

# Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği\*

K. Burak Öztürk\*\*

## ÖZET

05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, bildirim ve kullanım hakkının verilmesi esasına dayalı bir yetkilendirme sistemi öngörmektedir. Adı geçen yetkilendirme türleri, idari işlem kuramı yönünden incelendiğinde, bildirim suretiyle yetkilendirmenin idarenin zımnî tek yanlı işlemiyle gerçekleştiği; kullanım hakkının verilmesinde ise, açık bir idari işlemle ilgili özel kişilerin yetkilendirildiği görülmektedir. Sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkının verilmesinde uygulanacak ihale sürecinin de, kullanım hakkı verilmesi işleminin geçerliliği üzerinde etkili olacağı açıktır. Her durumda idarenin tek yanlı işlemiyle gerçekleşen yetkilendirmenin, kamu hizmetlerinin yürütülmesi yöntemleri açısından değerlendirildiğinde ise, kamu hizmeti niteliği taşıdığına kuşku bulunmayan elektronik haberleşme hizmetleri alanında bir tür kamu hizmeti ruhsatı içerdiği söylenebilir. Bununla birlikte, devletin kamu hizmetlerinin asli sahibi ve sorumlusu olduğu anlayışı ile elektronik haberleşme hizmetleri alanının tümüyle özel kişilere özgülenmesi keyfiyeti karşısında, kamu hizmeti ruhsatına ve devlet - kamu hizmeti ilişkisine dair klasik algılama biçiminin gözden geçirilmesi zorunludur. **Anahtar kelimeler:** Kamu hizmeti, idari işlem, ruhsat, kamu ihalesi, regülasyon.

## *Legal Nature of Authorisation in Electronic Communications Services*

### ABSTRACT

*The recently enacted Electronic Communications Act (No. 5809, 05 November 2008) provides an authorisation system based on notification and granting of rights in the domain of electronic communications services. Authorisation by notification is done by an implicit unilateral act of administration, whereas rights to use frequencies or numbers are granted by an explicit administrative act. When the number of rights to be granted is restricted, the procedure of procurement to be applied shall have its effects on the validity of the final act of granting of rights. In all cases, private persons shall be authorised by an unilateral act of administration, and considering the fact that the electronic communications services have been qualified by the legislator as "public services", aforementioned authorisation might be regarded as a sort of "public service licence". Nevertheless, it is inevitable to reconsider the classical approach to the notion of "public service licence" and to the relations between the State and public services, bearing in mind the fact that the domain of electronic communications services is exclusively reserved to private persons whereas it is accepted that the State is ultimately in charge of public services.*

**Keywords:** Public service, administrative act, licence, public procurement, regulati

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

## Giriş

05.11-2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 10.11.2008 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla<sup>1</sup>, ülkemizde yeni bir faaliyet alanının hukuksal düzenlemeye kavuşturulduğu izlenimine kapılmak mümkündür. Gerçekten, "elektronik haberleşme" terimine, Türk hukuk düzeninde daha önce rastlanmamaktadır. Ne var ki, ilgili Kanun ve Gerekeşi'nin<sup>2</sup> incelenmesinden, bu yeniliğin büyük ölçüde terminolojiye ilişkin olduğu<sup>3</sup>; elektronik haberleşme adıyla düzenlenen alanın, daha önce esasen 4502 sayılı KanunTa<sup>4</sup> değiştirilen 406

sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu<sup>5</sup> ile öngörölmüş bulunan telekomünikasyon hizmetlerini kapsadığı<sup>6</sup> anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte 5809 sayılı Kanun'un, terminolojiye ilişkin olandan başka, düzenlemenin esasına dair yenilikler de içerdiği görölmektedir. Bu yazının konusu, bu yenilikler arasında yer alan, elektronik haberleşme hizmetlerinde özel kişilerin yetkilendirilmesine ilişkin düzenlemedir. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 3 üncü maddesinde 4502 sayılı KanunTa yapılan değişiklikle, telekomünikasyon hizmetlerinde özel kişilerin yetkilendirilmesi yöntemleri olarak, görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı ve genel izin öngörölmesine karşılık, 5809 sayılı Kanun, bildirim ve kullanım hakkı verilmesi adlarıyla iki tür yetkilendirmeye yer vermekte ve böylece sistemi bir ölçüde yalılaştırılmaktadır.

Aslında telekomünikasyon ya da elektronik haberleşme hizmetleri alanında özel kişilerin yetkilendirilmesi, 4502 sayılı KanunTa Türk hukukuna getirilen bir yenilik olmayıp, anılan hizmetlerin devlet tekelinde yürütölmesini öngören 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1924 yılından itibaren bu hizmetlerin özel kişilere de gördüröldüğü gözlemlenmektedir<sup>7</sup>. Ne var ki telekomünikasyon hizmetleri alanında özel kişilerin yetkilendirilmesine ilişkin bu alana özgü ilk yasal düzenleme, 4000

- 1 Ulaştırma Bakanlığı'nca hazırlanan ve Bakanlar Kurulu'nun 20.06.2005 tarihli toplantısında benimsenerek 17.10.2005 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Başkanlığı'na sunulan "Elektronik Haberleşme Kanunu Tasarısı", ilgili yasama döneminde sonuçlandırılmadığı için TBMM İctüzüğü'nün 77 nci maddesi uyarınca hükümsüz sayılmıştır. 22.04.2008 tarihinde Tasan'ın yenilenmesi üzerine, TBMM tarafından 01.08.2008 tarihinde 5803 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kabul edilmiş; ancak bu Kanun 18.08.2008 tarihinde, bazı maddelerinin TBMM'ce tekrar göröşölmesi için Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilmiştir. Bunun üzerine TBMM tarafından yeniden göröşölerek 06.11.2008 tarihinde kabul edilen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, 10.11.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Kanun'un bu yazıda ele alınan yetkilendirmeye ilişkin hükümleri yayımından altı ay sonra, 10.05.2009 tarihinde yürürlüğe girecektir (m. 68).
- 2 5809 sayılı Kanun'un Gerekeşi'ne <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0566.pdf> adresinden ulaşılabilir (Erişim tarihi: 15.02.2009).
- 3 Bu terminoloji değişikliğinin ne ölçüde isabetli olduğu tartışmaya açıktır. Kanun'un Genel Gerekeşi'nde de değinildiği gibi, "telekomünikasyon" yerine "elektronik haberleşme" ibaresinin kullanılmasının, Avrupa Birliği (AB) Mevzuatı'ndaki gelişmelere uyum sağlamak amacıyla yönelik olduğu görölmektedir. Gerçekten, anılan mevzuatta da 2002 yılından bu yana "télécommunications" yerine, "communications électroniques" ibaresi kullanılmaktadır (Bkz. 07.03.2002 tarihli ve 2002/21/CE sayılı Çerçeve Direktifi, Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi (Journal officiel des Communautés européennes), 24.04.2002, L 108/33). Bununla birlikte, Batı dillerindeki "communication" sözcüğünün Türkçe karşılığının "haberleşme" olduğunu söylemek güçtür. Fransızcada, "communiquer" (iletmek) sözcüğünden türetilen "communication", iletim ya da iletişim olarak Türkçeye çevrilebilir (Bkz. Philippe AMIEL (dir.), **Dictionnaire de la langue française**, Hachette, 1994, s. 216). 5809 sayılı Kanun'da tanımlandığı biçimiyle elektronik haberleşme hizmetlerinin, karşılıklı olmayan tek taraflı bazı hizmetleri de içerdiği dikkate alındığında, bu faaliyet alanının "elektronik iletim hizmetleri" olarak isimlendirilmesi daha doğru olurdu. Bununla birlikte, bu yazıda, 5809 sayılı Kanun'da kullanılan terminoloji tercih edilmiş; hatta karışıklığa yol açmamak için, AB Mevzuatı'nda geçen "communications électroniques" ibaresi de, "elektronik haberleşme" terimiyle ifade edilmiştir.
- 4 29.01.2000 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 27.01.2000 tarihli ve 4502 sayılı Kanun'un tam adı, "Telgraf ve Tele-

