden, kamu düzeninin bozulmasını önlemeye dönük kolluk olarak tanımlanan³⁷² idari kolluk olarak kabul edilebilecek gözetim ve denetim yetkisi kapsamında, kamu düzenini tehdit eden, tehlikeye düşüren durumların ortaya çıkması durumlarında harekete geçerek gerekli önlemleri alma yetkisi, bulunmaktadır³⁷³.

Bağımsız idari otoritelerin ilgili piyasalarda yürüttüğü gözetim ve denetim yetkisi ile, kural ihlali olduğunda uyguladığı idari yaptırımların, idare hukuku anlamında birer “kolluk” etkinliği olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bu kabulün ardından üzerinde durulması gereken konu kolluk önlemlerinin neler olduğudur. Şöyle ki; düzenleyici kolluk işlemleri olarak adlandırılan ve kolluk konularını düzenleyen genel ve nesnel düzenleyici işlemler niteliği gereği emredici, uyulması zorunlu, önleyici, koruyucu nitelik taşımaktadır³⁷⁴. Buna karşın bireysel ya da kişisel kolluk önlemleri, tedbirleri de alınabilir. Bundan kastedilen şey, kamu düzenini sağlamak amacıyla belli bir kişi ya da duruma ilişkin olarak somutlaşmış kolluk işlemlerinin yapılmasıdır. Örneğin düzenleyici ve denetleyici kurumların işletmeciler hakkında aldıkları “*lisans iptali*”, “*ruhsatın geri alınması*” ya da “*idari para cezası*” gibi kararlar, kişisel kolluk önlemleri ve işlemleri arasında sayılabilir³⁷⁵.

Üzerinde durulması gereken bir öteki konu düzenleyici ve denetleyici kurumların kamu düzenini sağlamak üzere kamu özgürlüklerine yapacağı müdahale bir sınır bulunup bulunmadığıdır. Başka deyişle, düzenleyici ve denetleyici kurumların sahip olduğu kolluk yetkisinin bir sınırı var mıdır? İdare hukuku öğretisinde *Yayla*, kolluk yetkisinin kullanılış ilkeleri ve sınırları başlığı altında, yasal düzenlemelerde idareye özgürlükleri sınırlayıcı kolluk yetkileri tanınırken, bunların sözkonusu özgürlükleri kullanılmaz duruma getirmemesi; ölçülü kullanılmas, idarenin yetkilerinin öznel

³⁷² *Akyılmaz-Sezginer-Kaya*, s.475.

³⁷³ *Akyılmaz-Sezginer-Kaya*, s.475.

³⁷⁴ *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s.994.

³⁷⁵ *Gözler-Kaplan*, s. 597.

değerlendirme ve müdahalelere araç olmamasından sözetmektedir³⁷⁶. Kolluk yetkisinin anayasal sınırlarını belirleyen *Gözbüyük-Tan*, Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin bir yasa ile sınırlanabileceği biçimindeki ana ilkenin doğal sonucu olarak, yasa koyucunun Anayasa'da gösterilen nedenlerle (kamu düzeni, genel asayiş ve genel sağlığın korunması vb.) getireceği sınırlamalar çerçevesinde idarenin kolluk yetkilerini kullanabileceğine vurgu yapmaktadır³⁷⁷. *Duran* da kolluk yetkilerinin sınırını amaç, neden-konu ve yer-zaman yönlerinden çizmekte ve incelemektedir. Yazar bu kapsamda yaptığı saptamalarda amaç yönünden, “*genel kolluk görevinin amacının, güvenlik, dirlik-esenlik ve sağlık ögelerinden oluşan kamu düzenini gerçekleştirmekten ibaret olduğuna göre, idare bu konudaki yetkilerini, ne kamu hizmetlerini yürütmek ve kamu mallarını korumak, ne de mali yararlar sağlamak için kullanılabilir*” saptamalarına yer verirken; neden-konu yönünden ise, “*genel idari zabıta, kamu düzenini gerçekten tehdit eden veya tehlikeye koyan durum ve eylemler belirdiğinde harekete geçebileceğinden; bu nitelikte olmayan sebep-saikler ileri sürülerek yapılacak kolluk işlem ve ameliyeleri hukuka aykırı düşer*” derken; yer ve zaman yönlerinden kolluk yetkisinin sınırlarının artıp ya da azalabileceğini belirtmektedir³⁷⁸. Bununla birlikte kolluk yetkisinin sınırlarından biri de, kolluk işlemlerinin idari işlem olarak yargısal denetiminin öngörülmesidir³⁷⁹.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların ilgili yasalarında kendilerine verilen regülasyon yetkisinin bir sonucu olarak sektörel uygulamalarının yasa ve ikincil düzenlemelere uygunluğunun gözetimi ve denetiminin bir sonucu olarak işletmecilere dönük idari yaptırım niteliğinde kolluk işlemlerinin yapılabileceğini belirtmiştik. İdarenin, bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya uyguladığı yaptırımlar olarak tanımlanan³⁸⁰ “*idarî yaptırım*”ın içeriğine göre üç grupta toplandığı görülmektedir. Bunlardan ilki, idari para cezalarıdır. Bu yolla, düzene aykırı davranan kişinin malvarlığından bir kısmı kamu kaynaklarına aktarılmaktadır. İkinci gruptaki idari yaptırımlar, kolluk yetkisi bağlamında idarenin, özel hukuk

³⁷⁶ *Yayla*, s. 50.

³⁷⁷ *Gözbüyük-Tan*, s.786.

³⁷⁸ *Duran (İdare Hukuku)*, s. 260-265. Ayrıca bkz. *Sancakdar (İdare Hukuku)*, s.555-556.

³⁷⁹ *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s.997.

³⁸⁰ Anayasa Mahkemesi kararı, E.2000/43, K.2004/60, T.13.5.2004, (www.anayasa.gov.tr).

kişisinin sahip olduğu malvarlığı kapsamındaki eşyalara elkoyma biçiminde gerçekleşmektedir. Üçüncü ve son grup olarak, kişilerin sahip olduğu kimi hakların kullanılmasının idare tarafından engellenmesi, kısıtlanması sonucunu doğuran idari yaptırım kararları bulunmaktadır³⁸¹. Bu kapsamda EHK’da öngörülen idari para cezaları, yetkilendirmenin iptali, tazminat karşılığında işletmelere elkonulmasını örnek olarak verebiliriz.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlarının ve özelde de BTK’nın yasal düzenlemelerde kendilerine verilen kamu düzenini sağlamaya dönük olarak aldıkları idari yaptırım kararlarının hukuka uygunluğunun hangi ölçütler ya da ilkeler ışığında sağlanacağına da ortaya konulması gerekmektedir. Bu, yukarıda da belirtildiği üzere kolluk yetkisinin kullanılmasının sonucu olarak kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşıyan idari yaptırım kararlarının yargısal denetiminde de önemli bir yer tutmaktadır. Biz, burada öğreti ve yargı kararları ışığında temel ilke ve kuralları belirleme yoluna gideceğiz. Bu bağlamda BTK’nın ne tür yaptırım kararları verebileceğini, bu temel ilke ve kurallar çerçevesinde belirlemeye çalışacağız. Bununla birlikte bu tür kararların yargısal denetimiyle ilgili açıklamalarımızı ise, çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ayrıca ele alacağımızdan, yargısal denetim konusunda ayrıntıya girmeyeceğiz.

İdari yaptırımların, idarenin, bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya uyguladığı yaptırımlar olarak tanımlandığına göre, idari yaptırımların, idarenin “*idari işlem*”ine giren uygulamalar ya da tasarruflar olduğunu söylenebilir³⁸². Bu bağlamda, idari yaptırım niteliğinde olan idari işlemler ya da kararlar, idare hukuku ilke ve kurallarına bağlıdır³⁸³. Başka deyişle, *idari yaptırımların hukuki rejiminin belirlenmesinde idari işlemin kimliğinin göz önünde tutulması gerekmektedir*³⁸⁴.

Bununla birlikte, BTK’nın yukarıda yer verilen idari yaptırım niteliğinde kararlarının bağlı olduğu hukuksal düzen yönünden, idare hukuku bağlamında temel ilke ve

³⁸¹ Çolak (BDDK), s.246.

³⁸² Guido Zanobini, “*İdari Müeyyideler*”, AÜSBF Yayınları, (Çev: Yılmaz Günel), Ankara, 1964, s.25

³⁸³ Mustafa Karabulut, “*İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*”, Turhan Kitabevi”, Ankara, 2008, s.14.

³⁸⁴ Turgut Tan, “*İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki Güvenceler*”, Hukuk Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları (İnsan Hakları 2 Serisi), 2004, s. 98.

kurallarının belirlenmesi gerekliliği bulunmaktadır. Bu, idarenin doğrudan temel hak ve özgürlüklere müdahalesi anlamında hukuk devleti yönünden önem taşımaktadır. Bu kapsamda olmak üzere en başta idari yaptırım kararlarının, hukuk devletinin en önemli maçları arasında yer alan ve anayasal güvence altına alınan kişi hak ve özgürlüklerine Anayasa ve yasalarla belirlenen temel ilke ve kurallara aykırı olmaması gerekmektedir. Anayasal düzende temel hak ve özgürlüklerin ancak bir yasa ile sınırlandırılması gerektiğine ilişkin düzenleme doğrultusunda; idarenin bu türden kararlarının yasal bir dayanağının bulunması, yasal düzenlemelerle temel çerçevenin belirlenmesi ve bu bağlamda ikinci düzenlemeler yapılabileceğinin açıkça belirtilmesi, idari yaptırım kararlarının alınmasında usul-yöntem ve yetki konusunun açıkça belirlenmesi, belirsizlikten uzak düzenlemelerin yapılması zorunluluğu bulunmaktadır³⁸⁵. İdari işlev içinde kabul edilen idari yaptırım kararlarının Anayasa'nın 125. maddesi gereğince yargısal denetim yolunun açık olması gerekmektedir. Her durumda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilen durumlarda, örneğin yalnızca alt ve üst sınırları gösterilen idari parasal yaptırımlar, takdir yetkisinin hukuka ve yasaya uygun kullanılıp kullanılmadığı yönünde de yargısal denetiminin yapılması gerekmektedir. Aynı zamanda idari yaptırım kararları yönünden temel ilkelerden biri olarak ölçülülük ilkesine uygun işlem ya da uygulamaların yapılması zorunludur. Böylece, idarenin işlem ve eylemi ile ulaşılmak istenen amaç arasında dengenin kurulması sağlanmış olunacaktır³⁸⁶. Danıştay'ın bir kararında³⁸⁷ da ifade edildiği üzere, *idarenin yaptırım konusunda düzenleme yetkisi kabul edilse bile, bu yetki sınırsız bir yetki olmayacaktır. İdare, idari yaptırımlar uygulanırken" ölçülülük ilkesini" gözönünde bulundurmak zorundadır. Çünkü, nasıl ki, işlenen suç ile verilen ceza arasında adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun bir nisbet bulunması gerekiyorsa, yaptırımlar alanında da aynı ilke ve kuralın geçerli olduğunu kabul etmek gerekir; ölçülülük ilkesi, kamu düzenini bozan veya bozmaya yönelmiş eylemlere uygulanacak yaptırımın, bu düzeni korumaya veya bozulmuş ise yeniden tesis etmeye yetecek kadar olmasını ifade eder. Diğer bir ifadeyle, yasaklanmış davranış ile uygulanacak yaptırım arasında makul bir orantının*

³⁸⁵ Bkz. Oğuz Sancakdar, "İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukuku'ndaki Anayasal Temelleri", içinde: İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, editörler: İlhan Ulusan-Funda Başaran Yavaşlar, Seçkin Yayınları, 2009, s. 71 vd.; *Karabulut*, s.113 vd.

³⁸⁶ Yücel Oğurlu, "İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme" Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, sy. 1-2, Erzincan, 2000, s.147.

³⁸⁷ Danıştay 13. Daire, E. 2005/149, K.2005/2325, T.26.4.2005, (www.danistay.gov.tr).

bulunması gerekir. Bu nedenle, kanunda kullanılan "gerekli her türlü tedbir" ifadesini, ölçülülük ilkesi çerçevesinde anlamak ve uygulamak gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin de düzenleyici ve denetleyici kurumların idari yaptırım niteliğinde kararlarla ilgili yasal düzenlemeler bu ilkenin gözetilmesi gereklilinden sözettiği kararları bulunmaktadır³⁸⁸. Öte yandan idari yaptırım niteliğinde kararlarının

³⁸⁸ Bu kapsamda örnek vermek gerekirse; BTK'nın idari ücretler ya da kullanım hakkı ücretlerinin ödenmemesi durumunda işletmecilere yönelik uyguladığı idari yaptırım olan "yetkilendirmeyi iptal etme" yetkisine yer verilen yasal düzenlemenin (md.60) Anayasa Mahkemesi kararları karşısında uygunluğu tartışmalıdır. Şöyle ki; idari yaptırım yetkisine yer verilen 60.maddede, BTK'nın kullanım hakkı ve öteki yetkilendirme koşullarına uyulmasını izleme ve denetleme görev ve yetkisinden sözedilmiş, ardından idari yaptırımların; "idari para cezası verme", "işletmecinin tesislerini tazminat karşılığında devralma", yetkilendirme ücretinin ödenmemesi ya da ağır kusur durumunda verdiği "yetkilendirmeyi iptal etme" ve "durumun gerektirdiği öteki önlemler alma" olduğu düzenlenmiştir. Bu yaptırımlar arasında sayılan ve yetkilendirme ücretinin ödenmemesi durumunda başvurulabilecek "yetkilendirmeyi iptal etme" doğrudan tecimsel ortaklık (anonim ve limited ortaklık) olan "işletmeci" statüsünü sona erdirmesi yönünden idari, icrai, tek yönlü bir idari işlem olarak idari yargıda dava konusu olacak nitelikte olduğu kadar, aynı zamanda Anayasa'da yer alan "çalışma ve sözleşme özgürlüğü" ile kanımca elektronik haberleşme hizmetlerinin sekteye uğrayacak olması karşısında "haberleşme özgürlüğü"ne doğrudan etkisi yönünden de temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşımaktadır. Durum böyle iken, Türk hukuk mevzuatında *mülga* 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'daki RTÜK'ün gelir ve idari para cezalarının tahsilini düzenleyen 13.maddede yer alan düzenleme ile EHK'nın az önce anılan düzenlemesinin birbiriyle örtüştüğü görülmektedir. 3984 sayılı Yasa'nın anılan maddesinde, RTÜK'ün yayıncı kuruluşların reklam gelirlerinden belli oranda pay alacağı; bu bedelin ödenmesinde gecikilmesi durumunda, ilgili yayın kuruluşunun uyarılarak yedi gün içinde ödeme yapmasının istenileceği, belirtilen tarihlerden itibaren iki ay içinde ödeme yapılmaz ise, RTÜK tarafından "yayın izninin" ve "lisansın" iptaline karar verileceği ve ödenmeyen kurum gelirinin icra yoluyla tahsil olunacağı ve son olarak gecikilen ödemeler için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanacağı düzenlemesine yer verilmişti. İşte bu yasal düzenlemenin kendisine tanıdığı idari yaptırım yetkisini kullanan RTÜK 2008 ve 2010 yıllarında iki yayıncı kuruluş hakkında 13.maddede yer alan düzenlemeyi gerekçe göstererek yayın izninin ve lisansın iptaline karar vermiştir. Bu idari işlemlere karşı açılan iptal davasında Ankara İdare Mahkemesi, 3984 sayılı Yasa'nın 13.maddesinde "...iki ay içinde ödeme yapılmazsa, Üst Kurulca yayın izninin ve lisansın iptaline karar verilir..." ibaresinin Anayasa'nın 26.maddesinde yer alan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvuru kararı vermiştir. Anayasa Mahkemesi, 3984 sayılı Yasa'nın 13.maddesinde yer alan ve ödeme yapılmadığı zaman uygulanan idari yaptırım yetkisinin, Anayasa'nın 2.maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğuna oybirliğiyle karar vermiştir. Yüksek Mahkemenin kararda yer verdiği gerekçeler önemlidir. Anayasa Mahkemesi, Üst Kurul tarafından yapılan uyarıya karşın 3984 sayılı Yasa'da öngörülen iki aylık süre içinde reklam geliri üst kurul payının ödenmemesi nedeniyle yayıncı kuruluşun lisansının ve yayın izninin iptal edilmesinin, idari yaptırım niteliği taşıdığı; yasa koyucunun idari yaptırıma konu eylemleri (kabahatleri) ve bu eylemler karşılığında uygulanacak yaptırımları belirleme konusunda anayasal sınırlar içerisinde takdir yetkisi bulunduğunu, ancak bu eylemler ile yaptırımlar arasında adil (makul, kabul edilebilir, hakkaniyetli A.Ö) bir dengenin bulunmasının hukuk devleti ilkesinin bir

gerekçeli olması, işleme karşı başvuru yollarının gösterilmesi gereği de bulunmaktadır³⁸⁹.

d. Uzlaştırma Yetkisi (Uyuşmazlık Çözme İşlevi)

Düzenleyici ve denetleyici kurumların regülasyon etkinliği çerçevesinde sahip olduğu bir yetki de ilgili piyasada işletmeci ya da operatör statüsünde olan firmalar arasında sektörel nitelikte uyuşmazlıkları çözme başka deyişle tarafları uzlaştırma yetkisidir. İşletmecilerin etkinlik gösterdikleri alanının teknik ve karöaşık özellikleri,

gereği olduğu görüşündedir. Bu görüşten hareketle, eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil dengenin, hukuk literatüründe “ölçülülük ilkesi” olarak da adlandırıldığı ve bu ilkenin alt ilkelerinin de, “elverişlilik”, “zorunluluk” ve “orantılılık” ilkeleri oluşturduğu açıklamasına yer veren Yüksek Mahkeme, “İtiraz konusu kuralla öngörülen yayın izni ve lisansın iptali yaptırımı ile reklam geliri üst kurul payının zamanında ödenmesinin amaçlandığı kuşkusuzdur. Bu çerçevede, söz konusu yaptırımın hedeflenen amaca ulaşma bakımından elverişli olduğu söylenebilir ise de itiraz konusu kuralın yer aldığı maddede, geciken ödemeler için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanacağı özel olarak düzenlendiği de gözetildiğinde, bu yolla tahsili mümkün olan bir alacak nedeniyle özel radyo veya televizyonun yayın izni ve lisansının iptal edilmesinin Üst Kurul alacağının tahsili bakımından zorunlu olduğundan söz edilmesi olanaklı olmadığı gibi, bu yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantı da bulunmamaktadır. Bu durum ise yaptırma konu eylem ile yaptırım ilişkisinde ölçülülük ilkesinin ihlali sonucunu doğurmakta ve hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır” biçiminde gerekçeye yer vererek itiraz konusu yasal düzenlemenin iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararında yer verdiği gerekçelere bakıldığında ya da bu gerekçelerden hareketle EHK’nın 60.maddesindeki “(...) yetkilendirme ücretinin ödenmemesi...halinde verdiği yetkilendirmeyi iptal etmeye yetkilidir (...)” biçimindeki düzenlemesinin Anayasa’ya uygunluğu tartışmalıdır. Çünkü EHK’nın “Yetkilendirme Ücreti” kenar başlıklı 11.maddesinde idari ücretlerin ya da kullanım hakkı ücretlerinin ödenmemesi durumunda BTK’nın bildirim üzerine 6183 sayılı Kanun hükümleri uyarınca ilgili vergi dairesi tarafından tahsil edilip ve Kuruma gelir kaydedileceği özel düzenlemesine yer verilmesiyle, Anayasa Mahkemesi’nin söylediği biçimde icra yoluyla tahsili olanaklı bir alacak nedeniyle elektronik haberleşme etkinliğini kesmek kanımca hiç değilse haberleşme özgürlüğüne müdahale sonucu doğuracağından yaptırım ile ulaşılmak istenilen amaç arasında makul bir denge bulunmamaktadır.

³⁸⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin “Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması” başlıklı tavsiye kararı ekinde yer alan düzenlemeye göre, idari işlemler, ilgilinin hak ve özgürlük ya da bir menfaatini zedelemekteyse, bunlara karşı başvuru yolları ve sürelerinin gösterilmesi gerekmektedir. Geniş bilgi için bkz. Yücel Oğurlu, “İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Koruma”, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s.237 vd.; Özgürlüğü bağlayıcı olmayan cezalar (para cezaları) bakımından, idarenin doğrudan özgürlüğü bağlayıcı olmayan ceza verebilmesinin, belli koşullarda adil ve yargılanma hakkına aykırılık oluşturmayacağı varsayımından hareketle Kabahatler Kanunu 27/1. Maddesi ile bir düzenleme yapılmıştır. Anılan düzenlemede idari yaptırım kararlarına karşı, tebliğ ya da tefhimden itibaren on beş gün içinde sulj-h ceza mahkemesine başvurulabilmesi adil yargılanma hakkına aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-Oğuz Sancakdar-Rıfat Murat Önok, “İnsan Hakları El Kitabı”, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2009, s.172.

yargı yoluna gidilerek çözümün uzun zaman alması gibi nedenler, bu tür organlara uyuşmazlık çözme yetkisi tanınmasına da yol açmıştır³⁹⁰. Fransa’da öngörülen sistme benzer biçimde Ülkemizde de yürürlükte olan hukuksal düzenlemeler de bu yöntemin uygulandığı görülmektedir. Örneğin Fransa’da telekomünikasyon (elektronik haberleşme) alanında kurulan düzenleyici ve denetleyici organ olan ART’nin³⁹¹ ve Ülkemiz özelinde BTK’nın ya da EPDK’nın³⁹² bu türden bir yetkiyle donatıldığı bilinmektedir³⁹³.

EHK’da yapılan düzenlemeye göre, işletmeciler arasında uzlaştırma yöntemini işletmek, uzlaşma sağlanamadığı takdirde, ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılincaya kadar geçerli olmak üzere gerekli önlemleri almak yetkisi, BTK’ya verilmiştir (md.6/d). Bu kapsamda olmak üzere, elektronik haberleşme hizmetleri alanında, “erişim” olarak adlandırılan ve EHK’da belirtilen koşullarla, elektronik haberleşme ağı, alt yapısı ve/veya hizmetlerinin, diğer işletmecilere sunulması gerekmektedir.

Buna göre, EHK’nın öngördüğü düzende erişim anlaşmaları taraflar arasında ilgili mevzuata ve BTK düzenlemelerine aykırı olmamak kaydıyla serbestçe kabul edilerek imzalanır. Bu bağlamda taraflar arasında imzalanan sözleşmenin BTK tarafından tescil edilmesi, onaylanmasına gerek yoktur. Başka deyişle işletmecilerin kendi aralarında rızaen imzaladıkları sözleşmelerin üzerinde BTK’nın bu anlamda tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Ancak taraflar arasında erişim isteminden itibaren en fazla iki ay içerisinde anlaşma kurulamazsa ya da yapılmış erişim sözleşmesinde EHK kapsamında herhangi bir anlaşmazlık ortaya çıkması durumunda BTK, *taraflardan*

³⁹⁰ *Gözbüyük-Tan (Cilt I, 2007)*, s.394.

³⁹¹ Fransa’da ART’nin (L’Autorite de regulation des telecommunications) statüsünün öteki bağımsız idari otoritelere göre “özgünlüğünün” uyuşmazlık çözme yetkisinden kaynaklandığı, nitekim adli yargıya koşut olarak aynı uyuşmazlıkları çözme konusunda gerçek bir “yargısal işlev” yerine getirdiği kabul edilmektedir. *Gözbüyük-Tan (Cilt I, 2007)*, s.394.

³⁹² Bkz. Elektrik Piyasası Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliği, (R.G., T.14.4.2009; Sy.27200)

³⁹³ Ülkemiz uygulaması için öteki örnek ise İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği’nde (R.G., T.19.2.1996; Sy. 22559) görülmektedir. Buna göre, borsa üyesi ile borsada yatırım yapmak isteyen müşterisi arasında konusuna göre yapılan çeşitli sözleşmeler (örneğin, alım-satım sözleşmesi, portföy yönetim sözleşmesi, kredi kullanım sözleşmesi gibi..) esas olarak özel hukuk hükümlerine bağlıdır. Bkz. Meltem Kutlu, *“İstanbul Menkul Kıymetler Borsası, İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme”*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 203 vd. Bununla birlikte anılan Yönetmeliğin 42. maddesinde “Borsa üyeleri arasında veya Borsa üyeleri ile müşterileri arasında Borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar, bu Yönetmelikte belirtilen usul ve esaslar içinde çözümlenir” düzenlemesi yapılarak, taraflar arasında özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlığı İstanbul Menkul Kıymetler Borsası’nca çözümlenmesine de olanak verilmiştir.

*herhangi birinin başvurusu üzerine, belirleyeceği esaslar çerçevesinde taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işletmeye ve/veya geçici ücretin belirlenmesi de dahil olmak üzere, kamu yararı açısından gerekli gördüğü önlemleri almaya ya da uzlaştırma istemini reddetmeye yetkilidir (EHK, md.18)³⁹⁴. BTK, uzlaştırma sürecinde tarafların anlaşamaması durumunda, erişim anlaşmasının anlaşmazlık konusu olan hüküm, koşul ve ücretlerini, belirlenen istisnai durumlar dışında iki ay içerisinde belirlemeye yetkili kılınmıştır. *Belirlenen hüküm, koşul ve ücretlerin, işletmeciler tarafından mevzuat ve BTK düzenlemeleri çerçevesinde aksi kararlaştırılmaya kadar uygulanmasına devam edilmektedir*³⁹⁵.*

BTK'nın uzlaştırma yetkisi ya da bir anlamda uyuşmazlığı çözüme yetkisi çerçevesinde alınan kararların hukuki niteliğinin ne olduğu üzerinde durulmaya değer görülmektedir. BTK'nın uzlaştırma yönteminde hangi statüyle hareket etmektedir? Başka bir anlatımla, BTK'nın buradaki işlevi, yargı benzeri bir işlev midir? Ya da BTK'nın uzlaştırma yöntemiyle aldığı kararlara karşı yargısal yollara başvurulabilir mi?

Bilindiği gibi “*erkler ayrılığı*” ilkesini benimseyen anayasal sistemimizde yasama, yürütme ve yargı erkleri asli işlevlerini başta Anayasa olmak üzere yasaların belirlediği biçimde kullanmaktadırlar. Bunlar arasında “*yargı erki*” yetkisini, Türk ulusu adına bağımsız mahkemeler aracılığıyla kullanmaktadır (AY, md.9). Bununla

³⁹⁴ Konuyla ilgili aynı zamanda paralel düzenlemenin BTK tarafından hazırlanan “*Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği*”nin 18. maddesinde yapıldığı görülmektedir. Bkz. R.G., T. 8.9.2009; Sy.27343

³⁹⁵ BTK'nın uzlaştırma kararına bir örnek vermek gerekirse; BTK'nın 8.6.2010 tarih ve 2010/DK-07/348 sayılı uzlaştırma kararında, Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 19. maddesi, Numara Taşınabilirliği Yönetmeliği'nin 17. maddesi ve ilgili diğer mevzuat kapsamında, Türk Telekomünikasyon A.Ş. (Türk Telekom) ile Turknet İletişim Hizmetleri A.Ş. (Turknet) arasında Turknet şebekesinde çağrı sonlandırılmasına yönelik erişim talebine ilişkin olarak; Türk Telekom'un, Turknet şebekesinde sonlandırılmak üzere kendi şebekesinde başlatılan çağrılarının Turknet şebekesine yönlendirilmesi yükümlülüğünü,

i) Alternatif transit trafik güzergâhlarının kullanılması yolu ile yerine getirmesi durumunda, aldığı transit hizmet(ler)iyile Turknet şebekesinde çağrı sonlandırmanın fiilen gerçekleştirilebileceğini işbu Kurul Kararı'nın tebliğini müteakip 30 (otuz) gün içerisinde kanıtlaması,

ii) Turknet ile doğrudan arabağlantı gerçekleştirerek yerine getirmesi durumunda, diğer STH işletmecilerinin şebekelerinde çağrı sonlandırma hizmetine ilişkin olarak imzalamış olduğu arabağlantı sözleşmesinin Ek'te yer alan hüküm ve koşullar doğrultusunda düzenlenerek Türk Telekom ile Turknet arasında imzalanması ve sözleşmelerin imzalı nüshalarının işbu Kurul Kararı'nın tebliğini müteakip en geç 45 (kırkbeş) gün içerisinde Kurumumuza sunulması, karar vermiştir. Bkz. http://www.btk.gov.tr/mevzuat/kurul_kararlari/dosyalar/uzlastirma2010DK-07355.pdf#search=%22uzlastirma%22 (erişim tarihi: 5.5.2012).

birlikte Anayasa'nın "Yargı" başlıklı "Üçüncü Bölüm"ünde, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir (md.142). Bununla birlikte, Anayasa'nın aynı bölümünde, yargıçların, görevlerinde bağımsız oldukları; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verecekleri ve ayrıca, hiçbir organ, makam, merci ya da kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve yargıçlara emir ve talimat veremeyecekleri; genelge gönderemeyecekleri; öneri ya da yönlendirmede bulunamayacaklarından söz edilmiştir (md.138). Bu anayasal düzenlemelerden hareketle kişiler arasında hukuksal bir uyuşmazlığı pozitif hukuk metinlerinde yer alan yargılamaya ilişkin ilke ve kurallara göre *kesin* olarak çözmek yetkisinin bağımsız mahkemelere verildiği kabul edilmektedir. Ancak yine bilinmektedir ki, Türk hukuk sisteminde, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümlenmesini özel kişilere bırakması olarak açıklanan³⁹⁶ "tahkim" yoluna başvurabilirler. Bu yöntemler taraflar kendi iradeleriyle aralarındaki hukuksal uyuşmazlığı çözüme konusunda yetkiyi özel kişilere devretmektedir ve tahkim yargılamasında medeni yargılamaya ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Bu çerçeveden bakıldığında BTK'nın uzlaştırma yetkisinin düzenlendiği EHK ve ilgili Yönetmelik hükümlerine bakıldığında uzlaştırma yönteminde yargısal nitelikte uygulamaların yapıldığı görülmektedir. Örneğin, başvuru yöntemi, tarafların savunmaları, süreleri, belge ve bilgi istenmesi vb. Ancak BTK'nın buradaki işlevi her ne kadar taraflar arasında uzlaşmayı sağlamak olsa da, niteliği gereği bu yukarıda tanımlandığı biçimiyle bir "tahkim yargılaması" değildir. Aynı zamanda BTK'nın bu yöntemin işletilmesi aşamasında "yargı yeri-mahkeme" olarak da kabul etmenin bir olanağı bulunmamaktadır. Kutlu'nun da değindiği gibi³⁹⁷, düzenlenleyici ve denetleyici kurumların temel işlevlerini yerine getirirken

³⁹⁶ Baki Kuru-Ramazan Arslan-Ejder Yılmaz, "Medeni Usul Hukuku", Genişletilmiş Onbeşinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s.933.

³⁹⁷ Bkz. Kutlu (SPK), s. 526-527. Düzenleyici ve denetleyici kurumların uzlaştırma ya da uyuşmazlığı çözüme türünden yetkisi kapsamında tartışılan bir konu da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında bu tür organların "mahkeme" olarak kabul edilip edilmeyeceği ve ayrıca uygulamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "adil yargılanma hakkı"nı düzenleyen 6. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. AİHM'e göre, bir organa sözcüğün maddi anlamında "yargı yeri" özelliği kazandıran nitelik, onun yargısal işlevidir; yani, yetki alanına giren uyuşmazlıklar hakkında, hukuk kurallarına dayanarak ve önceden öngörülmüş bir usule göre yürüttüğü yargılamadan sonra karar vermesidir (Bkz. H v. Belçika kararı, 30.11.1987; 8950/80 sayılı karar, kaynak: <https://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=152>, erişim tarihi: 5.5.2012). Bu tanım bağlamında bir organın, yargısal organ olarak kabul edilebilmesi için onun zorunlu olarak yargı organları arasında sayılması gerekmez, bu organ aynı zamanda yargısal görevlerin dışında başka görevleri de yerine getirebilir diyen Kutlu, AİHM'in ulusal hukukutaki mahkeme kavramı ile bağlı olmadığına göre,

bağımsız olması olması ya da karar verirken yargılama benzeri yollar kullanması, bu kurumların “mahkeme” olarak kabul edilmesi için yeterli değildir. Bu bağlamda BTK’nın uzlaştırma yoluyla verdiği karar yargılama hukuku yönünden, “kesin nitelikte” değildir. Nitekim yukarıda EHK’nın ilgili düzenlemesinde de uzlaşma yöntemiyle verilecek karar ya da hüküm *koşul ve ücretlerin, işletmeciler tarafından mevzuat ve BTK düzenlemeleri çerçevesinde aksi kararlaştırılıncaya kadar uygulanacaktır ancak taraflar isterlerse sonradan bunun aksine sözleşme yapabilirler.*

Son olarak değinilmesi gereken bir öteki konuda da, BTK’nın uzlaşma yöntemiyle aldığı kararların yargısal denetime açık olup olmadığıdır. Kanımca, niteliği gereği teknik ve uzmanlık gerektiren bir konu olması ve kamu hizmeti olarak kabul ettiğimiz elektronik haberleşme hizmetlerinin sürekliliğinin sağlanması, hizmetin geçikmesinin önüne geçilmesi gibi nedenlerle BTK’nın hızlı ve pratik bir sonuca ulaşabilmesi amacıyla uzlaşma yönteminin kabul edilmesi haklı görülse bile, yasal düzenlemelerde aksine hüküm olmadığı sürece BTK’nın idari işlevine giren bir konuda verdiği bu tür kararların Anayasa’nın 125. Maddesi çerçevesinde idari yargı yerlerince denetiminin yapılabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir³⁹⁸. Nitekim Danıştay’ın yeni sayılabilecek bir kararında, BTK’nın bir işletmeci ile Türk Telekom A.Ş. arasında uzlaştırma isteminin reddine ilişkin kararının ilk derece mahkemesi olarak idare mahkemesinde görülmesini görev yönünden bozduğu kararda, bu türden bir kararın yargısal denetiminin yapılacağı sonucuna varan bir kararı bulunmaktadır³⁹⁹.

yaptırım uygulayan bağımsız idari otoritelerin mahkeme olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği konusunda da öte, bu tür kararların verilme sürecinin AİHS’nin 6. maddesine uygun olması gerekmektedir. Bununla birlikte Yazar, bu tür organların uyuşmazlık çözme işlevine ilişkin kararının yargısal nitelikte kesin hüküm olmadığından, bu kararlara karşı doğrudan AİHM’ne başvurulmasının önkoşullar yönünden olanaklı olmadığını belirtmektedir (Kutlu, SPK, s.524-527.).

³⁹⁸ Aksi görüş için bkz. Begüm İşbir, “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun Uzlaştırma Yetkisi”, Gazi Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Cilt XIV, Yıl 2010, Sayı 1, s.363.

³⁹⁹ Danıştay 13. Dairesi, E.2009/2335, K.2010/2589, T.29.3.2010, (www.hukukturk.com.tr).

e. Danışma İşlevi (Görüş Bildirme ve Öneride Bulunma İşlevi)

Düzenleyici ve denetleyici kurumların bir başka işlevi de, kendi görev alanlarıyla ilgili olarak kamu kurum ve kuruluşlarına görüş, düşüncelerini bildirmek ya da önerilerde bulunmak yoluyla “*danışmanlık hizmeti*” vermektir⁴⁰⁰. Görüş bildirme biçiminde gerçekleşen danışmanlık hizmeti verilmesinin gerekçesi, sözkonusu kurumların regülasyon etkinliğini pekiştirmek olarak kabul edilmektedir⁴⁰¹. Bu tür kurumların kuruluş, işleyiş ile görev ve yetkilerinin düzenlendiği yasal düzenlemelerde, bu kurumlara “*danışmanlık hizmeti*” verme görevinin yükletildiği görülmektedir. Örnek vermek gerekirse; doğalgaz, petrol, elektrik ve LPG piyasasında düzenleme ve denetleme yetkisine sahip Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu’nun sayılan bu alanlara ilişkin olarak görüş ve düşüncelerini hazırlayarak ilgili bakanlığa ya da kamu kurum ve kuruluşlarına sunmakla görevli olduğu 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun ilgili maddelerinde açıkça düzenlenmiştir. Bunun gibi EHK da elektronik haberleşme piyasasında benzer bir görevi BTK’ya yüklemiştir.

Bu çerçevede EHK’nın öngördüğü düzende, BTK’nın Rekabet Kurumu’na sunduğu görüş, anılan işleve örnek olarak verilebilir. Aşağıda da belirtileceği üzere Rekabet Kurumu elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde, birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle BTK’nın görüşünü ve yapmış olduğu düzenleyici işlemleri dikkate almak zorundadır⁴⁰². Aynı biçimde BTK da EHK ve bu yasaya dayanılarak yapılan düzenlemelere aykırı olarak, elektronik haberleşme sektöründe ortaya çıkan rekabet ihlallerini denetlemek, yaptırım uygulamak, mevzuatın öngördüğü durumlarda elektronik haberleşme sektöründe rekabet ihlallerine ilişkin konularda Rekabet Kurumundan görüş almak durumundadır⁴⁰³. Burada da görüş bildirme işlevini Rekabet Kurumu üstlenmiştir.

⁴⁰⁰ Gözübüyük-Tan (Cilt I, 2007); Sancakdar (İdare Hukuku), s.278;

⁴⁰¹ Çakmak, s. 72.

⁴⁰² Bkz. EHK, md.7/2.

⁴⁰³ Bkz. EHK, md.6/b.

3. Öteki İdareler

a. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu

Ülkemizde bilindiği gibi, radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetleri sektörünü düzenlemek ve denetlemek amacıyla, idari ve mali özerkliğe sahip, tarafsız bir kamu tüzel kişiliği niteliğinde Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) kurulmuştur. Üyeleri Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilen, mali yönden Sayıştay'ın denetimine bağlı bu kurum, niteliği itibariyle bir bağımsız idari otorite olarak kabul edilmektedir. RTÜK'ü öteki düzenleyici ve denetleyici kurumlardan ayıran özellik, bu idari kurumun aynı zamanda anayasal bir organ olmasıdır. Nitekim Anayasa'nın 133. maddesinde 1993 yılında yapılan değişiklikle, RTÜK kendine Anayasa'da yer bulmuştur. Her ne kadar RTÜK'ün idari ve mali özerkliği Anayasa ile değil⁴⁰⁴, 6112 sayılı "Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun"⁴⁰⁵ ile tanınmış olsa da, RTÜK'ün statüsü anayasal güvenceye bağlanmıştır.

Elektronik haberleşme alanında temel olarak düzenleme yetkisi BTK'ya ait olmasına karşın, yasa koyucu 6112 sayılı Yasa'da yaptığı kimi düzenlemelerle bu alandaki kimi düzenlemeleri yapma yetkisini RTÜK'e vermiştir. Bu bağlamda RTÜK'e verilen düzenleme yetkisi radyo ve televizyon yayınlarının düzenlenmesiyle ilintilidir. Bu kapsamda 6112 sayılı Yasa'ya göre⁴⁰⁶:

1. Ulusal frekans planında karasal radyo ve televizyon yayınları için 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu hükümlerine göre RTÜK'e öngülenen frekans bantları çerçevesinde televizyon kanal ve radyo frekans planlamalarını yapmak ya da yaptırmak ve uygulamak,
2. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun görev ve yetkileri saklı kalmak kaydıyla, platform⁴⁰⁷, multipleks⁴⁰⁸, altyapı işletmecileri⁴⁰⁹ ile verici tesis

⁴⁰⁴ *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s.475.

⁴⁰⁵ R.G., T.3.3.2011; Sy.27863.

⁴⁰⁶ Anılan Yasa'da RTÜK'ün görev ve yetkileri 37. maddede düzenlenmiştir.

⁴⁰⁷ *Platform işletmecisi*: Çok sayıda yayın hizmetini bir veya birden fazla sinyal hâline getirerek uydu, kablo ve benzeri ortamlardan şifreli ve/veya şifresiz olarak izleyicinin doğrudan alacağı şekilde iletimini sağlayan kuruluştur (6112 sayılı Yasa, md.3/p).

⁴⁰⁸ *Multipleks işletmecisi*: Karasal ortamdan sunulacak birden fazla yayın hizmetinin, bir veya birden çok sinyal hâline gelecek şekilde birleştirilerek, medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar ile altyapı işletmecisi veya verici tesis ve işletim şirketi arasında iletimini sağlayan kuruluştur (6112 sayılı Yasa, md.3/n).

⁴⁰⁹ *Altyapı işletmecisi*: Yayın hizmeti iletim altyapısını işleten kuruluştur (6112 sayılı Yasa, md.3/a).

ve işletim şirketinin radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerinin iletimi etkinliklerine ilişkin uymaları gereken idari, mali ve teknik koşulları belirlemek, bunlara yayın iletim yetkisi vermek ve gerektiğinde iptal etmek,

3. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla ve bireysel amaçlı iletişim yöntemleri hariç, teknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan yeni yayın iletim yöntemleri de dahil olmak üzere yayın hizmetleri ile ilgili düzenlemeler yapmak ve deneme yayını izni vermek, yetkisi RTÜK'e verilmiştir.

6112 sayılı Yasa'da RTÜK'ün, elektronik haberleşme alanıyla ilgili olarak yukarıda yer verilen düzenleme yetkisi bağlamında aynı zamanda denetim yetkisi de bulunmaktadır. Bu, elektronik haberleşme alanında kamu düzenini sağlamaya dönük ekonomik kolluk etkinliği içine girdiğine göre, aynı anda BTK ve RTÜK'ün yetkilerinin çatışması (kolluk çatışması) sözkonusu olabilir mi? Bu durum olasıdır. Yasa koyucu bu sorunun yaşanmasının önüne geçebilmek için 6112 sayılı Yasa'da özel bir düzenleme yaptığı görülmektedir. Bu bağlamda anılan Yasa'nın 44. maddesinde, yayın hizmetlerinin iletimine ilişkin teknik ve idari konularda RTÜK ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu işbirliği yapacağı; BTK tarafından elektronik haberleşme hizmetlerini sunmak üzere yetkilendirilen işletmecilerin, elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin olarak BTK'nın düzenlemelerine bağlı olacağı; ancak, bu işletmecilerden yayın hizmetlerinin iletimi için etkinlikte bulunmak isteyenlerin, 6112 sayılı Yasa uyarınca RTÜK'ten gerekli yayın iletim yetkisini almak ve RTÜK'ün düzenlemelerine uymak koşuluyla etkinliklerini yürütebilecekleri; medya hizmet sağlayıcı kuruluşların, yayın hizmetlerinin iletiminde kullandıkları radyolink cihaz ve sistemleri için gereken izinleri, ilgili mevzuat çerçevesinde BTK'dan alacakları; ulusal ve uluslararası hava ve deniz seyrüsefer (trafik) sistemlerine radyo ve televizyon sistemlerinden zararlı enterferanslar⁴¹⁰ gelmesi durumunda, BTK'nın can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürmemek amacıyla enterferansa neden olan vericileri yerinde saptayarak, geçici olarak kapatma kararı verip, durumu RTÜK bildireceği, bununla birlikte RTÜK'ün

⁴¹⁰ *Elektromanyetik girişim (Enterferans)*: İlgili mevzuat hükümlerine uygun olarak yapılan her türlü elektronik haberleşmeyi engelleyen, kesinti doğuran veya kalitesini bozan her türlü yayın veya elektromanyetik etkiyi ifade etmektedir (EHK, md. 3/o).

6112 sayılı Yasa çerçevesinde gerekli yaptırımları ayrıca uygulayabileceği; radyo ve televizyon sistemlerinin öteki bantlarda etkinlik gösteren yayın dışı sistemler tarafından enterferansa maruz kalması durumunda RTÜK'ün, durumu BTK'ya bildireceği ve BTK'nın, RTÜK tarafından bildirilen enterferansın giderilmesi için gerekli önlemleri acilen alacağı; BTK'nın uluslararası düzenlemeler ve ulusal frekans planı çerçevesinde RTÜK'ün görüşünü alarak frekans bantlarında değişiklik yapabileceği, düzenlemesine yer verilmiştir⁴¹¹.

b. Rekabet Kurumu

Türkiye'de mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde oluşması ve gelişmesinin sağlanmasına yönelik düzenleme ve denetleme işlevini yerine getirmek üzere idari ve mali özerkliğe sahip, ayrı bir kamu tüzelkişiliği olan Rekabet Kurumu kurulmuştur. Kurum, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun uyarınca, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile ilişkilendirilmiştir. Hukuksal niteliği gereği bağımsız idari otoriteler arasında yer alan Rekabet Kurumu'nun elektronik haberleşme hizmetleri alanındaki yetkisi, "*denetim*"e ilişkindir. Başka deyişle, Rekabet Kurumun sözkonusu piyasada düzenleme yetkisi bulunmamaktadır. Bu bağlamda Rekabet Kurumunun elektronik haberleşme alanında denetim ve buna bağlı olarak idari yaptırım niteliğinde kararları, Kurumun idari kolluk etkinlikleri arasında kabul edilmektedir.

⁴¹¹RTÜK'ün resmi internet sitesinde, RTÜK ve BTK (eski adıyla Telekomünikasyon Kurumu) arasında 24.3.2006 tarihinde bir protokol imzalandığından sözedilmiş olmasına karşın, protokol metnine ulaşılammıştır. Buna karşın bakılan internet sitesinde anılan protokol ile, "karasal ortamdan ulusal, bölgesel ve yerel yayın yapan radyo ve televizyon kuruluşlarının stüdyo ve vericileri arasında izinsiz karasal link cihazı kullanmalarının ve vericilerden kaynaklanan enterferansların önlenmesi hedefleniyor. Protokol çerçevesinde yayıncılar izin almak suretiyle karasal link kullanabilecekler. Yayıncıların verici ve karasal link envanterleri RTÜK ve TK tarafından paylaşılarak, yayın cihazları standartlara uygun hale getirilecek. İzinsiz veya kaçak radyo ve televizyon yayınlarının belirlenmesi, yayın yerinin tespit edilmesi ve durdurulması ile enterferansların giderilmesi, Milli Monitör Sisteminden (MMS) de istifade edilerek sağlanacak ve daha etkin yayıncılık ortamı tesis edilecek. Sektörel düzenlemeler ve uluslararası kuruluşlar nezdinde yürütülen faaliyet ve işlemlerde de her iki kurum arasında işbirliği yapılacak ve uygulamada birliktelik sağlanacak. İki düzenleyici kurum arasındaki işbirliği sayesinde radyo ve televizyon yayınlarının daha güvenli ve kaliteli iletimi sağlanacağından" sözedilmektedir.

Bkz. http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=0e6236c3-4b02-4d4d-ac88-b09d653f3286 (erişim tarihi: 5.5.2012).

Yukarıda BTK'nın danışma işlevi başlığı altında da sözedildiği üzere, Rekabet Kurumu'nun elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve denetimlerde, sektördeki işletmeciler arasında birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle BTK'nın görüşünü ve yapmış olduğu düzenleyici işlemleri dikkate almak zorundadır⁴¹². Bu bağlamda kanımızca BTK'nın bu görüşü, Rekabet Kurumu için alınması ve uyulması gerekli görüş niteliğindedir. Yine daha önce belirtildiği gibi, BTK da, EHK ve bu yasaya dayanılarak yapılan düzenlemelere aykırı olarak, elektronik haberleşme sektöründe ortaya çıkan rekabet ihlallerini denetlemek, yaptırım uygulamak, mevzuatın öngördüğü durumlarda elektronik haberleşme sektöründe rekabet ihlallerine ilişkin konularda Rekabet Kurumundan görüş almak durumundadır⁴¹³.

EHK'nın öngördüğü düzene bakıldığında, elektronik haberleşme piyasasında rekabete aykırı bir tutum, davranış, uygulama ya da buna benzer bir durum sözkonusu olduğunda, işletmeciyile ilgili denetim yapma ve buna bağlı olarak gerektiğinde idari yaptırım kararını hangi organ verecektir? Rekabet Kurumu mu, yoksa BTK mı? Burada da kolluk yetkilerinde çatışma yaşanması olası görülmektedir. Bu sorulara yanıt verebilmek için az önce yer verilen EHK'nın "*Rekabetin sağlanması*" kenar başlıklı 7. Maddesinin gerekçesine bakmakta yarar olduğunu düşünmekteyiz. Buna göre söz konusu madde gerekçesinde, "*(e)lektronik haberleşme sektöründe işletmecilerin rekabetin tesis edilebilmesi ve sürdürülebilmesine engel teşkil edecek uygulamalarına karşı Kurumun gerekli işlemleri yapabilmesine yönelik zemin oluşturulması hedeflenmektedir*" ifadelerine yer verildikten sonra, hemen ardından konumuzla ilgili olarak şu cümlelere yer verilmiştir: "*Ayrıca, dünya genelindeki düzenleme yaklaşımlarına paralel olarak, elektronik haberleşme sektörü ile ilgili işlemlerde sektörün kendine has özellikleri ve sürekli gelişen yapısı nedeniyle sektöre özgü düzenleyici kurum olan ve ilgili düzenleme çalışmalarını da yürüten Telekomünikasyon Kurumunun görüşü ve yaptığı işlemler esas alınmak durumundadır. Bu çerçevede, ilgili madde hükmü ile Telekomünikasyon Kurumu ve Rekabet Kurumu arasında yetki karmaşası ve farklı kararların çıkmasının engellenmesi ile sektöre ilişkin yapılan işlemlerde tutarlılığın*

⁴¹² Bkz. EHK, md.7/2.

⁴¹³ Bkz. EHK, md.6/b.

artırılması ve belirsizliğin asgariye indirilmesi amaçlanmaktadır". Yasa koyucunun gerekçesinde yer verilen *Telekomünikasyon Kurumu ve Rekabet Kurumu arasında yetki karmaşası ve farklı kararların çıkmasının engellenmesi ile sektöre ilişkin yapılan işlemlerde tutarlılığın artırılması ve belirsizliğin asgariye indirilmesi amaçlanmaktadır* ifadeleri üzerinde durulması gerekmektedir. Elektronik haberleşme alanında işletmecilerin rekabeti ihlal edecek uygulamaları karşısında idari yaptırım kararı alınması, doğrudan temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğinde olduğundan kanımca *sektöre ilişkin yapılan işlemlerde tutarlılığın artırılması ve belirsizliğin asgariye indirilmesi* değil, hukuki güven ilkesi gereğince *tümüyle* ortadan kaldırılmasına yönelik düzenlemeler yapılmasında yarar bulunmaktadır.

Öte yandan konuyla ilgili olarak EHK'da yapılan düzenlemenin yanında BTK ile Rekabet Kurumu arasında 2.11.2011 tarihinde bir protokolün de imzalandığı görülmektedir. *Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ile Rekabet Kurumu Arasındaki İşbirliği Protokolü*⁴¹⁴ olarak adlandırılan belgede, Protokol'ün amacı; *" tarafların elektronik haberleşme sektöründe rekabet ortamının tesisine, geliştirilmesine ve korunmasına yönelik yetki ve görev alanlarına giren konuların karşılıklı işbirliği içinde ele alınmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek, işletmecilerin şikayet veya bildirimlerinin her iki kuruma veya kurumlardan birine iletimini sağlayarak birbirleriyle çelişebilecek nitelikte ve/veya kendisi için en uygun yönde kararlar aldırma amacıyla hareket etmelerini engellemek, ilgili mevzuat ve kavramlar n yorumlanmasında müşterek bir tutum sergilenmesi ve karşılıklı işbirliği ile bilgi aktarımına yönelik kararlar alınmasını sağlamak"* olarak belirlenmiştir. Bu amaç kapsamında olmak üzere sözkonusu Protokol'de:

1. *Bilgi aktarımıyla ilgili*, BTK ve Rekabet Kurumunun kendi mevzuatlarını uygulamak üzere yürüttükleri bir denetim, inceleme, araştırma ya da soruşturma kapsamında gerekli olan ve diğer tarafta bulunabilecek bilgi ve belgeleri diğer taraftan isteyebileceği (md.6);
2. *koordinasyon ve işbirliğiyle ilgili olarak*, tarafların (BTK-Rekabet Kurumu) kendilerine ulaşan, mevzuatlarının tanıdığı sınırların ya da görev ve yetki tanımının dışında kaldığını ancak diğer tarafın mevzuatını

⁴¹⁴Bkz.http://www.btk.gov.tr/elektronik_haberlesme_sektoru/sektorel_rekabet/piyasaanalizleri/dosyal_ar/PROTOKOL.pdf (erişim tarihi: 5.5.2012).

ilgilendirdiğini değerlendirdikleri ve bu mevzuat kapsamında ele alınması gerektiğini düşündükleri ve önemli buldukları şikâyet, bildirim ve sair başvuruları diğer tarafa iletebileceği, herhangi bir başvuru olmaksızın, elektronik haberleşme sektöründe rekabet koşullarını etkileyen ve sektörde rekabetin geliştirilmesine ve korunmasına ilişkin önemli gördükleri hususları da resen diğer tarafa iletebilecekleri (md.8/a) ya da, BTK'nın pazar gücünün kötüye kullanıldığına ilişkin bir başvuru aldığımda, EHK ya da bu Yasa'nın uygulanmasını sağlayan ilgili mevzuat kapsamında konuyla ilgili olarak getirilen ya da makul bir süre içinde getirilmesi planlanan öncül düzenleyici bir yükümlülük bulunmaması durumunda, başvuruyu 4054 sayılı Yasa ya da bu Yasa'nın uygulanmasını sağlayan ilgili mevzuat çerçevesinde değerlendirilmesi ve gerekli işlemlerin yapılması için Rekabet Kurumu'na iletebileceği (md.8/b), veya Rekabet Kurumunun pazar gücünün kötüye kullanıldığına ilişkin bir başvuruyu takiben başvuru konusunun EHK ya da bu Yasa'nın uygulanmasını sağlayan ilgili mevzuat kapsamında doğrudan düzenlenip düzenlenmediğini (işletmecilere yönelik yükümlülük getirilen ya da bir uzlaştırma süreci sonunda karar alınan durumlar gibi) öncelikle dikkate alacağı, bu tür durumlarda, Rekabet Kurumun ilgili başvuruyu BTK'ya iletebileceği, düzenlemelerine yer verildiği görülmektedir.

Türk kamu yönetiminde son dönemlerde sıkça görülen ve kamu kurum ya da kuruluşların kendi aralarında yetki ve görev paylaşımına ilişkin yapılan protokoller⁴¹⁵ idare hukuku yönünden, içdüzen işlemleri olarak kabul edilmesi gerekir, başka bir anlatımla bu türden belgeleri, iptal davasına konu olacak nitelikte tek yanlı, icrai ve kesin niteliklere sahip idari işlem olarak kabul etmenin olanağı bulunmamaktadır. Protokolün genelinin ve özellikle yukarıda yer verilen kimi maddelerin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, elektronik haberleşme alanında rekabeti ihlal eden ya da ettiği savlanan bir uygulamanın, tutum ve davranışın karşılığı olarak, düzene aykırı hareketlerin denetiminde kolluk yetkisinin BTK ve Rekabet Kurumu arasında paylaştırıldığı, bu yetki paylaşımında karşılıklı bilgi ve belge alışverişinin

⁴¹⁵ 28.10.2001 tarih ve 24567 (Mük.) sayılı Resmi Gazete yayımlanan "2002 Yılı Programı"nda sektörel düzenlemelerden sorumlu bağımsız kurumların kendi aralarında ve Rekabet Kurumuyla olan ilişkileri konusundaki görev, yetki ve sorumluluk paylaşımının sınır ve koşullarını belirleyecek iki ve çok taraflı protokoller hazırlayacaktır, denilmektedir. Durum eleştirisi için bkz. Gözübüyük-Tan (Cilt I, 2007), s.391.

yapılmasının önerildiği, rekabete aykırı durumun nitelendirilmesinin bu organlara bırakılarak, yapılacak değerlendirmeye göre hareket edilmesinin önerildiği görölmekte olmasına karşın, bu nitelikte bir konuda yasanın temel ilke ve kuralları belirledikten sonra, teknik ayrıntıları bir yönetmelikle düzenlenmesi yerine -kanımca BTK ve Rekabet Kurumu'nun birlikte hazırlayacağı bir yönetmelik olabilir- bir protokol düzenlenmesi, hukuk devletinin bir ögesi olarak hukuki güvenlik ilkesi, idarenin kanuniliği ilkelerine aykırılık taşımaktadır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ELEKTRONİK HABERLEŞME HİZMETLERİNDE HUKUKSAL DÜZEN

I. Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Kamu Hizmeti Kuramı (Teorisi) Yönünden Değerlendirilmesi

Elektronik haberleşme hizmetlerinin hukuksal niteliğinin belirlenmesi bu etkinliklerin bağlı olacağı ilke ve kuralların ya da hukuk düzeninin bilinmesi yönünden önemlidir. Bu kapsamda yapılacak değerlendirmelerde varılacak sonuç elektronik haberleşme ağ ve hizmetleri alanında yürütülecek etkinliklerin bağlı olacağı disiplinin bilinmesine de yardımcı olacaktır. Bir etkinliğin hangi hukuksal düzenlemeye bağlı olduğunun saptanması bu konuda kimi hukuksal tartışmaların, değerlendirmelerin ve yorumların yapılmasını da zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda özelde elektronik haberleşme hizmetlerinin (ya da telekomünikasyon hizmetlerinin) hukuksal kimliği üzerine yapılacak değerlendirmelerde, hukuksal düzenlemelere (yasa koyucunun iradesine), öğretide yer alan görüşlere ve son olarak ilgili yargı kararlarına değinilecektir. Bu başlık altında elektronik haberleşme hizmetlerinin hukuksal kimliğinin belirlenmesi konusu, kamu hizmeti teorisi yönünden ele alınacaktır. Bu nedenle burada, kamu hizmeti kavramı, kavramın özellikleri, kapsamı ile öğretisi ve yargı kararlarında yapılan kamu hizmeti tartışmalarına başlıkla ilgili biçimde yer verilecektir.

Kamu hizmeti kavramı, kavramın nitelendirilmesi, özellikleri ile hangi tür etkinliklerin kamu hizmeti olduğu, buna kimin ya da kimlerin karar vereceği, niteliği gereği kamu hizmeti kabul edilen etkinliklerin kabul edilip edilmeyeceği ve nihayet kamu hizmetinin kurulup işletilmesinde hangi usul ve esasların geçerli

olduğu/olacağı gibi (burada sıralananların sayısını arttırmak olanaklıdır) sorular ya da konular idare hukuku öğretisi ile yargı kararlarında hep tartışılmalıdır. Bu tartışmanın günümüzde de devam ettiğini belirtelim. Öte yandan kamu hizmetinin nitelendirilmesi, idare hukukunun kimi önemli konuların aydınlatılmasında ya da bunların bağlı olacağı hukuksal düzenin (kamu hukuku ya da özel hukuk) saptanmasında da önem taşımaktadır. Örneğin, adli ve idari yargı ayrımının yapılması (diğer deyişle idari yargının görev ve yetki alanının belirlenmesi), idarenin mali sorumluluğunun belirlenmesi, geniş anlamda kamu görevlisinin kim olduğu sorusuna yanıt verilmesi ya da idarenin taraf olduğu sözleşmelerin nitelendirilmesinin yapılması gibi konularda yapılacak tartışma, yorum veya saptamalarda kamu hizmeti kavramı deyiş yerindeyse kilit role sahiptir⁴¹⁶.

Bu genel girişten sonra konumuzla doğrudan ilgisi nedeniyle kamu hizmetleri teorisi konusunu şu soruyla biraz daha açalım: “*elektronik haberleşme hizmetleri kamu hizmeti niteliğinde midir?*”, bu sorunun yanıtını bulmak ya da bunun üzerine görüş bildirmek için kamu hizmeti teorisinde bir başka sorunun yanıtını vermek gerekmektedir. Bu soru ise, “*hangi hizmetler kamu hizmeti niteliğindedir?*” biçiminde sorulacak sorudur. Bu bağlamda, bir etkinliğin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi, kimi değerlendirmelerin yapılmasını gerektirmektedir. Bu kapsamda, “*toplumda genel ve ortak bir gereksinimin belirlenmesi*”, “*gereksinimin devamlı surette giderilmesi gerekliliğinin bulunması*”, “*belirlenen bu alanda özel*

⁴¹⁶ Bu saptamayı bir örnek vererek açalım. İdare hukuku öğretisi ile yargı kararlarında idarenin taraf olduğu sözleşmelerin hukuksal nitelendirilmesinde kullanılan ölçütlerden biri de akdedilen sözleşmenin konusu itibarıyla “*kamu hizmetiyle ilişkili olması*”dır. Bu ölçüt, idarenin taraf olduğu bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilerek, idare hukuku ilke ve kurallarına tabi olması için tek başına yeterli olmasa da, yapılan değerlendirmenin belkemiğini oluşturmaktadır. Buna göre, sözleşmenin karşı tarafı olan özel hukuk kişinin, kamu hizmetinin yerine getirilmesini bizzat (doğrudan) üstlenmesi ya da belirli kimi kamusal hizmetlerin (diğer deyişle yükümlülük ya da ödev) yürütülmesine katılmasını öngören bir sözleşme “*idari sözleşme*” niteliğindedir, başka deyişle idare hukuku alanına giren bir sözleşme olarak kabul edilir. (Bkz. Pertev Bilgen, “*İdari Sözleşmelerin Kriterleri*”, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1970, s. 125-126). Danıştay’a göre, Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için sürekli bir kamu hizmetinin görülmesi amacını taşıması, taraflardan birinin idare olması ve kamu hukukuna özgü, kamu hukukundan doğan şart ve hükümlerin sözleşmede yer alması zorunludur (Danıştay 10. Daire, T.11.4.2005, E.2004/12712, K.2005/1612; Danıştay’ın yaklaşımı hakkında ayrıntı için bkz. Bilgen, “*İdari Sözleşmelerin Kriterleri*”, s.71 vd.). Ancak öğretisi ve yargı kararlarıyla da kabul edildiği üzere yasa koyucunun iradesiyle, idarenin taraf olduğu ve konusu itibarıyla kamu hizmetinin yürütülmesinden ibaret olan bir sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi tutulabilir. Örneğin, 3996 sayılı “*Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanun*” (R.G., T.13.6.1994; Sy.21959) kapsamında idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir (Bkz. md.5).

girişimcinin bulunmaması ya da bulunmakla birlikte yeterli görülmemesi” durumlarında bu özellikleri taşıyan bir etkinlik, kamu hizmeti olarak devlet ya da öteki kamu tüzelkişilerince üstlenilecektir⁴¹⁷. Bu kapsamda, “*kamu yararı içermesi ve özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmasının mümkün olmaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olamayacak bir ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejine tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen faaliyet kamu hizmetidir*”, biçiminde yapılan bu tanıma göre, bir etkinliğin kamu hizmeti sayılabilmesi için “*kamu yararı (maddi öge)*”, “*özel girişimce gereği gibi sunulmama (kamu tüzelkişiliği, organik öge)*” ve “*özel hukuksal düzene tabi olma (biçimsel öge)*” koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir⁴¹⁸. Burada ilk saptama olarak şunu belirtelim; *haberleşme hizmetleri* -örneğin posta, telefon, telgraf, telsiz ya da radyo-televizyon yayınları gibi- bu yapılan tanımlamaya (ya da koşullara/ögelere) göre kamu hizmeti niteliğindedir. Burada bir duraksama bulunmamaktadır. Nitekim klasik haberleşme hizmetleri olarak adlandırdığımız posta, telgraf, telsiz ve ardından telefon hizmetlerinin yerine getirilmesinde kamu yararı bulunması, büyük altyapı yatırımlarına gereksinim duyulması nedeniyle özel girişimci tarafından gereği gibi yerine getirilememesi ve nihayet genel, ortak ve süreklilik arzeden bir gereksinim olması gerekçeleriyle bu tür etkinlikler kamu hizmeti niteliğindedirler⁴¹⁹.

Yukarıda yer verilen “*elektronik haberleşme hizmetleri kamu hizmeti niteliğinde midir?*” sorusunun yanıtını bulmak yönünden kamu hizmeti kavramının tanımları ve unsurları üzerinde biraz daha ayrıntılı duralım. Öncelikle şunu belirterek konuya girelim; idare hukuku öğretisi ile yargı kararlarında ortak bir kamu hizmeti tanımı bulunmamakta, buna bağlı olarak hangi tür etkinliklerin kamu hizmeti olarak nitelendirileceği konusunda da görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Söylemek gerekir ki, kamu hizmeti kavramının tanımlanması ve unsurlarının belirlenmesinde, yalnızca hukuksal değerlendirmelerin değil aynı zamanda içinde bulunulan koşullara göre değişkenlik gösteren sosyo-ekonomik politikaların belirlediği düşünce yapısının da önemi vardır. Başka deyişle, “*devletin ekonomiye müdahale aracı olarak kamu hizmeti kavramının ortaya çıktığı ilk dönemden bugüne kadar her dönemin sosyo-*

⁴¹⁷ İl Han Özay, “*Gümüşğında Yönetim*”, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.225.

⁴¹⁸ Ali Ulusoy, “*Kamu Hizmeti İncelemeleri*”, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, s.13-14.

*politik ve ekonomik yapısına göre değişim göster(miştir)*⁴²⁰. Bu kapsamda kamu hizmeti kavramının tanımlanması ve unsurlarının belirlenmesi deyim yerindeyse hukuksal açıdan bir evrim geçirmiştir. 19.yüzyılda başlayan ve günümüze kadar devam kamu hizmeti kavramını tanımlama uğraşları ya da girişimleri tanımın yapılması, ardından bunun eleştirisi ve sonra yeni tanımlama çalışmaları biçimde gidip gelmiştir. 19.yüzyılda Fransa’da “*Kamu Hizmeti Okulu*” ekolüne üye (Duguit, Jèze, Bonnard, Rolland gibi) hukukçulara göre, “*eğer ortada toplumsal yaşam için mutlaka gerekli bir faaliyet varsa ve bu faaliyet özel girişim tarafından düzenli ve sürekli bir şekilde yürütülemiyorsa veya yürütülmüyorsa, o faaliyet doğası gereği kamu hizmetidir ve idare tarafından üstlenmesi gerekir*⁴²¹”. Mutlakiyetçi (objektivist) kamu hizmeti anlayışı, idare hukukunu kamu hizmetleri hukuku olarak konumlandırmaktadır. Bu öğretisi, başta “*hangi etkinlikler kamu yararına yöneliktir?*” ve ardından da “*bu kararı kim verecektir*” biçiminde ifade edilecek soruları yanıtız bıraktığı için eleştirilmiştir⁴²². Yine aynı ekolden gelen bir başka hukukçu olan Jèze, mutlakiyetçi anlayışı, “*değişen zamana ve yere göre kamu hizmeti kavramının da değişebileceğini kabul etmemesi ve bir etkinliğin kamu hizmeti olup olmamasına siyasi iktidarın karar verebileceği gerçeğini görmemesi*” yönlerinden eleştirmiştir⁴²³. Sübjektif (göreceli) kamu hizmeti öğretisi olarak adlandırılan bu görüş günümüz idare hukuku öğretisi ile yargı kararlarına da tesir etmiştir.

