

TELEKOMÜNİKASYON ALANINDAKİ SON YASAL DÜZENLEMELER VE UYGULAMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Ali ULUSOY

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Öğretim Görevlisi



Telekomünikasyon alanı, hızla gelişen teknolojiye hukuksal düzenlemelerin ayak uyduramamasının en bilinen örneklerinden olması özelliğini uzun süredir korumaktadır. Ülkemizde son yıllarda çıkarılan yasal düzenlemelerle bu konuda önemli adımlar atılmaktadır. Bu düzenlemelerden en yenisi ve en kapsamlısı, 27.1.2000 tarihli ve 4502 sayılı kanundur¹.

Bu çalışmanın amacı, özellikle bu Kanun'la, ve ayrıca, 10.6.1994 tarihli 4000 sayılı; 3.5.1995 tarihli 4107 sayılı ve 1.8.1996 tarihli 4161 sayılı Kanun'larla getirilen yeni düzenlemelerin olumlu yönlerini ve uygulamadaki ortaya çıkarabilecekleri sorunları ve çözüm önerilerini belirlemeye çalışmaktır.

Bu bağlamda, bu yeni düzenlemelerin telekomünikasyon hizmetlerinin görülme yöntemi ve fiyatlandırılması, arabağlantı ve roaming, Türk Telekom, Telekomünikasyon Kurumu ve bu kurumun Rekabet Kurumu ile ilişkileri konularında dikkate değer hükümler getirdiği görülmektedir.

TELEKOMÜNİKASYON HİZMETLERİNİN GÖRÜLME YÖNTEMİ

4502 sayılı Kanun, Telekomünikasyon hizmetlerinin ve altyapısının yürütülme yöntemini ayrıntılı olarak düzenleyen hükümler içermektedir. Bu hükümlerden şu ortak noktalar çıkarılabilir:

- Kanun, telekomünikasyon hizmetlerinin görülmesini tamamıyla **kamu hukuku rejimine** tâbi tutmuş, bu hizmetlerin özel hukuk sözleşmesi ile görülmesi

¹ RG, 29.1.2000, S. 23948.

yöntemini, Anayasa'nın 47. maddesi yasa koyucuya böyle bir imkan vermiş olmasına rağmen, benimsememiştir.

-Kanun, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinin kamu hukuku rejimine tâbi olmasını belirlemekle yetinmemiş, kamu hukukuna tâbi görülüş yöntemlerinden hangileriyle yürütülebileceğini de sayma yoluyla sınırlamıştır.

-Kanun, hangi telekomünikasyon hizmetinin hangi görülüş yöntemiyle yerine getirileceğine karar verme yetkisini Ulaştırma Bakanlığına vermiştir.

1) Telekomünikasyon Hizmetlerinin Görülmesi (Yürütülmesi) Kamu Hukuku Rejimine Tâbi Tutulmuştur.

4502 sayılı Kanun'un 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun (değişik) 1. maddesini kısmen değiştiren 1. maddesinin 2. fıkrasında, "*Telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve telekomünikasyon altyapısı tesisi ve işletilmesi bu kanuna tâbidir.*" hükmü yer almaktadır. Yine Kanun'un 406 sayılı Kanun'un 2. maddesini değiştiren 2. maddesinin a) bendine göre ise, "*Hiç kimse Bakanlıkla bir görev, imtiyaz sözleşmesi yapılmış veya Bakanlık tarafından bir telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin verilmiş olmadıkça, telekomünikasyon hizmeti yürütemez ve/veya altyapısı kuramaz ve işletemez.*" Ayrıca, Kanun'un, 406 sayılı Kanun'un 3. maddesini değiştiren 3. maddesinin a) bendine göre de "... *tüm telekomünikasyon hizmetleri, ilgili hizmetin türüne göre ancak bir görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin kapsamında yürütülebilir.*"

Bu noktada aklı, **Telekomünikasyon hizmetlerinin Yap İşlet Devret yöntemiyle, yani özel hukuk sözleşmesi yoluyla yürütülmesi mümkün müdür?** sorusu gelebilir. Zira, halen yürürlükte olan 8.6.1994 tarihli ve **3996** sayılı *Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun*'un 24.11.1994 tarihli ve 4047 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle yeniden düzenlenen 2. maddesinin 1. fıkrasına göre, Yap İşlet Devret modeli çerçevesinde yaptırılacak ve işletilecek hizmetler arasında "*haberleşme*" hizmetleri de sayılmıştır.

Bilindiği gibi Anayasa'nın 47. maddesinde 13 Ağustos 1999 tarihinde yapılan değişiklikle, kanun koyucuya, kamu hizmetleri dahil birtakım hizmetlerin yerine getirilmesinin özel hukuk sözleşmesiyle yapılabilmesine olanak tanınması üzerine çıkarılan 20.12.1999 tarihli ve **4493** sayılı "*Bazı Yatırım ve Hizmetlerinin Yap İşlet Devret modeli çerçevesinde Yapılmasına İlişkin Kanun*"un 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesini değiştiren 2. maddesine göre,

"Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, **özel hukuk hükümlerine tabidir**." O halde, **telekomünikasyon hizmetlerinin görülme yönteminin özel hukuka (3996 sayılı kanununa göre Yap İşlet Devret) veya kamu hukukuna tabi olması konusunda idarenin bir takdir hakkı bulunduğu iddia edilebilir mi?**

Her ne kadar Danıştay'ın, istişari nitelikte de olsa, son kararlarında, 3996 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen 2. maddesinde sayılan alanlardaki hizmetlerin imtiyaz sözleşmesi yoluyla, diğer bir deyimle, kamu hukuku rejimine tabi olarak yürütülmesinin mümkün olmadığı ve sadece Yap İşlet Devret (YİD) yöntemiyle, yani özel hukuk rejimine göre yürütülmesi gerektiği sonucu çıkarılabilirse de², 4502 sayılı Kanun'un 3996 sayılı Kanun'a göre **sonraki kanun** olması (*lex posterior*)³ ve bu sonraki kanunun telekomünikasyon hizmetlerinin görülmesinin tabi olduğu hukuksal rejim konusunda kamu hukuku rejiminden başka bir olasılığa izin vermemesi⁴ dikkate alındığında, **telekomünikasyon hizmetlerinin YİD yöntemiyle, yani özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülmesinin mümkün olmadığı söylenebilir.**

Bu noktada, telekomünikasyon hizmetleri açısından 4502 sayılı Kanun'un, 3996 sayılı Kanun'a göre **özel kanun** olduğu ve *lex specialis* ilkesi uyarınca 4502 sayılı Kanun'a öncelik verilmesi savunulabilirse de, Danıştay 1. Dairesi ve Danıştay İdari İşler Kurulunun yukarıda belirtilen kararında, 4493 sayılı Kanun'la (m.1), 3996 sayılı Kanun m. 2'ye eklenen elektrik hizmetlerine münhasıran, bu hizmetleri düzenleyen 3096 sayılı Kanun'la 3996 sayılı Kanun arasında özel kanun- genel kanun ilişkisi kurulması istemine itibar edilmemesi karşısında, bu gerekçe pozitif hukuk açısından geçerli görünmemektedir.

Anayasa'nın (m. 47) ve 3996 sayılı Kanun'un böyle bir yetki vermiş olmasına rağmen, siyasi iradenin daha sonra çıkardığı bir kanunla (4502 sayılı Kanun), telekomünikasyon hizmetlerini kamu hukuku rejimine (imtiyaz) sokmayı tercih etmesinin, aynı iradenin son yıllarda ısrarla benimsediği *kamu hizmetlerini*

² Bkz. D. 1.d, E. 2000/57, K. 2000/53, K.t. 14.4.2000 (henüz yayınlanmamıştır).

³ 4502 sayılı Kanun 27.1.2000 (RG. 29.1.2000), 3996 sayılı Kanun ise 8.6.1994 (RG. 13.6.1994) tarihlidir.

⁴ Zira Kanun, tüm telekomünikasyon hizmetlerinin bu kanuna tabi olduğunu açıkça belirtmiş (m1/2) ve ayrıca, bu hizmetlerin görev veya imtiyaz sözleşmesi ya da ruhsat ve genel izin yöntemleri dışında bir yöntemle yürütülemeyeceğini hüküm altına almıştır. Bu sayılan yöntemlerin de kamu hukuku rejimine tabi yöntemler olduğu tartışmasızdır.

olabildiğince özel hukuk rejimine tabi tutmaya çalışma eğilimiyle çelişmesi dikkat çekicidir.

Bu ilginç gelişmede belirleyici faktörün, telekomünikasyon hizmetlerinin milli güvenlikle çok yakından ilgili olması ve bu bağlamda İdareye her zaman ve kolaylıkla kullanabileceği üstün ve ayrıcalıklı yetkiler tanınması ihtiyacı mı, yoksa tamamen konjonktürel veya tesadüfi bir tercih mi olduğunu tam olarak tespit edebilmek mümkün değildir.

2) Hangi Telekomünikasyon Hizmetinin Görev/İmtiyaz Sözleşmesi, Ruhsat ve Genel İzin Yöntemlerinden Hangisiyle Görüleceği Kanunda Belirlenmiştir.

Kanun'un, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 2. maddesini değiştiren 2. maddesine göre, telekomünikasyon hizmetlerini yürütmek veya altyapısını işletmek ve/veya kurmak için mutlaka bir **görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi, ruhsat veya genel izin** bulunması gerekmektedir. Aynı husus Kanun'un, 406 sayılı Kanun'un 3. maddesini değiştiren 3. maddesinin a) bendinin ilk cümlesinde de tekrarlanmıştır. 2. maddenin a) bendine göre, bu genel kuralın iki istisnası vardır:

- Gerçek veya tüzelkişiler, kendi taşınmazlarının sınırları dışına taşmamak ve 3. kişilere hizmet vermemek şartıyla, sadece kendi kullanımlarına yönelik olarak kişisel telekomünikasyon tesisleri kurup işletebilirler.

- Kamu kurum ve kuruluşları da, özel kanunlarında izin verilen kendi görev alanlarına özgülenmiş telekomünikasyon tesisleri kurup çalıştırabilirler.

Hangi telekomünikasyon hizmetinin kamu hukuku rejimine tabi görülüş usullerinden hangisiyle görüleceği ise, Kanun'un, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 3. maddesini değiştiren 3. maddesinde düzenlenmiştir.

Buna göre, 406 sayılı Kanun'a 4000 sayılı ve 10.6.1994 tarihli Kanun'un 2. maddesiyle eklenen **Ek 18. madde** kapsamına giren hizmetler **ancak bir imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatı** ile yürütülebilir. (m. 3, a bendi, son cümle). Ek 18. madde kapsamına giren hizmetler ise, "**mobil, telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım ve benzeri katma değerli hizmetler**" olarak belirlenmiştir.

Bu durumda, bu hizmetlerin imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatı dışında bir yöntemle, örneğin **genel izin** yoluyla gördürülmesi mümkün değildir.

Diğer yandan, 3. maddenin c) bendine göre, *eğer bir telekomünikasyon hizmeti veya altyapısı, frekans, uydu pozisyonu ve numaralandırma gibi kıt kaynakların tahsisini içeriyorsa veya bu hizmet/altyapı “her bir işletmeciye belirli, özel hak ve yükümlülüklerin verilmesini gerektiriyorsa” veya “sınırlı sayıda işletmesi tarafından yürütülecekse”, sadece bir imtiyaz sözleşmesi ile gördürülebilir.*

Yine 3. maddenin c) bendinin son cümlesine göre, “katma değerli telekomünikasyon hizmetleri telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin ile sermaye şirketleri tarafından sunulabilir.” Bu hükümler bütünsel olarak özetlendiğinde, şöyle bir tablo ortaya çıkmaktadır:

- Katma değerli telekomünikasyon hizmetleri **ruhsat** veya **genel izin** ile sunulabilir. (m. 3/c-son cümle)

- Mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım ve **benzeri** katma değerli hizmetler **ancak imtiyaz sözleşmesi** veya **telekomünikasyon ruhsatı** ile yürütülebilir. (m. 3/a-son cümle, ek m.18/1)

- Telekomünikasyon alt yapısı ve hizmetlerinden, frekans, uydu pozisyonu ve numaralandırma gibi **kıt kaynakların tahsisini içerenler**; herbir işletmeciye belirli **özel hak ve yükümlülüklerin verilmesini gerektirenler** veya **sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülecek olanlar** sadece **imtiyaz sözleşmesi** ile gördürülebilir. (m. 3/c-ilk cümle)

Bu tablo çeşitli yönleriyle ve pratikte telekomünikasyon hizmetleri açısından değerlendirildiğinde ise, Kanun’un özellikle bu 3. maddesinin çeşitli hükümlerinin birbiriyle çeliştiği veya en azından, bu konuda bir netlik bulunmadığı, sonuçta karmaşık bir durumun ortaya çıktığı görülmektedir. Bu noktada iki ayrı sorun göze çarpmaktadır:

Birincisi, 406 sayılı Kanun’a 4000 sayılı Kanun’un 2. maddesi ile getirilen **Ek 18. maddenin** “katma değerli telekomünikasyon hizmeti” kavramıyla **Kanun’un** “katma değerli telekomünikasyon hizmeti” kavramının örtüşmesindeki sorundur.