- fon Kanunu, Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Telsiz Kanunu ve Posta, Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"dur,
- 5 04.02.1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu, 21.02.1924 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 6 5809 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde, elektronik haberleşme, "(e)lektriksel işaretlere dönüştürülebilir 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 tanımlanmaktadır. Bu tanım, 4502 sayılı Kanun'un 1 inci maddesinde öngörölen "telekomünikasyon" tanımından çok da farklı değildir.
- 7 406 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra, ilk olarak Ankara'da otomatik telefon santrali kurulması için ihaleye çıkıldığı; İzmir'de de otuz yıl süreli imtiyaz sözleşmesiyle bir manyetolu telefon şebekesi kurulduğu ve İzmir Belediyesi ve Ericsson Şirketi tarafından ortaklaşa işletildiği görölmektedir. Bkz. Funda BAŞARAN, **İletişim ve Emperyalizm**, Ütopya Yayınevi, 2000, s. 128 v.d.

sayılı Kanun'la<sup>8</sup> 406 sayılı Kanun'a eklenen ek 18 inci maddede yer almaktadır. Bu düzenleme ile, mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım ve benzeri katma değerli hizmetlerin Ulaştırma Bakanlığı'nca verilecek işletme lisans ve ruhsatlar uyarınca özel kişilerce yürütülebileceği hükme bağlanmış; yasal düzenlemede bu lisans ve ruhsatın niteliğine ilişkin başkaca bir hükme yer verilmemesine karşın, Anayasa Mahkemesi, adı geçen lisans ve ruhsatların imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğuna karar vermiştir<sup>9</sup>. Daha sonra 406 sayılı Kanun'da 4502 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler, yukarıda da belirtilen dörtlü yetkilendirme sistemini getirmiş ve 4673 sayılı Kanun<sup>10</sup> ile, yetkilendirme görevi Ulaştırma Bakanlığı'ndan alınarak Telekomünikasyon Kurumu'na verilmiştir<sup>11</sup>. Nihayet 5809 sayılı Kanun'la getirilen sistemde yetkilendirme türleri olarak bildirim ve kullanım hakkı verilmesi öngörülmekte; yetkilendirme görevi ise, kural olarak, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na (BTİK) verilmektedir<sup>12</sup>.

Yukarıda da belirtildiği gibi, bu yazının konusu bildirim ve kullanım hakkı verilmesi suretiyle gerçekleştirilecek olan yetkilendirmenin hukuksal niteliğinin irdelenmesidir. Aslında bu yetkilendirme türleri, 5809 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce geçerli olan yetkilendirme sistemine tümüyle

yabancı değildir. İmtiyaz ve görev sözleşmelerine yeni sistemde yer verilmemiş olmasına karşın, 5809 sayılı Kanun'da öngörülen bildirim, bir yönüyle genel izine benzediği, kullanım hakkı verilmesinin ise telekomünikasyon ruhsatına benzer bir yetkilendirme türü olduğu söylenebilir. Bu nedenle, bildirim ve kullanım hakkına ilişkin kimi değerlendirme ve belirlemelerin, 5809 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce de, genel izin ve telekomünikasyon ruhsatı için yapılabilmesi mümkündür<sup>13</sup>. Bununla birlikte bu yazıda, 10.05.2009 tarihinden itibaren pozitif hukuk yönünden geçerliliğini yitirecek olan genel izin ve telekomünikasyon ruhsatı üzerinde durulmayarak, doğrudan doğruya 5809 sayılı Kanun'da öngörülen yetkilendirme türlerinin incelenmesi tercih edilmiştir<sup>14</sup>.

Bu inceleme iki boyutludur: Birinci bölümde, idarenin (BTİK'nin) işlemleriyle gerçekleşen yetkilendirme, idari işlem kuramı yönünden ele alınmakta; ikinci bölümde ise, kamu hizmeti niteliğindeki elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesi yöntemi olarak, kamu hizmeti kavramı açısından değerlendirilmektedir.

## A. Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin İdari İşlem Kuramı Yönünden Değerlendirilmesi

### 1. Yasal Düzenleme

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 8 inci maddesinin birinci fıkrasında, elektronik haberleşme hizmetlerinin verilmesi ve/veya elektronik haberleşme şebekesi ve alt yapısı kurulup işletilmesi, kural olarak, BTİK tarafından yetkilendirilmiş olma şartına bağlanmakta; aynı Kanun'un 9 uncu mad-

8 18.06.1994 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 10.06.1994 tarihli ve 4000 sayılı Kanun'un tam adı, "Telgraf ve Telefon Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun"dur.

9 Anayasa Mahkemesi'nin 16.08.1994 tarihli ve E. 1994/70 K. 1994/65-1 sayılı kararı, **AMKD**, C. 30, S. 2, s. 721 v.d.

10 23.05.2001 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 12.05.2001 tarihli ve 4673 sayılı Kanun'un tam adı, "Telgraf ve Telefon Kanunu, Posta, Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun ile Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"dur.

11 Telekomünikasyon Kurumu, 07.04.1983 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 05.04.1983 tarihli ve 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nda 4502 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle kurulmuştur.

12 5809 sayılı Kanun'un 67 nci maddesiyle, 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun adı "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun" olarak değiştirilmiş ve 2813 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinde yapılan değişikliklerle BTİK kurulmuştur. 5809 sayılı Kanun'un 65 inci maddesinin üçüncü fıkrasında da, diğer mevzuatta geçen "Telekomünikasyon Kurumu" ibaresinden BTİK'nin anlaşılacağı hükme bağlanmaktadır.

13 5809 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde geçerli olan yöntemler hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Ali ULUSOY, **Telekomünikasyon Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2002, s. 39-77.

14 5809 sayılı Kanun'un yetkilendirme usulünü düzenleyen 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının (13) numaralı bendinde, bildirim ve kullanım hakkı ile ilgili usul ve esasların BTİK tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceği hükme bağlanmış; ancak henüz (15.02.2009 itibarıyla), - belki de 5809 sayılı Kanun'un yetkilendirmeye ilişkin hükümleri 10.05.2009 tarihinde yürürlüğe gireceği için - bu konuyu düzenleyen bir yönetmelik çıkarılmamıştır. Bu nedenle bu yazıdaki inceleme, zorunlu olarak, Kanun hükümleriyle sınırlı tutulmuştur.

desinin birinci fıkrasında ise, yetkilendirmenin bildirim veya kullanım hakkının verilmesi suretiyle yapılacağı düzenlenmektedir. Anılan Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre, kaynak tahsisine gerek olmaksızın sunulabilecek olan elektronik haberleşme hizmetleri yönünden, BTİK tarafından belirlenen usul ve esaslara uygun bildirimle birlikte yetkilendirme gerçekleşmiş olur. Sunulması kaynak tahsisini gerektiren hizmetlerde ise yetkilendirme yöntemi, kullanım hakkının verilmesidir. Ancak bu noktada kullanım hakkının sınırlandırılmasını gerektiren ve gerektirmeyen hizmetler açısından ikili bir ayırım yapılarak, kaynak tahsisini gerektirmekle birlikte kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasını gerektirmeyen hizmetlerde, usulüne uygun başvuruyu izleyen otuz gün içerisinde BTİK tarafından kullanım hakkı verileceği öngörülmektedir (5809 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin beşinci fıkrası). Kaynak tahsisini ve ayrıca kullanım hakkının sınırlandırılmasını gerektiren hizmetlerde ise, yine ikili bir alt ayırıma gidilerek, bu hizmetlerden uydu pozisyonu ile ulusal çapta frekans kullanımını ihtiva edenlerde, yetkilendirme politikası, hizmetin başlama zamanı, yetkilendirme süresi ve hizmeti sunacak işletmeci sayısı gibi kıstasların Ulaştırma Bakanlığı tarafından belirleneceği ve yetkilendirmenin BTİK tarafından yapılacağı; ancak ulusal çapta frekans kullanımını ihtiva eden hizmetlere ilişkin ihaleleri gerekli gördüğü durumlarda doğrudan Bakanlığın da yapabileceği hükme bağlanmaktadır (5809 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendi). Nihayet, 9 uncu maddenin altıncı fıkrasının (b) bendi uyarınca, kaynak tahsisini ve kullanım hakkının sınırlandırılmasını gerektirmekle birlikte, uydu pozisyonu ile ulusal çapta frekans kullanımını ihtiva etmeyen hizmetler yönünden, gerekli yetkilendirme işlemlerinin BTİK tarafından yürütülmesi söz konusudur.