Türk hukukunda kamu hizmeti kavramına ilişkin tanımlarda belirtilen bu iki ekolün etkisini görmek olanaklıdır. Türk hukuk öğretisinde, kamu hizmeti kavramının: “*Cemiyetin umumi ve kolektif ihtiyaçlarını karşılamak için ve amme menfaatini sağlamak maksadı ile icra edilen faaliyetlerdir*⁴²⁴”; “*devletin ve diğer kamu*

⁴²⁰ Ali Ulusoy, “*Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri*”, içinde; “*Gün Işığında Yönetim*”, İl Han Özay, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004,s.267. Bir dönem yasa koyucu tarafından kamu hizmeti olarak kabul edilen ve bu nedenle ya doğrudan ya da bir sözleşme ve/veya ruhsat (ya da lisans) yoluyla özel hukuk kişisi tarafından yerine getirilen bir etkinlik değişen koşullar nedeniyle yeni dönemde kamu hizmeti olarak kabul edilmeyebilir. Öte yandan bu olgu, yalnızca kamu hizmetinin dönüşümünü değil aynı zamanda kamu hizmeti olarak kabul edilmeye devam eden bir etkinliğin yürütülmesi yönteminin de değişmesine neden olmuştur. Kanımca bunun en belirgin örneği haberleşme hizmetlerinde yaşanan gelişmelerdir (A.Ö).

⁴²¹ Léon Duguit, “*Tradité de Droit Constitutionnel*”,T.II, 3.Ed, Paris, 1928, s.61, aktaran: Ulusoy (Kamu Hizmeti İncelemeleri), s. 12.

⁴²² Ulusoy (Kamu Hizmeti İncelemeleri), s. 12-13.

⁴²³ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk s.1015.

⁴²⁴ S.Sami Onar, “*İdare Hukukunun Umumi Esasları*”, Cilt I, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s.26.

tüzelkişilerinin, toplumun, halkın, umumun ya da toplulukların genel ortak ihtiyaçlarını gereği gibi karşılamak amacıyla ele alıp doğrudan doğruya ifa ettiği, ya da buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı türlü faaliyetler⁴²⁵”; “bir kamu tüzelkişisi tarafından üstlenilen ve doğrudan doğruya onun tarafından veya onun görevlendirmesi ve denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararı amacına yönelik faaliyetler⁴²⁶”; “giderilmesinde kamu yararı bulunan bir toplumsal gereksinmeyi karşılamak amacıyla, kamu tüzelkişileri ya da onların gözetim ve denetimi altında özel girişim tarafından, özel bir hukuksal düzen içinde yürütülen etkinlikler⁴²⁷”; “toplumda süreklilik taşıyan ortak ve genel bir ihtiyacın tatmin edilmemesi halinde bireyler arasında bir huzursuzluğun baş göstereceği varsayılan etkinliklerin idare ya da özel girişimci tarafından yürütülmesi⁴²⁸”; idarenin toplumun ortak bazı gereksinmelerini karşılamak amacıyla doğrudan veya yakın gözetimi ve sorumluluğu altında, kamusal yetki ve usuller kullanarak yürüttüğü faaliyeti⁴²⁹”; “değişik genişliklerde olmakla beraber toplumun önemli ihtiyaçlarını karşılayan faaliyetler⁴³⁰”; kamuya hizmet maksadıyla hükümet edenlerin idareleri veya denetleri altında görülen bir iştir, işletmedir⁴³¹”; “toplumsal bir ihtiyacı karşılamak için yürütülen faaliyetler⁴³²”; “siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetler⁴³³”, biçiminde tanımlandığı görülmektedir. Kamu hizmeti kavramını; devlet ya da öteki kamu tüzelkişileri veya bir hukuki tasarrufla yetkilendirilen özel hukuk kişilerinca belli usul ve esaslara göre yürütülen kamu yararı amacına yönelik etkinlikler olarak da tanımlayabiliriz.

Yukarıda yer verilen tanımlardan da anlaşılacağı üzere kamu hizmeti kavramının tanımlanmasında öğretilerde değişik yaklaşımlar bulunmamaktadır. Öğretilerde yapılan tanımlar farklı olsa da, kavramın tanımlanmasında kullanılan kimi unsurların (ya da

⁴²⁵ Lütfi Duran, “İdare Hukuku Ders Notları”, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.307; Aynı tanım için bkz., Cem Ayaydın, “İdare Hukuku’na Giriş (II)”, Ders Notları, İstanbul, 2008, s.156.

⁴²⁶ Gözler-Gürsel, s.528.

⁴²⁷ Girilti-Bilgen-Akgüner-Berk, s.1017.

⁴²⁸ Özyay, s. 231.

⁴²⁹ Gözübüyük-Tan, (Cilt 1,2007), s.652.

⁴³⁰ Yayla, s.73.

⁴³¹ Süheyp Derbil, “Kamu Hizmeti Nedir?”, AÜHF Dergisi, Cilt VII, Sayı 3-4, 1950, s.35-36.

⁴³² Esin Özücü, “Sosyal Kamu Hizmeti”, İÜHF Mecmuası, Cilt 36, Sayı 1-4, 1970, s.230.

⁴³³ Günday (İdare Hukuku),s.332.

ölçütlerin) ortak olduğu görülmektedir. Bunlar, idare hukuku öğretisinde kamu hizmetinin ayırt edici unsurları olarak -genel kabul edilen biçimiyle- adlandırılan “organik unsur”, “maddi unsur” ve “biçimsel unsur”dur. Organik unsur (kamu tüzelkişiliği unsuru), kamu hizmetini kamu tüzelkişiliği ya da onun gözetim ve denetiminde özel hukuk kişisi tarafından görülmesini ifade etmektedir. Kamu hizmeti teorisinde ilk kabul edilen biçimiyle, bir etkinliğin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için öncelikli koşul bunun bir kamu tüzelkişisi tarafından yerine getiriliyor olmasıydı; özel hukuk kişilerince yürütülen bir etkinlik bünyesinde kamu yararını giderme amacı taşısa bile kamu hizmeti olarak kabul edilmemekteydi. Ancak günümüzde, bu görüşün geçerliliğini yitirdiği, kamu hizmetinin asıl yüklenici olan idarenin yetkilendirmesi (ya da görevlendirmesi) yoluyla özel hukuk kişilerince de yürütüleceği ittifakla kabul edilmiştir⁴³⁴. Nitekim kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile idarenin denetimi⁴³⁵ ve gözetimi altında bir kamu hizmeti etkinliği özel hukuk kişisine gördürülmektedir. Önceleri devlet tekeli altında yürütülen kimi kamu hizmeti etkinlikleri günümüzde yetkilendirme, ruhsat ve lisans verilmesi, sözleşme gibi yöntemlerle belli bir hukuksal düzen içinde özel kişilere devredilebilmektedir. Bunun tipik örneği elektronik haberleşme (telekomünikasyon) hizmetleri alanında görülmektedir. Nitekim elektronik haberleşme hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğinde olduğunu belirten yasa koyucu, bu hizmetlerin idarenin denetimi altında özel girişimciler tarafından üstlenilmesinin yasal altyapısını da hazırlamıştır.

Kamu hizmeti kavramının tanımlanmasında kullanılan ve “maddi”, “amaç” ya da “kamu yararı” olarak adlandırılan bir diğer unsura göre, kamu hizmeti kamu yararı amacına yönelik bir etkinliktir. Bir etkinliğin kamu hizmeti olarak

⁴³⁴ Örneğin bkz. *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s.1015 vd; *Gözler-Kaplan*, s.527 vd; *Gözübüyük-Tan (Cilt I,2007)*, s.649 vd; *Ulusoy (Kamu Hizmeti İncelemeleri)*, s.84 vd.

⁴³⁵ Kamu hizmetinin özel hukuk kişilerince yürütülmesinde, genel ifade edilmiş biçimiyle, idarenin bir denetim ve gözetim yetkisinden sözedilmektedir. İdareden özel hukuk kişisi üzerindeki bu yetkisi, esas itibariyle kamu hizmetinin gereği gibi etkin ve verimli yürütülmesinin sağlanmasına yöneliktir. Burada sözü edilecek konu, idarenin bu denetim yetkisinin nitelendirilmesidir. Öğretide, “*idarenin özel kişilerin yürüttüğü kamu hizmetlerini denetleme yetkisinin bir kolluk yetkisi olmadığı*” belirtilmektedir. Bu görüşe göre, sözkonusu yetki, kamu hizmetinin yürütülmesi konusunda idare ile özel hukuk kişisi arasında gerçekleşen hukuksal tasarrufa (örneğin ruhsat, sözleşme ya da şartname gibi) dayanan bir denetim yetkisidir (*Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s.1018). Öte yandan, özel girişimci tarafından yürütülüyor olsa da kimi etkinliklere maddi anlamda (virtüel veya işlevsel) kamu hizmeti bakan görüş de, bu tür etkinliklerin denetiminin kolluk denetimi olmadığını, bunun bir içerik denetimi olduğunu belirtmektedir (*Özay*, s.226). Her ne kadar bu denetim ilişkisi sözleşme ya da ruhsat işlemine dayansa da esas itibariyle bu denetim yetkisinin kaynağının yasa olduğu, yasada özel hukuk kişisinin nasıl denetleneceği ve bunun sınırlarının ne olacağı konularında düzenlenmenin yapılması gerekliliğinden de sözedilmektedir (*Yayla*, s.85).

nitelendirilebilmesi için o etkinliğin idare ya da onun denetimi altında özel hukuk kişisi tarafından yürütülüyor olması (yani organik unsur/koşul) tek başına yeterli değildir. Başka deyişle, *“bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesi için yasama organının o faaliyetin gerçekleştirilmesinde önemli derecede kamu çıkarı (toplumsal yarar) görmesi gerekir”*⁴³⁶. Öyleyse, kamu hizmeti teorisinde bir etkinliğin kamu hizmeti sayılabilmesi yönünden herkesçe kabul edilen bir unsur ya da koşul olan *“kamu yararı”* kavramıyla ilgili şu sorunun yanıtını aramak gereklidir; *“acaba, hangi nitelikli bir etkinlikte kamu yararı vardır ve bu etkinliğin kamu hizmeti olarak kabulü gerekir?”*⁴³⁷ Bu soruya şunu da ekleyebiliriz; *niteliği gereği kamu hizmeti sayılan etkinlikler var mıdır? Bu bağlamda örneğin elektronik haberleşme hizmetleri niteliği gereği kamu hizmeti etkinliği midir ya da kamu hizmeti niteliğinde olmayan elektronik haberleşme hizmeti var mıdır?*

Kamu yararı kavramının çerçevesini çizmek için genel geçer ölçütlerin ya da kıstasların belirlenmesinde yaşanan farklılaşma, bu konu üzerinde yapılacak teorik tartışmalarda yardımcı öğelere gereksinim duyulmasına neden olmaktadır. İlk saptama olarak şunu belirtelim, idare hukuku öğretisinde, kavramın kesin olarak tanımlanmasından çok kamu yararı kavramının nitelendirilmesinin günün sosyal ve ekonomik koşullarıyla doğrudan ilgili olduğu bu nedenle, kavramın tanımlanması yetkisinin yasa koyucuya ve yargı organlarına ait olduğu belirtilmektedir⁴³⁸. Kamu yararı kavramı kamunun işlem ve eylemlerinin ya da tasarruflarının amaç ve temellerinin, meşruiyetinin belirlenmesinde kilit role sahiptir ve bu kapsamda değişkenlik gösteren yapısı ile kavramın nitelendirilmesinde özellikle idari yargı yerlerine önemli bir görev düşmektedir. Bir tanım vermek gerekirse, örneğin Türk Hukuk Lügatı’nda, kamu yararı (amme menfaati): *“Halk ihtiyaçlarıyla veya milli birliğin, devletin ihtiyaçlarıyla ilgili olan ve bunları karşılayan, halka, millete, devlete istifadeler temin eden menfaatler”* olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte aynı eserde ayrıca, kamu yararının takdirinin hukuksal olmaktan ziyade siyasi (politik) bir sorun olduğu ve kanun koyucu ile yargı organlarının yetkisinde olduğu da belirtilmiştir⁴³⁹. Kamu yararı kavramının bir etkinliğin kamu hizmeti olarak

⁴³⁶ Ulusoy (Kamu Hizmeti İncelemeleri), s.14.

⁴³⁷ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk,s.1023.

⁴³⁸ Örneğin bkz. Gözler-Kaplan, s.529; Gözübüyük-Tan (Cilt I,2007), s. 654. Duran, s.304-305.

⁴³⁹ Türk Hukuk Lügatı, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, 1991,s.16.

nitelendirilmesinde önemli bir ölçüt olduğunu biraz önce ifade ettik. Bu bağlamda konunun yargı kararlarına nasıl yansdığına da değinmek gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin (AYM'nin), kamu hizmeti kavramını tanımlaması, nitelendirmesi, hangi hizmetlerin kamu hizmeti sayılabileceği, kamu yararının ne olduğu konularında yaklaşımının değişkenlik gösterdiğini söyleyebiliriz. AYM, kimi kararlarında kamu hizmeti teorisinde mutlakçı anlayış olarak nitelendirilen (Duguit'in savunduğu teori) yaklaşımı benimsediği görülmektedir. Örneğin AYM, elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinliklerin kamu hizmeti niteliğinde olduğunu, bunun nedeninin ise, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinlikler olduğunu belirtmektedir⁴⁴⁰. AYM aynı yönde verdiği başka bir kararında da, kişilerin su, elektrik, havagazı gibi gereksinmelerinin karşılanmasının önemli kamu hizmetlerinden olduğunu belirtmektedir⁴⁴¹. AYM'nin her iki kararında da deyiş yerindeyse kimi etkinliklerin yerine getirilmesi doğası gereği kamu yararına yöneliktir. Çünkü bu tür etkinlikler, toplumun ortak gereksinmesini gidermeye yöneliktirler. AYM aynı zamanda anılan ilk kararında kamu hizmeti kavramını da tanımlamıştır. Yüksek Mahkemeye göre kamu hizmeti; *"kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinlikler"*dir⁴⁴². AYM'nin bu tanımının esasında doğru ancak eksik olduğu, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik hangi etkinliğin kamu hizmeti olduğuna kimin karar vereceğine vurgu yapılmadığı için öğretilde eleştirilmiştir⁴⁴³. Ancak, AYM'nin 7.7.1994 tarihinde 3987 sayılı Yasa'nın kimi maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle verdiği iptal kararında

⁴⁴⁰ AYM, T.9.12.1994, E.1994/43, K.1994/42-2 (www.anayasa.gov.tr).

⁴⁴¹ AYM, T.26.3.1974, E.1973/32, K.1974/11 (www.anayasa.gov.tr). Anayasa Mahkemesi kamu yararı amacına yönelik olması nedeniyle örneğin, sağlık hizmetini, eğitim ve öğretim hizmetlerini ya da radyo ve televizyon yayını etkinliğini kamu hizmeti olarak nitelendirmiştir. Bkz. T.19.4.1988, E.1987/16, K.1988/8; T.12.4.1990, E.1990/4, K.1990/6; T.18.5.1990, E.1989/9, K.1990/8 tarih ve sayılı AYM kararları (www.anayasa.gov.tr).

⁴⁴² AYM bir başka kararında, bir hizmetin amacının kamu yararı olması durumunda, bu etkinliğin kamu hukuku esaslarına bağlı olacağını ve bu nedenle idarenin, toplumun yararına olarak genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak için giriştiği etkinliklerin hangi yol ve yöntemle yapılırsa yapılsın kamu hizmeti sayılacağından "kamu hizmeti" kavramının en önemli ögesinin "yönetim biçimi" değil, hizmetin amacı ve bunun sorumluluğunu üstlenen "organın" niteliği olduğunu belirtmektedir. Bu görüşten hareketle AYM, kamu hizmetini, *"devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin toplumun genel ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla yürüttüğü veya buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı etkinlikler"* olarak tanımlamıştır (Bkz. T.26.3.1997, E.1996/63, K.1997/40).

⁴⁴³ Ulusoy (Kamu Hizmeti İncelemeleri), s.59-63.

(E.1994/49, K.1994/45-2), “değişik iptal gerekçesi” başlığı altında, “(...) Kamu yararı ve kamu hizmeti kavramları temelde siyasal kavramlar olmasına rağmen Anayasalarda yer alan ve değişik alanlarda çıkarılan kanunlarda düzenlenen ve tanımlanan hukuksal kavramlardır. Kanunlarla düzenlenen ve yaşamsal anlam kazanan kamu yararı ve kamu hizmeti kavramları, bir anlamda siyasal tercihlerin hukuk alanına girmesi ve hukuksal şekil alması demektir. Kamu yararı, toplum yararının kişilerin veya dar grupların yararlarına tercih edilmesi veya yasalarda ve yönetimde önde tutulmasıdır. Kamu hizmeti ise, toplumun ihtiyaçlarının yasalarla belirlenecek esaslara göre karşılanarak kamu yararının sağlanmasıdır (...) Kamu hizmeti ve onun dayanağını oluşturan kamu yararı bir yasa hükmü ile veya yasanın çizdiği sınırlar içinde yasanın yer verdiği açık yetkiye dayanılarak kurulur” biçiminde ifadelerle yer verilmek suretiyle kanımca, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik hangi etkinliğin kamu hizmeti olduğuna kimin karar vereceği sorusunun yanıtı vardır. O yanıt da “yasa koyucu ve idare”dir. Başka deyişle, kamu hizmetinin maddi ögesini oluşturan kamu yararı kararı alınması ve o etkinliğin kamu hizmeti olarak (örgüt, personel ve bütçesi ile) yapılandırılmasında yasaya (yasa koyucunun iradesine) açıkça vurgu yapılmıştır.

Danıştay kararlarında kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları, idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun denetiminde; idarenin takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde⁴⁴⁴; kamu malından özel yararlanma konusunda alınan kararlarda⁴⁴⁵; idarenin taraf olduğu sözleşmenin nitelendirilmesinde⁴⁴⁶; bir özgürlüğün kullanılmasının kapsamının belirlenmesinde⁴⁴⁷; bir etkinliğin hangi hukuksal düzenlemeye bağlı olup olmadığının saptanmasında⁴⁴⁸ birer ölçüt olarak kullanılmaktadır.

Kamu hizmeti teorisinde buraya kadar yer verilen görüşler ve yaptığımız değerlendirmeler ışığında yineleyecek olursak, kamu hizmetinin kamu tüzelkişileri ya da bunların denetiminde sözleşme, ruhsat (izin) veya lisans gibi hukuksal

⁴⁴⁴ Danıştay 5. Daire, T.14.5.1998, E.1995/3956, K.1998/1460 (www.danistay.gov.tr).

⁴⁴⁵ Danıştay 3. Daire, T.13.10.1980, E.1980/157, K.1980/181 (www.danistay.gov.tr).

⁴⁴⁶ Danıştay 10. Daire, T.6.2.2002, E.1999/2407, K.2002/347 (www.danistay.gov.tr).

⁴⁴⁷ Danıştay 13. Daire, T.21.2.2005, E.2005/196, K.2005/914 (www.danistay.gov.tr).

⁴⁴⁸ Danıştay 13. Daire, T.26.4.2006, E.2005/8007, K.2006/1971; T.23.11.2007, E.2007/7054, K.2007/7684 (www.danistay.gov.tr).

tasarruflarla özel hukuk kişilerince yürütülen kamu yararı amacına yönelik etkinlikler olarak tanımlandığını, hangi etkinliğin kamu yararı amacı taşıdığı ve kamu hizmeti olduğu konusunun yasa koyucunun yetkisinde bulunduğu. Başka deyişle Türk hukukunda kamu hizmeti teorisinde “*sübjektivist*” görüşün egemen olduğu görülmektedir. Burada yukarıda yer verdiğimiz “niteliği gereği kamu hizmeti” olan bir etkinlik var mıdır? sorusunu bir kez daha soralım. Eğer, “*bir etkinlikte kamu yararı olup olmadığını takdir etme ve onu kamu hizmeti haline getirme yetkisinin yasama organına ve idari makamlara ait olduğunu, yasama organının bir etkinliğin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığını mutlak takdir yetkisinin olduğu*⁴⁴⁹” görüşü kabul edilirse, bu görüşün doğal bir sonucu olarak, niteliği gereği kamu hizmeti sayılan bir etkinliğin olamayacağını söyleyebiliriz. Nitekim öğretilerde yer alan bir görüşe göre⁴⁵⁰, her etkinlik kamu hizmeti olmaya elverişlidir ancak böyle bir niteliği kazanması ya da kaybetmesi yer ve zaman koşulları uyarınca yasama organının iradesine bağlıdır. Başka deyişle, hangi etkinliğin kamu hizmeti olduğunun belirlenmesi konusunda o etkinliğin içeri yönünden yapılacak bir değerlendirme değil, siyasi otoritenin bu yönde vereceği karar etkilidir⁴⁵¹. Bu nedenle herhangi bir sosyal etkinliğin her zaman kamu hizmetine dönüştürülebileceği kabul edilmektedir⁴⁵². Bu bağlamda, toplumun genel ve ortak bir gereksinmesi olan ve giderilmesinde kamu yararı olduğu tartışmasız bir konuyu (temel gıda gereksinimi gibi) yasa koyucunun iradesiyle kamu hizmeti dışında tutmak ve bu alanı tümüyle özel girişime bırakmak olanaklıdır.

Türk idare hukuku öğretisi ile yargı kararlarında özel girişimci tarafından yerine getiriliyor olsa da kimi etkinliklerin (ulaşım, haberleşme ve eğitim-öğretim gibi) kişiler için genel ve ortak aynı zamanda giderilmesinde zorunluluk (kamu yararına yönelik) olması durumunda bunların “*işlevsel*”, “*virtüel*” ya da “*maddi*” anlamda kamu hizmeti sayılacağı görüşü de ileri sürülmüştür. Esasında bu anlayış, kanun koyucunun bir etkinlik hakkında herhangi bir nitelendirme yapmamış olsa da yargı yerlerince (anayasa mahkemesi ya da idari yargı yerleri gibi) yapılan yargısal denetimi sonucunda o etkinliğin niteliği gereği kamu hizmeti olduğu yaklaşımının

⁴⁴⁹ *Gözler-Kaplan*, s.530.

⁴⁵⁰ *Duran*, s.304.

⁴⁵¹ *Ulusoy (Kamu Hizmeti İncelemeleri)*, s.28.

⁴⁵² *Gözübüyük-Tan (Cilt I)*, s.653-654.

sonucudur⁴⁵³. Virtüel kamu hizmetleri teorisine göre, bir etkinlik “*kamu yararını gerçekleştirme özelliği taşıyor*” ve “*kamu malları üzerinde gerçekleşiyor*” ise idarenin bu etkinlikleri üstlenen özel hukuk kişilerine kamusal yükümlülükler yükleyebilir⁴⁵⁴. Bir başka yönde de, sayılan özelliklere sahip bir özel etkinlik bu görüşe göre, idarenin denetimine tabi olacaktır. Bu denetim öğretideki bir deyişle “*içerik denetimi*” anlamına gelmektedir⁴⁵⁵.

AYM de kimi kararlarında bu anlayıştan hareketle niteliği gereği kamu hizmeti sayılan etkinlikler olduğunu kabul etmektedir. Yukarıda yer verilen (bkz. dip not 65 ve 66’da anılan kararlar) AYM kararlarında toplumun ortak gereksinmesine yönelik başka deyişle kamu yararına dönük etkinliklerin nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak kabul etmektedir. Buna göre, bu tür etkinlikler ister kamu hukuku ister özel hukuk kişilerince yerine getirilsin kamu hizmeti rejimine tabidirler. Nitekim AYM’nin 1990 yıllarda verdiği kimi kararlarda bir etkinliğin niteliği gereği kamu hizmeti statüsünde olabileceğini belirtmektedir. AYM’nin 28.6.1995 tarihinde verdiği bir kararda (E.1994/71, K.1995/23) “*(...) toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür (...)*” ifadelerine yer vermiştir. AYM bu kararında kamu hizmetinin kuruluşunda, başka deyişle etkinliğin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasa koyucunun iradesine vurgu yapsa da, bunun “*Anayasa Mahkemesinin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmelerin saklı(...)*” olduğunun da altını çizmiştir. AYM’ye göre, bir etkinliğin irdelenip nitelendirilmesi yapılmadan

⁴⁵³ Onur Karahanoğulları, “*Kamu Hizmeti, (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*”, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s.267. Virtüel kamu hizmeti anlayışı Fransız Devlet Şurası’nın 1944 ve 1948 yıllarında verdiği iki karardan esinlenerek ortaya çıkmıştır. Karahanoğulları’nın ifadesiyle, “*bazı özel faaliyetlerin, idare veya yasakoyucu tarafından kamu hizmeti sayılmamış olsa bile nitelikleri gereği potansiyel kamu hizmeti olarak değerlendirilebileceği düşüncesine dayanmaktadır... Olası (virtüel) kamu hizmeti anlayışı, kamu hizmetinin objektivist anlayışına dayanmaktadır. Yani özel olarak görünen, fakat kamu yararını taşıyan faaliyetler olası kamu hizmetidir ve bu idari yargı kararıyla açığa çıkar*”. Ayrıntı için bkz. s.267-270

⁴⁵⁴ Karahanoğulları, s. 268.

⁴⁵⁵ Özay, s. 226. Özay, bu içerik denetimini uyulması gereken tüm hususları kapsayan, borçlar yükleyen, giderek personel atamasında bile idarenin yetkili olması sonucunu doğuran organik benzeri ve hiyerarşiye yaklaşan bir yetki anlamına geldiğini belirterek, uygulamada ilköğretim düzeyindeki özel okullar üzerinde Milli Eğitim Bakanlığı’nın sahip olduğu denetimi örnek olarak göstermektedir. Özay, s.226. Aynı yönden konuya bakan Bilgen de eğitim-öğretim kamu hizmetinin bir yandan Devlet bir yandan da özel girişimciler tarafından üstlenildiğini, bu alanda idare ile özel hukuk kişisi arasında “ruhsat” yöntemi ile iç ilişkinin kurulduğunu, bu ilişkinin denetim ve gözetim seviyesinde olduğunu, özel girişim tarafından yerine getirilen etkinliğin sonuç itibarıyla kamu hizmeti olduğunu belirtmektedir. Bkz. Pertev Bilgen, “*Kamu Hizmeti Hakkında*”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 1980, s.114-115.

Anayasa kurallarına uygunluğuna ya da aykırılığına karar verilmesine olanak yoktur. AYM son olarak, “bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığını saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamusal bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğini etkilemez” dedikten sonra, Anayasa’nın 47. Maddesinde yer alan “kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler ...devletleştirilebilir” ifadesinden, özel girişimcilerce de yürütülen kamu hizmetinin varlığının kabul edildiği görüşünün geçerli olduğuna karar vermiştir⁴⁵⁶.

Bu kapsamda AYM’nin haberleşme etkinliklerinin yürütülmesinde kamu yararı bulunduğu ve bu tür etkinliklerin kamu hizmeti niteliğinde oldukları yönünde kararlar verdiği görülmektedir. AYM’nin 10.6.1993 tarihinde verdiği bir kararda⁴⁵⁷ (406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile ilgili) telgraf ve telefon tesisatıyla verilen haberleşme hizmetlerinin Devlet ve toplum yönünden taşıdığı önem ve özel konumdan sözedildikten sonra, PTT’nin bir KİT olarak örgütlenmesinin asıl amacının Kurumun üstlendiği kamu hizmetinin daha etkin ve verimli olmasını sağlamak için olduğu belirtilmiştir. AYM, telefon ve telgraf tesisatı yapmak biçiminde gerçekleşen haberleşme etkinliğinin tartışmasız kamu hizmeti niteliğinde olduğu görüşündedir. AYM bir başka kararında⁴⁵⁸ da (özelleştirme ile ilgili) doğrudan, telekomünikasyon hizmetlerini temel kamu hizmetlerinden biri olarak kabul etmiştir. Bu kararda da AYM, telekomünikasyon hizmetlerini niteliği gereği kamu hizmeti olduklarını kabul etmiştir. AYM’nin 4502 sayılı Kanun ile ilgili verdiği kararda da kamu hizmeti niteliğinde olan telekomünikasyon hizmetlerinden söz etmektedir.

Danıştay kararlarında da telekomünikasyon hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğinde oldukları kabul edilmiştir. Örneğin Danıştay 10. Dairesi’nin 29.4.1999 tarihli bir kararında⁴⁵⁹ Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin bir kamu hizmeti yürüttüğü ve bu niteliğinden dolayı gerekli koşulları taşıyan ya da yerine getiren herkesle abonelik

⁴⁵⁶ AYM’nin bu kararı öğretide eleştirilmiştir. Ulusoy eleştirisinde Mahkemenin bu kararında, kamu hizmeti niteliğindeki etkinliklerin neler olacağı konusunda son kararın kendisine ait olduğu, kararda anılan kimi etkinliklerin doğuştan kamu hizmeti olarak baştan kabul edildiği ve bu nedenle anayasa koyucu tarafından bile aksine düzenleme yapılamayacağı sonucu çıktığı yönünde görüş bildirmiştir. Ayrıntı için bkz. *Ulusoy* (Kamu Hizmeti İncelemeleri), s.40 vd.

⁴⁵⁷ AYM, E.1993/9, K.1993/21, R.G.,T.15.12.1993; Sy.21789, (www.anayasa.gov.tr)

⁴⁵⁸ AYM, T. 7.7.1994, E.1994/49, K.1994/45-2, R.G.,T.10.9.1994; Sy.22047, (www.anayasa.gov.tr)

⁴⁵⁹ Danıştay 10. Daire, E. 1996/3874, K.1999/2144, www.danistay.gov.tr

sözleşmesi yapmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Yine Danıştay 10. Dairesi 28.5.1996 tarihli bir kararında⁴⁶⁰ da servis ve hizmet telefonları ve öteki telekomünikasyon hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğinde olduklarını kabul etmiştir.

Virtüel kamu hizmeti teorisi öğretide, “*niteliği gereği kişilerin ortak gereksinimlerini gidemeye yönelik olan birçok özel girişim etkinliğinin bu teori sayesinde kamu hizmeti olarak nitelendirileceği ve böylece idarenin denetimi altına gireceğini bu anlayışın ise liberal hukuk anlayışına ters olduğunu*” gerekçiyile eleştirilmiştir⁴⁶¹.

Genel kabul edilmiş biçimiyle niteliği gereği kamu hizmeti olamayacağını, bir etkinliğin kamu yararı amacına yönelik hizmet olduğu ve bu bağlamda kamu hizmeti statüsüne alma yetkisinin yasa koyucunun (ve ayrıca idare) iradesine bağlayan ve bu nedenle virtüel kamu hizmeti teorisini eleştiren sübjektivist görüş, bu şaptamayı yaptıktan sonra, buna ek olarak kimi etkinlikler, doğrudan anayasa koyucu tarafından anayasada yer verilmek suretiyle devletin “zorunlu olarak” üstleneceği hizmetler olarak belirtmiş ise, bu durumda anayasal düzenleme değişmediği sürece yasa koyucunun bu iradeye aykırı olarak düzenleme yapmasının olanaklı olmadığını da belirtmektedir. Öğretide “anayasal kamu hizmeti” olarak da nitelendirilen bu tür etkinlikler, esasında anayasayı yapan irade tarafından kamu yararı amacını gerçekleştirmeye yönelik hizmetler olarak görülmüş ve bunların yerine getirilmesi kamu hizmeti olarak tanımlamıştır.

Anayasal kamu hizmeti kavramının kökeni Fransız yargı organlarının kararları ile bu kararları değerlendiren öğreti görüşlerine dayanmaktadır⁴⁶². Fransız Anayasa Konseyi (Conseil Constitutionnel) tarafından verilen ve 1980’lerin sonlarına doğru yerleşik bir içtihat olarak benimsenen kararlarda –bu kararlar özelleştirme, haberleşme özgürlüğü, telekomünikasyon gibi konulara ilişkindir- biraz önce ifade edilen “anayasal kamu hizmeti” anlayışının egemen olduğu kabul edilmektedir. Fransız Anayasa Konseyi tarafından verilen kararlarda, özelleştirme kapsamına

⁴⁶⁰ Danıştay 10. Daire, E. 1995/1839, K.1996/3048; benzer karar için bkz. Danıştay 10. Daire, T. 19.3.1996, E. 1994/6268, K.1996/1558, www.danistay.gov.tr

⁴⁶¹ Kemal Gözler, “İdare Hukuku Dersleri”, Ekin Yayınları, Yıl, s.528.

⁴⁶² Karahanoğulları, s.261; Ali Ulusoy, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları”, içinde; Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslar arası Tahkim ve Kamu Hizmeti”, Ed.Ali Ulusoy, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s.5.

alınan kimi hizmetlerin, özelleştirme yoluyla özel girişimciye devrinde belirlenen ölçütler; “varlığı ve işleyişi Anayasaca zorunlu kılınan kamu hizmetleri”, “gerekliliği anayasal değerde ilke ve kurallardan kaynaklanan ulusal kamu hizmetleri” ölçütleridir⁴⁶³. Konsey sayılan ölçütlerden hareketle, bu türden hizmetlerin ya da etkinliklerin özelleştirme yoluyla devlet kontrolünden çıkarılmasının aksi anayasal düzeyde kararlaştırılmadıkça hukuken olanaklı olmadığını içtihat etmiştir⁴⁶⁴.

Türk hukukunda anayasal kamu hizmeti kavramı doğrudan yargı kararlarında yer almamasına karşın öğretide kimi yönlerden değerlendirilmiştir. Öğretide, 1982 Anayasası'nın “Sosyal Haklar ve Ödevler” başlıklı üçüncü bölümünde yer alan ailenin korunması, çalışma hakkı ve ödevi, ücrette adalet sağlanması, sağlık, çevre, konut ve sosyal güvenlik hakları gibi konularda anayasa koyucunun devlete kurmak ve işletmek zorunda olduğu sosyal kamu hizmetlerini açıkça gösterdiği ve bu hizmetlerin merkez ya da yerinden yönetim örgütlerince yerine getirilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir⁴⁶⁵. Öğretide benzer bir görüş de, 1961 Anayasası ile sosyal devlet ilkesinin benimsendiği ve bu bağlamda “sosyal haklar” grubu olarak sayılan hakları karşılayan bir sosyal kamu hizmetinin kurulmasının zorunlu olduğunu belirtirken şu saptamalara yer vermiştir: “(...) *Ailenin korunması, sağlık, konut ve eğitim herkesi kapsayıcı ve sosyal güvenlik ise çalışanları kapsayarak Anayasadan kaynaklarını alan vatandaşlık hakları biçiminde sağlanmış birer sosyal haklardır ve bu bakımdan da Devletin ödevi bu alanlarda birer hizmet tesisi ya da mevcut hizmetleri bu düzenin gereklerine uydurmaktır*”⁴⁶⁶.

Anayasa tarafından idareye verilen ve idarenin yürütmekle yükümlü olduğu “*kamu hizmetleri*”nin olduğunu kabul eden bir başka görüş, Anayasa'nın 126/3, 128/1 ve 137/1 maddelerinden hareketle, bu düzenlemelerde açıkça kamu hizmeti kavramına

⁴⁶³ Karahanoğulları, s.261-262.

⁴⁶⁴ Ulusoy (Tahkim), s. 6; Fransız Anayasa Konseyi, özelleştirme uygulamalarına ilişkin yasada yer alan ve temelde bankacılık ve sigorta hizmetlerinin belirtilen ölçütler bağlamında anayasal nitelikte zorunlu tutulan hizmetler olmadığına karar vermiştir (Karahanoğulları, s. 262).

⁴⁶⁵ Pertev Bilgen, “*Sosyal Haklar, Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme*”, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt 3, Sayı 5, 1995, s. 13. Bilgen, sosyal kamu hizmetlerinin “ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak” amacıyla özelleştirilmesinin hukuken olanaklı olmadığı, bilakis sosyal kamu hizmetlerin “kamu giderlerini artırmak amacıyla “kurulup işletildiği görüşündedir (bkz. s.16).

⁴⁶⁶ Öricü, s. 226-229.

yer verilmek suretiyle idarenin üstlenmesi gereken anayasal kamu hizmetlerinin olduğunu belirtmektedir⁴⁶⁷.

Öğretide anayasal kamu hizmeti kavramına AYM kararlarına yer vererek açıklık getirmeye çalışan da olmuştur⁴⁶⁸. Bu açıdan özellikle AYM'nin kimi kararlarına⁴⁶⁹ atıf yaparak "Anayasayı esas alarak bir kamu hizmeti envanteri çıkarmanın mümkün olaca(ğı)", böylelikle AYM'nin anayasal kamu hizmetleri sınıflandırması yaptığı ileri sürülmüştür. Bu bağlamda, anayasal kamu hizmetlerinin varlığı kabul edilebilir olmasına karşın, bu hizmetlerin Devletçe yerine getirilmesi zorunluluğunun 1982 Anayasasının 65.maddesiyle⁴⁷⁰ de ilgili olduğu, bu kavramın kabul edilmesinin pratikteki sonucunun ise, "özel sektör tarafından yerine getirilen kimi faaliyetlerin, kamu hizmetine ilişkin açıklık getirmesi" olduğu dile getirilmiştir.

AYM'nin niteliği gereği kamu hizmeti anlayışını eleştiren bir görüş ise, bu anlayışın demokratik hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığının altını çizerken, bu anlayışın yerine Fransız Konseyi'nin de benimsediği yöneme uygun olarak somut anayasal dayanaklar gösterilmesi suretiyle anayasal kamu hizmeti sınıflandırılmasının gerektiği ve sonuç olarak bu sınıflandırma dışında kalan bir etkinliğin ya da hizmetin kamu hizmeti olup olmayacağına karar verme yetkisinin siyasi iradeye ait olmasını savunmuştur⁴⁷¹.

Temelde niteliği gereği kamu hizmeti olan etkinlikler sınıflandırılmasını, biraz önce anıldığı biçimiyle, doğrudan anayasal düzenlemeleri dayanak almadan yapmak

⁴⁶⁷ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s.1016.

⁴⁶⁸ Karahanoğulları, s. 265-266.

⁴⁶⁹ Karahanoğulları, AYM'nin 23-25.10.1969 tarih ve E.1967/41, K.1969/57 sayılı kararında, devletin görevleriyle kamu hizmetleri arasında dolaylı olarak bağlantı kurulduğunu savunmaktadır. Gerçekten de sözkonusu kararda geçen şu ifade bu görüşü desteklemektedir: "Sosyal ve iktisadî kalkınma planının yürütülmesi, Anayasa'nın 41. ve 129. maddeleri uyarınca devlete yükletilmiş ödevlerden, başka deyimle, Anayasa'nın öngördüğü kamu işlerindedir (...)" . Yazar, AYM'nin 21.6.1979, E.1979/1, K.1970/30 sayılı kararında da yer alan; "Gerçekten, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan doğal zenginlikler ve kaynaklarının aranma ve işletilmesinin ilke olarak Devletin görevi sayılması, Anayasa Koyucunun bu işleri "kamu hizmeti" niteliğinde gördüğünün açık kanıtıdır (...)" ifadelerden Yüksek Mahkemenin, bir etkinliğin Anayasada devletin görevleri arasında sayılmasının bu etkinliğin kamu hizmeti niteliğinde olduğu görüşünü savunduğuna dikkati çekmiştir. (Kararlar için bkz.www.anayasa.gov.tr), ayrıca bkz. Karahanoğulları, s.264.

⁴⁷⁰ Anayasa'nın "Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları" kenar başlıklı 65.maddesi aynıysıyla şöyledir: "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözetererek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir".

⁴⁷¹ Ulusoy (Tahkim), s.8.

günümüzde genel kabul edilen kamu hizmeti anlayışına ters düşecektir. Nitekim yukarıdan buyana sözü edildiği üzere Anayasamız, doğrudan devlet tarafından üstlenilmesi gereken etkinlikleri belirtmiştir, bunun yanında kamu hizmetlerin gereği gibi yürütülmesinde gereken organik yapının kurulması ve işletilmesi için idari örgütlenmenin kurulmasını da açıkça dile getirilmiştir. Anayasal kamu hizmetlerin Devlet tarafından yerine getirilmesinden anlaşılması gereken, devlet ve öteki kamu tüzelkişileri ya da bunların denetimi altında belli bir hukuksal düzen altında özel hukuk kişilerin bu hizmetleri üstlenmesidir. Bununla birlikte, İdare Hukukunda idari kamu hizmetleri olarak adlandırılan ulusal savunma, adalet, nüfus ve tapu işleri niteliği gereği doğrudan devlet tarafından ulusal düzeyde tek elden ve aynı hukuksal düzenlemelere bağlı kalarak kamu hizmeti anlayışıyla yerine getirilmektedir.

Kamu hizmeti olarak kabul edilen etkinliklerin bağlı olduğu hukuksal rejimi ya da düzeni ise, hizmetin niteliği ve türüne göre belirlenen karma bir nitelik görünümüdür. İdare hukuku öğretisinde kamu hizmetlerinin biçimsel ögesi olarak kabul edilen “*kamu hizmetlerinin özel hukuksal düzene*” bağlı olduğu görüşü savunulduğu gibi, bu durumun kamu hizmetinin bir ögesi değil, sonucudur biçiminde de görüşler ileri sürülmüştür. Temelinde, “*bir etkinliğin kamu hizmeti olup olmadığını belirleyebilmek için bu etkinliğe uygulanacak hukuksal rejime bakmak gerekir*” görüşüne dayanan bu ögeyi, kamu hizmetinin biçimsel unsuru olarak kabul edip ele alan yazarlar olduğu gibi, biçimsel ögenin, kamu hizmetinin bir ögesi olarak değil, sonucu olarak görenler de vardır⁴⁷².

⁴⁷² Örnek vermek gerekirse, öğretide *Onar* kamu hizmeti teorisinde “hizmetin görülüşündeki usule dayanan kriter” olarak ele aldığı biçimsel öge hakkında görüş bildiren Hauriou’nun düşüncesini, “sebeup ve neticeyi karıştırmak” biçiminde eleştirmiştir. *Onar*, “*acaba idarenin bir faaliyeti amme hizmeti olduğu için mi hususi bir rejime tabidir; yoksa hususi rejime tabi olduğu için mi amme hizmetidir? Realiteye de muhaliftir, çünkü bugün iktisadi ve sınıai amme hizmetleri adını taşıyan ve iç görünüş ve işleyişleri, istifade edilenlerle tesis ettikleri rabita ve münasebetleri hususi hukuk tasarrufları şeklinde oluşu itibariyle hususi hukuk rejimi dahilinde ifa edilen bir takım faaliyetler vardır ki, bunların da amme hizmetleri olduklarında şüphe yoktur*” diyerek kamu hizmetinin biçimsel ögesinin, bir hizmeti kamu hizmeti olarak nitelendirilmesinde yeterli bir kriter olarak görmediğini savunmuştur. Bkz. *Onar (Cilt I)*, s.30-31; *Duran* da, idarenin toplum yararına halkın genel gereksinimlerini karşılamak için giriştiği etkinlikler, hangi yoldan ve usulle yapılırsa yapılsın, kamu hizmeti sayılacağından, kamusal yönetim biçiminin günümüzde artık kamu hizmetinin bir ögesi ve koşulu olmadığını belirtmektedir. Bkz. *Duran (İdare Hukuku)*, s.305 vd; Gözübüyük-Tan ise, kamu hizmetinin belirlenmesinde “*hukuksal rejimi*” bir öge olarak kabul etmektedirler, yazarlar kamu hizmetinin kamusal yönetim biçimine göre yürütülen etkinlik olarak tanımlandığını, kavramın (kamu hizmeti) idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde ölçüt niteliği olmasının da bu özelliğinden kaynaklandığını savunmaktadırlar. *Gözübüyük-Tan (Cilt I, 2007)*, s.656 vd.

Yukarıdan buyana arz edildiği üzere bir etkinliğin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi konusunda yasa koyucunun (ya da idarenin) takdir yetkisi bulunmaktadır. Başka deyişle, bir etkinliğin yürütülmesinde kamu yararı olduğuna ve bu nedenden ötürü kamu hizmetinin kurulmasına karar verme yetkisi yasama organı veya idareye aittir. Buraya kadar yer verilen öğretilerdeki görüşler de (sübjektif görüş) genel olarak bu yöndedir. Bu bağlamda, hangi tür etkinlikler kamu hizmeti sayılmaktadır biçimdeki soruya yanıt verirken öncelikle irdelenmesi gereken husus yasa koyucunun iradesidir. Eğer yasal düzenlemelerde bir etkinliğin kamu hizmeti niteliğinde olduğu açık ya da örtülü biçimde dile getirilmiş ise bu durumda artık başkaca bir hukuksal değerlendirme yapılmadan bu etkinliğin yerine getirilmesinin kamu hizmeti rejimine tabi olduğu kabul edilmelidir⁴⁷³. Bu görüşten hareketle şimdi elektronik haberleşme hizmetlerinin hukuksal niteliğine ilişkin yasa koyucunun iradesine bakalım.

Yukarıda da belirtildiği üzere elektronik haberleşme kavramı Türk hukuk mevzuatına ilk kez 5809 sayılı EHK ile girmiştir. Bu Yasa'nın kabulünden önce telekomünikasyon etkinlikleri olarak adlandırılan hizmetler 406 sayılı Yasa kapsamında yürütülmekteydi. Biz burada yapacağımız değerlendirmede esas olarak EHK düzenlemelerini değerlendireceğiz ancak yeri geldikçe 406 sayılı Yasa'nın öngördüğü düzeni de ele almaya çalışacağız.

Türk hukuk mevzuatında telekomünikasyon ya da elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yasal düzenlemelerin bir çatı altında toplanması, bu alanda AB mevzuatına uyum sağlanması ve elektronik haberleşme hizmetlerinde geçerli ilke ve kuralları belirtmek amaçlarıyla hazırlanan EHK, kendisinden önce yürürlükte bulunan mevzuattaki yasal düzenlemelerden kimi yönlerden ayrılmaktayken (örneğin hizmetlerin yürütülüş yöntemleri gibi), kimi yönlerden de -aynı ilkelerin benimsenmiş olması karşısında- önceki düzenlemelerle içerik olarak örtüşmektedir. İşte EHK'nın elektronik haberleşme (telekomünikasyon) alanında önceki düzenlemelerle örtüştüğü en önemli nokta, elektronik haberleşme

⁴⁷³ Kamu hizmeti teorisinde sübjektivist görüşü benimseyen öğretilerdeki bir görüşe göre, "herhangi bir faaliyet teknik anlamda kamu hizmeti olup olmadığını belirlemede, bu konuda çıkan uyuşmazlığı çözmekle görevli organ, sözkonusu faaliyetin içeriğine ve niteliğine bakarak karar vermeyip, o faaliyetin siyasi iktidar yasama organı tarafından kamu hizmeti olarak belirlenmiş olup olmadığını" bakması gerekmektedir. *Ulusoy (Kamu Hizmeti İncelemeleri)*, s.29.

(telekomünikasyon) alanında yürütülene etkinliklerin kamu hizmeti olarak kabul edilmesidir. Bu bağlamda ilk saptama olarak elektronik haberleşme alanında yürütülen hizmetler Devletin yetki ve sorumluluğu altındadır diyebiliriz. Nitekim elektronik haberleşme alanında yürütülen etkinliklerde geçerli olacak temel ilkelerin neler olduğunu düzenleyen EHK'nın (4/1) maddesinde *“Her türlü elektronik haberleşme cihaz, sistem ve şebekelerinin kurulması ve işletilmesine müsaade edilmesi, gerekli frekans, numara, uydu pozisyonu ve benzeri kaynak tahsislerinin yapılması ile bunların düzenlenmesi Devletin yetki ve sorumluluğu altındadır”* biçimde bir düzenlemeye yer verilmek suretiyle temel bir ilkenin altı çizilmiştir.

Devletin yetki ve sorumluluğuna ilişkin temel ilkenin yanında, EHK, kendisinden önce yürürlükte bulunan yasal düzenlemelerle örtüşen biçimde elektronik haberleşme ya da telekomünikasyon etkinliklerinin kamu hizmeti niteliğinde olduğuna ilişkin kimi ilkeleri de benimsemiştir (EHK, md.4)⁴⁷⁴. EHK'nın elektronik haberleşme hizmetlerinin sunumunda göz önünde bulundurulması gereken ilkeleri belirlerken, *tüketici hak ve menfaatlerinin gözetilmesi; herkesin, makul bir ücret karşılığında elektronik haberleşme şebeke ve hizmetlerinden yararlanmasını sağlayacak uygulamaların teşvik edilmesi; aksini gerektiren objektif nedenler bulunmadıkça veya toplumdaki ihtiyaç sahibi kesimlere özel, kapsamı açık ve sınırları belirlenmiş kolaylıklar sağlanması halleri dışında, eşit şartlardaki aboneler, kullanıcılar ve işletmeciler arasında ayırım gözetilmemesi ve hizmetlerin benzer konumdaki kişiler*

⁴⁷⁴ EHK md.4 ile ilgili madde gerekçesinde, *“(…) tarafların elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin işlemlerinde dikkate alacağı ilkeler açıkça belirtilmek suretiyle, uygulamanın genel çerçevesi çizilmiş, böylece kamu hizmeti niteliğinde bulunan bu hizmetlerin verilmesinde uygulanacak ilkeler netleştirilmiştir”* biçiminde bir düzenlemeye yer verilerek yasa koyucunun iradesine açıklık getirilmiştir. Bu gerekçeden hareketle öğretide de anılan hizmetlerin kamu hizmeti niteliğinde olduğu vurgulanmıştır. Bkz. Burak Öztürk, *“Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği”*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 67, Sayı 1, Kış 2009, s.35-37.

Madde gerekçesinde ayrıca, elektronik haberleşme alanında temel ilkelerin belirlenmesinin zorunluluğundan da sözedilmiştir. Nitekim aynı madde gerekçesinin devamında, *“Bu düzenleme ile bir taraftan elektronik haberleşme hizmetlerinde serbest rekabetin getireceği yararların sağlanması hedeflenmekte, öte yandan sektörün serbest rekabete açılması ile doğabilecek sorunlar, sektörü düzenleyici makamların müdahale alanı açıkça belirtilmektedir. Ayrıca, Kanunun belirlediği ilkeler çerçevesinde idarenin takdir hakkı kalmakla birlikte, bu ilkelerin açıkça sayılması, elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin işlemlerin idari yargı denetimini kolaylaştırıcı niteliktedir”* biçimde ifadeler yer verilmiştir. Elektronik haberleşme (telekomünikasyon) alanında 2000’li yıllarda başlayan serbestleşme ve sektörün rekabete açılması girişimlerinin yararları olabileceği gibi serbest piyasa koşullarında bu hizmetlerden yararlanılması özelinde yaşanacak tüketici sorunları, hizmetin gereği gibi yerine getirilememesi ya da evrensel hizmet yükümlülüğünün sektöre uğramaması veya sektörün aktörleri yönünden hukuksal güvenliğin sağlanması (örneğin eşit muamele yapılması, yönetimde şeffaflık, ayrımcılık yapmama yükümlülüğü gibi) kanımca yasa koyucunun elektronik haberleşme alanında düzenleme yetkisini kendisinde toplamasına gerekçe olmuştur.

tarafından eşit şartlarla ulaşılabilir olması; EHK'da aksi belirtilmedikçe ya da objektif nedenler aksini gerektirmedikçe, niteliksel ve niceliksel devamlılık, düzenlilik, güvenilirlik, verimlilik, açıklık, şeffaflık ve kaynakların verimli kullanılmasının gözetilmesi; ulusal güvenlik ile kamu düzeni gereklerine ve acil durum ihtiyaçlarına öncelik verilmesi; elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulmasında ve bu hususlarda yapılacak düzenlemelerde tarafsızlığın sağlanması; teknolojik yeniliklerin kullanılması da dahil olmak üzere özürsüz, yaşlı ve sosyal açıdan korunmaya muhtaç diğer kesimlerin özel ihtiyaçlarının dikkate alınması gibi ilkeleri benimseyerek kamu hizmetine egemen olan ilkelere olan "eşitlik", "süreklilik-devamlılık", "tarafsızlık-şeffaflık-açıklık" ilkelerine vurgu yapmıştır⁴⁷⁵.

Yasa koyucu, elektronik haberleşme etkinliklerinin düzenlenmesinde Devletin yetki ve sorumluluğundan söz ederken aynı zamanda bu alanda yetkisi ve görevi olan idarelerin (bakanlık ve BTK) düzenleme yaparken kamu hizmeti anlayışından hareket etmesi gerekliliğinden de söz etmiştir. Buna göre yasa koyucu, elektronik haberleşme alanında düzenleme ve denetleme yetkisine sahip bir üst kuruluş olan BTK'yi, elektronik haberleşme sektörüne yönelik olarak, "kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi" amacıyla mevzuatın öngördüğü önlemleri almakla sorumlu tutmuştur (EHK, md.6/ş). Burada yasa koyucunun elektronik haberleşme etkinliklerini kamu hizmeti olarak kabul ettiğini açıkça görmekteyiz⁴⁷⁶. Öte yandan kamu hizmeti niteliğinde olduğu kabul edilen elektronik haberleşme hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesine yönelik düzenleme yapma yetkisine sahip olan BTK, idari ya da yasal düzenlemelere uyumun ne ölçüde sağlandığını da denetleme yetkisine sahiptir. BTK'nın denetleme ve bunun sonucu olarak idari yaptırım kararı verme yetkisi "kamu düzenini", "ulusal güvenliği" ve "kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini" sağlama amaçlarına hizmet etmektedir. Burada da yasa koyucu tarafından idareye denetim ve yaptırım yetkisinin verilmesinin nihai amacının

⁴⁷⁵ Ayrıca bkz. Aycan Ilgın, "Elektronik Haberleşme Mevzuatında İşletmecilerin Mali Yükümlülükleri", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE Kamu Hukuku (Vergi Hukuku) ABD, 2010, s.5; Aynı biçimde EHK öncesi telekomünikasyon etkinliklerini düzenleyen 406 sayılı Yasa'da (4502 sayılı Yasa ile eklenen) düzenlenen temel ilkelere de esasında benzer ilkeler benimsenmiştir. Öğretide Ulusoy, "Telekomünikasyon Hukuku" adlı eserinde bu ilkeleri saydıktan sonra, yasa koyucunun idare hukuku öğretisinde benimsenen kamu hizmetinin geleneksel ilkeleriyle 4502 sayılı Yasa ile öngörülen ilkelerin örtüştüğünü belirtmektedir. Ayrıntı için bkz. Ulusoy, (Telekomünikasyon Hukuku), s.18.

⁴⁷⁶ Benzer görüş için bkz. Ilgın, s.4.

elektronik haberleşme kamu hizmetinin etkin ve verimli yürütülmesini sağlamak olduğunu görmekteyiz (Bkz. EHK, Md.60/1)⁴⁷⁷.

Yasa koyucu, elektronik haberleşme etkinliklerinin yürütülmesinde kamu yararı gördüğünden özel girişimci tarafından üstlenilmiş olsa da kamu yararının gerçekleşmesi ve böylece kamu hizmetinin etkin ve verimli biçimde yürütülmesine dönük düzenlemeler yapmıştır. Bu bağlamda temel ilkelerden söz ederken yasa koyucu elektronik haberleşme hizmetinin sunulmasında ve bu hususta yapılacak düzenlemelerde, kamu düzeninin gereklerine öncelik verilmesi gerekliliğinden söz etmektedir. Bu kapsamda, yöntemine uygun biçimde yapılan yetkilendirmeye yerine getirilen elektronik haberleşme hizmetlerinde, kamu yararı amacıyla hizmeti üstelenen kişinin, kamu yada özel mülkiyete konu olan bir taşınmazdan yararlanma hakkı bulunmaktadır. EHK'nın öngördüğü yöntemle yetkilendirilen işletmecilere, *elektronik haberleşme hizmeti sunmak için gerekli* şebeke ve alt yapıyı kurmak, kaldırmak, bakım ve onarım yapmak gibi amaçlar ile kamu ve özel mülkiyet alanlarının altından, üstünden, üzerinden geçmeleri için "geçiş hakkı" tanınmıştır (EHK, md.3/s ve md.22). Bu kapsamda EHK, "geçiş hakkı sağlayıcısı"⁴⁷⁸na yönelik

⁴⁷⁷ EHK, *Kurumun yetkisi ve idarî yaptırımlar*, md 60/(1): Kurum; mevzuata, kullanım hakkı ve diğer yetkilendirme şartlarına uyulmasını izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idarî para cezası uygulamaya, millî güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi ve kanunlarla getirilen hükümlerin uygulanması amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya, belirlediği süre içerisinde yetkilendirme ücretinin ödenmemesi ya da ağır kusur halinde verdiği yetkilendirmeyi iptal etmeye yetkilidir. Ancak, Kurum, ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirmelerin iptalini gerektiren hallerde Bakanlığın görüşünü alır.

Benzer biçimdeki düzenlemeye 406 sayılı Yasa'da değişiklik yapan 4502 sayılı Yasa'nın 2/f maddesinde de görmekteyiz. O dönemki adıyla *Telekomünikasyon Kurumu'nun sorumluluğu düzenlenirken 4502 sayılı Yasa'nın 2/f maddesinde* aynıyla şu ifadeler yer verildiğini görmekteyiz: "(...) Kurum; Bakanlığın Türk Telekom dahil işletmecilerle imzaladığı sözleşmelerin ve verdiği telekomünikasyon ruhsatlarının şartlarına uyulmasının sağlanması için gereken tedbirleri almaya, faaliyetlerin mevzuata ve imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin şartlarına uygun yürütülmesini izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde ilgili işletmecinin bir önceki takvim yılındaki cirosunun %3'üne kadar idarî para cezası uygulamaya yetkilidir. Bakanlık da, millî güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya ya da ağır kusur halinde imtiyaz sözleşmesini, telekomünikasyon ruhsatını ya da genel izni iptal etmeye yetkilidir". Bu düzenlemede de EHK'da yer alan temel kavramlara -millî güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi gibi- yer verilmek suretiyle telekomünikasyon etkinliklerinin kamu hizmeti niteliğinde olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Bkz. *Ulusoy (Telekomünikasyon Hukuku)*, s.17-18.

⁴⁷⁸ Geçiş hakkı sağlayıcısı; geçiş hakkına konu olan kamuya ait ya da kamunun ortak kullanımında olan taşınmazlar da dahil olmak üzere, taşınmaz sahipleri ve/veya taşınmaz üzerindeki hak sahipleri olarak tanımlanmıştır (EHK, md.ş).

olarak, yetkilendirilmiş işletmecinin geçiş hakkı kapsamında yürüteceği elektronik haberleşme etkinliğinin *kesintisiz ve güvenli* bir biçimde gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla gerekli tüm önlemlerin alınmasına ve çalışmaların yapılmasına izin verme ve ayrıca işletmeciye ait elektronik haberleşme şebekesini tehlikeye düşürücü ya da zarar verici işlemlerden kaçınma yükümlülüğü getirmiştir (EHK, md.28)⁴⁷⁹. Yasa koyucunun özel mülkiyete konu bir taşınmaz üzerinde öngördüğü bu yükümlülük, elektronik haberleşme etkinliklerinin kamu hizmeti niteliğinden kaynaklanmaktadır. Nitekim “*elektronik haberleşme etkinliğinin kesintisiz*” biçimde yürütülmesini sağlamak biçiminde ifade edilen düzenleme, kamu hizmetinin temel ilkelerinden biri olan “*süreklilik-devamlılık*” ilkesiyle de örtüşmektedir. Öyle ki yasa koyucu, elektronik haberleşmenin sürekliliğini sağlamak üzere “*yetkilendirmenin devri halinde kamu hizmetinin kesintiye uğramaması için, geçiş hakkı sağlayıcısı tarafından aksi ileri sürülmediği müddetçe; geçiş hakkı anlaşmasının, geçiş hakkı sağlayıcısı ile yeni işletmeci arasında aynı şartlarda geçerli olacağı kabul olunur*” biçimde bir düzenlemeye yer vererek, elektronik haberleşme hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğinde olduğunu açıkça vurgulamıştır⁴⁸⁰ (EHK, md. 29).

EHK'nın öngördüğü sistemde, elektronik haberleşme alanında hizmetin yürütülmesine ilişkin (yetkilendirme rejimi) yeni bir rejim benimsenmiştir. Çalışmanın ilerleyen yerlerinde ayrıntılı biçimde ele alınacak bu yeni sistem, kendisinden önce yürürlükte olan ve telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin benimsenen “*imtiyaz sözleşmesi*”, “*ruhsat*”, “*genel izin*” gibi yöntemlerden farklı bir düzen getirmiştir. EHK öncesi Türkiye’de telekomünikasyon alanında etkinlik göstermek isteyen bir işletmeci konusuna göre ya imtiyaz/görev sözleşmesi imzalamak ya da idareden bir izin (ruhsat) almak zorundaydı⁴⁸¹. İşte bu

⁴⁷⁹ Benzer düzenleme için bkz. “*Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Yürütülmesinde Geçiş Hakkına Dair Yönetmelik*” (R.G., T.3.2.2010, Sy.27482), md.10.

⁴⁸⁰ Geçiş hakkı kapsamında, EHK’da öngörülen etkinliklerin gerektirmesi durumunda, kişilerin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlar hakkında 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda belirtilen usul ve esaslara uygun biçimde kamulaştırma yapılabilmektedir. Bu konuda Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından verilecek “*lüzum kararı*”, kamu yararı kararı yerine geçmekte ve başka bir onaya gerek kalmaksızın öteki işlemler Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre Bakanlıkça yürütülmektedir. Kamulaştırılan taşınmazların mülkiyeti Hazineye ait olup, bu taşınmazlar üzerinde Maliye Bakanlığı tarafından işletmeci lehine yetkilendirme süresi ile sınırlı olmak üzere bedelsiz olarak irtifak hakkı tesis edilir. Yetkilendirmenin sona ermesi ya da iptali durumunda, bu taşınmazların üzerinde işletmeci lehine tescil edilmiş olan irtifak hakkı ilgili defterdarlık veya malmüdürlüğünün talebi üzerine tapu idaresince re’sen terkin edilir ve bu taşınmazlar başkaca bir işleme gerek kalmaksızın Hazineye devredilir. (md.30).

⁴⁸¹ 406 sayılı Yasa’da değişiklik yapan 4502 sayılı Yasa’nın 2.maddesinde, “*Hiç kimse Bakanlıkla bir görev, imtiyaz sözleşmesi yapılmış veya Bakanlık tarafından bir telekomünikasyon ruhsatı veya genel*

düzenlemeden hareketle bir telekomünikasyon etkinliğinin yürütülmesi için idare ile sözleşmesel bir ilişkinin kurulması ya da idareden bir izin alma koşulunun getirilmiş olmasının telekomünikasyon hizmetlerinin yasa koyucu tarafından kamu hizmeti niteliğinde kabul edildiğini gösteren bir düzenleme olarak gösterilmiştir⁴⁸². Bu görüşten hareketle, “*elektronik haberleşme hizmeti verilebilmesi, elektronik haberleşme şebekesi ya da alt yapısının kurulup işletilebilmesi BTK tarafından yapılacak bir yetkilendirme ile olanaklıdır*” biçimindeki bir düzenleme nedeniyle EHK’nın da elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesini kamu hizmetinin görülüş yöntemlerinden biri ile üstlenilmesinin zorunlu kıldığını ve böylece önceki düzenlemelere paralel bir anlayışı benimsediğini söyleyebiliriz. Bununla birlikte EHK’da, kendisinden önceki yasal düzenlemelere benzer biçimde “*Bir gerçek veya tüzel kişinin, kendi kullanımındaki taşınmazların dâhilinde ve her bir taşınmazın sınırları dışına taşmayan, münhasıran şahsi veya kurumsal ihtiyaçları için kullanılan ve üçüncü şahıslara herhangi bir elektronik haberleşme hizmeti verilmesinde kullanılmayan, sağlanmasında herhangi bir ticari amaç güdülmeyen ve kamu kullanımına açık olarak sunulmayan (...) elektronik haberleşme hizmeti ve/veya şebekesi veya altyapısı yetkilendirmeye tabi değildir*” düzenlemesine yer vererek bir anlamda belirtilen nitelikteki etkinlikleri ayrı bir kategoriye sokmuştur⁴⁸³.

Elektronik haberleşme etkinliklerinin kamu hizmeti niteliğinde olduğuna ilişkin düzenlemelerden biri de Evrensel Hizmet Kanunu’nda yer almaktadır. Elektronik haberleşme kavramının ve kapsamının anlatıldığı yerde de ifade edildiği üzere yasa koyucu esasında elektronik haberleşme hizmetleri içinde yer alan kimi etkinliklerin yerine getirilmesini evrensel hizmet adı altında başka bir yasa ile düzenlemiştir. Bu

izin verilmiş olmadıkça, telekomünikasyon hizmeti yürütemez ve/veya altyapısı kuramaz ve işletemez” biçimde bir düzenlemeye yer verilmekteydi. EHK geçici 2.madde, önceki mevzuat döneminde imzalanan sözleşmeler ya da alınan izinler ile ilgili, EHK’nın yürürlüğe girdiği tarihten önce telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin ile yetkilendirilmiş olan işletmecilerin yeni yasal düzenlemelere uygun olarak BTK’ya bildirimde bulunmuş ya da gerekli olduğu durumlarda yetkilendirmelerindeki süre ile sınırlı olarak kullanım hakkı almış sayıldıklarını ve ayrıca EHK’nın yürürlüğe girdiği tarihten önce BTK (Telekomünikasyon Kurumu) ile imzalanmış olan görev ve imtiyaz sözleşmelerinin süre bitimi, fesih, iptal veya başkaca herhangi bir nedenle sona ermelerine kadar mevcut hükümleri uyarınca geçerliliklerini devam ettirileceğini hüküm altına almıştır.