Kanun'un 3/a-son cümle ve 3/c-son cümlesi birlikte değerlendirildiğinde, Ek 18. madde kapsamına giren katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinin **ancak** imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatı ile yürütülebileceği, bu kapsama girmeyen katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinin ise **genel izin** ile de sunulabileceği anlamı çıkmaktadır.

Fakat pratikte Ek madde 18 kapsamı dışında kalan katma değerli telekomünikasyon hizmeti bulunup bulunmayacağı konusu tartışmalıdır. Zira Ek madde 18 kapsamına sadece burada sayılan hizmetler⁵ değil, bu hizmetlerin “**benzerleri**” de dahil edilmiştir. Bu durumda, bu sayılan hizmetlerin **benzerleri** dışında kalan katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinden bahsetmenin fiilen mümkün olmadığı⁶ iddia edilebilirse, uygulamada **genel izin** ile yürütülebilecek telekomünikasyon hizmeti bulunmayacaktır.

Kuşkusuz bu noktada kanun koyucunun teknolojik gelişmeleri göz önünde tutarak, ileride yeni bir tür katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinin ortaya çıkabileceğini düşündüğü ve bunların **genel izin** yöntemiyle yürütülebilmesine imkan verdiği düşünülebilir ve reel anlamda bir çelişkiden söz etmek mümkün olmayabilir. Fakat aynı maddenin bu iki hükmü (m. 3/a-son cümle ve m. 3/c-son cümle) arasında, uygulayıcılar için en azından kolay anlaşılır bir netlik bulunmadığı ve karmaşık bir durumun söz konusu olduğu söylenebilir.

İkinci sorun ise, 3. maddenin (c) bendinin ilk cümlesi ile özellikle aynı maddenin (a) bendinin son cümlesi arasındadır. (c) bendi ilk cümlede, kıt kaynakların tahsisi⁷ ve işletmeciye özel hak ve yükümlülükler verilmesini gerektiren veya sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülecek olan telekomünikasyon hizmetlerinin mutlaka **imtiyaz sözleşmesi** ile gördürüleceği hüküm altına alınmaktadır. (a) bendinin son cümlesine göre ise, yukarıda da belirtildiği gibi, Ek madde 18 kapsamına giren mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım ve benzeri katma değerli hizmetler **imtiyaz sözleşmesi** ile yürütülebileceği gibi **telekomünikasyon ruhsatı** ile de yürütülebilir.

⁵ Mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım hizmetleri

⁶ Örneğin internet hizmetlerinin data şebekesine benzer bir hizmet olduğu fakat, istisnai de olsa, telekonferans gibi bazı hizmetlerin burada sayılan hizmetlerin benzerlerinden sayılamayacağı da söylenebilir.

⁷ Frekans, uydu pozisyonu ve numaralandırma gibi.

Buradaki sorun ise, (c) bendi son cümle kapsamına giren telekomünikasyon hizmetlerinin, (a) bendinde sayılan hizmetleri de kapsama ihtimali karşısında, aslında bu bentte sayılan hizmetlerin telekomünikasyon ruhsatı ile yürütülmesinin mümkün olmayıp mutlaka imtiyaz sözleşmesi ile yürütülmesi gerekeceğidir. Zira, bu bentte sayılan bütün hizmetlerin, ya bir kıt kaynağın tahsisini içerdiği (örn. mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, ankesörlü telefon, uydu sistemleri), ya da özel hak ve yükümlülükler verilmesini veya sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesini gerektirdiği (örn. rehber basım) iddia edilebilir.

Bu durumda, bu hizmetler (c) bendi ilk cümle gereğince zorunlu olarak imtiyaz sözleşmesi ile yürütüleceğine göre, (a) bendinde bunların telekomünikasyon ruhsatı ile de yürütülebileceğinin belirtilmesi anlamsız hale gelmektedir. Hatta, m. 3/a-son cümle kapsamında olup olmayacağı, burada sayılan hizmetlerin **benzeri** olarak kabul edilip edilmeyeceği muğlak olduğundan tartışmalı olan ve dolayısıyla m. 3/c-son cümle uyarınca genel izin ile bile yürütülmesi ihtimal dahilinde olan örneğin **internet** gibi bazı hizmetlerin bile, m. 3/c-ilk cümlede belirtilen kriterlere uyduğu, yani bir kıt kaynağın tahsisini içerebileceği, özel hak ve yükümlülük verilmesini ya da sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesini gerektirebileceği ve bu bağlamda, **sadece imtiyaz sözleşmesi ile yürütülmesi gerekeceği** ileri sürülebilecektir.

Sonuçta, **m. 3/c-ilk cümle ile özellikle m. 3/a-son cümle arasında uygulamada çözülmesi güç bir çelişkinin bulunduğu veya en azından netleştirilmeye muhtaç bir muğlaklıktan bahsedilebileceği** söylenebilir.

Aşağıda da belirtileceği üzere, hangi telekomünikasyon hizmetinin hangi görülüş yöntemiyle yürütüleceğine, bu kanunda çizilen sınırlar çerçevesinde karar verme yetkisi, Telekomünikasyon Kurulunun da görüşü alınmak şartıyla, Ulaştırma Bakanlığına aittir(m. 3/6). Bu durumda, Bakanlığın bu konuda alacağı kararların, kanundaki söz konusu muğlaklık dikkate alındığında, taraflarca idari yargıya götürüleceği ve uzun ve yıpratıcı bir yargısal aşamadan geçilmesini kaçınılmaz kılacağı da kolayca tahmin edilebilir.

Bu konuya ilişkin **bir başka sorun** ise, m. 3/a-son cümlede “Ek 18. madde kapsamında sayılan hizmetler, ancak bir imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatı ile yürütülebilir.” hükmü bulunduğuna göre, bu tür hizmetlerin **Türk Telekom** tarafından işletilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Zira m. 3/a-son cümle bu tür hizmetler için **görev sözleşmesi öngörmemektedir**.

M. 1/3'de, "Türk Telekom, **bu kanun çerçevesinde** her türlü telekomünikasyon hizmetini yürütmeye ve telekomünikasyon alt yapısını işletmeye yetkilidir." denmekte; 4. fıkrada ise, Türk Telekom'un bu yetkiyi Bakanlıkça imzalanacak "görev sözleşmesi" ile yerine getireceği öngörülmektedir.⁸

Yine, m. 2/b-son cümlede, "Türk Telekom'un hangi hizmetlerini, kuracağı ya da iştirak edeceği şirketler eliyle ve hangi şartlarda yürüteceği görev sözleşmesinde düzenlenir" hükmü yer almaktadır.

Bu durumda Türk Telekom'un görev sözleşmesi dışındaki bir yöntemle, (örn. imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı ve genel izin) telekomünikasyon hizmeti yürütmesi mümkün müdür?

Kanun'un özellikle 1. maddesinin 3. ve 4. fıkraları; 2. maddenin (b), (c) ve (d) bentleri incelendiğinde, bir yandan Türk Telekom'un esas olarak, telekomünikasyon hizmetlerinden "ses iletimini ihtiva eden telefon hizmetlerini" yürütmek ve telekomünikasyona ilişkin her türlü altyapı ile görevli olmasının öngörüldüğü, diğer bir anlatımla, Türk Telekom'un katma değerli telekomünikasyon hizmetlerini yürütmesinin düşünülmediği gibi bir izlenim ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan ise, Türk Telekom'a "**bu kanun çerçevesinde**", **her türlü** telekomünikasyon hizmetini yürütme yetkisi verilmektedir. (m.1/3)

Bu yetkiye bu Kanun'da çizilen çerçeve ise, bu yetkinin ancak "görev sözleşmesi" ile kullanılabilmesi (m. 1/4 ve 2/b-son cümle) ve Ek 18. maddede sayılan katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinin ancak bir imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatı⁹ ile yürütülebileceğidir. (m. 3/a-son cümle)

Bu durumda, m. 3/a-son cümlede, Ek 18. maddede sayılan hizmetleri yürütme yöntemi olarak görev sözleşmesinin sayılmamasının bir unutkanlık ürünü mü, yoksa bu tür hizmetleri Türk Telekom'un üstlenmemesi için bilinçli olarak m. 1/3. fıkraya getirilmiş özel bir istisnai hüküm mü olduğu bilinmemektedir.

Pozitivist bir yorum dikkate alınarak Kanun'un m. 1/3 ve 4, m. 2/b-son, m. 3/a-son hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, **Türk Telekom'un görev**

⁸ "Türk Telekom'un sözkonusu yetkiye ilişkin hak ve yükümlülükleri Bakanlık ile imzalanacak görev sözleşmesi ve/veya görev sözleşmesi ile belirlenir."

⁹ Yukarıdaki yorum dikkate alınır, pratikte bunların sadece imtiyaz sözleşmesi ile yürütülebileceği de söylenebilir.

sözleşmesi yerine, imtiyaz sözleşmesi veya diğer bir yöntemle, Ek m. 18’de sayılan katma değerli telekomünikasyon hizmetlerini yürütmesi mümkün görünmemektedir.

Görev sözleşmesi ile imtiyaz sözleşmesinin aynı nitelikte olduğu, diğer bir deyimle, her iki sözleşmenin aynı hukuksal rejime tabi olduğu ve hatta, görev sözleşmesinin imtiyaz sözleşmesinin özel bir türü olarak bile kabul edilebileceği ve bu bağlamda, imtiyaz sözleşmesi ile yürütülebilecek telekomünikasyon hizmetlerinin haydi haydi (*a priori*) görev sözleşmesi ile de yürütülebileceği ileri sürülebilirse de, bu sava katılmak güç görünmektedir. Zira, bu sav geçerli olsaydı, kanunun ayrı ayrı hem imtiyaz sözleşmesinden hem de görev sözleşmesinden söz etmesine gerek kalmazdı. Kanun her iki sözleşme türünden de ayrı ayrı bahsettiğine göre, ve diğer yandan her bir telekomünikasyon hizmeti yürütme yöntemine ayrı anlamlar yüklediğine göre, nasıl “ses iletimini ihtiva eden (sabit) telefon hizmetlerini yürütmek” mutlaka görev sözleşmesi ile yürütülebilecekse (m. 2) ve bunun 2003 yılı sonuna kadar imtiyaz sözleşmesi veya diğer bir yöntemle yürütülmesi mümkün değilse, m. 3/a-sona göre, Ek 18. madde kapsamındaki katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinin de görev sözleşmesi ile yürütülebilmesi gerekir. Aksi halde, m. 3/a-sonda bunların **sadece** imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatı ile yürütülebileceğine ilişkin açık belirlemenin anlamı kalmayacaktır.

Aslında, bir telekomünikasyon hizmeti yürütme yöntemi olarak görev sözleşmesinin, katma değerli hizmetler dışında kalan ve evrensel hizmet niteliğinde düşünülen sabit ses iletimi gibi temel telekomünikasyon hizmetlerinin ve telekomünikasyon altyapısının yürütülmesi için özel bir yöntem olarak düşünüldüğü anlaşılmaktadır.

Özelleştirme kapsamında olan ve özellikle 2003 yılından sonra, bu temel hizmetler ve altyapıda tekel hakkı sona erecek olan ve böylece herhangi bir özel telekomünikasyon işletmecisinden farkı kalmayacak olan Türk Telekom’a telekomünikasyon hizmetlerini imtiyaz sözleşmesi ile de yürütme yetkisinin verilmesi ve bu bağlamda, m. 3/a veya (c) bendine bu yönde açık bir hüküm konulması yerinde olurdu.