ElektronikHaberleşmeKanunu'nunkarmaşık görünen bu düzenlemesinden çeşitli sonuçlar çıkarmak mümkündür. Bu sonuçların ilki, elektronik haberleşme hizmetleri alanında yetkilendirmenin "bildirim" ve "kullanım hakkının verilmesi" adıyla iki biçiminin bulunduğudır. Bildirim türü yetkilendirmede, kaynak tahsisini gerektirmeyen hizmetleri sunmak isteyen şirketlerin, idarenin herhangi bir işlemine

gerek olmaksızın, salt bildirimde bulunmak suretiyle yetkilendirilmeleri söz konusudur. Kaynak tahsisini gerektiren hizmetler yönünden geçerli olan, kullanım hakkının verilmesi suretiyle yetkilendirmede ise, bazı hizmetler yönünden kullanım hakkının sınırlandırılması söz konusu olduğu için ayırıma gidilmektedir. Kullanım hakkının sınırlandırılması gerektiğinde, ilgili hizmeti sunmaya istekli işletmeciler arasında bir seçim yapılması kaçınılmaz olmakta; bu nedenle, kullanım hakkının ihale yöntemiyle verilmesi öngörülmektedir. Buna karşılık, kullanım hakkının sınırlandırılmadığı durumlarda birden çok işletmeci arasında bir seçim yapılması da gerekmeyeceğinden BTİK, usulüne uygun başvuruyu izleyen otuz gün içerisinde kullanım hakkını vermektedir. Kullanım hakkının sınırlandırılması ve ihale yöntemiyle verilmesi söz konusu olduğunda da, ihale süreci dâhil yetkilendirme için gereken işlemler kural olarak BTİK tarafından yürütülmekte; yalnızca uydu pozisyonu ve ulusal çapta frekans kullanımını ihtiva eden hizmetlerde, yetkilendirme politikası, hizmetin başlama zamanı, yetkilendirme süresi ve hizmeti sunacak işletmeci sayısı gibi kıstaslar Ulaştırma Bakanlığı tarafından belirlenmekte ve yetkilendirme BTİK tarafından yapılmakta; hatta ulusal çapta frekans kullanımını ihtiva eden hizmetler yönünden gerekli gördüğü hâllerde Bakanlık doğrudan ihaleyi de yapabilmektedir.

## 2. Yetkilendirme Türlerine Göre Değerlendirme

5809 sayılı Kanun'da öngörülen yetkilendirme türleri, idari işlem kuramı yönünden üç farklı kategoride mütalaa edilebilir. Bunlar, bildirim yöntemiyle yetkilendirme, sınırlandırılmamış kullanım hakkının verilmesi ve sınırlı kullanım hakkının verilmesidir.

*a. Bildirim Yöntemiyle Yetkilendirme:* Yetkilendirme için idareye yapılan bildirim yeterli sayıldığı hizmetler yönünden, başvuruda bulunan işletmecinin yetkilendirmeye bağlı olarak hizmeti sunma hakkı, idareye yapılan bildirimle doğmakta; ayrıca idarenin herhangi bir işlem tesis etmesine gerek ve imkân

bulunmamaktadır. 5809 sayılı Kanun'da bu konuda açık bir hüküm yer almamaktadır. Anılan Kanun'un Avrupa Birliği Mevzuatı ile uyumu sağlamak amacıyla çıkartıldığı dikkate alınarak başvuru<sup>15</sup> ve anılan Mevzuatın bir parçasını oluşturan 07.03.2002 tarih ve 2002/22/CE sayılı "Yetkilendirme" Direktifi'nin<sup>16</sup> ilgili hükmü bu sonucu doğrulamaktadır. Buna göre, üye Devletlerin elektronik haberleşme hizmeti sunmak isteyen işletmeciler için bildirimde bulunma yükümlülüğü öngörmesi mümkün olmakla birlikte, kullanım hakkının verilmesini gerektiren durumlar dışında, işletmecilerin yetkilendirmeden kaynaklanan haklarını kullanmaları, ulusal düzenleyici otoritenin açık bir kararla ya da başka türden herhangi bir idari işlemine bağlanamaz (Anılan Direktifin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası). Bunun doğal sonucu, BTİK'nin yapılacak bildirimleri değerlendirerek kabul etme ya da etmeme gibi bir yetkisinin bulunmamasıdır; BTİK tarafından yapılacak olan, bildirimle ilgili yetkilendirmenin kayıt altına alınmasından ibarettir.

5809 sayılı Kanun'un 8 inci maddesinin birinci fıkrasında "yetkilendirme yetkisi"nin BTİK'ye tanınmış olması karşısında, BTİK'nin hiçbir müdahalesi olmadan, bildirim otomatik sonucu olarak yetkilendirilmeyi açıklamak nasıl mümkündür? Esasen Kanun'da yer alan bildirimle ilgili düzenleme, kuramsal açıdan bakıldığında, bir zımnî idari işlem öngörmektedir. İdare hukuku yazınında zımnî işlemler genellikle, idarenin belirli bir süre devam eden hareketsizliğine (sessizliğine) hukuksal sonuç bağlanması olarak açıklanmakla<sup>17</sup> birlikte, bunun nedeni, Fransız ve Türk hukukunda görülen zımnî işlem örneklerinin neredeyse her zaman bu biçimde karşımıza çıkmasıdır<sup>18</sup>. Oysa elektronik haberleşme

hizmetleri alanında, bildirim yapılmasıyla birlikte (belirli bir sürenin geçmesine gerek olmaksızın), yasal düzenlemenin zorunlu sonucu olarak, idarenin zımnî bir yetkilendirme işlemi yaptığı varsayılmaktadır. Hâl böyle olunca, bu konuda idarenin zımnî işleminin, aslında açık işlem yapabileceği durumlarda bunu yapmayarak yargısal denetim olanağını ortadan kaldırmasını önlemeye yönelik bir çare olarak görülmesi<sup>19</sup> söz konusu değildir; zımnî işlem ile bildirim eş zamanlı olduğu için, idarenin açık bir işlem yapma olasılığı bulunmamaktadır. Bu nedenle, bildirimle ilgili yetkilendirme konusunda da idarenin 5809 sayılı Kanun'un 8 inci maddesinin birinci fıkrasında kendisine tanınan yetkiyi, kendi inisiyatifiyle olmasa da, yasal düzenlemenin sonucu olarak tesis ettiği varsayılan zımnî bir işlem aracılığıyla kullandığı söylenebilir.

5809 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında, yapılacak bildirim "Kurumca belirlenen usul ve esaslara uygun" olması koşulunun arandığı dikkate alındığında, idarenin bildirim içeren başvuruları kabul edip etmemek konusunda yetkisi bulunmadığını savunmanın, bu koşulu tümüyle anlamsızlaştırdığı düşünülebilir. Bununla birlikte, idarenin bu koşul yönünden bir değerlendirme yaparak başvuruları kabul etme veya etmeme yetkisine sahip olduğunu düşünmek de, öngörülen sisteme ters düşmektedir. Bu noktada, yukarıda yer verilen kuramsal açıklamanın pratik bir sonucunu görmek mümkündür. Yukarıda da belirtildiği gibi, bildirim yapılmasıyla tesis edildiği varsayılan ve idarenin aksi yönde bir açık işlem kurmasına izin vermeyen

yönelik başvuru karşısında idarenin altmış gün süreyle sessiz kalması durumunda istek reddedilmiş sayılacaktır. Yine Türk hukukunda zımnî kabul işlemine örnek olarak, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 30 uncu maddesinde yer alan düzenleme gösterilebilir. Bu hüküm uyarınca, inşaatı tamamen biten ya da kısmen tamamlanan yapı sahibinin yapı kullanma izni almak için yaptığı başvuruya, ilgili idarenin otuz gün içerisinde yanıt vermemesi durumunda, yapının tamamının ya da biten kısmının kullanılmasına izin verilmiş sayılır. Fransız hukukunda da, idarelerle ilişkilerinde yurttaşların haklarına ilişkin 12.04.2000 tarih ve 2000-321 sayılı Yasa'nın 21 inci maddesinde, idari bir makamın bir istem karşısında iki aydan uzun süren sessizliğinin, kural olarak, istemin reddi anlamına geleceği öngörülmektedir. Yasa metni için bkz. Fransa Cumhuriyeti Resmî Gazetesi (Journal officiel de la République française), 13.04.2000, s. 5646.