⁴⁸² Ulusoy (Telekomünikasyon Hukuku), s.19. Ayrıca bkz. Ahmet Erdiç Çavuşoğlu, “Telekomünikasyon Hizmetlerine İlişkin İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İÜSBE Kamu Hukuku ABD, 2007, s.7-8.

⁴⁸³ 4502 sayılı Yasa’da da benzer biçimde bir düzenlemeye yer verilmiş olduğunu görmekteyiz. Bu düzenlemeden hareketle bu tür niteliklere sahip bir elektronik haberleşme etkinliğinin kamu hizmeti olarak kabul edilemeyeceği savunulmuştur. Bkz. Ulusoy (Telekomünikasyon Hukuku), s.21; Çavuşoğlu, s.9.

bağlamda Evrensel Hizmet Kanunu'nun "*Amaç.*" kenar başlıklı 1.maddesinde, "*Bu Kanunun amacı; kamu hizmeti niteliğini haiz, ancak işletmeciler tarafından karşılanmasında mali güçlük bulunan evrensel hizmetin sağlanması, yürütülmesi ve elektronik haberleşme sektörü ile bu Kanun kapsamında belirlenen diğer alanlarda evrensel hizmet yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir*" biçiminde bir düzenlemeye yer verilmek suretiyle elektronik haberleşme alanında evrensel hizmet olarak kabul edilen etkinliklerin kamu hizmeti niteliğinde olduğunun altı açıkça çizilmiştir.

II. Elektronik Haberleşme Hizmetlerine Egemen Olan İlkeler

Kamu hizmeti niteliğinde olduğunu kabul ettiğimiz elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesinde geçerli olacak ilkelerin ya da prensiplerin belirlenmesinin önemli bir işlevi bulunmaktadır. Elektronik haberleşme alanında, bir yandan serbest ve etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması hedeflenirken, bir yandan da bu hedefin gerçekleşmesine dönük politikaların belirlenmesi ve uygulanabilirliği yönünden temel hak ve özgürlüklerin korunması, tüketici (hizmetten yararlanan) haklarının ve çıkarlarının gözetilmesi ve en önemlisi kamu hizmeti niteliğine uygun hizmet sunumu konularının da göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Yürütülen kamu hizmetinin niteliğine göre belirlenen özel ilkeler olmakla birlikte, idare hukuku öğretisinde kamu hizmeti olarak kabul edilen bir alanda geçerli olan genel ilkelerin bulunduğu da bilinmektedir. Bu bağlamda elektronik haberleşme hizmetlerinin kendine özgü niteliği, bu hizmetlerin yürütülmesinde geçerli olan devlet politikası, yasa koyucunun iradesiyle biçimlenen algı, bu alanda ortaya konulacak ilkelerin belirlenmesinde önemli bir etkiye sahiptir.

Kamu hizmetlerine egemen olan temel ilkeler ile özelde elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesinde kabul edilen yasal ilkelerin belirlenmesi ve bunların nitelendirilmesinin önemi ve gerekliliği özellikle bu alanda daha da önem taşımaktadır. Çünkü, elektronik haberleşme hizmetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesinde asıl sorumluluğu üstlenen devletin (bakanlık ve üst kuruluşlar) bu

alandaki yetkisinin çerçevesini çizerken; tüketiciler (hizmetten yararlananlar) için, hak ve çıkarlarının korunması yönünden hizmeti üstlenen girişimciden ya da devletten neyi, nasıl ve hangi nedenlerle talep edebileceklerini belirlerken; elektronik haberleşme sektöründe rol alan özel girişimci yönünden de, bu rolün gereklerinin neler olduğunu saptarken deyiş yerindeyse yalnızca bu ilkeler konuşacaktır. Bununla birlikte ilkelerin belirlenmesi ve bunların somutlaştırılması, yalnızca devlet-tüketici-girişimci üçlüsü için değil aynı zamanda kamu hizmeti etkinliğinin yargısal denetimini yapacak yargı organları için de önem taşımaktadır. Şimdi yukarıda yer verilen değerlendirme çerçevesinde elektronik haberleşme alanında geçerli olan ilkelerin belirlenmesi ve ardından nitelendirilmesi konusuna geçelim. Elektronik haberleşme hizmetlerine egemen olan ilkeleri şöyle sıralamak olanaklıdır:

- Serbest rekabet ortamının sağlanması ve korunması ilkesi
- Açık ve şeffaf olma ilkesi
- Eşitlik ilkesi
- Süreklilik ve düzenlilik ilkesi
- Değişkenlik ve uyum ilkesi

Aşağıda bu ilkeleri ayrıntılı olarak ele almaya çalışacağız.

A. Serbest rekabet ortamının sağlanması ve korunması ilkesi

Elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesi konusunu düzenleyen EHK'da yasa koyucu, bir yandan elektronik haberleşme hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğinde olduğunu kabul edip, bu alanın düzenlenmesi ve denetlenmesinde devletin sorumluluğu ilkesini belirlerken, öte yandan da elektronik haberleşme alanında serbest ve etkin bir rekabet ortamının yaratılmasına dönük ilke ve kuralların belirlenmesi gerekliliğinden söz etmiştir. Bu kapsamda yasa koyucu EHK'nın "İlkeler" kenar başlıklı 4.maddesinde düzenleme yetkisine sahip idareler yönünden, elektronik haberleşme hizmetinin sunulmasında ve bu konuda yapılacak düzenlemelerde hangi ilkelerin göz önüne alınacağını sırasıyla saymıştır. Bunlarda biri de (md.4/a) "Serbest ve etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması" ilkesidir.

Elektronik haberleşme alanında benimsenen serbestleşme (liberalizasyon) ve rekabet ortamının sağlanması politikasının kimi gerekliliklerinin bulunduğunu söyleyebiliriz. Başka deyişle serbest ve etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması ilkesinin geçerliliği ve uygulanabilirliği yönünden yapılması gerekli yasal ve idari düzenlemeler ya da kurallar ile anılan ilkeyle bağlantılı kimi alt ilkelerin de benimsenmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bu bağlamda her şeyden önce şunu belirtelim ki, elektronik haberleşme alanında serbestleşme ve rekabet ortamının oluşturulmasında temel dinamik, bu alanda ulusal mevzuatımızın biçimlenmesinde de esas rol alan AB'nin ortaya koyduğu düzenleyici çerçevedir. Çalışmamızın ikinci bölümünde AB'nin elektronik haberleşme alanında öngördüğü düzen başlığı altında ele almaya çalıştığımız konunun tekrarını yapmamakla birlikte, "*serbest ve etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması ilkesi*"nin benimsenmesinin nedenini ve bu ilkenin sonucu olarak uygulamaya geçirilen düzenlemeleri burada ana hatlarıyla belirtmek gerekmektedir. İncelemek gerekirse, AB'ye tam üyelik statüsü kazanma yönünde müzakereler yürüten, ulusal mevzuatını AB mevzuatıyla uyumlaştırmaya çalışan ülkemizde elektronik haberleşme alanındaki temel politikamızın alt yapısını AB düzenleyici çerçevesi oluşturmaktadır. Ülkemizde bu kapsamda, elektronik haberleşme (telekomünikasyon) alanında serbest ve etkin rekabet ortamının sağlanmasına yönelik yasal alt yapının kurulması 1990'lı yılların ortalarına rastlamaktadır. Belirtmek gerekir ki, ülkemizde elektronik haberleşme alanında yaşanan gelişmeler (yasal ya da idari yapıda değişim) çalışmamızın birinci bölümünde ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu nedenle biz, bu başlık altında önceden anlatılanları tekrarlamaktan kaçınmakla birlikte bir anlamda, "*serbest ve etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması ilkesi*"nin kabul edilmişindeki ilk adımın ne zaman ve nasıl atıldığını belirtmek amacıyla kısaca tarihsel süreci hatırlatmaya çalışacağız. Yukarıda da belirtildiği üzere Ülkemizde elektronik haberleşme (telekomünikasyon) hizmetleri EHK'nın yürürlüğe girmesine kadar esas itibarıyla 406 sayılı Yasa kapsamında düzenlenmişti. Anılan Yasa'nın ilk kabul edilen biçimiyle posta, telefon ve telgraf hizmetleri devlet tekeli altında yürütülmekteydi. İşte Ülkemizde telekomünikasyon alanında serbestleşme ve rekabet koşullarının oluşturulması anılan Yasa'da farklı tarihlerde yapılan değişikliklerle sağlanmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda yapılan ilk değişiklik 1994 yılında yapılmıştır. 1994 yılında kabul edilen 4000 sayılı Yasa ile 406 sayılı Yasa'nın "*İnhisar*" kenar başlıklı 1.maddesi yeniden düzenlenmiştir. Yapılan değişiklikle posta ve telgraf hizmetleri

Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü'ne; telekomünikasyon hizmetleri ise Türk Telekomünikasyon A.Ş'ye bırakılmıştır. Her ne kadar bu düzenleme telekomünikasyon hizmetleri alanında devlet tekel ortadan kaldırılmamış olsa da⁴⁸⁴ kanımca sektörün serbestleşmesi ve rekabete açılması düşüncesinin yeşermesini sağlamıştır⁴⁸⁵. 4000 sayılı Yasa'nın ardından yürürlüğe giren ve ülkemizde telekomünikasyon alanında serbestleşme ve rekabet koşullarının sağlanması yönünden devrim niteliğinde olduğu kabul edilen 4502 sayılı Yasa ile 406 sayılı Yasa'da telekomünikasyon hizmetleri alanında tekel ortadan kaldırılarak, serbestleşme yönünden önemli bir adım atılmıştır⁴⁸⁶.

Serbest rekabet ortamının sağlanması ve korunması konusunda yalnızca yasal ilkelerin ya da kuralların benimsenmiş olması yeterli değildir. Bunun yanında belirlenen ilkelerin ya da kuralların işlerliği ile sektörün bunlara uyum sağlamasının izlenmesi konularında görevli ve yetkili olan özerk düzenleyici üst kuruluşların varlığı da gereklidir. Ülkemizde, temelde kamu hizmeti niteliğinde olan elektronik haberleşme hizmetlerini düzenleme yetkisine sahip olan devlet, bu kamu hizmetinin günlük politik çekişmelerden ya da etkilerden etkilenmeden düzenli, etkin ve verimli biçimde yürütülmesi ve denetlenmesi yönünden merkezi yönetim dışında düzenleyici organlar (regulatory bodies) oluşturulması yolunu benimsenmiştir. Bir anlamda AB'nin öngördüğü düzene uyum sağlanması ve düzenleyici çerçevenin gereklerini yerine getirme bağlamında elektronik haberleşme alanında düzenleme ve denetleme yetkisine sahip bir düzenleyici organın varlığı da zorunludur. Bu kapsamda ülkemizde 2000'li yılların başında Telekomünikasyon Kurumu kurulmuş ve ardından

⁴⁸⁴ Ulusoy (Telekomünikasyon Hukuku), s. 142.

⁴⁸⁵ Bunu 4000 sayılı Yasa'nın kabul edilmiş gerekçesinde de görmek olanaklıdır. Yasa'nın genel gerekçesinde, "(...) Bir yandan dünyadaki teknik ve teknolojik gelişmelerin izlenmesi ve ülkemize aktarılması, bir yandan da buna ait yatırımların gerçekleştirilmesini mümkün kılacak finans kaynaklarının tespiti, ülke imkânları karşısında önem kazanmış ve Dünyada bu konuda denenmiş ve başarılı olmuş modellerin seçimine gerek duyulmuştur. Bu nedenle, telekomünikasyon hizmetlerini, posta ve telgraf hizmetlerinden ayırarak, şirket statüsünde bir teşkilatlanmaya gidilmesinin zorunlu olduğu sonucuna varılmıştır (...)" biçiminde yer alan ifadeler de yasa koyucunun artık telekomünikasyon hizmetlerinin ayrı bir idari organ tarafından ve farklı yöntemlerle ya da modellerle yürütülmesinin artık zorunlu olduğuna kanaat ettiği anlaşılmaktadır.

⁴⁸⁶ Bu kapsamda EHK'nın elektronik haberleşme hizmetleri alanında kabul ettiği serbest ve etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması ilkesi, ilk kez 4502 sayılı Yasa ile kabul edilmiştir. Bununla birlikte anılan Yasa'da telekomünikasyon hizmetlerinde serbestleşme ve rekabet ortamının sağlanmasına yönelik başka düzenlemelerde yapılmıştır. Bunlar arasında, telekomünikasyon hizmetlerinin yapılacak yetkilendirme ile özel hukuk kişileri tarafından da yerine getirilebileceği düzenlemesi, en önemli düzenleme olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Ulusoy (Telekomünikasyon Hukuku)*, s. 1423-145.

EHK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte bu Kurum, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu adı altında yeniden yapılandırılarak etkinliğini sürdürmeye başlamıştır.

EHK'nın öngördüğü düzende bir yandan *Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'nın elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin strateji ve politikaları belirlemek; elektronik haberleşme sektörünün, serbest rekabet ortamında gelişimini özendirme ve bilgi toplumuna dönüşümün desteklenmesini sağlamaya yönelik hedef, ilke ve politikaları belirlemek ve bu amaçla teşvik edici tedbirleri almak; elektronik haberleşme politikalarının tespiti ve uygulanması amacıyla gerekli araştırmaları yapmak ve yaptırmak* gibi görev ve yetkileri bulunurken (Bkz. EHK, md. 5), öte yandan, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun da sözkonusu ilke bağlamında esas olarak; *"Elektronik haberleşme sektöründe; rekabeti tesis etmeye ve korumaya, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik düzenlemeleri yapmak, bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek ve mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak... Bu Kanun ve bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere aykırı olarak, elektronik haberleşme sektöründe ortaya çıkan rekabet ihlallerini denetlemek, yaptırım uygulamak"* gibi görev ve yetkisi bulunmaktadır (Bkz. EHK, md.6)⁴⁸⁷.

EHK'da elektronik haberleşme alanında rekabetin sağlanması yönünden özel düzenlemeler yapılmıştır. Anılan Yasa'nın 7.maddesinde yer alan düzenlemeye göre; BTK, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, elektronik haberleşme sektöründe rekabete aykırı davranış ve uygulamaları re'sen ya da yakınma üzerine incelemek, soruşturmak ve rekabetin sağlanmasına yönelik gerekli gördüğü önlemleri almak, görev alanına giren konularda kurum ve kuruluşlardan bilgi ve belgelerin sağlanmasını istemek yetkilerine sahiptir. Aynı maddede Rekabet Kurulu'nun, elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve kontrollerde, birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle BTK'nın görüşünü ve düzenleyici işlemlerini dikkate

⁴⁸⁷ Çalışmanın ilerleyen kısımlarında elektronik haberleşme alanında görev ve yetkileri bulunan idareler konusunda ayrıntıya girileceğinden burada yalnızca, adı geçen Bakanlık ile BTK'nın serbest rekabet ortamının sağlanması ve korunması ilkesi bağlamında üstendikleri görev ve yetkilerden söz edilmiştir.

almak zorunda olduğu da hüküm altına alınmıştır. BTK serbest rekabet ortamının sağlanması ve korunması ilkesi bağlamında, yapacağı pazar analizleri sonucu ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecileri belirleyebilmek, rekabet ortamının sağlanması ve korunması amacıyla etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere yükümlülükler getirebilmek ve aynı zamanda, benzer ve/veya farklı pazarlarda etkin piyasa gücüne⁴⁸⁸ sahip olan işletmeciler arasında söz konusu yükümlülükler açısından farklılaştırma yapılabilmesi yetkisine de sahiptir⁴⁸⁹.

Bu yetki bağlamında erişim yükümlülükleri ve yükümlülüğün kapsamını belirleyecek olan BTK, bir işletmecinin diğer bir işletmecinin EHK'nın 15. maddesinde belirtilen hususlarda⁴⁹⁰ erişimine izin vermemesinin ya da aynı sonucu doğuracak biçimde

⁴⁸⁸ Etkin piyasa gücü: İşletmecinin, ilgili elektronik haberleşme pazarında, tek başına ya da diğer işletmecilerle birlikte rakiplerinden, kullanıcılarından ve tüketicilerinden fark edilir bir şekilde bağımsız olarak hareket edebilmesine imkân sağlayan ekonomik güç olarak tanımlanmaktadır. Bkz. "Elektronik Haberleşme Sektöründe Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmeciler İle Bu İşletmecilere Getirilecek Yükümlülüklerin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik", (md.4/a), (R.G., T.01.9.2011, Sy.27336).

⁴⁸⁹ Elektronik haberleşme hizmetleri alanında rekabet ortamının korunması bağlamında uygulamaların, alınan kararların önemi büyüktür. Bu bağlamda anılan sektörün düzenlenmesinde yetkisi bulunan BTK'nın kararlarının bu ilkenin somutlaşması, ilerlik kazanması yönünden etkisinin sektörel anlamda sonuçlarının ortaya konulması gerekmektedir. Bu kapsamda olmak üzere, Türk Telekom'un perakende internet hizmeti de sunmasına izin veren BTK kararı, sözkonusu kuruluşun değişik isimlerle piyasaya sunmaya başladığı ve pazardaki serbest rekabeti engelleyecek nitelikte görülmüştür. Türk Telekom'un özelleştirilmesi öncesinde Rekabet Kurulu, internet pazarında adil ve sağlıklı bir rekabet ortamı oluşması için perakende internet hizmetlerinin ayrı bir şirket üzerinden sunulmasını şart koşmuştu. Bunun üzerine Türk Telekom grubu bünyesinde 2006 yılında TNet adlı bir şirket kurulmuştu. Bu süre içinde Türk Telekom ortaklığı olan TNet'in sabit internet piyasasında % 80'lerin üzerinde pazar payını korumasına ve adil olmayan rekabet koşullarının devam etmesine karşın Türk Telekom, pazardaki koşulların değiştiğini ileri sürerek kendisinin doğrudan perakende internet hizmeti sunma yönündeki istemlerini sürdürmüştür. BTK'nın ilgili kararına karşı açılan iptal davasında Danıştay 13. Dairesi verdiği yürütmeyi durdurma kararında, Rekabet Kurulu'nun "Türk Telekom'un, BTK tarafından bazı düzenlemelere tabi tutulsa da, sabit internet piyasasında hem toptancı hem de perakendeci olarak faaliyete başlamasının rekabet üzerinde olumsuz etkilerinin olabileceği, zaten hakim durumda olan Türk Telekom'un bu aşamadan sonra piyasada çok daha güçlü hale geleceği, bunun neticesinde alternatif operatörler açısından halihazırda piyasada gerçekleştirilememiş olan rekabetçi yapının çok daha zor hale geleceği" savını dikkate almış ve BTK kararının Türk Telekom'un hisselerinin satışına yönelik ihale şartnamesine aykırı olduğunu belirtmiştir. *Kaynak:* http://www.telkoder.org.tr/files/1-announce/duyuru_2012_02_17.htm (erişim tarihi: 10.5.2012).

⁴⁹⁰ EHK, "Erişimin kapsamı", md.15: (1) Elektronik haberleşme hizmetlerinde erişim kapsamında aşağıdaki hususlar yer alır:

- a) Yerel ağa ayrıştırılmış erişim ve veri akış erişimini de içerecek şekilde elektronik haberleşme şebekesi bileşenlerine ve ilgili tesislerine her türlü yöntemle erişim.
- b) Binalar, borular ve direkleri de içerecek şekilde mevcut erişim seçeneklerini de dikkate alarak fiziksel alt yapıya erişim.
- c) İşletim destek sistemlerini de içerecek şekilde ilgili yazılım sistemlerine erişim.
- ç) Numara dönüşümüne veya eşdeğer işlevselliğe sahip sistemlere erişim.
- d) Sanal şebeke hizmetlerine rekabet durumunu da dikkate alarak erişim.
- e) İki elektronik haberleşme şebekesi arasındaki arabağlantı.

erişim için kabul edilebilir olmayan süre ve koşullar ileri sürmesinin, rekabet ortamının oluşumunu engelleyeceğine veya ortaya çıkacak durumun, son kullanıcıların aleyhine olacağına karar vermesi durumunda, söz konusu işletmeciye diğer işletmecilerin erişim istemlerini kabul etme yükümlülüğü getirebileceği gibi (Bkz. EHK, md. 16), öte yandan erişim yükümlüsü işletmecilere, erişim tarifelerini maliyet esaslı olarak belirleme yükümlülüğü de getirebilir (Bkz. EHK, md.20). EHK, serbest rekabet ortamının işlerlik kazanması yönünden ayrıca tarifelerin, rekabetin engellenmesi, bozulması ya da kısıtlanmasına neden olacak biçimde belirlenmemesi (EHK, md.14/d) ve bir hizmetin maliyetinin diğer bir hizmetin ücreti yoluyla desteklenmemesi ya da karşılanmaması (çapraz sübvansiyon) (EHK, md.14/ç) ilkelerini de benimsemiştir. Bu bağlamda son olarak BTK, ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere hesap ayrımı yükümlülüğü getirebilir⁴⁹¹. Hesap ayrımı yükümlülüğü getirilen işletmeciler, Kurum tarafından belirlenecek hesap ayrımı ve maliyet muhasebesine ilişkin usul ve esaslar kapsamında etkinlik alanları ve iş birimleri için ayrı ayrı hesap tutma ile yükümlüdürler (EHK, md.21)⁴⁹².

B. Açık ve Şeffaf Olma İlkesi

Açık ve şeffaf olma ilkesi kamu hizmetine egemen olan geleneksel ilkeler arasında yer almamakla birlikte, elektronik haberleşme alanında yasal ve öteki hukuksal düzenlemelerde kendine yer bulan bir ilkedir. Kanımca, elektronik haberleşme hizmetlerinin kendine özgü niteliği, bu hizmetlerin yürütülüş yöntemleri ile serbest rekabet koşullarının egemen olduğu sektörün özellikleri bu ilkenin benimsenmesine

-
- f) Ulusal dolaşım da dahil olmak üzere sabit ve mobil şebekelere erişim.
 - g) Koşullu erişim sistemlerine erişim.
 - ğ) Yeniden satış amacıyla hizmetlerin toptan seviyede sunulması.
 - h) Kurum düzenlemeleri ile belirlenen diğer hallerdeki erişim.

⁴⁹¹ Bu konuda 2002/21/EC numaralı Çerçeve Direktifi'nin "Hesap ayrımı ve finansal raporlar" kenar başlık 13. maddesinde: "Üye Devletler kamu iletişim ağları ya da kamuya açık elektronik haberleşme hizmetleri sağlayan, aynı ya da başka bir Üye Devlette öteki sektörlerde hizmetlerin sağlanmasıyla ilgili özel veya münhasır haklara sahip işletmelerden: a) elektronik iletişim ağlarının veya hizmetlerinin sağlanmasıyla ilintili etkinlikler için, bu etkinlikler yasal olarak bağımsız şirketler tarafından gerçekleştirildiği takdirde gerekli olacak ölçüde, tüm maliyet ve gelir öğelerinin tanımlanması amacıyla, hesaplanma bazları ve kullanılan ayrıntılı nitelik yöntemleri ile, kalem kalem listelenmiş duran varlık ve yapısal maliyet dökümü dahil elektronik iletişim ağlarının veya hizmetlerinin sağlanmasıyla ilintili etkinliklerle ilgili ayrı hesaplar tutmalarını veya b) elektronik iletişim ağlarının veya hizmetlerinin tedariki ile ilintili faaliyetleri ile ilgili yapısal ayrıma sahip olmalarını talep edeceklerdir" biçiminde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

⁴⁹² Bu bağlamda BTK, işletmecilerin hesaplarını denetleyebilir veya denetim yetkisi vermek suretiyle denetletebilir ya da işletmecilere hesaplarını bağımsız denetim kuruluşlarına denetletme yükümlülüğü getirebilir. (EHK, md.21/2).

etken eden nedenler arasında sayılabilir. Bununla birlikte, başta AB ülkeleri olmak üzere liberal ekonomik düzeni benimseyen öteki ülkelerde elektronik haberleşme alanında yaşanan serbestleşme ve sektörün rekabete açılması sürecinin en önemli dinamiklerinden biri, işletmecilerin mali yapıları ile yönetimlerinin açık ve şeffaf olmaları gerekliliğidir⁴⁹³.

Yasa koyucu, EHK'da elektronik haberleşme hizmetlerine egemen olan ilkeleri sayarken doğrudan, bu hizmetlerin yürütülmesinde açıklık ve şeffaflık ilkesinden söz etmiştir (Bkz. EHK, md.4/e). Açık ve şeffaf olma ilkesinin EHK'da öngörülen düzenlemeler dikkate alındığında, iki yönlü uygulamasının olduğunu söyleyebiliriz. Bu ilke bir yönüyle BTK, bir yönüyle de sektördeki işletmecilere kimi yükümlülükler ya da sorumluluklar getirmektedir.

Açık ve şeffaf olma ilkesinin BTK yönünden uygulanması, BTK'nın elektronik haberleşme alanında, işletmeciler ile tüketicileri ilgilendiren Kurul kararlarının alınmasına kadar geçen süreçleri ve gerekçelerini kamuoyuna açıklamak⁴⁹⁴ (EHK, md.6/ç); işletmecilerin "*ticari sır*"⁴⁹⁵ ile kamuoyuna açıklanabilecek bilgilerin kapsamının belirlenmesinde işletmecilerin ticari sırları ile yatırım ve iş planlarının gizliliğini korumak (EHK, md.6/h); her türlü elektronik haberleşme hizmetinin sunulması karşılığında uygulanacak tarifelere ilişkin düzenlemeleri yaparken benzer konumdaki kullanıcılar arasında haklı olmayan nedenlerle ayırım gözetmeden adil ve şeffaf olmak; elektronik haberleşme hizmeti, ağı ya da altyapısı için gerekli numara kaynaklarının adil, şeffaf ve ayrımcı olmayan ilkeler çerçevesinde yönetimini sağlamak yükümlülükleri biçiminde özetlenebilir (EHK, md.31/1).

Anılan ilkenin elektronik haberleşme alanında etkinlik gösteren işletmeciler için uygulama alanı ise daha kapsamlıdır. Temelinde elektronik haberleşme hizmetlerinin düzenli, etkin ve verimli biçimde yürütülmesi ile kullanıcılar (tüketiciler) yönünden

⁴⁹³ *Ulusoy (Telekomünikasyon Hukuku)*, s. 145.

⁴⁹⁴ BTK bu açıklama ve bilgilendirmeleri kendi resmi internet sitesinden yapmaktadır.

⁴⁹⁵ EHK'nın 6/h maddesine dayanılarak hazırlanan, 28.5.2009 tarih ve 27241sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "*İşletmecilere Ait Ticari Sırların Korunması İle Kamuoyuna Açıklanabilecek Bilgilerin Yayınlanmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*" ticari sırrın kapsamını; *elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren bir ticari işletme veya şirketin, iş planı ve yatırım planı dâhil olmak üzere, faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan bilgiler*, olarak belirlemiştir (Md. 4/ç).

hizmetten gereği gibi yararlanılması hedeflerini gerçekleştirmek amacına hizmet eden açık ve şeffaf olma ilkesi, işletmecilerin mali ve idari yapıları ile hizmet sunum standartlarının kamuoyunun denetimine açık olmasıyla somutlaşmaktadır. Bu bağlamda gerek EHK ve gerekse bu Yasa'ya dayanılarak hazırlanan yönetmeliklerde bu ilkeyle doğrudan ilgili düzenlenmeler yapıldığı görülmektedir. EHK'nın "*Şeffaflığın sağlanması ve bilgilendirme*" kenar başlıklı 49.maddesinde BTK'nın, elektronik haberleşme hizmetlerinde şeffaflığın sağlanması amacıyla işletmeciler için hizmet seçenekleri, hizmet kalitesi, tarifeler ile tarife paketlerinin yayımlanmasına ve benzer hususlarda abonelerin bilgilendirilmesine yönelik yükümlülükler getirme yetkisi bulunduğu belirtilmektedir. Yine aynı içerikteki düzenlemenin "*Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği*"⁴⁹⁶nde yapıldığını görmekteyiz.⁴⁹⁷

C. Eşitlik İlkesi

Kamu hizmetlerine egemen olan temel ilkeler arasında sayılan "eşitlik ilkesi" kaynağını, Anayasa'nın "kanun önünde eşitlik" kenar başlıklı 10.maddesinden almaktadır. Anılan maddede, "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*" denildikten sonra, maddenin son fıkrasında ise, "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" biçiminde bir düzenleme ile eşitlik ilkesinin altı açıkça çizilmiştir. Eşitlik ilkesi idare yönünden kamusal etkinliklerin yerine getirilmesinde temel bir ölçüt, yargı organları yönünden ise, yasal ya da idari bir düzenlemenin yargısal denetiminde kullanılan önemli bir argümandır. Bu nedenle anılan ilkenin ne anlama geldiği ve gereklerinin neler olduğu ile kamu hizmeti etkinlikleri yönünden

⁴⁹⁶ R.G., T.28.7.2010, Sy.27655.

⁴⁹⁷ Yönetmeliğin "*Şeffaflığın sağlanması ve bilgilendirme*" kenar başlıklı 6. maddesinde işletmecilerin, sundukları hizmetlere erişim ve bu hizmetlerin kullanımıyla ilgili olan bilgileri istem olmaksızın tüm tüketicilere sunmak ve bu bilgilere kolayca ulaşılabilmesini sağlamakla yükümlü oldukları açıkça belirtilmiştir. Bu bağlamda işletmeciler sunulacak hizmete ilişkin olarak; hizmetin tanımı ve kapsamı, hizmete erişim ve hizmetin kullanımı konusunda genel hüküm ve koşullar, hizmet için uygulanacak tarifeler ve varsa abonelik paketleri, tarifelerin içerdiği vergi türleri ile bu vergilerin tarifeler hesaplanırken tarifelere yansıtılma oranı, doğru tüketici algısının oluşması amacıyla tarifelerin yalnızca tüm vergiler dahil değeri, işletmeciler tarafından varsa abonelere tazminat verme ve geri ödeme yapma koşulları, varsa sunulan bakım/onarım hizmetlerinin çeşitleri, asgari sözleşme süresini de içerecek biçimde standart sözleşme koşullarını ve ayrıca tüketicilerin yakınmalarının çözüm yollarının neler olduğu konularında bilgi verme yükümlülüğü altındadırlar.

sonuçlarının açıklığa kavuşturulması gerekliliği bulunmaktadır. Bu kapsamda eşitlik ilkesinin yargısal kararlara nasıl yansıdığına ve ayrıca öğretilerdeki görüşlere yer vermek gerekliliği bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesinin, hukuksal durumları aynı olanlar için sözkonusu olduğunu, bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitliğin öngörüldüğünü belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, eşitlik ilkesinin amacının, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek olduğunu kabul etmektedir. AYM'nin de belirttiği gibi, bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Öte yandan yasa önünde eşitliliğin, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmediği, durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebileceğini de belirten AYM, aynı hukuksal durumların aynı, ayrı hukuksal durumların farklı kurallara bağlı tutulmasının Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesini zedelemeyeceği görüşündedir⁴⁹⁸.

Danıştay'ın istikrar kazanan kararlarında da, Anayasa'nın 10. maddesindeki "kanun önünde eşitlik ilkesi"nin hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusu olduğu, aynı hukuksal konumda olanlar arasında farklı kurallar öngörülmesinin eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu kabul edilmiştir⁴⁹⁹.

Öğretilerde ise, kamu hizmetine egemen olan temel ilkeler arasında sayılan eşitlik ilkesinin iki anlamının bulunduğu, bu ilkenin bir yönüyle *kamu hizmetlerinden herkesin yararlanması* diğer yönüyle de, *kamu hizmetlerinin aynı durumda olanlara, aynı koşullara göre, aynı biçimde sunulması* anlamları taşıdığı belirtilmiştir⁵⁰⁰. Başka deyişle, *hizmetin sunulmasında olduğu kadar ondan yararlandırmada da*⁵⁰¹ eşitlik ilkesinin gözetilmesi gerekmektedir. Bu ilkenin yansımaları olarak denilebilir ki, kamu

⁴⁹⁸ Örnek AYM kararları için bkz. T.22.12.2011, E.2010/97, K.2011/173; T.8.12.2011, E.2010/119, K.2011/165; T.1.4.2010, E.2008/110, K.2010/55; T.1.10.2009, E.2006/57, K.2009/123; T.20.11.2008, E.2007/104, K.2008/164, (www.anayasa.gov.tr).

⁴⁹⁹ Örnek kararlar için bkz. Danıştay 1. D., T.11.2.2004, E.2004/8, K.2004/11; Danıştay 2.D., T.23.12.2005, E.2004/7942, K.2005/4297; Danıştay 5. D., T.15.1.2008, E.2005/3518, K.2008/57; Danıştay 6.D., T.13.4.2005, E.2003/5866, K.2005/2170; Danıştay 12.D., T.19.12.2008, E.2007/2831, K.2008/7006, (www.danistay.gov.tr)

⁵⁰⁰ *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s.1030.

⁵⁰¹ *Özay*, s.241.

hizmeti sunma yükümlülüğü bulunan kurum, kuruluş ya da organlar, üstlendikleri etkinliği dilediği kişiye sunup sunmama konusunda özgür değildirler⁵⁰². Eşitlik ilkesi, idare hukukunda “idari kamu hizmetler” olarak adlandırılan ve kamu hukuku kurallarına göre yürütülen (ulusal savunma, adalet, nüfus ve tapu işleri gibi) kamu hizmetleri için geçerli olduğu kadar, özel hukuku kurallarına göre yürütülen ticari (tecimsel) ve sanayi (endüstriyel) kamu hizmetleri için de geçerli bir ilkedir⁵⁰³.

Eşitlik ilkesinin yukarıda yer verilen biçimiyle herkesin her yönden aynı hukuksal kurallara bağlı olacağı anlamı taşımadığını bir kez daha belirtelim. Kişiler arasında bağlı oldukları kurallar yönünden farklılaşma bizzat anayasa koyucu tarafından öngörülebileceği gibi, yasal düzenlemelerde de haklı ve objektif nedenlerden ötürü kamu hizmetinden yararlananlar için hizmetin sunumunda (örneğin ücret ya da tarifelerin belirlenmesi gibi) farklı hükümler getirilebilir⁵⁰⁴.

Elektronik haberleşme hizmetleri için de geçerli olan eşitlik ilkesinden doğrudan EHK’da da söz edilmiştir. Bu ilke, elektronik haberleşme hizmetlerinde düzenleme yetkisine sahip üst kuruluş ile sektörde yer alan işletmeciler yönünden ikili bir anlam taşımaktadır. BTK yönünden bu ilkenin anlamı, serbest rekabet ortamının sağlanması ve korunması ilkesiyle de doğrudan ilgili olan, elektronik haberleşme sektöründe eşit koşullarda olan işletmeciler arasında ayırım gözetmeme yükümlülüğüdür (eşit muamele yapma ilkesi) (EHK, md.4/d⁵⁰⁵). Bunun yanında EHK’da öngörülen BTK ile ilgili kimi düzenlemelerde anılan ilkeye yer verildiği görülmektedir. Bunlar arasında, tarifelerin düzenlenmesine ilişkin ilkelerden sözededen (14/b) maddesi; erişim yükümlülüğünü düzenleyen (16/5) maddesi; geçiş hakkı talebinin kabulü düzenleyen

⁵⁰² Gözübüyük-Tan (Cilt I,2007), s.667.

⁵⁰³ Gözler, s. 520.

⁵⁰⁴ Nitekim Anayasa’nın 10.maddesinde, çocuklar, yaşlılar, özürlüler, savaş veya görevden ötürü şehit olanların dul ve yetimleri ile sakat ve gaziler için alınacak önlemlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı belirtilmiştir. Maddenin yazılışından şehit olanların yetim çocuklarından sözedilmiştir. Sözlük anlamı ile babası ölen çocuklar için kullanılan yetim sözcüğünün buradaki anlamı aynı zamanda savaş ve görev nedeniyle şehit olan bir bayanın “öksüz” çocuğunu da kapsayacak biçimde yorumlanması gerekmektedir.

⁵⁰⁵ EHK’nın 4/d maddesinde yer alan “Aksini gerektiren objektif nedenler bulunmadıkça veya toplumdaki ihtiyaç sahibi kesimlere özel, kapsamı açık ve sınırları belirlenmiş kolaylıklar sağlanması halleri dışında, eşit şartlardaki aboneler, kullanıcılar ve işletmeciler arasında ayırım gözetilmemesi ve hizmetlerin benzer konumdaki kişiler tarafından eşit şartlarla ulaşılabilir olması” ibaresi içerik itibarıyla gerek BTK gerekse sektördeki işletmeciler yönünden geçerli ortak bir ilkenin varlığından söz etmektedir.

(23/2) maddesi ile ulusal numaralandırma planının yapılması ve numara kaynaklarının yönetimini düzenleyen 31.madde sayılabilir.

Eşitlik ilkesinin sektördeki işletmeciler için anlamını genel olarak ifade edecek olursak, elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanan kullanıcılar (tüketiciler) yönünden hizmetin, aynı statüde olanlara eşit koşullar altında sunulmasıdır. İşletmeciler, aksini gerektiren objektif nedenler bulunmadıkça ya da toplumdaki ihtiyaç sahibi kesimlere özel, kapsamı açık ve sınırları belirlenmiş kolaylıklar sağlanması durumları dışında (evrensel hizmet gibi), eşit koşullardaki aboneler veya kullanıcılar arasında ayırım gözetmemekle yükümlüdürler (EHK, md.4/d). Bununla birlikte, eşitlik ilkesi gereğince, elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulmasında ve bu konuya ilişkin yapılacak düzenlemelerde tarafsızlığın sağlanması yasal bir gereklilik olarak kabul edilmiştir⁵⁰⁶ (Bkz., EHK, md.4/j).

EHK’da kabul edilen düzenlemelerde özel olarak, hizmetten yararlananların “*eşit hizmet alabilme hakkı*”ndan sözedilmiştir. EHK’nın 47.maddesinde, “*İşletmeciler, sağladıkları elektronik haberleşme hizmetlerini benzer konumdaki tüketici ve son kullanıcılara eşit koşullarda ve ayırım gözetmeden sunmakla yükümlüdür*” biçiminde bir ifadeye yer vererek açıkça hizmetten yararlananların eşit hizmet alabilme hakkının bulunduğu belirtilmiştir. Bu hakkın kullanılması, kapsamının ne olduğu, bundan kaynaklanan istemlerin neler olacağı gibi konularda düzenleme yapma yetkisi ise BTK’nındır⁵⁰⁷.

D. Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi

Kamu hizmetlerine egemen olan süreklilik ve düzenlilik ilkesi ile anlatılmak istenen, kamu hizmetinin konusunu oluşturan etkinliğin zaman (kronolojik) ve nitelik (içerik

⁵⁰⁶ Elektronik haberleşme hizmetlerinde geçerli olan eşitlik ilkesinin bir diğer sonucu olarak “*kamu hizmetinden yararlananlara maliyeti ne olursa olsun aynı fiyat uygulaması ve hizmet maliyeti yüksek olan yerlere çapraz sübvansiyon uygulaması*”dır. Her ne kadar bu yöntem serbest rekabet ilkesine aykırı bir durum yaratsa da bu yöntemin evrensel hizmet yükümlülüğünün yerine getirilmesinde başvurulabilecek bir yöntem olduğunun altı çizilmektedir. Bkz. *Ulusoy (Telekomünikasyon Hukuku)*, s.148.

⁵⁰⁷ BTK’nın bu kapsamda yaptığı düzenleme “*Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği*”dir. Yönetmeliğin (5/a) maddesinde, “*Benzer konumdaki tüketicilerin hizmetlere eşit şartlarda erişebilme ve ayırım gözetmeyen adil ücretlerle hizmetlerden yararlanma hakkı*” bulunduğu belirtilmiştir.

ve yoğunluk) yönünden istikrarlı biçimde yürütülmesidir⁵⁰⁸. Süreklilik, genel kabul edilen deyişle, etkinliğin *mutlaka ve her an, gece, gündüz, iş günü ya da tatilde işlemesi ya da aynı şekilde işlemesi anlamına gelmez*⁵⁰⁹. Süreklilik, hukuksal ya da yasal düzenlemelerdeki sürekliliği değil, doğrudan uygulamada olması gereken sürekliliği anlatmaktadır⁵¹⁰.

Kamu hizmetlerinde süreklilik ilkesinin, karşılanması gerekli bir gereksinimin ortaya çıkması durumunda, bu gerekliliğin niteliğine göre yorumlanması ya da anlamlandırılması, nesnel bir değerlendirme yapmak için önemlidir. Bu bağlamda süreklilik kamu hizmetinin konusunu oluşturan örneğin, acil sağlık, su, doğalgaz, haberleşme, elektrik ve ulaşım gibi hizmetlerde farklı, devlet ilköğretim okulları ya da kütüphaneleri gibi hizmetlerde farklı anlam taşımaktadır. Bu fark şöyle açıklanabilir; *ulusal savunma, iç güvenlik ve acil yardım hizmetleri gibi temel hizmetlerde süreklilik, "kesintisizliğe" kadar sürdürülmekte, diğer hizmetlerde ise süreklilik "işleyişteki düzenliliği" ifade etmektedir*⁵¹¹. Süreklilik ilkesinin kamu hizmetlerinin yürütülmesi yönünden kimi sonuçları bulunmaktadır. Bunlar arasında memur statüsünde olan kamu personeline getirilen "grev yasağı"⁵¹², görevinden istifa eden memurun yerine bir atama ya da görevlendirme yapıncaya kadar göreve devam etmesi⁵¹³ ya da imtiyaz sözleşmelerinde "öngörülemezlik teorisi"⁵¹⁴ konuları kamu hizmetinin sürekliliği ilkesinin bir anlamda somut kurallara yansımaları olarak göstermek olanaklıdır⁵¹⁵.

⁵⁰⁸ Sancakdar, s. 453.

⁵⁰⁹ Yayla, s.73.

⁵¹⁰ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s.1026.

⁵¹¹ Karahanoğulları, s.191.

⁵¹² Konuyu düzenleyen 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Grev Yasağı" kenar başlıklı 27.maddesinde, devlet memurlarının greve karar vermeleri, grev düzenlemeleri, ilan etmeleri, bu yolda propaganda yapmaları yasak olduğu gibi, herhangi bir greve ya da grev girişimine katılmaları, grevi desteklemeleri veya özendirmeleri de yasaktır.

⁵¹³ Nitekim Devlet Memurları Kanununda bu durum açıkça ifade edilmiştir. Yasa'nın "Çekilme" kenar başlıklı 94.maddesinde "Çekilmek isteyen memur yerine atanan kimsenin gelmesine veya çekilme isteğinin kabulüne kadar görevine devam eder" biçiminde bir düzenleme yapılarak asli ve sürekli bir görev yürütmek üzere istihdam edilen bir memurun çekilmek istemesi durumunda bile yürüttüğü kamu hizmetinin aksamaması için izlemesi gereken yol açıkça belirtilmiştir.

⁵¹⁴ Genel olarak ifade edecek olursak; imtiyaz sözleşmesi akdedilmesi yoluyla bir kamu hizmetinin yürütülmesini üstlenen özel hukuk kişinin sözleşme ile belirlenen koşullarının, önceden öngörülemeyen nedenlerden ötürü, yükümlülüğünü yerine getiremeyecek nitelikte ya da düzeyde değişmesi ve bu gerekçe ile kamu hizmetini yerine getiremez duruma düşmesi sonucunda, hizmetin asli sahibi olan idarenin sözleşmecinin uğradığı zararlarını gidermesidir. Bkz. Gözübüyük-Tan (Cilt I,2007), s.674.

⁵¹⁵ Bkz. Gözler-Kaplan, s. 538-539; Karahanoğulları, s.193

Düzenlilik ise, kamu hizmetinin gereği gibi etkin ve verimli biçimde aksatılmadan yerine getirilmesi olarak ifade edilebilir. Bir kamu hizmetinin sürekli olarak yerine getirilmesi yeterli değil, aynı zamanda kendisinden beklenen yararı gerçekleştirecek nitelikte sunulması gerekir. Bir başka deyişle, kamu hizmetinin düzenliliği, hizmetin iyi işleyip işlemediği ile ilgidir⁵¹⁶. Süreklilik özelliği taşıyan ancak gereği gibi eksiksiz, tam olarak yerine getirilmeyen kamu hizmetinden idarenin mali sorumluluğunun bulunmaktadır. Bu sorumluluk kamu hizmeti kusurundan doğmaktadır. Kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmemesinden ötürü idare edilenler eğer bir zarara uğramışlarsa bunu yargısal yollarla tazmin ettirme hakları bulunmaktadır.

AYM de verdiği bir kararda⁵¹⁷ kamu hizmetlerinde süreklilik ilkesinden söz ederek iptali istenilen yasa kuralının Anayasa aykırı olmadığına karar vermiştir. Söz konusu kararda AYM, toplumsal yaşamın sürekli, düzenli ve sistemli olarak sürdürülebilmesi için, bu etkinliklerden kimilerinin kesintisiz yürütülmesi, bunun sağlanabilmesi bakımından da belediyelerin aynı ve nakdi varlığa sahip olmaları gerektiğini; belediyelere ait kimi aynı ve nakdi varlıklara haciz yasağı getirilmesindeki amacın da, belediyelerce yerine getirilen kamu hizmetlerinden kimilerinin, toplumsal yaşamın gerektirdiği zorunluluklara bağlı olarak *sürekli ve düzenli* bir biçimde yürütülmesi düşüncesine dayandığını; belediyelerin devamlılık gösteren kamu hizmetlerinin görülmesine ayrılmış olan tüm kaynaklarının hacze konu olabilmemesinin, bu hizmetlerin ifa araçlarını tamamen ortadan kaldırmak gibi bir sonuç doğurabileceği görüşünden hareketle, itiraz konusu kuralla (Belediye Kanunu, md.15) getirilen sınırlamadaki amacın da sözü edilen nitelikteki istenilmeyen sonucun ortaya çıkmasını engellemek olduğunu belirtmiştir.

Danıştay ise, Elektronik haberleşme hizmetleri yönünden bakıldığında ise süreklilik ve düzenlilik ilkesinin önemi, haberleşme etkinliğinin kişiler için taşıdığı önem, haberleşme özgürlüğünün sağlanması, kişilerin haber alma hakkını kullanabilme ya da başka deyişle gerçekleştirmek istediği kamu yararı dikkate alındığında, ayrı bir anlam ifade etmektedir. Bu bağlamda yasa koyucunun gerek EHK gerek bu Yasa'da önce yürürlükte bulunan elektronik haberleşme (telekomünikasyon) mevzuatta

⁵¹⁶ *Yayla*, s.75.

⁵¹⁷ AYM, T. 16.12.2010, E.2007/37, K.2010/114 (www.anayasa.gov.tr)

süreklilik ve düzenlilik ilkelerinin somutlaştığı düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Biz burada EHK düzenlemelerini ele alacağız.

EHK'nın 4.maddesinin (e) bendinde elektronik haberleşme hizmetlerinin, aksi EHK'da belirtilmedikçe ya da objektif nedenler aksini gerektirmedikçe, *niteliksel ve niceliksel devamlılık, düzenlilik, güvenilirlik, verimlilik* esaslarına uygun biçimde yürütülmesi gerekliliğinden söz etmiştir. Yasal düzenlemede, kamu hizmeti olarak kabul edilen elektronik haberleşme hizmetlerinin salt sürekli olarak yerine getirilmesi yeterli görülmemekte, bu hizmetin niteliksel ve niceliksel olarak devamlı ve ayrıca güvenilir biçimde sunulması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu zorunluluk, doğrudan haberleşme hizmetlerinin taşıdığı önemden kaynaklanmaktadır.

Süreklilik ve düzenlilik ilkesiyle örtüşen bir diğer düzenlemenin de EHK'nın "*Haczedilmezlik ve haberleşme hizmetlerinin sürekliliği*" kenar başlıklı 34.maddesi ile yapıldığını görmekteyiz. Anılan maddede, elektronik haberleşme hizmetleriyle ilgili olarak abone ya da kullanıcılara öngülenen frekans, numara, hat kullanımı ile internet alan adları gibi intifa ve kullanım hakları ya da işletmecilerin yetkilendirmelerinin hiçbir biçimde haczedilemeyeceği düzenlemesi yer almaktadır. Burada yasa koyucunun öngördüğü haczedilmezlik ilkesi ile esasında, kamu hizmeti niteliğinde olduğu kabul edilen ve bu nedenle sürekli ve düzenli biçimde yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerinde aksama, karmaşa, kesinti vb. durumların yaşanmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bununla birlikte aynı maddede, "*genel güvenlik ve asayişe yönelik haberleşmelerden kapsamı Kurum tarafından belirlenmiş olanlar her ne sebeple olursa olsun kesintiye uğratılamaz*" ve "*Elektronik haberleşme alt yapısına mahkeme kararı veya ilgili mevzuatı uyarınca Kurum, Bakanlık veya diğer yetkili merciler tarafından alınmış bir karar olmadıkça, elektronik haberleşmenin aksamasına neden olacak biçimde müdahalelerde bulunulamaz*" biçimde düzenlemelere yer verilerek, kamu hizmetinin yürütülmesinde sürekliliğin sağlanması gerekliliğinden açıkça sözedilmiştir.

E. Değişkenlik ve Uyum İlkesi

Kamu hizmetinin en genel ifade ile toplumun ortak gereksinimlerini karşılamaya dönük etkinlikler olduğu, toplumun ortak gereksinimlerinin belirlenmesi, bunlardan hangilerinin kamu hizmeti olarak giderileceğine (kamu hizmetinin kurulması) ilişkin kararın yasama organına ya da idareye ait olduğunu yukarıda belirtmiştik. Toplumsal gereksinimler kabul edileceği üzere niteliği gereği durağan değil, tam tersine günün koşullarına göre değişen bir yapıdadırlar. Toplumların sosyo-kültürel ve ekonomik yönlerden gelişimi, toplumsal gereksinimleri de yeniden biçimlendirmektedirler. Bu durum doğal olarak, toplumsal gereksinimleri gidermeye yönelik etkinliklerin türünü, niteliğini ve yürütülüş yöntemlerini v.b. değiştirmektedir. Örneğin, toplumsal değişim ve gelişimin en önemli etkenlerinden bir olarak kabul edilen yeni teknolojik buluşlar ve bunların sonucu olarak insanların yararlanmalarına sunulan araçlar ve sistemler (bilgisayar, mobil telefonlar internet, dijital yayınlar gibi), en temel gereksinimimiz olan haberleşme (iletişim) hizmetlerinde yeni düzenlemelerin yapılmasını zorunlu kılmıştır.

Kamu hizmetlerine egemen olan “*değişkenlik ve uyum*” ilkesi de belirtilen bu olgunun sonucu olarak kabul edilmiştir. Başka bir anlatımla, *kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülmesi zorunluluğu, bu hizmetlerin aynı zamanda değişen ve gelişen gereksinimlere uydurulmasını da zorunlu kılmaktadır*⁵¹⁸. Bu durum aynı zamanda kamu hizmetlerini asli yürütücüsü olan idarenin varlığını sürdürebilmesi ve varlık nedenini gerçekleştirebilmenin en önemli yoludur⁵¹⁹. Bu ilke idari kamu hizmetleri için geçerli olduğu kadar aynı zamanda tecimsel ve endüstriyel kamu hizmetleri içinde geçerlidir⁵²⁰. Her iki tür kamu hizmetleri için yasa koyucu ya da idare günün değişen ve gelişen koşullarına göre kamu hizmetlerinin hukuksal yapısında değişikliğe gidebilir, bu yönden kamu hizmetinden yararlananların, hizmeti üstlenen özel hukuk kişilerinin ya da hizmette istihdam edilen kişilerin kazanılmış hakkından sözedilemez. Bu, gerek idare hukuku

⁵¹⁸ *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s. 1028.

⁵¹⁹ *Karahanoğulları*, s.221.

⁵²⁰ *Gözler-Kaplan*, s. 539.

öğretisi⁵²¹ gerekse Danıştay kararlarınca da kabul edilen bir görüştür. Bir kararında⁵²², kamu hizmeti görevini üstlenen bir idarenin, hizmetlerin artması, koşulların değişmesi karşısında kurumun, dinamiğini günün koşullarına uydurması gerekliliğinden söz eden Danıştay, bir başka kararında⁵²³, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusunun, doğrudan doğruya kamu hizmetini, kamu malını ve kamu yararını ilgilendirmesi nedeniyle bu hizmeti görmek ve kamu yararını korumakla görevli idarenin imtiyaz sözleşmesinin düzenleyici hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapma yetkisinin olduğunu kabul etmiştir. Abonman sözleşmeleri ile ilgili verdiği bir kararda⁵²⁴ ise Danıştay, elektrik, su, doğalgaz gibi bedeli karşılığında dağıtılan kamu hizmetlerinden yararlanma amacıyla hazırlanan abonman sözleşmelerinde sözleşme süresi içinde dahi olsa idarenin sözleşme koşullarında (örneğin bedel konusunda) değişiklik yapabileceğini kabul etmektedir. Öte yandan, kamu hizmetini üstlenen idarenin organik yapısının değişmesi, hizmetin yeni koşullara uydurulması ya da yeni yapıda personel gereksinimi doğması veya doğrudan kamu hizmetlerinin nitel ve niceliksel olarak değişmesi durumlarında kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olmak koşuluyla personelin statüsünde, görev yerinde ya da pozisyonunda değişiklik yapılabileceği de Danıştay tarafından kabul edilmektedir⁵²⁵.

Günümüz bilişim çağında en hızlı ve yenilikçi değişim elektronik haberleşme alanında yaşanmaktadır. Öyle ki, kimi zaman teknolojik gelişimin yakaladığı hız, bu alanın hukuksal düzenlenmesindeki hızın çok daha ilerisindedir. Bu gerçek karşısında elektronik haberleşme ağ ve hizmetleri alanında yaşanan değişim ve gelişim ile kamu hizmetinin teknik ve hukuki yapısının uyum göstermesi gerekliliği bulunmaktadır⁵²⁶. Bu bağlamda elektronik haberleşme hizmetlerinin gereği gibi etkin ve verimli, başka deyişle genel olarak kabul edilen standartlara uygun biçimde yürütülmesi bu alanda yaşanan teknolojik gelişmelere ve değişikliklerine uyumlu olanaklıdır. Bu kapsamda şu saptamayı yapalım; elektronik haberleşme hizmetlerinin salt sürekli ve düzenli biçimde yürütülmesi kamu hizmetinden beklenen kamu

⁵²¹ Bkz. *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s.1028-1030; *Gözler-Kaplan*, s. 539-540; *Gözübüyük-Tan (Cilt I,2007)*, s.666-667; *Sancakdar*, s. 453; *Yayla*, s.78; *Karahanoğulları*, s.219 vd.

⁵²² Danıştay 11. Daire, T. 4.5.1977, E. 1974/4855, K.1977/1704 (Karar Danıştay Dergisi'nin 96.sayısında yayımlanmıştır) Karar için ayrıca bkz. *Gözübüyük-Tan (Cilt I,2007)*, s.666.

⁵²³ DİDDK, T.16.9.2009, 2009/1533, K.2009/1729 (www.kazanci.com.tr)

⁵²⁴ Danıştay 8. Daire, T.23.6.1997, E.1997/1102, K.1997/2230 (www.kazanci.com.tr)

⁵²⁵ Danıştay 5. Daire, T.2.2.2000, E.1997/2257, K. 2000/363 (www.danistay.gov.tr)

⁵²⁶ *Ulusoy (Telekomünikasyon Hukuku)*, s.151.

yararının gerçekleşmesi için yeterli değildir, aynı zamanda bu hizmetlerin, değişen ve gelişen koşullara uygun nitelikte sunulması da gerekmektedir.

Değişkenlik ve uyum ilkesinin bir sonucu olarak idare, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tek yanlı düzenleme yapabilme hakkına sahip olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bu durum aynı zamanda 5809 sayılı EHK öncesinde yürürlükte bulunan mevzuata uygun olarak akdedilen kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri için de geçerlidir. EHK kapsamında yapılan düzenlemelerde de değişkenlik ve uyum ilkesinin anlamıyla örtüşen hükümlere yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda EHK’da, elektronik haberleşme hizmetleri sistemlerinin uluslararası normlara uygun olması (md.4/f); teknolojik yeniliklerin uygulanması ile araştırma-geliştirme etkinlik ve yatırımlarının özendirilmesi (md.4/g); hizmet kalitesi artırımının özendirilmesi (md.4/ğ) biçiminde ifade edilen temel ilkeler, esasında değişkenlik ve uyum ilkesinin somut olarak gerçekleşmesine yardımcı olmaktadır. Elektronik haberleşme hizmetlerinin değişen ve gelişen koşullara uydurulması sorumluluğu bakanlık, BTK ve hizmeti üstlenen girişimciye aittir. Bu kapsamda EHK, elektronik haberleşme hizmetlerinde BTK’ya işletmecilere yönelik olarak sektörün gereksinimleri, uluslararası düzenlemeler, teknolojiye meydana gelen gelişmeler gibi durumları gözetenek yükümlülük getirme yetkisi vermektedir (md.12/2). Buna ek olarak BTK, işletmecilerden, hizmet standartları taahhütlerinde değişiklik, iyileştirme ve düzeltme yapılmasını isteyebilmektedir. Buna karşın işletmeciler de, söz konusu değişiklik, iyileştirme ve düzeltmeleri BTK tarafından belirtilen sürede yerine getirmekle yükümlüdürler (EHK, md.52/3)⁵²⁷.

⁵²⁷ Elektronik haberleşme mevzuatında ikincil düzenlemelerde de benzer biçimde hükümlere yer verildiği görülmektedir. Elektronik haberleşme hizmetlerinin ulusal ve uluslararası hizmet kalitesi standartlarında sunulması, verimliliğin artırılması yolunda alınacak önlemler, belirlenecek ilke ve esasların düzenlendiği “*Elektronik Haberleşme Sektöründe Hizmet Kalitesi Yönetmeliği*”nde de hizmetlerinin değişen şartlar çerçevesinde uluslararası standartlarda ve ölçütlerde olması gerekliliğinden sözedilmiştir (Bkz. md.4).

IV. Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Görülüş Yöntemleri

A. Elektronik Haberleşme Kanunu Öncesi Telekomünikasyon Hizmetlerinin Görülüş Yöntemlerine Genel Bakış

Türk hukuk mevzuatında telekomünikasyon hizmetlerinin hangi yöntem ya da usullerle görüleceğine ilişkin temel düzenleme çalışmamızın birinci bölümünde de belirtildiği üzere, 4502 sayılı Yasa ile yapılmıştır. Esasında, *telekomünikasyon ve bilişim teknolojilerinde yaşanmakta olan hızlı gelişmeler ile ortaya çıkan ve giderek artan ihtiyaçlara etkin, güvenilir ve verimli olarak kamu hizmeti çerçevesinde cevap verecek ve sektörün ilerlemesini sağlayacak biçimde yeniden düzenlenmesi*⁵²⁸ amacıyla hazırlanan ve sektörün serbest rekabet koşullarına uydurulması için atılan en önemli adımlardan biri olan 4502 sayılı Yasa, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi konusunda, “görev sözleşmesi”, “imtiyaz sözleşmesi”, “telekomünikasyon ruhsatı” ve “genel izin” adı altında dört yöntem öngördüğü görülmektedir.

4502 sayılı Yasa'nın kabul ettiği düzende kamu hizmeti niteliğinde olduğu kabul edilen telekomünikasyon etkinliklerinin yürütülmesine ilişkin yetkilendirme, doğrudan Ulaştırma Bakanlığı'na verilmişti. Ülkemizde telekomünikasyon (elektronik haberleşme) hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin hukuki altyapının AB'nin bu alanda kabul ettiği düzenleyici çerçevesi olduğu kabul edildiğinde, 4502 sayılı Yasa'nın yetkilendirmeye ilişkin görev ve yetkinin düzenleyici üst kuruluş (Telekomünikasyon Kurumu) yerine, Ulaştırma Bakanlığı'na vermiş olması, AB mevzuatıyla çelişmekteydi⁵²⁹. Ancak bu uyumsuzluk 12.5.2001 tarihinde kabul edilen 4673 sayılı Yasa⁵³⁰ ile giderilmiştir. Anılan Yasa'nın 7. maddesi ile 406 sayılı Yasa'ya eklenen ek madde 27 ile telekomünikasyon alanında yetkilendirme görev ve yetkisi Telekomünikasyon Kurulu'na devredilmiştir.

⁵²⁸ Eunike Prokop, “Avrupa Birliği'nin Telekomünikasyon ve Bilişim Teknolojileri Politikası ve Türkiye'nin Uyumunu”, İKV Yayınları, Şubat 2002, İstanbul, s.37.

⁵²⁹ AB telekomünikasyon mevzuatında yer alan ve elektronik haberleşme ağları ve hizmetleri alanında yetkilendirme konusunda düzenleme yapan 2002/20/EC sayılı Yetkilendirme Direktifi'nde, bu alanda işletmecilerin genel yetkilendirilmesinde görev ve yetkinin ulusal düzenleyici kurumlara verildiği görülmektedir. Ayrıca bkz. Prokop, s. 38-39.

⁵³⁰ R.G.,T. 23.5.2001; Sy.24410

4502 sayılı Yasa ile kabul edilen hukuki düzende kamu hizmeti niteliğinde olduğu kabul edilen telekomünikasyon etkinliklerin, türüne göre, hangi yöntemlerle görüleceği belirlenmişti. Bu yöntemlerden, örneğin ruhsat ya da kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, idare hukuku öğretisi ile yargı kararlarında, kamu hizmetinin özel hukuk kişileri tarafından yürütülmesine olanak veren yöntemler başlığı altında incelenmektedir. Biz burada, 5809 sayılı Yasa öncesi Ülkemizde telekomünikasyon hizmetlerinin hangi yöntemlerle görüldüğünü genel hatlarıyla el aldıktan sonra, anılan Yasa’da yer alan geçiş sürecine değineceğiz.

4502 sayılı Yasa, “ *genel izin*” ya da “ *telekomünikasyon ruhsatı*” adı altında telekomünikasyon hizmetlerinin özel hukuk kişilerinince de yürütülmesi olanağı veren iki yöntem öngörmüştü. İlk bakışta idare hukuku yönünden ruhsat ve iznin aynı anlama geldiği ve bunların idarenin tek yanlı birel işlemi oldukları kabul edildiğinde genel izin ile telekomünikasyon ruhsatının, idari işlemin sınıflandırılması yönünden aynı kümeden yer aldıkları düşünülebilir. Ancak Yasa koyucu 4502 sayılı Yasa’da genel izni tanımlarken, Bakanlık tarafından (4673 sayılı Yasa ile sonradan Telekomünikasyon Kurumu) bir telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi için işletmecileri belli genel koşullar altında ve Bakanlık nezdinde kayıt yaptırılmasına tabi olarak yetkilendiren *genel düzenleyici işlem* ifadesine yer vermiştir. (Bkz. md. 1). Bu yöntemde genel düzenleyici işlem niteliğinde olan “genel izin koşulları” önceden belirlenmiştir ve bu koşulları sağlayan ya da gerçekleştiren işletmecinin Kuruma kayıt yaptırarak telekomünikasyon hizmetleri alanında yetkilendirilmesi sözkonusudur⁵³¹.

⁵³¹ Turgut Ayhan Beydoğan, “*Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkilendirmenin Hukuki Rejimi*”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 86. Öte yandan genel izin yöntemine ilişkin gerek yasal gerekse ikincil düzenlemelerde yer alan hükümler ya da belirlenen esaslar tam bir uyumsuzluk içindedir. Yasa’da bir yandan genel iznin hukuki nitelendirilmesi yapılırken “genel düzenleyici işlem”den söz edilmekte, öte yandan mülga “Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği”nde ise (md.43-44), genel izin belgelerinin yıllık olarak Kuruma vize edileceği başka deyişle geçerliliğinin Kurumun onayına sunulacağı yükümlülüğü getirilmiştir. Anılan Yönetmelikten sonra yürürlüğe giren mülga “Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği” ise, genel izin için Kuruma kayıt yaptırma yöntemine uygun düzenleme getirmiş olsa da başvuru sahibi işletmeci için bireysel bir karar alınması gerekliliği uygulanmaya devam etmiştir. Bu konudaki tartışma ve değerlendirmeler için bkz. Ulusoy (Telekomünikasyon Hukuku), s. 63 vd; Beydoğan (Yetkilendirmenin Hukuki Rejimi), s.87-88.

Genel izin, anılan Yasa ile ikincil mevzuatta⁵³² ve ayrıca AB telekomünikasyon mevzuatında⁵³³ esas itibariyle, herhangi bir kıt kaynağın, verimli kullanımını sağlamak için sınırlı sayıda işletmeciye özgülenmesini gerektirmeyen, belli sayıdaki işletmecilere ayrı ayrı belli hak ve yükümlülükler verilmesini içermeyen telekomünikasyon altyapıları ve/veya hizmetlerinin yürütülmesi için öngörülmüştür⁵³⁴. Bu yöntemi “Kayıt Yöntemi” diye adlandıran da bulunmaktadır⁵³⁵. Genel izin yönteminde telekomünikasyon hizmetleri alanında etkinlik göstermek isteyen işletmeci önceden belirlenen koşullara uygun olmak ve İdare’ye bildirimde bulunmakla yetkilendirilmiş sayılmaktadır⁵³⁶. Bu yönden genel izin yöntemi, 5809 sayılı EHK ile öngörülen ve “bildirim yöntemi” ile benzerlik göstermektedir⁵³⁷.

Telekomünikasyon ruhsatı ise, 4502 sayılı Yasa’da, işletmeci tarafından söz konusu telekomünikasyon ruhsatında belirtilen telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapısının işletilmesi için Bakanlık tarafından (4673 sayılı Yasa ile Telekomünikasyon Kurumu) verilen *ruhsat* olarak tanımlanmıştır. Burada ruhsat verme işleminin, idare hukuku bağlamında idarenin tek yanlı, icrai, kesin ve birel niteliklere sahip bir işlemi olduğu konusunda duraksama bulunmamaktadır. Her iki yöntem (genel izin ve telekomünikasyon ruhsatı) arasındaki temel fark da buradadır.