Bu noktada, Kanun’un ortaya çıkardığı bir diğer sorun da, 1. maddedeki tanımlar kısmında ve 2. maddenin (d) bendinde söz edilen “**GSM görev sözleşmesi**” kavramına, telekomünikasyon hizmetlerinin görülüş yöntemlerinin tek tek sayıldığı 3. maddede yer verilmemiş olmasıdır. Zira 1. maddede “GSM görev sözleşmesi”, “görev sözleşmesi”nden ayrı bir kavram olarak görülmekte ve

2. maddenin (d) bendinde de bu sözleşme türünden görev sözleşmesi ile birlikte ayrıca bahsedilmekte; 3. maddede ise bir telekomünikasyon hizmetleri görülüş yöntemi olarak zikredilmemektedir.

Ayrıca, 3. maddenin (a) bendi son cümle uyarınca, Ek 18. maddede sayılan katma değerli hizmetlerin (mobil telefon hizmeti dahil) “görev sözleşmesi” ile yürütülemeyeceği gibi, bunlardan mobil telefon hizmetinin “GSM görev sözleşmesi” ile yürütülebileceği yönünde bir anlam çıkarmak da mümkün görünmemektedir.

Türk Telekom’a verilen GSM 1800 mobil telefon hizmeti işletme lisansı, Ulaştırma Bakanlığı ile akdedilecek bir “GSM görev sözleşmesi” olarak hazırlandığına göre, bu uygulamanın Kanun’a uygun olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Zira, yukarıda tekrar ettiğimiz gibi, madde 3’e göre, Ek madde 18’de sayılan hizmetlerden olduğu için, mobil telefon hizmetinin görev sözleşmesi veya GSM görev sözleşmesi yöntemiyle yürütülmesi mümkün değil gibi görünmektedir.

Söz konusu GSM 1800 lisansının bizzat Türk Telekom tarafından değil de, **Türk Telekom’un kuracağı bir şirket tarafından** işletilmesi de birşeyi değiştirmeyecektir. Zira, 2. maddenin (b) bendinin son cümlesine göre, “Türk Telekom’un, hangi telekomünikasyon hizmetlerini, **kuracağı ya da iştirak edeceği şirketler eliyle** ve hangi şartlarda yürüteceği görev sözleşmesinde düzenlenir.” Yani, Türk Telekom’un bir telekomünikasyon hizmetini kuracağı veya iştirak edeceği bir şirket aracılığıyla yürütmesi, bu hizmetin bir “görev sözleşmesi” ile yürütülmesi zorunluluğunu değiştirmeyecektir.

Bu konuda dikkate alınması gereken bir diğer hüküm de, Geçici Madde 5’teki, “Bu Kanun’da öngörülen görev sözleşmesi bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş ay içinde hazırlanır. Söz konusu sözleşme imzalanıncaya kadar Türk Telekom **herhangi bir değişiklik olmaksızın hizmetleri** ve bütçesinde öngörülen yatırımları **yürütmeye devam eder.**” ifadesidir.

Nasıl anlaşılması gerektiği pek belirli olmayan bu hüküm, Türk Telekom’un, bu Kanun’da öngörülen hiçbir yükümlülüğe ve kurala Ulaştırma Bakanlığı ile yapılacak genel görev sözleşmesinin yürürlüğe girmesinden önce uymak zorunda olmadığı gibi çok geniş bir şekilde yorumlanırsa, adı geçen GSM 1800 lisansının işletilmesine ilişkin GSM görev sözleşmesinin, Ulaştırma Bakanlığı ile Türk Telekom arasındaki bu genel görev sözleşmesi yürürlüğe girmeden önce imzalanmak şartıyla, Kanun’a aykırı olmayacağı ileri sürülebilir.

Fakat bu geçici 5. maddenin bu derece geniş yorumlanması, hükümdeki ifade ne kadar muğlak olsa da, pek tutarlı bir yaklaşım olmayacaktır. Zira maddedeki, Türk Telekom'un görev sözleşmesi imzalanıncaya kadar "**herhangi bir değişiklik olmaksızın** hizmetleri... yürütmeye devam edeceği" ifadesi, bu imzaya kadar kanundaki hiçbir kurala uymak zorunda olmadığı şeklinde değil, **kanunun çıktığı tarihte yürütmekte olduğu hizmetleri yürütmeye devam edeceği** şeklinde anlaşılmalıdır. Söz konusu maddeye "Geçici" sıfatı verilmesi de, bu savı desteklemektedir.

Sonuç olarak, Kanun'da, bir yandan, görev sözleşmesi ile düzenlenmek şartıyla, Türk Telekom'un her türlü telekomünikasyon hizmetini yürütebileceği belirtilmekte (m. 1), diğer yandan ise, Ek 18. madde kapsamına giren katma değerli hizmetlerin **sadece** imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatı¹⁰ ile yürütülebileceği açıkça hüküm altına alınmaktadır. Bu çelişkinin uzlaştırmacı bir yöntemle çözümlenmesi kolay görünmemektedir.

Kuşkusuz, oldukça geniş bir yorumla, m. 3/a-son cümle hükmünün (*burada sayılan hizmetlerin sadece imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatı ile yürütüleceği*) aslında telekomünikasyon hizmetlerini yürütecek Türk Telekom dışındaki işletmecilerin (özel sektör işletmecileri) için söz konusu olduğu; Türk Telekom için ise 1. madde hükmünün geçerli olduğu; diğer bir deyimle, 1. maddenin, 3. maddenin bir istisnası, buna göre daha özel hüküm olduğu iddia edilebilecektir. Fakat, Kanun'a pozitivist açıdan yaklaşırsa, aslında m. 3/a-son cümlelerin 1. maddeye göre daha özel bir hüküm olduğu da pekala öne sürülebilecektir.

Diğer yandan, m. 2/d-3. cümle ve 1. maddedeki "tanımlar" kısmının ("*GSM görev sözleşmesi*" tanımı) Türk Telekom'a GSM görev sözleşmesi ile mobil telefon hizmeti yürütme konusunda **zımnî** bir yetki verdiği de, yine "geniş" bir yorumla, ileri sürülebilir. Ama burada da, böyle "dolaylı" bir yetkinin bulunduğunu savunmak, m. 3/a-son cümledeki aksi yöndeki "çok açık" ifade karşısında oldukça güç görünmektedir. O halde, bu değinilen konularda Kanun'da netleştirilmeye ve düzeltilmeye muhtaç ifadeler olduğu tartışma götürmez bir gerçektir.

¹⁰ Bu hizmetlerin telekomünikasyon ruhsatı ile görülmesinin pratikte kuşkuğu olduğu hakkında bkz. **supra**.

1) Hangi Hizmetin Hangi Yöntemle Yürütüleceğine Karar Vermeye Ulaştırma Bakanlığı Yetkilidir.

Kanun'un 3. maddesinin (b) bendinde, hangi telekomünikasyon hizmetinin kim/kimler tarafından, hangi şartlarda, hangi yöntemle yürütülebileceğine karar verme yetkisi Ulaştırma Bakanlığına verilmiştir. Yine aynı maddeye göre, bu kararı vermeden önce Telekomünikasyon Kurulunun görüşünün alınması gerekir.

Diğer yandan, herhangi bir telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi için Bakanlık ile imzalanacak olan görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi ile ruhsat veya genel izinlerde, Bakanlığın işletmecilere, 2. maddenin (e) bendinde toplam 15 madde olarak sayılan hususları belirlemesi gerekmektedir. Bu bağlamda, iki noktaya dikkat çekmek gerekmektedir:

İlk olarak, Kanun'la bir yandan telekomünikasyon hizmetlerini düzenlemesi ve denetlemesi amacıyla, diğer bir deyimle, bu alandaki regülasyonu gerçekleştirmek üzere bağımsız bir idarî kurum olarak Telekomünikasyon Kurumu kurulmakta¹¹, diğer yandan, bu hizmetlere ilişkin temel kararların alınması konusunda yetki bu Kurum'a değil Bakanlığa verilmektedir.

Telekomünikasyon hizmetlerinin kimler tarafından hangi yöntemle ve hangi şartlarda yürütüleceğine karar vermenin tipik bir regülasyon faaliyeti olduğunda şüphe yoktur. Bu konuda Telekomünikasyon Kurumuna sadece bağlayıcı olmayan bir görüş verme görevi verilmiş olması ilginçtir.

Bu durumun, düzenleme ve denetleme (regülasyon) yetkilerinin mümkün olduğunca bağımsız idarî kurumlara bırakılması yönündeki son zamanlardaki genel eğilimle de ters düştüğü söylenebilir.

Diğer yandan, Kanun'da, **Kurum** ile **Bakanlık** arasında, çok net olmasa da, **düzenleme (ve karar alma) yetkisinin esas olarak Bakanlıkta, denetim yetkisinin ise Kurum'da** olması gibi bir görev bölüşümünün amaçlandığı izlenimi edinilmektedir (m. 2/f). Yani, telekomünikasyon alanındaki regülasyon işlevinin Bakanlık ve Kurum arasında bölünüp paylaşılması istendiği gözlemlenmektedir.

Bu tespitin ise uygulamada Bakanlık ile Kurum arasında minimum bir idarî ilişkiyi gerektireceği kuşkusuzdur. Kurum'un bir Bağımsız İdarî Kurum

¹¹ Bkz. Bu konuda **infra**.

(BİO) olarak düzenlendiği ve dolayısıyla Bakanlığın Kurum üzerinde tipik idarî vesayet yetkilerine sahip olmadığı dikkate alınır, bazı konularda yetki çatışması ve koordinasyon sorunları çıkabileceği de göz ardı edilmemesi gereken bir olasılıktır.

Dikkate alınması gereken bir diğer konu da, Bakanlığın telekomünikasyon hizmeti yürütecek olan işletmecilere, hizmetin yürütülmesine ilişkin işlemlerde (görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi, ruhsat ve genel izin) öngörmesi gereken hususları (m. 2/e) öngörmemesinin yaptırımının veya sonucunun ne olacağıdır.

Gerçekten de Bakanlığın görev/imtiyaz sözleşmesi, ruhsat ve genel izinlerde yer vermesi gereken hususlar 2. maddenin (e) bendinde 15 başlık halinde sayılmıştır. Örneğin, burada yer verilmesi öngörülmesine rağmen yer verilmeyen bir hususa binaen Bakanlık sözleşmede tek yanlı bir değişiklik veya fesih yapabilecek midir? Yine, bu kanun hükmüne uyularak, ruhsat veya genel izin şartnamesinde belirtilen bir husus Bakanlık tarafından daha sonra değiştirilebilecek midir? Yani, Bakanlık bu hükme göre belirlediği hususlarla bağlı mıdır?

İdare hukukunun genel ilkeleri yönünden bir değerlendirme yaptığımızda, 2. maddenin (e) bendinde belirtilen hususların, görülen hizmetin daha iyi ve düzgün şartlarda gerçekleştirilmesi ve özellikle hizmetten yararlananlar açısından hizmetin görülme şartlarının öngörülebilmesi amacıyla getirilmiş hükümler olduğu; diğer bir anlatımla, işletmeciler açısından burada sayılan hususların herhangi bir **kazanılmış hak** teşkil etmeyeceği ve bunların idareyi bağlayıcı kurallar olmadığı söylenebilir.

Bilindiği gibi, görev ve imtiyaz sözleşmesi olsun, telekomünikasyon ruhsatı ve genel izin olsun, kanunda telekomünikasyon hizmeti yürütme yöntemi olan belirlenen kamu hizmeti görme yöntemlerinin “kamu hukuku rejimine tâbi yöntemler” oldukları kuşkusuzdur. Kamu hukuku rejimine tâbi kamu hizmeti görme yöntemleri için ise, idarenin her zaman, kamu yararı gerektirdiğinde tek yanlı olarak değişiklik yapma, hizmetin görülme şartlarını yenileme, feshetme gibi yetkileri bulunmaktadır.

II. ARA BAĞLANTI ve ROAMING

Kanun'un, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 10. maddesini değiştiren 6. maddesinde, telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin ara bağlantı ve roaming¹² konuları düzenlenmiştir.