19 Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 9. B., İmaj Yayınevi, 2004, s. 121.

15 Kanun'un Genel Gereği'nde, "Avrupa Birliği (AB) ülkeleri mevzuatına uyum sağlanması" amacı vurgulanmaktadır. Bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0566.pdf> (Erişim tarihi: 15.02.2009).

16 Direktifin tam adı, "Elektronik Haberleşme Şebeke ve Hizmetlerinde Yetkilendirmeye İlişkin Direktif'tir. Bkz. Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi (Journal officiel des Communautés européennes), 24.04.2002, L 108/21-32.

17 Michel D. STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, LGDJ, 1973, s. 123; Celâl ERKUT, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Yayınları No: 51, 1990, s. 30 v.d.

18 Türk hukukunda zımnî ret işleminin bilinen örneği, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10 uncu maddesinde yer almaktadır. Buna göre, ilgililerin haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem ve eylemin yapılmasına

zımnî işlemle yetkilendirme gerçekleşmiş olmakta; ancak bildirim BTİK tarafından belirlenen esas ve usullere uygun olmaması durumunda, tesis edildiği varsayılan zımnî yetkilendirme işlemi hukuka aykırı olacağı için, idarenin bu yetkilendirmeyi iptal etmesi (geri alması) imkân dâhilinde bulunmaktadır<sup>20</sup>.

**b. Sınırlanmamış Kullanım Hakkının Verilmesi:** Kaynak tahsisini gerektiren ancak kullanım hakkı sınırlanmamış olan elektronik haberleşme hizmetleri yönünden 5809 sayılı Kanun'da, usulüne uygun başvuruyu izleyen otuz gün içerisinde BTİK tarafından kullanım hakkı verileceği öngörülmektedir (9 uncu maddenin beşinci fıkrası). Görüldüğü gibi, bu durumda kullanım hakkının verilmesi suretiyle yetkilendirme, açık bir idari işlemle yapılmaktadır<sup>21</sup>; ilgili şirketin kullanım hakkının doğması idarenin bu yoldaki irade beyanını içeren işlemine bağlanmaktadır. Bu noktada tartışılması gereken iki sorun, düzenlemedeki otuz günlük sürenin anlamı ile kullanım hakkının verilmesinde idarenin takdir yetkisine sahip olup olmadığıdır.

İdare hukuku yazınında, idarenin belirli koşulların varlığı durumunda belirli bir yönde işlem tesis etmek zorunda bulunduğu hâllerde yetkisinin bağlı olduğu ve belirlenenden başka türlü hareket

edemeyeceği<sup>22</sup>; idareye takdir yetkisi tanınan durumlarda ise, yapacağı yorum ve değerlendirmeler doğrultusunda, birden çok hukuksal sonuç arasında seçim yapma ya da duruma göre işlemin içeriğini belirleme olanağına sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>23</sup>. Elektronik haberleşme hizmetleri alanında sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı yönünden getirilen düzenlemenin lafzı, ilk bakışta, idareye kullanım hakkı vermek konusunda takdir yetkisi tanınmadığı izlenimini doğurmaya elverişlidir. Kanun'un 9 uncu maddesinin beşinci fıkrasında kullanım hakkının "verilebileceği" değil, "verileceği" öngörülmektedir<sup>24</sup>; ayrıca bu yetkinin kullanımı otuz günlük bir süreyle sınırlanmaktadır. Ne var ki, elektronik haberleşme hizmetlerinin niteliği ve yasal düzenlemenin bütününe egemen olan anlayış bu ilk izlenimi desteklememektedir. Aşağıda da görüleceği gibi, elektronik haberleşme hizmetleri kamu hizmeti niteliği taşımakta ve özel faaliyetlerden farklı olarak, bu hizmetlerin sürekliliğinin sağlanması ve gereksinimlere uygun yürütülmesi özel bir önem taşımaktadır<sup>25</sup>. Bu doğrultuda, 5809 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin dokuzuncu fıkrasında BTİK'nin kullanım hakkı 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 reddedebileceği hükme bağlanmaktadır. Burada sayılan nedenlerden, tahsis edilmesi gereken

20 Fransız hukukunda, zımnî işlemin oluşumu için öngörülen sürenin sonunda işlemin kesinlik kazanacağı ve dolayısıyla, dava açma süresi içerisinde bile olsa, idarenin işlemini geri alamayacağı kabul edilmekle birlikte (bkz. André de LAUBADERE / Jean-Claude VENEZIA / Yves GAUDEMET, **Traité de droit administratif**, Tome 1, 15<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1999, s. 782), dava konusu olmak bakımından aralarında fark bulunmayan zımnî işlemler ile açık işlemler arasında geri alma yönünden bu türden bir ayırım gözetmenin mantıklı bir açıklaması bulunmamaktadır. Fransız hukukunda da, 1970'li yıllardan önce kabul edilen yaklaşım, idarenin zımnî işlemlerini geri alabileceği yolundadır (bkz. Turgut TAN, **İdari İşlemin Geri Alınması**, AÜSBF Yayınları No: 298, 1970, s. 128-129). Kaldı ki, Fransız Danıştay'ın, özellikle zımnî kabul işlemleri yönünden, idarenin sessizliğine bağlı olarak istemi kabul ettiğinin varsayıldığı tarihten sonra istemin reddine dair yaptığı açık işlemin, ancak daha önce oluşmuş bulunan zımnî kabul işleminin geri alınması anlamına gelebileceğini öngören kararları da mevcuttur. Örnek olarak bkz. CE, 30.05.2007, S.C.I AGYR, [http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rech\\_JuriAdmin&id\\_Texte=CETATEXT000018006301&fastReqId=291124642&fastPos=1](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rech_JuriAdmin&id_Texte=CETATEXT000018006301&fastReqId=291124642&fastPos=1) (Erişim Tarihi: 15.02.2009).

21 ULUSOY, **Telekomünikasyon Hukuku**, s. 61'de, 5809 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde belirli telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde uygulanan ve kullanım hakkı verilmesi yöntemini anımsatan "telekomünikasyon ruhsatı"nm, tek yanlı bireysel bir idari işlem niteliğinde olduğunu tartışmasız benimsemektedir.

22 Danıştay'ın bir kararında, "*belli hukuki durumun gerçekleşmesi halinde, hukuken belli edilen sonuçların uygulanmasının zorunlu olduğu hallerde bağlı yetkinin varlığından söz edilebileceği*" belirtilmektedir. Bkz. Danıştay 5. Dairesi'nin 06.04.1987 günlü ve E. 1986/393 K. 1987/548 sayılı kararı, **Danıştay Bilgi Bankası (DBB)**.

23 Takdir yetkisine ilişkin açıklamalar için bkz. Jean RIVERO / Jean WALINE, **Droit administratif**, 19<sup>e</sup> ed., Dalloz, 2002, s. 81 v.d.; Tahsin Bekir BALTA, **İdare Hukukuna Giriş**, TODAİE Yayınları No: 117, 1968/1970, s. 84 v.d.; Mukbil ÖZ YÖRÜK, **İdare Hukuku Dersleri** (çoğaltma), Ankara, 1972-1973, s. 210 v.d.; İl Han ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, 2004, s. 455 v.d.

24 Danıştay'ın, kanun hükümlerinin yüklemelerinin "kesinlik" ya da "olasılık" taşınmasına göre, idarenin takdir yetkisine sahip olup olmadığını belirlediği kararları mevcuttur. Örnek olarak bkz. Danıştay 5. Dairesi'nin 26.05.1992 günlü ve E. 1992/133 K. 1992/1625 sayılı kararı, **DBB**.