⁵³² Bkz. mülga “Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği” (R.G., T. 28.3.2001, Sy. 24356).

⁵³³ Yetkilendirme Direktifi’nde genel yetkilendirmenin yalnızca elektronik haberleşme sektörüne ilişkin özel koşulları içerebileceği; bu türden olmayan ve ulusal kanunlar dolayısıyla zaten uygulanabilir olan koşullara bağlı kılınmamasını belirtmektedir. 406 sayılı Yasa’ya 4502 sayılı Yasa ile eklenen 2.maddenin (f) bendinde genel izin dahil öteki yöntemler hakkında uygulanmak üzere kabul edilen koşullar sayılmıştır. Bunlar arasında, telekomünikasyon hizmetinin ve altyapısının açık tanımı, niteliksel ve coğrafi kapsamı; aboneler, kullanıcılar, kişisel telekomünikasyon tesislerini kullananlar ve diğer işletmecilere uygulanacak genel şartlar ve ara bağlantı şartları da dahil olmak üzere, bunlarla ilişkilerde gözetilecek ilkeler; telekomünikasyon iş ve hizmetleri karşılığında alınacak ücretlerin hesaplanmasına ilişkin esaslar ve bunların yeniden belirlenmesine ilişkin ilkeler; Hizmet kalitesine ilişkin şartlar; imtiyaz sözleşmesi, ruhsat ve genel izin karşılığında belli bir ücret ödenip ödenmeyeceği ve ödenecekse bunun miktarı; mali hesapların hazırlanması ve Kurum’a her türlü bilgi verilmesi ile ilgili şartlar; numaralandırma ve numara taşınabilirliğine ilişkin hükümler; mücbir sebep ve öngörülemeyen durumlar halinde tarafların hak ve yükümlülükler yer almaktadır.

⁵³⁴ 4502 sayılı Yasa ve bu kapsamda çıkarılan mülga Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği hükümleri incelendiğinde genel izin yöntemi ile bir telekomünikasyon hizmetinin sunulabilmesi için, bu hizmetin görev ve imtiyaz sözleşmelerinden herhangi biri ile yürütülmesine gerek görülmemesi ya da İdare tarafından telekomünikasyon ruhsatı verilmesi yolunun tercih edilmemesi gerekmektedir. Bkz. mülga Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği, md.38-44; *Ulusoy (Telekomünikasyon Hukuku)*, s.63 -64.

⁵³⁵ Hüseyin Altaş, “Telekomünikasyon Hukuku Ders Notları”, kaynak: <http://huseyinaltas.net/dersler/telekomunikasyon-hukuku>, s.27.

⁵³⁶ *Ulusoy (Telekomünikasyon Hukuku)*, s.66; *Altaş*, s.27; *Çavuşoğlu*, s.73

⁵³⁷ Benzer görüş için bkz. *Öztürk*, s. 28.

Başka deyişle yasa koyucu genel izni tanımlarken belli koşulların sağlanmış ve İdarece kayıt altına alınmış olmakla bildirim yapılmak yoluyla bir işletmecinin belirlenen telekomünikasyon hizmetini üstlenebileceğinden sözederken, telekomünikasyon ruhsatında ise idarenin ruhsat verme koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği yönünden değerlendirme ya da takdir yetkisinin olduğunu kabul etmektedir.⁵³⁸

4502 sayılı Yasa'nın telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi yönünden öngördüğü diğer yöntemler, az önce de ifade edildiği gibi, "görev sözleşmesi" ve "imtiyaz sözleşmesi" dir. Her iki yöntem esas itibariyle belli nitelikteki telekomünikasyon hizmetlerinin özel hukuk kişilerince yürütülmesini idare ile bir sözleşme yapılması koşuluna bağlamaktadır. Bunlardan imtiyaz sözleşmesi, Türk hukuk öğretisi ile yargı kararlarında uzun süreden beri yerini almış olmasına karşın, kamu hizmetlerinin görev sözleşmesi adı altında özel hukuk kişilerine gördürülmesi yönteminin geçmişinin henüz yeni olduğu söylenebilir. Telekomünikasyon alanında yapılan *görev sözleşmesi* 4502 sayılı Yasa göre, Türk Telekom ile Ulaştırma Bakanlığı arasında, katma değerli hizmetler dahil⁵³⁹, her türlü telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi ve telekomünikasyon altyapısının işletilmesi ile ilgili hak, yetki ve yükümlülükleri düzenlemek üzere, koşullar gözetilerek Bakanlığın takdir edeceği bir süre için yapılacak sözleşme olarak tanımlanmıştır (md.1). Bununla birlikte, aynı Yasa'da (bkz. md.2/b) Türk Telekom'un telekomünikasyon hizmetlerini yürütme ve telekomünikasyon altyapısını işletme ile ilgili hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenleyen görev sözleşmesi ve/veya görev sözleşmelerinin, düşüncesi alınmak üzere Danıştay'a gönderileceği, Anayasa'da belirtilen süre kadar (md.155, iki aylık süre) beklendikten sonra imzalanacağı ve ayrıca anılan sözleşmelerin, sürelerinin bitiminde, benzer konudaki imtiyaz sözleşmeleri ile aynı koşullarda yenilenebileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Bir bakıma Yasa'nın

⁵³⁸ 4502 sayılı Yasa ile öngörülen telekomünikasyon ruhsatı ile genel izin yöntemlerinin 5809 sayılı EHK ile yürürlükten kalkmış olması ve ayrıca çalışmamızda esas amacın 5809 sayılı Yasa ile getirilen elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesi yöntemlerinin ayrıntılı değerlendirilmesi olduğundan, 5809 sayılı EHK öncesi yürürlükte bulunan düzenlemelerden hareketle yapılan ayrıntılı tartışmalara girilmemiştir. Ayrıntı bilgi için bkz. *Ulusoy (Telekomünikasyon Hukuku)*, s.63-66.

⁵³⁹ 4502 sayılı Yasa'da (md.1) "katma değerli hizmetler", aboneler arasında iletilen ses ve veri dahil her türlü mesajın formu, muhtevası, kodu, protokolü veya benzer hususları üzerinde bilgisayar işlemleri ile veya başka surette işlem yapıp, aboneye veya kullanıcıya ilave, farklı veya yeniden yapılandırılmış bir mesaj ileten veya yüklenilmiş, kaydedilmiş mesaj ve veriler ile aboneler arası interaktiviteyi sağlayan telekomünikasyon hizmetlerini ifade etmek için kullanılmıştır.

yürürlüğe girdiği dönemde Türk Telekom A.Ş.'nin hukuksal yapısı (özelleştirme öncesi) dikkate alındığında görev sözleşmesinin geçiş sürecine özgü bir yöntem olduğu söylenebilir⁵⁴⁰. Bununla birlikte telekomünikasyon hizmetleri alanında diğer bir görev sözleşmesi de Türksat A.Ş. ile yapılan sözleşmedir. Buna göre 406 sayılı Yasa'ya 5189 sayılı Yasa⁵⁴¹ ile eklenen ek 33.madde ile ulusal egemenlik kapsamındaki uydu yörünge pozisyonlarının hakları, yönetimi ve işletme yetkisine sahip olmak ve bununla ilgili yükümlülükleri yerine getirmek, adına kayıtlı ve diğer operatörlere ait uyduları işletmeye vermek ya da verilmesini sağlamak, bu uyduları işletmek, ulusal ve yabancı operatörlere ait uydular üzerinden haberleşme ve iletim alt yapısını kurmak, işletmek ve tecimsel etkinliklerde bulunmak üzere, Türk Ticaret Kanunu ve özel hukuk hükümlerine bağlı, Türksat Uydu Haberleşme ve İşletme Anonim Şirketi (Türksat A.Ş.) unvanı altında bir anonim şirket kurulmuştur. Anılan Yasa'da Türksat A.Ş. ile Telekomünikasyon Kurumu arasında, sayılan bu hizmetlerin yürütülmesi ve alt yapısının işletilmesi ile ilgili hak, yetki ve yükümlülükleri düzenlemek üzere bir görev sözleşmesinin imzalanacağı hüküm altına alınmıştır. 18 Mayıs 2005 tarihinde imzalanan ve ardından 19 Aralık 2005 tarihinde yenilen Türksat A.Ş görev sözleşmesi BTK tarafından alınan bir kararla⁵⁴² 28 Haziran 2011 tarihinde ikinci kez yenilenmiştir.

⁵⁴⁰ Görev sözleşmesi, Türk Telekom A.Ş.'nin özelleştirilmesi sürecinde, telekomünikasyon hizmetleri alanında serbestleşme, kamusal tekellerin ortadan kaldırılması ve Türk Telekom A.Ş ile diğer işletmecilerin (operatörlerin) eşit koşullar altında rekabet etmesi hedeflerini gerçekleştirilinceye kadar ve bu sürecin tamamlanması (4502 sayılı Yasa'nın 2/c maddesi ile Türk Telekom, telekomünikasyon şebekeleri üzerinden sunulan ulusal ve uluslararası ses iletimi içeren telefon hizmetlerini, 31.12.2003 tarihine kadar görev sözleşmesi çerçevesinde tekel olarak yürütüleceği belirtilmiştir) aşamasına kadar doğrudan yasa ve sözleşme hükümleri ile niteliği belirlenmiş ve imtiyaz sözleşmesi benzeri bir sözleşme türüdür. Bu yönden bakıldığında görev sözleşmesi idare hukukunda "idari sözleşmeler" grubuna girmektedir. Bkz. *Gözler-Kaplan*, s.572; *Ulusoy (Telekomünikasyon Hukuku)*, s.44; *Altış (Ders Notları)*; s. 24. Türk Telekom A.Ş ile yapılan görev sözleşmesi, Türk Telekom A.Ş'nin %55'inin blok satışı yoluyla özelleştirilmesi sonucunda 14 Kasım 2005 tarihinde imtiyaz sözleşmesi olarak yeniden düzenlenmiştir (Bkz. *Gözler-Kaplan*, s.572)

⁵⁴¹ R.G., T.2.7.2004; Sy.25510.

⁵⁴² Kararda şu ifadelere yer verilmiştir: 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 67'nci maddesiyle 4/2/1924 tarihli ve 406 sayılı Kanunun Ek 33'üncü maddesine eklenen hüküm gereği Türksat Uydu Haberleşme Kablo TV ve İşletme Anonim Şirketi (Türksat AŞ)'ne kamu hizmetlerinin elektronik ortamda verilebilmesini sağlayan e-devlet kapısı hizmetleri ile bilgi ve iletişim teknolojileri alanında her türlü faaliyette bulunmak hususlarında ilave görevler verilmiş olup, söz konusu hususların Türksat AŞ ile Kurumumuz arasında 18/5/2005 tarihinde imzalanan ve 19/12/2005 tarihinde yenilenen Görev Sözleşmesi kapsamına alınabilmesi için, Danıştay görüşü uyarınca söz konusu Görev Sözleşmesinin yenilenmesi amacıyla 8/6/2011 tarihli ve 2011/DK-08/274 sayılı Kurul Kararı uyarınca 28/6/2011 tarihinde...Türksat AŞ'nin Görev Sözleşmesi yenilenmiştir (<http://www.tk.gov.tr/sayfa.php?ID=47>; erişim tarihi: 17.3.2012).

4502 sayılı Yasa'da telekomünikasyon hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilmesinde sözleşme yapılması yöntemleri arasında sayılan bir diğer yöntem de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesidir. İmtiyaz sözleşmesi gerek öğretilmiş gerekse yüksek yargı organlarının istikrar kazanmış kararlarında kabul edilmiş biçimiyle, *bir kamu hukuku kişisinin bir gerçek veya tüzelkişiye, belli bir süre için kamu hizmetini görme işini bir sözleşme ile verilmesi* yöntemi olarak tanımlanmıştır⁵⁴³. İmtiyaz sözleşmesi ile imtiyazcı (imtiyaz sahibi) kar ve zararı kendine ait olmak üzere *ya bir kamu hizmetini kurar ve işletir; ya da kurulmuş bir kamu hizmetini yalnızca işletir*⁵⁴⁴. İdari sözleşmeler sınıflandırılmasında yer alan ve niteliği itibariyle kamu hukuku rejimine bağlı olan imtiyaz sözleşmesi, bir yandan doğrudan sözleşmeci imtiyaz sahibini ilgilendiren (akdi hükümler); bir yandan da kamu hizmetinin yürütülmesi ya da organizasyonunu ilgilendiren düzenleyici hükümlerden (şartnameler) oluşmaktadır⁵⁴⁵. Kanunla aksine hüküm öngörülmedikçe imtiyazcayı belirleme yönteminde takdir yetkisi olan idarenin⁵⁴⁶, sözleşme hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapma, gözetim ve denetim ile yaptırım uygulama yetkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte idarenin sözleşmeden doğan yükümlülüğü de bulunmaktadır. Öte yandan, imtiyaz sözleşmesinde imtiyaz sahibinin de sözleşmeden kaynaklanan hakları ve yükümlülükleri vardır. İmtiyaz sahibinin kamu hizmetinin etkin ve verimli biçimde ayrıca sürekliliğini sağlayacak nitelikte sürdürmek yükümlülüğü bulunmasına karşın sözleşme süresince mali dengenin korunmasını isteme ve hizmetten yararlananlardan ücret alma hakkı bulunmaktadır⁵⁴⁷.

Telekomünikasyon alanında imzalanan imtiyaz sözleşmesi 4502 sayılı Yasa gereğince, işletmeci ile Bakanlık (daha sonra bu yetki Telekomünikasyon Kurumu'na devredilmiştir) arasında imzalanan ve konusu özel hukuk kişisince sözleşmede belirtilen telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapısının işletilmesi olan sözleşmedir (Bkz. md.1). Anılan Yasa ve o günkü yürürlükte bulunan ikincil düzenlemelere göre, frekans, uydu pozisyonu ve numaralandırma gibi kıt kaynakların özgülenmesini içeren, her bir işletmeciye belirli, özel hak ve yükümlülüklerin verilmesini gerektiren ya da sınırlı sayıda işletmeci

⁵⁴³ Gözübüyük-Tan(Cilt I,2007), s.694.

⁵⁴⁴ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s.1117.

⁵⁴⁵ Gözler-Kaplan, s. 561.

⁵⁴⁶ Yürürlükte bulunan mevzuata göre imtiyaz sözleşmeleri Bakanlar Kurulu, üst kuruluşlar, il özel idareleri ve belediyeler tarafından yapılabilmektedir.

⁵⁴⁷ Bkz. Gözler-Kaplan, s.563 vd.

tarafından yürütülecek olan telekomünikasyon hizmetlerinin veya altyapısının ancak bir imtiyaz sözleşmesiyle yürütüleceği kurala bağlanmıştı⁵⁴⁸. Bununla birlikte anılan Yasa'nın aynı maddesinin (a) bendine göre, 406 sayılı Yasa'ya 4000 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle eklenen ek 18.maddesinde sayılan mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım ve benzeri katma değerli hizmetler de imtiyaz sözleşmesine konu olabilecekler⁵⁴⁹.

Telekomünikasyon alanında yukarıda sayılan konularda yapılan imtiyaz sözleşmesinde idarenin kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla imtiyaz sahibini denetleme ya da denettirme yetkisine sahiptir. Telekomünikasyon Kurumu'nun telekomünikasyon ruhsatı ve genel izin yönteminde de kullandığı denetleme yetkisi aynı zamanda yaptırım yetkisini de içermektedir. Bu yaptırım idari para cezası verme biçiminde gerçekleştirilmektedir (Bkz. 4502 sayılı Yasa, md.2/f). Bunun yanında 4502 sayılı Yasa'nın aynı maddesinde önce Bakanlığa ardından 4673 sayılı Yasa ile Telekomünikasyon Kurumu'na verilen yetki kapsamında, ulusal güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amaçlarıyla gerekli önlemleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya ya da ağır kusur halinde imtiyaz sözleşmesini, telekomünikasyon ruhsatını ya da genel izni iptal etmeye yetkilidir⁵⁵⁰.

4502 sayılı Yasa ile yapılan düzenlemede hiç kimsenin idare ile bir görev ve imtiyaz sözleşmesi yapmadan ya da idareden telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin

⁵⁴⁸ Bkz. 4502 sayılı Yasa,md. 3 ve Mülga "*Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmelik*", md. 18, (R.G., 26.8.2004; Sy. 2556).

⁵⁴⁹ Maddede sayılan bu etkinliklerin yürütülmesinde ruhsat yöntemi de geçerlidir. Bkz.4502 sayılı Yasa, md.3. Ayrıntı bilgi için bkz. *Çavuşoğlu*, s. 68-71.

⁵⁵⁰ İmtiyaz sözleşmesinde idarenin, kamu hizmetinin gereği gibi işlenmesini sağlama amacına dönük kimi yetkilerini (örneğin, sözleşmenin feshi, imtiyazcının işletmesini bedeli karşılığında devralınarak hizmetin doğrudan idare tarafından üstlenilmesi) ve imtiyaz süresinin dolması durumunda kamu hizmetinin işletilmesi, yürütülmesi görevinin idareye geçecek olmasının Telekomünikasyon Kurumu'nun hukuki yapısı ile mevzuat gereği bu alanda doğrudan operatörlük (işletmeci) rolünün bulunmaması karşısında ortaya çıkabilecek teorik tartışmanın yukarıda yer verilen idarenin "gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralma" ya da "iptal" yetkilerine vurgu yaparak yasa koyucu tarafından önlenilmek istenildiğini belirten *Ulusoy*, imtiyaz sözleşmesinin feshedilmesi sonucu telekomünikasyon hizmetlerinin aksamaması, düzenli ve sürekli biçimde yerine getirilmesi amacıyla öncelikle idarenin yeni bir imtiyazcı bulma ve onunla sözleşmeyi yenileme yoluna gitmesi, bu olmaz ise imtiyaza konu olan hizmetlerin "asgari hizmet" olarak kabul edilerek doğrudan kendisi tarafından yürütülmesi gerektiğinin altını çizmektedir. Bkz. *Ulusoy* (Telekomünikasyon Hukuku), s.56-57.

almadan telekomünikasyon hizmeti yürütemeyeceği; altyapısı kurup işletemeyeceği kuralına yer verilmiş olmasına karşın (bkz. md.2/1), aynı maddede *bir gerçek veya tüzel kişinin, kendi kullanımındaki taşınmazların dahilinde ve her bir taşınmazın sınırları dışına taşmayan, münhasır olarak şahsi veya kurumsal ihtiyaçları için kullanılan ve üçüncü şahıslara herhangi bir telekomünikasyon hizmeti verilmesinde kullanılmayan kişisel telekomünikasyon tesisleri ile kamu kurum ve kuruluşlarının münhasıran verdikleri hizmetler ile ilgili olarak özel kanunları uyarınca kurdukları telekomünikasyon tesislerinin kurulması ve işletilmesi bir imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı ya da genel izne bağlı olmadığı da belirtilmiştir.*

Yukarıda yer verilen ve 5809 sayılı Yasa öncesi yürürlükte bulunan mevzuata uygun olarak telekomünikasyon ruhsatı ve genel izin ile telekomünikasyon hizmetlerini yerine getirmek üzere yetkilendiren işletmeciler, 5809 sayılı EHK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte BTK'ya bildirimde bulunmuş ya da gerekli olduğu durumlarda yetkilendirmelerindeki süre ile sınırlı olarak kullanım hakkı almış sayılmaktadırlar. Aynı yönde EHK öncesi yapılan görev ve imtiyaz sözleşmeleri; süre bitimi, fesih, iptal ya da başkaca herhangi bir nedenle sona ermelerine kadar geçerliliklerini aynen koruyacaktır (EHK, geçici madde 2).

B. Elektronik Haberleşme Kanununun Öngördüğü Yeni Düzen: Elektronik Haberleşme Hizmetleri Alanında Yetkilendirme Rejimi

1. Yetkilendirme Terimi ve Rejimine Genel Bakış

Yetkilendirme, EHK'da *“elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlanmasını teminen şirketlerin, Kurum nezdinde kayıtlanmasını veya kayıtlanmasıyla birlikte bu şirketlere elektronik haberleşme hizmetlerine özel, belirli hak ve yükümlülükler verilmesi(...)”* biçiminde tanımlanmıştır (md.3/(1)/ccc)⁵⁵¹. Yetkilendirme idare hukuku (kamu hizmeti

⁵⁵¹ Benzer tanım *“Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği”*nde yapılmıştır (md.4/çç). Yönetmelik için bkz. R.G., T. 28.5.2009; Sy. 27241). Yetkilendirme terimi, *“genel yetkilendirme”* adı altında 2002/20/EC sayılı Yetkilendirme Direktifinde, *“üye devletler tarafından oluşturulan, elektronik haberleşme ağlarının ya da hizmetlerinin karşılanması ile ilgili hakları garanti altına alan ve işbu Direktife göre tüm veya belli türde elektronik haberleşme ağlarına ve hizmetlerine*

teorisinde) yönünden idarenin, bir özel hukuk gerçek ya da tüzelkişisine belli bir etkinliği görmesi veya yürütmesi amacıyla yaptığı bir tasarruftur. Yasa'nın verdiği tanıtımda, bir işletmecinin yetkilendirilmesi (başka deyişle yetkilendirmenin gerçekleşmesi) "kayıt" ya da duruma göre kayıtlı birlikte, işletmeciye "özel, belirli hak ve yükümlülük" verilmesi biçiminde gerçekleşen bir irade açıklamasıyla olanaklı gözükmektedir. Yetkilendirme teriminin hukuksal yönden nitelendirilmesi ve bu konuda yapılan tartışmaları aşağıda yetkilendirme türlerinin nitelendirmesinde ayrıca ele alacağımızdan burada ayrıntıya girmeyeceğiz.

Bilgi ve iletişim teknolojilerinde baş döndürücü bir hızla yaşanan gelişim, telekomünikasyon ya da elektronik haberleşme hizmetlerinin de niceliksel ve niteliksel yönlerden değişim ve gelişimini tetiklemiştir. Gerek dünya ölçeğinde gerekse ülkemiz özelinde bilgi ve iletişim teknolojilerinde yaşanan bu hızlı gelişim ve bunun yanında bu alanda serbestleşme ve etkin rekabet ortamının sağlanması yaklaşımı elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesi, bu alanda politikaların belirlenmesi ve ayrıca sektörün gözetim ve denetiminin yapılması biçiminde ele alınacak konularda yeni bir hukuksal düzenin oluşturulmasını deyiş yerindeyse zorunlu kılmıştır. Bir yönden de küreselleşmenin etkisiyle çokuluslu sermaye ortaklıklarının doğrudan belirlediği yeni ekonomik düzende büyük bir endüstriyel alan olarak görülen elektronik haberleşme sektöründe devlet ya da öteki kamusal tekelinin kaldırılması, sektörün özel girişimciye açılarak rekabet piyasası koşullarının oluşturulması yönündeki ısrarları, devletleri bu alanda yeni politikalar belirlemesine yöneltmiştir. Geline bu noktada AB'ye tam üyelik statüsü kazanma yolunda özellikle 2000'li yıllarda köklü ve önemli hukuksal deyişimler yapılan Ülkemizde, AB'nin elektronik haberleşme alanında öngördüğü düzenin uygulanmaya sokulmasını gerektirmiştir.

Elektronik haberleşme alanında yaşanan yapısal ve hukuksal deyişim ya da dönüşüm kamu hizmeti niteliğinde olan bu tür etkinliklerin yürütülüş usullerini (yetkilendirme rejimini) kökten deyiştirmiştir. Yeni düzende, elektronik haberleşme hizmetleri alanında işletmecilik (operatörlük) rolü ile temel politikaların belirlenmesi, kararların alınması ile düzenleme ve denetleme rolleri yeniden belirlenmiş ya da başka deyişle

uygulanabilecek sektöre özgü yükümlülükleri ortaya koyan yasal bir çerçeve" olarak ifade edilmiştir (Bkz. Authorisation Directive, Article 2, Definitions, 2/a)

tanımlanmıştır. Bu yeni tanımlamadan çıkan sonuçta, işletmecilik özel girişimciye; hedef, ilke, strateji ve politikaların belirlenmesi merkezi idareye (bakanlık); sektörün düzenlenmesi ve denetlenmesi ise üst kuruluşlara (BTK ve RTÜK gibi) bırakılmıştır.

EHK, kendisinden önce yürürlükte bulunan elektronik haberleşme mevzuatını derlemesi ve bir düzene koyulması yönünden önemli olduğu kadar, hizmetlerin yürütülmesi ya da görülmesi yöntemlerinin değiştirilmesi ve AB mevzuatına uyum sağlanması yönünden de önemli bir yasal düzenlemedir. Bu bağlamda elektronik haberleşme hizmetlerinin özel hukuk kişilerince üstlenilmesi yöntemlerinde (yetkilendirme rejiminde) EHK, önceki mevzuattan farklı olarak daha basit kurallar ve esaslar belirlemek yoluna gitmiştir. EHK'nın genel gerekçesinde de özellikle birbirinden farklı elektronik haberleşme hizmet ve teknolojilerinin bir araya gelmesi biçiminde özetlenecek "*yakınsama (convergence)*" dan söz edilerek tüm hizmetlerin, kullandıkları teknolojik sistemler ne olursa olsun tek bir yetkilendirme rejimine bağlanması gerekliliğinin altı çizildikten sonra, elektronik haberleşme hizmetlerinin geliştirilmesi, bu alanda özel girişimin özendirilmesi ve böylece işletmecilerin sayısının artırılmasının sağlanması son olarak tüketiciler yönünden de işletmeciler arasında sağlıklı seçim yapabilmelerinin gerçekleşmesi yönlerinden yetkilendirme rejiminde değişiklik yapıldığından sözedilmiştir. Getirilen yeni sistemde AB'nin Yetkilendirme Direktifi'nde belirlediği temel düşünceye uygun olarak sistemin en az zorlukta kurallara ya da koşullara bağlanması ilkesi benimsenmiştir.

EHK ile kabul edilen yeni düzende elektronik haberleşme etkinlikleri, önceki mevzuatta öngörülen "*genel izin*", "*telekomünikasyon ruhsatı*", "*görev sözleşmesi*" ve "*imtiyaz sözleşmesi*" yöntemleri terk edilerek bunların yerlerine, "*bildirim yöntemi*" ile "*kullanım hakkı verilmesi yöntemi*" benimsenmiştir. EHK'ya göre, bir elektronik haberleşme hizmeti verilebilmesi ve/veya elektronik haberleşme ağının ya da altyapısının kurulup işletilebilmesinde öncelikli koşul, işletmecinin ilgili konuda idare tarafından yetkilendirilmiş olmasıdır (md.8/1). Ancak, anılan Yasa'da herhangi bir yetkilendirme olmaksızın kimi elektronik haberleşme etkinliklerinin yürütülebileceğinden söz etmektedir (md.8/2 (a), (b)). Buna göre, bir gerçek ya da tüzel kişinin, kendi kullanımındaki taşınmazların içinde ve her bir taşınmazın sınırları dışına taşmayan, özellikle kişisel veya kurumsal gereksinimleri için kullanılan ve üçüncü kişilere herhangi bir elektronik haberleşme hizmeti

verilmesinde kullanılmayan, sağlanmasında herhangi bir tecimsel amaç güdülmeyen ve kamu kullanımına açık olarak sunulmayan; kamu kurum ve kuruluşlarının özellikle verdikleri hizmetler ile ilgili olarak özel kanunları uyarınca kurdukları elektronik haberleşme hizmeti ve/veya ağ ya da altyapısı yetkilendirme dışındadır⁵⁵².

Bildirim yöntemi ile yetkilendirmede; BTK'ya bildirimde bulunan işletmeciler, sunmak istedikleri elektronik haberleşme hizmeti ve/veya işletmek istedikleri elektronik haberleşme ağ ya da altyapısı için *numara, frekans, uydu pozisyonu* gibi kaynak özgülenmesine gereksinim duymuyorlar ise, BTK'nın belirlediği usul ve esaslara⁵⁵³ uygun bildirimle birlikte yetkilendirilirler (EHK, md.9/3). Burada BTK yönteme uygun biçimde yapılan başvuruyu ayrıca kayıt altına almaktadır.

Kullanım hakkı verilmesi yöntemi ile yapılan yetkilendirmede, BTK'ya başvuru yapan bir işletmecinin elektronik haberleşme hizmeti ve/veya işletmek istedikleri elektronik haberleşme ağ ya da altyapısı hizmetinin sunulmasında kaynak özgülenmesine gereksinim duyuyorlar ise, bu durumda ilgili işletmeciye BTK tarafından kullanım hakkı verilmesi sözkonusudur (EHK, md.9/3). Bununla birlikte EHK'nın kabul ettiği düzende kullanım hakkı verilmesinde BTK ayrıca, kullanım hakkı verilmesinin gerektiği elektronik haberleşme hizmetlerini ve bu hizmetlere ilişkin kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekip gerekmediğini de kararlaştırır⁵⁵⁴. Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekmediğine karar

⁵⁵² EHK'nın kapsamının belirlendiği 1/(1).maddesinde "*Elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesi ve elektronik haberleşme alt yapı ve şebekesinin tesisi ve işletilmesi ile her türlü elektronik haberleşme cihaz ve sistemlerinin imali, ithali, satışı, kurulması, işletilmesi, frekans dahil kat kaynakların planlaması ve tahsisi ile bu konulara ilişkin düzenleme, yetkilendirme, denetleme ve uzlaştırma faaliyetlerinin yürütülmesi bu Kanuna tabidir*" denildikten sonra, (3).fıkrasında da "*Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ile Sahil Güvenlik Komutanlığı ve kuruluş kamunlarında belirtilen görev sahaları ile ilgili konularda olmak üzere Dışişleri Bakanlığı, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğünün elektronik haberleşme cihaz, sistem ve şebekeleri ile bedeli bu kurumlar tarafından ödenerek işletmeciler tarafından kurulan veya kurulacak elektronik haberleşme cihaz, sistem ve şebekeleri hakkında 36 ncı ve 39 uncu maddeler hariç, bu Kanun hükümleri uygulanmaz*" diyerek, (3) fıkrada yer verilen etkinliklerin yetkilendirme rejimi dışında tutulduğunu belirtmiştir. EHK'nın 36.maddesi, frekans planlama, tahsis ve tescili; 39.maddesi de kodlu ve kriptolu haberleşme konularına ilişkindir.

⁵⁵³ Bunlar BTK tarafından hazırlanan "*Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği*"nde ayrıntılı biçimde sayılmıştır.

⁵⁵⁴ EHK md. 9/(6).bendine göre, kullanım hakkı sayısı, ancak kaynakların sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesinin gerektiği durumlarda ve kaynakların etkin ve verimli kullanılmasının sağlanması amacıyla sınırlandırılabilir.

verilen elektronik haberleşme hizmetleri için usulüne uygun başvuruyu izleyen günden itibaren 30 gün içerisinde Kurumca kullanım hakkı verilir.

Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılması durumunda, *uydu pozisyonu ile ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını içeren ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken* elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirmeyi BTK, *hizmetin başlama zamanı, yetkilendirme süresi ve hizmeti sunacak işletmeci sayısı* gibi kıstaslar Bakanlık tarafından belirlenmek koşuluyla yapmaktadır⁵⁵⁵. Ancak belirtilen bu durumların dışında kalan ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından verilecek olan elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesine ve/veya elektronik haberleşme ağ ve alt yapısının kurulması ve işletilmesine ilişkin olarak, gerekli işlemler doğrudan Kurum tarafından yürütülmektedir⁵⁵⁶.

EHK'nın öngördüğü düzende işletmecilerden yetkilendirme karşılığında "*idari ücretler*" ve "*kullanım hakkı ücretleri*" adı altında ücret alınmaktadır (md.11/(1)⁵⁵⁷. İdari ücretler ve kullanım hakkı ücretleri esas itibarıyla BTK'nın gelirleri arasında yer almaktadır. EHK'da, idari ücretler ya da kullanım hakkı ücretlerinin işletmecilerce ödenmemesi durumunda, BTK'nın bildirim üzerine, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunla belirlenen yolla ilgili vergi dairesi tarafından tahsil edileceği kuralına yer vermiştir. Bununla birlikte, aynı Yasa'da, belirlenen süre içerisinde yetkilendirme ücretinin ödenmemesi durumunda BTK'nın verdiği yetkilendirmeyi iptal etme (başka deyişle geri alma) yetkisinden de söz edilmiştir.

⁵⁵⁵ Ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını içeren ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin ihaleler, gerekli görülen durumlarda Bakanlık tarafından doğrudan da yapılabilir (EHK, md.9/(6), a).

⁵⁵⁷ İdari ücretler, BTK'nın pazar analizi, düzenlemelerin hazırlanması ve uygulanması, işletmecilerin denetlenmesi, teknik izleme ve denetleme hizmetleri, piyasanın kontrolü, uluslararası işbirliği, uyumlaştırma ve standardizasyon çalışmaları ve diğer etkinlikleri ile her türlü idari giderlerinden kaynaklanan masraflara katkı amacıyla, işletmecinin bir önceki yıl net satışlarının binde beşini geçmemek üzere, uluslararası yükümlülükler de dikkate alınarak belirlenmektedir.(EHK, md.11/(2)). Kullanım hakkı ücreti ise, kaynakların kullanım hakkının verilmesine ve söz konusu kaynakların etkin bir biçimde kullanılmasının sağlanmasına yönelik olarak alınır. Kullanım hakkı ücretlerinin en az değerleri, BTK ve Bakanlığın önerisi alındıktan sonra üzerine Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmektedir (EHK, md.11/(4), (5)).

BTK elektronik haberleşme alanında kamu güvenliği, kamu sağlığı ve benzeri kamu yararı gereklerinden kaynaklanan nedenlerin doğması durumunda, şirketlerin elektronik haberleşme alanında etkinliğe geçmeleri ya da elektronik haberleşme sağlamalarını -gerektiğinde Bakanlığın görüşünü de alarak- engelleyebilir.

Elektronik haberleşme alanında Türk pozitif hukuk düzenlemelerinin esin kaynağı olan AB düzeninden (ve Authorisation Directive) yukarıda genel hatlarıyla sözedilmiş olmasına karşın, burada ayrıca AB yetkilendirme rejiminin genel çerçevesinin çizilmesinin karşılaştırıma yapılması yönünden yararlı olacağını düşünmekteyiz. Buradan hareketle temelini AB'nin 2002/20/EC sayılı ve 7 Mart 2002 tarihli Authorisation Directive (Yetkilendirme Direktifi) ile öngörülen düzeninin esas öğelerini sıralamaya çalışalım. Buna göre;

1. *Genel yetkilendirme rejiminin kurulması*: Farklı elektronik haberleşme ağları ve hizmetleri ile teknolojileri arasında, kullanılan teknolojilere bakılmaksızın- benzer biçimde tüm kıyaslanabilir hizmetleri kapsayan bir yetkilendirme sisteminin oluşturulması gerekmekte ve bu sistem, kamuya sağlansın ya da sağlanmasın, tüm elektronik iletişim ağlarının ve hizmetlerinin yetkilendirilmesini kapsamalıdır. Bu, her iki kategorideki sağlayıcıların nesnel, şeffaf, ayrımcılık yapmayan ve orantılı haklardan, koşullardan ve prosedürlerden yararlanabilmesinin sağlanması açısından önem taşımaktadır⁵⁵⁸.

2. *Bürokrasinin en aza indirilmesi*: Elektronik haberleşme hizmetlerinin ve tüm Avrupa iletişim ağlarının ve hizmetlerinin gelişimini canlandırmak ve hizmet sağlayıcılarına ve tüketicilere tek pazar ölçeği ekonomilerinden yararlanmalarına ve elektronik iletişim ağlarının ve hizmetlerinin sağlanmasına olanak sağlamak amacıyla mümkün olan en az bürokratik yetkilendirme sisteminin öngörülmesi⁵⁵⁹.

3. *Bildirim yoluyla yetkilendirme*: Ulusal düzenleyici kurumun herhangi bir açık kararı ya da idari işlemi gerekmez ve yalnızca bildirim için her türlü usule ait gerekliliği sınırlandırarak tüm elektronik iletişim ağları ve hizmetlerinin genel yetkilendirilmesiyle en iyi sisteme ulaşmak. Üye Devletler, elektronik haberleşme ağları ya da hizmetleri sağlayıcıları tarafından etkinliklerine başladıklarında

⁵⁵⁸ Authorisation Directive, (2), (4)

⁵⁵⁹ Authorisation Directive, (7)

bildirimde bulunulmasını isteyebilirler, bu bildirim yasal olarak tanınan herhangi bir yolla (posta ve elektronik tebligat alındı onayı yolu ile) yapıldığına dair bir belge (kanıt niteliğinde) de isteyebilir. Bu her koşulda, bildirim yapılacağı ulusal düzenleyici kurumun bir idari işleminden oluşmamalı ya da bir idari işlemini gerektirmemelidir⁵⁶⁰.

4. *Yetkilendirme koşullarının özellikleri*: Genel yetkilendirme ve belli kullanım hakları ile ilgili getirilecek koşullar Avrupa Birliği hukuku ve Birlik hukukuna göre ulusal hukuk kapsamındaki gereklilikler ve zorunluluklara uygunluğun sağlanması için, yalnızca gerekli olanla sınırlı tutulacaktır Genel yetkilendirme yalnızca elektronik haberleşme sektörüne özgü koşulları içermelidir. Elektronik iletişim sektörüne özgü olmayan mevcut diğer ulusal kanunlar dolayısıyla zaten uygulanabilir olan koşullara tabi kılınmamalıdır⁵⁶¹.

6. *Kamuyu bilgilendirme yükümlülüğü*: Frekansların ve numaraların kullanım haklarının verilmesine ilişkin kararların kamu tarafından erişilebilir biçimde yayınlaması gerekmektedir⁵⁶².

7. *Kullanım hakkı verilmesinde temel hedefler*: Belli bir aralıktaki radyo frekansları ile ilgili başvurular, bunların kullanılabilirliklerini aşıyorsa, uygun ve şeffaf-saydam prosedürler öngörülmesi, herhangi bir ayrımcılığın yapılması önlenmeli ve sınırlı kaynakların kullanımını en uygun duruma getirilmeli⁵⁶³.

8. *İdari yaptırımlarda temel ilkeler*: Genel yetkilendirme kapsamındaki koşullara uyulmamasının cezası bu ihlal ile orantılı olmalıdır (orantılılık ilkesi). Ayrıksı koşullar dışında, bir girişim genel yetkilendirme kapsamındaki koşullardan birine ya da daha fazlasına uymadığı takdirde, elektronik haberleşme hizmetlerinin sağlanması hakkının ya da radyo frekanslarının veya numaralarının kullanım hakkının askıya alınması ya da iptal edilmemesine özen gösterilecektir. Ancak, Üye Devletlerin makamları tarafından; kamu güvenliğine, emniyetine ya da sağlığına ve öteki

⁵⁶⁰ Authorisation Directive, (8)

⁵⁶¹ Authorisation Directive, (15), (18)

⁵⁶² Authorisation Directive, (19)

⁵⁶³ Authorisation Directive, (22)

girişimcilerin ekonomik ve operasyonel çıkarlarına ciddi tehditler taşıması durumunda, gereken acil önlemler alma haklarını ortadan kaldırmamaktadır⁵⁶⁴.

9. *İşletmeci yükümlülükleri*: Hizmet sağlayıcılarının raporlama ve bilgilendirme zorunluluklarına tabi tutulması gibi zorunluluklar, orantılı, nesnel bir biçimde gerekçelendirilmiş ve kesinlikle gerekli olanla sınırlı olmalıdır. Genel yetkilendirme kapsamındaki ya da kullanım hakkına bağlı tüm koşullara uygunluğa ilişkin sistematik ve düzenli bir belge istenilmesi gerekli değildir. Girişimciler, sağlamaları gereken bilgilerin kullanılacağı amaçları bilme hakkına sahiptirler⁵⁶⁵.

10. *İdari ücret-kullanım hakkı ücreti alınması*: Yetkilendirme sisteminin yönetiminde ve kullanım haklarının verilmesi için ulusal düzenleyici kurumun etkinliklerini finanse etmek amacıyla elektronik haberleşme hizmetleri sağlayıcıları üzerine idari ücretler yüklenebilecektir. İdari ücretler etkinliklerle ilgili mevcut masrafları karşılamakla sınırlı olacaktır. Bu amaç doğrultusunda, tahsil edilen toplam ücret tutarı ve yapılan idari ücretler konusunda yıllık raporlama yolu ile ulusal düzenleyici kurumların gelirinde ve harcamalarında şeffaflık sağlanmalıdır. Bu durum girişimlerin idari masrafların ve harcamaların dengede olduğundan emin olmalarına olanak sağlayacaktır. İdari masraflar ile ilgili sistemler rekabeti bozmamalı veya pazara giriş konusunda engel teşkil etmemelidir. Uygulanabilir herhangi bir idari ücret, genel yetkilendirme sisteminin ilkeleri ile aynı doğrultuda olacaktır. İdari ücretlere ek olarak, kaynakların en iyi biçimde kullanımının sağlanması için, radyo frekanslarının ve numaraların kullanımı ile ilgili olarak kullanım ücretleri istenebilecektir. Bu ücretler pazardaki yenilikçi hizmetlerin ve rekabetin gelişimini engellememelidir⁵⁶⁶.

11. *Yetkilendirme koşullarında değişiklik hakkı*: Üye Devletler nesnel bir biçimde gerekçelendirilmesi koşuluyla genel yetkilendirme ile ilgili hakları, koşulları, prosedürleri, masrafları ve ücretleri ve kullanım haklarını değiştirebilme hakkına

⁵⁶⁴ Authorisation Directive, (27)

⁵⁶⁵ Authorisation Directive, (28)

⁵⁶⁶ Authorisation Directive, (30), (31)

sahiptirler. Bu değişiklikler tüm ilgili taraflara, bu tip değişiklikler konusundaki görüşlerini açıklamalarına olanak sağlayacak biçimde zamanında bildirilmelidir⁵⁶⁷.

12. *Yönetimde saydamlık-şeffaflık*: Hizmet sağlayıcılarının, tüketicilerin ve diğer ilgili tarafların haklar, koşullar, prosedürler, masraflar, ücretler ve elektronik haberleşme hizmetlerinin sağlanması, radyo frekanslarının ve numaraların kullanım hakları, tesis kurma hakları, ulusal frekans kullanım planları ve ulusal numaralandırma planları ile ilgili kararlar ya da bir bilgiye kolay erişiminin sağlanması gerektirmektedir⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ Authorisation Directive, (33)

⁵⁶⁸ Authorisation Directive, (34). AB üyesi ülkeler elektronik haberleşme alanında yaptığı düzenlemelerde zorunlu olarak Birlik mevzuatı hükümlerine uymak zorundadırlar. Bu bağlamda üye ülkelerin yetkilendirme rejimlerine bakıldığında, İngiltere, elektronik haberleşme alanında AB Direktifleri ile öngörülen düzenleyici çerçeveye uygun olarak kabul edilen ve 2003 yılında yürürlüğe giren Communications Act (Haberleşme Kanunu) ile, sözkonusu sektörde yetkilendirme koşul ve yöntemleri belirlenmiştir. Anılan yasal düzenleme gereğince, yetkilendirme konusunda yetkili organ OFCOM (Independent regulator and competition authority for the UK communications industries) olarak belirlenmiştir. Bu kuruluş, yayıncılık alanında frekans özgülemesi de dahil, elektronik haberleşme hizmetleri alanında frekans özgülemelerini yapmakla yetkilendirilmiştir. Sözkonusu Yasa'da elektronik haberleşme hizmet ya da ağ tedariki sağlayan kişiler için geçerli olacak biçimde yetkilendirme sistemi genel koşullar getirmiştir. Sektörde etkinlik gösteren işletmecilerin bağlı olduğu hak ve yükümlülüklerin, tüm elektronik haberleşme hizmet sağlayıcılarına uygulanan, kamu elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya ağ sağlayanlara uygulanan ile kamunun erişime açık telefon hizmeti sunan işletmecilere uygulanan hak ve yükümlülükler olmak üzere üçe ayrılarak ele alınmıştır. Kaynak: <http://www.ofcom.org.uk/>

Almanya'da elektronik haberleşme hizmeti ya da şebekesinin tecimsel amaçlar gözetilerek sunulmasında, işletmeci adayları düzenleyici kurum olan Bundesnetzagentur'ya bildirim yapmakla, kendileriyle ilgili bilgileri eksiksiz vermekle, ne tür hizmet sunacağını açıkça beyan etmekle ve etkinliğe geçiş tarihini bildirmekle yükümlüdür. Bu bildirim üzerine sözkonusu düzenleyici kurum, herhangi bir biçimde bildirim kabul ya da ret edildiğine ilişkin karar vermeksizin yalnızca başvurunun yasal düzenlemelere uygun olarak yapıldığını ve bu nedenle yasal düzenlemelerin getirdiği hak ve yükümlülüklerle sahip olduğunu işletmeciye bildirmektedir. Öte yandan, frekans özgülemesi, frekans planlamasıyla ilgili olarak şeffaf ve objektif bir biçimde belirlenen yöntemle uygun olarak genel ve bireysel özgüleme yapılmaktadır. Kaynak: www.bundesnetzagentur.de/

2. Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Bildirim Yöntemiyle Görülmesi (Bildirim Yoluyla Yetkilendirme)

a. Bildirim Yönteminin Bağlı Olduğu Esaslar

5809 sayılı EHK'nın elektronik haberleşme hizmetlerinin özel hukuk kişilerince hangi yöntemler yürütülebileceği, bunların hangi ilke ve esaslara bağlı olduğu konusunda açıklayıcı hükümlere yer verilmekle birlikte, anılan Yasa'nın dayanak oluşturduğu "*Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği*⁵⁶⁹" adı altında ikincil düzenlemelerin de yapıldığı görülmektedir. Her iki hukuksal düzenlemeye baktığımızda, kullanım hakkı verilmesi yöntemindeki "*kullanım hakkı*"nın tanımına yer verildiği halde, bildirim ya da bildirim yöntemi adı altında bir tanımlama yapılmamıştır. Buna karşın anılan düzenlemelerde işletmecilerin bildirim yönteminin nasıl, hangi biçimde ve içerikte olacağı, BTK'nın bu bildirim üzerine yapması gereken işlem veya alması gereken kararların nelerden oluşacağı konusunda duraksama yer vermeyecek düzenlemelerin olduğunu şimdiden belirtelim. Esasında burada yapılan tartışma bildirim yönteminin hukuksal niteliğinin ne olduğu konusuna ilişkindir. Ancak bu konuyu bir alt başlıkta yapmayı daha uygun gördük. Öncelikle bu yöntem hakkında yapılan düzenlemelerin neler olduğuna bakalım.

Yukarıda da belirtildiği üzere EHK, kendisinden önce yürürlükte bulunan mevzuatta yer almayan yeni bir yöntem oluşturarak elektronik haberleşme hizmetleri alanında sağlanmaya çalışılan serbestleşme ve bu alanda işletmeci sayısının artırılması, sektöre girişteki engelleri, ağır ve aşırı formaliteleri ortadan kaldırmayı amaçlamıştır. Bu amaca hizmet eden ve AB'nin Yetkilendirme Direktifi ile hayat bulan sistemde, işletmecilerin belli başlı hizmetlerde sektöre girişlerinde yalnızca yöntemine uygun bir başvuru ile yapacakları bildirim yeterli görülmektedir. Ülkemizde yeni kabul edilen bu sistemin uygulanmasında temel hareket noktası, işletmecinin hangi hizmeti üstelenmek istediğinin açıkça belirlenmesidir. Buradan hareketle hizmetin görülmesinde hangi yöntemin uygulanacağına karar verilmektedir.

⁵⁶⁹ Bundan böyle Yetkilendirme Yönetmeliği olarak anılacaktır.

Bildirimde bulunan bir işletmeci, sunmak istediği elektronik haberleşme hizmeti ve/veya işletmek istedikleri elektronik haberleşme ağ ya da altyapısı için numara, frekans, uydu pozisyonu gibi kaynak tahsisine gereksinim duymuyor ise BTK'nın belirlediği esaslara uygun bildirimle birlikte, ilgili hizmet alanında etkinlik göstermeye başlamaktadır. Buna göre bildirim yönteminin uygulanmasında önemli olan durum, başvuru yapan işletmecinin yürütmek istediği etkinlik için numara, frekans, uydu pozisyonu gibi kaynakları kullanıp kullanmayacağıdır. Eğer sayılan türden bir kaynağın kullanılması gerekiyorsa işletmecinin bildirim yöntemi ile değil, öteki yöntem olan kullanım hakkı verilmesi yöntemi ile yetkilendirilmesi gerekecektir.

İşletmecinin yukarıda belirtilen türden bir etkinliğin sunulması yönünde yapacağı başvuru ile birlikte BTK bu başvuruyu kayıt altına alacaktır. Burada BTK'nın yetkisinin yapılan başvurunun -yöntemine uygun olması koşuluyla- yalnızca kayıt altına almadan ibaret olduğu belirtilmektedir⁵⁷⁰. Kanımca EHK ve ikincil düzenlemelere bakıldığında gerçekten de BTK'nın bildirim yapılması üzerine herhangi bir idari işlem tesis etmesine ya da bu yönde bir karar almasına gerek olmadığı daha doğru ifadeyle yetkisinin olmadığı anlaşılmaktadır. Bir yönüyle de bu görüş, EHK'nın hazırlanmasında esin kaynağı olan Yetkilendirme Direktifi'ne de uygun düşmektedir. Şöyle ki; bu Direktif'in hazırlanmasında göz önünde bulundurulmuş, elektronik haberleşme hizmetlerinin ve tüm Avrupa haberleşme ağlarının ve hizmetlerinin gelişimini canlandırmak ve hizmet sağlayıcılarına ve tüketicilere tek pazar ölçeği ekonomilerinden yararlanmalarına olanak sağlanması hedef ile bu hedefin gerçekleşmesi amacıyla ulusal düzenleyici kurumların herhangi bir açık kararı ya da idari işlemi gereksizince yalnızca bildirimle elektronik haberleşme ağ ve hizmetleri alanında işletmecilerin genel yetkilendirilmenin en iyi seçenek ya da yol olarak görülmesi anlayışı esas alındığında⁵⁷¹ "*bildirim yöntemi*"nde düzenleyici üst kuruluşların bu yöntemde bağlı yetki altında oldukları kabul edilebilir. Başka deyişle yasa koyucu gerekli hukuksal koşulların gerçekleşmesi durumunda idareye hangi yönde hareket etmesi yönünde bir seçenek bırakmamış ise, başka deyişle takdir yetkisi vermemiş ise, bu durumda idarenin ilgilinin başvurusu üzerine, başvuruya uygun işlem tesis etmesi kaçınılmaz olacaktır.

⁵⁷⁰ Öztürk, s. 30; Beydoğan, s.88; Altaş, s.38.

⁵⁷¹ Bkz. Yetkilendirme Direktifi, Giriş Bölümü, (7) ve (8) nolu paragraflar.

Bildirim usulünde işletmecinin yöntemine uygun başvurusu üzerine BTK'nın bu başvuruyu kabul etme ya da reddetme yetkisinin olmadığı; hukuksal düzenlemelere göre BTK'nın burada yalnızca başvurucuyu Kurum kayıtlarına alma biçiminde gerçekleşen bir irade açıklamasında bulunduğu kabul edilse bile, EHK ve Yetkilendirme Yönetmeliği'ne⁵⁷² bakıldığında İdarenin, ifade yerindeyse en azından yapılan başvuruyu koşulların sağlanıp sağlanmadığı yönünden bir araştırma, denetleme ya da saptama yetkisinin bulunduğunu söyleyebiliriz. Bu bağlamda Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 8.maddesinde, kaynak özgülenmesini gerektirmeyen elektronik haberleşme hizmetini sunmak, ağ veya altyapısını kurup işletmek için bildirimde bulunan şirketin, başvurusunun Kurum evrak kayıtlarına girdiği tarih itibariyle yetkilendirilmiş sayılarak *işletmeci statüsü*⁵⁷³ kazanacağı düzenlenmesine yer verilmiştir⁵⁷⁴. Bununla birlikte, bildirimün üst kurulun kayıtlarına girmesinden itibaren en geç onbeş gün içinde BTK'nın, bildirimün Yetkilendirme Yönetmeliği hükümlerine uygun olarak yapıldığını doğrulayan ve işletmecinin hak ve yükümlülüklerini içeren bir yazıyı işletmeciye göndermesi gerekliliğinden de sözedilmektedir. Belirtmek gerekir ki, işletmeci statüsü kazanma ile etkinliğe başlama hak ve yetkisinin başlangıç anı, bildirimün, BTK'ca yasa ve yönetmelik hükümlerine uygun olduğunun teyit edilmesi koşuluyla, kayıtlara geçirilmesi anıdır, yani başvuru tarihidir. Bu yönden kanımızca BTK'nın başvuruyu ilk olarak kabul ya da reddetme yetkisinin bulunmadığı kabul edilse bile, başvurucunun işletmeci statüsü kazanması, hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi idarenin bir kararına bağlanmıştır.

Bir başka yönden bakıldığında da Yetkilendirme Yönetmeliği'nde, BTK kayıtlarına giren bildirim başvuru formunda eksiklik ya da uygunsuzluğun saptanması durumunda işletmeciye, söz konusu eksiklik ya da uygunsuzlukları gidermesi - bildirim başvuru formunun BTK kayıtlarına girmesinden itibaren- en geç onbeş gün içinde yazılı olarak bildirilir. Buna karşın eksiklik ya da uygunsuzluğun, işletmeci tarafından yazılı bildirimini izleyen bir ay içinde giderildiği hususunun üst kuruluşa bildirilmemesi durumunda BTK, EHK uyarınca idari para cezası ya da diğer

⁵⁷³ EHK işletmeciyi, "yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirket" olarak tanımlamıştır (md.3).

⁵⁷⁴ Bu yolla işletmeci statüsü kazanan şirket, BTK tarafından belirlenen ve BTK'nın resmi internet sitesinde yayımlanan *Elektronik haberleşme Hizmet, Şebeke ve Altyapılarının Tanım, Kapsam ve Sürelerindeki Bildirim Kapsamında Sunulan Kaynak Tahsisi İçermeyen Hizmetler* bölümünde yer alan hükümler çerçevesinde ilgili hizmetin sunumuna başlayabilir (Yetkilendirme Yönetmeliği, md.8).

yaptırımları uygulama yetkisine sahiptir⁵⁷⁵. BTK'nın yaptırım yetkisinin düzenlendiği 60.maddesine bakıldığında ise idari para cezası dışındaki diğer idari yaptırımların, gerektiğinde elektronik haberleşme hizmetleri için kurulmuş tesisleri tazminat karşılığında devralmak; belirlediği süre içerisinde yetkilendirme ücretinin ödenmemesi ya da ağır kusur durumunda, verilen yetkilendirmeyi iptal etmek biçimindedir. Burada BTK'nın yetkilendirmeyi iptal etme (geri alma) yetkisinden söz edildiğine göre, BTK'nın bildirim yönteminde gerek yetkilendirme kararında gerekse koşullar gerçekleşirse bunu iptal etmesinde açık irade açıklamasında bulunduğu, başka deyişle idari, icrai ve tek yanlı bir karar aldığını söylemek ya da savlamak olanaklı görülmektedir. Bu konuya bir sonraki başlıkta tekrar ve ayrıntılı biçimde değinileceğinden burada ayrıntıya girmiyoruz.

BTK'nın yetkileri arasında sayılan yetkilendirme konusunda alınan karar gereğince, bildirim kapsamında sunulan kaynak özgülenmesini içermeyen hizmetler şunlardır: Uydu Haberleşme Hizmeti; Uydu Platform Hizmeti; Altyapı İşletmeciliği Hizmeti; İnternet Servis Sağlayıcılığı Hizmeti; Sabit Telefon Hizmeti; Kablolulu Yayın Hizmeti; Mobil Telefon Hizmeti; Sanal Mobil Şebeke Hizmeti; Hava Taşıtlarında GSM 1800 Mobil Telefon Hizmeti⁵⁷⁶.

b. Bildirim Yönteminin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi

Bildirim yöntemi ile yetkilendirme konusunda görüş bildiren yazarların (*Öztürk, Beydoğan*) ortak görüşü, BTK'nın işletmeci statüsü kazanma isteminde bulunan tecimsel ortaklığın bildirimini kabul ya da reddetme biçiminde bir yetkisinin bulunmadığı; BTK'nın bu yöntemdeki işlevinin yalnızca başvurunun (bildirimin) kayıt altına alınmasından ibaret olduğu yönündedir. Bu yazarlardan *Öztürk*, bildirime ilişkin yasal düzenlemelere (EHK) bakıldığında BTK tarafından yapılacak olanın, bildireme bağlı yetkilendirmenin kayıt altına alınmasından ibaret olduğu ve kurumsal açıdan ise, *“yasal düzenlemenin zorunlu sonucu olarak, idarenin zımni bir*

⁵⁷⁵ Bkz. Yetkilendirme Yönetmeliği, md.8/ (4), (5).

⁵⁷⁶ Bu hizmetlerin içerikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.tk.gov.tr/mevzuat/yonetmelikler/dosyalar/ehhsa_tks.pdf (erişim tarihi:20.3.2012).

yetkilendirme işlemi (zımni idari işlem A.Ö) yaptığı varsayılmaktadır” biçiminde özetlenecek görüştedir⁵⁷⁷. Benzer görüşte olan *Beydoğan* ise, kanunun yazılış biçiminden hareketle ve buna ek olarak Yetkilendirme Yönetmeliği'nin ilgili maddelerine atıf yapmak yoluyla BTK'nın “*yapılan bildirimleri kabul veya reddetme yetkisi bulunmamaktadır*” görüşünü savunmaktadır⁵⁷⁸. *Gözler-Kaplan* ise, bildirimle yetkilendirme yönteminin yasal düzenlemeler ışığında değerlendirildiğinde “*ruhsat-izin*” yöntemi niteliğinde olduğu görüşünü benimsemişlerdir⁵⁷⁹.

Elektronik haberleşme hizmetlerinin hukuksal niteliği hakkında yaptığımız değerlendirmelerde yer verdiğimiz öğreti ve yargı kararlarında, anılan hizmetlerin esasında bir kamu hizmeti etkinliği olduğu, bu yönden elektronik haberleşme etkinliklerinin idare hukukunun uğraş alanına girdiğini belirtmiştik. Bununla birlikte elektronik haberleşme alanında kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerince yürütülmesi yöntemlerine verilen genel bir ad olan “*yetkilendirme*” teriminin, hatırlanacağı üzere, “*elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlanmasını teminen şirketlerin, Kurum nezdinde kayıtlanmasını veya kayıtlanmasıyla birlikte bu şirketlere elektronik haberleşme hizmetlerine özel, belirli hak ve yükümlülükler verilmesi*” biçimde tanımlandığını belirtmiştik. İşte “*bildirim*” yöntemi de EHK'da yetkilendirmenin türleri arasında sayılmıştır. Biz bu başlık altında bu yöntemin hukuksal niteliğinin belirlenmesi uğraşına gireceğiz. Ancak önceden, yapılacak değerlendirme, tartışma ya da görüşlere temel oluşturacak ya da yön verecek konu başlıklarını belirlemeye çalışalım. Başka deyişle değerlendirmelerimizin hareket noktalarını belirleyelim.

Birincisi, yetkilendirme teriminin tanımında tecimsel bir ortaklığa elektronik haberleşme hizmetlerine özgü belirli hak ve yükümlülüklerin verilmesinden söz edilmektedir. Bundan anlaşılması gereken her iki yetkilendirme yönteminde de (bildirim ve kullanım hakkı verilmesi) işletmeci statüsü kazanmış olan bir anonim ya da limited ortaklık⁵⁸⁰ bu statüyü kazanmakla kamu hizmeti niteliğinde olduğu kabul

⁵⁷⁷ *Öztürk*, s.27 vd.

⁵⁷⁸ *Beydoğan*, 88 vd.

⁵⁷⁹ *Gözler-Kaplan*, s.557.

⁵⁸⁰ Yetkilendirme Yönetmeliği'nde yer alan düzenlemeye bakıldığında yetkilendirme yoluyla elektronik haberleşme hizmeti sunmak isteyen tecimsel ortaklıkların anonim ya da limited ortaklık olarak kurulması gerekmektedir. Bu ortaklıklar ayrıca, ortaklık kurucu sözleşmeleriyle yalnızca yetkilendirmeye bağlı etkinlikleri ya da bununla birlikte yetkilendirme konusu hizmeti yerine

edilen elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesinde belli haklara sahip olmanın yanında, aynı zamanda sorumluluk altına da girmektedir. Öyleyse, belli hak ve yükümlülükler verilmesi biçiminde sonuç doğrudan irade açıklamasını *kim kime yönelik olarak, ne zaman ve hangi biçimde yapmaktadır*, bunların irdelenmesi gerekmektedir. Daha açık biçimde sorulacak olunursa, bildirim yönteminde belli hak ve yükümlülüklerle donatılan *işletmeci statüsünün* verilmesinde idarenin (BTK'nın) işlevi nedir? Burada, öğretide yer alan Öztürk'ün ileri sürdüğü bildirimle ilişkin "*zımni idari işlem*" savı gerek tartışmaya değer olması gerek yapacağımız değerlendirmenin başlangıç noktasını oluşturması yönlerinden önemlidir. İşte, değerlendirmemizde ele alacağımız birinci nokta idari işlem teorisi yönünden bildirim yönteminin hukuksal niteliğinin saptanması olacaktır. Bunu yaparken çalışmamızın amacına uygun ve onunla orantılı ve ilgili olarak idari işlem teorisini ele alacağız.

İkinci olarak, tartışmaya değer olduğunu düşündüğümüz bir soru ile hukuksal nitelendirme konusunu açmaya çalışacağız. Soru şudur; *bildirim yönteminde başvuru sahibinin "işletmeci" statüsünün kazanma anı hangi tarihtir?* Bu sorunun yanıtının yasa ve yönetmelik hükümleri incelendiğinde gayet açık ve "*EHK'nın 9/(3).maddesinde ifade edilişi ile BTK'ya bildirimde bulunan tecimsel ortaklıklar, hizmet türüne göre kaynak özgülenmesini gerektirmeyen bir etkinliği üsteleneceklerse, belirlenen usul ve esaslara uygun bildirimle birlikte yetkilendirilirler*" olduğu söylenebilir -ki Yasa ve uygulama böyledir- bu soruyla bağlantılı başka soruların yanıtının bu denli kolay yanıtlanamayacağını göreceğiz. Bu bağlantılı sorular ya da başka deyişle durumlardan en önemlisi şudur; BTK kayıtlarına giren bildirim başvuru formunda eksiklik ya da uygunsuzluk saptanan işletmeci adayına, söz konusu eksiklik ya da uygunsuzlukları gidermesi uyarısı bildirim başvuru formunun kayıtlara girmesinden itibaren en geç onbeş gün içinde yazılı olarak bildirilmekte, ancak başvuran tarafından yazılı bildirim izleyen günden bir ay içinde eksiklik ya da uygunsuzluk giderilmemiş ise, EHK'nın 60. maddesi uyarınca idari para cezası ya da diğer yaptırımların uygulanacağı düzenlemesi ile karşısında nasıl hareket edilecektir? Burada EHK ile Yetkilendirme Yönetmeliği hükümlerinin karşılaştırmalı incelenmesi gerekliliği doğmaktadır.

getirirken gerekli ve/veya ilgili olan cihaz satış, kurulum, bakım-onarım ve danışmanlık gibi etkinlikleri yürütmekle yetkili olmaları gerekmektedir (md. 7/a).

Üçüncü ve son noktada kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından görülme yöntemlerinden olan bildirim yönteminin mevzuatımızda yer alan öteki yöntemlerle karşılaştırılması yapılacaktır. Burada bildirim yöntemi ile ruhsat, lisans ya da özelde telekomünikasyon ruhsatı ya da genel izin yöntemlerinin hangi noktada benzerlikler ya da farklılıklar gösterdiği üzerinde durulacaktır.

Hatırlanacağı üzere bildirim yoluyla yetkilendirmede, başvuru (anonim ya da limited ortaklık) yasa ve yönetmelikte yer alan koşullara uygun bir bildirim üzerine BTK, bildirim önce kayıt altına almakta ve ardından başvuru belgesinin (formunun) uygunluğu yönünden bir inceleme yaptıktan sonra eğer, başvurunun yasa ve yönetmelikle belirlenen içeriğe uygun olduğuna karar verirse, başvurucuya *başvuru tarihi itibarıyla* ilgili hizmet alanında *işletmeci statüsü kazandığını* bildirmekte ve böylece, başvurucuyu belli hak ve yükümlükler altında yetkilendirmektedir. Burada İdarenin (BTK'nın), konusu, işletmeci statüsü verilmesi olan bir idari işlemi söz konusudur. Yukarıda yer verilen görüşlerin ortak ya da birleştiği nokta da budur. Öyleyse, bildirim yoluyla yetkilendirmede başvuru işletmeci statüsü kazanmasına yönelik idari işlemin türünün ne olduğunu, idarenin bu işlem yönünden takdir yetkisinin bulunup bulunmadığının ortaya konulması gerekmektedir.

İdare hukuku öğretisi ile yargı kararlarında ortak kabul edilen tanıma göre idari işlem; idarenin idari işlevine ilişkin olarak tek yanlı, icrai ve kesin niteliklere sahip olan hukuki işlemidir⁵⁸¹. Bir hukuki işlem olarak idari işlem, *yapıldıkları anda var olan, hukuksal durumlarda ve ilişkilerde değişiklik yapan*⁵⁸² başka deyişle, kişilere yeni statüler kazandıran, var olan statüleri sonlandıran ya da onları değiştiren bir güce sahiptir. İdari işlemler bir yönüyle de, idarenin iradesini dış dünyaya yansıtmasının bir yoludur. İdare bu iradesini dış dünyaya yansıtırken, kamu yararına dönük ve onu gerçekleştirmek amacıyla yapılan ve iradenin oluşmasından önce objektif hukuk kurallarıyla belirlenmiş olan ilke ve kurallara göre hareket etmek

⁵⁸¹ Bir kez daha belirtelim idari işlem teorisi, idari işlemin tanımlanması, nitelendirilmesi, sınıflandırılması ve yargısal denetimi konuları bu çalışmanın doğrudan konusunu oluşturmadıklarından burada ayrıntıya girilmeyecektir.