6. maddenin 1, 2 ve 3. fıkralarında, Kurum tarafından belirlenecek ara bağlantı yükümlülerinin, Telekomünikasyon Kurumunca çıkarılacak yönetmelikler uyarınca, diğer işletmecilerin ara bağlantı taleplerini karşılamak zorunda oldukları ve bu ara bağlantının, yükümlülerin kendi sundukları hizmetlerle aynı koşul ve kalitede olması gerektiği, fakat bu ara bağlantı talebinin teknik olarak mümkün olması ve ekonomik açıdan orantısız maliyet içermemesi ve ayrıca, işletmeciler arasında imzalanacak bir anlaşmayla ve ücret karşılığı olacağı ve bu anlaşmaların Telekomünikasyon Kurumuna sunulacağı hüküm altına alınmıştır.

Aynı maddenin 4. fıkrasına göre ise, ara bağlantı talebi 3 ay içinde sonuçlanmazsa, Telekomünikasyon Kurumu, başvuru üzerine, “kamu menfaati gözetilerek belirleyeceği esaslar çerçevesinde taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işletir ve kamu menfaati açısından makul ve gerekli gördüğü diğer tedbirleri alır.”

Eğer taraflar Kurum'un işleteceği uzlaştırma prosedürü ve alacağı diğer tedbirler sonucunda 6 hafta içinde (bu süre 4 hafta daha uzatılabilir) anlaşmaya varamazlarsa, Kurum, anlaşma için “uygun gördüğü hüküm, koşul ve ücretleri belirlemeye yetkilidir.”

Maddenin 5. fıkrasında ise, mobil telefon, data ve Kurum'ca belirlenecek diğer hizmetler için **zorunlu roaming** öngörülmüştür.

Kanun'un 1. maddesinde, “**aynı alandaki diğer işletmecilerin müşterilerine ait ekipmanların kendi telekomünikasyon sistemleri üzerinden de çalışabilmesine izin verilmesi**” olarak tanımlanan roaming'in herhangi bir işletmeci için zorunlu olabilmesi için, bu roaming talebinin “makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan mümkün” olması gerekmektedir.

¹² Genel olarak, ara bağlantı, bir şebekenin veya işletmecinin abonesiyle diğer bir şebekenin veya işletmenin abonesinin haberleşebilmesi, roaming ise, bir işletmenin altyapı ve ekipmanlarından diğer bir işletmecinin yararlanması anlamına gelmektedir.

Söz konusu 6. maddenin 6. fıkrasına göre, Kurum, ara bağlantı ve roaming dahil bu maddenin uygulanmasına ilişkin ayrıntıları düzenleyen yönetmelikler çıkartacak ve ayrıca, ara bağlantı ve roaminge ilişkin referans tarifelerini belirleyecektir.

Diğer yandan, aynı fıkra, Kurum'un, "srandart referans tarifeleri, şebeke ara bağlantıları ve roaming ile ilgili anlaşmaların, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri (alacağı), gerektiğinde 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Rekabet Kurumuna başvurabileceği" hüküm altına alınmıştır.

Genel olarak, telekomünikasyon alanındaki işletmeciler arasında ara bağlantı ve roaming zorunluluğunu getiren ve bu konuda Telekomünikasyon Kurumuna geniş yetkiler veren bu maddenin özellikle Avrupa Birliği düzenlemeleriyle ve Avrupa Birliği ülkelerinin iç mevzuatıyla paralellik arzettiği, hatta, bu konuda günümüzde tüm dünyada varolan bir eğilimi yansıttığı söylenebilir.

Bununla beraber, ara bağlantı ve roaming konusunda, Kanun'da düzenlendiği şekliyle çözümlenmesi gereken sorunların da bulunduğu görülmektedir.

1) 6. Maddenin Bazı Hükümlerinin Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Kanun'da (m.6), telekomünikasyon işletmecilerinin bir kısmına (*arabağlantı yükümlüsü telekomünikasyon işletmecileri*) ara bağlantı, hepsine roaming yapma konusunda zorunluluk getirildiğine göre, ortada **sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması, hatta ortadan kaldırılması** söz konusudur.

Diğer yandan, Telekomünikasyon Kurumuna, hem işletmecilere ara bağlantı ve roaming anlaşması yaptırma konusunda, hem de bunların ücretlerini belirleme konusunda 6. maddede verilen geniş yetkiler, **kanuni idare** ilkesine aykırılık teşkil etmekte midir? Dolayısıyla, **yasama yetkisinin devri** niteliğinde midir?

Bilindiği gibi, Anayasa'nın 48. maddesinde, "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir." denilerek, sözleşme özgürlüğü temel hak ve özgürlükler arasında sayılmıştır.

Kuşkusuz bu özgürlüğün Anayasa’da temel hak ve özgürlükler arasında sayılması, onun hiçbir şekilde sınırlanamayacağı anlamına gelmez. Fakat bu sınırlamaların Anayasa’nın 13. maddesinde belirtilen, **kanunla yapılma, demokratik toplum gereklerine uygun olma ve amaçla orantılı olma** gibi şartlara uygun olarak yapılması gerekmektedir.

Burada söz konusu olan sözleşme özgürlüğünü kısıtlama, Kanun’la yapıldığı için ve ayrıca, tüm modern demokratik toplumlarda ve özellikle de AB ülkelerinde de benzer bir kısıtlamaya yer verildiğinden, Anayasa’nın 13. maddesine aykırı olduğu söylenemez.

Yine, Kanun’da bu sınırlama için, **teknik açıdan mümkün olma ve ekonomik açıdan orantısız maliyet içermeme** (f. 2) gibi şartlar da öngörüldüğü için, amaçla orantısız olduğunun **a priori** ileri sürülmesi güç görünmektedir.

İşletmecileri ara bağlantı ve roaming taleplerini karşılamaya zorlama ve ücretlerini belirleme konusunda Telekomünikasyon Kurumuna verilen geniş yetkilerin Anayasa’daki kanuni idare ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmadığı ve yasama yetkisinin devri niteliğinde olup olmadığı konusunda gelince, bu konuda **ara bağlantı** ve **roaming** arasında bir ayırım yapılmalıdır.

“Kuruma ara bağlantı konusunda verilen yetkilerin esas olarak ara bağlantı yükümlüsü işletmeciyse, bunu talep eden işletmecinin kendi arasında anlaşamaması halinde **uzlaştırma** prosedürünü işletmek ve bu amaçla gerekli gördüğü önlemleri almak ve bu uzlaştırma prosedürü en fazla 10 hafta içinde başarıya ulaşmazsa, her iki tarafın da kabul etmek zorunda olduğu bir anlaşma metni hazırlayarak, geçerli olacak **koşulları ve ücretleri tek taraflı olarak belirlemek** olduğu gözlemlenmektedir. (f. 1,2,3,4)

Roaming konusunda ise, işletmecilerin ruhsat taleplerini karşılamakla yükümlü oldukları (zorunlu roaming) belirtilmekle birlikte (f. 5), bu talebin karşılanmaması durumunda ne olacağı konusunda açık bir hüküm bulunmamakta, yani Telekomünikasyon Kurumuna bu konuda açık bir yetki verilmemektedir.

Buna rağmen, 6. fıkrada, bu maddede düzenlenen konularda ayrıntılı düzenlemelerde bulunmak için Telekomünikasyon Kurumuna yönetmelikler çıkarma yetkisi verildiğinden, bu maddeye giren roaming konusunda da Kurumun, çıkaracağı yönetmelikte, roaming taleplerinin karşılanmaması durumunda birtakım yaptırımlar öngörebileceği ve bu konuda kendisine yetkiler tanıyabileceği, sonuçta, Telekomünikasyon Kurumuna dolaylı bir yetki tanındığı

düşünülebilir. Fakat, Kurum, Kanun'da düzenlenmemiş olan bir konuda (*zorunlu roaming kuralına uyulmamasının yaptırımı konusu*) yönetmelikle düzenleme yapabilecek midir?

Bilindiği gibi, dayanağını Anayasa'nın 123. maddesindeki İdarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği hükmünden alan kanuni idare (yasal yönetim) ilkesine göre, idarenin herhangi bir konuda asli düzenleme yetkisi bulunmamakta, idare ancak kanunlarla belirlenen sınırlar çerçevesinde düzenleme yapabilmektedir¹³.

Kanun bu sınırı çok dar tutabileceği gibi, yani çok ayrıntılı bir çerçeve çizebileceği gibi, çok geniş de tutabilir. Fakat bu sınırın hiç olmaması, yani kanunun bir konuda idareye sınırsız bir düzenleme yetkisi vermesi Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarında, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilmekte ve Anayasa'ya aykırı kabul edilmektedir¹⁴.

Bu durumda, Kanun'da (m. 6/2) **ara bağlantı konusuna ilişkin olarak** Telekomünikasyon Kurumuna verilen, uzlaştırma gerçekleştirmek için gerekli önlemleri alma ve uzlaşma gerçekleşmezse, ara bağlantı anlaşmasının hüküm, koşul ve ücretlerini tek başına ve bağlayıcı olarak belirleme yetkileri verilmesi ve bu konuda ayrıntılı düzenleme yapabilme imkanı, Anayasa'daki kanuni idare (m. 123) ve yasama yetkisinin devredilemezliği (m. 7) ilkelerine aykırılık teşkil etmemesi gerekir. Zira, bu konuda yasa koyucu, idarenin (Telekomünikasyon Kurumu), uyması için birtakım sınırlar belirlemiştir. (m. 6/2) Örneğin, ara bağlantı teknik olarak mümkün olmalı, ekonomik açıdan orantısız maliyet içermemeli ve ayrıca Kanun'a göre bu hizmet, "eşitlik, ayırım gözetmeme, şeffaflık, açıklık, maliyet ve makul kara dayalı olma ilkeleri temelinde" sağlanmalıdır.

Roaming konusunda ise durum değişmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, kanunda, bir işletmecinin diğer bir işletmecinin roaming talebini kabul etmekle yükümlü olduğu hüküm altına alınmakla birlikte (m. 6/5), bu talebin kabul edilmemesi durumunda ne olacağı düzenlenmemiştir.

¹³ Metin Günay, **İdare Hukuku**, 3. Baskı, Ankara 1998, s. 28-30

¹⁴ Ör., AYM, 9.4.1997, E.97/35, K.97/45, RG.; 8.8.1997, S.23074, s.13 ; 22.12.1994, E.94/70, K.94/65-2, AMKD, S.31, C.1, s.385 ; 28.2.1996, E.95/38, K.96/7, AMKD S.32, C.2, s.634.

Telekomünikasyon Kurumunun, m. 6/6 uyarınca yönetmelikle düzenleme yaparak, ara bağlantıdakine paralel bir hüküm getirerek, kendisine, tarafların anlaşamaması halinde uzlaştırma görevi ve bunun da bir sonuca varmaması halinde, koşul ve ücreti tek başına ve bağlayıcı olarak belirleme yetkisi tanınması halinde, böyle bir yönetmelik hükmünün hukuka aykırı olacağı söylenebilir. Zira bu durumda Telekomünikasyon Kurumu kanunla düzenlenmemiş bir alanda düzenleme yapmış, yani asli bir düzenleme yetkisi kullanmış olacaktır.

Kanun'un, 2813 sayılı Telsiz Kanununun 7. maddesinde değişiklik yaparak, Telekomünikasyon Kurumunun görevlerini belirleyen 16. maddesinin (h) bendinde, Kurum'a, **ara bağlantılara** ilişkin, "ücret tarifelerine ve sözleşme hükümlerine ve teknik hususlara ilişkin genel kriterleri ve görev alanına giren konularda uygulama usul ve esaslarını belirlemek, tarifeleri incelemek, değerlendirmek, gerekenleri onaylamak ve bunların uygulanmasını incelemek" yetkisi verilmekle birlikte, **roaminge** ilişkin bu türden yetkiler verilmemektedir.

Aynı maddenin (j) bendinde Kurum'a, işletmecilerin "ilgili mevzuata uymasını **denetlemek**, bu hususta ilgili makamları harekete geçirmek ve gereken hallerde **kanunlarda öngörülen** yaptırımları uygulamak" yetkisi tanınmakla birlikte, kendisine herhangi bir kanunda, roaming taleplerinin karşılanmaması durumunda yaptırım uygulama yetkisi tanınmadığına göre, Kurum'un böyle bir yetkiyi bir yönetmelikle kendi kendisine tanınması hukuken mümkün görünmemektedir.