25 Özellikle 5809 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi uyarınca elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulmasında ve bu hususta yapılacak düzenlemelerde göz önüne alınması gereken ilkeler, bu alanın yürütülen hizmetin niteliği yönünden herhangi bir özel faaliyetin denetimini aşan kurallara bağlı kılındığını göstermektedir.

kaynakların yetersizliği ve ihale aşamasında belirlenen yeterlik şartlarının sağlanmaması, yalnızca sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı taleplerinin reddedilmesi yönünden geçerli olsa bile, diğer nedenler sayısı sınırlandırılmamış kullanım haklarının verilmesi taleplerinin değerlendirilmesi yönünden de dikkate alınacaktır. Dolayısıyla BTİK, sayısı sınırlandırılmamış kullanım haklarının verilmesinde, yapılan başvuruları, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ve benzeri kamu yararı gerekleri yönünden değerlendirmek ve buna göre kullanım hakkı verilmesi istemini kabul ya da reddetmek konusunda takdir yetkisine sahiptir<sup>26</sup>.

Bu noktada, 5809 sayılı Kanun'da sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkının verilmesi için öngörülen otuz günlük sürenin anlamı üzerinde durmak gerekmektedir. Öncelikle, BTİK'nin bu süre zarfında herhangi bir işlem tesis etmemesi durumunda otuz günün dolmasıyla zımnî bir kabul ya da ret işleminin tesis edildiğini varsaymanın mümkün olmadığı belirtilmelidir. İdarenin sessizliğine hukuki sonuç bağlanabilmesi veya idare hareketsiz kaldığı hâlde zımnî bir işlem tesis edildiğinin varsayılabilmesi için, bunun ya açık bir yasal düzenlemeye dayanması<sup>27</sup> ya da bildirim suretiyle yetkilendirmeye ilişkin olarak yukarıda yapılan açıklamadaki gibi, bir yasal düzenlemenin zorunlu sonucu olması gerekir. Oysa, sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı yönünden otuz günlük sürenin dolmasına hukuksal sonuç bağlayan

26 Ayrıca, 5809 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının (8) numaralı bendinde, BTİK'ye kullanım hakkı sürelerinin belirlenmesi yönünden açık bir takdir yetkisi tanınmaktadır.

27 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10 uncu maddesinde yer alan ve zımnî ret işlemlerinin oluşumunu öngören hükmün genel niteliğinden olsa gerek, Türk hukukunda idarenin belirli bir süre boyunca sessiz kalmasının zımnî ret sayılması, yasal dayanağa ihtiyaç göstermeyen bir idare hukuku ilkesi sayılmış; hareketsizliğin zımnî kabul sayılabilmesi için açık bir yasal dayanak gerektiği kabul edilmiştir (bkz. GÜNDAY, s. 121; ERKUT, s. 33). Fransız Anayasa Konseyi de, zımnî redde ilişkin kuralın, hukukun genel ilkesi niteliğinde olduğu görüşünderken (bkz. CC, 26.06.1969, AJDA, 1969, s. 663), Fransız Danıştay'ın içtihadı aksi yöndedir (bkz. CE, 27.02.1970, Cne de Bozas, AJDA, 1970, s. 232). Ne var ki, ilgililerin korunmasına yönelik olup, istemlerinin sürüncemede kalarak yargısal denetim olanağından da mahrum bırakılmasına karşı etkili bir önlem olma özelliği göstermesine karşın, 2577 sayılı Kanun'un zikredilen 10 uncu maddesi olmadan da zımnî ret mekanizmasının hukukun genel ilkesi olarak uygulanabileceğini savunmak kolay değildir.

açık bir yasal düzenleme bulunmadığı gibi, bu sonucun zorunlu sayılmasını gerektiren bir neden de mevcut değildir. Bu durum karşısında otuz günlük sürenin dolmasıyla idarenin zımnî bir işlem tesis etmiş sayılacağını savunmak güçtür; ancak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun bu hâlde de uygulanacak genel hüküm niteliği taşıyan 10 uncu maddesi uyarınca, başvuruyu izleyen altmış gün içerisinde BTİK'nin herhangi bir işlem tesis etmemesi durumunda, kullanım hakkı verilmesi isteminin zımnî reddedildiği sonucuna varılacaktır<sup>28</sup>.

BTİK tarafından sayısı sınırlandırılmayan kullanım hakkı verilmesi için öngörülen otuz günlük sürenin, özellikle bu yoldaki istemlerin anılan sürenin dolmasından sonraki bir tarihte reddedilmesi durumunda, bu ret işleminin geçerliliği üzerinde herhangi bir etkisi olup olmayacağı sorusu da akla gelebilir. İdare hukuku yazınında, idari usul süreçlerinde öngörülen sürelerden bir bölümünün idarenin işlem yapma yetkisini sona erdiren bir niteliği bulunduğu; bir bölümünün ise, düzenleyici nitelikte olup idareyi belirlenen süre içerisinde işlem tesis etmeye teşvik etmek amacıyla öngörülmüş bulunmakla birlikte, süreye uyulmadan yapılan işlemin geçerliliğinin bundan etkilenmeyeceği kabul edilmektedir<sup>29</sup>. İdarenin işlem yapma yetkisini sona erdiren süreler geçtikten sonra yapılan işlem hukuka aykırı olacağı için, bu tür sürelerin ilgilisi için güvence taşıyan niteliği ön plana çıkmaktadır; bu nedenle, daha ziyade ilgisine bir yükümlülük getiren işlemler yönünden geçerli oldukları söylenebilir. 5809 sayılı Kanun'un 9 uncu

28 ULUSOY, 5809 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce uygulanan telekomünikasyon ruhsatı yöntemi bakımından, aksi görüştedir. O dönemde yürürlükte olan ilgili Yönetmelik hükmü uyarınca, ruhsat talebine yanıt verilmesi için öngörülen otuz günlük sürenin en çok kırk beş gün daha uzatılabileceğini dikkate alan yazar, yetmiş beş gün içerisinde ruhsat talebine yanıt verilmemesi durumunda, bu sürenin sonunda talebin reddedilmiş sayılacağını savunmakta; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10 uncu maddesinin, bu düzenleme karşısında uygulanamayacağı sonucuna varmaktadır. Ancak kanımca, bu sonuca varılmasında, yetmiş beş gün olarak hesaplanan sürenin, 2577 sayılı Kanun'un 10 uncu maddesinde öngörülen altmış günlük süreden uzun olması da etkili olmuştur. Gerçekten altmış günlük sürenin bitiminde, idarenin henüz on beş günlük bir yanıt verme süresi daha varken, isteği reddedilmiş saymak anlamlı bir sonuç olmayabilir. Ancak 5809 sayılı Kanun'da öngörülen otuz günlük süre, farklı bir değerlendirmeyi gerektirilmekte.

29 Lutfi DURAN, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 406; GÜNDAY, s. 128.

maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen süre ise, kullanım hakkının verilmesi gibi yararlandırıcı bir işlem için öngörülmüş olup, bu sürenin dolmasıyla idarenin kullanım hakkı verme yetkisinin ortadan kalkacağını söylemek mümkün değildir. Bu noktada, BTİK'nin her zaman kullanım hakkı verebileceği, bununla birlikte, otuz günlük sürenin dolmasından sonra kullanım hakkı verilmesi istemlerini reddetme yetkisinin bulunmadığı düşünülebilir. Ancak bu yorumda da, yapılan işlemin sonucuna göre öngörülen sürenin nitelik değiştirmesi söz konusu olmaktadır ki, böyle bir yorumun tutarlılığını savunmak güçtür. Kaldı ki, otuz günlük süreye böyle bir anlam yüklenmesi, BTİK'nin kullanım hakkı verirken sahip olduğu, yukarıda sözü edilen takdir yetkisini de ortadan kaldırmakta; otuz günün dolmasından sonra BTİK'nin yetkisini bağlı yetkiye dönüştürmektedir.