⁵⁸² *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s. 1049.

zorundadır⁵⁸³. İdare genelde iradesini tek yanlı olarak açıklarken kimi zaman da (örneğin sözleşme yapılması durumunda) iki yanlı (çok taraflı) işlemlerde olduğu gibi karşılıklı olarak açıklamaktadır. Bu bağlamda idarenin tek yanlı işlemlerinde, iradesini açıklama yönteminin ya da usulünün (biçiminin) belirlenmesi konumuzla ilgili yapacağımız tartışma ve saptamalar için önem taşımaktadır.

İdare, hukuksal bir sonuç yaratmaya dönük irade açıklamasını açık ya da zımni biçimde yapabilir. İdari işlemin beş ögesinden (yetki, biçim, neden, konu ve amaç) biri olan “*biçim (şekil)*” ögesi idari işlemin yapılış yöntemini ya da usulünü belirlemektedir. İdare hukukunda “*yazılılık*” kural olmasına karşın kimi zaman idarenin sözlü işlemlerinin bulunduğu, kimi zaman da açık bir irade açıklaması olmaksızın bir işlemin zımnen hukuksal varlık kazanacağı genel kabul edilen bir görüştür.⁵⁸⁴ Her bir durumda ortaya çıkan hukuksal işlem, bir idari işlemin taşıması gereken tüm niteliklere sahip olduğundan iptal davasına konu olabilir, başka deyişle yargısal denetimi yapılabilir. Burada üzerine duracağımız konu, idarenin zımni işlemleridir.

İdare hukukunda özel hukuktan farklı olarak idarenin suskun kalmasına ya da hareketsizliğine belli koşullarda bir anlam yüklenmektedir ve bu durumda idarenin zımnen bir işlem yaptığı varsayılmaktadır. Bu durum 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu⁵⁸⁵,nda açıkça düzenlenmiştir. Anılan Yasa'nın “*İdari makamların sükûtu*” kenar başlıklı 10.maddesinde, ilgililerin, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem ya da eylemin yapılması için idareye başvurma haklarının bulunduğunu belirtildikten sonra, bu başvurunun altmış gün içinde yanıtlanmaması durumunda başvuruda yer verilen istemin reddedilmiş sayılacağı düzenlenmiştir. İdari yargıda yer alan bu genel kuralın varlık amacı idarenin suskun ya da hareketsiz kalmasıyla yargısal denetimden kaçınmasının önünün kesilmesidir. Bu durum, aynı zamanda hukuka bağlı idare anlayışıyla da örtüşmektedir. İdarenin başvuru üzerine belli süre suskun ya da hareketsiz kalması sonucunda oluştuğu kabul edilen zımni ret

⁵⁸³ Celal Erkut, “*İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği*”, Danıştay Yayınları, No.51, Ankara, 1990, s.10.

⁵⁸⁴ Örneğin bkz. *Günday (İdare Hukuku)*, s. 123 vd.; *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s. ; *Sancakdar (İdare Hukuku)*, s. 308 vd; *Gözübüyük-Tan (Cilt I,2007)*, s. 425 vd; *Gözler-Kaplan*, s. 285 vd; *Özay*, s.405 vd.

⁵⁸⁵ R.G., T.20.1.1982; Sy.17580.

işlemi az önce de belirtildiği üzere idari işlemin tüm niteliklerine sahiptir. Her ne kadar yasa koyucu 2577 sayılı Yasa'da idarenin bir başvuru üzerine belli süre suskun kalmasını başvurunun reddi (olumsuz işlem) olarak kabul etmiş olsa bile, kimi zaman idarenin bu suskunluğuna ya da hareketsizliğine olumlu bir anlam da yükleyebilir. Başka deyişle idarenin sessiz kalması kimi zaman başvurunun kabulü anlamına da gelebilir. Öğretide “*zımni kabul işlemi*” olarak adlandırılan bu tür işlemlerin varlığı, yasa koyucunun idarenin bir başvuru üzerine sessiz kalmasının başvurunun kabul edildiği anlamında olumlu bir sonuç yüklemesine bağlıdır. Öğretide yer alan görüşler de bu yöndedir⁵⁸⁶. Yürürlükteki yasal düzenlemelerden 3194 sayılı İmar Kanunu⁵⁸⁷, nun 30.maddesi⁵⁸⁸, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun⁵⁸⁹, un 10.maddesi⁵⁹⁰ zımni kabul işlemine örnek olarak gösterilebilir.

Bu genel açıklamalardan sonra bildirim yoluyla yapılan yetkilendirmenin hukuki niteliğinin belirlenmesine geçelim. Bildirim yoluyla yetkilendirme yönteminin düzenlendiği EHK'nın 9.maddesi ile Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 8.maddesinde yer alan düzenlemelerden hareketle, burada bir “*zımni idari işlem*” olduğu görüşünün savunulduğunu yukarıda belirtmiştik. Öğretide Öztürk'ün savunduğu bu görüş *yasal düzenlemenin zorunlu sonucu* olarak belirli bir sürenin geçmesine bağlı olmaksızın *bildirim yapılmamasıyla zımni* bir yetkilendirmenin olduğundan söz etmektedir. Yazar, zımni işlem ile bildirim eş zamanlı olduğunu belirtmektedir. Bu görüşe kimi yönlerden eleştiriye açıktır. Çünkü, yukarıda da söz edildiği üzere zımni idari işlemler, idarenin bir başvuru üzerine suskun ya da hareketsiz kalması durumunda belli bir sürenin geçmesiyle oluşan işlemlerdir. Gerek zımni kabul gerek

⁵⁸⁶ Örneğin bkz. Ramazan Yıldırım, “*İdari Başvurular*”, Mimoza Yayınları, Konya, 2006, s.134-135. Erkut, s. 30-35; Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s.384; Gözler-Kaplan, 293-294; Gözübüyük-Tan (Cilt I,2007), s. 552.

⁵⁸⁷ R.G., T. 9.5.1985; Sy. 18749.

⁵⁸⁸ İmar Kanunu'nun 30.maddesinde, bir yapının tamamen bittiği zaman tamamı, kısmen kullanılması olanaklı kısımların tamamlandığında da bu kısımlarının kullanılabilmesi için inşaat ruhsatını veren ilgili belediye ya da valilikten izin alınmasının gerekli; mal sahibinin başvurusu üzerine, idarenin yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından bir sakınca görülmediğini saptayıp, başvuruları en geç otuz gün içinde sonuçlandırmasının zorunlu olduğunu aksi durumda otuz günün sonunda yapının tamamının ya da biten kısmının kullanılmasına izin verilmiş sayılacağından söz etmektedir.

⁵⁸⁹ R.G., T. 13.12.1994; Sy. 22140.

⁵⁹⁰ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 10.maddesinde, Rekabet Kurulu'nun, süresi içinde birleşme ya da devralmaya ilişkin başvuruya herhangi bir yanıt vermediği ya da herhangi bir işlem yapmadığı durumda, birleşme ya da devralma anlaşmalarının bildirim tarihinden otuz gün sonra yürürlüğe girerek hukuki geçerlilik kazanacağı belirtilmektedir.

zımni ret işlemlerinde ortak özellik idarenin iradesini örtülü biçimde açıkladığının varsayılmasıdır⁵⁹¹. Bir başka yönden Öztürk'ün zımni idari işlem görüşünde yer verilmemiş olsa bile, bildirim yoluyla yapılan yetkilendirmenin *zımni kabul işlemi* olduğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, bildirim yoluyla yapılan yetkilendirmenin *zımni kabul işlemi* olduğunun kabul edilebilmesi için, bildirim yapılması üzerine idarenin (BTK) belli bir süre suskun ya da hareketsiz kalması ya da belirlenen sürede başvuruyu yanıtlamaması durumunda, başvurunun kabul edileceğine ilişkin bir düzenlemenin yasada (EHK'da) açıkça yer alması gerekmektedir. Ancak EHK ve Yetkilendirme Yönetmelik hükümlerine bakıldığında durumun tam tersine olduğu görülmektedir. Bu saptamayı aşağıda ayrıntılandıralım.

EHK, bildirimde bulunan bir tecimsel ortaklık, sunmak istediği elektronik haberleşme hizmeti ve/veya işletmek istediği elektronik haberleşme ağı ya da altyapısı için numara, frekans, uydu pozisyonu gibi kaynak özgülemesi gereksinimi duymuyor ise, BTK'nın belirlediği yöntem ve esaslara uygun bildirimle birlikte başvuranın yetkilendirilmiş sayılacağı başka deyişle bildirim tarihi itibariyle "işletmeci" statüsü kazanacağı düzenlemesine yer verirken; Yetkilendirme Yönetmeliği'nde ise, bu temel düzenlemeye ek olarak, bildirim kayıtlara girmesinden itibaren en geç onbeş gün içinde BTK'nın, bildirim anılan Yönetmelik hükümlerine uygun olarak yapıldığını doğrulayan, saptayan ya da onaylayan ve işletmeci statüsü kazanan başvuruçunun hak ve yükümlülüklerinin neler olduğunu içeren bir yazıyı başvuruçuya göndermesi gerekliliğinden sözedilmektedir. İlk olarak şunu belirtelim yasa koyucu, bildirim yöntemiyle yetkilendirmede başvurunun değerlendirilmesi yönünden idarenin yetkisinin sınırlı olduğunu, bu yetkinin yalnızca bildirim aranan biçim ve içeriğe uygun olup olmadığının saptanması ya da onaylanmasından ibaret olduğunu belirtmektedir. Bildirim yöntemiyle ilgili ayrıntılı düzenlemenin yapıldığı Yetkilendirme Yönetmeliği'nde ayrıca, kayıtlara giren bildirim başvuru formunda eksiklik ya da uygunsuzluk saptanan işletmeciye BTK tarafından söz konusu eksiklik ya da uygunsuzlukları gidermesi yönünde bir uyarının yapılacağı ve bu uyarının bildirim başvuru formunun kayıtlara girmesinden itibaren en geç onbeş gün içinde yazılı olarak yapılmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Ardından anılan Yönetmeliğin aynı maddesinde (bkz. md.8), eksiklik ya da

⁵⁹¹ Akylmaz, s.25

uygunsuzluğun, yazılı bildirim izleyen bir ay içinde işletmeci tarafından giderilmemesi durumunda idari para cezası ya da öteki idari yaptırımların uygulanacağı da düzenlenmiştir.

Gerek EHK gerek Yetkilendirme Yönetmeliği'nin yukarıda yer verilen ilgili hükümlerinden anlaşılması gereken şudur; bildirim yöntemiyle yetkilendirmede işletmeci statüsünün kazanma anı *-bildirimin anılan Yönetmelik ile belirlenen esaslara uygun olmak ve bunun BTK tarafından da onaylandığını, saptandığını başka deyişle kabul edildiğini gösteren bir yazının (belgenin, sertifikanın) başvurucuya gönderilmesi koşuluyla-* bildirim BTK'nın kayıtlarına resmi olarak geçtiği tarihtir⁵⁹². Burada bir duraksama yoktur. Ancak yukarıda yer verilen bildirim yapılmasıyla zımni yetkilendirmenin yapıldığı görüşünü⁵⁹³ dikkate alacak olursak, bildirim belirlenen esaslara ya da koşullara⁵⁹⁴ uygun olmadığı bu nedenle değerlendirmeye alınmadığının BTK tarafından başvurucuya bildirilmesi durumunda ne olacaktır? Örneğin bir anonim ortaklığın 5.3.2012 tarihinde BTK'ya bir bildirim yaptığını kabul edelim, eğer yasal düzenlemenin bir sonucu olarak bildirim ile idarenin zımni yetkilendirme yaptığı varsayılacaksa, başvurunun 5.3.2012 tarihinden itibaren elektronik haberleşme etkililiğini sunmaya ya da bu alanda işletmesini çalıştırmaya başlayacağı kabul edilmelidir. Ancak eğer BTK yaptığı incelemede başvurunun belirlenen koşulları sağlamadığı bu nedenle bildirim işleme alınmadığını 16.3.2012 tarihinde başvurucuya bildirirse bu durumda ne olacaktır? Bunun yanıtını ne EHK'da ne de Yönetmelik'te bulunmaktadır. Bu örnekte başvuru ortaklık 5.3.2012 tarihi itibarıyla etkinliğe geçse bile, sonradan

⁵⁹² Bunu bir örnekle açıklayalım: bildirim yöntemiyle yetkilendirme kapsamında bir elektronik haberleşme etkinliğini üstlenmek isteğiyle bir anonim ortaklığın 7.3.2012 tarihinde bildirim formunu doldurarak BTK'ya sunduğunu ve bildirim aynı tarihte kayıtlara geçtiğini kabul edelim. BTK yaptığı inceleme sonucunda bildirim formunda bir uygunsuzluk ya da eksiklik olmadığını ve başvurunun işletmeci statüsü kazandığını açıklayan bir yazıyı 14.3.2012 tarihli bir yazı ile başvurucuya gönderirse, bu durumda başvurunun işletmeci statüsünü kazanma anı 7.3.2012 tarihidir.

⁵⁹³ Belirtmekte yarar olduğunu düşündüğüm durum şudur; *Öztürk*'ün bu görüşünü savunduğu bilimsel eserin yayınlandığı tarihte henüz Yetkilendirme Yönetmeliği yürürlüğe girmemişti. Yazar, değerlendirmesini yalnızca EHK kapsamında yapmıştır. Bununla birlikte *Öztürk*, BTK'nın bildirim içeren başvuruları kabul edip etmemek konusunda bir yetkisinin bulunmadığını savunmanın, başvurunun "Kurumca belirlenen usul ve esaslara uygun" olması koşulu karşısında anlamsızlaştığını; ancak bildirim BTK'nın belirlediği usul ve esaslara uygun olmamasında tesis edildiği varsayılan zımni yetkilendirme işleminin idarece geri alınacağını belirtmektedir.

⁵⁹⁴ Bu koşullar Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 7.maddesinde sayılmıştır.

başvurusunun kabul edilmediği kendisine bildirilirse bu durumda ortaya çıkacak zarar doğrudan başvurucuya ait olacaktır⁵⁹⁵.

Diğer bir durum da, bildirim hiçbir biçimde BTK'ca yanıtlanmaması durumudur. Bu durumda da bildirim sonucunun ne olacağı düzenlenmemiştir. AB Yetkilendirme Direktifi esas alındığında bu durumun ortaya çıkması zaten sözkonusu olmayacaktır. Çeşitli kez belirttiğimiz gibi bu Direktif, bildirim yöntemiyle yetkilendirmede ulusal düzenleyici otoritelerin açık bir kararı ya da işlemine gerek olmadığını belirtmektedir. Ancak elektronik haberleşme alanında Türk hukuk düzeni kanımca idarenin açık bir kararına ya da işlemine (ruhsat ya da lisansa yaklaşan) gerek olduğu biçiminde bir anlayışla oluşturulduğundan, belirlenen koşullara uygun bir bildirim işleme konulmaması ya da bildirim üzerine hareketsiz kalınması durumunda kanımca burada *zımnî ret işleminin* doğduğu kabul edilmelidir. Çünkü Yetkilendirme Yönetmeliğinde yer alan "*Bildirim Kurum kayıtlarına girmesinden itibaren en geç onbeş gün içinde Kurum, bildirim bu Yönetmelik hükümlerine uygun olarak yapıldığını teyit eden ve işletmecinin hak ve yükümlülüklerini içeren bir yazıyı işletmeciye gönderir*" düzenlenmesi BTK'ya bildirim üzerine hareket geçerek inceleme yapması ve sonucunu başvurucuya bildirmesi biçiminde özetlenecek bir görev yüklemektedir. Bu durumda, her ne kadar bildirim yönteminin felsefesine uygun olmasa da, Yönetmelik hükümleri gereğince bildirim BTK kayıtlarına geçmesinden itibaren onbeş gün içinde, işletmeciye her ne ad altında olursa olsun bir yanıt verilmez ise, bildirimde yer alan isteğin zımnî reddedildiği varsayılmalıdır. Ve ilgililer bu zımnî ret kararına karşı idari yargı yerlerine başvurabilirler. Bununla birlikte bu yolla oluşan zımnî ret kararından doğacak zararlardan işletmeci değil, hizmet kusuru gerekçesiyle BTK sorumlu olacaktır.

Bir başka yönden sorgulanması gereken konu da şudur; bildirim yöntemi ile yetkilendirmede BTK'nın işletmeci statüsü verilmesine ilişkin işlemde yetkisinin sınırları nedir? Başka deyişle işletmeci statüsü verilmesinde BTK'nın takdir yetkisi bulunmakta mıdır? Bu sorunun yanıtını vermek için idarenin düzenleme yetkisinin

⁵⁹⁵ EHK'nın 9/(12).maddesine göre, yasa hükümlerine aykırı olarak elektronik haberleşme işletmesi kuran ya da işleten işletmelerin BTK'nın istemi üzerine ilgili mülki amirlerce kapatılacağı; Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 8/(6).maddesinde de başvurunun ilgili mevzuata uygun olmaması nedeniyle doğabilecek her türlü zarardan işletmecinin sorumlu olacağı düzenlemesine yer verildiği görülmektedir.

sınırları, takdir yetkisi ile bağılı yetki konularının ana hatlarıyla irdelenmesi gerekliliğı bulunmaktadır.

İdare hukukunda bir idari makamın konusu ve hukuki etkisi kanunda bağılı yetki ile belirlenen bir idari işlemi yapması durumunda, burada idarenin bağılı yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir⁵⁹⁶. İdarenin düzenleme yetkisinin sınırları belirlenirken “*takdir yetkisi*”, “*bağılı yetki*”, “*kamu hizmeti gerekleri*”, “*kamu yararı*” kavramlarından söz edilmekte ve bir idari işlemin yargısal denetiminin yapıldığı durumlarda ise bu kavramlardan hareketle iptali istenen işlemin hukuka uygunluğu irdelenmektedir. İdarenin takdir yetkisi, yürütülen hizmetin gerektirdiğı niteliğe uygun ve kamu yararı amacını gerçekleştirmek üzere yasanın ve öteki hukuksal düzenlemelerin verdiğı yetkiyi serbestçe kullanabilme yeteneğidir. İdarenin takdir yetkisinin ne anlama geldiğinin daha iyi anlaşılabilmesi için, karşıt kavram olan bağılı yetkiden sözedilmesi gerekmektedir. Buna göre, bir işlemin tüm öğelerinin hukuk kuralları ile belirlenmiş ve idareye bu noktada herhangi bir tercih ve seçim olanağı bırakılmamış ise, bu durumda bağılı yetkiden sözedilmektedir⁵⁹⁷. İdarenin hangi durumlarda bağılı yetki içinde bulunduğunu doğrudan yasa ya da öteki hukuksal düzenlemelerden ya da yargı kararlarından hareketle saptamak olanaklıdır⁵⁹⁸.

İdari işlemin beş ögesi (yetki, biçim, neden, konu, amaç) yönünden idarenin takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı sorusunu ise şöyle yanıtlamak olanaklıdır⁵⁹⁹: İdari işlemin yetki ve amaç öğeleri yönünden bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Çünkü idarenin düzenleme yetkisinin kaynağı Anayasa ve yasaya dayanmak zorundadır.

⁵⁹⁶ Örneğın bkz. *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s.105 vd; *Akılmaz-Sezginer-Kaya*, s.137; *Özay*, s.455.

⁵⁹⁷ *Özay*, s.455.

⁵⁹⁸ Örneğın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28.maddesinde, iptal kararlarının gereklerine uygun işlem ve eylemde bulunma yönünden idareye bir takdir yetkisi verilmemiştir. Anılan bu maddede iptal kararlarının idarece gecikmeksizin, hemen yerine getirilmesi gerekliliğinden sözedilirken, idarenin iptal kararlarının gereğini yerine getirme konusunda bağılı yetkisinin olduğu görülmektedir. Anılan Yasa'nın bu düzenlemesi aynı zamanda Anayasa'nın 138.maddesinin son fıkrasında yer alan “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*” biçiminde ifade edilen emredici kuralıyla da örtüşmektedir. Danıştay da mahkeme kararlarının uygulanma zorunluluğuna ilişkin Anayasa'nın emredici hükmü ve yasal düzenlemeler karşısında idarenin bağılı yetki içinde bulunduğundan ve idarelere yargı kararlarının uygulanması noktasında yorum ve değerlendirme yoluyla takdir yetkisi tanımadığından sözetmektedir (Bkz.Danıştay 1.Daire, E.2007/317, K.2007/441, T.5.4.2007; Danıştay 2.Daire, E. 2004/912, K.2005/951, T.14.3.2005; Danıştay 5. Daire, E.2007/81, K.2009/1103, T.9.3.2009).

⁵⁹⁹ Geniş bilgi için bkz. *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s. 105 vd.

İdarenin kanuniliği ilkesi olarak adlandırılan temel ilkeye göre, idare kaynağını yasadan almayan hiçbir yetkiyi kullanamaz. Bu yürütme yetkisi ile yasama yetkisi arasındaki temel farklardan biridir. İdarenin yetkisi ikincildir, türev niteliktedir, yasama yetkisi ise aslidir⁶⁰⁰. Amaç ögesi yönünden de idarenin takdir yetkisinin olduğunu kabul etmek olanaklı değildir. Nedeni, idarenin tüm işlem ve eylemlerinin kamu yararı amacına dönük olması zorunluluğudur. İdari işlemin neden (sebeup) ögesi yönünden idarenin takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir. İdari işlemin gerekçesi yasada açıkça belirtilmemiş ise, bu durumda idari işlemin neden ögesi yönünden idarenin takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir. Konu ögesi yönünden de takdir yetkisinin varlığı kabul edilebilir. Hukuksal düzenlemelerde idari işlemin yapılmasıyla ortaya çıkacak sonuç gösterilmemiş ise, idare dilediği sonucu seçmek ve ona göre karar almak yetkisine sahiptir. Son olarak biçim ögesi yönünden de idarenin kimi durumlarda takdir yetkisinin olduğunu kabul etmek gerekir. Esasında işlemin biçim (usul-yöntem) yönünden nasıl yapılacağı yasa ya da öteki hukuksal düzenlemelerde genellikle gösterilmekle birlikte, kimi zaman yasa koyucunun idareye bu alanda bir seçim hakkı verdiği görülmektedir.

Bu genel değerlendirmelerden sonra asıl konumuza yani bildirim yoluyla yetkilendirme yönteminde BTK'nın yetkisinin niteliğinin ne olduğu konusuna geçelim. Yukarıda yer verilen "yasanın zorunlu sonucu olarak zımni yetkilendirme" görüşündeki "yasanın zorunlu sonucu" ifadesi ile idarenin bildirim yönteminde yetkisinin sınırlı olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu saptama, gerek EHK gerek Yetkilendirme Yönetmeliği hükümleriyle örtüşmektedir. Bildirim yönteminde geçerli olan düzenlemelere bakıldığında, idareye, koşullar sağlanması durumunda hangi işlemi yapacağı açıkça belirtilmektedir. Bu yönden kanımca, BTK'nın burada bağlı yetki içinde olduğu kabul edilmelidir. Bunun nedeni yalnızca hukuksal düzenlemeler değildir. Elektronik haberleşme alanında yürütülen regülasyon işlevinin içerdiği yetkilerden biri olarak⁶⁰¹ düzenleme yetkisini kullanan BTK'nın, bildirim yoluyla yetkilendirme yönteminin benimsenmesinde esas alınan temel gerekçeye uygun olarak, sektörde etkinlik gösterecek işletmecilerin sayısının artırılması hedefinin

⁶⁰⁰İdarenin düzenleme yetkisi hakkında geniş bilgi ve değerlendirme için bkz. *Günday (İdare Hukuku)*, s.223 vd; *Gözübüyük-Tan*, s.110 vd.

⁶⁰¹ Burak Öztürk, "Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisi", Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.136.

gerçekleştirilmesi yönünden Yetkilendirme Direktifi'nde de ifade edilen en az koşullar altında bir genel yetkilendirme yönteminin oluşturulmasında doğal olarak, idarenin yalnızca bu koşulların sağlanıp sağlanmadığı yönünden bir yetkisinin olduğu kabul edilmelidir.

Üçüncü ve son olarak şu noktanın açıklığa kavuşturulması gerekliliği bulunduğunu düşünmekteyiz. Türk hukuk literatürüne EHK ile 2008 yılında giren “bildirim” yöntemi gerçekten bağlı olduğu hukuksal düzen gereği yeni bir kurum mudur? Elektronik haberleşme etkinliklerinin kamu hizmeti niteliğinde olduğunu kabul ettiğimize göre, bildirim yönteminin esasında kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından yürütülme yöntemlerinde biri olduğunu kabul edilmektedir. EHK öncesi yürürlükte bulunan düzenlemelerde bilindiği gibi genel izin, telekomünikasyon ruhsatı, imtiyaz sözleşmesi ve görev sözleşmesi adı altında yöntemlerin benimsenmişti. Bu yöntemlerden genel izin yönteminin bildirim yöntemiyle kimi yönlerden benzeştiği görüşü dile getirilmiştir⁶⁰². Öğretide Gözler-Kaplan da, bildirimle yetkilendirme yönteminin ruhsat yöntemi niteliğinde olduğunu kabul etmektedir⁶⁰³. Bu her iki görüş irdelenmeye değer niteliktedir. Kanımca bildirim yoluyla yetkilendirme yöntemiyle ilgili özellikle Yetkilendirme Yönetmeliği hükümleri incelendiğinde –her ne kadar yasa koyucunun iradesi bu yönde olmamakla birlikte- kamu hizmetlerinin görülüş yöntemlerinden biri olan “*ruhsat-izin*” ya da “*lisans*” yöntemiyle bildirim yönteminin kimi yönlerden benzeştiği görülmektedir. Şöyle ki:

Kamu hizmetlerinin bir özel hukuk tüzelkişisi tarafından ruhsat (izin, lisans) yoluyla görülmesinde bir özel hukuk kişisi, esasında, idare tarafından yürütülmesi gereken bir kamu hizmetini görmesi konusunda yetkilendirilmektedir. Bu yöntemle yapılan yetkilendirmede, özel hukuk kişinin istemi ve idarenin tek yanlı iradesiyle tesis ettiği bir işlemiyle kamu hizmeti özel kesime gördürülmektedir. Ruhsat yöntemiyle bir kamu hizmetinin özel hukuk tüzelkişisi tarafından yürütülmesi Türk hukukunda öteden beri uygulanmaktadır. Özellikle ilköğretim ve lisede eğitim-öğretim hizmetleri, sağlık hizmetleri, elektrik üretim ve dağıtım hizmetleri, radyo ve televizyon yayını hizmetleri, belediyelerde toplu taşıma hizmetleri ruhsat (izin,

⁶⁰² Öztürk, s. 28.

⁶⁰³ Gözler-Kaplan, s.557.

lisans) yöntemiyle özel kesimce yürütülmektedir. Bu yöntemle bir kamu hizmetinin özel kesimce yürütülmesinin yolu açılmış olsa bile, belirtmek gerekir ki, temel ilke olarak kamu hizmetinin yürütülmesi ve bundan doğan asli sorumluluk idareye aittir. Ruhsat yoluyla bir kamu hizmetini üstlenen kişinin kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi, temel ilkeler uygunluğu, hizmetin etkinliği ve verimliliğinin artırılması gibi konularda idarenin denetim ve gözetim yetkisinin bulunduğunu belirtelim⁶⁰⁴. Bu yönden belirtmek gerekir ki, ruhsat yönteminde, kamuya yararlı özel kişi etkinliğinin özendirilmesi değil, doğrudan özel kişinin bir kamu hizmetini yürütmesi sözkonusudur⁶⁰⁵. Ruhsat yönteminde idarenin, ruhsat isteminin önceden belirlenmiş olan genel koşullara uygun olup olmadığı yönünden inceleme yetkisi bulunmaktadır. Yasa ya da öteki hukuksal düzenlemelerden yer alan ruhsat koşullarını taşımayan bir başvuru idarece reddedilmektir. Öte yandan ruhsat koşullarının yalnızca başvuru anında sağlanması yeterli değildir, başka deyişle ruhsat verilmesi anında sağlanan koşulların, aynı zamanda hizmet devam ettiği sürece de aranması gerekir. Bu yönden ruhsat özel hukuk kişisine kazanılmış hak vermez, aksine koşulların eksikliği saptanırsa idare yetki ve usulde paralellik ilkesi gereğince ruhsatı geri alabilir, iptal edebilir. Aynı zamanda ruhsat karşılığı özel kesimden bir ücret de istenebilir.

Yukarıda yer verilen genel bilgilerden hareketle bildirim yoluyla yetkilendirmenin, nitelik olarak ruhsat (izin, lisans) yöntemine benzer biçimde, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerince yürütülmesi yöntemi olduğunu söyleyebiliriz. Bildirim yönteminde ruhsat yönteminde olduğu gibi, kamu hizmeti niteliğinde olan bir etkinliği görme isteminde bulunan özel hukuk tüzelkişisinin başvurusu, yürürlükte bulunan düzenleyici nitelikte olan bir hukuki metinde (Yetkilendirme Yönetmeliği'nde) belirlenen koşullara uygun olup olmaması yönünden idare (BTK) tarafından incelenmekte, eğer koşulların sağlanmadığı görülürse başvurana durum yazılı olarak bildirilmektedir. Başka deyişle, bildirim yönteminde işletmeci adayının istemi bir anlamda ruhsat istemi niteliğine bürünmektedir. Her ne kadar EHK ile AB Yetkilendirme Direktifi, genel yetkilendirme yöntemi olarak bildirim yönteminde ulusal düzenleyici kurumların açık bir kararına, işlemine gerek olmaksızın yalnızca bildirim kayıt altına alınması ile yetkilendirmenin gerçekleşeceğini belirtse de, kanımca EHK ve bu Yasa'nın hazırlanmasında esas alınan Yetkilendirme

⁶⁰⁴ Özalp, s.250;

⁶⁰⁵ Yayla, s.91.

Direktifi'ndeki temel yaklaşıma aykırı olarak hazırlanan Yetkilendirme Yönetmeliği'ndeki hükümlerden hareket edildiğinde, bu sonuca ulaşmak olanaklıdır. Bildirim yöntemi ile ruhsat yöntemi arasındaki belki de tek fark, ruhsat başvurusunda idare ruhsat harcı, ücreti ya da başka adlar altında bir bedel alırken, bildirim yönteminde başvurandan bu türden bir ücret, bedel alınmamaktadır. Bir öteki nokta da öğretide Öztürk'ün dile getirdiği, bildirim yöntemi ile genel iznin (406 sayılı Yasa döneminde yürürlükte olan yöntem) benzeştiği görüşü savunmak olanaklıdır. Çünkü, genel izinde hatırlanacağı üzere önceden belirlenen belli genel koşulları taşımak ve Telekomünikasyon Kurumu'na kayıt yaptırmak yoluyla genel izin kapsamında yürütülebilecek bir telekomünikasyon hizmeti görülebilmekteydi. Bu yönden anılan görüş yerindedir.

Sonuç olarak bildirim yoluyla yetkilendirme yöntemi, yasal düzenlemenin zorunlu sonucu olarak belli bir sürenin geçmesine bağlı olmaksızın bildirim yapılmasıyla zımni bir yetkilendirme yöntemi olmayıp; aksine idarenin belli bir süre içinde açık bir kararı ya da işlemi başka deyişle irade açıklamasına bağlı olarak, koşulların sağlanması durumunda başvuru tarihinden itibaren başvurana işletmeci statüsü vererek elektronik haberleşme alanında özel, belli hak ve yükümlülük verilmesi sonucu doğuran ve ruhsat yöntemine yaklaşan bir yöntem olarak hukuk literatüründe yerini almaktadır. Bildirim yönteminde idarenin yalnızca bildirim koşullarına uygunluğu yönünden bir inceleme yetkisinin bulunduğunu, bu koşulların sağlanması durumunda yasanın öngördüğü işlemi yapmak zorunda olduğu, bu nedenle bağlı yetki içinde olduğunu bir kez daha vurgulayalım. Belirtelim ki; elektronik haberleşme alanında AB'nin kabul ettiği temel ilke ve kurallar ile, bu ilke ve kurallar dikkate alınarak, AB'nin bu alanında öngördüğü yasal altyapıyı kurma amacıyla hazırlanan EHK düzenlemeleri birlikte incelendiğinde BTK tarafından hazırlanan Yetkilendirme Yönetmeliği en azından bildirim yoluyla yetkilendirme konusunda Direktif ve Yasa'nın amacını, kapsamını aşmaktadır, bu yönden eleştiriye açıktır.

3. Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Kullanım Hakkı Verilmesi Yöntemiyle Görülmesi

a. Kullanım Hakkı Verilmesi Yönteminin Bağlı Olduğu Esaslar

Elektronik haberleşme hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından görülmesinin bir öteki yöntemi “*kullanım hakkı verilmesi*” yoluyla yetkilendirmedir. Önceden de belirtildiği üzere yasa koyucu, elektronik haberleşme hizmetlerinin hangi yöntemle görüleceğine ilişkin düzenlemeyi yaparken temel ölçüt olarak etkinliğin türünü esas almıştır. Başka deyişle yürütülecek olan etkinliğin türü doğrudan ya da kendiliğinden yöntemi de belirlemektedir. Bu kapsamda, yetkilendirmeye esas olacak elektronik haberleşme hizmetlerinin türünü, niteliğini belirleme yetkisini yasa koyucu, BTK’ya vermiştir. BTK bu yetki çerçevesinde etkinliğin türüne göre yetkilendirme yöntemlerinin usul ve esaslarını belirlemektedir. BTK’nın bu amaçla hazırladığı Yetkilendirme Yönetmeliği ile kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirme konusunda ayrıntılı düzelemeye gidildiği görülmektedir. Biz bu başlık altında, EHK ve BTK tarafından hazırlanan yönetmelik hükümleri ışığında kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirmenin bağlı olduğu esasları belirlemeye çalışacağız.

Kullanım hakkı; frekans, numara, uydu pozisyonu gibi kıt kaynakların kullanılması için verilen hak olarak tanımlanmıştır (EHK, md.3/çç). EHK’nın “Yetkilendirme usulü” kenar başlığını taşıyan 9.maddenin (3) numaralı bendinde, BTK’ya bildirimde bulunan bir tecimsel ortaklığın, elektronik haberleşme hizmeti ve/veya işletmek istedikleri elektronik haberleşme ağı ya da altyapısı için *numara, frekans, uydu pozisyonu* gibi kaynakları kullanımının gerekmesi durumunda, BTK’nın belirlediği yöntem ve esaslara uygun biçimde kullanım hakkı alınması kaydıyla yetkilendirileceği düzenlemesine yer verildiği görülmektedir. Aynı maddenin (4) numaralı bendinde ise, BTK’ya, kullanım hakkı verilmesinin gerektiği elektronik haberleşme hizmetlerini ve bu hizmetlere ilişkin kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekip gerekmediğini belirleme konusunda görev ve yetki verilmiştir. Bu düzenlemeden anlaşılın, BTK tarafından bir elektronik haberleşme hizmetinin kullanım hakkı verilmesi yoluyla görülmesine karar verilmiş olması tek başına yeterli olmamakta, aynı zamanda kullanım hakkı sayısının sınırlandırılıp

sınırlanılmayacağı konusunda da karar verilmesi gerekmektedir⁶⁰⁶. BTK'nın, kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasına ilişkin kararını verirken hangi gerekçelere dayanacağını doğrudan yasa koyucu tarafından belirlendiği görülmektedir. Bu bağlamda, kullanım hakkı sayısı, ancak kaynakların sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesinin gerektiği durumlarda ve kaynakların etkin ve verimli kullanılmasını sağlamak için sınırlandırılabilir (EHK, md.9/6).

EHK ve aynı içerikte hazırlanan Yetkilendirme Yönetmeliği (md.9 vd.) hükümlerinin birlikte incelenmesinde aslında, kullanım hakkı verilmesi yöntemiyle yetkilendirmenin iki farklı yöntemden oluştuğu görülmektedir. Bunlardan birincisi, “sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi yöntemi”, ötekisi de “sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi yöntemi”dir. Konunun daha net anlaşılabilmesi için açıklamaların bu ayrım gözetilerek yapılmasında yarar olduğu düşüncesindeyiz.

Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekmediği durumlarda⁶⁰⁷ elektronik haberleşme hizmeti sunmak, ağı ve/veya altyapısını kurup işletmek isteyen ve Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 7.maddesinde yer alan koşulları taşıyan bir işletmeci aday, BTK tarafından belirlenen bildirim de içeren kullanım hakkı başvuru formunu doğru ve eksiksiz doldurarak BTK'ya başvurur⁶⁰⁸. BTK yaptığı incelemede başvurunun yöntemine uygun yapılmadığını ya da belgelerde bir eksiklik bulunduğu belirlerse, 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.

⁶⁰⁶ Bu durum Yetkilendirme Yönetmeliği'nin “Kullanım hakkı” kenar başlıklı 9.maddesinde ifade edilmiştir. Anılan maddede, “Kurum, kullanım hakkı verilmesinin gerektiği elektronik haberleşme hizmetlerini ve bu hizmetlere ilişkin kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasını tespit eder” biçimde bir düzenlemeye yer verilerek, BTK'nın kullanım hakkı sayısının belirlenmesi konusunda görev ve yetkisinin olduğu açıkça ifade edilmiştir.

⁶⁰⁷ Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekmediği saptanan elektronik haberleşme hizmeti ağı ve/veya altyapısı için, bu saptamadan sonraki bir tarihte yapılacak ikinci bir saptamada kullanım hakkı sayısının sınırlandırılması gerektiği sonucu ortaya çıkarsa, BTK, bu saptama dayanarak sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verebilir (bkz. Yetkilendirme Yönetmeliği, md. 11/3).

⁶⁰⁸ Yetkilendirme Yönetmeliği gereği kullanım hakkı başvurusu, elektronik haberleşme hizmet, şebeke ve/veya altyapısına yönelik olarak ayrı ayrı yapılması gerekir (bkz., md.11/2).

Yönteme uygun yapılan başvuru üzerine verilen kullanım hakkı ise ana hatlarıyla şöyledir: Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekmediği saptanan elektronik haberleşme hizmet, ağ ve/veya altyapıları için belirlenen kullanım hakkı ücretinin ödendikten sonra BTK, başvuru sahibi için, yöntemine uygun başvuruyu izleyen *otuz gün* içerisinde, kullanım hakkı yetki belgesi düzenler. Kendisine kullanım hakkı kapsamında yetki belgesi düzenlenen işletmeci, *kullanım hakkı yetki belgesi tarihi itibarıyla* ilgili hizmeti sunmaya başlayabilir.

Sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi yoluyla görülecek hizmetler sırasıyla şöyledir: GMPCS⁶⁰⁹ mobil telefon hizmeti, ortak kullanımlı telsiz hizmeti, altyapı işletmeciliği hizmeti, sabit telefon hizmeti, rehberlik hizmeti, sanal mobil şebeke hizmeti.

Gerek EHK gerek Yetkilendirme Yönetmeliğinde sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi yoluyla yapılan yetkilendirmede öncelikle işletmeci adayı tarafından idari işlemi yapacak organa dönük bir idari başvuru yapılması gerekliliği bulunmaktadır. Her ne kadar sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi yönteminde olduğu gibi işletmecinin belirlenmesine yönelik bir ihalenin yapılması gerekliliği bulunmasa da, bildirim yoluyla yetkilendirmeye benzer biçimde, yönteme ya da belirlenen usul ve esaslara uygun başvuru üzerine BTK yalnızca bu başvuruda yer alan bilgi, belge ve öteki verilere göre karar vermektedir. Ancak, bildirim yönteminden farklı olarak burada BTK'nın bir takdir yetkisi bulunmaktadır⁶¹⁰. Bu konuda ayrıntılı açıklamayı bir alt başlıkta yapacağımızdan burada ayrıntıya girmiyoruz. Bir başka fark da, yetkilendirmenin başlangıç anıdır. Bildirim yönteminde işletmeci statüsü bildirim tarihi itibarıyla; sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi yönteminde ise, yetki belgesinde yer alan tarih itibarıyla kazanılmaktadır. Yukarıda yer verdiğimiz Yasa ve Yönetmelik hükümlerinden de açıkça anlaşılacağı üzere, sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi yoluyla yapılan yetkilendirmede idarenin tek yanlı, icrai ve kesin niteliklere sahip bir işlemiyle özel kesime bir kamu hizmetini yürütme olanağı ya da başka deyişle yetkisi verilmektedir.

⁶⁰⁹ GMPCS: Global Mobile Personal Communications by Satellite (Uydu Üzerinden Küresel Mobil Kişisel Haberleşme)

⁶¹⁰ Öztürk, s. 32

Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılması durumunda EHK gereğince, uydu pozisyonu ile ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını içeren ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin *yetkilendirme politikası, hizmetin başlama zamanı, yetkilendirme süresi ve hizmeti sunacak işletmeci sayısı* gibi ölçütler Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından belirlenmesine karşın yetkilendirme işlemi BTK tarafından yapılmaktadır (EHK, md. 9/6-a). Ancak, yasa koyucu ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını içeren sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin ihaleler anılan Bakanlıkça gerekli görülmesi durumunda doğrudan Bakanlık tarafından da yapılabileceğini belirtmektedir. Bu düzenlemeden hareketle sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi yönteminde işletmeci adayının belirlenmesinde ihale yönteminin benimsendiği görülmektedir⁶¹¹.

Az önce belirtildiği üzere kullanım hakkı sayısının sınırlandırılması kararı yasal düzenlemelere göre doğrudan BTK'ya aittir. Bu bağlamda bir elektronik haberleşme etkinliğinin niteliği gereğince ve kaynakların etkin ve verimli kullanımını sağlamak amacıyla BTK tarafından kullanım hakkı sayısı sınırlandırılmış ise, başvurucuların sayısının birden fazla olması durumunda ihale aşamasına geçilmektedir. Bu ihalenin bağlı olacağı yöntem, kural ve ilkeleri BTK belirlemektedir (EHK, md. 9/7). Her iki durumda da, yani gerek BTK gerek anılan Bakanlık tarafından yapılacak ihaleler 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerinden bağımsızdır.

Kullanım hakkı sayısının sınırlandırıldığı durumlarda uygulanmak üzere BTK tarafından "*Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkilendirmeye İlişkin İhale Yönetmeliği*"⁶¹²,nin hazırlandığı görülmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu Yönetmelik yalnızca BTK tarafından yapılacak ihaleler için uygulanmaktadır⁶¹³. İhale Yönetmeliği çerçevesinde, yapılacak ihalelerde geçerli olan temel ilkeler, ihale

⁶¹¹ Öztürk, s.33; Beydoğan, s.93.

⁶¹² R.G., T. 15.1.2010; Sy.27463. Bundan böyle "*İhale Yönetmeliği*" olarak anılacaktır.

⁶¹³ Buna karşın Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca yapılması gerekliliğine karar verilen ihaleler için henüz bir hukuksal düzenlemenin yapılmadığı görülmektedir.

türleri⁶¹⁴, ihale sürecinde idarenin yetki ve görevlerinin neler olduğu, ihale sonrası yapılacak işlemlerin niteliği ve öteki konularda ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Yönetmeliğin hazırlanmasında esas alınan gerekçe, uydu pozisyonu ile ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını içeren ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetleri için birden fazla işletmeci adayının bulunması durumunda, bu kıt kaynakların⁶¹⁵ etkin ve verimli kullanılmasının sağlanmasıdır. Bu yönden ihale yolunun benimsenmesi amaca uygun görülmektedir⁶¹⁶. Belirtmek gerekir ki, yapılacak ihalede genel anlamda bir kamu ihalesine egemen olan temel ilkeler⁶¹⁷ yanında, özel olarak İhale Yönetmeliği ile belirlenen *rekabet, nesnellik, ayırım gözetmeme, orantılılık, şeffaflık kaynakların etkin ve verimli kullanılması, tüketici hak ve menfaatlerinin gözetilmesi ile hizmet kalitesi artırımının teşvik edilmesi* ilkelerinin⁶¹⁸ gözetilmesi gerektiği konusunda duraksama bulunmamaktadır. Ayrıntılı biçimde bir alt başlıkta ele alınacak olmasına karşın, burada da belirtmek gerekirse, sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilecek işletmecinin belirlenmesi amacıyla yapılan ihale sonucunda ihale üzerinde kalan işletmeci adayı ile idare arasında bir sözleşme imzalanmamakta; bu durumda

⁶¹⁴ İhale Yönetmeliği'nde ihale türleri; a) Kapalı teklif usulü, b) Açık teklif usulü, c) Yarışma usulü olarak belirlenmiştir (bkz. md.21)

⁶¹⁵ Frekans kavramının ekonomik ve politik önemi, bu kavramla ifade edilen değerın kıt bir kaynak olmasından kaynaklanmaktadır. Frekans, bir elektromanyetik dalga üreticinin ürettiği elektromanyetik dalganın bir zaman birimi içinde kaç kez tam bir salınım yaptığını ifade eden bir değerdir. 1 saniyede tam bir salınım yapılıyorsa bu frekansa 1 Hertz denilir. Elektromanyetik dalga frekansların kıt bir kaynak olması şöyle açıklanabilir: Günümüzdeki mevcut iletişim teknolojileri ile, frekans spektrumunda sınırlı sayıda frekans değeri pratik olarak kullanılabilir. Frekans üreten bir üreticinin üzerine bindirilen bir veri (ses, görüntü vb) nedniyle tek bir frekans değeri yerine belirli bir frekans işgal edilir. Bu dilimin ne kadar geniş olacağı modüle edilen verinin miktarına ve modülasyon türüne bağlıdır. Ayrıca, bu frekans alan alıcılar da, bir tek frekans değeri yerine, bir frekans aralığını (dilimini) alacak biçimde tasarlanmışlardır. Pratikte hiçbir alıcı, mutlak seçicilik sağlayacak biçimde gerçekleştirilemeyeceğinden, arzu edilen frekans diliminin dışındaki frekans değerleri de alınabilecektir. Öte yandan, özellikle radyo ve televizyon yayıncılığında bir verici tarafından kullanılan bir frekans dilimi, aynı kapsama bölgesinde başka bir verici tarafından kullanılamaz. Bu nedenle belirli bir alış bölgesinde bir kez kullanılan frekans dilimi artık başkaları tarafından kullanılamaz durumdadır. Ayrıca, kısa dalga frekanslarının bazı dilimleri güneşteki patlamalara bağlı olarak değişen iyonosfer koşulları nedeniyle bazı zamanlarda kullanım dışı kalabilmektedir. Bunlara ek olarak da çoğu elektronik cihazlar, temel işlevlerinde kullanılmayan bazı frekanslar üreterek birtakım frekans dilimlerini israf ederler. Bütün bu nedenlerle frekanslar pratikte sınırlı (kıt) sayıdadır ve yayıncılıkta ekonomik ve politik açıdan kıt kaynak olarak değerlendirilir. Bkz. Ümit Atabek, "İletişim ve Teknoloji, Yeni Olanaklar-Yeni Sorunlar", Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s.42-43.

⁶¹⁶ Öztürk, s.33

⁶¹⁷ İhale sürecine egemen olan temel ilkeler şöyle sıralanmaktadır: İdarenin ihale yöntemini belirleme ilkesi; tarafsızlık ilkesi; iradelerin uyumu ilkesi; eşitlik ilkesi; pazarlık ilkesi; açıklık ilkesi; rekabet ilkesi; uygun bedel ilkesi; ihalenin bölünmezliği ilkesi. Bu ilkelerin anlamları ve uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Meltem Kutlu, "İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci", DEÜ Hukuk Fakültesi, Yayın No.75, İzmir, 1997, s. 169-211.

⁶¹⁸ İhale Yönetmeliği, md.5.

ihalenin BTK tarafından onaylanması üzerine istekliye yine idarenin tek yanlı bir işlemi ile kullanım hakkı verilmektedir.

BTK'nın öngördüğü sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı kapsamında sunulan kaynak tahsisi içeren hizmetler şunlardır: GSM Mobil Telefon Hizmeti⁶¹⁹, Genişband Telsiz Erişim Hizmeti ve IMT (International Mobile Telecommunications) 2000/UMTS.

Öte yandan, kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirmede frekans, numara ve uydu pozisyonu gibi kıt kaynakların kullanılması durumu sözkonusudur. Bu yönden anılan yöntemde kamu mallarından özel yararlanma olgusu karşımıza çıkmaktadır. Konunun ayrıca bu bağlamda da ele alınmasının ya da irdelenmesinin yararlı olacağını düşünmekteyiz. Bu kapsamda kamu malları teorisi, kamu mallarının bağlı olduğu hukuksal düzen, bunların sınıflandırılması gibi konular, EHK'da yer alan düzenlemeler ve konun bütünlüğü (frekans, numara ve uydu pozisyonu gibi kaynakların kullanımı, bunlar üzerinde mülkiyet hakkı vb.) çerçevesinde ele alınarak incelenmeye çalışılacaktır.

Öğreti ve yargı kararlarına bakıldığında kamu malları teorisinde bir kavram ve tanım birliğinin bulunmadığı görülmektedir. Öğreti, yargı kararları ve hukuksal düzenlemelerde konu ele alınırken, “*kamu malı*”, “*kamusal mal*”, “*kamunun malları*”, “*devlet malı*”, “*hazine malı*”, “*idare malı*” ya da “*devleti hüküm ve tasarrufu altındaki mallar*” gibi değişik kavram ya da deyimler kullanılmaktadır. Biz bunlar içerisinde daha kapsayıcı olduğu gerekçesiyle “*kamu malları*” deyimini kullanmayı uygun görüyoruz.

Öğreti ve yargı kararlarında genel olarak kabul gören bir tanım bulunmamakla birlikte kamu malı kavramının “*bir kamu tüzelkişisine ait ve kamu hizmetinin görülmesine özgülenmiş mallar*⁶²⁰”; “*kamu tüzelkişilerinin kamu yararına tahsis edilmiş olan mallar*⁶²¹”; “*ya kamunun doğrudan yararlanmasına, ya da bir kamu*

⁶¹⁹ EHK'nın yürürlüğe girmesinden önce bu hizmetlerin yürütülmesine ilişkin imtiyaz sözleşmelerinin geçerliliği devam ettiğinden, bu tür elektronik haberleşme hizmetleri için geçerli olan kurallar, EHK ve imzalanan imtiyaz sözleşmeleri hükümleri çerçevesinde belirlenmektedir.

⁶²⁰ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s.840.

⁶²¹ Gözler-Kaplan, s. 679.

*hizmetine, o hizmet için yapılan özel bir düzenleme ile tahsis edilmiş mallar*⁶²², biçiminde tanımlandığı görülmektedir.

Yargı kararlarında da kamu malları kavramının tanımlandığı görülmektedir. Örneğin AYM, bir kararında⁶²³ kamu mallarını, “*doğal nitelikleri gereği herkesin ortak yararlanmasına açık olan sahipsiz mallar ile kamu tüzelkişileri tarafından herkesin ya da halkın bir kısmının yararlanmasına ayrılan orta malları ve kamu hizmeti niteliğindeki etkinliklerin konusu ve aracı olan mallar*” olarak tanımlarken; Danıştay, “*kamu tüzelkişilerinin ellerinde bulunan taşınır ve taşınmaz mallardan kamunun yararlandığı bir kamu hizmetinin yürütülmesi için zorunlu olan mallar ile mülkiyet konusu olmayan mallar*” biçiminde tanımlamıştır⁶²⁴. Uyuşmazlık Mahkemesi⁶²⁵ ise, kamu malları kavramını, “*kamu hukukuna tabi, kamu idaresinin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kamu emlaki*” olarak ifade etmektedir.

Her ne kadar kamu malları teorisinde kamu malı kavramının tanımlanmasında ya da kullanılan terim ya da deyimlerde bir farklılık bulunsa da, idare hukuku öğretisi ve yargı kararlarında bir malın hangi ölçütlere göre kamu malı statüsü kazanacağına ilişkin görüşlerde ortak yönlerin bulunduğu görülmektedir. Öğretide bir malın kamu malı statüsünde olduğunun kabulü için; “*organik*” ve “*maddi*” koşulların ya da ölçütlerin birlikte gerçekleşmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁶²⁶. Bu ölçütlerden “*organik ölçüt*” ile kastedilen; *malın kamu tüzelkişisine, devlete, yerel yönetimlere ya da kamu kurumlarına ait olması* gerektiğidir⁶²⁷. Öteki ölçüt olan “*maddi ölçüt*” ise, söz konusu malın, kamunun doğrudan kullanımına ya da bir kamu hizmetine özgülenmiş olmasını ifade etmektedir⁶²⁸. Bunlardan birinci koşul (ya da ölçüt),

⁶²² Aydın Gülan, “*Kamu Malları*”, içinde: *Günüşiğında Yönetim*, İl Han Özay, Filiz Kitabevi, 2004, s.667.

⁶²³ E.1996/66, K.1997/7, T.31.1.1997, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1301&content= (erişim tarihi: 3.4.2012)

⁶²⁴ Danıştay 6. Daire, E.1991/879, K.1991/601, T.5.4.1991. Benzer tanım için bkz. Danıştay 3. Daire, E.1980/157, K.1980/181, T.13.10.1980 (www.danistay.gov.tr).

⁶²⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi, E.1989/16, K.1989/17, nakleden, Gözübüyük-Tan(Cilt I), s.1046. Yargı kararlarında kamu malı deyimi yerine kimi yerlerde kamusal mal, kimi yerlerde kamu emlaki ifadelerine yer verildiği, bu yönden yargı kararlarında ortak bir kullanım biçiminin benimsenmediği görülmektedir. Bu kapsamda yargı kararlarında yaşanan bu terimsel farklılıklar hakkında geniş değerlendirme için bkz. Aydın Gülan, “*Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim*”, Alfa Yayınları, İstanbul, 1999, s. 9-12.

⁶²⁶ Örneğin bkz. *Gözübüyük-Tan(Cilt I,2007)*, s. 1047.

⁶²⁷ Gözübüyük-Tan (Cilt I), s. 1047.

⁶²⁸ *Akınlmaz-Sezginer-Kaya*, s.534.

“*iktisap-edinim*”;ikinci koşul da “*tahsis-özüleme*” işlemlerini gerçekleştirir⁶²⁹. Kimi mallar (örneğin, deniz, göl, akarsu), doğal niteliği gereği her hangi yasal ya da idari bir düzenlenmeye gerek olmaksızın kendiliğinden kamu malı sayılmaktadır. Kimi durumlarda ise, idarenin açık bir kararı (tahsis-özüleme) ile bir malın statüsü değişebilir. Şöyle ki; idare bir Devlet malını, kamunun yararlanmasına ya da bir kamu hizmetine bağlayabilir; özel mülkiyete konu bir malı, orta malı ya da hizmet malı kategorisine koyabilir⁶³⁰. Bu tasarruflar, idarenin tek yanlı bir işlemlerini (tahsis-özüleme kararı) ile gerçekleştirilmektedir⁶³¹. Öte yandan kimi durumlarda da yasa koyucu kendi iradesiyle bir malı, kamu malı olarak nitelendirebilir, kabul edebilir. Bu durumda, yasal düzenlemelerde malın kamu malı olduğu ve kamu hukuku (idare hukuku) rejimine bağlı olduğu kabul edilir, özüleme doğrudan yasaca yapıldığından ayrıca idarenin bir tahsis ya da özüleme kararına gereksinim bulunmamaktadır⁶³².

Bu kapsamda elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla özel hukuk tüzelkişilerine özülenen frekans, numara ya da uydu pozisyonu gibi kaynakların hukuken nasıl nitelendirildiğine bakalım. Anayasa'nın 168.maddesinde; “*Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir (...)*” düzenlemesine yer verilirken, aynı içerikte bir başka düzenlemenin Türk Medeni Kanunu'nda yapıldığı görülmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 715.maddesinde; “*Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır*⁶³³” biçiminde ifadeler yer verilmiştir⁶³⁴. Bu

⁶²⁹ Gözler-Kaplan, s.679-682;

⁶³⁰ Kamulaştırma işlemleri bu amaca hizmet etmektedir.

⁶³¹ Onar, (*İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt II*), s.1340.; Sancakdar (*İdare Hukuku*), s.525.Örneğin, idare yap-işlet-devret modeli yöntemiyle görülecek bir kamu hizmeti için Hazinesinin mülkiyetinde bulunan bir taşınmazı özel hukuk kişisine ve dolayısıyla kamu hizmetine özüleyebilir.

⁶³² Örneğin, 3999 sayılı Yasa'nın geçici 1.maddesiyle, PTT Genel Müdürlüğü'ne Hazine tarafından tahsis edilmiş taşınmazlardan telekomünikasyonla ilgili olanların Türk Telekom AŞ.'ye özüleneceği düzenlemesine yer verilmişti. Bir başka örnek olarak 5957 sayılı Yasa'nın 1.maddesiyle getirilen yasal düzenleme gösterilebilir. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s.841.

⁶³³ Anayasa ya da yasalarda yer verilen “*Devletin hüküm ve tasarrufu altında olmak*” deyiminin ne anlama geldiği konusunda öğretisi ve yargı kararlarında farklı yaklaşımların bulunmakla birlikte, genel bir ifade ile bu deyim kamusal mülkiyeti anlamında kullanıldığı kabul edilebilir.(Gözler-Kaplan, s.684). Bu konudaki görüşler ve yapılan değerlendirmeler için bkz. *Gölan (Kamu Mallarından Yararlanma Usulleri)*, s. 82-89.

⁶³⁴ Türk Medeni Kanununun 715.maddesi düzenlemesi bağlamında, idareye ait olan malların kamu ve özel hukuka bağlı olan mallar olarak ikiye ayrıldığı, bunlardan kamu yararına özülenmiş ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında olanların kamu hukukuna, özel yarara yönelik olanların ise, özel hukuk hükümlerine bağlı olduğu kabul edilmektedir. Bkz. *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s.849-850.

anlamda devletin egemenlik yetkisinin bir sonucu olarak hava sahası, frekans dağıtımı gibi kamusal alanların “devletin hüküm ve tasarrufu altında” olduğu kabul edilmelidir⁶³⁵. Türk hukukunda doğrudan frekans, numara ya da uydu pozisyonu gibi kaynakların kamu malı olduğuna ilişkin yasal düzenlemenin 406 sayılı Yasa’ya 4052 sayılı Yasa’nın 2.maddesiyle eklenen 2.maddesinde (mülga madde) yapılmış olduğu görülmektedir. Anılan maddede, “Türkiye Cumhuriyetine tahsis edilen sınırlı yörünge pozisyonları ve frekanslar dahil kamu malları(...)” ifadelerine yer verilmiştir. Bununla birlikte EHK’nun 4.maddesinde de temel ilkeler sayılırken, “Her türlü elektronik haberleşme cihaz, sistem ve şebekelerinin kurulması ve işletilmesine müsaade edilmesi, gerekli frekans, numara, uydu pozisyonu ve benzeri kaynak tahsislerinin yapılması ile bunların düzenlenmesi Devletin yetki ve sorumluluğu altındadır” ifadelerine yer vererek söz konusu kaynakların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunun altı çizilmiştir.

Öte yandan EHK’da kamu mallarının bağlı olduğu hukuksal rejimin bir sonucu olarak belirtilen özelliklere uygun ve bunlara paralel biçimde bir düzenlemeye gidildiği de söylenebilir. İdare hukuku öğretisinde kamu mallarının bağlı olduğu hukuksal düzenin bir sonucu olarak kamu mallarının, devir ve ferağ edilemeyeceği; haczedilemeyeceği; kazandırıcı zamanaşımı ile özel kişilerin mülkiyetine geçmeyeceği; kamulaştırılmasının olanaklı olmadığı; vergi ve resimden bağışık olduğu kabul edilmiştir⁶³⁶. Bu sayılan özelliklere uygun biçimde kullanım hakkı verilmesi yoluyla bir özel hukuk kişisine kamu hizmeti amacıyla özgülenen *frekans, numara, uydu pozisyonu* gibi kaynakların haczedilemeyeceğini⁶³⁷, kullanım hakkının özel hukuk kişisine mülkiyet hakkı vermediğini, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla özel mülkiyet konusu olamayacağını rahatlıkla söyleyebiliriz.

Kullanım hakkı verilmesi yoluyla yapılan yetkilendirmede kamu mallarından yararlanma sözkonusu olduğuna göre, bu yararlanmanın türünün de belirlenmesi gerekir. İdare hukukunda kamu mallarından yararlanma biçimleri sayılırken,

⁶³⁵ Gülan (Kamu Mallarından Yararlanma Usulleri), s.89.

⁶³⁶ Örneğin bkz.Yayla, s.337 vd; Onar, (İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt II), s.1319 vd.

⁶³⁷ EHK’nın Haczedilmezlik ve haberleşme hizmetlerinin sürekliliği kenar başlıklı 34.maddesinde, “Elektronik haberleşme hizmetleri ile ilgili olarak abone veya kullanıcılara tahsis edilen frekans, numara ve hat kullanımı ile internet alan adları gibi intifa ve kullanım hakları ile işletmecilerin yetkilendirmeleri hiçbir şekilde haczedilemez” düzenlemesine yer verilmiştir.

temelde, “doğrudan genel ve ortak yararlanma” ve “özel yararlanma” türlerinden sözedilmiştir. Öğretide yer alan bir ifadeyle, “objektif olarak belirlenmiş statülerdeki kişilerin, önceden izin almaksızın eşit şartlarda ve kural olarak bedel ödemeksizin kamu mallarından yararlanma usulüne⁶³⁸” genel ve ortak yararlanma denilmektedir. Örneğin, yollar, caddeler, meydanlardan yararlanma gibi... Buna karşın özel yararlanma, “bir kamu malının bireyselolarak teşhis edilebilen bir veya birkaç kişi tarafından başkalarının o kamu malını kullanmasını engelleyecek şekilde kullanılması(dır)⁶³⁹”. Bu bağlamda özel yararlanma idarenin tek yanlı olarak tesis ettiği bir ruhsatla ya da sözleşme ile gerçekleştirilen özgüleme ile olanaklıdır. İdarenin bu durumda kamu malından özel yararlanma hakkı verilecek kişiyi seçmede ya da belirlemede bir takdir yetkisinin bulunduğu ve ayrıca özel yararlanma karşılığında bir bedel alınabileceği de kararlaştırılabilir. Kullanım hakkı verilmesi yoluyla yapılan yetkilendirme hakkında yukarıda yer verilen yasa ve yönetmelik düzenlemelerine bakıldığında hava kamu malı sınıflandırılmasında yer alan kaynaklar üzerinde özel hukuk kişisine kamu malından özel yararlanma hakkı verildiği ve bu temelde düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir⁶⁴⁰. Bu yolla yapılan özgüleme sonucunda özel hukuk kişisi özgülenen malın mülkiyetine değil, kullanım hakkına sahiptir. Bu tür bir kamu malının herhangi bir yolla özel mülkiyete geçirilmesi sözkonusu değildir.

⁶³⁸ Gülan (Kamu Mallarından Yararlanma Usulleri), s.179.

⁶³⁹ Gözler-Kaplan, s. 702.

⁶⁴⁰ Hava kamu malı üzerindeki mülkiyet hakkının niteliği üzerinde öğretide ileri sürülen görüşler bakıldığında örneğin *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*; (...) Bir hava kamu malından söz açmak olanaklı ise de, devletin bu bölüm üzerinde bir mülkiyet hakkı bulunmadığı söylenebilir ve devletin sadece bir kolluk ve düzenleme yetkisi bulunduğu kabul edilebilir” görüşüne yer verdikten sonra, devamla, “(ü)lkenin ulusal güvenliği ve devletin imzalamış olduğu uluslar arası anlaşmalar gereğince örneğin, telekomünikasyon, radyo ve televizyon frekanslarının özgülenmesi (tahsisi), sınır ötesi yayınlar, elektromanyetik dalgalar ve uzayda dolaşan uydular nedenleriyle, devletin bir kamu malından başkalarının yararlanmasını önleyecek biçimde ruhsat (izin) verme yetkisinin bulunduğu ve bu olgunun bu mallarında da kamu malı sayılması anlamına geleceği savunulabi(lecigi)” dile getirmektedirler. Bkz. *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s. 857; Fransa’daki görüşlere yer veren Yayla, Fransa’ya uluslararası anlaşmalarla bırakılan dalga uzunluklarının, idare tarafından bu alanda kamu hizmetini yürütüceklerin keyfince kullanılmasının önüne geçilmesi, etkin ve verimli kullanılmasının sağlanması için müdahale edilebileceğinin kabul edildiğini belirtmektedir. Bkz. Yayla, s.323 vd.

b. Kullanım Hakkı Verilmesi Yoluyla Yetkilendirme Yönteminin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi

Kullanım hakkı verilmesi yoluyla elektronik haberleşme hizmetlerinin görülüş yöntemlerinin iki türünün olması nedeniyle, kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirmenin hukuki niteliğın belirlenmesi konusunda da ikili ayrıma gidilmesi yararlı olacağından, burada iki alt başlık açacağız. İlkın sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi yönteminin; ikinci olarak da, sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirmenin hukuksal niteliklerini belirlemeye çalışacağız.