Sonuçta, Kanun'da, bir işletmecinin diğer bir işletmecinin roaming talebini karşılamaması halinde ne olacağı hakkında bir hüküm bulunmamasının bir eksiklik olduğu, bu durumun ileride uygulama açısından önemli bir hukuksal sorun teşkil edeceği ve bu konuda Telekomünikasyon Kurumunca yönetmelikle düzenleme yapılmasının hukuka uygun olmayacağı söylenebilir.

2) GSM 1800 İmtiyaz Sözleşme Taslağındaki Roaming Yasağının Kanun'a Aykırılığı Sorunu

Yukarıda belirtildiği gibi, Kanun'un 6. maddesinin 5. fıkrasında, bir işletmecinin diğer işletmeci/işletmecilerin roaming taleplerini karşılamakla yükümlü olduğu açıkça hüküm altına alınmış, yani roaming, Kanun'la zorunlu tutulmuştur.

Kanun'da, bu roaming zorunluluğunu bazı durumlarda veya belli bir zaman dilimi için kaldıran veya erteleyen herhangi bir hükme (geçici hüküm vs.) de yer verilmemiştir.

Buna rağmen, Ulaştırma Bakanlığı tarafından tip sözleşme olarak hazırlanan ve işletmeciler için söz konusu hizmetin yürütülmesi için imzalanması zorunlu olan, “GSM 1800 Sayısal Hücreli Mobil Telefon Sistemi Tesis ve İşletmesi İşe İlgili Lisans Verilmesi İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi” taslağının 6. maddesinde, işletmecilerin 2 yıl içinde Türkiye nüfusunun en az % 50’sini ve sözleşmenin yürürlük tarihinden itibaren 5 yıl içinde ise en az % 90’ını kapsama alanı içine alacağı ve **bu alanların roaming ile sağlanamayacağı, işletmecinin doğrudan kendi ekipmanları ile kapsamak zorunda olduğu** öngörülmüştü.

Sözleşme taslağının 33. maddesinde ise, lisans alan işletmecinin ulusal roaming amacıyla Türkiye’deki diğer lisanslı GSM şebekeleriyle sözleşme yapabileceği, fakat **2 yıl süre ile, nüfusu 10 binden yukarı olan yerlerde roaming yapılamayacağı** belirtilmişti.

O halde, imtiyaz sözleşmesi taslağındaki¹⁵ bu hükümler Kanun’a açıkça aykırıydı. Bu hükümler daha sonra Danıştayın da önerisiyle¹⁶ sözleşme metninden çıkarılmıştır. Eğer bu hükümler sözleşme metninden çıkarılmasaydı ne gibi hukuksal sonuçlar doğardı? Bu konuda iki olasılık akla gelmektedir:

Birinci olasılık: GSM 1800 sözleşmesi imzalayan ve bu sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra, Kanun’daki roaming yasağı konulamayacağına ilişkin hükmü (m. 6/5) esas alan işletmecinin, mobil telefon hizmeti yürütmekte olan diğer bir işletmeciyile roaming anlaşması yaptığını ve bu anlaşmanın yürürlüğe girdiğini, bunun üzerine Bakanlığın imtiyaz sözleşmesindeki roaming yasağı öngören hükümlere aykırı davrandığı gerekçesiyle bu işletmeciyile imzalandığı imtiyaz sözleşmesini tek yanlı olarak feshettiğini varsayalım.

Bu durumda, imtiyaz sözleşmesi feshedilen işletmeci idari yargıda dava açabilecek midir? Açabilecekse, bu dava, Bakanlığın fesih işleminin iptali istemiyle bir iptal davası mı olacaktır, yoksa, sözleşmenin uygulanmasından doğacak bir tam yargı davası mı olacaktır? Eğer tam yargı davası olacaktır denilirse, bu durumda Bakanlığın fesih işlemi geçerli olacak, diğer bir deyimle, sözleşmenin ortadan kalkması ve dolayısıyla lisans hakkının son bulması önlenemeyecek, sadece, işletmecinin bu tek yanlı fesihten doğacak zararları tazmin edilebilecektir.

¹⁵ Bilindiği gibi İş-Tim ile Ulaştırma Bakanlığı arasında GSM 1800 imtiyaz sözleşmesi 28 Ekim 2000 tarihinde imzalanmıştır. Bkz. **Radikal** 29 Ekim 2000.

¹⁶ D. 1.d., 27.9.2000, E.2000/142 K.2000/133 ; D. İİK, 9.10.2000, E.2000/107, K.2000/76.

İkinci olasılık: GSM 1800 imtiyaz sözleşmesini imzalayan ve bu sözleşmesinin yürürlüğe girmesinden sonra, kanundaki roaming yasağı konulamayacağı hükmü (m. 6/5) uyarınca sözleşmedeki roaming yasağı öngören hükümlerin hukuka aykırı olduğunu düşünen işletmeci, adı geçen sözleşme hükümlerinin iptali için idari yargıya başvurabilir mi?

Danıştay'ın uzun süredir yerleşmiş içtihatlarına göre, Türk hukukunda, Fransız hukukundan farklı olarak, iki taraflı işlemler (idari sözleşmeler) de **idari işlem** olarak kabul edilmekte, ve bunun sonucu olarak, idari sözleşmeler, sözleşme hükümlerinden doğacak uyuşmazlıklardan doğan davalar (sözleşme davası) yanında, **iptal davasına** da konu teşkil edebilmektedir.¹⁷

Fransa'da ise, sadece tek yanlı idari kararlar idari işlem olarak kabul edildiği için, idari sözleşmeler idari işlem olarak görülmemekte ve iptal davasına konu teşkil etmemektedir. Sadece bu idari sözleşmeden ayrılabilen, bağımsız idari işlemlere karşı iptal davası açılabilir (*ayrılabilir işlem teorisi*).

İdari sözleşmelere ve imtiyaz sözleşmelerine karşı açılan iptal davaları uygulamada genellikle üçüncü kişiler tarafından açılmış ise de, sözleşmenin taraflarından birinin de iptal davası açmasına yerleşik Danıştay içtihatları açısından herhangi bir engel görünmemektedir.

Bu bağlamda, Ulaştırma Bakanlığı ile imzaladığı imtiyaz sözleşmesindeki roaming yasağının Kanun'a açıkça aykırı olduğu gerekçesiyle, bu sözleşmeyi imzalayan tarafın, sözleşmenin bu hükmünün iptali için idari yargıya başvurabilmesine pozitif hukukumuz açısından herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Diğer yandan, imtiyaz sözleşmesindeki roaming yasağı hükmüne rağmen, diğer bir işletmeyle roaming anlaşması yapan bir GSM 1800 işletmecisinin, sözleşmeye aykırı davrandığı için Ulaştırma Bakanlığınca imtiyaz sözleşmesi feshedilirse veya idarece tek yanlı bir yaptırım uygulanırsa, işletmeci, idarenin bu işlemine karşı işletmeci idari yargıya başvurabilecek ve kanuna açık bir aykırılık olduğunu ileri sürerek sözkonusu fesih veya yaptırımın iptalini sağlayabilecektir.

¹⁷ Bunun bir sonucu olarak da, "ayrılabilir işlem" teorisinin en azından imtiyaz sözleşmeleri için kullanılmasına gerek bulunmamaktadır.

3) Kanun'da, İşletmeciler Arasında İmzalanan Ara Bağlantı ve Roaming Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliğinin Belirsizliğinden Kaynaklanabilecek Sorun:

- İşletmecilerin birbirleriyle yaptıkları ara bağlantı ve roaming sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi midir, yoksa idari sözleşme niteliğinde midir?

- 4502 sayılı Kanun'un çıkmasından önce Türk Telekom ile Turkcell ve Telsim arasında akdedilmiş olan ara bağlantı sözleşmelerinin hukuksal durumu nedir?

- Telekomünikasyon Kurumunun bunları değiştirme, iptal etme, koşullarını yeniden belirleme yetkisi bulunmakta mıdır?

Telekomünikasyon işletmecilerinin birbirleriyle yaptıkları ara bağlantı ve roaming sözleşmelerinin idari sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi kabul edileceği konusunda Kanun'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

AB Hukukunda bu tür sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilmektedir. Hatta, ülkemizdeki gibi, idari rejim sisteminin "katı" olarak uygulandığı Fransa'da ara bağlantı ve roaming anlaşmaları özel hukuk konusu sayıldığı için, Telekomünikasyon Kurulunun diğer kararları idari yargı tarafından denetlenirken, ara bağlantı ve roaminge ilişkin kararları adli yargıda denetlenmektedir.

Konu, ülkemiz açısından henüz çok yeni olduğu için, pozitif hukukumuzdaki uygulaması henüz netleşmemiş olmakla birlikte, bu konudaki uyuşmazlıklar yargı mercilerini meşgul etmeye de başlamıştır.

Türk Telekom ile mobil telefon işletmecileri (Turkcell ve Telsim) arasında imzalanarak 27.4.1998 tarihinde yürürlüğe giren "Şebekeler Arası İrtibat ve İşbirliği Sözleşmesi (Ara Bağlantı Sözleşmesi)"nin iptali istemiyle açılan bir davanın Danıştay'ca, ilk derece mahkemesi olarak görevli görülmeyle, Ankara İdare Mahkemesine gönderilmesi sonucunda, verilen kararda¹⁸, İdare Mahkemesi adı geçen sözleşmeyi "**imtiyaz sözleşmelerine dayalı olarak yapılan idari sözleşme**" olarak nitelendirmiş ve sözleşmenin çağrı sonlanma ücretleriyle ilgili EK: D- Çizelge 1 ilave 1A.1 bölümünü kamu yararına aykırı bularak iptal etmiştir.

¹⁸ Ankara 9. İdare Mahkemesi, 4. 10. 2000, E. 1999/577, K. 2000/831.

Oysa, ara bağlantı ve roaming sözleşmelerinde herhangi bir işletmecinin üstün ve ayrıcalıklı yetkilere sahip olması, yani kamu gücü kullanması söz konusu olmadığı gibi, taraflardan birinin her zaman idare olması da zorunlu değildir. Zira, bu durum günümüzde roaming sözleşmelerinde geçerli olduğu gibi, özellikle 2003 yılı sonundan itibaren, sabit telefon ve altyapıda tekel hakkı sona erdiğinde, Türk Telekom dışında özel kişilerin de ara bağlantı yükümlüsü olmaları söz konusudur. Diğer bir anlatımla, ara bağlantı ve roaming sözleşmelerinde her iki tarafının da özel kişiler olması mümkün olacaktır.

Bu durumda, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için geçerli kriterlerden, taraflardan birinin idare olması kriteri bu tür sözleşmeler için her zaman mümkün olmadığı gibi, bir tarafa üstün hak ve ayrıcalık tanınması kriterinin bulunduğu da söylenemeyecektir¹⁹.

Sonuçta, ara bağlantı ve roaming sözleşmelerinin idari sözleşme değil özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesi ve idari yargının bu sözleşmelere ilişkin davalarda görevsizlik kararı verip, adli yargıyı görevli görmesi hem AB hukuku ile uyumun sağlanması açısından yerinde olacak, hem de idari yargı ile adli yargı arasındaki görev paylaşımındaki mevcut ilke ve kurallara daha uygun olacaktır.

4502 sayılı Kanun'un çıkmasından önce imzalanmış ve yürürlüğe girmiş olan ara bağlantı ve roaming sözleşmeleri için ise Telekomünikasyon Kurumunun, Kanun'un özellikle 6. ve diğer maddeleri uyarınca, bu sözleşmeleri fesih, değiştirme veya yeniden uyarılma gibi yetkilere sahip olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

Zira, Kanun'da (m. 6), ara bağlantı ve roaming konusunda Telekomünikasyon kurumuna verilen yetkiler, tarafların sözleşmenin hüküm ve

¹⁹ Fransız İdare Hukukunda, çok istisnai bazı durumlarda sözleşmede bir tarafın üstün ve ayrıcalıklı yetkilere sahip olması ve kamu hizmetinin yürütülmesi şartlarının varlığı durumunda, iki özel kişi arasında akdedilen sözleşmelerin de idari sözleşme olabileceği kabul edilmektedir. Örneğin imtiyaz sahibinin hizmetin bir bölümünü bir özel kişiye yaptırtmak amacıyla yaptığı sözleşme imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. Bkz. René Chapus, Droit du Contentieux administratif, 4e édition, Montchrestien, Paris, 1993, s. 502-508; René Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 11e édition, Montchrestien, Paris, 1997, s. 512-514. Fakat Türk hukukunda taraflardan en az birinin idare olmadığı sözleşmeler idari sözleşme olarak kabul edilmemektedir.

koşullarında **anlaşamamaları** üzerine kullanılacak yetkililerdir²⁰. Fakat Telekomünikasyon Kurumunun, Kanun'a göre, anlaşmış ve kendi rızalarıyla sözleşme imzalamış tarafların imzaladığı bu sözleşme üzerinde herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır.