O halde, sayısı sınırlanmamış kullanım haklarının verilmesi yönünden öngörülen otuz günlük sürenin düzenleyici bir süre olduğu ve bu sürelerle uyulmadan işlem tesis edilmesinin, işlemin geçerliliği üzerinde etkisi bulunmadığı söylenebilir. Bununla, anılan süreye uyulmamasının hiçbir yaptırımı olmadığı düşünülmemelidir; kullanım hakkı için başvuruda bulunan şirkete otuz günlük süre geçtikten sonra kabul ya da ret yanıtı verilmesi ya da başvurusunun hiç yanıtlanmaması, BTİK açısından hizmet kusuru teşkil etmekte olup<sup>30</sup>, ilgili şirketin, açacağı bir tam yargı davası ile, bu nedenle uğradığı hak ihlalinin giderilmesini talep etmesi mümkündür.

*c. Sınırlı Kullanım Hakkının Verilmesi:* 5809 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinde yer alan düzenlemeden, kaynak tahsisini gerektiren ve kullanım hakkı sayısı sınırlanmış elektronik haberleşme hizmetleri yönünden kullanım hakkının verilmesi için bir ihale süreci öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bununla birlikte,

30 Hizmet kusuru, idarenin yürütmekte olduğu bir faaliyetin örgütlenme veya işleyişindeki bir bozukluk ya da aksaklık olarak tanımlanmakta ve "hizmetin geç işlenmesi ya da hiç işlememesi" hizmet kusuru sayılan hâller arasında yer almaktadır. Bkz. Francis-Paul BÉNOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, s. 709 v.d.; GÜNDAY, s. 330 v.d. Danıştay'ın, yasal düzenlemelerde makul bir süre içerisinde gerçekleştirilmesi öngörülen bir işlemin gecikerek yapılmasını hizmet kusuru olarak gören içtihadı karşısında (Danıştay 5. Dairesi'nin 12.10.1988 tarihli ve E. 1988/494 K. 1988/2216 sayılı kararı, **DBB**), 5809 sayılı Kanun'da öngörülen otuz günlük sürenin geçirilmesinin hizmet kusuru sayılacağına duraksamasız kabulü gerekir.

Kanun'da ihale yöntemleri ve ihalelerde uygulanacak usul ve esaslar düzenlenmemekte; 9 uncu maddenin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinde, yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasların BTİK tarafından belirleneceği hükme bağlanmaktadır.

Kanun'da, kullanım hakkı sayısı sınırlanmış hizmetlerde yetkilendirmeye ilişkin işlemlerin kural olarak BTİK tarafından yürütülmesi öngörüldüğünden, ihalelerin de BTİK tarafından yapılacağı sonucuna varmak güç değildir. Bunun tek istisnası, anılan hizmetlerden ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva edenlerdir; bu hizmetler yönünden Ulaştırma Bakanlığı gerekli gördüğü hâllerde doğrudan kendisi de ihale yapabilecektir. Ancak Bakanlığın bu istisnai durumda ihaleleri hangi usul ve esaslara göre yapacağı, Kanun'da açıkça düzenlenmemektedir. Bununla birlikte Kanun'da, uydu pozisyonu ile ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirme politikası, hizmetin başlama zamanı, yetkilendirme süresi ve hizmeti sunacak işletmeci sayısı gibi kıstasların Bakanlık tarafından belirleneceğinin hükme bağlanmış olması karşısında, bu hizmetler yönünden yetkilendirme politikasının bir parçasını oluşturan ihale usul ve esaslarının da Bakanlık tarafından öngörülebileceği savunulabilir<sup>31</sup>.

Sayısı sınırlanmış kullanım haklarının verilmesini, yapılacak bir ihale sürecine bağlamanın altında yatan mantığı anlamak güç değildir; verilecek olan kullanım hakları sınırlı sayıda olduğu için, talebin kullanım hakkı sayısından yüksek olması durumunda, başvuran şirketler arasında bir seçim yapılması kaçınılmaz olacaktır. Bu seçimin nesnel, ayrımcı olmayan ve saydam ölçütlerle yapılması bakımından en uygun aracın, bu doğrultuda düzenlenecek bir ihale süreci olduğu genel olarak kabul edilmektedir<sup>32</sup>. Bununla birlikte, Türk hukukunda ihale yön-

31 5809 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinde, "... yukarıdaki fıkranın (a) bendinde öngörülen hâllerde Bakanlık'ın, kullanım hakkına ilişkin ihalelerde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine tâbi olmayacağını öngörülmesinden, Bakanlığın sözü edilen kıstasların belirlenmesine ilişkin görevinin ihale usul ve esaslarını belirlemeyi de içerdiği sonucu çıkarılabilir.

32 İhale yönteminin uygulanmasıyla aynı zamanda rekabetçi

temine çoğu zaman idarenin sözleşme yapmasını önceleyen bir süreç olarak başvurulması karşısında<sup>33</sup>, elektronik haberleşme hizmetleri alanında sınırlı sayıda kullanım hakkı verilmesinin ihale yöntemine bağlanması, idari işlem kuramı açısından farklı sonuçlar doğurabilecektir.

Özellikle 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda düzenlendiği gibi, öngörülen ihale sürecinin sonunda ortaya çıkan hukuksal işlemin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu durumlarda<sup>34</sup>, sözleşmenin yapılması sürecinin bir parçasını oluşturan idari işlemlerin idari yargı yerlerince hukuka uygunluk denetimine tâbi tutulmasını teminen “ayrılabilir işlem” kuramı geliştirilmiş<sup>35</sup> ve

bir ortam oluşturulmakta ve kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanımı sağlanmaktadır. Bkz. Meltem KUTLU, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, DEÜHF Yayınları No: 75, 1997, s. 76; Vedat BUZ, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Yetkin Yayınları, 2007, s. 36. Elektronik haberleşme hizmetleri yönünden, etkin ve verimli kullanılması amaçlanan kamu kaynakları, uyu pozisyonu, ulusal çapta verilecek frekans bandı gibi kıt kaynaklardır. 5809 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinde de, ihale usul ve esaslarının belirlenmesinde kaynakların etkin kullanımını sağlamak amacının gözetileceği hükme bağlanmaktadır.

33 Örneğin Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, 2003, C. II, s. 94'te, “idari sözleşmelerin akdedilmesi” ile “kamu ihalesi” kavramlarını eşanlamlı kullanmaktadır.

34 GÖZLER, C. II, s. 98'de, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun idarenin özel hukuk sözleşmeleri yanında İdarî sözleşmelere de uygulanacağını savunmakta ise de, bu Kanun uyarınca akdedilen sözleşmelerin hukuksal rejimini öngören 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 4 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında, sözleşmenin uygulanmasında tarafların eşit hak ve yükümlülükler sahip olduklarının hükme bağlanması karşısında bu görüşe itibar etmek güçtür. Aynı yönde bkz. BUZ, s. 69; A. Şeref GÖZÜBÜYÜK / Turgut TAN, **İdare Hukuku - Cilt 1 Genel Esaslar**, 5. B., Turhan Kitabevi, 2007, s. 569.

35 Fransız hukukunda idarenin taraf olduğu sözleşmelerin idari yargıda dava konusu edilememesi nedeniyle, yargısal denetim olanağını genişletmek için idari yargı içtihatlarıyla kabul edilen ayrılabilir işlem kuramı, sözleşmenin yapılması sürecinde yer aldığı hâlde akdedilen sözleşmeden ayrılabilir nitelik taşıyan tek yanlı idari işlemlerin idari yargıda doğrudan dava konusu edilebilmelerine olanak tanımaktadır. Bkz. LAUBADERE / VENEZIA / GAUDEMET, s. 546 v.d. Türk hukukunda da idarenin özel hukuk sözleşmelerine ilişkin ihale süreçlerinde tesis edilen, ihale kararının onaylanması veya iptali, ihalenin feshi gibi tek yanlı işlemlere karşı açılacak davalar yönünden idari yargının görevli olduğunun benimsendiği görülmektedir (GÜNDAY, s. 201-202). Bununla birlikte ne Fransız ne Türk hukukunda, ayrılabilir işlem kuramının uygulama alanı idarenin sözleşmeleri ile sınırlıdır. Fransız hukukunda idari yargı denetimi dışında kaldığı kabul edilen “hükümet tasarrufları” kategorisindeki “uluslararası ilişkilere değgin idari işlemler”in uygulanma-

sözleşmenin yapılması sürecinde tesis edilmekle birlikte, bu süreçten ayrılabilir nitelikteki tek yanlı ihale işlemlerinin dava konusu edilmesi olanaklı görülmüştür<sup>36</sup>. Ancak sözü edilen durumlarda, ihale sürecinde tesis edilen işlemlerdeki hukuka aykırılıkların sürecin sonunda bağitlanan sözleşme üzerindeki etkisi, bir özel hukuk sözleşmesinin geçerliliği sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>37</sup>.