(1). Sayısı Sınırlandırılmamış Kullanım Hakkı Verilmesi Yoluyla Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği

Sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi yoluyla elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesinde hatırlanacağı üzere EHK'nın 9/5.maddesinde, *"Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekmediği tespit edilen elektronik haberleşme hizmetleri için usulüne uygun başvuruyu müteakip 30 gün içerisinde Kurumca kullanım hakkı verilir"* düzenlemesine yer verilmiştir. Bu madde ile Yetkilendirme Yönetmeliği'nin aynı içerikteki 13.maddesinde yer verilen ifadelerin birlikte incelenmesi sonucunda, ilk bakışta, sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirme ile bildirim yoluyla yetkilendirmenin birbirine benzediği görülmektedir. Yetkilendirme için bildirim-başvurunun yapılması, yöntemine uygun başvuru üzerine belli bir süre sonra yetkilendirmenin yapılacağı (başka deyişle yapılması gerektiği), başvurunun koşullar yönünden incelenmesi gibi işlemlerin (prosedürlerin) her iki yetkilendirme türünde benzeştiği kabul edilebilir. Ancak durumun böyle olmadığı özellikle Yetkilendirme Yönetmeliğinde yer alan ilgili düzenlemelere bakıldığında görülecektir. Öncelikle EHK'nın az önce anılan düzenlemesine dikkat edecek olursak, işletmeci adayı olan tüzelkişinin idari başvurusu üzerine, BTK'nın başvurucuya "işletmeci" statüsü vermesi yönünde işlem tesis etmesi için bir otuz günlük süre öngörülmüştür. Bu süre, BTK'nın başvurunun yasa ve yönetmelik ile belirlenen usul ve esaslara uygun olup olmadığına karar verme süresidir. Başka deyişle otuz günlük yanıt verme süresi, özel bir süredir ve idari başvurunun yanıtlanması için idareyi karar almaya ya da işlem tesis etmeye

zorlayan niteliktedir. Buna karşın bildirim yoluyla yetkilendirmede yasanın yazılış biçiminden (lafzi yorum), bildirim üzerine herhangi bir süre öngörülmeden, yalnızca yasa ve yönetmelik hükümlerine uygun bildirimle yetkilendirmenin yapılacağı anlaşılmaktadır. Bu yönden iki tür yetkilendirme arasında bu yönden bir fark bulunmaktadır. Buradan çıkan sonuç, sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirmede idarenin açık bir işlemine (kabulüne) gerek varken, bildirim yoluyla yetkilendirme de bu irade açıklamasına gerek yoktur. Bu görüş öğretide, Öztürk⁶⁴¹ ve Beydoğan tarafından savunulmaktadır. Yukarıda bildirim yoluyla yetkilendirmenin hukuki niteliği üzerine yaptığımız tartışmalardan da hatırlanacağı üzere, bizim savunduğumuz görüş, her ne kadar AB düzenlemeleri ile yasa koyucunun EHK ile ortaya koyduğu irade, bildirim yoluyla yetkilendirmede, ulusal düzenleyici kurumların açık bir işlemine ya da kararına gerek olmadığı felsefesine dayanmış olsa da, bu yönden AB düzenlemeleri ile EHK'ya aykırı olan Yetkilendirme Yönetmeliği hükümleri esas alındığında, bildirim yoluyla yetkilendirmede de idarenin (BTK'nın) işletmeci statüsü verilmesi yönünde açık irade beyanı ile bir işlem tesis etmesi (ruhsat benzeri sertifika hazırlayarak, işletmeci hak ve yetkilerin verilmesi) gerektiğinden, sonuç olarak idareye başvuru ve idarenin belli bir süre içinde harekete geçmesi konuları, bildirim ile sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi yöntemlerinde benzer nitelik taşımaktadır.

İdareye başvuru ve idarenin belli bir süre içinde harekete geçmesi yönlerinden her iki tür yetkilendirme benzeşse de, idari başvurunun değerlendirilmesi konusunda idarenin sahip olduğu takdir yetkisi yönünden iki yetkilendirme arasında bir fark bulunmaktadır. Şöyle ki; az önce verilen EHK'nun 9.maddesinde, kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekmediğine karar verilen elektronik haberleşme hizmetleri için yöntemine uygun başvuruyu izleyen günden itibaren otuz gün içerisinde kullanım hakkı verileceğinden söz edilmişti. Bu maddenin yazılışından, yönetime uygun bir başvurunun yapıldığının saptanması üzerine BTK'nın kullanım hakkı vermesi gerektiği, başka deyişle takdir yetkisinin bulunmadığı savı ileri sürülebilir. Ancak, Öztürk'ün yerinde saptamasıyla⁶⁴², EHK'nın 9.maddesinin devam fıkralarında yer verilen hükümler birlikte incelendiğinde, sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi yönteminde idarenin takdir yetkisinin bulunduğu açıkça

⁶⁴¹ Öztürk, s. 31; Beydoğan, s. 88 vd.

⁶⁴² Öztürk, s. 31-32.

görülmektedir. EHK'nın 9/9.maddesinde yer verilen, “Kurum, kullanım hakkı verilmesi taleplerini, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ve benzeri kamu yararı gerekleri, tahsis edilmesi gereken kaynakların yetersizliği ve ihale aşamasında belirlenen yeterlik şartlarının sağlanmaması sebepleriyle reddedebilir” düzenlemesinde de anlaşılacağı üzere, idare, kullanım hakkı başvurularını ulusal güvenlik ya da kamu düzeni gerekçelerini ileri sürerek reddetme yetkisine sahiptir. Yasa koyucu burada idarenin takdir yetkisi bulunduğuna açıkça vurgu yapmıştır. Bildirim yönteminde ise, idarenin bağlı yetkisinin bulunduğu görülmektedir. Bir başka yönden, kullanım hakkı verilmesinde sürenin belirlenmesinde de idarenin takdir yetkisinin bulunduğunu belirtelim⁶⁴³.

Sayısı sınırlanmamış kullanım hakkı verilmesi yönteminde ele alınması gereken bir öteki konu da, BTK'nın başvuruya yanı verme süresinin (otuz günlük süre) niteliği hakkındadır. Bu konuda yapacağımız tartışma ve değerlendirmeler, idari yargıda idari başvuru ve süreler bağlamında ele alınacaktır.

İlkin BTK'nın sayısı sınırlanmamış kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirmede işletmeci adayının başvurusunu otuz günlük süre içinde yanıt vermemesi durumunu ele alalım. Öncelikle şunu belirtelim: Yetkilendirme Yönetmeliği'nin konuyla ilgili düzenlemelerinde, bir tüzelkişinin yöntemine uygun bir başvuru yapması ve bunun idarece de uygun görülmesi durumunda başvurucuya bir yetki belgesinin verileceğinden söz edilmiştir. İdarenin yetki belgesi (bir anlamda ruhsat benzeri) verilmesi sonucunu doğuran yetkilendirme işlemi, idare hukuku yönünden idari, icrai, kesin niteliklere sahiptir. Burada bir duraksama olmadığını düşünüyoruz. Bununla birlikte, eğer başvuru BTK tarafından otuz günlük süre içinde açıkça reddedilirse, bu durumda da BTK'nın ret kararı idari, icrai ve kesin niteliklere sahip olduğundan, iptal davasına konu edilebilir. Tartışmaya açılacak durum, öğretide Öztürk'ün savunduğu görüştür. Yazar, BTK'nın otuz günlük süre içinde herhangi bir işlem tesis etmemesi, başka deyişle başvuruya yanıt vermemesi durumunda, idarenin zımni kabul ya da ret işleminden söz edilemeyeceğini savını

⁶⁴³ EHK'ya göre (md.9/8) kullanım haklarının süresi, yirmibeş yıldan fazla olmamak üzere BTK tarafından belirlenmektedir. Bu madde uyarınca belirlenen yetkilendirme süreleri, ağ ve hizmetin niteliği ile başvuru sahibinin istemii de dikkate alınarak saptanır. Örneğin sayısı sınırlanmamış kullanım hakkı verilmesi yoluyla görülecek elektronik haberleşme hizmetlerinden biri olan “sanal mobil şebeke hizmeti”nde yetkilendirme süresi en fazla 15 yıldır.

savunurken, 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 göstermiştir. Bu görüşten hareketle Yazar, idarenin otuz günlük süre içinde başvuruya yanıt vermemesi durumunda, bunun bir zımni ret kararı olmadığını, zımni ret kararının 2577 sayılı Yasa'nın 10.maddesinde yer alan altmış günlük sürenin dolmasıyla oluşacağı sonucuna ulaşmaktadır. Öztürk'ün savunduğu bu görüş tartışmaya açıktır. Konuyu aşağıda ayrıntılı inceleyelim.

İdare hukukunda, idareye belli bir konuda işlem yapması ya da eylemde bulunması konusunda yasa ve öteki hukuksal düzenlemelerle bir yükümlülük getirilmesi durumunda, açık yasa kuralına karşın idarenin yükümlülüğünü yerine getirmeyerek hareketsiz ya da suskun kalması sonucu idareyi harekete geçirmeye zorlayacak ve hukuksal bir sonuç elde edecek nitelikte bir başvuru, süre koşulu aranmaksızın her zaman yapılabilir⁶⁴⁴. Yasa koyucu bu durumu, 2577 sayılı Yasa'nın 10.maddesiyle düzenlemiştir. Bu maddenin düzenlenmesindeki yasa koyucunun amacı, başvuruda bulunan kişilerin haklarının sürüncemede kalmasını önlemektir ve bu bağlamda başvurunun yapıldığı tarihten itibaren belli bir sürenin yanıtsız geçmesinin, başvuruda yer alan istemin reddi anlamına geleceği kabul edilmiştir⁶⁴⁵. Başka ifadeyle, idareye yapılan başvuruların belli süre (altmış gün) içinde yanıtlanmamasının başvurunun reddi anlamına gelmesi, kişilerin idareye güvenerek beklemeleri durumunda ortaya çıkacak olumsuz sonuçların ya da hak kayıplarının önüne geçilmesini amaçlamaktadır⁶⁴⁶.

İlgililer haklarında idari bir davaya konu olabilecek bir işlem ya da eylemin yapılması için idari makamlara belli bir süre ile sınırlı olmaksızın başvurabilme haklarına sahiptir. Bu kapsamda yapılan başvuru ise, idare hukukunda "idari başvuru"⁶⁴⁷ olarak bilinmektedir. Bu idari başvuru, niteliği gereği, idarece tesis

⁶⁴⁴ Danıştay 12. Daire, E. 1995/8729, K.1997/1858, T. 24.9.1997, (www.danistay.gov.tr); Ramazan Çağlayan, "İdari Yargılama Hukuku", 2.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s.244.

⁶⁴⁵ Turgut Candan, "Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu", 2.Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006, s.417.

⁶⁴⁶ Turan Yıldırım, "İdari Yargı", Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 358-359.

⁶⁴⁷ İdare hukukunda "idari başvuru" kavramı özünde benzer ancak farklı sözcükler, terimler kullanılarak tanımlanmıştır. Örneğin Duran idari başvuruyu, "fertlerin, menfaatleri bulunan hususlarda merkezîyet veya ademi merkezîyet idareleri nezdinde vaki olacak amme hukukuna müteallik, bilcümle talep, iddia ve dilekleri idari müracaatı tazammum eder" ifadelerine yer vererek

edilen hiçbir işlem ya da eylem yokken yapılan idari başvuru özelliklerini⁶⁴⁸ taşımaktadır ve idareyi bir işlem yapma yükümlülüğü altına sokmaktadır⁶⁴⁹. Bu bağlamda, EHK ve Yetkilendirme Yönetmeliğinde yer verilen sayı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi yönünde yapılan başvuru, bu tür başvuruya örnek gösterilebilir.

Daha önceden de ifade edildiği gibi, idari yargıda genel ilke olarak idarenin, bir başvuruya belli süre içinde yanıt vermemesi, hareketsiz ya da suskun kalması durumunda, bunun başvurunun zımnen reddedildiği anlamına geldiği kabul edilmektedir. Yürürlükteki 2577 sayılı Yasa'nın 10.maddesinde, idarenin bir işlem tesis etmesi ya da eylemde bulunması için yapılan idari başvurunun altmış günlük sürede yanıtlanmaması durumunda, başvurunun zımnen reddedildiğinin kabul edileceği düzenlemesine yer verilerek, idari yargıda genel bir ilkenin altı çizilmiştir⁶⁵⁰. Genel ilke bu olmakla birlikte yürürlükte bulunan yasal

tanımladığı görülmektedir (Lütü Duran, "İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XII, Sy. 1, (1946), s.135. Bir başka tanım da Yıldırım tarafından şöyle yapılmıştır: "Kişilerin menfaatleri bulunan ve idari işlev kapsamına giren konularda, kamusal makamlara yaptıkları başvuruların tümü ile; kamu yararını korumak amacıyla, yetki verilen kamu görevlilerinin veya kamu tüzel kişilerinin, diğer idari makamların yaptığı idari işlemlerin iptali, değiştirilmesi veya geri alınması gibi nedenlerle, yine yasaların gösterdiği idari işleve sahip makamlara yaptıkları İdare Hukukuna ilişkin başvurulardır". Yıldırım (*İdari Başvurular*), s. 30.

İdari başvuruların türlü ayrımlarının yapıldığı bilinmektedir. Bu başvurulardan kimileri, ortada bir işlem ya da eylem yokken idareyi bir işlem tesis etmeye ya da eylemde bulunmaya zorlayan niteliğe sahipken (örneğin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10.maddesi, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 35.maddesinde yer alan ve zorunlu olmayan idari başvurular bu gruba girmektedir); kimi başvurular ise, idarenin önceden tesis ettiği bir işlemine ya da eylemine karşı, menfaatleri (çıkarları) ya da hakları zedelenen kişiler tarafından yapılan ve işlemin kaldırılması, geri alınması (iptal edilmesi) ya da yeniden bir işlem tesis edilmesi, eylemse, bu eylemden uğranılan zararların giderilmesi istemlerini içeren nitelikte başvurulardır (örneğin, 2577 sayılı Kanunun 11.maddesinde yer alan başvuru, bu türe örnek olarak gösterilebilir). Ayrıntılı bilgi için bkz. *Yıldırım (İdari Başvurular)*, s. 70 vd.

⁶⁴⁸ Bu tür başvurular hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Yıldırım (*İdari Başvurular*), s. 134 vd.

⁶⁴⁹ Yasin Sezer-Hüseyin Bilgin, "*Danıştay Kararlarında İdari Başvurular*", <http://auh.f.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-04/AUHF-2008-57-04-sezer-bilgin.pdf> (erişim tarihi:4.4.2012); Zehra Odyakmaz, "Hukukta Zaman ve İdari Yargıda Makul Süre Sorunu", s.20, <http://www.humanlawjustice.gov.tr/Upload/Dergiler/taad2/152.pdf>, (erişim tarihi:4.4.2012).

⁶⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, 2577 sayılı Yasa'nın 10.maddesiyle ilgili itiraz yoluyla yapılan başvuruda, anılan maddenin uygulanışı ile ilgili şu saptamalara yer vermiştir: "2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, öğretide zımni red olarak nitelenen bir idari davranış biçiminin de idari işlem sayılacağı öngörülmektedir. Anılan kanunun "İdari Makamların Sükûtu" başlıklı 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, ilgililerin, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem yapılması için idari makamlara başvurması ve bu makamların altmış gün içinde sözkonusu talepler konusunda bir cevap vermemeleri durumunda, istek reddedilmiş sayılacaktır. Diğer bir deyişle, idarenin altmış günlük bekleme süresi sonunda hâlâ suskun kalması, talebi red doğrultusunda bir işlem tesis etmiş şeklinde kabul edilecektir. Bu durumda, ilgililer, müteakip altmış gün içinde idari yargı yerlerinde iptal davası açacaklardır. Kuşkusuz ki, bu maddede temas edilen "zımni red" işleminin varlığından söz

düzenlemelerde kimi durumlarda, idarenin suskun ya da hareketsiz kalmasına olumlu anlam verildiğinin görüldüğünü belirtmiştik. İdarenin zımni kabul işlemi olarak adlandırılan bu tür işleminin varlığının kabul edilebilmesinin koşulu, hatırlanacağı üzere, yasa koyucunun açık yasal düzenlemeyle idarenin suskun kalmasına olumlu sonuç bağlamış olmasıdır.

Durum böyle iken, Öztürk'ün, *“BTK'nın otuz günlük süre içinde başvuruya yanıt vermemesi durumunda, idarenin zımni kabul ya da ret işleminden söz edilemeyeceği”* savını ve bunun nedeni olarak ileri sürdüğü, *“sınırlandırılmamış kullanım hakkı yönünden otuz günlük sürenin dolmasına hukuksal sonuç bağlayan açık bir yasal düzenleme bulunmadığı”* biçimde ifade edilen hukuksal gerekçeyi kabul etmek olanaklı değildir. Çünkü, az önce yerilen genel ilkenin bir sonucu olarak kanımca, EHK'da açıkça ifade edilmese de (daha doğru ifadeyle, edilmesine gerek olmasa da) başvurunun otuz günlük süre içinde yanıtlanmaması durumunda, başvuru zımnen reddedilmiş sayılmalıdır. Otuz günlük süre ise, 2577 sayılı Yasa'nın 10.maddesi karşısında özel bir süredir. Burada artık başvuru üzerine altmış gün geçmesini bekleyerek, isteğin zımnen reddedildiği kabul etmek olanaklı değildir. Öğretide Ulusoy, EHK öncesi yürürlükte olan ve *“telekomünikasyon ruhsatı”*nı düzenleyen mülga *“Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği”*⁶⁵¹'nin *“İlan ve Başvuru”* kenar başlıklı 40.maddesinde yer alan, *“Başvuru sahiplerinin sunduğu belgeler Bakanlık tarafından incelenir ve belgeler hakkında açıklanması istenen hususlar varsa, ilgililere bildirilir ve açıklamaları alınır. Bakanlık, kendisine sunulan belgeler üzerindeki incelemelerini her bir başvurunun sunulmasından itibaren en çok otuz gün içerisinde tamamlar. Duyuru üzerine çok fazla başvuru yapılması halinde bu süreyi en çok 45 gün daha uzatabilir”* düzenlemesinden hareketle; *“(…) Yapılan ruhsat başvurusuna bu süre içinde Kurumca herhangi bir yanıt verilmemesi durumunda ne olacağı konusunda ne Kanunda ne de Yönetmelikte herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda 75 gün içinde ruhsat talebine yanıt verilmemesi durumunda ruhsat verilmiş sayılmayacak, İdare Hukukunun genel*

edilebilmesi için, iptal davasına konu yapılabilecek, kesin ve yürütülmesi gereken bir talebin de bulunması, yani “zımni red” sayılabilecek işlemin oluşumu için, yapılacak başvuruların bu sonucu doğurabilecek özellikleri taşıması gerekir. İnceleme konusunda olduğu gibi, salt kendisi hakkında evvelce idarece tesis edilen bir idari işlemin gerekçesini öğrenme istemini içeren bir yazılı başvurunun, idari davaya konu yapılabilecek, kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem olarak kabulü mümkün değildir (...).”, AYM, E. 2004/26, K.2004/51, T. 15.4.2004, (www.anayasa.gov.tr).

⁶⁵¹ R.G., T.28.3.2001; Sy. 24356.

ilkeleri uyarınca, aksine açık bir hüküm bulunmadıkça idarenin bir başvuruya belirlenen sürede yanıt vermemesi, başvurunun reddedildiği (zumni red) anlamına gelecektir. Başvuru sahibinin talep ettiği telekomünikasyon hizmetini yürütebilmesi için, bu sürenin (75 gün) bitiminden itibaren iptal davası açma süresi içinde (60 gün) idarenin zumni red işleminin iptali için idari yargıda dava açması gerekecektir” görüşüne yer vermiştir⁶⁵². Yazar’a göre, yetmişbeş günlük süre mevzuatta özel olarak düzenlenmiş bir süredir.

Sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi istemiyle yapılan başvurunun otuz günlük süre içinde yanıtlanmamasıyla başvurunun, otuz günün bitiminden itibaren zımnen reddedilmiş sayılması durumunda, ilgili kişi bu zımni ret kararına karşı altmış gün içinde iptal davası açabileceği gibi, 2577 sayılı Yasa’nın 11.maddesi kapsamında BTK’ya yeni bir idari başvuru yapabilir. Bu kapsamda yapılan başvuru önceki başvurudan nitelik olarak farklı olduğu gibi, dava açma süresi yönünden de etkisi bulunmaktadır. Şöyle ki; anılan Yasa’nın 11.maddesinde, ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi ya da yeni bir işlem yapılmasının üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi olan altmış gün içinde istenebileceği düzenlenmiştir. Bu maddede yer alan idari başvuru yolu ile idarenin konuyu bir kez daha gözden geçirmesi olanağı sağlanmış olmaktadır⁶⁵³. Bu idari başvuru niteliği gereği, daha önceden yapılan idari işlem ya da eylemin neden olduğu idari başvurunun hukuki sonuçlarını doğurmaktadır⁶⁵⁴. Bu madde kapsamında yapılan zorunlu olmayan⁶⁵⁵ başvurunun idari yargılama usulüne doğrudan etkisi dava açma süresine ilişkindir. 2577 sayılı Yasa’nın 11.maddesine göre yapılan başvuru ile, işlemeye başlayan dava açma süresi durmaktadır⁶⁵⁶. Bu idari başvuru ile dava açma süresi dursa bile, idari işlemin yürütülmesi, icrası durmamaktadır⁶⁵⁷. İdare, yapılan başvuruya altmış gün içinde bir yanıt vermezse başvuruda yer verilen isteği

⁶⁵² Ulusoy (Telekomünikasyon Hukuku), s. 60.

⁶⁵³ Şeref Gözübüyük-Güven Dinçer, “İdari Yargılama Usulü”, 2.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s.374.

⁶⁵⁴ Yıldırım (İdari Başvurular), s. 137.

⁶⁵⁵ Çağlayan, s. 247.

⁶⁵⁶ Başvuru, işlemi yapan makamın hiyerarşik üstü varsa o makama, üst makam yoksa doğrudan doğruya kararı alan makama yapılmalıdır. İdari vesayet makamına yapılan bu türden bir başvuru işleyen dava açma süresini durdurmaz. Yayla, s. 458.

⁶⁵⁷ Candan, s.456.

reddedilmiş sayıldığı kabul edilir. Bu durumda, dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır.

Buna göre, sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi istemiyle yapılan başvurunun otuz günlük süre içinde yanıtlanmamasıyla oluştuğunu kabul ettiğimiz zımni ret kararına karşı, başvuru tüzelkişi isterse, altmış gün içinde 2577 sayılı Yasa'nın 11.maddesi kapsamında BTK'ya yeni bir idari başvuru yapabilir, bu başvurusu açıkça reddedilirse ya da zımnen reddedildiği varsayılırsa, bu durumda olumsuz yanıtı değil, ilk zımni ret kararına karşı iptal davası açabilecektir.

Sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi istemiyle yapılan başvurunun otuz günlük süre geçtikten sonra BTK tarafından yanıtlanması durumu da ele alınmalıdır. Bu durumda, BTK otuz günlük süre dolmasına karşın, başvuruyu kabul ederek, başvurucuya yetki belgesi verip, onun işletmeci statüsü kazanması sonucunu doğrudan işlemi tesis edebilir ya da başvuruyu açıkça reddedebilir. İkinci durum, yani otuz günlük sürenin dolmasından sonra başvurunun açıkça reddedilmesi, doğrudan idari dava açma süresini etkileyecektir. Danıştay'ın yerleşik kararlarına göre, idare yasal süre geçtikten sonra kendiliğinden başvuruya yanıt verirse (bu yanıt ya ret kararıdır ya da idarenin iradesini tam olarak yansıtmayan, kesin olmayan niteliktedir, A.Ö), bu yanıtla yeni bir dava açma süresi başlayacaktır⁶⁵⁸. Burada bir duraksama bulunmamaktadır. Ancak birinci durumda, yani BTK'nın otuz günlük süre geçtikten sonraki dönemde, sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi istemiyle yapılan başvuruyu kabul ederek, başvurucuya yetki belgesi verip veremeyeceği konusunda bir parantez açılması gerekiyor. Bu konu kanımca idari işlemlerin yetki ögesiyle ilgilidir. Şöyle ki; idare hukukunda, idari işlemin beş ögesinde biri olan yetki ögesinden, bir kurulun, makamın, organın ya da kamu

⁶⁵⁸ Örnek karar için bkz. Danıştay 8. Daire, E.1989/387, K.1990/284, T. 13.1.1990; Belirtmek gerekir ki; 2577 sayılı Yasa'nın 10.maddesine göre yapılan bir başvurunun, altmış gün geçmesinden sonra zımnen reddedilmesi üzerine, ilgililerin zımni ret kararına karşı iptal davası açma süresi olan altmış gün geçse bile, idarenin kendiliğinden başvuruya yanıt vermesi durumunda, yeniden dava açma süresi başlayacaktır. Buna karşın anılan Yasa'nın 11.maddesi kapsamında yapılan idari başvuru üzerine, idarenin altmış gün içinde başvuruya yanıt vermemesi ve böylece başvuruyu zımnen reddetmesi durumunda, bu kararın yazılı bildirimini izleyen günden itibaren altmış gün içinde iptal davasının açılması gerekmektedir. Dava açma süresi geçtikten sonra 11.madde kapsamında yapılan başvuruya idarenin kendiliğinden ret yanıtı vermesi durumunda, yeni bir dava açma süresi başlamayacaktır. Danıştay'ın uygulaması da bu yöndedir. Onur Karahanoğulları, "Zımni Retten Sonra Gelen Açık Yanıtlarda Dava Açma Süresi", <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/zimniredsonradangelenyanit.pdf> , (erişim tarihi:8.4.2012);

görevlisinin idare adına irade açıklaması yapabilme ya da karar alabilme kudretine sahip olması anlaşılmaktadır⁶⁵⁹. İdari kararlar ya da işlemler herhangi bir organ ya da kişi tarafından değil, doğrudan doğruya Anayasa, yasa ya da öteki hukuksal düzenlenmelerle yetkili kılınan organ ya da kişi tarafından alınır ya da tesis edilirler⁶⁶⁰. Kamu hukuku alanındaki hukuksal tasarruflarda “ehliyetli hak sahibi”, yetkili makamdır⁶⁶¹. İdare hukukunda, belli yetkiler ancak yasayla yetkili kılınmış belli organlar ya da kişiler tarafından kullanılacağından, ilke olarak yetkisizlik asıldır⁶⁶². Bu nedenle yetki ögesi yönünden idarenin bir takdir yetkisi bulunmamaktadır⁶⁶³. Bununla birlikte, yetki kamu düzenine ilişkin olduğundan, yetkiyle ilgili kurallar genişletici bir biçimde yorumlanıp, uygulanamaz⁶⁶⁴. Bu bağlamda, idari yetkinin, kamu düzeni ile ilgili olmasından ötürü, açık yasa hükmü olmadıkça, idari yetkinin, yetki sahibi idari makam tarafından başka bir idari makam ya da birime devredilmesine izin verilemez⁶⁶⁵ ve aynı zamanda, yetki yönünden sakatlık durumu sonradan idarece giderilmez, düzeltilemez⁶⁶⁶.

İdare hukuku öğretisinde, yetki ögesinin çeşitli görünümünün olduğu ve bundan ötürü yetki yönünden hukuka aykırılık durumlarının da birden fazla olduğu, tek bir hukuka aykırılık durumunun olmadığı kabul edildiği görülmektedir⁶⁶⁷. Yetki yönünden hukuka aykırılık durumlarından⁶⁶⁸ biri de “zaman yönünden” hukuka aykırılıktır. Yetkinin zaman yönü, *idarenin karar alma gücünün süresini ve kullanılabileceği zaman dilimini yansıtır*⁶⁶⁹. Yasal düzenlemelerde yetkinin belli bir

⁶⁵⁹ Çağlayan, s.369.

⁶⁶⁰ Günday, s. 134.

⁶⁶¹ Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s.391.

⁶⁶² Yayla, s. 117.

⁶⁶³ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s.112.

⁶⁶⁴ Şeref Gözübüyük- Turgut Tan, “İdare Hukuku Cilt II, İdari Yargılama Hukuku” 2.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 469.

⁶⁶⁵ Danıştay 7. Daire, E.2006/2538, K.2006/2435, T.21.9.2006, (www.danistay.gov.tr).

⁶⁶⁶ Gözler-Kaplan, s. 306.

⁶⁶⁷ Örneğin bkz. Günday, s.135 vd; Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s.391 vd.; Çağlayan, s.369 vd; Gözübüyük-Tan (Cilt II), s. 469 vd.; Yayla, 121 vd.

⁶⁶⁸ İdare hukukunda ortak kabul edilen görüşe göre, yetki sakatlığı olarak ifade edilen durumlar; yer, kişi, konu ve zaman yönlerinden yetkisizlik durumlarıdır. Bunlardan yer yönünden yetkisizlik, idarenin, yetkisini kendisine tanınan belli bir coğrafya alanı dışında kullanmasını; konu yönünden yetkisizlik idarenin kendi yetkisi içine giren bir konuda, kendisini yetkisiz sayarak karar almaktan kaçınması ya da başka bir idarenin görev alanı içine giren bir konuda karar almasını; kişi yönünden yetkisizlik, idare adına irade açıklamasında bulunma yetkisi olmayan bir kişinin karar alması ya da işlem tesis etmesini ve son olarak zaman yönünden yetkisizlik ise, idarenin bir karar alması için belli bir süre verilmiş başka deyişle irade açıklamasını belli bir zaman aralığıyla sınırlandırılmış olması durumunda, bu zamanın ya da sürenin dışında karar almasından doğan hukuka aykırılığı ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi ve Danıştay uygulaması hakkında bkz. Gözübüyük-Tan (Cilt II), s. 469 vd.

⁶⁶⁹ Onur Karahanoğulları, “İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)”, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 354.

zaman dilimi içinde kullanılması öngörülmüş ise, *bu sürelerden bir kısmı güvence niteliğindedir, bir kısmı da idari işlemlerin gecikmeksizin alınması amacına yöneliktir*⁶⁷⁰. İdare hukuku öğretide yasalarda öngörülen süreler idare edilenler yönünden bir güvence niteliğinde ise, bu durumda belirlenen sürelerin dolmasıyla idari karar alma yetkisinin sona ereceğini; bun karşılık yasalarla belirlenen süreler yalnızca idari kararların süratle alınması amacına hizmet etmek için idareyi zorlayan bir niteliğe sahipse, bu durumda da, belirlenen sürelerin dolmasından sonra da idari kararların alınabileceği görüşünün savunulduğu görülmektedir⁶⁷¹.

İdari işlemin yetki ögesi yönünden yapılan açıklamalar ışığında yukarıda yer verilen soruya geri dönecek olursak, yani sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirmede EHK'da yer alan (md.9/5) "Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekmediği tespit edilen elektronik haberleşme hizmetleri için usulüne uygun başvuruyu müteakip 30 gün içerisinde Kurumca kullanım hakkı verilir" düzenlemesinde belirtilen otuz günlük süre, BTK'nın konuya ilişkin idari

⁶⁷⁰ *Günday*, s.138-139.

⁶⁷¹ *Günday*, s.139. Aynı görüşte olan Gözübüyük-Tan, yetkinin belirli bir süreçle sınırlandırıldığı durumlarda, bu sürelerle uyulmadan alınan kararların yetki ögesi yönünden hukuka aykırı olacağını savunmaktadır. Buna örnek olarak da, Bakanlar Kurulu'nun yetki yasasında belirlenen süre dışında kanun hükmünde kararname çıkarması; yerel yönetimlerin karar organlarının yasalarda belirlenen zaman dışında toplanarak karar almaları (bkz. 5393 sayılı Belediye Kanunu, md.20); disiplin kovuşturmalarına belli bir süre içinde başlanıp bitirilmesi için öngörülen süre dışında kararlar alınmasını (bkz. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, md.127-128) göstermektedirler. *Gözübüyük-Tan (Cilt II)*, s.444. Ayrıca bkz. *Duran (İdare Hukuku)*, s. 405; *Yayla*, s.121. Ancak, idare hukuku öğretisinde kabul edilenin dışında, Danıştay'ın örneğin disiplin soruşturmalarında zamanaşımını düzenleyen yasa kurallarını farklı biçimde yorumladığı kararlar vardır. Örneğin, Danıştay 8.Dairenin E.1991/1370, K.1991/1358 sayılı ve 17.9.1991 tarihli kararında (karar metni için bkz. www.danistay.gov.tr), "657 sayılı Devlet Memurları Yasasının 128.maddesi (1.) bendinde "Disiplin amirlerinin, uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarını, soruşturmanın tamamlandığı günden başlayarak 15 gün içinde vermek zorunda oldukları belirtilmiş, 127.maddesinde ise, ceza verme yetkisinin hangi durumlarda zaman aşımına uğrayacağı kuralı yer almıştır. İki kuralın birlikte incelenmesinden; ilgilinin son savunması da alınarak her türlü usul ve işlemleri tamamlanmış olan bir soruşturmada disiplin amiri veya kurulunun kararını belli süre içinde vermemesi durumunda, hakkında soruşturma açılanların tedirgin olacağından ve uzun süre baskı altında tutulmalarının önlenmesi amacıyla 15 gün içinde karar verilmesi zorunluluğunun getirildiği, bu sürenin ceza verme yetkisini kaldıran bir niteliği bulunmadığı, aksine disiplin amiri ve kurullarını kısa sürede karar vermeye zorlayıcı nitelikte olduğu; bu sürenin dışında karar verilmesinin disiplin cezasını kusurlandırıcı bir durum olamayacağı, sadece, ilgili amir veya kurulun görevini belli süre için de yapmaması nedeniyle sorumluluğunun doğacağı açıktır. Yasanın 128.maddesinde disiplin amiri veya kurullarına karar vermek için tanınan süreler, idarenin iç işleyişi ve düzeni ile ilgili olduğundan, bu süre geçirildikten sonra ceza verilmiş olmasında yasaya aykırılık olmadığı gözetilmeden dava konusu işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır" diyerek, öğretide kabul edilenin aksine idare edilenler için güvence taşıyan ve idareyi belli bir içinde karar almaya zorlayan, alınmadığı takdirde zaman yönünden yetkisiz kılınacak durumlarda tam aksi görüşü savunmuştur. Bu kararı eleştiren Gözübüyük-Tan, bu kez Danıştay'ın bu kararıyla çelişen bir başka kararına yer vererek (bkz. Danıştay 8.Daire, E.1993/174, K.1994/749, T.8.3.1994) Danıştay kararlarındaki farklılığı ortaya koymuşlardır.

kararını süratle alması amacına hizmet etmek için idareyi zorlayan bir niteliğe sahip olduğu kabul edilmelidir⁶⁷². Bu grŖten hareketle öğretide ztrk'ün de ifade ettiği zere⁶⁷³, BTK bu otuz günlük süre geçse bile, sonraki bir tarihte yöntemine uygun bir başvuru yapılmıŖ olmak koŖuluyla, başvuru iŖletmeci adayına "yetki belgesi" vermek yoluyla ilgili hizmet alanında kiŖiyi yetkilendirebilir. Bu durumda, alınan karar ya da tesis edilen yetkilendirme iŖleminin zaman yönünden yetkisizlik durumundan sözedilemez.

Sayısı sınırlandırılmamıŖ kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirmenin hukuksal niteliği hakkında ele alınacak son konu da, bu tür yetkilendirmenin, EHK'nın yürürlüğe girmesinden önce 406 sayılı Yasa ile öngörülen "telekomünikasyon ruhsatı" verilmesi yoluyla yetkilendirmeyle benzeŖip benzeŖmedięi konusudur. Konu hakkında grŖ bildiren *Beydoğan*, EHK ve Yetkilendirme Yönetmeliği hükümlerinin birlikte incelenmesi sonucunda, sayısı sınırlandırılmamıŖ kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirmenin, idare hukukunda kamu hizmetinin grlŖ yöntemlerinden biri olarak kabul edilen "ruhsat" biçiminde gerekleŖtięi; bu durum nedeniyle yapılan iŖlemlerin 406 sayılı Yasa ile ngrlen "(2.Tip) Telekomünikasyon Ruhsatı" ile büyük paralellik gösterdiği grŖndedir⁶⁷⁴. 406 sayılı Yasa ve mülga Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İliŖkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nde düzenlenen telekomünikasyon ruhsatıyla ilgili düzenlemeler incelendiğinde anılan grŖn doğruluk payı vardır. Buna karŖın, idare hukukunda kamu hizmetinin özel hukuk kiŖileri tarafından görülmesi yollarından bir olan "ruhsat"ın bağlı olduğu hukuksal düzen ile sayısı sınırlandırılmamıŖ kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirme kimi yönlerden farklılık göstermektedir. Telekomünikasyon ruhsatı verilmesi yoluyla yetkilendirme ile sayısı sınırlandırılmamıŖ kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirme

⁶⁷² Bu grŖten hareketle Ŗunu belirtelim, sayısı sınırlandırılmamıŖ kullanım hakkı verilmesi istemini içeren başvurunun Yetkilendirme Yönetmeliği ile düzenlenen içerikte olması durumunda, idarenin bu başvuruyu her ne kadar kamu düzeni ya da ulusal güvenlik gerekleriyle olumsuz biçimde yanıtlama yetkisine sahip olduğu kabul edilse bile, başvurunun reddine iliŖkin karara karŖı açılan iptal davasında idarenin bu takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanıp kullanmadığının yargı yerince denetimi yapılabilir.

⁶⁷³ *ztrk*, s. 32-33. Yazar, EHK'nın 9/5.maddesinde öngörülen sürenin, kullanım hakkının verilmesi gibi yararlandırıcı bir iŖlem için öngörüldüğünü, bu nedenle otuz günlük sürenin dolmasıyla BTK'nın kullanım hakkı verilmesi yönünde iŖlem yapma yetkisinin sona ermeyeceğini, baŖka deyiŖle her zaman kullanım hakkı verebileceğini savunmaktadır.

⁶⁷⁴ *Beydoğan*, s.93.

yöntemleri arasında kanımca; a) idarenin takdir yetkisi⁶⁷⁵, b) yetkilendirme konusu hizmetin türü ya da niteliği⁶⁷⁶, c) alınan ücret⁶⁷⁷, d) başvurunun idarece yanıtlanmasındaki yöntem⁶⁷⁸ konularında benzerlikler bulunmaktadır.

(2). Sayısı Sınırlandırılmış Kullanım Hakkı Verilmesi Yoluyla Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği

EHK’da sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi yoluyla görülecek elektronik haberleşme hizmetleri alanında işletmecilerin belirlenmesinde ihale yönteminin benimsendiğini yukarıda belirtmiştik. Anılan Yasa’nın 9/6-a maddesinde uydu pozisyonu ile ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını içeren ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin

⁶⁷⁵ Telekomünikasyon Kurumu tarafından hazırlanan ve 26.8.2004 tarih ve 25565 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş (mülga) olan “Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği”nin “2.Tip TR’nin Kapsamı” kenar başlıklı 26. maddesinde “Sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gerekmeyen ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Ek 18inci maddesi kapsamında yer alan telekomünikasyon hizmetleri ve/veya kurulacak ve işletilecek telekomünikasyon altyapıları, Kurum tarafından verilen 2. Tip TR ile yürütülür” kuralına yer verildiği görülmektedir. Maddede yer alan 406 sayılı Yasa’nın 18.ek maddesinde de, “Bakanlık, mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım ve benzeri katma değerli hizmetler konularında sermaye şirketlerine tekel oluşturmayacak koşullar da dikkate almak suretiyle işletme lisans ve ruhsatı (sermaye şirketlerinin devralacakları ve bizzat kuracakları tesislerin işletilmesine yönelik olarak) verebilir” biçiminde bir düzenleme yapılmış olması karşısında Telekomünikasyon Kurumu’nun işletme lisans ve ruhsatı verme konusunda takdir yetkisinin bulunduğunu savlamak olanaklıdır. Öğretide Ulusoy anılan Yönetmelik ile yürürlükten kalan (mülga) “Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği”nde yer alan düzenlemelere atıf yaparak, aynı biçimde telekomünikasyon ruhsatı verilmesi konusunda takdir yetkisinin bulunduğunu savunmuştur. Bkz. Ulusoy (Telekomünikasyon Hukuku), s.57-58.

⁶⁷⁶ 2. Tip Telekomünikasyon ruhsatı verilmesi yoluyla görülecek elektronik haberleşme (ya da telekomünikasyon) hizmetlerinde esas olan “sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gerekmeyen” bir hizmetin varlığıdır. Bu durum sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi yoluyla görülecek hizmetler için de geçerlidir.

⁶⁷⁷ Her iki yetkilendirme türünde de idarenin yetkilendirme karşılığı bir ücret alacağı hüküm altına alınmıştır. Bkz. Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği’nin “Yetkilendirme ücreti” kenar başlıklı 8.maddesi ile Yetkilendirme Yönetmeliği’nin “Kullanım hakkı ücreti” kenar başlıklı 17.maddesi.

⁶⁷⁸ 2. Tip Telekomünikasyon ruhsatı verilmesinde idarece izlenecek yöntem Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği’nin 30. Ve 31.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Telekomünikasyon Kurumu 2. Tip TR başvurusunun yapılması üzerine, belgelerde eksiklik bulunan başvuru sahibinden bu eksikliklerin giderilmesini ister; bildirim yapılmasını izleyen günden itibaren üç ay içinde eksiklikler giderilmemişse, başvuru işlemden kaldırılır. Buna karşın yõteme uygun ve aranan koşulları taşıyan başvurunun yapılması ve bunun Telekomünikasyon Kurumunca saptanması üzerine başvuruçunun isteği kabul edilir. Burada, sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi yolundan farklı olarak başvurunun yanıtlanması için idareye belli bir süre (30 günlük süre) verilmediği görülmektedir.

yetkilendirmenin BTK tarafından yapılacağı, ancak ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını içeren ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin ihalelerin gerekli görülmesi durumunda doğrudan Bakanlık tarafından da yapılacağı düzenlemesine yer verildiği görülmektedir. Buna göre sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi yoluyla görülecek hizmetler alanında işletmecilerin belirlenmesinde ihale yapma yetkisinin (yetkili idareler) Bakanlık ya da BTK'ya ait olduğunu söyleyebiliriz. Kıt kaynakların etkin ve verimli kullanılması, elektronik haberleşme alanında etkinlik gösterecek işletmeci adayları arasında, en başta adil rekabet ortamının sağlanması amacının gerçekleştirilmesi gibi etkenler düşünüldüğünde, bu tür yetkilendirmede işletmeci adayı sayısının birden fazla olması durumunda ihale yapılması yolunun seçilmesi kabul edilebilir niteliktedir⁶⁷⁹.

EHK aynı zamanda, sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi yoluyla görülecek elektronik haberleşme hizmetleri alanında işletmecilerin belirlenmesi amacıyla yapılan ihalenin, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu⁶⁸⁰ ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu⁶⁸¹ hükümlerinden bağışık olduğunu da belirttiğinden (md.9/7), BTK ya da Bakanlık tarafından yapılacak ihalenin hukuksal niteliğinin ortaya konulması gerekliliğinin bulunduğu kanısındayız.

Bilindiği üzere, genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri Devlet İhale Kanunu (md.1) hükümlerine göre yürütülürken; kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan ya da kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının, mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ise, Kamu İhale Kanunu (md.1-2) hükümlerine göre yürütülmektedir. Kamu ihalesi kavramı öğretide yer alan bir ifadeyle, *idarenin sözleşme yaparken hazırlık aşamasında uymak zorunda olduğu işlemler bütünüdür*⁶⁸². Bir idari süreç olarak kamu ihalesi, idare ile sözleşme yapacak kişinin belirlenmesi ya da seçimi için izlenecek usul ve esaslardan oluşan bir kavramdır⁶⁸³. Bu süreçte, kimi zaman tek

⁶⁷⁹ Öztürk, s.32.

⁶⁸⁰ R.G., T.10.9.1983; Sy.18161.

⁶⁸¹ R.G., T.22.1.2002; Sy.24648.

⁶⁸² Kutlu, s.92

⁶⁸³ Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 432.

yönlü, kimi zaman iki yönlü işlemektedir, örneğin, ihale usul ve esaslarının belirlenmesi idarenin tek yanlı iradesiyle belirlenirken, ihale sonrasında tarafların hak ve yükümlülükleri, hukuksal statüleri iki yanlı iradenin karşılıklı uyuşmasıyla biçimlenmektedir⁶⁸⁴. Kamu ihale sürecinde iki aşma bulunmaktadır. Bunlardan birincisi ihalenin yapılmasına kadar devam eden aşama, ötekisi de ihale sonrası bağtlanacak sözleşme aşamasıdır. Bu bağlamda idare hukuku öğretisi ve yargı kararlarında, her bir aşamanın farklı hukuk kurallarına bağlı olduğu kabul edilmiştir. Şöyle ki; idarenin ihale kararı vermesi ile başlayan ve ihalenin yapılmasından sonra ihale üzerinde kalan kişiyle yapılacak sözleşmenin imzalanması aşamasına kadar geçen süreçte gerçekleşen tüm tasarruflar (işlemler ya da kararlar), sözleşmeden ayrılabilir işlem teorisine⁶⁸⁵ bağlı olarak idare hukuku ilke ve kurallarına bağlıdır. Bu

⁶⁸⁴ Burak Öder, “Kamu İhale Hukuku”, içinde: Günışığında Yönetim, İl Han Özay, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.449-450.

⁶⁸⁵ İlk kez Fransa’da Conseil d’Etat tarafından 20.yüzyılın başlarında verilen kararlara dayanılarak geliştirilen “ayrılabilir işlem teorisi”, idarenin taraf olacağı bir sözleşmenin oluşumu sürecindeki “izin”, ihale kararı”, “ihale şartnamesi”, “ihaleye girişin iptali”, “ihalenin iptali” gibi tasarrufların, idarenin tek yanlı olarak tesis ettiği, icari ve kesin niteliklere sahip idari işlemleri olduğunun kabul edilmesi ve bu bağlamda sözleşmeden ayrı olarak iptal davası yoluyla hukuka uygunluk denetiminin yapılabileceği esasına dayanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Sezginer, “İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 144 vd; ayrıca bkz. Kutlu, s.8, dip not.17.

Danıştay’ın da Conseil d’Etat tarafından benimsenen bu görüşe uygun kararlarının olduğu bilinmektedir. Danıştay 1.Dairesi’nin ayrılabilir işlem teorisinden hareketle verdiği bir kararda, “3096 sayılı Yasanın 4 üncü maddesi uyarınca yap-işlet-devret modeli çerçevesinde, imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte ve özel hukuk hükümlerine tabi olarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ... Elektrik Santralleri Tesis, İşletme ve Ticaret A.Ş. arasında 17.4.1987 tarihinde imzalanan ... Hidroelektrik Santrallerinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Kurumuna Toptan Satışına İzin Verilmesine Dair Sözleşme”nin Bakanlıkça feshedilmesine ilişkin işlemin mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararı ile durdurulması üzerine, fesih işleminin iptali, sözleşmenin devamı ve çekişmenin önlenmesi istemiyle açılan dava halen görülmekte iken anılan Şirketin, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumuna lisans başvurusunda bulunması dolayısıyla sözkonusu fesih işleminin bir idari işlem mi özel hukuk işlemi mi olduğu, ihtiyati tedbir kararlarının, idari yargıya özgü yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarıyla aynı etki ve sonucu doğurup doğurmayacağı ve ihtiyati tedbir kararı üzerine sözleşmenin geçerli sayılabilmesi için Bakanlıkça bir işlem tesisinin gerekip gerekmediği konularında Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunca düşünülen duraksamanın giderilmesine ilişkin” konuda “Bakanlığın tek taraflı fesih işleminin idare hukuku anlamında idari işlem mi, yoksa özel hukuk işlemi mi olduğu” sorusuna yanıt verirken, şu saptamalara yer vermiştir: “Olayda söz konusu sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Fakat “ayrılabilir işlem teorisi” yönünden ele alındığında, söz konusu fesih işleminin bağımsız ve ayrı bir işlem ve nitelik olarak da idarenin asıl sözleşmeden farklı olarak kamu gücüne dayanarak kullandığı tek yanlı bir irade açıklamasını içerdiğinden “idari işlem” olduğu; zira, Bakanlığın tek taraflı fesih yetkisini, sözleşmede bulunan ve buna izin veren bir hükümden dayanak alarak değil (Sözleşmede Bakanlık için böyle bir tek yanlı fesih yetkisi öngörülmemiştir.), kullandığı kamu otoritesinden ve kamu gücünden dayanak alarak kullandığı; eğer sözleşmede buna izin veren bir hüküm olsaydı, bu fesih yetkisinin sözleşmenin bir parçası ve sözleşme kapsamında bir konu olduğu tezinden hareketle, özel hukuk alanına giren bir konu olarak değerlendirilebilecekse de böyle bir durum söz konusu olmadığı için, Bakanlığın tek yanlı fesih işleminin tipik bir idari karar niteliğinde kabul edilmesi gerek(mektedir)”. Bkz. Danıştay 1. Daire, E.2003/19, K.2003/26, T.27.2.2003, (www.danistay.gov.tr).

bağlamda, sözleşmenin imzalanmasından önceki süreçte idare tarafından alınan kararların ya da tesis edilen işlemlerin hukuka uygunluk denetimini idari yargı yerleri yapmaktadır⁶⁸⁶. Bu bağlamda, sözleşmeden ayrılabilir nitelikte olan işlemlerine karşı dava açma süresi genel kurallara bağlıdır⁶⁸⁷. Buna karşın ihalenin yapılmasından sonra idare ile özel hukuk kişi arasında bağtlanacak sözleşme ise, özel hukuk hükümlerine bağlıdır ve bu nedenle sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargının görev alanına girmektedir. Gerek 2886 sayılı Yasa gerek 4734 sayılı Yasa kapsamında olsun yapılan tüm kamu ihaleleri bir sözleşmeye bağlanmaktadır. Bu kapsamda, Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerle ilgili esas ve usullerin düzenlendiği 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda⁶⁸⁸ yer alan, “*Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez, (md.4)*”; “*Bu*

⁶⁸⁶ Örneğin bkz. *Onar, Cilt II*, s.1622-1623; *Gözübüyük-Tan (Cilt I)*, s.609; *Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk*, s.1098; *Özay*, s.541; *Erkut*, s. 128-130; *Kutlu*, s. 102; Uyuşmazlık Mahkemesi'nin verdiği kararlarda bu yöndedir. Uyuşmazlık Mahkemesi 3.2.1997 ve E.1997/5, K.1997/4 sayılı kararında, 2886 sayılı Yasa'ya dayanılarak sözleşme aşamasına kadar idarece alınan kararlar ve yapılan işlemlerin idari nitelikte olduğu; ihale kararı alınması, ihale koşullarının saptanması, şartnamenin hazırlanması, tahmini bedelin belirlenmesi, ihale komisyonunun oluşumu, ihalenin ilanı, tekliflerin değerlendirilmesi, ihale kararının onayı, ihalenin iptali gibi tüm tasarrufları, idarenin yasanın verdiği yetkiye dayanılarak tesis ettiği ve buyurucu nitelikte olan işlemleri olarak kabul etmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında, idarenin yürüttüğü kamu hizmetiyle ilgili, idari usul ve esaslara uygun olarak yaptığı ihaleye ilişkin; sözleşme aşamasına kadar aldığı işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yerinin idari yargıya ait olduğuna karar vermiştir (E.2001/19-257,K.2001/285,T.21.3.2001).bkz.

http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/DokGosterMainServlet?dokumanId=95_3_ICM8_ICMNLSD15_UYAPVERIBANKASI59_26_A1001001A09C12B90750B3919518_A09C12B90750B391951_14_1162&dokumanTuru=YARGITAYKARARI&aranan= (erişim tarihi:10.4.2012). Danıştay ise, 2886 sayılı Yasa'nın uygulanışıyla ilgili bir kararında, 2866 sayılı Yasa kapsamına giren işlerin görülmesi için yapılan ihalelerde, ihale kararının kesinleşmesine kadar geçen süreç içinde idarece tesis edilen işlemlerin idari yargının; ihale kararının kesinleşmesinden sonra özel hukuk kişisi ile idare arasında akdedilen sözleşme ve bu sözleşme hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili işlemlerin ise, özel hukuk alanını ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının denetimine bağlı olacağına karar vermiştir (bkz. Danıştay 10.Daire, E. 1986/469, K.1988/1048, T. 9.6.1988; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2002/725, K.2003/88, T.7.3.2003, www.danistay.gov.tr).

⁶⁸⁷ Gürsel Kaplan, “*İdari Yargıda Dava Açma Süreleri*”, 3.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s.457. Hazırlayıcı işlem başlığı altında konuya değinen Duran, ihale, istimlak (kamulaştırma), imar ve sınav gibi tasarrufların idari kararların (işlemlerin) önceki aşamalarında gerçekleştirilen işlemlerin hazırlayıcı nitelikte olduğundan ayrı idari karar (işlem) olarak kabul edilmeyeceği ve bunlarda görülen hukuki sakatlıkların da ancak son karara karşı açılacak davada ileri sürülebileceği görüşündedir. Bununla birlikte Yazar, sözkonusu işlemlerde yapılan usuli işlemlerden herhangi birinin etkisi ile hukuki durumu belirlenip saf dışı bırakılan ve böylelikle menfaati ihlal edilen ilgililerin, işlemlerin sonucunda alınacak son (nihai)idari kararı (idari işlemi) beklemeden, kedilerine ilişkin ara işlemin hukuka aykırılığı savını ileri sürüp, iptalini isteyebileceklerini kabul etmektedir, bu olanağın da, “ayrılabilir işlem” kuramının sağladığını belirtmektedir. *Duran*, s.399.

⁶⁸⁸ R.G., T. 22.1.2002; Sy.24648.

Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır (md.36)” hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, anılan sözleşmeler özel hukuk hükümlerine bağlıdır⁶⁸⁹.

Ayrılabilir işlem teorisinin, sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi yoluyla görülecek elektronik haberleşme hizmetlerinde işletmecinin belirlenmesi amacıyla yapılacak ihaleler yönünden uygulanma olanağı yoktur. Şöyle ki; sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilecek işletmecilerin belirlenmesine yönelik olarak BTK tarafından yapılacak ihalelere ilişkin usul ve esasları *düzenleyen “Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkilendirmeye İlişkin İhale Yönetmeliği⁶⁹⁰”* hükümlerine bakıldığında⁶⁹¹ ihale sürecinin sonunda BTK ile ihale üzerinde kalan kişi arasında her hangi bir sözleşmenin yapılmadığı; buna karşın ihale kararının onaylanmasıyla - işletmecinin belirlenmesi sonucunun doğmasıyla- ihalenin kesinleşeceği ve bu karar gereğince kullanım hakkının verileceği görülmektedir. Bu yönden BTK'nın tek yanlı, icrai ve kesin nitelikteki bir idari işlemiyle kullanım hakkı verilmesinden önce yapılan ihaleye ilişkin alınan kararlar ya da tesis edilen işlemlerin idari işlem teorisi ışığında irdelenmesi gerekmektedir. Bu irdelemeyi yapan Öztürk, “*zincir işlem teorisi*”nden hareketle, “*ihale sürecinin çeşitli aşmalarında tesis edilen ve ilgili yönünden hukuksal sonuç doğuran idari işlemlerin ayrıca iptal davasına konu edilebilmesi mümkün olmakla birlikte, sürecin herhangi bir aşamasındaki hukuka aykırılığın sonuçta tesis edilen kullanım hakkının verilmesine ilişkin işlemi de sakatlayacağı ve bu işleme karşı açılan iptal davasında ileri sürülebileceği*” görüşünü savunmaktadır⁶⁹². Bu görüş, kamu ihale süreci sonucunda idare ile özel

⁶⁸⁹ Gözbüyük-Tan (Cilt I), s. 596.

⁶⁹⁰ R.G.T., 15.01.2010; Sy.27463. Bundan böyle, İhale Yönetmeliği olarak adlandırılacaktır.

⁶⁹¹ Yönetmeliğin ilgili maddelerinde, ihale komisyonunun gerekçeli kararını ihale yetkilisinin onayına sunacağı ve ihale kararının, ihale yetkilisi tarafından karar tarihinden itibaren en geç on beş işgünü içinde ya onaylanacağı ya da iptal edileceği; ihalenin, ihale kararının onaylanması durumunda geçerli olacağı; kesinleşen ihale kararının, ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç beş işgünü içinde, ihale üzerine bırakılan ve ayrıca ihaleye teklif veren bütün isteklilere imza karşılığı tebliğ edileceği ya da iadeli taahhütlü mektup ile tebligat adresine postalanacağı, mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün kararın isteklilere tebliğ tarihi sayılacağı; ihale üzerine bırakılan istekliye, ihale sonucunun tebliğ tarihini izleyen, on günden az olmamak üzere ihale şartnamesinde belirtilen süre içinde kesin teminatı vermesi ve ihale şartnamesinde belirtilen biçimde ihale bedeli ile katma değer vergisini ihale şartnamesinde belirtilen usule yatırması suretiyle kullanım hakkı alması hususunun BTK tarafından tebliğ edileceği ya da iadeli taahhütlü mektup ile tebligat adresine postalanacağı ve mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılacağı ve ihale üzerinde kalan isteklinin kesin teminatı ve ihale bedeli ile katma değer vergisini ihale şartnamesinde belirtilen usule yatırmak zorunda olduğu, kullanım hakkının verilmesinden sonra geçici teminatın iade edileceği düzenlemelerine yer verilmiştir (bkz. md. 28-33).

⁶⁹² Öztürk, s.34.

hukuk kişisi arasında bağtlanacak sözleşme öncesi aşamada, idarenin tek yanlı olarak tesis ettiği ve iptal davasına konu olabilecek icrai ve kesin nitelikteki işlemlerinin hukuka aykırılığının incelenebilme olanağı veren “ayrılabilir işlem teorisi”nin, sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi yoluyla yapılan yetkilendirme yönteminde uygulanmasına yer olmadığı saptamasıyla örtüşmektedir. Şöyle ki:

İdari işlem teorisinde, idari işlemlerin çeşitli yönlerden sınıflandırıldığı, bunlardan birinin de, iradenin sayısı bakımından yapılan ayırım olduğu bilinmektedir. Bu sınıflandırmaya göre idari işlemler; “basit –tek iradeli işlemler”, “kolektif işlemler” ve “karma işlemler” olarak üç gruba ayrılmaktadırlar⁶⁹³. *Basit (tek) iradeli işlemler*, bir tek idari organın (makamın) iradesini açıklamasıyla oluşan işlemlerdir ve örneğin bir memura disiplin amiri tarafından verilen uyarma cezası bu tür işlemlerden kabul edilmektedir⁶⁹⁴. *Kolektif işlemler* ise, birden fazla iradenin aynı anda ve aynı yönde açıklanmasıyla oluşan işlemlerdir⁶⁹⁵. İl genel meclisi ya da belediye meclisi kararları bu türe örnek olarak gösterilebilir. *Karma işlemler* de, aynı yönde ve aynı konu amaca yönelik birden fazla iradenin belli bir sıra izleyerek açıklanması sonucu oluşan işlemlerdir. Örneğin, ilgili bakanın, sonra başbakanın ve ardından cumhurbaşkanının iradeleriyle oluşan ortak kararnameler, bu tür işlemlerdendir⁶⁹⁶.

Bu yapılan sınıflandırmaya uygun olarak idareler, idari işleve giren birçok konuda ya da alanda kimi zaman basit-tek iradeli işlemler yaparken, kimi zaman da, bir karma ya da kolektif işlem olarak adlandırılan ve birden fazla iradenin bir araya gelerek gerçekleşen idari işlemler de yapmaktadırlar. İster tek ister birden fazla irade olsun, sonuçta idarenin bir hukuksal sonuç yaratmaya dönük bu hukuksal işlemi, idarenin tek yanlı işlemlerinden kabul edilmektedir. İşte zincir işlemler ya da bağlı işlemler⁶⁹⁷ adı verilen teori, nihai (son) ve kesin nitelikteki idari işlemin oluşumu aşamasına kadar geçen süreçte ortaya konulan iradelerin hukuksal niteliğinin ortaya konulmasına hizmet etmektedir.

⁶⁹³ Bkz. *Gözler-Kaplan*, s. 293; *Günday*, s. 128. İradenin sayısı yönünden yapılan bir başka gruplandırma, “basit-tek iradeli işlem”, “bileşik işlem” biçiminde yapılmakta ve “bileşik işlem” de kendi içinde “birleşme işlem” ve kolektif işlem” olarak iki alt gruba ayrılmaktadır. Bkz. *Akıylmaz-Sezginer-Kaya*, s. 385-386.

⁶⁹⁴ *Gözübüyük-Dinçer*, s.24.

⁶⁹⁵ *Gözler-Kaplan*, s.291.

⁶⁹⁶ *Günday*, s.129.

⁶⁹⁷ *Erkut*, s.121.

Zincir işlem öğretide *Erkut* tarafından; “belirli ve nihai bir sonucu doğurmak amacıyla birbirini takip eden ve tamamlayıcı bir dizi işlem” olarak tanımlanmıştır⁶⁹⁸. Bu tanımdan hareketle, zincir işlemlerin bir zincirin halkalarında olduğu gibi belirli bir sırayla birbirini izlemeleri ve aralarında hukuki bir bağlılık bulunması biçiminde ifade edilecek iki temel özelliğin bulunduğu belirtilmiştir⁶⁹⁹. Zincirin halkalarını oluşturan işlemler niteliği gereği icrai olmayan, hazırlık işlemlerdi, başka deyişle prosüdürel işlemlerdir. Bununla birlikte, Türk idare hukukunun esin kaynağı olarak kabul edilen Fransa’da gerek öğretide gerek Conseil d’État kararlarında kabul edilen biçimiyle zincir işlem teorisinde, zincirin halkalarını oluşturan işlemlerin birbirleriyle ya da nihai (son) işlemle bağlarının hem doğrudan hem de zorunlu nitelikte olması gerekliliği bulunduğu kabul edilmektedir⁷⁰⁰. Bu görüşten hareketle, idarenin kesin ve nihai işlemlerinden önceki aşamada gerçekleşen tüm işlemler, bağımsız olarak iptal davasına konu edilemeyecekleri ancak, nihai ve kesin işlemin hukuka uygunluk denetiminin yapılacağı bir iptal davasında biçim yönünden hukuka aykırılık savının bir gerekçesini oluşturacakları kabul edilmiştir⁷⁰¹. Öte yandan zincir işlem henüz

⁶⁹⁸ *Erkut*, s.122.

⁶⁹⁹ *Sezginer*, s.56.

⁷⁰⁰ Jacques Chevallier, “La fonction contentieuse de la théorie opération administratives complexe”, AJDA-1981, s.333-334, aktaran: *Erkut*, s.122; J.P. Corbel, “L’Annulation Partielle des Actes Administratifs”, AJDA-1972, s.150, aktaran: *Sezginer*, 57.

⁷⁰¹ *Erkut*, 123; *Sezginer*, 57. Öğretide Gözler-Kaplan, karma işlemler adı altında ele aldığı işlemlerde, iradelerin daha önceden öngörülmüş belli bir sıraya ya da yönetime uygun olarak açıklanması gerektiği, aksi durumun nihai ve kesin işlemi, biçim yönünden sakatlayacağı görüşündedir. *Gözler-Kaplan*, s.292. Danıştay İdari Dava Daireleri temyiz başvurusu yoluyla önüne getirilen bir uyuşmazlıkta bu görüşe uygun ve zincir işlem teorisi bağlamında şu ifadelerle yer vermiştir: ettiği belirtilen borcun istenmesine ilişkin olsa dahi taahhünameye bağlı olarak incelenmesinin zorunlu olması nedeniyle, idari davaya konu olabilecek idari işlem niteliğinde olduğu ve yüklenme. “(...)Uyuşmazlığın çözümlenebilmesi ve dava konusu işlemin niteliğinin açıkça ortaya konularak öncelikle görevli yargı yerinin belirlenebilmesi açısından, bu işlem ve yukarıda hukuki durumu ortaya konulan yüklenme senedinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Davacının imzaladığı yüklenme senedinin 657 sayılı Yasamın 78 ve 79. maddeleri uyarınca yurt dışında eğitim görebilmek için mevzuat uyarınca zorunlu şart olarak öngörüldüğü gözönüne alındığında, bu senedin davacı tarafından idare ile eşit düzeyde, kendi isteği ve iradesi ile imzalandığının kabulüne olanak bulunmadığından, idarece kamu gücüne dayanılarak ve tek taraflı irade ile tesis edilen bu işlemin dava konusu edilebilecek bir idari işlem olarak kabulünün zorunlu olduğu, dava konusu işlemin de, anılan yüklenme senedi ile başlayan ve davacının yurtdışına gönderildikten sonra başarısız olması nedeniyle eğitimini tamamlayamadan dönmesi üzerine yüklenme senedi uyarınca yükümlülüğünü yerine getirmesine ilişkin bulunan sürecin birbirini tamamlayan zincir işlem niteliğinde olduğu, tahakkuk senedi ile dava konusu işlemin bir bütün olarak incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır (...).” Bu saptamadan hareketle incelemesini yapan Danıştay İdari Dava Daireleri, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 78 ve 79.maddelerine dayanılarak 15.8.1994 tarihinde ABD’de master eğitimine gönderilen ve başarısızlığı nedeniyle eğitim programını tamamlamadan 27.5.1996 tarihinde yurda dönen davacıdan yapılan masrafların tahsil edilmesi, bu konuda yüklenme senedi alınması yasa ve yönetmelikte yapılan düzenlemenin doğal sonucu olduğu, ancak dosyadaki yüklenme senedinin incelenmesinden, idarenin yüklenme senedi ile yasada yer almamış olan yeni yükümlülükler getirdiği, (davacıya, “taahhüdünü ihlal ettiği takdirde, eğitim sebebiyle kendisi için yapılan masrafların tamamını iki katı ve faizi ile birlikte ödeme yükümlülüğü” getirilmiştir) yüklenme senedi ile getirilen

tamamlanmamış ise, bu durumda zincirin halkalarını oluşturan işlemler idarece geri alınabilir. Çünkü, henüz ortada kesin ve nihai bir işlem bulunmamakta ve bundan ötürü korunması gereken korunması gereken bir hukuki durum ve meşru çıkar yoktur⁷⁰².

Son olarak, zincirin parçası olarak kabul ettiğimiz halka işlemler ile nihai ve kesin işlem arasındaki o sıkı bağın zayıf ve çözülebilir bir görünüm kazanması durumunda, bu halka işlemlerinden her biri hukuksal niteliği ve etkisi dikkate alındığında icrai ve kesin nitelikte ve ayrıca ilgilinin menfaatini (çıkarını) etkiliyor ise, ayrı bir iptal davasının konusu yapılabileceği “*ayrılabilir işlem teorisi*” bağlamında kabul edilmelidir⁷⁰³.