Türk Telekom tarafından yapılan ve kendisiyle iki GSM işletmecisi arasında daha önce imzalanmış ve yürürlüğe girmiş olan ara bağlantı sözleşmelerinin Telekomünikasyon Kurumunca değiştirilmesi ve yeniden uyarlanmasına ilişkin başvurunun Kurum'ca reddedilmesi, bu bağlamda, tutarlı bir karar gibi görünmektedir.

III. TELEKOMÜNİKASYON HİZMETLERİNİN FİYATLANDIRILMASI

Telekomünikasyon hizmetlerinin fiyatlandırılmasına ilişkin usul ve ilkeler Kanun'un, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun yürürlükten kaldırılan 29. maddesini yeniden düzenleyen 9., ve 30. maddesini değiştiren 10. maddelerinde düzenlenmiştir.

Kanun, ilk etapta, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapı işletilmesi karşılığında alınacak ücretlere ilişkin **4 temel ilke** belirlemiş, daha sonra da bu temel ilkelere bazı **istisnalar** getirmiştir.

Temel İlkeler:

a) Adil ve Eşit Ücret İlkesi (10/a)

Buna göre, telekomünikasyon hizmetlerinin ve alt yapısının karşılığı olarak alınacak ücretlerin eşit şartlarda ve adaletli olarak belirlenmesi gerekmektedir.

Buradaki **eşitlik** anlayışındaki en belirgin özellik, mutlak ve soyut değil, **göreceli** bir eşitlik anlayışının ön plana çıkarılmasıdır. Zira, herkes için değil, sadece "**benzer konumdaki kişiler**" arasında, "**haklı olmayan nedenlerle**" ayırım gözetilmesi yasaklanmıştır. Bilindiği gibi bu eşitlik anlayışı pozitif hukukumuzda da, özellikle Anayasa Mahkemesi tarafından uzun süredir geçerli kabul edilen anlayıştır.

²⁰ Tarafları uzlaştırma için gereken tedbirleri alma ve uzlaşamazlarsa sözleşmenin hüküm ve koşullarını belirleme yetkileri.

Kanun'da bu eşitlik anlayışına **minimal bir sosyallik boyutu** da eklenerek, muhtaçlara özel düzenlemeler yapılmasına imkân tanınmıştır. Bunun da eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmediği ve modern adalet anlayışının bir yansıması olduğu söylenebilir.

b)Fiyat Dengelemesi (Péréquation) Yasağı (10/b)

Kanun'da kural olarak her telekomünikasyon hizmetinin ücretinin kendi maliyetini karşılayacak şekilde belirlenmesi öngörülmüş, bir hizmetin diğer hizmetlerden alınacak ücretlerde sübvansede edilmesi (péréquation), “asgari hizmetler” dışındaki hizmetler için kabul edilmemiştir.

Kanun'da, “bir hizmetin maliyetinin diğer bir hizmetin ücreti yoluyla desteklenmesinden veya karşılanmasından kaçınılır.” (10/b) şeklinde ifade edilen bu ilkenin, hizmetlerinin gerçek maliyetlerinin belirlenebilmesi ve dolayısıyla fiyatlandırmada açıklığı (şeffaflık) sağlayabilmek için zorunlu olduğu gerekçesiyle AB hukukunda da önemle vurgulandığı ve AB organlarıncı üye ülkelere empoze edildiği görülmektedir²¹. Bu bağlamda, Kanun'la, kamu hizmetlerinin fiyatlandırılmasında AB normlarıyla uyum konusunda önemli bir adım atıldığı söylenebilir.

3) Telekomünikasyon Hizmetlerinin Ücret Tarifelerinin Belirlenmesinde Uluslararası Standartların ve Teknolojik Gelişmelere Paralel Yatırımları Teşvik Fikrinin Göz Önünde Tutulması İlkesi (10/d, e, f)

Kanun, telekomünikasyon hizmetlerinin fiyatlarının belirlenmesinde bir yandan uluslararası anlaşmalar, standartlar ve eğilimlerin dikkate alınmasını, başka bir ifadeyle, aynı tür hizmet için diğer ülkelerde belirlenen tarifelerle paralellik olmasını öngörmekte; diğer yandan ise, fiyatların, hizmetlerin teknolojik gelişmelere uydurulmalarına olanak verecek yatırımların yapılabilmesine de izin verecek düzeyde olmasını istemektedir.

Burada aslında birbiriyle çatışmaya müsait iki referanstan sözedilebilir. Zira, hizmetlerin teknolojik gelişmelere uydurulması teşvik edilmek istenildiğinde, yatırım maliyetleri artacağından (teknoloji ithali), fiyatların nispeten yüksek tutulması gerekecek, fakat kendi teknolojisini üreten batı ülkelerinde bu maliyet

²¹ Bkz. A. Ulusoy: “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, AİD, Haziran 1998, s.37-39

daha düşük olabileceğinden, o ülkelerde fiyatlar daha düşük olabilecek ve sonuçta, hizmet fiyatı o ülkelerle paralel olmayabilecektir.

Kanun'da bu iki referanstan herhangi birine üstünlük tanınmadığına göre, hizmetin türüne, önceliğine ve güncel koşullara göre bir denge kurulması gerektiği düşünülebilir.

4) Genel Kuralın Ücret Serbestisi Olması ve Bazı Hallerde Ücretlerde “Üst Sınır” Belirlenebilmesi (10/g, 9/f.1)

Kanun'da, telekomünikasyon hizmetlerinin ücret tarifelerinin işletmeci tarafından serbestçe belirlenebilmesinin temel kural olduğu belirtilmekle beraber, **“haklı gerekçelerin varlığı halinde”** ve **“makul ölçüde kârı da yansıtmak kaydıyla”**, bazı hallerde Telekomünikasyon Kurumunca bu ücretlerin **hesaplanma yöntemlerinin** ve **üst sınırlarının** belirlenebilmesine imkân tanınmıştır.

Bu istisnalar;

- “asgari hizmetler” gibi, “bazı hizmetlerin maliyetini başka hizmetlerin ücretlerinden karşılamak zorunda” olunan haller,
- Telekomünikasyon Kurumunun, bir işletmecinin piyasada tek el veya hakim durumda olduğunu belirlediği haller,
- Ücretlerin düzenlemelere aykırı olarak belirlendiği haller
- Kurum’ca (Telekomünikasyon Kurumu) belirlenen diğer haller olarak öngörülmüştür.

Bu istisnai hallerden özellikle sonuncusunun (**“Kurum’un çıkaracağı yönetmeliklerde belirleyeceği diğer durumlar”** (9/d)), Kurum’a 9. maddeyle istisnai olarak verilen ücret üst sınırı belirleme yetkisinin yine Kurum’ca keyfi olarak genişletilebilmesine imkân tanıdığı için eleştiriye açık olduğu söylenebilir.

Telekomünikasyon hizmetlerinin fiyatlandırılmasına ilişkin duraksamaya yol açabilecek bir diğer nokta da, m. 9 ve 10’daki telekomünikasyon hizmetlerindeki ücretlendirmeye ilişkin ilke ve kuralların ara bağlantı ve roaming ücretleri için de geçerli olup olmadığı sorusudur. Bu soruya olumlu veya olumsuz bir yanıt verilmesinin pratikte de önemli sonuçları olacaktır.

Örneğin, ara bağlantı ve roaming ücretleri için 9. ve 10. maddeler uygulanmazsa, 6. maddedeki ara bağlantı ve roaminge ilişkin hükümlerin Anayasaya aykırılığı iddia edilebilecektir. Zira, bu durumda idareye (Telekomünikasyon Kurumu) ara bağlantı ve roaming ücret koşullarını ve tarifelerini belirlemede sınırsız bir yetki verilmiş olacaktır²².

Diğer yandan, m. 10/b'de, “*bir hizmetin maliyetinin diğer bir hizmetin ücreti yoluyla desteklenmesinden veya karşılanmasından kaçınılır*” dendiğine göre, eğer bu hüküm ara bağlantı ve roaming ücretleri için de geçerli olursa, ara bağlantı ve roaming yükümlüsü eski işletmecilere karşı ara bağlantı ve roaming talebinde bulunan yeni işletmeler korunmuş olacaktır. Zira bu durumda eski işletmeciler yatırım maliyetlerinin önemli bir kısmını ara bağlantı ve roaming için tespit ettikleri ücretlere yansıtamayacaklarından, ara bağlantı ve ücretleri daha düşük belirlenebilecektir.

Ayrıca, yukarıda da değinildiği üzere, m. 10/e'ye göre, ücretlerin “teknolojik gelişmeyi ve yeni yatırımları teşvik etmeye yönelik olması gözetilir.” Bu durum da, ara bağlantı ve roaming ücretlerinin yüksek miktarda olmasını gerektirebilir. Çünkü, ücretlerin yüksek olması, yeni işletmecilerin eskilerin ekipmanlarından yararlanma yerine kendi ekipmanlarını kurmalarını ve dolayısıyla daha fazla yatırım yapmalarını tercih etmelerine yol açabilir.

Bir başka nokta da, ara bağlantı ücretlerine Kanun'un 9. maddesinin (b) bendinin uygulanması durumunda, tekel ya da hakim durumda olacağı için, Türk Telekom'a bu ücret üst sınırı belirlenebilmesinin söz konusu olmasıdır.

Kanun'un 9. ve 10. maddelerinde ücretler için belirlenen kuralların ara bağlantı ve roaminge ilişkin ücretler için de geçerli olup olmadığı konusunda her iki yönde de argümanlar ileri sürmek mümkündür.

Adı geçen maddeler kapsamına giren hizmetlerin, işletmeciler tarafından bireylere (yararlananlara) doğrudan sunulacak hizmetler olduğu; işletmecilerin hizmeti gerçekleştirmek için yapacakları yatırımlara ilişkin ara bağlantı ve roaming gibi konuların bu kapsama girmeyeceği, yani, bu maddelerde sözü edilen ücretin, işletmecilerin hizmetten yararlananlara (tüketiciler) sağladıkları telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin ücretler olduğu; ve ayrıca, 12. maddede telekomünikasyon hizmetlerinden alınacak ücret türlerinin sayma yoluyla belirlendiği (*abonman ücreti, sabit ücret, konuşma ücreti, hat kirası ve benzeri*

²² Bkz. **Supra**; Yasama yetkisinin devredilmezliği (Anayasa m.7) ve kanunî idare ilkesine (Anayasa m.123) aykırılığa ilişkin tespitlerimiz.

kira) ve bunlar arasında ara bağlantı ve roaming ücretlerinin sayılmadığı dikkate alınrsa, 9. ve 10. maddelerin ara bağlantı ve roaming ücretleri için geçerli olmayacağı ileri sürülebilirse de, daha “pozitivist” bir değerlendirmeyle 9. ve 10. maddelerde, “telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapı işletilmesi karşılığında alınacak ücretler” den bahsedilmekte ve **kullanıcılara sunulan hizmetler ile işletmecilerin birbirlerine sağladıkları hizmetler** arasında bir ayırım yapılmamakta olduğu, yani ara bağlantı ve roaminge ilişkin ücretlerin istisna tutulmayıp telekomünikasyona ilişkin tüm ücretlerin düzenlenmekte olduğu; hatta, ara bağlantı ve roaminge ilişkin ücretlerin, bu maddeler kapsamında olduğu açıkça belirtilen, “altyapı işletilmesi karşılığında alınacak ücretler” den sayılabileceği; ve ayrıca 12. maddede belirtilen “hat kirası ve benzeri kira” kapsamına ara bağlantı ve roaming hizmetlerinin de sokulmasının mümkün olabileceği yönündeki argümanların daha ağır bastığı söylenebilir. Ayrıca, 4. maddenin (k) bendinde, “ara bağlantı ücretleri ile hat ve devre kiralari da dahil telekomünikasyon hizmetleri karşılığı alınacak ücretler”den söz edilmesinin bu yönde açık bir argüman olduğu savunulabilir.