Oysa elektronik haberleşme hizmetleri alanında sınırlı sayıda kullanım hakkının verilmesine ilişkin ihaleler yönünden, ihalenin sonucuna göre kullanım hakkının bir ya da birden çok işletmeciye verilmesi, idarenin tek yanlı idari işlemiyle olmakta; herhangi bir sözleşme imzalanmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında, bütün bir ihale sürecinin, sonuçta tesis edilen tek yanlı idari işlem bakımından bir hazırlık işlemleri sürecini oluşturduğu düşünülerek konu “zincir işlem” kuramı yönünden mütalaa edilmelidir<sup>38</sup>. Buna göre, ihale sürecinin çeşitli aşamalarında tesis edilen ve ilgilisi yönünden hukuksal sonuç doğuran idari işlemlerin ayrıca iptal davasına konu edilmesi 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 açıktır<sup>39</sup>. Burada, ihale sürecinin

sına ilişkin olup bunlardan ayrılabilir nitelikte olan işlemler yargı denetimine tâbi tutulmakta; Türk hukukunda da Anayasa'nın 125 inci maddesinin ikinci fıkrası ile yargı denetimi dışında bırakılan, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler bakımından ayrılabilir işlem kuramının uygulanabileceği savunulmaktadır. Bkz. LAUBADERE / VENEZIA / GAUDEMET, s. 707; ÖZAY, s. 513 v.d.

36 Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 07.03.2003 tarihli ve E. 2002/725 K. 2003/88 sayılı kararı (DBB): “...2886 sayılı Kanunun kapsamına giren işlemlerin görülmesi için yapılan ihalelerde ihale kararının kesinleşmesine kadar olan dönem içinde idarelerce tesis olunacak işlemler 2886 sayılı Yasa ile düzenlenmiş olması nedeniyle idari yargının denetimine tabi olup, ihale kararının kesinleşmesinden sonra müteahhit ile idare arasında akdedilen sözleşme ve bu sözleşme hükümlerinin uygulanması ile ilgili işlemler ise, anılan Yasa ile düzenlenmeyip, özel hukuk alanını ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının denetimine tabidir”.

37 BUZ, s. 91 v.d.

38 Zincir işlem kuramı için bkz. ERKUT, s. 121 v.d.

39 ERKUT, ayrılabilir işlemler kuramının zincir işlem kuramının karşılığı olduğunu (s. 121) ve zincir işlem kuramında, işlemler zincirinin son halkasında yer alan işlemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi sırasında, zincirin önceki halkalarındaki sakatlıkların da dikkate alınabileceği, ancak önceki halkalarda yer alan işlemlerin bağımsız olarak iptal davasına konu edilemeyeceğinin kabul edildiğini belirtmektedir (s. 123). Bununla birlikte, zincir işlem ve ayrılabilir işlem kuramla-

sonunda bir özel hukuk sözleşmesinin bağtlandığı durumlardan farklı olarak, sonuçta tesis edilen tek yanlı bir idari işlemdir ve bu işlemin geçerliliği, ihale sürecinin ilk aşamasından son aşamasına kadar tesis edilen işlemlerdeki sakatlıklardan doğrudan doğruya etkilenecektir.

Son olarak, sınırlı sayıda kullanım hakkının verilmesine ilişkin olarak tesis edilen işlem bakımından idarenin sahip olduğu takdir yetkisi üzerinde de kısaca durulmalıdır. Henüz BTİK tarafından 5809 sayılı Kanun'a göre ihale usul ve esaslarını belirleyen bir düzenleme yapılmadığı için nasıl bir ihale süreci öngörüleceğini kestirmek mümkün olmamakla birlikte, ihale sürecinde alınacak tekliflere göre kullanım hakkı verilecek işletmecinin belirlenmesinin, BTİK'nin kullanım hakkı verilmesindeki yetkisini, bağlı yetkiye dönüştürmeyeceği belirtilmelidir. 5809 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının, bir başka vesileyle de zikrettiğim (9) numaralı bendi uyarınca BTİK, "*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*". Bu hüküm karşısında, ihale sürecinde ortaya çıkan sonucun kullanım hakkı verilmesine ilişkin işlem yönünden bağlayıcı olmadığı; anılan Kanun hükmünde öngörülen nedenlere dayalı olarak, BTİK'nin kullanım hakkı verilmesi talebini reddetmesinin de mümkün olduğu görülmektedir.

rmin birarada uygulanmasına ve işlemler zincirini oluşturan her bir halkadaki hukuka aykırılık nihai işlemin denetiminde dikkate alınırken, "halka işlemler" in de kesin ve yürütülebilir nitelikte olduğu ölçüde müstakil olarak iptal davasına konu edilebileceğinin kabulüne engel yoktur. Nitekim, Danıştay da bir kararında, ayrılabilir işlem kuramı ile zincir işlem kuramını birarada uygulamakta; Tanım ve Köyişleri Bakanlığınca 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ilgili maddeleri uyanca, yüklenme senedi imzalayarak eğitim için yurtdışına gönderilen kamu görevlisinin, eğitimde başanlı olmaması nedeniyle, imzaladığı taahhütname gereğince kendisine yapılan masrafların iki katı ve faiziyle birlikte tahsil edileceğinin bildirilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada, davacının imzaladığı yüklenme senedinin idari davaya konu olabilecek bir idari işlem niteliğinde olduğunu belirlemekle birlikte, senedin imzalanmasından dava konusu işlemin yapılmasına kadar tesis edilen işlemler sürecinin zincir işlem niteliğinde olduğuna ve dava konusu işlemin hukuka uygunluğunun incelenmesinde, yüklenme senedinin hukuka uygunluğunun da dikkate alınması gerektiğine hükmetmektedir. Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 22.01.2004 tarihli ve E. 2002/769 K. 2004/41 sayılı karar, **DBB**.

## B. Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Kamu Hizmetlerinin Görülmesi Yöntemleri Yönünden Değerlendirilmesi

### 1. Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Kamu Hizmeti Niteliği

İdare hukuku yazınında, kamu hizmeti sayılan faaliyetlerin hangi ölçüte göre belirleneceği sorununun, birbiriyle uzlaşmaz görünen farklı görüşlerin ileri sürüldüğü belirsiz bir tartışma alanı oluşturduğunu söylemek yanlış olmaz. Konunun özel - kamusal ayırımına ilişkin boyutu ile sosyal devlet - liberal devlet karşıtlığıyla ilişkisi düşünüldüğünde, bu tartışmanın uzlaşıyla sonuçlanmasını beklemek de boşunadır. Toplumsal bir gereksinimi karşılamaya yönelik faaliyetlerin büyük bölümünü başka ölçüt aramadan niteliği gereği kamu hizmeti sayan anlayıştan<sup>40</sup>, bir tür iktisat-maliye yaklaşımıyla yalnızca sağladığı yarar bölünemeyen sınırlı sayıda faaliyet dışında kamu hizmetlerinin varlığını kabul etmeyen anlayışa<sup>41</sup> kadar geniş bir görüş yelpazesinden hareketle elektronik haberleşme hizmetlerinin niteliğine ilişkin bir sonuca varmak da hemen hemen olanaksızdır<sup>42</sup>.