Bu bilgiler ışığında sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi yönteminde işletmecinin belirlenmesi amacıyla yapılan ihale ve bu ihale sonucu yapılan yetkilendirmenin hukuki niteliği hakkında şunlar söylenebilir: BTK tarafından yapılan⁷⁰⁴ sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirmede, her ne kadar işletmecinin belirlenmesi için bir ihale süreci öngörülmüş olsa da, bu ihalenin sonucunda, kamu ihale mevzuatında olduğu gibi bir sözleşmenin yapılmaması, sözkonusu ihalenin yalnızca, kullanım hakkı verilerek işletmeci statüsü kazanacak olan özel hukuk kişinin belirlenmesi amacına dönük olması ve her durumda yetkilendirmenin idarenin tek yanlı, icrai ve kesin nitelikteki bir idari işlemiyle gerçekleşmesinde bir duraksama olmadığından, sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi yoluyla yapılan yetkilendirme hukuk niteliği itibariyle idari işlem teorisi yönünden ele alınmadır. Bu bağlamda, bu tür yetkilendirme işlemi, idari işlemlerin sınıflandırılmasında, karma işlemler grubunda ele alınmalıdır. Çünkü

ve fiilen gerçekleşen masrafların dışındaki bu yükümlülüğün yasal dayanağının bulunmadığı; davacıdan, yurtdışında bulunduğu sürece fiilen gerçekleşen masrafların döviz cinsinden ve tahsil tarihindeki T.C. Merkez Bankasına belirlenen efektif satış kuru üzerinden hesaplanarak istenebileceği bu biçimde hesaplanıp istenmesi gereken tutarın, iki katı faizi ile birlikte tahsil edileceği yolundaki dava konusu işlemde hukuki isabet bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri, E. 2002/769, K.2004/41, T.22.1.2004, www.danistay.gov.tr

⁷⁰² Turgut Tan, “*İdari İşlemin Geri Alınması*”, AÜSBF Yayınları, No.298, Ankara, 1970, s.102.

⁷⁰³ *Erkut*, 123; Sezginer, s.59; Duran, s.399.

⁷⁰⁴ EHK, ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını içeren ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin ihalelerin Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından gerekli görülmesi durumunda doğrudan yapılabileceği düzenlemesine yer vermiş olsa da, bu çalışmanın hazırlanması sürecinde henüz bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir.

burada, aynı yönde ve aynı konu ve amaca dönük birden fazla iradenin bir sıra izlenerek açıklanması sonucu oluşmaktadır.

Yapılan ihaleye ilişkin olarak, ihale kararının ihale yetkilisi tarafından onaylanarak kesinleşmesi üzerine, İhale Yönetmeliği ile ihale şartnamesinde yer alan yükümlülükleri yerine getirilmesinin ardından yetkilendirme işleminin yapılmasıyla, bu işleme karşı ihale katılan öteki işletmeci adaylarının iptal davası yoluyla idari yargıya başvurma hakları bulunmaktadır. Bu iptal davasında, hukuka aykırılık gerekçesi olarak, ihalenin kesinleşmesine kadar geçen süreçte alınan kararlardaki noksanlıklar ileri sürülebilir.

Bununla birlikte, İhale Yönetmeliği'nde yer alan düzenlemeden hareketle, ihale komisyonunun kararının onaylanmayarak iptal edilmesi durumunda, ihale katılan işletmeci adaylarının bu karara karşı yargısal başvuru yapıp yapamayacakları sorusu sorulabilir. Kanımca, sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirme yönteminde işletmeci adayının belirlenmesine yönelik yapılan ihalede alınan kararlar, nihai ve kesin işlem olan "yetkilendirme işlemi"nin oluşumu için yapılması gereken usuli işlemler olması ve icari etkisinin bulunmaması nedeniyle ayrı bir iptal davasına konu olamayacaklardır. Nitekim, anılan Yönetmelikte yer alan "İhale komisyonu gerekçesini belirtmek koşuluyla ihaleyi yapıp yapmamakta serbesttir"; "İhale kararı, ihale yetkilisi tarafından karar tarihinden itibaren en geç on beş işgünü içinde onaylanır veya iptal edilir"; "İhale; ihale kararının onaylanması halinde geçerli, iptal edilmesi halinde ise hükümsüz sayılır" ifadelerinden de anlaşılacağı üzere, idarenin bir takdir yetkisinin bulunduğu kabul edildiğinde, ihale kararının iptal edilmesi kararına karşı bir an için iptal davası açıldığı düşünülse bile, bu davada idari yargı yerinin yerindelik denetimi yapacağı kuşkusuzdur⁷⁰⁵. Bu yönden, yukarıda zincir işlem teorisinde de sözedildiği üzere, henüz nihai ve kesin işlemin (yetkilendirmenin) yapılamamış olması ve ortada korunması gereken bir

⁷⁰⁵ Anayasa'nın 125/4. maddesinde, yargı yetkisinin, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, hiçbir surette yerindelik denetimi biçiminde kullanılmayacağı kuralına yer verildikten sonra, devamla yürütme görevinin kanunlarda gösterilen biçim ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde ya da takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte 2577 sayılı Yasa'nın 2.maddesinin 2.bendinde de idari yargı yerlerinin yerindelik denetim yapamayacağı kuralına yer verilmiştir.

hukuksal yarar ya da ihlal edilen bir çıkar bulunmaması nedeniyle, idarenin, ihale kararını geri alması, başka deyişle iptal etmesi durumunda, bu karar iptal davasına konu edilemeyecektir.

V. Elektronik Haberleşme Alanında İdarenin Yargısal Denetimi: Görev-Yetki Konusu ile Yargılama İlke ve Kurallarının Belirlenmesi

Elektronik haberleşme hizmetleri alanında düzenleme yetkisi bulunan idarelerin bu kapsamda aldığı kararların, tesis ettiği işlemlerin ya da eylemlerinin, Anayasa'nın 125. Maddesinde yer alan "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*" genel ilkesinin doğal sonucu olarak, yargısal denetime bağlı olduğu kuşkusuzdur. Ancak bununla birlikte, elektronik haberleşme hizmetleri alanında düzenleme ve/veya denetleme yetkisine sahip bulunan idarelerin (örneğin Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı, BTK, RTÜK ya da Rekabet Kurumu...) birel ya da düzenleyici işlemleri ile eylemlerinin yargısal denetiminde hangi usul ve esasların uygulanacağı ya da yargısal denetimde geçerli olacak ortak ilke ve kuralların bulunup bulunmadığının ortaya konulmasında yarar olduğu kanısındayız. İşte bu başlık altında, elektronik haberleşme alanında düzenleme ve/veya denetleme yetkisi bulunan idarelerin işlem ve eylemlerinin yargısal denetiminin hangi usul ve esaslar çerçevesinde yapılacağı konusu ele alınmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda yapılacak incelemede esas olarak BTK ele alınacaktır.

Elektronik haberleşme hizmetleri alanında düzenleme ve denetleme yetkisine sahip bulunan BTK, bu yetki kapsamında kimi zaman düzenleme yetkisi çerçevesinde (örneğin yönetmelik, tebliğ, kullanım hakkı verilmesi gibi) idari işlemler tesis ettiği gibi, kimi zaman da denetleme yetkisinden kaynaklanan ve işletmecilere yönelik idari yaptırım niteliğinde kararlar (idari para cezası gibi) aldığı da görülmektedir. EHK tarafından verilen bu yetkilerden kaynaklanan işlemlerin, kararların ya da eylemlerin yargısal denetime açık olduğu kabul edildiğine göre, bu yargısal denetimin hangi usul ve esaslara bağlı olduğunun da ortaya konulması gerekir. Bu yönden elektronik haberleşme mevzuatında doğrudan yasayla özel bir düzenleme

yapıldığını görmekteyiz. EHK'nın "Dava hakkı" kenar başlıklı 62/1. maddesinde, "Kurumun sektörle ilgili işlemlerine karşı açılacak davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülür. Bu davalar Danıştay tarafından acele işlerden sayılır" biçiminde bir düzenleme yapılarak, ilk bakışta konunun açıklığa kavuşturulduğu izlenimi doğmaktadır. Buna ek olarak aynı Yasa'nın "İdarî para cezalarının uygulanması ve tahsili" kenar başlıklı 61. Maddesinde de "Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına karşı açılacak davalar hakkında 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uygulanır" ifadelerine yer verilmiş olmakla bu izlenim, ifade yerindeyse, pekişmektedir. Ancak burada teorik yönden kimi özel durumların tartışılmaya açılması, bu ilk izlenimin sorgulanmasına neden olacaktır. Bu konuda tartışmayı açmadan önce, EHK'nın 62/1. maddesinde yer alan düzenlemenin yargılama hukuku yönünden ne anlama geldiğini belirleyelim.

EHK'nın yukarı anılan maddesinde "Kurumun sektörle ilgili işlemlerine karşı açılacak davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür" biçiminde bir düzenleme yapılmış olmakla her şeyden önce, bu tür uyuşmazlıkların hangi yargı kolunda çözümlenecek biçiminde ortaya çıkacak duraksamaya son verilmiştir.

Öte yandan anılan düzenleme idari yargılama hukuku yönünden görevli yargı yerinin belirlenmesinde "özel görev kuralı" niteliğindedir. Şöyle ki; idari yargı alanında görevli yargı yerleri sırasıyla, Danıştay, idare mahkemeleri, vergi mahkemeleri ile bunların yanında Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'dir. Bu yargı yerlerinin usul hukuku yönünden görev alanları anayasa gereğince yasalarda açıkça belirtilmiştir. Bunlar arasında idare mahkemeleri, idari yargı alanında genel görevli mahkemeler olarak kabul edilmektedir. Nitekim, 2576 sayılı "Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri Ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu Ve Görevleri Hakkında Kanun"⁷⁰⁶unun "İdare mahkemelerinin görevleri" kenar başlıklı 5. maddesinde idare mahkemelerinin, vergi mahkemelerinin görevine giren ya da ilk derecede Danıştay'da çözümlenecek olan davalar dışındaki iptal ve tam yargı davalarının çözümünde görevli oldukları belirtilerek, genel görev kuralı yaratılmıştır. Genel görevli yargı yeri idare mahkemeleri olmakla birlikte, az önce anılan 2576 sayılı Yasa, 2575 sayılı Danıştay Kanunu⁷⁰⁷ ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare

⁷⁰⁶ R.G., T. 20.1.1982; Sy. 17580.

⁷⁰⁷ R.G., T. 20.1.1982; Sy. 17580.

Mahkemesi Kanunu ile görev alanları belirlenen, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay, vergi mahkemeleri ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ise, idari yargıda özel görevli mahkemeler olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda idari yargıda görev sorunu çözümlenirken öncelikle, uyuşmazlığın çözümünde özel görevli bir mahkemenin bulunup bulunmadığına bakılmakta, eğer özel mahkemenin (örneğin, Danıştay Yasa'nın 24.maddesiyle ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın özel görevli olması) görevine giren bir uyuşmazlık yoksa, bu durumda idari dava, genel görevli mahkeme olan idare mahkemelerinde açılmaktadır⁷⁰⁸.

EHK'da yapılan düzenlemeye tekrar dönecek olursak, *Kurumun sektörle ilgili işlemlerine karşı açılacak davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür*" biçimindeki düzenlemede yer alan "*sektörle ilgili işlemler*"den anlaşılması gereken nedir? Başka deyişle yasa koyucu, BTK'nın elektronik haberleşme alanında düzenleme ve denetleme yetkisinin kullanılmasından kaynaklanan tüm işlemleri ya da kararları yönünden özel görev kuralı mı öngörmüştür? Bu soruyu olumlu yanıtlarsak, BTK'nın idari yaptırım kararları da dahil tüm işlem ve eylemlerine karşı iptal ve/veya tam yargı davalarında görevli mahkeme Danıştay olacaktır.

BTK'nın sektörle ilgili işlemlerinden anlaşılması gerekenin ne olduğu konusunda EHK'da açık düzenleme yapılmamıştır. Yasa koyucunun bu yöndeki iradesinin saptanabilmesi için yasanın madde gerekçelerine bakılması gerektiği savunulmuştur⁷⁰⁹. Bu yolda yapılan değerlendirmede, yürürlüğe giren 5809 sayılı EHK'nın madde gerekçelerine değil, bu Yasa'nın Cumhurbaşkanı tarafından kimi maddelerinin yeniden görüşülmesi için TBMM'ye geri gönderdiği⁷¹⁰ 5803 sayılı Yasa'nın madde gerekçelerine bakılmıştır. 5803 sayılı Yasa'nın "*İdari para cezalarının uygulanması, tahsili ve zamanaşımı*" kenar başlıklı 61.maddesine bakıldığında, "*Kurum tarafından verilen idarî para cezaları, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde Kurum hesaplarına ödenir. Bu para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir.*"

⁷⁰⁸ İdari yargı yerleri arasında görev konusunun nasıl düzenlendiğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Gözübüyük-Tan (Cilt II)*, s.846 vd; *Çağlayan*, s.216 vd; *Yıldırım (İdari Yargı)*, s.10 vd; *Candan*, s.16 vd.

⁷⁰⁹ Hüseyin Bilgin-Yasin Sezer, "*İdari Yargı Açısından 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu*", *Terazi Hukuk Dergisi*, Nisan, 2009, Sy.32, s.

⁷¹⁰ Cumhurbaşkanının 1.8.2008 kabul tarihli 5803 sayılı Yasa'nın kimi maddeleriyle ilgili geri gönderme gerekçeleri için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss297.pdf> (erişim tarihi: 13.4.2012).

İtiraz, zaruret görülmeyen hallerde, evrak üzerinden inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlandırılır” biçimde bir düzenlemeye gidilmiş olduğu görülmektedir. Hemen ardından aynı Yasa'nın “*Dava hakkı*” kenar başlıklı 62/1. maddesinde ise, aynen 5809 sayılı Yasa'da yer aldığı biçimiyle, şu ifadelere yer verilmiştir: “*Kurumun sektörle ilgili düzenleyici işlemlerine karşı açılacak davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülür. Bu davalar Danıştay tarafından acele işlerden sayılır*”. 5803 sayılı Yasa'nın her iki maddesi birlikte incelendiğinde⁷¹¹, yasa koyucunun idari yaptırım kararları ile bunlar dışında kalan ve elektronik haberleşme sektörünü ilgilendiren öteki işlemlerin ya da kararların yargısal denetiminde görevli yargı yeri yönünden aslında bir ayrıma gitmiş olduğu anlaşılmaktadır⁷¹². Ancak, yasa koyucunun bu idaresi 5809 sayılı Yasa'ya yansımamıştır.

Hukuksal durum böyle iken, öncelikle BTK'nın idari yaptırım niteliğinde olan kararları dışında, elektronik haberleşme alanıyla ilgili birel ya da genel düzenleyici işlem niteliğinde olan idari işlemlerine karşı açılacak iptal ve/veya tam yargı davaları yönünden Danıştay, ilk derece mahkemesi olarak görev yapacaktır⁷¹³. Bu kapsamda örneğin BTK tarafından hazırlanan yönetmelikler, tebliğler, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu kararlarına ya da yetkilendirmeye ilişkin kararlara karşı açılacak idari davalarda özel görevli yargı yeri Danıştay olacaktır⁷¹⁴.

⁷¹¹ Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss255.pdf> (erişim tarihi:13.4.2012).

⁷¹² Bilgin-Sezer, s.

⁷¹³ Danıştay Yasası'nın 24.maddesi Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak görevli olacağı davaları belirtmiştir. Bunlar arasında örneğin, Bakanlar Kurulu kararlarına, Başbakanlık, bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının müsteşarlarıyla ilgili müşterek kararnamelere ya da Bakanlıkların düzenleyici işlemleri ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere karşı dava anılan Yasa'nın özel düzenlemesi gereğince ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecektir. Danıştay aynı zamanda, Danıştay Yasası'nın dışında özel yasalarla (örneğin, EHK) da ilk derece mahkemesi olarak görevlendirilebilir. Bilindiği gibi, Danıştay dava dairelerinin görevleri Danıştay Yasa'sında sayma yoluyla belirlenmekteydi. Ancak Danıştay Yasası'nda, 6110 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle artık dava dairelerinin iş bölümü (görevli oldukları uyuşmazlık konularının belirlenmesi) Danıştay Genel Kurulu tarafından belirlenmektedir. Bu kapsamda Danıştay Genel Kurulu'nun T.25.4.2011 ve E.2011/13, K.2011/13 sayılı kararı gereğince Elektronik Haberleşme Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli daire olarak “*onüçüncü daire*” belirlenmiştir. Anılan karar, 29.4.2011 tarihli ve 27919 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁷¹⁴ Türk hukuk mevzuatında özel yasa niteliğinde olan örneğin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 55.maddesiyle ya da 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 12.maddesiyle Danıştay'ın ilke derece mahkemesi sıfatıyla görevli olacağıının düzenlendiği görülmektedir.

Konunun bir öteki boyutu da, BTK'nın idari yaptırım niteliğinde olan kararlarına karşı yargısal başvurunun hangi usul ve esaslara bağlı olduğudur. EHK'nın bu konuda ne gibi bir düzenleme öngördüğüne bakmadan önce, Türk hukuk sisteminde idari yaptırım kararlarına karşı yargısal denetim konusunda yaşanan gelişmeleri, bağımsız idari otoriteler (düzenleyici üst kurullar) özelliğinde ele alalım. Kanımca bu konuda yapılacak değerlendirmeler EHK'nın öngördüğü düzenin anlaşılmasına da yardımcı olacaktır.

Türk hukukunda idari yaptırım kararlarına karşı yargısal denetimde hangi yargı kolunun (adli yargı-idari yargı ayrımı) görevli olacağı konusu, gerek öğretilerde gerekse yargı kararlarında tartışılan önemli konular arasına girmiştir. Özellikle 5326 sayılı Kabahatler Kanunu⁷¹⁵'nin yürürlüğe girmesiyle uygulamada, idari yaptırım kararlarına karşı yargısal başvurularda görevli mahkemenin neresi olduğunda ciddi duraksamalar yaşanmıştır. Bu duraksama kimi zaman yargı kararlarıyla (Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarıyla), kimi zaman da doğrudan yasal düzenlemelerle giderilmeye çalışılmıştır.

İlk olarak, idari yaptırım kararlarının niteliği gereği idari işlem oldukları ve idare hukuku ilke ve kurallarına göre tesis edildiklerinin kabulünden hareketle, bu tür işlemlerin yargısal denetiminin idari yargı tarafından yapılması gerekir görüşü savunulabilir. İdari yargının görev alanının, Anayasa Mahkemesi kararları ve öğretilerdeki görüşlerden hareketle belirlenmesine çalışan Ayanoğlu'nun saptamasıyla⁷¹⁶, *idari yargının görev alanı, Anayasa Mahkemesi kararları ve öğretinin yorumları doğrultusunda, idarenin idari nitelikli eylem, işlem ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların yargısal denetiminin yapıldığı idari davaları çözümlenmek biçimde tanımlandığında*⁷¹⁷, az önce yer verilen görüşün aksi

⁷¹⁵ R.G., T.31.3.2005; Sy.25772 (Mük.). Kabahatler Kanunu'nun "Başvuru yolu" kenar başlıklı 27/1.maddesinde, "İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir" düzenlemesine yer verilmiştir.

⁷¹⁶ Bkz. Taner Ayanoğlu, "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemlerin Tanımlanması", Legal Yayınevi, İstanbul, 2004, s.20-31.

⁷¹⁷ Elektronik haberleşme alanında idarenin yargısal denetimi konusunda yukarıda da söylendiği gibi, BTK'nın idari yaptırım niteliğindeki kararları dışında birel ya da genel düzenleyici işlemlerine karşı yargısal denetimde görevli yargı kolunun (idari yargı, Danıştay) yasayla açıkça belirlenmesi ve bu başlık altında özellikle BTK'nın idari yaptırım kararlarının yargısal denetiminin usul ve esaslarının belirlenmesi amacına yöneldiğinden, idari yargının görev alanının belirlenmesi konusunda ayrıntıya girilmemiştir.

düşünülerek, idari yaptırım niteliğinde bir kararın ya da işlemin yargısal denetimi, idari yargının görev alanı dışında tutulabilir mi? Bunu başka bir deyişle soracak olursak; idari yaptırım kararlarından bir kısmını ya da tümünün idari yargı dışında bırakan bir yasal düzenleme yapma konusunda yasama organının mutlak takdir yetkisi bulunmakta mıdır?

İdare hukuku öğretisinde, yasa koyucunun adli yargı idari yargı ayrımı konusundaki kural koyma yetkisinin mutlak olmadığını savunan *Kutlu*, ilke olarak, Anayasa'nın 125. maddesi gereğince, idarenin kamu hukuku alanındaki işlemlerinin denetiminde idari yargının, özel hukuk alanındaki işlemlerinin denetiminde ise adli yargının görevli olması görüşündedir⁷¹⁸. *Özay* ise, idari yaptırımlar konusunun özelliği gereği, yargısal denetimlerinde idari yargı kadar adli yargı yerlerinin de kanunla yetkili kılınabileceğine vurgu yaptıktan sonra, idari işlemlerin kural olarak idari yargı yerleri tarafından denetlenmesinin, ülkemizde uygulanmakta olan idari rejimin doğal bir sonucu olduğunu, eğer kanunlarda aksine bir düzenleme yoksa idari yaptırım kararlarının yargısal denetiminin idari yargı yerlerince yapılması gerektiğini savunmaktadır⁷¹⁹. İdari işlem ve eylemlerin yargısal denetim görevinin idari yargı yerlerinin tekelinde olduğunu savunan *Güran* da, hiçbir gerekçe ile devredilemeyecek olan bu mutlak tekelin dayanağının idari rejim ya da benzeri kavramlara değil, doğrudan doğruya Anayasaya dayandığı görüşündedir⁷²⁰. Yargı birliği sistemini benimsemiş olan ülkeler yönünden idarenin işlem ve eylemlerinin ya da yürüttüğü etkinliklerden doğan uyuşmazlıkların yargısal denetiminin genel mahkemelere bırakılmasının hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmayacağı, ancak idari rejimi benimsemiş olan ülkelerde, genel mahkemelerin idari işlem ve eylemlerin yargısal denetim yetkisinden soyutlandığı ve bu yetkinin idari yargı yerlerine verildiği düşünüldüğünde, idari işlem ve eylemlerin yargısal denetim yetkisinin adli yargı yerlerine bırakılmasının bu işlem ve eylemler üzerinde yapılacak olan yargısal denetimi etkisiz bırakacağını savunan *Günday*, aynı zamanda idari yargının görev alanının belirlenmesi için kullanılan örneğin kamu hizmeti ölçütü ya

⁷¹⁸ Meltem Kutlu, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Denetimi", Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, DEÜ Yayını, İzmir, 2005, s.514 vd.

⁷¹⁹ İl Han Özay, "İdari Yaptırımlar", İÜHF Yayınları No.691, İstanbul, 1985, s.139-140. Benzer görüş için bkz. Yücel Oğurlu, "İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Koruma", 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s.133.

⁷²⁰ Sait Güran, "İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları", Danıştay Sempozyumu, 2008, Danıştay Yayınları No.77, s.58.

da kamu gücü ölçütünün de yetersiz ve elverişsiz olduğu görüşündedir⁷²¹. Öte yandan idari yaptırım kararlarının, idarenin kamu gücü kullanarak kişileri cezalandırıcı nitelikte etki gösteren yaptırım niteliğinde bulunması karşısında, ceza hukuku ilke ve kurallarından etkilenmelerinin kaçınılmaz olduğunu savunan *Karabulut*, bu durumun idari yaptırımların yargısal denetiminde idari yargının görevli olması kuralını değiştirmeyeceği görüşündedir⁷²². Son olarak, idari yargının görev alanı konusunda anayasal dayanak bulunduğu savını ileri süren *Ayanoğlu* ise, Anayasa’da idari bir davanın başka yargı düzeninde görülemeyeceğine ilişkin açık bir yasaklayıcı hüküm bulunmamakla birlikte, idari yargının görev alanının anayasal dayanaklı tanımının, adli yargıya aktarma yasağının da dayanağını oluşturduğunu savunmuş ve devamla, idari işlem ve eylemlere karşı açılacak davaların adli yargıda görüleceğine ilişkin yasaların Anayasa’ya aykırılığının idari yargı yerleri ve Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi’nin önüne getirilmemesinin nedeninin, bu yargı organlarının, idari yargının görev alanı konusunda anayasal bir dayanağın bulunduğu inanmamaları olarak göstermiştir⁷²³.

İdari yaptırım kararlarının kimilerinin idari yargının görev alanı dışına çıkarılması sonucunu doğuran yasal düzenlemelerin Anayasa’ya uygunluğunu inceleyen Anayasa Mahkemesi’nin konuya yaklaşımının bir bütünlük oluşturduğu söylenemez. Bunun gerekçesini yine Yüksek Mahkeme kararlarına yer vererek açıklamaya çalışalım. Hukuk devletinin bir gereği olarak idarenin tüm işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olmasının zorunlu bulunduğunu ve bunun hukuk devleti olmanın vazgeçilmez koşullarından biri olduğunu savunan AYM⁷²⁴, ilke olarak idari işlem ve eylemlerden kamu hukukuna ilişkin olanların idari yargıda, özel hukuk alanında gerçekleşen işlem ve eylemlerin ise, adli yargıda denetiminin yapılması gerektiği görüşündedir⁷²⁵. AYM, bu görüşten hareketle verdiği bir kararda, Anayasa’nın “*Yargı yolu*” kenar başlıklı 125. maddesinin birinci fıkrasındaki “*İdarenin her türlü*

⁷²¹ Metin Günay, “*İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları*” Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 14, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1997.

⁷²² *Karabulut*, s. 85-86. Yazar aynı zamanda, idari yaptırımların hukuki niteliği ve Anayasa’da öngörülen adli-idari yargı ayırımının dikkate alınması karşısında, Kabahatler Kanunu’nda öngörülen ve idari yaptırımların adli yargının görevli olduğunu belirleyen kuralların yasadan çıkarılarak bu tür kararların yargısal denetiminin idari yargının görev alanına alınması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. *Karabulut*, 86.

⁷²³ *Ayanoğlu*, s.31-39.

⁷²⁴ Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin E.1990/40, k.1991/33, T.1.10.1991, (www.anayasa.gov.tr).

⁷²⁵ *Karabulut*, s.78. AYM’nin bu görüşteki örnek kararı için bkz. E. 1994/43, K.1994/42-2, T.9.12.1994, (www.anayasa.gov.tr).

eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” biçimindeki kuralın, kuşkusuz idarenin “*her türlü*”, başka deyişle kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsadığını savunurken; bunlardan, kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler için idarî yargının, özel hukuk alanındakiler için de adli yargının görevli olduğunda duraksamanın bulunmadığını belirtmektedir. Öte yandan AYM, yasama organının, anayasal bir gerek olarak idare hukuku alanına giren bir idari eylem ya da işleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip olmadığını, aksine görüşün kabul edilmesinin, Anayasa'nın “*Kanuni hakim güvencesi*” kenar başlıklı 37. maddesinin birinci fıkrasında yer verilen “*hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz*” biçimindeki buyurucu kurala aykırılık oluşturacağını savunmuştur. Bu görüşten hareketle Yüksek Mahkeme, Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen, idari uyuşmazlıkların çözümlenme görevinin Danıştay'ın görevleri arasında sayılmasının da bu nedene dayandığını savunmuştur⁷²⁶.

Yukarıda yer verilen kararında yasama organının, *anayasal bir gerek olarak idare hukuku alanına giren bir idari eylem ya da işleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip olmadığı* görüşünde olan AYM, idari yaptırım kararı niteliğinde olan bir idari işlemin yargısal denetimini adli yargıya bırakan yasal düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğu konusunda duraksama yaşamıştır. Örneğin, 3194 sayılı İmar Kanunu⁷²⁷, nun 42. maddesiyle⁷²⁸ ilgili verdiği bir kararda⁷²⁹, bir anlamda, yasama organının idari eylem ya da işleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip olmadığı görüşünü yumuşatmıştır. Yüksek Mahkeme bu kararında, “*(...) kural olarak idare hukuku alanına giren konularda idarî yargı, özel hukuk alanına giren konularda adli yargı görevli olacaktır. Bu durumda idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğu söylemek olanaklı değildir. İdarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasakoyucu tarafından adli yargıya*

⁷²⁶ Benzer nitelikte karar için bkz. AYM, E.1976/1, K.1976/28, T.25.5.1976, (www.anayasa.gov.tr).

⁷²⁷ R.G., T.9.5.1985; Sy.18749.

⁷²⁸ İmar Kanununun bu maddesinin beşinci fıkrası, AYM tarafından iptal edilmesinden önceki biçiminde “*Bu cezalara karşı cezanın tebliğinden itibaren yedi gün içinde sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak sonuçlandırılır. İtiraz üzerine verilen karar kesindir*” ifadelerine yer verilmiştir.

⁷²⁹ E.1996/72, K.1997/51, T.15.5.1997, (www.anayasa.gov.tr).

bırakılabilir (...)” ifadelerine yer verirken artık, idari bir uyuşmazlığın çözümünün adli yargı yerine bırakılmasının haklı bir nedene ve kamu yararına dayanması gerektiğini söylemektedir⁷³⁰. Örneğin AYM, bu kararda incelediği yasal düzenlemeyle, *bir idari işlemin bir bölümünün idari yargının, öteki bölümün ise adli yargının denetimine bırakılmasında*, kamu yararı bulunmadığı görüşündedir. Ancak AYM, bir başka kararında⁷³¹, 3493 sayılı Yasa'nın 26. maddesiyle değiştirilen 1475 sayılı İş Kanununun 108. maddesinin incelenen ikinci tümcesinde yer alan, *Bölge Müdürlüğünce idari nitelikte verilen para cezalarına karşı 7 gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine itiraz edilebileceğine* ilişkin kuralın Anayasa aykırı olmadığına karar verirken de şu gerekçelere dayanmıştır: “(...) *Bu incelemede tüm ceza yargılama kararlarında olduğu gibi önce eylemin suçlanan tarafından işlenip işlenmediği iş bu hukuk kuralları karşısındaki durumu saptanarak yaptırım gerektirip gerektirmediği araştırılacaktır. Bu durumda, uyuşmazlık konusu eylemin, idarî yargıda incelenip çözüme bağlanacak idarî bir işlem ya da karar olsa da, söz konusu Yasa'nın değişik 108. Maddesi ikinci fıkrasının ikinci tümcesi ile bu tür uyuşmazlıkların adli yargı yerinde çözümleneceğine ilişkin düzenlemenin, Anayasa'nın yargı ile ilgili genel ilkelerine ve dolayısıyla 154. ve 155. maddelerine aykırı bir yönü yoktur*”.

İdari yaptırım kararlarına karşı açılan iptal davalarında görevli yargı kolunun, yani adli yargı mı, idari yargı mı sorununu, belirlenmesi konusunda yaşanan duraksama Uyuşmazlık Mahkemesi (UM) kararlarına da yansımıştır. UM, görev yönünden yargı kolunun belirlenmesi istemiyle önüne gelen uyuşmazlıklarda temel ilke olarak, idarenin organları eliyle idari usullere (yöntemlere) göre uygulanması ve idare hukukunun bir yaptırımı (müeyyidesi) olması nedeniyle, idari işlem niteliğini taşıyan ve bu yönüyle adli cezalardan ayrılan idari cezaların yargısal denetiminde kural olarak idari yargı yerlerinin görevli olması görüşündedir⁷³². Örneğin, Uyuşmazlık Mahkemesi verdiği bir kararda⁷³³, “(...) *belediyenin, görevinde olan kamusal yetkiyi kullanarak verdiği işyeri işletme ruhsatını iptal etmesi, kamu gücüne dayanan, re'sen*

⁷³⁰ AYM'nin aynı yönde bir başka kararı için bkz. E.2006/75, K.2006/99, T.4.10.2006, (www.anayasa.gov.tr).

⁷³¹ E. 1989/29, K.1990/19, T.10.7.1990 (www.anayasa.gov.tr). Aynı yönde başka karar için bkz. E.2001/378, K.2004/13, T.11.2.2004, (www.anayasa.gov.tr).

⁷³² Uyuşmazlık Mahkemesi kararı, E. 2001/104, K.2001/112, T.24.12.2001 (R.G., T.1.4.2002; Sy.24713).

⁷³³ Bkz. E.2000/11, K.2000/19, T.12.6.2000

ve tek yanlı olarak tesis ettiği idari işlem niteliğini taşımakta olup; bu işleme karşı açılan davanın, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davalarına bakmakla görevli idari yargı yerince çözümleneceğinde kuşkuya yer bulunmamaktadır” görüşüne yer vermiştir.

Anılan Mahkeme bununla birlikte, yasa koyucunun idari cezalara karşı ilgililerin yalnızca yapılan tespitin (saptamanın) gerçeğe aykırılığı ile maddi ağır yanlışlıklar bulunduğunu ileri sürerek yapacakları itirazlarda, ülke genelinde yaygın bir örgüte sahip bulunan ve sade (yalın) bir usulle incelenerek kesin kararlarla süratle sonuçlandırılması gibi pratik düşüncelerle, adli yargının görevli kılınmasının olanaklı olduğunu, ancak bu durumda da, görevli yargı yerinin adli yargı olduğunun ilgili yasada açıkça belirtilmesi gerektiğini kabul etmektedir⁷³⁴.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin konuya yaklaşımı böyle olmakla birlikte, Türk hukuk mevzuatına 2005 yılında giren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile birlikte idari yaptırımların yargısal denetiminde önemli ve köklü değişiklikler yapılmış ve bu yeni hukuksal durum, doğal olarak, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararlarını da etkilenmiştir. Yasa'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte uygulamada idari yaptırım niteliğinde olan idari işlemlerin (kararların yargısal denetimini hangi yargı kolunun yapacağı konusunda, adli yargı ve idari yargı yerleri arasında görev uyuşmazlıklarının doğduğu görülmüştür. Bunun nedeni, anılan Yasa'nın 30.3.2005 kabul tarihli ilk biçiminde, Kabahatler Kanunu'nun genel yasa niteliğini vurgulayan 3.maddesinde yer alan, “*Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler⁷³⁵ hakkında da uygulanır*” düzenlemesi olmuştur. Bunun anlamı, temel ve genel bir yasa olarak Kabahatler Kanunu, kabahat türünden düzenleme içeren tüm

⁷³⁴ Bu kararda yer alan ve adli yargının yalın ve seri yargılama usulünün bulunduğu ile yaygın örgütlenmiş olma savı, uygulamada belki de “tespit davaları” için geçerli olduğu kabul edilse de, Oğurlu'nun da yerinde ifadesiyle, bu her iki gerekçe, idari yaptırım kararlarının idari yargı yerleri dışında, adli yargı yerlerinde görülmesinin kabul edilebilir nedeni olmaz. Bkz. Oğurlu, s.136. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin benzer nitelikteki kararları için bkz. E.1998/13, K.1998/16, T.6.7.1998 (R.G., T.29.7.1988, Sy.23417 Mük.); E.1988/11, K.1988/19, T.12.7.1988 (R.G., T.26.10.1988; Sy.19971).

⁷³⁵ Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.5326 sayılı Yasa, md.2.

yasalar, anılan Yasa'ya uygun olmak durumundadır⁷³⁶. Bununla birlikte aynı Yasa'nın "Başvuru yolu" kenar başlıklı 27.maddesinde de, "*İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir*" düzenlemesine yer verilerek, idari yaptırım niteliğinde olan kararların yargısal denetiminde adli yargı yerinin (sulh ceza mahkemesi) görevli olacağı kuralı getirilmiştir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesi karşısında, bu Yasa'nın öteki kanunlarda düzenlenen idari yaptırımlar ile bunlara karşı yapılacak itirazlara ilişkin görev hükümleri üzerindeki etkisini inceleyen Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu tarihlerde verdiği kararlarda⁷³⁷ şu değerlendirmelere yer vermiştir: "*(...) Kabahatler Kanunu Tasarısı Gerekçesinde, özetle, bu düzenleme ile, özellikle ekonomik hayata ilişkin düzenlemelerde kazuistik olarak idari ceza yaptırımı öngören ve bir sistemden yoksun olan hükümlerin önüne geçebilmek ve ayrıca hukuk uygulamasında birliği ve hukuk güvenliğini temin etmek amacıyla, belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan kabahatler hakkında da uygulanmasının sağlanacağı belirtilmiştir. Buna göre, Kabahatler Kanunu'nun belirlediği ilke ve esaslara uyan diğer kanunlardaki idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırımlara karşı yapılacak itirazlarda sulh ceza mahkemesi genel görevli kalmıştır. Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan, görev konusunda taraflar için bir müstesap hak doğmayacağı; bu nedenle, yeni bir yasayla kabul edilen görev kurallarının, geçmişe de etkili olacağı, bilinen bir genel hukuk ilkesidir. Böylece, davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme, yeni bir yasa ile görevsiz hale gelmiş ise, (davanın açıldığı anda görevli olan ve fakat yeni yasaya göre görevsiz hale gelen) mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekeceği; ancak, yeni yasadaki görev kuralının, değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağına dair geçiş hükümlerinin varlığı halinde, mahkemece görevsizlik kararı verilemeyeceği açıktır (...) Bu açıklamalara göre, Kabahatler*

⁷³⁶ Bahri Öztürk, " Kabahatler Kanunu'nun Genel Esasları", içinde: İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, editörler: İlhan Ulsan-Funda Başaran Yavaşlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.127.

⁷³⁷ Örneğin bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi kararı, E.2005/84, K.2005/105, T.21.11.2005; E.2005/77, K.2005/103, T.21.11.2005, (R.G.,T.28.12.2005; Sy.26037).

Kanunu'nun uygulanabilmesi için idari yaptırımın, dayanağı olan yasanın amacı dikkate alınarak, Kabahatler Kanunu'nun; 1. maddesinde belirtilen alanların korunmasına yönelik bulunması, 2. maddesinde yapılan kabahat tanımına ve 16. maddesinde belirtilen yaptırım türlerine uyması, 19. maddesinde sayılan geçici istisnalardan olmaması, 27. maddenin (1) numaralı bendinde itiraz yolu öngörülen idari yaptırımlardan olması gerekmektedir". Bu karardan da anlaşılacağı üzere, idari yaptırım kararlarına karşı anılan Yasa'nın uygulanabilmesi için, idari yaptırım kararının;

- a. Yasa'nın 1. maddesinde belirtilen alanların korunmasına yönelik bulunması,
- b. Yasa'da yapılan kabahat tanımına uyması,
- c. Yasa'nın 19. maddesinde sayılan geçici istisnalardan olmaması ve,
- d. Yasa'nın 27. maddenin (1) numaralı bendinde itiraz yolu öngörülen idari yaptırımlardan olması gerekmektedir.

Uygulama böyle iken, 5326 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından 2006 yılında iptal edilmesi⁷³⁸ ve ardından 5560 sayılı Yasa⁷³⁹ ile anılan

⁷³⁸ Anayasa Mahkemesi'nin E.2005/108, K.2006/35 sayılı ve 1.3.2006 tarihli kararında, 5326 sayılı Yasa'nın 3. maddesini iptal ederken şu gerekçelere yer verdiği görülmektedir: (...) *Kabahatler Kanunu'nun "Genel kanun niteliği" başlıklı itiraz konusu 3. maddesinde, "Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır." denilmek suretiyle, Kanun'un Birinci Kısımındaki maddelerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir (...)*Anayasa'nın 125 maddesinin birinci fıkrasında, "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"; 140. maddesinin birinci fıkrasında, "Hakimler ve savcılar adli ve idarî yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar"; 142. maddesinde "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir"; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, "Danıştay, idarî mahkemelerce verilen kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" denilmektedir. Bu kurallara göre, Anayasa'da idarî ve adli yargının ayrılığı kabul edilmiştir. Bu ayırım ıyırınca idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idarî yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tâbi olacaktır. Buna bağlı olarak idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun geniş takdir hakkının bulunduğu söylemek olanaklı değildir. Ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verildiği görülmektedir. Daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olması doğaldır. Ancak, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılması olanaklı değildir. Bu durumda, itiraz konusu kuralla diğer yasalardaki kabahatlere yollama yapılarak, yalnızca yaptırımın türünden hareketle ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmeden, bunları da kapsayacak biçimde başvuru yolu, itiraz, bunlara ilişkin usûl ve esasların değiştirilmesi, Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırıdır, Kural'ın iptali gerekir(...)"

⁷³⁹ R.G., T.19.12.2006; Sy. 26381.

maddenin yeniden düzenlenmesiyle⁷⁴⁰ birlikte, idari yaptırım kararlarına karşı yargısal başvuru yolları şu esaslara göre biçimlenmiştir: Kabahatler Kanununun genel yasa konumunda olup, eğer özel yasalarda idari yaptırım kararlarına karşı yargısal başvuru yeri olarak idari yargı gösterilmiş ise, bu durumda artık adli yargı yerlerine (sulh ceza mahkemesi) gidilmemektedir. Bununla birlikte, idari yaptırım kararlarına karşı yargısal başvuru yolu gösterilmemiş ya da doğrudan adli yargının görevli olduğu belirtilmiş ise, bu durumda da yargısal başvuru adli yargı yerine (sulh ceza mahkemesine) başvurulacaktır⁷⁴¹.

İdari yaptırım kararlarına karşı yargısal başvuru yollarının bağlı olduğu temel ilkeyi böyle belirledikten sonra, bu temel ilke çerçevesinde, elektronik haberleşme alanında sektörde etkinlik gösteren bildirim ya da kullanım hakkı verilmesi yoluyla işletmeci statüsü kazanan özel hukuk kişilerine yönelik alınan idari yaptırım kararlarına karşı yargısal başvurunun nasıl düzenlendiğine bakalım. Yukarıda da yer verildiği gibi EHK'nın 61/1. maddesinde, BTK'nın idari yaptırım niteliğindeki kararlarına karşı açılacak davalarda yargılamanın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine bağlı olduğu kuralı getirilmiş ve hemen ardından 62. maddeyle de, elektronik haberleşme sektörüyle ilgili BTK kararlarına karşı açılacak davalarda Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak görevli olduğu belirtilmiştir. EHK'nın 62.maddesinin yargısal uyuşmazlıklar yönünden *özel görev kuralı* niteliğinde olduğunu daha önce belirtmiştik. BTK'nın İdari yaptırım niteliğinde olan idari para cezası dahil, öteki yaptırım kararlarına karşı açılacak davalar yönünden de, anılan madde özel görev kuralı niteliğindedir ve sonuç olarak EHK'nın 61/1. ve 62. maddeleri karşısında, Kabahatler Kanunu'nun uygulama alanı bulunmamaktadır. Başka ifadeyle, Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında yer bulan, Kabahatler Kanunu'nun, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin öteki kanunlarda aksine hüküm bulunmaması durumunda uygulanacağı; özel kanunlarda

⁷⁴⁰ 5326 sayılı Yasa'nın 3. maddesi yeni biçimiyle şöyledir: (1) Bu Kanunun; a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır.

⁷⁴¹ Karabulut, s. 87. Uyuşmazlık Mahkemesi de belirtilen bu yeni düzene göre; Kabahatler Kanunu'nun, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, öteki kanunlarda aksine hüküm bulunmaması durumunda uygulanacağı, özel kanunlarda görevli mahkemenin gösterilmesi durumunda ise uygulanmayacağını açıkça belirtmektedir. Örnek kararlar için bkz. E.2010/116, K.2010/196, T.4.10.2010; E.2010/123, K.2010/199, T.4.10.2010 (R.G., T.14.10.2011; Sy.28084).

görevli mahkemenin gösterilmesi durumunda ise uygulanmayacağı biçiminde ifade edilecek temel ilke karşısında, BTK'nın idari yaptırım kararlarına karşı yargısal başvuruda özel yasal düzenleme öngörüldüğünden, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay görevlidir⁷⁴². Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu yönde bir kararının bulunduğu görülmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi bu kararda⁷⁴³, EHK'nın 61.maddesi karşısında, elektronik haberleşme sektörüyle ilgili idari yaptırım kararına karşı idari yargının görevli bulunduğuna karar vermiştir.

Türk hukuk sisteminde üst kurulların idari yaptırım niteliğinde kararlarına karşı (örneğin idari para cezası verilmesi gibi) yargısal başvurunun hangi yargı koluna yapılacağına ilişkin düzenlemelerde ortak usul kurallarının bulunmadığı görülmektedir. Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinin AYM tarafından iptal edilmesi üzerine, yasa koyucunun yeniden düzenlemeye gittiğini yukarıda belirtmiştik. Bu düzenlemenin gerekçesine bakıldığında⁷⁴⁴, uygulamada yaşanan sıkıntıların giderilmesi amacıyla hareket edildiği görülmektedir. Özellikle madde gerekçesinde yer verilen, "(...) Ancak, bu uygulama, üst kurullar tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin olarak yargı yolu bakımından bir tartışmaya neden olmuştur üst kurullar tarafından belli sektörlerdeki faaliyetlerin denetlenmesi bağlamında yüksek meblağlarda idarî para cezaları verilebilmektedir. Bu itibarla, madde metninde, özellikle üst kurullara ilişkin kanunlarda bu kurulların vereceği idari para cezalarına karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştaya gidilebilmesine imkân tanıyan bir düzenleme yapılmıştır" ifadelerden anlaşılan, yasa koyucunun bu yasal değişikliğe götüren en önemli etken üst kurullar yönünden olmuştur. Ancak öğretilerde *Karabulut*'un da ifade ettiği gibi⁷⁴⁵, Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde yer bulan

⁷⁴² Bilgin-Sezer, s. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu yönde bir kararı bulunmaktadır. Bu kararda Uyuşmazlık Mahkemesi EHK'nın 61.maddesi karşısında, elektronik haberleşme sektörüyle ilgili idari yaptırım kararına karşı idari yargının görevli bulunduğuna karar vermiştir.

⁷⁴³ E.2008/116, K.2008/298, T.17.11.2008 (R.G., T.24.7.2009; Sy.27298).

⁷⁴⁴ Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c137/tbmm22137025ss1255.pdf> (erişim tarihi: 15.4.2012).

⁷⁴⁵ *Karabulut*, uygulamadan örnek vererek, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu ve Rekabet Kurulu'nun (bunlara BTK'yı da ekleyebiliriz A.Ö) idari yaptırım kararlarına karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'a başvurulabileceği, ancak Sermaye Piyasası Kurulu'nun verdiği idari yaptırım niteliğinde olan kararlarına karşı adli yargı yerlerinde dava açıldığını, bu durumun uygulamada sorunlar çıkaracağını savunmuştur. *Karabulut*, s.86-87. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/A maddesi uyarınca verilen ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanunla değişik 3. maddesi kapsamına giren idari para cezasına karşı yapılan itirazın, adli yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiği yönünde kararlar verdiği bilinmektedir. Örnek karar için bkz. E.2007/55, K.2007/197, T.5.11.2007, (R..G.,T. 5.8.2008; Sy.26958); E.2008/424, K.2009/118, T. 4.5.2009, (R.G., T.24.7.2009; Sy.27298). Ancak

bu gerekçenin üst kurulları düzenleyen özel yasalara yansımadağı ve bu durumun uygulamada farklılıklar yaratacağı gerçeğı karşısında, üst kurulların idari yaptırım niteliğindeki kararlarına karşı yargısal başvurunun idari yargı (ilk derece mahkemesi olarak Danıştay) yerlerine ait olduğuna ilişkin özel yasalarda düzenlemeye gidilmesi yerinde olacaktır.

Danıştay, EHK'nın ilgili maddelerinin yorumundan hareketle, BTK'nın elektronik haberleşme sektörü ile ilgili kararların yargısal denetiminin, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay tarafından yapılacağına karar vermiştir. Söz konusu kararda Danıştay 13. Dairesi temyiz mahkemesi olarak, Ankara İdare Mahkemesince verilen "BTK'nın uzlaştırma isteminin reddine ilişkin kararının" iptaline ilişkin kararın temyiz yoluyla yapılan incelenmesinde, EHK'nın 62. Maddesinde yer alan düzenlemenin görev konusunda özel bir düzenleme niteliğinde olduğu, görev konusunun kamu düzenine ilişkin olması genel ilkesine paralel olarak, anılan kararın hukuka uygunluk denetimini ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da yapılması gerekirken, ilk derece mahkemesinin işin esasına girerek karar vermesini hukuka aykırı bulduğu gerekçesiyle, görev nedeniyle bozma kararı vermiştir⁷⁴⁶.

Elektronik haberleşme hizmetleri alanında BTK'nın yargısal denetimi konusunda üzerinde durulması bir öteki konu da, BTK'nın sektörle ilgili işlemlerinin ya da kararlarının hukuka uygunluk denetimindeki sınırların çizilmesi konusudur. Şöyle ki; düzenleyici ve denetleyici üst kurullardan olan BTK'nın elektronik haberleşme alanını düzenlemeye yönelik (başka deyişle regülasyona ilişkin) birel ya da genel düzenleyici işlemlerinin (yetkilendirme işlemleri, yönetmelikler ya da Kurul kararları gibi) yargısal denetimi ile denetleme yetkisinden kaynaklanan yaptırım kararlarının (idari para cezası kararı gibi) yargısal denetiminde hukuka uygunluk incelemesi yönünden çizilecek çerçeve aynı mıdır? Kanımızca bu soru, hukuka uygunluk incelemesinde yerindelik denetimiyle ilgilidir.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu kararından önce anılan Yasa'nın 47/A maddesi gereğince üst kurul tarafından verilen idari para cezaları idari yargı yerlerince görülmekteydi. Örnek karar için bkz. Danıştay 13. Daire, E.2006/4961, K.2007/3498, T.28.5.2007; Danıştay 13.Daire, E.2006/1511, K.2007/1189, T.9.3.2007, (www.danistay.gov.tr).

⁷⁴⁶ Danıştay 13. Dairesi, E. 2009/2335, K.2010/2589, T.29.3.2010 (www.hukukturk.com.tr).

Temel işlevi, elektronik haberleşme hizmetleri alanında merkezi yönetimin belirlediği hedef, ilke ve politikalar çerçevesinde düzenleme ve denetleme yapma olan BTK'nın sektörel işlemleri ya da kararlarının yargı yerlerince yapılacak esas denetiminde, idari yargının sınırları bulunmakta mıdır? Konunun hemen girişinde de belirtildiği üzere, Anayasa'nın 125. maddesi gereğince idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Anayasa koyucu idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetime açık olduğuna ilişkin temel kuralı belirlediği bu maddede hemen ardından (bkz. 125/4 fık.), "*Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılmaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez*" ifadelerine yer vererek, bir anlamda idarenin yargısal denetiminde yargı organlarına dönük bir sınır çizmiştir⁷⁴⁷. Yer verilen anayasal düzenlemede, yerindelik denetimi yasağı öngörülmekle birlikte, idarenin takdir yetkisinin ortadan kaldırarak ya da idari işlem ve eylem niteliğinde kabul edilecek karar verilmemesi biçiminde bir denetim yasağı da kabul edilmiştir⁷⁴⁸. İdarenin yargısal denetiminde öngörülen anayasal ve yasal ilkeler böyle olmakla

⁷⁴⁷ Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan düzenlemeye paralel yasal düzenlemenin 2577 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde yapıldığı görülmektedir. Esasında, Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan bu düzenleme 2010 yılında yapılan bir anayasa değişikliğiyle yapılmış olmasına karşın, önceden yürürlükte bulunan 2577 sayılı Yasa'nın anılan düzenlenmesi gereğince idari yargıda gerek yerindelik denetimi yasağı gerek idarenin takdir yetkisini ortadan kaldırarak nitelikte yargı kararları verilemeyeceği temel yargılama ilkesi olarak kabul edilmekteydi.

⁷⁴⁸ İdarenin yargısal denetiminde yargı yerleri yönünden getirilen bu sınırın, yani idari işlem ve eylem niteliğinde karar verilmemesi, ne anlamı geldiği, çerçevesinin nasıl çizileceği kanımızca kolay değildir. İdari yargı yerlerinin idari işlem ve eylem niteliğinde karar vermemesi, erkler ayrılığı ilkenin doğal bir sonucudur. Yargısal işlev üstlenen organların, yürütmenin işlevine giren bir konuda işlem tesis etmesi fonksiyon gaspına girmektedir. Burada bir duraksama bulunmamaktadır. Ancak, idarenin bağlı yetkisinin bulunduğu bir konuda, bu yetkisini hukuka ve kanuna aykırı biçimde kullanması sonucu oluşan bir kararın iptaline ilişkin açılacak davada, idari yargı yerinin vereceği iptal kararının gereklerine uygun işlem ve eylemde bulunma konusunda anayasal ve yasal sorumluluğu bulunan idarenin, yargı kararının uygulanması aşamasında bir anlamda yargı kararıyla işlem tesis edilmiş olmaktadır. Örneğin, yükseköğretim mevzuatında yatay geçiş koşullarını taşıyan bir öğrencinin yasa ve yönetmelikle belirlenen başvurusunu herhangi geçerli bir neden olmaksızın reddeden idarenin olumsuz işlemi ya da kararı olarak kabul ettiğimiz yatay geçiş isteminin reddine ilişkin kararının iptali için açılan bir davada eğer, yargı yeri işlemin iptaline karar verirse, idare bu kararın gereğini nasıl yerine getirecektir? Bunun yanıtı kanımızca duraksama yaşanmadan şöyle yanıtlanmalıdır: İdare davacı öğrencinin yatay geçiş başvurusunu kabul ederek, onu yükseköğretim kurumuna kaydetmelidir. Benzer bir örneği EHK'nın bildirim yoluyla yetkilendirme konusunda da verebiliriz. Şimdi, her ne kadar idari yargı yerleri idari işlem ve eylem niteliğinde karar veremezlerse de, az önce verilen örnekte olduğu gibi, olumsuz işlemlere karşı açılan iptal davasında, davanın iptalle sonuçlanması üzerine idare, kararın gereklerini yerine getirerek sorumluluktan kurtulmakla birlikte, kanımızca bu durumda yargı yeri idareye, hangi idari işlemin tesis edileceğini doğrudan ya da açıkça-bir anlamda takdir yetkisini ortadan kaldıran nitelikte- işaret etmektedir.

birlikte, gerek öğretide gerek Danıştay kararlarında, idarenin takdir yetkisinin bulunduğu bir işlemin ya da kararın yargısal denetiminde, bu takdir yetkisinin kamu yararı ve kamu hizmetinin gereklerine uygun kullanılıp kullanılmadığı yönünden bir hukuka uygunluk incelemesinin yapılacağı kabul edilmektedir. Biz bu başlık altında yerindelik denetimi yasağı ya da idarenin takdir yetkisinin yargısal denetimi konusunu BTK'nın düzenleme ve denetleme yetkisinin bir sonucu olarak alınan kararlar ya da tesis edilen işlemler yönünden ele alacağımızdan, konuyu bu kapsamın dışına çıkmadan ele alacağız. Bu kapsamda ilk olarak BTK'nın düzenleme (regülasyon) yetkisi çerçevesinde aldığı kararların yargısal denetiminde temel ilkeleri belirlemeye çalışalım.

Öğretide *Ulusoy* doğrudan bağımsız idari otoriteler yönünden yaptığı saptamada şu görüşlere yer verdiği görülmektedir: “*Özellikle ekonomik alanda faaliyet götsen bağımsız idari otoritelerin kararlarının esas denetiminde maksimum içerik denetimi yapılması durumunda yargı denetimi yapılması durumunda yargı merci ister istemez o sektöre ilişkin regülasyon politikası ve hatta ekonomi politikası konusunda bir değerlendirme yapmak zorunda kalacak ve bazen de politik bir tavır almak zorunda kalabilecektir. Bu durum da ilgili yargı merciinin hukukilik denetimini aşan ve yerindelik denetimine varan bir denetim uyguladığı yönünde eleştirilere ve polemiklere yol açabilecektir*⁷⁴⁹”. Yazar bu görüşten hareketle, bu sakıncaların giderilmesi için, bağımsız idari otoritelerin yargısal denetiminde maksimum bir denetim yerine minimum bir denetimle yetinilmesini ve ancak açık ve bariz değerlendirme hataları varsa işlemin iptaline gidilmesinin, yargısal denetimde en uygun çözüm yolu olarak kabul etmektedir⁷⁵⁰.

Günday ise, farklı görüştedir. Yazar, özellikle Rekabet Kurulu'nun alacağı kararlar yönünden mevzuatımızda öngörülmedik bir biçimde, bu işlem ve kararlar için ayrıntılı bir idari usul düzenlemesinin yapıldığını ve bu idari usul düzenlemelerine

⁷⁴⁹ *Ulusoy (Bağımsız İdari Otoriteler)*, s. 55.

⁷⁵⁰ *Ulusoy (Bağımsız İdari Otoriteler)*, s. 56. Fransa uygulamasına değinen *Ulusoy*, Fransa'da özellikle idari yargı yerlerinde ekonomik yönü ağır basan bağımsız idari otoritelerin kararlarının yargısal denetiminde minimum bir denetimin tercih edildiğini, eğer yalnızca açık-bariz bir değerlendirme hatasının bulunması durumunda esas denetimin yapıldığını saptadıktan sonra, bu yaklaşım tarzının Danıştay'ın kararlarına da yansımaları dileğinde bulunmaktadır. *Ulusoy (Bağımsız İdari Otoriteler)*, s.48-50.

bakıldığında da; gerçekten bunların, bir anlamda yargı organları tarafından uygulanan yargısal usullere benzeyen yanlarının bulunduğunu belirtmektedir. Ancak Günday, "salt 4054 Sayılı Kanundaki idarî usuller yargı benzeri usullerdir, dolayısıyla, burada bundan sonra tesis edilecek olan bir işlemin yargısal denetiminde minimum bir denetim yeterli olabilir" görüşüne katılmamakta; çünkü yargı denetimi; "bir idarî islemin belli ögeleri üzerinde, o ögelerinde hukuka aykırılık var mıdır, sakatlık var mıdır?" diye yapılan bir denetimdir, bunun maksimumu ya da minimumu olmaz demektir⁷⁵¹. Öğretide Tan da, benzer görüşten hareketle, Yaptığı işlemleri, idari işlem niteliğinde olan yargısal denetiminde konusunda,öteki idari işlemler gibi yargısal denetiminin yapılması gerektiğinde bir duraksamanın bulunmadığını belirtmektedir⁷⁵².

Bağımsız idari otoritelerin Türk idare örgütü içindeki yerinin belirlenmesi yönünden yaptığı saptamadan hareketle Yıldırım şu ifadelerle yer vermektedir⁷⁵³: "Türkiye'nin yönetim yapısında, Fransa ve Anglo-Sakson modelindeki türden bağımsız idari otoritelerin bulunduğu söylenemez. Mevcut kuruluşlar, belirli bir kamu hizmetini görmek için kurulmuş, denetim ve düzenleme görevi de üstlenebilen kamu tüzelkişileridirler. Kamu kurumu olarak adlandırılmaktadırlar. Kamu kurumlarının çeşitli isimlerle türlere ayrılması mümkündür. Bağımsız idari otorite kavramı bu bağlamda düşünülebilir. Ancak, bu sınıflandırmanın herhangi bir hukuki sonucu; yargısal denetim yönünden bir özelliği bulunmamaktadır". Yazar, üst kurulların denetiminde Günday ve Tan'ın görüşüne benzer biçimde, yargısal denetim konusunda anılan idari organların işlemlerinin klasik anlamda hukukilik denetime açık olduğunu kabul etmektedir.

Fransa'da bağımsız idari otoritelerin yargısal denetimi konusunu ele alan Atay, hukuka uygunluk denetiminin yoğunluğu konusunda şu görüşlere yer vermiştir: "Bağımsız bir statüsü ile hürriyetleri korumak için kurulmuş olan BİO'lar geniş bir değerlendirme yetkisini korumak zorundadır ve ancak yargıç tarafından yapılan sınırlı bir denetime tâbidir (bu özel kuruluşlar tarafından alınmış kararların

⁷⁵¹ Metin Günday, "Rekabet Kurumu'nun 2.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu", Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 1999, s.101.

⁷⁵² Turgut Tan, "Bağımsız İdari Otoriteler" konulu sempozyum, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2001, s.62.

⁷⁵³ Turan Yıldırım, "Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi", Danıştay Sempozyumu, Ankara, 2000, <http://www.danistay.gov.tr/> (erişim tarihi:18.4.2012).

teknikliğiyle hükmedilen sınırlı bir denetim⁷⁵⁴). Ama yargı yerleri olmamaları ve bağımsızlıklarına rağmen (bazıları bu bağımsızlıklarından dolayı da söylemektedir), bu kararların yargıcın yapacağı tam bir denetimin konusunu oluşturması gerekir”. Yazar, bu görüşlerine ek olarak özelde görsel ve işitsel alanda, özel radyolar için frekans kullanma istemlerine izin verme ya da reddetmenin iç hukuka uygunluğu üzerinde normal bir denetimin uyguladığını; öte yandan, yasa tarafından belirlenmiş zorunluluklar dolayısıyla gerekçenin yetersizliği edeniyle izin istemlerinin reddedilmesinin iptalle sonuçlanacağını dile getirmektedir⁷⁵⁵.

Kutlu ise, özelde sermaye piyasasına ilişkin ekonomik konuların uzmanlık gerektiren alanlardan olması nedeniyle, bu tür konularda yargılama yöntemlerinin belirlenmesinde idari işlemin ögeleri yönünden yapılacak denetimde biçim ve yetki ögeleri yönünden bir sorun yaşanmayacak olmasına karşın, neden, konu ve amaç ögeleri yönünden yapılacak yargısal denetimde kimi güçlüklerin ortaya çıkabileceğine dikkat çekmektedir⁷⁵⁶. Yazar, ekonomik nitelikte bir uyuşmazlığı çözümlerken yargı yerinin, hukukun genel ilkelerinden hareket etmesi gerektiğini, başka deyişle ekonomik idare hukuku ilkeleri ve ekonomi alanındaki hak ve özgürlüklerle ilgili ilke ve kuralları uygulamak yoluyla hukukilik denetiminin gerçekleştirilmesini savunmaktadır⁷⁵⁷.

Son olarak öğretilerde Aslan, Rekabet Kurulu kararlarının yargısal denetiminde temel ilke ve kuralları belirlerken, genel olarak üst kurulların idari yargı yerlerince yapılacak hukukilik denetiminin, bu organların dava konusu edilen işlemlerinin bağlı

⁷⁵⁴ Enerji piyasası yönünden düzenleme ve denetleme yetkisi olan üst kurulun (Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu) sektörel işlemlerinin (regülasyon yetkisinden kaynaklanan) yargısal denetiminin sınırlı olabileceği, bu alanda yargısal denetimi üstlenen yargı organının da aynı zamanda bu konuda yeterli uzmanlığa sahip olması gerekliliği de ifade edilmiştir. Bkz. Zeynep Çakmak, “Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu”, Çakmak Yayınları, Ankara, 2011, s.239.

⁷⁵⁵ Ender Ethem Atay, “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi”, Danıştay Sempozyumu, Ankara, 2000, <http://www.danistay.gov.tr/> (erişim tarihi:18.4.2012).

⁷⁵⁶ Kutlu (SPK), s.65.

⁷⁵⁷ Yazar, hukukilik denetiminin yapılmasında hukuk devleti ilkesi bağlamında “hukuki güvenlik ilkesi”, “geriye yürümezlik ilkesi”, “eşitlik ilkesi”, “girişim özgürlüğü”, “mülkiyet hakkı”, “kamu yararı”, “ekonomik yarar”, “planlama” gibi ekonomik yaklaşımdan kaynaklanan kavram ve ilkelerin bir arada değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Kutlu (SPK), s.65.

yetki ya da takdir yetkisi bağlamında ele alınıp, buna ilişkin ilkeler çerçevesinde denetiminin eksiksiz biçimde yapılması görüşünü savunmaktadır⁷⁵⁸.

Kanımızca, elektronik haberleşme hizmetleri alanında düzenleyici rol üstlenen kurumların, Türk idari örgütlenme içinde yer alan öteki hizmetsel kuruluşlardan düzenleme yetkileri yönünden temelde bir fark bulunmamakla birlikte, özellikle ülke ekonomisi yönünden önem taşıyan alanlarda düzenleme yetkisinden kaynaklanan karar ve işlemlerin yargısal denetiminde, idari yargı yerlerinin düzenleyici kurumların sektörel kararlarının temelinde merkezi idarenin belirlediği politikaların etkisinin de göz önünde tutulması gerekmektedir. Daha açık ifade ile, örneğin BTK'nın elektronik haberleşme alanında düzenleme yetkisini, temelde ilgi Bakanlığın bu sektörle ilgili politikalarına, hedeflerine uygun biçimde kullanacağı gerçeği karşısında, yukarıda *Ulusoy*'un da belirttiği gibi, Danıştay'ın BTK'nın düzenleyici kararlarının denetiminde idari yargıya egemen olan temel ilke ve kurallara uygunluğun sınırlarının açıkça çizilmesi büyük önem taşımaktadır. Ancak, bu içerik yönünden özellik taşıyan kararların yargısal denetiminde hukukilik denetimi neyi gerektiriyorsa, bu yönden bir denetimin yapılması kaçınılmazdır. *Günday*'ın yerinde ifadesiyle, idari yargının temel işlevi, idarenin işlem ve eylemlerinin hukukilik denetimini yapmak olduğuna göre, bu işlevin etkin biçimde yerine getirilmesi yönünden, yerindelik denetimi yasağı ya da idarenin takdir yetkisini ortadan kaldıracak nitelikte yargı kararları verilemez biçiminde ifade edilen anayasal ve yasal yargılama ilke ve kuralları çerçevesinde düzenleyici kurumları işlemlerinin yargısal denetiminin yapılması gerekliliği bulunmaktadır.

Bununla birlikte BTK'nın (eski adıyla telekomünikasyon Kurumu'nun) elektronik haberleşme (telekomünikasyon) sektörüyle ilgili işlem ve kararlarını bir bütün olarak değil; bunlar içinde, BTK'nın bağlı yetkisinin bulunduğu bir konuda aldığı kararla, takdir yetkisi tanınan bir alanda aldığı kararların yargısal denetiminin sınırlarının birbirinden farklı çizilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Başka ifadeyle, bildirim yönteminde idarenin yalnızca bildirim koşullarına uygunluğu yönünden bir inceleme yetkisinin bulunduğunu, bu koşulların sağlanması durumunda yasanın öngördüğü

⁷⁵⁸ Zehreddin Aslan, "Rekabet Kurulu Kararları ve Yargısal Denetimi", Danıştay Sempozyumu, Ankara, 2002, s.147.

işlemi yapmak zorunda olduğu, bu nedenle BTK'nın bağlı yetki içinde olduğunu kabul edilir; öte yandan kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirmede ise takdir yetkisinin bulunduğu savı ortaya atılırsa, bu durumda her iki yetkilendirmenin idari yargı tarafından yapılacak hukukilik denetimi acaba aynı çerçevede mi yapılacaktır? Bu konuyu, BTK'nın denetleme yetkisi kapsamında aldığı idari yaptırım kararlarının yargısal denetimi için de sorgulamak gerekmektedir. Bu kapsamdaki değerlendirmelere yer verdikten sonra, Danıştay kararlarından örneklerle yüksek yargının yaklaşımını ortaya koymaya çalışalım.