Kanun’un 9. ve 10. maddelerine ilişkin bir diğer sorun da, bu maddelerdeki ücretlere ilişkin hükümlerin GSM lisans satışlarına da uygulanıp uygulanmayacağı sorunudur. Zira, örneğin m. 10/e hükmü GSM lisans satışları için de geçerli olacaksa, bu lisansların çok yüksek meblağlara satılması, lisans bedeli işletmeci tarafından bir maliyet kalemi olarak addedileceğinden, hizmetin kullanıcılara çok daha yüksek fiyattan satılmasına yol açacaktır. (hizmet fiyatı=maliyet+kar)

GSM lisansı satışı karşılığında alınan bedel, nitelik olarak, bir telekomünikasyon hizmeti karşılığı alınan bir ücret olmayıp, idarenin aslında kamu gücü kullanma yetkisini kullanarak kendi kendine bahsettiği bir hakkı (GSM hizmeti verme hakkı) bir özel kişiye belli bir süre için devretmesi karşılığında bir defalık aldığı bir bedeldir.

Kanun açısından bir değerlendirme yapıldığında da, 12. madde uyarınca bu türden bir lisans bedelinin telekomünikasyon hizmetlerinden alınan ücret türleri arasında sayılmadığı açıkça anlaşılmaktadır.

Ayrıca, Kanun’un 9. ve 10. maddesinde koşulları düzenlenen “telekomünikasyon hizmetleri karşılığı alınacak ücret” kavramıyla kastedilenin

“işletmeciler” tarafından talep edilecek ücretler olduğu 9. maddede belirtilmektedir²³.

Sabit Ücret:

Kanun’un, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Ek 18. maddesi sonuna ek getiren 12. maddesinde telekomünikasyon hizmeti karşılığı alınacak ücret türleri arasında “sabit ücret”e de yer verilmiş ve böylece, özellikle sabit ve cep telefonlarından bu ücretin alınmasına yasal dayanak oluşturulmuştur.

Kanun’un 12. maddesindeki bu hükmün, Anayasa’nın “Tüketicilerin Korunması” başlıklı 172. maddesine aykırılığı iddia edilebilir mi?

Anayasa’nın adı geçen hükmüne göre “Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.” Devletin tüketicileri koruyucu tedbirleri alması Anayasaca zorunlu tutulduğuna göre, Devletin kanunla tüketiciler **aleyhine** tedbirler alması **a priori** bu anayasal hükme aykırı olmalıdır.

Sabit ücret, ne verilen ve hizmetin karşılığı olan bir fiyat niteliğindedir, ne de bir hat bağlama bedeli niteliğindedir. Bunu bir tür “harç” veya “vergi benzeri mali yükümlülük” olarak nitelendirmek olası ise de, telekomünikasyon hizmetleri için faturada vergiler ayrıca gösterilmekte ve tahsil edilmektedir. Böylece tüketicilerden, bir hizmetten yararlandıkları oranda ödedikleri fiyattan bağımsız olarak, ayrıca ikinci bir bedel alınmaktadır. Hizmetin tüketildiği oranda ödenen bedel dışında ödenen bu sabit ücret ile İdare adeta “sırf o hizmeti sunmuş hatta **bahşetmiş**” olma “yüceliğini” göstermesinden dolayı ek bir bedel istemektedir.

Devlet, Duguit’ye nispet yaparcasına, sanki telefon kamu hizmetini yürütmek veya yürütmek görevi değilmiş gibi, bir “bağış”, bir “iyilik”te bulunmakta, bireylerin de bu “ihsanın” karşılığında kendisini ekstra memnun etmelerini beklemekte ve beklemekle de yetinmeyip “zorunlu bir bahşış” toplamaktadır. Böyle bir uygulama ise siyasi açıdan yerindeliğinin ciddi kuşku uyandırması bir yana, hukuksal açıdan da kamu hizmeti teorisinin tüm ilke ve kurallarına ters düştüğü gibi, Anayasanın özellikle yukarıda belirtilen 172. maddesine de aykırı olacaktır.

²³ “**işletmeciler**, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapı işletilmesi karşılığında alacakları ücretleri.....”

IV) TÜRK TELEKOM

Kanun Türk Telekom'un ve personelinin hukuksal statüsüne ve özelleştirilmesine ilişkin önemli değişiklikler getirmiştir.

1) Türk Telekom'un Yeni Statüsü

Kanun'un 1. maddesinin 4. fıkrasında Türk Telekom'un "bu kanun ve özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket" olduğu, KİT mevzuatının uygulanmayacağı ve sadece 3346 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (TBMM'ce yapılacak özel mali denetim) uygulanacağı belirtilmiştir.

Böylece Türk Telekom KİT statüsünden çıkarılmakla birlikte, özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket haline getirilmesi tamamen özel hukuk statüsüne geçmesi anlamına gelmemelidir. Zira, Türk Telekom aynı zamanda 4502 sayılı kanundaki hükümlere de tabidir. Bu hükümlerden birçoğu da (*görev/imtiyaz sözleşmesi, kamu hizmeti yükümlülükleri, fiyatlandırmaya ilişkin ilkeler...*) kamu hukuku rejimini ilgilendirmektedir. Bu durumda Türk Telekom'a pratikte, yer yer kamu hukuku yer yer de özel hukukun ağır bastığı **karma bir hukuksal rejim** uygulanacağı söylenebilir.

Aslında KİT statüsünden çıkarılmasının Türk Telekom'a uygulanan hukuksal rejimde çok önemli bir değişikliğe neden olduğunu söylemek de güç görünmektedir. Çünkü, 233 sayılı KHK'ya göre KİT'lere de aslında karma bir hukuksal rejim uygulanmaktadır. Zira, karlılık ve verimlilik ilkeleri çerçevesinde faaliyet yürütmeleri bir yana, üstlendikleri hizmetlerin görülmesi ve özellikle hizmetten yararlananlar ve üçüncü kişiler ile ilişkileri özel hukuka tabidir.

Herşeye rağmen, Türk Telekom'un "özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket" olduğunun açıkça belirtilmesi ve KİT statüsünden çıkarılmış olması, yönetiminde ve faaliyetlerinde daha özerk hareket etmesini ve rakipleri olan diğer yerli ve yabancı işletmeciyile daha eşit şartlarda rekabet edebilmesini sağlayacağı söylenebilir.

Özellikle, Kanun'un 5. maddesiyle, telekomünikasyon sektöründeki tüm işletmecilere T.C. sınırları içinde ve dışında; yerli veya yabancı veya uluslararası şirketlerle telekomünikasyon alanında her türlü ticari sözleşme yapma izni verilmesi, Türk Telekom'a da yurtdışına açılma, yatırım yapma, ortaklık kurma yolunu açmaktadır.

Dünyada ulusal telekomünikasyon kuruluşları dahil tüm işletmeciler uluslararası planda faaliyet gösterme eğilimine girmişlerdir. Türk Telekom'un "özel hukuk hükümlerine tâbi anonim şirket" sıfatıyla bu türden faaliyetlere girişmesinin daha kolay olacağı tartışmasıdır.

2) Türk Telekom Personeli

Kanun'un, 406 sayılı Kanun'a ek getiren 13. maddesi Türk Telekom çalışanlarının statüsünde, ücret ve emeklilik rejiminde değişiklikler ve yenilikler öngörmektedir.

399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre kadrolu sözleşmeli personel ve İş Kanununa tâbi personel (işçi) olarak iki tür personel öngörülmekte; birincilerin ücretleri "en yüksek devlet memurunun her türlü ödemeler dahil net aylık tutarının iki katını geçmeyecek şekilde Genel Kurulca; ikincilerin ücretleri ise, böyle bir sınırlama olmaksızın, Yönetim Kurulunca belirlenmektedir.

Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihte Emekli Sandığına tâbi olan personele, işçi olmayı seçseler bile, Emekli Sandığı tarafından emekli edilme olanağı tanınmıştır.

3) Türk Telekom'un Özelleştirilmesi

3.5.1995 tarihli ve 4107 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununa eklenen Ek madde 17'ye göre Türk Telekom'un hisselerinin % 49'una kadarı devredilebilir. Bunlardan % 10'u bedelsiz olarak T.C. Posta İşletmesi Genel Müdürlüğüne²⁴ verilir. Kalan miktar (% 39) gerçek veya tüzel kişilere satış yoluyla özelleştirilebilir. Fakat bu hisselerden % 5'inin Posta İşletmesi veya Türk Telekom çalışanları ile küçük tasarruf sahipleri dışındakilere satılması mümkün değildir.

1.8.1996 tarih ve 4161 sayılı Kanun'a göre (m. 1), adı geçen hisse satışına ilişkin "usuli işlemler" 4046 sayılı Kanun uyarınca Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yürütülür.

Hisselerin ne kadarının hangi satış yöntemiyle (*halka arz, blok satış, yurt içi ve/veya yurt dışı sermaye piyasalarında satış, borsada veya yatırım*

²⁴ Kanun'un 24. maddesinde adı "TC Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü (PTT)" olarak değiştirilmiştir.

fonlarıyla satış) satılacağına, Özelleştirme İdaresi Başkanlığının görüşü ve Ulaştırma Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilir. Blok satışta kapalı teklif usulü uygulanır. Nihai devir işlemleri yine Bakanlar Kurulunca uygulanır.

4501 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 406 sayılı Kanun Ek 17. maddesine getirilen eke göre, "satılacak hisselerin mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmeleri ve diğer anlaşmaları ve gereken belgeleri imzalamaya" Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakan yetkilidir.

Türk Telekom'un özelleştirilmesine ilişkin olarak 16.2.1998 ve 6.8.1998 tarihli Bakanlar Kurulu Kararları ile²⁵, Türk Telekom'un hisselerinden % 20'ye kadar olan kısmının "uluslararası temel telekomünikasyon işletmecisine veya en az bir tanesi altyapı sahibi uluslararası temel telekomünikasyon işletmecisi olmak üzere telekomünikasyon işletmecilerinden müteşekkil..... altyapı sahibi olduğu yerli/tabancı sermayedarları da içine alan ortaklığa"²⁶ **blok satış** yöntemiyle ve "**uygun yönetsel hak verilerek**"; geri kalan kısmının ise, eş zamanlı olarak, İhale Komisyonunun tavsiye edeceği süre içinde yurt içi ve yurt dışı sermaye piyasalarında **halka arz** yöntemiyle satılması öngörülmüştür.

Kararlarda ayrıca, Türk Telekomun % 100'ünün değerinin Değer Tespit Komisyonu raporunda belirtildiği gibi "en az 10 milyar ABD Doları olması" kabul edilmiştir. (16.2.1998 tarihli karar)

% 20'lik hisse oranının blok satış yöntemiyle satışı için belirlenen süre içinde (15 Eylül 2000) herhangi bir alıcı çıkmaması üzerine, daha önce halka arzı için düşünülen % 14'lük bölümün de blok satışla stratejik ortağa satılacak kısma ilave edilmesi, yani bu oranın % 34'e çıkarılması ve ayrıca, bu ortağa verilecek yönetsel hakların arttırılması konusunda hükümet içinde mutabakat sağlandığı yönünde hükümet üyelerinin bazılarınca açıklamalar yapılmıştır²⁷. Fakat buna ilişkin şu ana kadar Bakanlar Kurulunca alınmış herhangi bir karar bulunmamaktadır.

²⁵ Kararlar Resmi Gazete'de yayınlanmamıştır.

²⁶ 16.2.1998 tarihli kararda, "uluslararası telekomünikasyon işletmecilerinden müteşekkil stratejik bir çekirdek ortaklığa" şeklinde düzenlenen bu husus, 6.8.1998 tarihli kararla bu yönde değiştirilmiştir.

²⁷ <http://www.ntvmsnbc.com/news/33225.asp> (28.09.2000).

Türk Telekom'un Hisselerinin Yarıdan Fazlasının veya Tamamının Özel Kişilere Satışı Anayasal Açıdan Mümkün Müdür?

Anayasa Mahkemesi, 1994 ve 1996 yıllarında verdiği kararlarında²⁸, Türk Telekom'un tamamının veya yarıdan fazlasının özelleştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olacağını açıkça belirtmemekle birlikte, kararlardaki bazı ifadelerden Yüksek Mahkeme'nin Türk Telekom'un tamamının veya yarıdan çoğunun özelleştirilmesini Anayasa'ya aykırı bulacağı yönünde bir izlenim doğmaktadır.