BTK'nın elektronik haberleşme alanında yetkilendirme konusunda karar verme yetkisinin bulunduğunu, bu yetkilendirmenin türleri, bunların bağlı olduğu hukuksal düzeni yukarıda ayrıntılı biçimde ele almıştık. Elektronik haberleşme hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından görülmesi yöntemlerinden biri olan "*bildirim yoluyla yetkilendirme*"de kabul ettiğimiz görüşe göre, BTK'nın yalnızca bildirim koşullara uygunluğu yönünden bir inceleme yetkisinin bulunduğu, bu koşulların sağlanması durumunda EHK'nın öngördüğü işlemi yani yetkilendirmeyi yapmakla görevli olduğu kabul edilmekteydi. Bu kapsamda, örneğin bir işletmeci adayının bildirim yoluyla görülecek bir elektronik haberleşme etkinliği için yaptığı idari başvurunun olumsuz yanıtlanması ya da idarenin herhangi bir karar vermemesi sonucu oluşan zımni ret kararına karşı bir iptal davası açıldığında, idari yargı yeri (Danıştay), başvurunun reddine ilişkin işlemin hukuka uygunluk denetimini, Yetkilendirme Yönetmeliği'nde yer alan düzenlemeler çerçevesinde yapacaktır. Eğer, Danıştay bildirim yoluyla yetkilendirmede idarenin bağlı yetkinin bulunduğu görüşünden hareket ederse; bu durumda eğer ret kararında açıkça gerekçe gösterilmiş ise, bu gerekçelerin hukuka uygunluğu yönünden geçerliliğini inceleyecektir. Yetkilendirme Yönetmeliğinde başvuru için aranan koşullar gerçekleşmiş ise, idari yargı yeri bu durumda ret işlemini gerekçesinin hukuka uygun olmadığına -neden ögesi yönünden sakatlık durumu- karar verecektir. Çünkü burada, en genel ifadeyle, idarenin yapması gereken işlem yasayla açıkça ona emredilmiştir, idare, en iyi çözüm biçiminin ne olabileceğini, başka deyişle yerindeliği düşünmeyecektir⁷⁵⁹.

⁷⁵⁹ Cemil Kaya, "*İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*", XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 94.

BTK'nın kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirmede ise hatırlanacağı üzere, kullanım hakkı verilmesinde takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmiştir. Örneğin sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirmede, işletmeci adayının başvurusu, BTK tarafından ulusal güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ve benzeri kamu yararı gerekleri, özgülenmesi gereken kaynakların yetersizliği nedenleriyle reddedebilir. Buna göre, yasa koyucunun burada idarenin takdir yetkisi bulunduğu açıkça vurgu yaptığı kabul edildiğine göre, az önce anılan türden başvurunun BTK tarafından reddedilmesinde Danıştay, dava konusu edilen işlemin neden, konu ve amaç öğeleri yönünden yapacağı incelemede yasal düzenlemede yer verilen ulusal güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ve benzeri kamu yararı gerekleri, özgülenmesi gereken kaynakların yetersizliği gerekçelerin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği yönünden bir inceleme yapacaktır. Bu türden yargısal denetim, yerindelik denetimi anlamına gelmediği gibi, idarenin takdir yetkisini ortadan kaldıracak nitelikte karar verme girişimi de değildir. BTK'nın sahip olduğu takdir yetkisi, işlemin gerekçeli olması ilkesi ile Anayasa'da yer verilen eşitlik, sosyal devlet, hukuk devleti ve demokratik yönetim ilkelerine ve ayrıca yasanın özel amacına ya da kamu yararı ve hizmetin gereklerine uygunluğu yönünden yargısal denetime bağlı olacaktır.⁷⁶⁰

BTK'nın elektronik haberleşme hizmetleri alanında sahip olduğu idari yaptırım uygulama yetkisinin de yargısal denetime açık olduğunu yukarıda belirtmiştik. EHK'nın bu kapsamda öngördüğü düzende, BTK, mevzuata, kullanım hakkı ve öteki yetkilendirme koşullarına uyulmasını izleme ve denetlemeye, aykırılık durumunda işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idarî para cezası uygulamaya, ulusal güvenlik, kamu düzeni ya da kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi ve kanunlarla getirilen hükümlerin uygulanması amaçlarıyla gerekli önlemleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya, belirlediği süre içerisinde yetkilendirme ücretinin ödenmemesi ya da ağır kusur durumunda verdiği yetkilendirmeyi iptal etmeye yetkilidir. Anılan Yasa aynı zamanda BTK'nın idari yaptırım kararı niteliğinde olan idari para cezası kararı verirken, işletmecinin etkinliğe yeni başlamış olması durumunda, ihlalin niteliği, ihlal sonucunda herhangi

⁷⁶⁰ Bkz. Ramazan Çağlayan, "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", AÜEHFD, Cilt VIII, Sy.3-4, (Aralık 2003), s.183 vd., s.http://hukuk.erkincan.edu.tr/dergi/makale/2003_VII_2_8.pdf

bir ekonomik kazanç elde edilip edilmemesi, iyi niyet ve gönüllü bildirim gibi ölçütleri de dikkate alması gerekliliğinden söz etmiş ve bu ölçütler ışığında alt ve üst sınırları(bin liradan bir milyon liraya kadar) yasayla belirlenmiş olan idari para cezası kararı verme konusunda idareye bir takdir yetkisi sunmuştur. Bu durumda, örneğin BTK'nın işletmecilere yönelik olarak verdiği idari para ezası kararının idari yargı yerince yapılacak olan denetiminde, az önce sayılan ölçütlerin değerlendirilmesi konusunda bir inceleme yapacağı kaçınılmaz olacaktır. İdari para cezası kararı dışında öteki idari yaptırım kararların yargısal denetimde ise, dava konusu edilen işlemin neden, konu ve amaç ögesi yönünden yapılacak hukukilik denetiminde, BTK'nın tasarrufunun kamu yararı ve hizmetin gereklerine uygunluğu araştırılacaktır. BTK'nın idari yaptırım kararının yargısal denetiminde Danıştay, yalnızca EHK'nın öngördüğü nedenlere ya da gerekçelere uygun hareket edilip edilmediğini değil, aynı zamanda maddi vakıaların ve olayların doğru biçimde değerlendirilip değerlendirilmediğini de inceleyecektir⁷⁶¹. Bununla birlikte, idari yaptırım niteliğinde kabul edilen bir işlemin yargısal denetimde geçerli olan temel ilkelerden biri olan ölçülülük ilkesine uygunluk yönünden de hareket edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, idari yaptırım kararının ulaşılmak istenilen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, sınırlandırma aracının amaç için gerekli olması ve araçla amaç arasında ölçülü bir oranın bulunması gerekmektedir⁷⁶².

Danıştay, 5809 sayılı EHK öncesi yürürlükte bulunan mevzuat hükümleri çerçevesinde vermiş olduğu bir kararda⁷⁶³, elektronik haberleşme (telekomünikasyon) hizmetleri alanında idari yaptırım niteliğinde karar alma yetkisine sahip bulunan düzenleyici kurumun (Rekabet Kurumu), idari para cezası kararının hukuka uygunluk denetimini yaparken, biraz önce yukarıda da anılan temel ilke ve kurallarda hareket ettiğini görmekteyiz. Bu kapsamda Danıştay, Rekabet Kurulu'nun elektronik haberleşme etkinlikleri alanında verdiği bir idari yaptırım kararını iptal ederken, "GSM hizmetleri pazarı" olarak incelenen dönem olan 1994-2000 yılları arasında davacının hakim durumda bulunduğu, bu dönemde davacının yalnızca yüksek pazar payı nedeniyle değil, ona pazarda belli bir davranış serbestisi sağlayan giriş engelleri, dikey bütünlük avantajları, büyüklük ve yaygınlık avantajları

⁷⁶¹ Oğurlu (İdari Yaptırımlar), s.156.

⁷⁶² Karabulut, s. 155-156.

⁷⁶³ Danıştay 13. Daire, E. 2006/1219, K.2008/4195, T.13.5.2008, (www.danistay.gov.tr).

nedenleriyle de piyasadaki konumunu uzunca bir süre koruyabildiği ve GSM hizmetleri pazarında altı yıllık süre içindeki pazar davranışlarında, rekabetçi koşullarda gerçekleşmeyecek bir serbestiye sahip olduğu, tüm bu göstergeler ışığında, davacının, 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yer verilen hakim durum tanımına uygun olarak, "*rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek*" GSM hizmetleri piyasasında talep üzerinde belirleyici rol oynayan değişkenleri büyük ölçüde kendi stratejileri doğrultusunda belirleme gücüne sahip olduğu, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun çerçevesinde hakim durumda bulunduğu görüşlerine yer verdikten sonra, 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini açıkça ihlâl eden davacıya, davacının soruşturmanın yürütülmesi sırasında gösterdiği olumlu tutum ve soruşturma heyetine sağladığı kolaylıklar hafifletici neden olarak dikkate alınarak, Rekabet Kurulu kararıyla davacının 1999 yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirlerinin takdiren binde dokuzu, Kanun'un 4. maddesindeki eylem nedeniyle de 1999 yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirlerinin takdiren binde biri oranında idarî para cezası kararının hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir. Danıştay bu kararında idari para cezası kararı verilmesinde yasanın düzenleyici kuruma verdiği takdir yetkisinin varlığını kabul ederken, öte yandan bu kararın verilmesinde somut olayın verilerini (davacının tutum ve davranışları biçiminde özetlenecek) dikkate alarak, bu takdir yetkisinin kullanılmasında mevzuata aykırı bir yön bulmamıştır. Bu kararda Danıştay, yalnızca yasal düzenlemelerin öngördüğü nedenlere ya da gerekçelere uygun hareket edilip edilmediğini değil, aynı zamanda maddi vakıaların ve olayların doğru biçimde değerlendirilip değerlendirilmediğini de incelemiştir.

Danıştay bir başka kararında⁷⁶⁴ Telekomünikasyon Kurumu tarafından verilen idari para cezası kararını iptal ederken, Telekomünikasyon Kurumu'nun, telekomünikasyon hizmet ve alt yapısı ile ilgili olarak işletmelerin Türkiye'deki hizmet ve etkinliklerini tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirmelerini sağlamak, genel olarak telekomünikasyon sektöründe rekabete aykırı davranış plan ve uygulamaları re'sen ve yakınma (şikayet) üzerine incelemek, tüketicilerin çıkarlarını korumak için gerekli önlemleri almak, kullanıcıların ve diğer işletmecilere uygulanacak ücret tarifelerine ve sözleşme hükümlerine ve teknik konulara ilişkin genel kriterleri ve görev alanına giren diğer konularda uygulama usul ve esaslarını

⁷⁶⁴ Danıştay 13. Daire, E.2005/6376, K.2006/1131, T.22.2.2006, (www.danistay.gov.tr).

belirlemek, tarifeleri incelemek, değerlendirmek, gerekenleri onaylamak ve bunların uygulanmasını izlemekle görevlendirildiğinin altını çizdikten sonra; Telekomünikasyon Kurumu tarafından hazırlanan ve dava konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan 01.08.2002 tarih, 24833 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmeliğin 17. maddesinin (d) bendinde, “*işletmecinin herhangi bir telekomünikasyon hizmetini, onaylanmamış tarife ile sunması veya fiyat sınırlarının üzerinde tarife uyguladığının tespiti halinde, işletmecinin bir önceki yıla ait cirosunun %1'i oranında, ihlâlin devamı veya tekrarı halinde ise, işletmecinin bir önceki yıla ait cirosunun %2'si oranında idarî para cezası uygulanacağı(nı)*” kurala bağlayan düzenlemeden hareketle, Telekomünikasyon Kurumu'na onaylatılması gereken tarife değişikliğinin onaylatma yükümlülüğünü yerine getirmediğinden, Türk Telekomünikasyon A.Ş hakkında verilen idarî para cezasında hukuka aykırılık görmemiştir.

Danıştay, elektronik haberleşme alanında düzenleyici kurumun aldığı genel düzenleyici karar niteliğinde olan işlemlerin hukuka uygunluk denetimini yaparken, yukarıda yer verilen biçimde, dava konusu edilen işlemin kamu yararına ve hizmet gereklerine uygunluğunu incelemiştir. Bu çerçevede alınan bir kararda⁷⁶⁵ Danıştay, Türk Telekom'un kendi altyapı olanaklarından yararlanılmasına yönelik yayınlamış olduğu altyapı kullanım yönetmeliği konusunda; Türk Telekom ile GSM işletmecileri arasında meydana gelen anlaşmazlığın çözümüne yönelik olarak Türk Telekom'un, sektöre yönelik genel bir düzenleme yapma yetkisinin olmadığını, GSM işletmecileri ile yapmış olduğu “*şebekelerarası irtibat ve işbirliği sözleşmesi*” hükümlerine göre sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirecek biçimde bir usul ve esas belirleyemeyeceğini, altyapının kullanımı konusunda sözleşmede belirtilen artış oranlarından farklı biçimde GSM işletmecilerinin danışma görüşünü alarak tarife değişikliğine gidilebileceği, ancak bu tarifenin altyapı konusunda diğer kuruluş ve şirketlere düzenlenen genel tarifeden farklı olarak GSM işletmecilerine özel olarak yapılması gerektiği, bu nedenlerden dolayı Türk Telekom'un yürürlüğe koymaya çalıştığı yönetmeliğin GSM işletmecilerine uygulanamayacağı, altyapı kullanımı konusunda sözleşmede yer almayan, ancak değişen koşullar çerçevesinde

⁷⁶⁵ Danıştay 13. Daire, E.2005/1374, K.2006/116, T.17.1.2006, (www.danistay.gov.tr).

ücretlendirilmesi gereken araçlara yönelik usul ve esasların Türk Telekom ve GSM işletmecileri tarafından beraberce kararlaştırılarak sözleşme kapsamı içinde kabul edilmesi gerektiği, Türk Telekom'un tahliye isteminde bulunması ve bu konuda anlaşmazlık çıkması durumunda, Kurum'ca istemin makul ve haklı olduğuna karar verilmesi durumunda tahliye olabileceği, Türk Telekom'un, Kurum'un ya da mahkemelerin izni olmaksızın bir kamu hizmeti olan GSM etkinliklerini durduramayacağı, işletmecilerin birbirlerinden yapacakları altyapı istemlerinin olanak ölçüsünde karşılanması gerektiği konularında alınan dava konusu Kurul kararında, 2813 ve 406 sayılı kanun hükümlerine aykırılık görülmediğine karar vermiştir.

Bir başka kararda⁷⁶⁶ ise Danıştay, Telekomünikasyon Kurumu'ndan alınan genel izinle etkinliklerini sürdüren internet servis sağlayıcılarının veri akış yöntemi ile müşterilerine kullanıma bağlı ADSL⁷⁶⁷ üzerinden internet erişimini ortadan kaldırdığı anlaşılan dava konusu düzenlemenin, telekomünikasyon sektöründe getirilmesi öngörülen rekabete ilişkin hükümlere aykırılık taşıdığı saptamasını yaptıktan sonra, mevcut tarifenin devamı, telekomünikasyon hizmetleri ve altyapısı ile ilgili olarak ilgili makamları harekete geçirmek ve sektör etkinliklerinin tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleşmesini sağlamak konularında Telekomünikasyon Kurumu'na verilen görev ve yetkinin kullanılmaması anlamını taşıdığı gerekçesiyle, Telekomünikasyon Kurulu'nun 06.10.2004 tarih ve 2004/535 sayılı kararının "*Kullanıma Bağlı ADSL Erişimi Tarifeleri*" ile ilgili bölümünün eksik düzenleme içermesi nedeniyle iptaline karar vermiştir.

Danıştay'ın yakın tarihlerde verdiği bir kararda⁷⁶⁸ da bu kez, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu (eski Telekomünikasyon Kurulu) tarafından verilen ve konusu GSM hizmetleri için alt sınırın belirlenmesine ilişkin kararın hukuka uygunluk denetiminde, düzenleyici kuruma tarifeleri belirleme konusunda verilen yetkinin, sektördeki etkinliklerin tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirilmelerini sağlamak ve rekabetin tesisi konusunda, GSM hizmetleri için tarifeleri üst sınır ya da azami fiyat açısından bir incelemeye tabi tutarak bu yönden denetlemek, üst sınırın

⁷⁶⁶ Danıştay 13. Daire, E.2005/5632, K.2007/4098, T.25.6.2007, (www.danistay.gov.tr).

⁷⁶⁷ ADSL: Asymmetric Digital Subscriber Line (Asimetrik Sayısal Abone Hattı).

⁷⁶⁸ Danıştay 13. Daire, E.2008/3934, K.2011/855, T.1.3.2011, (www.kazanci.com.tr).

düzenleyici üst kurulca belirlenen en üst bedeli geçmemesi durumunda onaylamakla sınırlı olduğu ve tarifelerin, en üst sınırı aşmamak koşuluyla işletmeciler tarafından serbestçe belirlenebilmesi karşısında, GSM hizmetleri için alt sınırın belirlenmesine yönelik kararda hukuka uygunluk görmemiştir.

BTK'nın idari para cezası türünden idari yaptırım kararına karşı açılacak bir iptal davasında Danıştay yukarıda yer verilen bir yöntemle hukuka uygunluk denetimi yapacaktır. Bu kapsamda tartışmaya açılacak bir durum, idari para cezası kararı verilirken göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilen ölçütlerin somut olayda uygulanıp uygulanmadığı yönünden yapılan inceleme sonucunda Danıştay, iptal davasının kısmen kabulüne kısmen de reddine karar verip veremeyeceğidir. Daha açık ifadeyle, somut olayın verileri ve kullanılan ölçütler ışığında yapılan bir yargısal denetim sonucunda idari para cezası verilmesini gerektiren nedenlerin gerçekleştiği (neden ögesi yönünden hukuka uygunluk) ancak idari para cezasının miktarının orantılı olmadığı sonucuna ulaşırsa Danıştay, idari para cezasının bir kısmını iptal etme yetkisine sahip midir? Bu türden yargısal denetim acaba yerindelik denetim yasağına, idari işlem ve eylem niteliğinde ya da idarenin takdir yetkisini ortadan kaldıracak nitelikte yargı kararı verilemez genel ilkelerine aykırı bir durum yaratır mı?

İdari dava türlerinden biri olan iptal davası, idare tarafından tesis edilen icrai bir karardan kişisel, meşru ve güncel (aktüel) menfaati ihlal edilen bir kişinin, idari bir mahkemeye başvurarak, dava konusu edilen kararın ya da işlemin mevzuata, hukuka –yetki, biçim, neden, konu ve/veya amaç yönlerinden biriyle- aykırılığından ötürü iptalini istediği bir davadır⁷⁶⁹. Hukuk devletinin bir gereği olarak idarenin hukuka uygun hareket etmesinin sağlanması yönünden önemli bir işleve sahip olan iptal davasına egemen olan temel usul ilkelerinden biri de, iptal davasında davacının dava konusu edilen işlemin yalnızca iptalini isteyebilmesi ilkesidir⁷⁷⁰. Bu ilkenin bir sonucu olarak idari yargıda örneğin bir idari işlemin yokluğunun tespiti ya da saptanmasına karar verilmesi isteminde bulunulamaz⁷⁷¹. Bununla birlikte söylenmesi

⁷⁶⁹ Ragıp Sarıca, “İdari Kaza”, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949, s.10.

⁷⁷⁰ Çağlayan (İdari Yargı), s.333.

⁷⁷¹ Danıştay, 2577 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde tespit ve yorum davalarının idari dava türleri arasında sayılmamış olmasını gerekçe göstererek, idari yargıda bu tür davaların açılmayacağı görüşündedir. Örneğin Danıştay bir kararında bu görüşünü şu ifadelerle yer vererek açıklamaktadır:

gereken bir öteki ilke de medeni yargılama usulünde de geçerli olan, “*istemle bağlı kalma ve istemden fazlasına hükmetmeme*” ilkesidir. Bu ilkenin iptal davası yönünden anlamı, idari yargı yerinin bir iptal davasında yalnızca işlemin iptaline ya da açılan davanın reddine karar vermesi gerekliliğidir. Ancak, az önce ifade edildiği üzere, idari para cezası kararının iptaline ilişkin davada davacının iptal istemiyle bağlı kalmak kaydıyla, idari yargı yeri işlemin -yani idari para cezasının- bir kısmını iptal ederse, bu karar “*istemle bağlı kalma ve istemden fazlasına hükmetmeme*” ilkesine aykırılık oluşturur mu?

Bu soruya yanıt arayan *Karabulut*, temelde Fransız uygulamasından hareket ederek, Fransa’da idari yaptırım kararlarına karşı iptal davasının dışında tam yargı davasının da açılabileceğini, bu sayede tam yargı davasında idari yaptırım kararının hukuka uygunluk denetimini yapan mahkemenin, dava konusu edilen kararın tamamını ya da bir kısmını kaldırma yetkisine sahip olduğuna dikkat çekerek, bu uygulamanın Türk hukuku yönünden de benimsenmesi görüşünü savunmaktadır⁷⁷². Yazar bu görüşüne ek olarak, Türk hukuk mevzuatında idari yaptırım kararlarına karşı yargısal başvuru yolunun düzenlendiği Kabahatler Kanunu’nda 2006 yılında yapılan değişiklikle (bkz. md.28/9), “*idari para cezasının alt ve üst sınırının kanunda gösterildiği kabahatler dolayısıyla verilmiş idarî para cezasına karşı başvuruda bulunulması halinde, mahkeme idarî para cezasının miktarında değişiklik yaparak da başvurunun kabulüne karar verebilir*” düzenlemesine dikkat çekerek, yargılama hukuku

“2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Kanunu*’nun *İdare Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırları* başlıklı 2. maddesinde, idari dava türleri, idari işlemlere karşı açılan iptal davaları, idari eylem ve işlemlerden dolayı açılacak tam yargı davaları ve idari sözleşmelerden dolayı çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar olarak belirlenmiş, idari dava türleri arasında “*tespit*” ve “*yorum*” davası adı altında dava türlerine yer verilmemiştir. Aynı Yasanın “*İdari Davalarda Delillerin Tesbiti*” başlıklı 58. maddesinde yer alan “*Taraflar, idari dava açtıktan sonra bu davalarla ilişkin delillerin tesbitini ancak davaya bakan Danıştay, İdare ve Vergi Mahkemelerinden isteyebilirler*” yolundaki hüküm ise, 2. maddede sayılan idari davalardan birinin açılması halinde bu davayla ilgili “*delillerin*” tesbitinin de yine idari yargı mercilerinden istenebileceğini düzenlemektedir. İdari yargıda “*tespit*” veya “*yorum*” davası adı altında dava türleri bulunmadığından, her hangi bir iptal talebi bulunmaksızın sadece sözkonusu yönetmelik değişikliğinin, Anayasaya, yasalara ve yargı kararlarına uygun olup olmadığının tesbitinin ve yorumunun yapılması isteminin incelenmesine olanak bulunmamaktadır”. Bkz. Danıştay 13. Daire, E.2005/208, K.2005/1561, T.16.3.2005. Danıştay’ın yaklaşımı böyle olmakla birlikte öğretilde aksi görüşte savunulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Çağlayan (İdari Yargı)*, s.590-592..

⁷⁷² *Karabulut*, s.107.

yönünden adli yargıda geçerli olan bu düzenlemenin benzerinin, idari yargı yönünden de kabul edilmesinin makul çözüm yolu olduğu savında bulunmaktadır⁷⁷³.

İdari yargılama usulünde iptal davaları yönünden davacının, dava konusu edilen işlem hakkında ancak “*iptal*” isteminde bulunabileceğini ve bu bağlamda “*tespit*” niteliğinde olan istemlerin dava dilekçesinde yer verilmesinin olanaklı olmadığını Danıştay uygulamasına da atıf yaparak belirtmiştik. Bununla birlikte, medeni yargılama hukukunda da geçerli olan davacının istemiyle bağlı olma ve istemden fazlasına hükmetmeme ilke ve kurallarının, idari yargıda da geçerli olduğunun altını çizmiştik. Bu durumda, iptal davasında davacı, dilekçesinde sonuç ve istem bölümünde, idari para cezası kararının iptaline ilişkin olarak yalnızca “*iptal*” isteminde bulunabileceği gerçeği karşısında yargı yeri, iptal istemiyle bağlı kalmak kaydıyla, idari para cezası kararının bir kısmının hukuka uygun, bir kısmının aykırı olduğu görüşüne varırsa, bu durumda eğer işlemin tümünü iptal ederse, idari yargının temel işlevi olan “*hukukilik*” denetiminin tam olarak gerçekleşmiş olduğu kabul edilebilir mi? *Tan*'a göre⁷⁷⁴, uygulanan idari para cezasının orantılılık ilkesine aykırı olması durumunda, idari yargı yerinin bu kararı tümüyle iptal etmesinden başka bir yolun bulunmadığı, idari işlem niteliğinde yargı kararı verilmesinin de olanaklı olmadığı dikkate alındığında, taraflar arasındaki uyuşmazlık tam olarak giderilmemiş olacaktır.

Kanımca, idari yargının işlevini, idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun denetlenmesi yoluyla hukuk devletinin bir gereği olan hukuka bağlı idare anlayışının sağlanmasını gerçekleştirmek olarak ifade edecek olursak, iptal davasında gerçekleşen yargılama sonucunda verilen iptal kararının, bu kararda yer verilen gerekçelerin aynı zamanda idari işleve yön veren, onu hukuk sınırlarına çeken niteliği gereği, bu tür davalarda (iptal davaları) yargıcın hukukilik denetimini etkin biçimde gerçekleştirebilmesi yönünden; idari yaptırım niteliğinde olan bir para cezası kararı verilmesinde idarenin sahip olduğu takdir yetkisinin hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı, somut olayın verileri dikkate alınarak, ölçülülük ilkesi çerçevesinde, amaç ve araç arasında kabul edilebilir bir ilişkinin bulunup

⁷⁷³ *Karabulut*, s.108-109.

⁷⁷⁴ *Tan (İdari Yaptırımlar)*, s.108.

bulunmadığı, başka deyişle yapılan sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin olup olmadığının ortaya konulması sonucunda, dava konusu edilen idari para cezası verilmesinin gerekçesinde hukuka aykırı bir yön olmamakla birlikte, cezanın miktarının fazla olduğuna karar verilirse, bu durumda, idari para cezası kararının bir kısmı yönünden iptal kararı verilmesinde hukuken bir engel olmasa gerekir⁷⁷⁵. Bu yönden yapılacak yargılama, idarenin takdir yetkisini ortadan kaldıracak ya da idari işlem ya da eylem niteliğinde karar vermeme biçiminde ifade edilen yargılama ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Ancak durum böyle iken, İdari para cezası kararının bir kısmının iptal edilmesi sonucunu doğuran iptal kararının nasıl uygulanacaktır? İdarenin, iptal davasında ortaya konulan kısmi iptal gerekçesine uygun olarak yeni bir idari para cezası kararı alması gerekli midir? Teorik olarak anayasal ve yasal zorunluluk bu sorunun yanıtını, “*evet, idare, mahkemenin gerekçesine uygun olarak yeni bir idari para cezası kararı almalıdır*” biçiminde vermek olanaklıdır.

Bu türden kararlara uygulamada idare mahkemesi ya da Danıştay kararlarında rastlamak olanaklıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, idari yargı yerlerinin bu konuda ortak bir görüşe sahip olduğunu söylemek zordur. Örneğin, Danıştay 6. Dairesi, davacıya 3194 sayılı Yasanın 42. maddesi uyarınca verilen idari para cezası kararının, idare mahkemesince mevzuat değişikliği dikkate alınarak kısmen iptal edilmesine ilişkin kararın temyiz incelemesinde, 2577 sayılı Yasanın 2. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yargı kararı ile idarelerin işlem tesisine zorlanamayacağı, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceğine gerekçelerine yer vererek, idare mahkemesince idari para cezası kararının mevzuata aykırı bulunduktan sonra tamamının iptali edilmesi gerekirken, idarenin yerine geçilerek para cezası miktarının belirlenmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından, anılan mahkeme kararını bozmuştur⁷⁷⁶. Danıştay’ın aynı

⁷⁷⁵ Farklı görüşte olan *Karabulut* ise, 2577 sayılı Yasa’nın 2. maddesinde, idari yargı yerinin açılan bir iptal davasında dava konusu idari işlemin iptaline ya da davanın reddine karar verilebileceğinin belirtildiği, bu düzenlemenin, bir işlemin kısmen iptal edilebilmesi biçimindeki bir yetkiyi idari yargıya tanımadığı, bununla birlikte tek bir idari işlemin kısmen iptal edilebilmesinin idari işlemin tanımına ve niteliğine aykırı olduğu, ancak idari yargı yerinin idari para cezasının fazla olduğunu saptadığı kısmını gerekçesiyle birlikte belirtip, idari para cezasına ilişkin işlemin tamamının iptaline karar verebileceği görüşündedir. Bkz. *Karabulut*, s.110.

⁷⁷⁶ Danıştay 6. Daire, E. 2006/5672, K.2006/6292, T.18.12.2006, (www.danistay.gov.tr).

dairesi benzer nitelikte bir başka temyiz kararında da, ruhsatsız inşaat yapılması nedeniyle 3194 sayılı İmar Kanununun 42. maddesi uyarınca para cezası verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, idare mahkemesince, arkeolojik ve doğal sit alanında izinsiz olarak yapı inşa edildiğinin saptanması üzerine yasada belirlenen miktarın iki katı para cezası verilmesi karşısında, yapının sit alanında inşa edilmiş olması nedeniyle 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen cezanın iki katı olarak uygulamanın yasal dayanağının bulunmadığı, bu nedenle dava konusu para cezasının 1/2'sinin hukuka uygun olduğu gerekçesiyle bu kısma yönelik davanın reddine, fazlaya ilişkin kısmında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle bu kısmın iptaline ilişkin kararın temyiz incelememesinde, az önce yer verilen gerekçe ışığında anılan mahkeme kararını bozmuştur⁷⁷⁷.

Buna karşın İdari Dava Daireleri Kurulu'nun verdiği bir kararda⁷⁷⁸ yer verilen idare mahkemesi kararında, 2872 sayılı Yasanın 11. maddesinde belirtilen arıtma tesisi kurmakla yükümlü kurum ve kuruluş kapsamında olduğunun kabulü gerektiğinden, para cezasının hesabında (üç katı tutarındaki) arttırımın uygulanması gerektiği gerekçesiyle bozma kararının bu kısma uymayarak ilk kararında ısrar etmiş ve para cezasının üç kat arttırılması suretiyle hesaplanarak 896.040.000.-TL.'ye yönelik davanın reddine, arta kalan cezanın iptaline karar vermiştir. Bir başka örnekte ise, 560 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 18/A maddesinin (m) ve (o) bentleri gereğince verilen idari para cezası kararının iptali istemiyle açılan davada, idare mahkemesince, kanatlı hayvan kesim yeri işleten davacının kuruluş ve çalışma izni olmadan etkinlikte bulunduğu anlaşıldığından, bu fiilin karşılığı olarak verilen cezanın mevzuata uygun olduğu, ancak bu cezanın yanı sıra kuruluş ve çalışma izni bulunmamasından dolayı yasal olarak etkinlikte bulunması olanaksız olan davacıya, 560 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 18/A maddesinin (o) bendi uyarınca sorumlu yönetici bulundurmaması nedeniyle para cezası uygulanamayacağı gerekçesiyle dava konusu işlemin bir kısmının iptaline, bir kısmı yönünden davanın reddine ilişkin verilen kararın davalı idarece yapılan temyiz başvurusunu inceleyen Danıştay 10. Dairesi, başvuruyu reddederek, ilk derece mahkemesi kararını

⁷⁷⁷ Danıştay 6. Daire, E. 2004/5609, K.2006/5216, T.13.11.2006, (www.danistay.gov.tr). Danıştay 6. Daire'nin benzer kararlar için bkz. E.2004/1613, K.2006/2164, T.21.4.2006; E.2003/7824, K.2005/4521, T.7.10.2005, (www.danistay.gov.tr).

⁷⁷⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2005/295, K.2005/1165, T.26.5.2005, (www.danistay.gov.tr). Kararın değerlendirilmesi için bkz. *Karabulut*, s. 109.

onamıştır⁷⁷⁹. Bununla birlikte örneğin uygulamada ecri misil ihbarnamelerine açılan davalarda ecri misil kararı verilmesi yönünden hukuka aykırı bir yön olmamasına karşın, ecri misil tutarının bir kısmının iptal edildiği, bir kısmı yönünden davanın reddine karar verildiği de görülmektedir.

⁷⁷⁹ Danıştay 10. Daire, E.2001/2741, K.2003/4001, T.15.10.2003, (www.danistay.gov.tr).

SONUÇ

Bu çalışmamızda konu olarak ele aldığımız elektronik haberleşme hizmetlerinin bağlı olduğu hukuksal düzeni üç bölümde ele aldık. Birinci bölümde Cumhuriyet döneminin ilk yıllarından 2000'li yıllara kadar geçen sürecin yanında aynı zamanda Osmanlı Devleti'nde de haberleşme hizmetlerinin hangi hukuksal düzen içinde yürütüldüğünü, bu düzenin temel ilke ve kurallarını belirledik. Bu kapsamda öncelikle ele aldığımız Osmanlı Devleti hukuksal düzeninde, kuruluş döneminde, posta hizmetlerinin bir haberleşme aracı olarak halkın yararlanmasından çok, devlet idaresinin etkinliğinde ve devamlılığında önemli bir yeri olduğu, halkın bu haberleşme aracından neredeyse hiç yararlanmadığını gördük. Bunun en önemli nedeni ise, Osmanlı Devleti'nin siyasi ve sosyal yapısı olmuştur. Bununla birlikte devlet tekelinde yürütülen posta hizmetleri tarihi süreçte dönüşüm yaşamış ve artık Osmanlı halkı da bu hizmetten yararlanma başlamıştır. Aynı zamanda Osmanlı Devleti'nde yabancı uyruklu halkın yararlanmasına dönük, kendi ülkelerinin de özerk posta idarelerinin kurulduğunu belirledik. Posta hizmetlerinin ardından kullanılmaya başlayan telgraf ve telsiz gibi haberleşme araçlarının bağlı olduğu hukuksal düzenin de yine devlet tekelinde yürütüldüğünü, dönemin idari yapısı içinde haberleşme hizmetlerinin ortak bir örgütsel yapı içinde görülmesi amacıyla kurulan posta ve telgraf idaresi ile ardından yapısal değişim yaşanarak yeniden örgütlenen haberleşme idaresinin hukuksal yapısı, hizmetin görülüş yolları ele alındığında Osmanlı Devletinin benimsediği posta, telgraf ve telsiz idaresinin Cumhuriyet döneminde kurulan PTT'nin hukuksal yapısıyla örtüşlüğünü, başka bir anlatımla Cumhuriyet döneminde PTT'nin temelde öncekilerinin devamı niteliğinde olduğunu belirledik.

Birinci bölümde Cumhuriyet döneminde klasik haberleşme hizmetlerin bağlı olduğu hukuksal düzenin, Cumhuriyetin ilanından başlayan ve 1980'li yılların sonlarına kadar devam eden ve ardından 1990'lı yıllara uzanan geniş bir süreçte esaslı bir değişkenlik göstermediği, bu dönemde haberleşme hizmetlerinin (posta, telgraf, telsiz, radyo ve televizyon yayınlarının) devlet tekeline kamu hizmeti yaklaşımıyla ve bu yaklaşımdan hareketle oluşturulan örgütsel yapı içinde yürütüldüğünü gördük. Belirtmek gerekir ki, ülkemizde bu süreçte benimsenen hukuksal düzenin yalnızca bize özgü olmadığını, aynı zamanda Avrupa'da öngörüleninde bu hukuksal düzenle örtüşmektedir. Birinci bölümde Cumhuriyet dönemi incelenirken 1980 yılını temel alarak ikili bir ayrıma gittik. Bunun gerekçesi, gerek dünyanın çoğu ülkesinde gerek ülkemizde esmeye başlayan liberalleşme rüzgarıdır. Bu bağlamda 1980'li yıllarda temeli Avrupa'da atılan ardından Ülkemizde de kabul gören telekomünikasyon hizmetlerinde aşamalı serbestleşme, doğal tekellerin kaldırılması, özelleştirilme politikalarının sektörün hukuksal yapısını nasıl ve hangi yöne doğru değiştirdiğini gördük. Sözkonusu alanda yeni akımın işletmeciler devlet modeli yerine, düzenleyici ve denetleyici devlet modeli olduğunu ortaya koyduk. Bu çerçevede ülkemizde 2008 yılında kabul edilen Elektronik Haberleşme Kanunu'nu ile son aşamaya gelinen serbestleşme ve tüm tekellerin ortadan kaldırılması hedefinde en önemli adım, Türk Telekom A.Ş.'nin özelleştirilmesi olmuştur. Türk Telekom A.Ş.'nin özelleştirilmesi ile birlikte elektronik haberleşme hizmetleri sektöründe artık kamu işletmeciliği dönemi sona ermiş ve sektör özel girişimciye devredilmiştir. Bu süreçte elektronik haberleşme (telekomünikasyon) sektörünün düzenlenmesi ve denetlenmesi işlevini yerine getirmek üzere idari ve mali özerkliğe sahip Telekomünikasyon Kurumu kurulmuş ve bu Kurum Elektronik Haberleşme Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte hukuksal statüsü olmada bile, kurum ismi değiştirilerek yerini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na bırakmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, 2008 yılında kabul edilen Elektronik Haberleşme Kanunu ile öngörülen hukuksal düzenin hangi temeller üzerine yükseldiğini belirlemeye çalıştık. Bu bağlamda öncelikle Ülkemiz uygulamasının esin kaynağı olan Avrupa Birliği'nin öngördüğü düzeni, bunun temel dinamiklerini ve hukuksal metinlerinin neler olduğunu belirledik. Bu kapsamda Avrupa Birliği üyesi ülkelerde (örneğin İngiltere, Almanya gibi) ilk başlarda klasik haberleşme ve elektronik haberleşme (telekomünikasyon) hizmetlerinin kamu hizmeti anlayışıyla ve kamusal

tekel olarak yürütüldüğü ancak bu sistemin sosyo-ekonomik ve teknolojik değişimlerden etkilenmiş, ve yeni düzende AB genelinde serbestleşmenin sağlandığı rekabet koşullarının oluşturulduğu ortak bir yapı kurulmuştur..

İkinci bölümde aynı zamanda Türk pozitif hukuk metinlerine Elektronik Haberleşme Kanunu ile giren “elektronik haberleşme hizmetleri” kavramını ve bu kavramla birlikte yakın ilişkili olduğunu düşündüğümüz öteki kavramları, “kitle haberleşme” ve “evrensel hizmet”i ele aldık. Esasında kavramasal anlamı itibariyle “telekomünikasyon” kavramıyla aynı anlamda kullanılan ve elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınması, olarak tanımlanan “elektronik haberleşme” etkinliğinde iki koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekliliğinden söz ettik. Buna göre, ilk koşul gönderilecek iletinin (mesajın) elektriksel işaretlere dönüştürülebilmesinin olanaklı olması; ikincisi ise, elektriksel işaretlere dönüştürülebilen iletinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik iletim sistemleri aracılığıyla gönderilebilmesi gerekliliğidir. Burada ayrıca, hangi hizmetlerin Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında düzenlemeye tabi tutulduğunu gördük. Bu bağlamda, bu hizmetlerden, sabit telefon hizmetleri, internet hizmetleri, mobil telefon hizmetleri, basılı veya elektronik ortamda sunulacak telefon rehber hizmetleri, deniz haberleşmesi ve seyir güvenliğine yönelik haberleşme hizmetleri ve sayısal yayıncılık hizmetleri niteliği itibariyle elektronik haberleşme hizmetleri sayılmakla birlikte aynı zamanda evrensel hizmet kapsamında ayrı bir hukuksal düzenlemeye tabi tutulduğunu belirttik.

Öte yandan ikinci bölümde elektronik haberleşme hizmetleri alanında düzenleme ve/veya denetleme yetkisine sahip idareleri, bunların görev ve yetkilerinden sözedildiği. Bu kapsamda olmak üzere sözkonusu alanda düzenleme ve denetleme yetkisine sahip asli işlevin BTK tarafından yerine getirildiğini, bu bağlamda sektörün düzenlenmesine dönük genel düzenleyici işlemler ile yetkilendirme adı altında birel nitelikte işlemler tesis ettiğini gördük. BTK'nın aynı zamanda sektörel düzenleme kapsamında işletmeciler arasında uzlaştırma yöntemini işletmesi biçiminde bir görevi de üstlenmiştir. BTK' aynı zamanda sektörde etkinlik gösteren işletmecilere yönelik

idari yaptırım niteliğinde kararlar da almaktadır. Bu kapsamda EHK'da öngörülen idari para cezaları, yetkilendirmenin iptali, tazminat karşılığında işletmelere elkonulmasıdır. İdari yaptırım kararlarının, hukuk devletinin en önemli amaçları arasında yer alan ve anayasal güvence altına alınan kişi hak ve özgürlüklerine Anayasa ve yasalarla belirlenen temel ilke ve kurallara aykırı olmaması gerekmektedir. Anayasal düzende temel hak ve özgürlüklerin ancak bir yasa ile sınırlandırılması gerektiğine ilişkin düzenleme doğrultusunda; idarenin bu türden kararlarının yasal bir dayanağının bulunması, yasal düzenlemelerle temel çerçevenin belirlenmesi ve bu bağlamda ikinci düzenlemeler yapılabileceğinin açıkça belirtilmesi, idari yaptırım kararlarının alınmasında usul-yöntem ve yetki konusunun açıkça belirlenmesi, belirsizlikten uzak düzenlemelerin yapılması zorunluluğu bulunmaktadır. İdari işlev içinde kabul edilen idari yaptırım kararlarının Anayasa'nın 125. maddesi gereğince yargısal denetim yolunun açık olması gerekmektedir. Her durumda idarenin takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilen durumlarda, örneğin yalnızca alt ve üst sınırları gösterilen idari parasal yaptırımlar, takdir yetkisinin hukuka ve yasaya uygun kullanılıp kullanılmadığı yönünde de yargısal denetiminin yapılması gerekmektedir. Aynı zamanda idari yaptırım kararları yönünden temel ilkelerden biri olarak ölçülülük ilkesine uygun işlem ya da uygulamaların yapılması zorunludur.

Öte yandan çalışmanın ikinci bölümünde elektronik haberleşme alanında yetki ve görevi sahibi bulunan öteki idari otoriteler ile BTK arasındaki işbirliği ve yetki konularında Türk kamu yönetiminde son dönemlerde sıkça görülen ve kamu kurum ya da kuruluşların kendi aralarında yetki ve görev paylaşımına ilişkin yapılan protokoller idare hukuku yönünden, içdüzen işlemleri olarak kabul edilmesi gerekir, başka bir anlatımla bu türden belgeleri, iptal davasına konu olacak nitelikte tek yanlı, icrai ve kesin niteliklere sahip idari işlem olarak kabul etmenin olanağı bulunmamaktadır. Protokolün genelinin ve özellikle yukarıda yer verilen kimi maddelerin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, elektronik haberleşme alanında rekabeti ihlal eden ya da ettiği savlanan bir uygulamanın, tutum ve davranışın karşılığı olarak, düzene aykırı hareketlerin denetiminde kolluk yetkisinin BTK ve Rekabet Kurumu arasında paylaştırıldığı, bu yetki paylaşımında karşılıklı bilgi ve belge alışverişinin yapılmasının önerildiği, rekabete aykırı durumun nitelendirilmesinin bu organlara bırakılarak, yapılacak değerlendirmeye göre hareket

edilmesinin önerildiği görülmekte olmasına karşın, bu nitelikte bir konuda yasanın temel ilke ve kuralları belirledikten sonra, teknik ayrıntıları bir yönetmelikle düzenlenmesi yerine -kanımca BTK ve Rekabet Kurumu'nun birlikte hazırlayacağı bir yönetmelik olabilir- bir protokol düzenlenmesi, hukuk devletinin bir ögesi olarak hukuki güvenlik ilkesi, idarenin kanuniliği ilkelerine aykırılık taşımaktadır.

Çalışmanın son bölümünde ele aldığımız konulardan biri elektronik haberleşme hizmetlerinin kamu hizmeti kuramı yönünden hukuksal niteliğinin belirlenmesidir. Gerek AYM gerek Danıştay kararlarına bakıldığında, örneğin AYM'nin haberleşme etkinliklerinin yürütülmesinde kamu yararı bulunduğu ve bu tür etkinliklerin kamu hizmeti niteliğinde oldukları yönünde kararlar verdiği görülmektedir. Danıştay kararlarında da telekomünikasyon hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğinde oldukları kabul edilmiştir. EHK'nın elektronik haberleşme (telekomünikasyon) alanında önceki düzenlemelerle örtüştüğü en önemli nokta, elektronik haberleşme (telekomünikasyon) alanında yürütülene etkinliklerin kamu hizmeti olarak kabul edilmesidir. Bu bağlamda elektronik haberleşme alanında yürütülen hizmetler Devletin yetki ve sorumluluğu altındadır. Nitekim elektronik haberleşme alanında yürütülen etkinliklerde geçerli olacak temel ilkelerin neler olduğunu düzenleyen EHK'nın her türlü elektronik haberleşme cihaz, sistem ve şebekelerinin kurulması ve işletilmesine müsaade edilmesi, gerekli frekans, numara, uydu pozisyonu ve benzeri kaynak tahsislerinin yapılması ile bunların düzenlenmesi Devletin yetki ve sorumluluğu altındadır, biçimde bir düzenlemeye yer verilmek suretiyle temel bir ilkenin altı çizilmiştir. Yasa koyucu, elektronik haberleşme etkinliklerinin düzenlenmesinde Devletin yetki ve sorumluluğundan söz ederken aynı zamanda bu alanda yetkisi ve görevi olan idarelerin (bakanlık ve BTK) düzenleme yaparken kamu hizmeti anlayışından hareket etmesi gerekliliğinden de söz etmiştir. Buna göre yasa koyucu, elektronik haberleşme alanında düzenleme ve denetleme yetkisine sahip bir üst kuruluş olan BTK'yı, elektronik haberleşme sektörüne yönelik olarak, *"kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi"* amacıyla mevzuatın öngördüğü önlemleri almakla sorumlu tutmuştur. Yasa koyucu, elektronik haberleşme etkinliklerinin yürütülmesinde kamu yararı gördüğünden özel girişimci tarafından üstlenilmiş olsa da kamu yararının gerçekleşmesi ve böylece kamu hizmetinin etkin ve verimli biçimde yürütülmesine dönük düzenlemeler yapmıştır. Bu bağlamda temel ilkelerden söz ederken yasa koyucu elektronik haberleşme hizmetinin sunulmasında ve bu

hususla yapılacak düzenlemelerde, kamu düzeninin gereklerine öncelik verilmesi gerekliliğinden söz etmiştir. Elektronik haberleşme etkinliklerinin kamu hizmeti niteliğinde olduğuna ilişkin düzenlemelerden biri de Evrensel Hizmet Kanunu'nda yer almaktadır. Elektronik haberleşme kavramının ve kapsamının anlatıldığı yerde de ifade edildiği üzere yasa koyucu esasında elektronik haberleşme hizmetleri içinde yer alan kimi etkinliklerin yerine getirilmesini evrensel hizmet adı altında başka bir yasa ile düzenlemiştir. Bu bağlamda Evrensel Hizmet Kanunu'nun "Amaç" kenar başlıklı 1.maddesinde, "Bu Kanunun amacı; kamu hizmeti niteliğini haiz, ancak işletmeciler tarafından karşılanmasında mali güçlük bulunan evrensel hizmetin sağlanması, yürütülmesi ve elektronik haberleşme sektörü ile bu Kanun kapsamında belirlenen diğer alanlarda evrensel hizmet yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir" biçiminde bir düzenlemeye yer verilmek suretiyle elektronik haberleşme alanında evrensel hizmet olarak kabul edilen etkinliklerin kamu hizmeti niteliğinde olduğunun altı açıkça çizilmiştir.

Öte yandan aynı bölümde elektronik haberleşme hizmetlerine egemen olan ilkelerinden söz edilmiştir. Buna göre elektronik haberleşme hizmetlerinin, serbest rekabet ortamının sağlanması ve korunması; açık ve şeffaf olma; eşitlik; süreklilik ve düzenlilik; değişkenlik ve uyum ilkelerine uygun yürütülmesi gerekmektedir.

Son bölümde EHK ile kabul edilen yetkilendirme rejimini de ele aldık, EHK'da "elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlanmasını teminen şirketlerin, Kurum nezdinde kayıtlanmasını veya kayıtlanmasıyla birlikte bu şirketlere elektronik haberleşme hizmetlerine özel, belirli hak ve yükümlülükler verilmesi(...)" biçiminde tanımlandığını gördük. EHK ile kabul edilen yeni düzende elektronik haberleşme etkinlikleri, önceki mevzuatta öngörülen "genel izin", "telekomünikasyon ruhsatı", "görev sözleşmesi" ve "imtiyaz sözleşmesi" yöntemleri terk edilerek bunların yerlerine, "bildirim yöntemi" ile "kullanım hakkı verilmesi yöntemi" benimsenmiştir. EHK'ya göre, bir elektronik haberleşme hizmeti verilebilmesi ve/veya elektronik haberleşme ağının ya da altyapısının kurulup işletilebilmesinde öncelikli koşul, işletmecinin ilgili konuda idare tarafından yetkilendirilmiş olmasıdır. Ancak, anılan Yasa'da herhangi bir yetkilendirme olmaksızın kimi elektronik haberleşme etkinliklerinin yürütülebileceğinden söz etmektedir. Buna göre, bir gerçek ya da tüzel kişinin, kendi

kullanımındaki taşınmazların içinde ve her bir taşınmazın sınırları dışına taşmayan, özellikle kişisel veya kurumsal gereksinimleri için kullanılan ve üçüncü kişilere herhangi bir elektronik haberleşme hizmeti verilmesinde kullanılmayan, sağlanmasında herhangi bir tecimsel amaç güdülmeyen ve kamu kullanımına açık olarak sunulmayan; kamu kurum ve kuruluşlarının özellikle verdikleri hizmetler ile ilgili olarak özel kanunları uyarınca kurdukları elektronik haberleşme hizmeti ve/veya ağ ya da altyapısı yetkilendirme dışındadır.

EHK, bildirim yöntemiyle kendisinden önce yürürlükte bulunan mevzuatta yer almayan yeni bir yöntem oluşturarak elektronik haberleşme hizmetleri alanında sağlanmaya çalışılan serbestleşme ve bu alanda işletmeci sayısının artırılması, sektöre girişteki engelleri, ağır ve aşırı formaliteleri ortadan kaldırmayı amaçlamıştır. İşletmecinin yukarıda belirtilen türden bir etkinliğin sunulması yönünde yapacağı başvuru ile birlikte BTK bu başvuruyu kayıt altına alacaktır. Burada BTK'nın yetkisinin yapılan başvurunun -yöntemine uygun olması koşuluyla- yalnızca kayıt altına almadan ibaret olduğu belirtilmektedir.

Bildirim usulünde işletmecinin yöntemine uygun başvurusu üzerine BTK'nın bu başvuruyu kabul etme ya da reddetme yetkisinin olmadığı; hukuksal düzenlemelere göre BTK'nın burada yalnızca başvurucuyu Kurum kayıtlarına alma biçiminde gerçekleşen bir irade açıklamasında bulunduğu kabul edilse bile, EHK ve Yetkilendirme Yönetmeliği'ne bakıldığında İdarenin, ifade yerindeyse en azından yapılan başvuruyu koşulların sağlanıp sağlanmadığı yönünden bir araştırma, denetleme ya da saptama yetkisinin bulunduğunu söyleyebiliriz

Sonuç olarak bildirim yoluyla yetkilendirme yöntemi, yasal düzenlemenin zorunlu sonucu olarak belli bir sürenin geçmesine bağlı olmaksızın bildirim yapılmasıyla zımnî bir yetkilendirme yöntemi olmayıp; aksine idarenin belli bir süre içinde açık bir kararı ya da işlemi başka deyişle irade açıklamasına bağlı olarak, koşulların sağlanması durumunda başvuru tarihinden itibaren başvurana işletmeci statüsü vererek elektronik haberleşme alanında özel, belli hak ve yükümlülük verilmesi sonucu doğuran ve ruhsat yöntemine yaklaşan bir yöntem olarak hukuk literatüründe yerini almaktadır. Bildirim yönteminde idarenin yalnızca bildirim koşullarına uygunluğu yönünden bir inceleme yetkisinin bulunduğunu, bu koşulların sağlanması

durumunda yasanın öngördüğü işlemi yapmak zorunda olduğu, bu nedenle bağlı yetki içinde olduğunu bir kez daha vurgulayalım. Belirtelim ki; elektronik haberleşme alanında AB'nin kabul ettiği temel ilke ve kurallar ile, bu ilke ve kurallar dikkate alınarak, AB'nin bu alanında öngördüğü yasal altyapıyı kurma amacıyla hazırlanan EHK düzenlemeleri birlikte incelendiğinde BTK tarafından hazırlanan Yetkilendirme Yönetmeliği en azından bildirim yoluyla yetkilendirme konusunda Direktif ve Yasa'nın amacını, kapsamını aşmaktadır, bu yönden eleştiriye açıktır

Sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi yoluyla elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesinde ise, "Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekmediği tespit edilen elektronik haberleşme hizmetleri için usulüne uygun başvuruyu müteakip 30 gün içerisinde Kurumca kullanım hakkı verilir" düzenlemesine yer verilmiştir. "Kurum, kullanım hakkı verilmesi taleplerini, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ve benzeri kamu yararı gerekleri, tahsis edilmesi gereken kaynakların yetersizliği ve ihale aşamasında belirlenen yeterli şartlarının sağlanmaması sebepleriyle reddedebilir" düzenlemesinde de anlaşılacağı üzere, idare, kullanım hakkı başvurularını ulusal güvenlik ya da kamu düzeni gerekçelerini ileri sürerek reddetme yetkisine sahiptir. Bu nedenle burada idarenin tekdir yetkisi bulunmaktadır.

EHK'da sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi yoluyla görülecek elektronik haberleşme hizmetleri alanında işletmecilerin belirlenmesinde ihale yöntemi benimsenmiştir. Buna göre, uydu pozisyonu ile ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını içeren ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirmenin BTK tarafından yapılmaktadır, ancak ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını içeren ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin ihalelerin gerekli görülmesi durumunda doğrudan Bakanlık tarafından da yapılabileceğinden söz edelim. Buna göre sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi yoluyla görülecek hizmetler alanında işletmecilerin belirlenmesinde ihale yapma yetkisinin (yetkili idareler) Bakanlık ya da BTK'ya ait olduğunu söyleyebiliriz. Kıt kaynakların etkin ve verimli kullanılması, elektronik haberleşme alanında etkinlik gösterecek işletmeci adayları arasında, en başta adil rekabet ortamının sağlanması amacının gerçekleştirilmesi gibi etkenler

düşünüldüğünde, bu tür yetkilendirmede işletmeci adayı sayısının birden fazla olması durumunda ihale yapılması yolunun seçilmesi kabul edilebilir niteliktedir

Üçüncü bölümün son konu başlığında ise elektronik haberleşme hizmetlerinin yargısal denetimini BTK'nın işlem ya da kararları üzerinden ele aldık. Bu konuda sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: BTK'nın sektörel işlemleri (genel düzenleyici işlemleri, Kurul kararları, idari yaptırım kararları gibi) ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da çözümlenecektir. Bu konuda yasa koyucu özel görev kuralı öngörmüştür.

KAYNAKÇA

Akgüner, Tayfun, *Özel Girişim Özgürlüğü ve Yatırımları Teşvik Tedbirleri*, İstanbul, 1979.

Akıllıoğlu, Tekin, *Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 5 Kasım 1999.

Akıncı, Müslüm, *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*, Birinci Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999.

Alabau, Antonio, *The European Union And Its Electronic Communications Policy*, Fundación Vodafone España, 2006.

Alabau, Antonio – Guijarro, Luis, *The Electronic Communications Policy of The European Union*, 2011.

Alemdar, Korkmaz, *Türkiye 'de Çağdaş Haberleşmenin Tarihsel Kökenleri*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını, No:165, Ankara, 1981.

Alexiadis, Peter, *European Union Telecommunications Policy*, in *Telecommunications Law and Practice*, By Coling D.Long, Sweet&Maxwell, London, Second Edition, 1995.

Aışan, Reşat, *Cumhuriyetin Kuruluşu ve İlk Onbeş Yılında PTT İşletmesi*, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Sayı 17, Cilt:VI, Mart 1990.

Altaş, Hüseyin, *Evensel Hizmet Genişletilebilir mi?*, Telekom Dünyası Dergisi, Ocak 2010.

Altaş Hüseyin -İlgin, İlker - Deprem, Başak, *Telekomünikasyon Mevzuatı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

Altaş, Hüseyin, *Telekomünikasyon Hukuku Ders Notları*, www.huseyinaltas.net

Asker, Ayşe, *Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde (1999-2005) Türkiye'nin Değişen İletişim Politikaları*.

Aslan, Özlem, *Evensel Hizmet ve Türkiye Uygulaması*, Bütçe Dünyası Dergisi, Cilt 3, Sayı 27, Güz 2007.

Aslan, Zehreddin, *Rekabet Kurulu Kararları ve Yargısal Denetimi*, Danıştay Sempozyumu, Ankara, 2002.

Atabek, Ümit, *İletişim ve Teknoloji, Yeni Olanaklar-Yeni Sorunlar*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001.

Atay, Ender Ethem, *Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi*, Danıştay Sempozyumu, Ankara, 2000, <http://www.danistay.gov.tr/>

Atilla, A.Nedim, *İzmir Posta Tarihi*, İzmir Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayını, 2001.

Atiyas, İzak, *Regülasyon ve Rekabet Sempozyumu*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 15-16 Mart 2001.

Atiyas, İzak, *Ne İçin ve Nasıl Regülasyon*, Devlet Reformu, Devletin Düzenleyici Rolü, TESEV, İstanbul, 2000.

Atiyas, İzak - Oder, Burak, *Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Yayınları*, http://research.sabanciuniv.edu/8634/1/ozellestirme_hukuk_ekonomi.pdf

Avşar, B.Zakir - Öngören, Gürsel, *Radyo ve Televizyon Hukuku*, Ankara, 2003.

Ayanoğlu, Taner, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemlerin Tanımlanması*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2004.

Ayanoğlu, Taner, *Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Düzenleme Yetkisi ve TAPDK Örneği*, İÜ Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXV, Sayı 1, 2007.

Ayaydın, Cem, *İdare Hukuku’na Giriş (II)*, Ders Notları, İstanbul, 2008.

Aydın, Emin Doğan, *Bilişim ve Telekomünikasyon Terimler Sözlüğü*, (tarihsiz).

Aydiner, Murat Osman Tural, *Geçmişten Günümüze Posta*, Ulaştırma Bakanlığı PTT Genel Müdürlüğü, Ankara, 2007.

Aziz, Aysel, *Radyo ve Televizyona Giriş*, AÜSBF Yayınları No.393, 1976.

Aziz, Aysel, *Televizyon ve Radyo Yayıncılığı (Giriş)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

Azrak A., Ülkü, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Rekabet Kurumu Sempozyumu, 2001.

Baldini, Massimo, *İletişim Tarihi*, çev. Gül Batuş, İstanbul, 2000.

Baldwin, Robert – Cave, Martin – Lodge, Martin, *Understanding Regulation, Theory, Strategy, and Practice*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2012.

Başaran, Funda, *Enformasyon Hizmetlerine Erişim: Avrupa Birliği ve Türkiye, içinde: Avrupa Birliği ve Türkiye’de İletişim Politikaları: Pazarın Düzenlenmesi*,

Erişim ve Çeşitlilik, Der: Mine Gencil Bek-Deirdre Kevin, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2005.

Beauchamp, Ken, *History Of Telegraphy*, The Institution Of Engineering And Technology, History Of Technology Series 26, London, UK, 2008.

Berkarda, Kemal, *Amerika'da İdare Hukuku Var mı?*, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt 13, Sayı 1, 2000.

Berkarda, Kemal, *Regülasyon Nasıl Kurtulur?*, <http://www.belgeler.com/blg/2jot/regulasyon-nasil-kurtulur>

Beydoğan, Turgut Ayhan, *Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkilendirmenin Hukuki Rejimi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Bilgen, Pertev, *İdari Sözleşmelerin Kriterleri*, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1970.

Bilgen, Pertev, *Kamu Hizmeti Hakkında*, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 1980.

Bilgen, Pertev, *Sosyal Haklar, Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt 3, Sayı 5, 1995.

Bilgin, Hüseyin - Sezer, Yasin, *İdari Yargı Açısından 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu*, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı.32, Nisan, 2009.

Bozkurt, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1996.

Brembatı, Fabio – Brunelli, Giulio – Ciullo, Stefano – Giarda, Raffaele – Macconi, Gian Franco, *Telecommunications Law in Italy*, in: Telecommunications Laws in Europe, ed. Joachim Scherer, Kluwer Publishers, 1992.

Breyer, Stephen, *Regulation and Its Reform*, 6 th Printing, Cambridge, 1994.

Briggs, Asa – Burke, Peter, *Medyanın Toplumsal Tarihi*, (Çev: Ü. Hüseyin Yolsal-Erkan Uzun), Kırmızı Yayınları, İstanbul, 2011.

Burns, R.W., *Television An International History Of The Formative Years*, History Of Technology Series 22, The Institution Of Electrical Engineers, London, United Kingdom, 1998.

Candan, Turgut, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 2.Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006.

Cankaya, Özden, *Türk Televizyonunun Program Yapısı (1968-1985)*, İstanbul, (tarihsiz).

Cankaya Özden, *Bir Kitle İletişim Kurumunun Tarihi (1927-2000): TRT*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2003.

- Campbell Black, Henry**, *Black's Dictionary*, West Publishing Company, 1968.
- Casson, Herbert N.**, *The History Of The Telephone*, Published by The Echo Library, UK, 2007.
- C. De Muth, Christopher**, *What is Regulation?*, in *What Role For Government?*, lessons from policy research, Ed. Richard J. Zeckhauser-Derek Leebaert, Duke University Press, 1983.
- Cherry, Barbara A. - Wildman Steven S.**, *Conceptualizing Universal Service: Definitions, Context, Social Process and Politics*, in *Making Universal Service Policy*, Edited by Barbara A. Cherry-Steven S. Wildman-Allen S.Hammond, Lawrence Erlbaum Associates, Inc. Publishers, USA,1993.
- Coe, Lewis**, *The Telegraph*, McFarland & Company, Inc., North Carolina, USA, 2003.
- Coe, Lewis**, *The Telephone And Its Several Inventors*, McFarland & Company, Inc., North Carolina, USA, 1995.
- Coe, Lewis**, *Wireless Radio: A Brief History*, McFarland & Company, Inc., North Carolina, USA, 1996.
- Crutchley, E.T.**, *GPO (General Post Office)*, Cambridge University Press, UK, 1938.
- Cuilenburg, Jan van**, *Medya ve Demokrasi*, <http://ilef.ankara.edu.tr>
- Çağbayır, Yaşar**, *Ötüken Türkçe Sözlük*, 5.Cilt, 2007.
- Çağlayan, Ramazan**, *İdari Yargılama Hukuku*, Seçkin Yayınları, 2.Baskı, Ankara, 2012.
- Çağlayan, Ramazan**, *Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi*, AÜEHFD, Cilt VIII, Sayı:3-4, Aralık, 2003.
- Çakal, Recep**, *Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon*, DTP Yayın No.2455, 1996
- Çakmak, Zeynep**, *Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu*, Çakmak Yayınları, Ankara, 2011.
- Çavuşoğlu, Ahmet Erdinç**, *"Telekomünikasyon Hizmetlerine İlişkin İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim"*,Yayımlanmamış Doktora Tezi, İÜSBE Kamu Hukuku ABD, 2007.
- Çolak, Nusret İlker**, *Kitle İletişim Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

Çolak, Nusret İlker, *Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve ABD Örneği*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.

Cotton, Bob – Oliver, Richard, *Siberuzay Sözlüğü*, Yapı Kredi Yayınları, 1997.

Davison, Roderic H., *Osmanlı İmparatorluğu'na Elektrikli Telgrafın Girişi*, çev: Durdu Mehmet Burak, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Sayı: 14, 2003.

Demir, Tanju, *Türkiye'de Posta Telgraf ve Telefon Teşkilatının Tarihsel Gelişimi (1840-1920)*, PTT Genel Müdürlüğü, Ankara, 2005.

Demiröz, Ali, *Avrupa Birliği'nin Yeni Düzenleyici Çerçevesi Işığında Telekomünikasyon Sektörünün Düzenlenmesinde Rekabet Hukukunun Rolü*, Rekabet Dergisi, Sayı 15, 2003.

Derdiman, Ramazan Cengiz, *Türkiye İdaresinin Hukuksal Yönü ve Yapısı*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2003.

Duran, Lütfi, *İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XII, Sy. 1, (1946).

Duran, Lütfi, *Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler*, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 30, Sayı 1.

Duran, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

Duran, Lütfi, *Türkiye'de Planlamanın Hukuki Rejimi*, yayin.todaie.gov.tr/goster.php?Dosya=MDUwMDUxMDQ4

Ekici, Şerafettin, *Türk Telekomünikasyon Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

Erkut, Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Yayınları, No.51, Ankara, 1990.

Erol, Mesut, *Doğal Tekellerin Düzenlenmesi Ve Telekomünikasyon Sektöründe Düzenleyici Kurum*, DPT Uzmanlık Tezi, 2003.

Ersin, Nimet, *Kamu Hizmeti Yayıncılığı ve TRT'de Program Üretim Süreci*, Doktora Tezi, A.Ü SBE, 2007.

Esad, Mahmud, *Osmanlı Kapitülasyonları Üzerine, Tarih ve Metinlerin Işığında Kapitülasyonların Hukuki Rejimi*, 2. Bası, Çev: Ahmet Öylek,, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2008.

Eskin, Şekip, *Postaya Müteallik Notlarım*, Sümer Basımevi, Ankara, 1940.

Eskin, Şekip, *Türk Posta Tarihi*, Ulusal Matbaa, Ankara, 1942.