Bu bağlamda, adı geçen kararlarda, 4000 sayılı Yasa'da Türk Telekom'un "tümüyle özel teşebbüse devredilmemekte" olması ve "en fazla % 49 payının satılması öngörülerek şirketin yönetim ve denetiminin Devlette kalması amaçlanarak her tür telekomünikasyon hizmetinde kamu tekelinin devamı sağlanmasının" yasanın bu hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığını gösterdiği belirtilmiş²⁹, diğer yandan, satılabilecek hisse oranının % 49'da sınırlanmasıyla şirket yönetim ve denetiminin devlette kalmasının "ülke savunması, güvenliği ve bağımsızlığı yönünden yeterli" olacağı sonucuna varılmıştır³⁰. Böylece aksi durumda, yani % 49'u aşan bir hisse devrinde Anayasaya aykırılığın söz konusu olabileceği ima edilmiş olmaktadır.

Neredeyse bütün dünya ve özellikle batı ülkelerinin, ulusal telekomünikasyon kuruluşlarının büyük kısmını veya tamamını özelleştirdikleri veya özelleştirme aşamasında oldukları bir dönemde, Anayasa'da aksine açık bir hüküm bulunmadığına göre³¹, çağın koşullarına uyum sağlamaya yönelik bu yönde bir özelleştirmenin Anayasa'ya aykırı olduğuna dair hukuksal yönden haklı somut gerekçeler bulmak güç görünmektedir.

²⁸ 22.12.1994, E. 94/70, K. 94/65-2, AMKD, S. 31, C. 1, s.385 vd, (4000 sayılı Kanun) ve 28.2.1996, E. 95/38, K. 96/7, AMKD, C. 32, S. 2, s. 589 vd (4107 sayılı Kanun).

²⁹ AMKD; S. 31, C. 1, s. 632.

³⁰ AMKD, C. 32, S. 2, s. 632

³¹ 13.8.1999 tarihli Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 47. maddesine eklenen 3. fıkra ile, Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilebilmesi konusunda kanun koyucuya açık yetki verilmiş ve bazı tür işletmelerin veya varlıkların özelleştirilemeyeceği yönünde herhangi bir sınır konulmamıştır.

IV. TELEKOMÜNİKASYON KURUMU

Kanun'un, 2813 sayılı Telsiz Kanununda değişiklik yapan 14. , 15. , 16. ve 17. maddeleri uyarınca, Ulaştırma Bakanlığına telekomünikasyon konusunda tavsiyelerde bulunmak ve "uygulamaları takip etmek" amacıyla, bir yardımcı birim olarak "**Haberleşme Yüksek Kurulu**" kurulmuştur.

Yüksek Kurul, Başbakan veya görevlendireceği bir Devlet Bakanı, İçişleri Bakanı, Ulaştırma Bakanı, MGK Genel Sekreteri, MİT müsteşarı ve Genelkurmay Muhabere ve Elektronik Başkanından oluşur.

Ayrıca, telekomünikasyon alanının regülasyonu ile görevli, kamu tüzelkişiliğine haiz, özel bütçeli, idari ve mali özerkliğe sahip ve görevlerini yerine getirirken bağımsız olan ve Ulaştırma Bakanlığı ile "ilişkili" bir **Telekomünikasyon Kurumu** kurulmuştur.

Kurumun karar organı, bir başkan ve 4 üyeden oluşan **Telekomünikasyon Kuruludur**. Kurum, Sayıştay denetimine tabi olmakla birlikte, Devlet İhale Kanununa, Harcırah Kanununa ve vize ve tescil açısından Muhasebe-i Umumiye Kanunu ile Sayıştay Kanununa tabi değildir. Yeniden seçilmeleri mümkün olan ve hastalık hali ile görevi kötüye kullanma veya yüz kızartıcı suçtan mahkumiyet dışında 5 yıl boyunca görevden alınamayan Kurul üyelerinden **Başkan, telsiz hizmetlerini temsil eden üye ve telekomünikasyon hizmetlerini temsil eden üye**, Ulaştırma Bakanlığının göstereceği ikişer aday; **telekomünikasyon sektörünü temsil eden üye** % 10'luk pazar payı olan işletmecilerin her birinin göstereceği birer aday ve **tüketicileri temsil eden üye** Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ve TOBB'un göstereceği ikişer aday arasından **Bakanlar Kurulunca** seçilir. Telekomünikasyon Kurulunun **ilk üyelerinin tümü** ise, Ulaştırma Bakanlığının göstereceği ikişer aday arasından Bakanlar Kurulunca seçilir. (Geçici madde 6)

Bir bağımsız idari kurum (BİO) olarak öngörölmüş olan Telekomünikasyon Kurulunun organları ve işlemleri üzerinde yürütme organının tipik vesayet yetkileri bulunmaması da göz önüne alındığında, hiç olmazsa üyelerinin belirlenmesinde siyasi iktidara yetki tanınması meşru karşılanabilirse de³², ilk kurul üyelerinin seçiminde geçici maddeyle farklı bir yöntem öngörölerek,

³² Örneğin Fransa'da 5 üyeden oluşan Telekomünikasyon Kurulunun 3 üyesi doğrudan Devlet Başkanı tarafından, bir üyesi Millet Meclisi tarafından, bir üyesi ise Senato Başkanı tarafından seçilmektedir.

işletmecilerin ve sivil toplum örgütlerinin devre dışı bırakılması, Kurul'da baştan itibaren siyasi bir kadrolaşma amacı kuşkusuz yaratabileceğinden, eleştiriye açık bir düzenlemedir.

VI. REKABET KURUMU İLE TELEKOMÜNİKASYON KURUMUNUN GÖREV ALANLARININ ÇATIŞMASI RİSKİ

4502 sayılı Kanun'un bazı hükümlerinde **Telekomünikasyon Kurumuna** verilen bazı görev ve yetkiler, 4054 sayılı Kanun'la **Rekabet Kurumunun** görev alanı içine sokulan konularla kesişmektedir.

- m. 6/son fıkraya göre, Telekomünikasyon Kurumu "standart referans tarifeleri, şebeke ara bağlantıları ve roaming ile ilgili anlaşmaların telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri alır, gerektiğinde 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Rekabet Kurumuna başvurabilir."

- m. 9/b bendine göre ise, telekomünikasyon sektöründe bir işletmecinin hukuki veya fiili tekel olduğuna veya piyasada hakim durumda olduğuna Telekomünikasyon Kurumu karar verir.

- 16. maddenin 1. ve 2. ve 3. fıkralarında da, işletmelerin telekomünikasyon faaliyetlerini "tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirmelerini sağlamak, teşvik edici tedbirleri almak", "telekomünikasyon sektöründe rekabete aykırı davranış, plan ve uygulamaları re'sen veya şikayet üzerine incelemeye ve görev alanına giren konularda bilgi ve dökümanlarının sağlanmasını talep etmek" görev ve yetkileri Telekomünikasyon Kurumuna verilmiştir.

- m.16/3'e göre, "Rekabet Kurulu, telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yapacağı **inceleme ve tetkiklerde ve birleşme ve devralmalarına ilişkin olarak vereceği kararlar** da dahil olmak üzere telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle Kurum'un (Telekomünikasyon Kurumu) görüşünü ve Kurumun yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate alır."

- 3. maddenin (1) bendine göre ise, telekomünikasyon konularında yapılacak tüm düzenlemelerde, işlemlerde ve yetkilendirmelerde "**4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri.... saklı kalmak kaydıyla**", serbest rekabet ortamının sağlanması ve korunması amacı gözetilir.

Bu hükümlerin genel bir değerlendirilmesi yapılırsa, Kanun'un telekomünikasyon sektöründe serbest rekabeti sağlama konusunda genel yetkiyi Telekomünikasyon Kurumuna verdiği söylenebilir.

Fakat Rekabet Kurumuna da bu sektöre ilişkin olarak rekabet konusunda karar vermeyi yasaklamamakta, hatta bu konuda karar verebileceğini kabul etmektedir.

Diğer yandan Telekomünikasyon Kurumuna sektördeki rekabete ilişkin konuları “**inceleme**” ve her türlü “**bilgi dökümanların sağlanmasını talep etme**” yetkisi verilmekle birlikte, bu konuda somut ve açık bir **karar alma** yetkisi (örn. yaptırım uygulama yetkisi) verilmemekte, bu tür yetkiler Rekabet Kurumunda kalmaya devam etmektedir.

Sonuçta, bu alanda **inceleme yetkisi Telekomünikasyon Kurumuna, karar alma yetkisi Rekabet Kurumuna verilmiştir**. Bu konuda iki kurumdan hiçbirisi tam yetkili kılınp diğeri devreden çıkarılmamış, tersine, her iki kurumunun **işbirliği** yapması, **birlikte çalışması** istenmiştir. Kuşkusuz, her iki Kurum arasında uyumsuzluk olursa, bu konuda sorun çıkması da kaçınılmaz olacaktır.

SONUÇ

İngilterede 1982 yılında *British Telecom*'un tekelinin kaldırılmasıyla, ABD'de de 1984 yılında *Bell System*'in parçalanması ile başlayan telekomünikasyon hizmetlerinin rekabete açılması eğilimi, AB hukukunda da 1990 yılından itibaren uygulamaya sokulmuştur³³. Bu konularda göreceli olarak en ihtiyatlı olan Fransa bile 1990 yılından itibaren önemli adımlar atmış ve 26.7.1996 yılında çıkarılan iki kanunla bu aşama büyük ölçüde tamamlanmıştır³⁴.

AB ülkelerine göre yaklaşık 10 yıllık bir gecikmeyle, ülkemizde bu konuda en önemli adım, 27.1.2000 tarihinde 4502 sayılı Kanun ile atılmıştır.

³³ 28.6.1990 tarihli 90/387/CEE ve 90/388/CEE sayılı Direktiflerle (JOCE L 192/1), telekomünikasyon hizmetlerinin rekabete açılması ilke olarak kabul edilmiş ve ortak bir “Açık Telekomünikasyon Şebekesi (ONP)” kurulması kararlaştırılmış; 16.6.1993 tarihli Bakanlar Konseyi Kararı ile de, 1.1.1998 tarihi itibarıyla, istisnasız tüm telekomünikasyon hizmetleri rekabete açılmıştır.

³⁴ Bkz. Herbert Maisl, “La nouvelle réglementation des télécommunications”, AJDA, 20 Octobre 1996, s.762 vd.

Hazırlanmasının biraz aceleye geldiği anlaşılan³⁵ ve bu bağlamda, bazı düzenlemeleriyle uygulamada sorunlar çıkarabilecek, ve ayrıca, numaralandırma ve numara taşınabilirliği, **evrensel hizmetlerin**³⁶ finansmanı gibi bazı önemli hususlarda hüküm içermeyen bu Kanun, herşeye rağmen, telekomünikasyon hizmetlerini rekabete açması, özelleştirmeyi teşvik etmesi, hizmetlerin yürütülmesinde evrensel hizmet kavramına yer vermesi ve hizmetlerin fiyatlandırılması konularındaki düzenlemeleriyle, AB ile uyumlaşma sürecimiz için çok önemli bir aşamadır.

³⁵ Örneğin, 1.8.1996 tarihli ve 4161 sayılı Kanun'la, 406 sayılı Kanun'un Ek 18. maddesine eklenen son fıkrada, "*lisans sözleşmesi Danıştay'ın incelemesinden geçirildikten sonra Ulaştırma Bakanlığınca sonuçlandırılır.*" ibaresi yer almaktadır. Oysa bilindiği gibi, 13.8.1999 tarihli Anayasa değişikliğiyle Anayasa'nın 155. maddesinde yapılan değişiklikle, Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki "inceleme" yetkisi, iki ay içinde "görüş bildirme" haline getirilmiştir. 4502 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle 406 sayılı Kanun'un aılan maddesinde değişiklik yapılmış olmasına rağmen, bu "inceleme" deyimini düzeltilmemiştir.

Diğer yandan, Kanun'un 26. maddesinde, 406 sayılı Kanun'un Ek 18. maddesinin bu Kanun'la (4502 sayılı Kanun) "çelişmeyecek şekilde" uygulanacağını hüküm altına alınmış olması da, düzenleme tekniği açısından eleştiriye açık olması yanında, belirsiz bir ifade olarak göze çarpmaktadır.

³⁶ AB hukukunda son yıllarda çok önemli hale gelen bu kavram hakkında bkz. Ulusoy, "Kamu hizmeti anlayışında yeni yönelimler...", *agm*, s.27 vd.