40 Fransız hukukunda "niteliği gereği kamu hizmeti" anlayışı Léon DUGUIT tarafından ortaya atılmıştır. Bu anlayışta, bazı faaliyetler taşıdıkları ve nesnel olduğu düşünülen bir özellik dolayısıyla kamu hizmeti sayılmaktadır. DUGUIT için, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılmasının ölçütü, sosyal karşılıklı-bağımlılığın gerçekleşmesi ve gelişmesi bakımından zorunlu olmasıdır. Bkz. Léon DUGUIT, **Traité de droit constitutionnel**, 3e éd., E. De Boccard, 1928, T. II, s. 61. Bu anlayışın sonucu olarak, bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığı neredeyse sezgisel bir yaklaşımla tespit edilmektedir. Bu türden bir örnek için bkz. Yıldırım ULER, "Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti", **Anayasa Yargısı 15**, Anayasa Mahkemesi'nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler, 27-28 Nisan 1998, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 40, 1999, s. 254.

41 Bu anlayışta, kamu hizmetleri "kamusal mal" kavramından hareketle tanımlanmakta; bir mal ya da hizmet sağladığı yararın bölünemezliği dolayısıyla kamusal mal sayıldığı için, kamu hizmetleri de, bu özelliği taşıyan sınırlı sayıda faaliyetten ibaret olmaktadır. Bkz. James M. BUCHANAN / Marilyn R. FLOWERS, **The Public Finances**, 4th éd., Richard D. Irwin Inc., 1975, s. 26; Vural Fuat SAVAŞ, "Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)", **Anayasa Yargısı 15**, Anayasa Mahkemesi'nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler, 27-28 Nisan 1998, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 40, 1999, s. 92.

42 Kamu hizmeti kavramının ve kavrama ilişkin farklı anlayışların kapsamlı bir değerlendirme ve eleştirisi için bkz. Onur KARAHANOGULLARI, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukusal Rejim)**, Turhan Kitabevi, 2002.

Bu açıdan bakıldığında, ilk aşamada, bütün kamu hizmetleri alanını kapsayan bir ölçüt getirdiği tartışmaya açık olsa da, en azından, öngördüğü ölçüte göre belirlenen faaliyetlerin kamu hizmeti niteliği taşıdığı konusundaki kuşku bulunmayan subjektivistanlayıştan<sup>43</sup> yola çıkmakta yarar vardır. Bu anlayışa göre, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılmasının temel ölçütü, o faaliyetin siyasal iktidar tarafından kamu hizmeti olarak öngörülmesidir<sup>44</sup>. Siyasal iktidarın bir faaliyeti kamu hizmeti olarak öngörmesinin asgarî hukuksal aracı ise, kanunlardır. Bir başka anlatımla, hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olduğunun belirlenebilmesi için, kanunlar ölçüt alınmalı; anayasa ve kanunlarda açık hüküm bulunmayan durumlarda ise, yasa koyucunun iradesi araştırılarak faaliyetin niteliği belirlenmelidir<sup>45</sup>. Yukarıda da belirtildiği gibi, kamu hizmetlerinin belirlenmesinde tek başına bu Ölçütün yeterli ya da gerekli olmadığı söylenebilir<sup>46</sup> ancak, yasa koyucu tarafından kamu hizmeti olarak öngörülen faaliyetlerin bu nitelikte olduğunda da kuşku yoktur<sup>47</sup>. Bu nedenle elektronik haberleşme hizmetleri de öncelikle bu ölçüte göre değerlendirilmelidir; bu değerlendirmeden sonuç alınmadığı takdirde, başka ölçütlere başvurulması gündeme gelebilir.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önce geçerli olan mevzuat açısından bu yöntemle yapılan bir değerlendirmede,

43 Bu anlayışın Fransız hukukundaki ilk savunucusu Gaston JEZE'dir. Bkz. Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 2e éd., M. Girard & E. Brière, 1914, s. 247.

44 JEZE, s. 247-249. Bu yaklaşımın Türk hukukunda da genel kabul gördüğü söylenebilir. Bkz. GÜNDAĞ, s. 296; GOZÜBÜYÜK / TAN, s. 654, 660; GÖZLER, C. II, s. 226-227, 232; Ali ULUSOY, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, 2004, s. 13.

45 JEZE, s. 249'da, yasa koyucunun iradesinin yeterince açık olmadığı durumlarda, yürütülmesi öngörülen faaliyetin hukuksal rejimine ilişkin bazı "emare"lerden yararlanarak kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığını belirlenebileceğini savunmaktadır.

46 Didier TRUCHET, "Label de service public et statut du service public", *AJDA*, 1982, s. 430-431'de, "kamu hizmeti"nin bir faaliyete yapılandırılan bir etiket olduğunu belirtmekte ancak bunun kanunlar yanında idari işlemler ya da yargı kararlarıyla da yapılabileceğini, hatta çoğu kez son sözün yargıç tarafından söylendiğini belirtmektedir. KARAHANOGULLARI, s. 54 v.d.'nda, toplumsal ihtiyaçların devletçe üstlenilmesini kamu hizmetinin kurucu bir unsuru olarak görmekle birlikte, bu üstlenme iradesinin kaynağına ilişkin haklı kuşku da ileri sürmektedir.

47 KARAHANOGULLARI, s. 256'da, istisnaların varlığına rağmen, kamu hizmetlerinin kurulmasında genel yetkili organın yasa koyucu olduğunu belirtmektedir.

telekomünikasyon hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğinde olduğu sonucuna varılmaktadır<sup>48</sup>. 5809 sayılı Kanun, bu açıdan farklı bir değerlendirmeye gitmeye elverişli midir? Öncelikle, anılan Kanun metninde elektronik haberleşme hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğinde olduğunu açıkça öngören bir hükme yer verilmediği belirtilmelidir. Ancak Kanun'un çeşitli hükümlerinde dolaylı yoldan da olsa, elektronik haberleşme hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğinde olduğunu gösteren düzenlemeler yer almaktadır. Sözgelimi, BTİK'nin görev ve yetkilerini öngören 6 ncı maddenin birinci fıkrasının (§) bendinde BTİK'ye, "(e)lektronik haberleşme sektörüne yönelik olarak, (...) kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amacıyla mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak" görevi verilmekte; 29 uncu maddede, yetkilendirmenin devri halinde geçiş hakkı anlaşmasının akıbetine ilişkin düzenleme öngörülürken, "...kamu hizmetinin kesintiye uğramaması" gözetilmektedir. Yine 5809 sayılı Kanun'un 60 inci maddesinde, elektronik haberleşme sektöründe faaliyette bulunan işletmecilere uygulanacak yaptırımlara ilişkin olarak BTİK'ye, "...kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi" amacıyla gerekli önlemleri alma yetkisi tanınmaktadır.

Esasen Kanun metninde açık bir niteleme yer almamakla birlikte, yasa koyucunun iradesinin araştırılmasında başlıca araçlardan olan Kanun Gereğesi<sup>49</sup>, açık bir niteleme de içermektedir. 5809 sayılı Kanun'un elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin ilkeleri belirleyen 4 üncü madde gerekçesinde, "(t) ar aflatın 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" ifadesine yer verilmek suretiyle, elektronik haberleşme hizmetlerinin kamu hizmeti niteliği açıkça vurgulanmış olmaktadır.

Yasakoyucunun düzenleme biçimi karşısında, başkaca bir ölçüte başvurmaya gerek olmaksızın, elektronik haberleşme hizmetlerinin kamu hizmeti niteliği taşıdığı sonucuna varmak yanlış olmayacaktır.

48 ULUSOY, *Telekomünikasyon Hukuku*, s. 16-20.

49 <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/l/l-0566.pdf> (Erişim tarihi: 15.02.2009)

## 2. Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde Ruhsat Yöntemi

Bir faaliyetin kamu hizmeti sayılması, bilindiği gibi, o faaliyetin mutlaka doğrudan devlet tarafından yürütülmesi gerektiği anlamına gelmez. Devletin, türlü nedenlerle, kamu hizmeti sayılan bir faaliyetin yürütülmesini özel kişilere devretmesi de mümkündür. Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde uygulanan yöntemlerin çeşitlilik göstermesi karşısında, bunların sınıflandırılmasında bir ölçüt bulmak kolay değildir<sup>50</sup>. Bununla birlikte, kural olarak, idarenin özel kişiyi kamu hizmetini yürütmekle görevlendirdiği işleminin niteliğine (sözleşme ya da tek yanlı işlem) göre bir tasnife gidilmesi mümkündür<sup>51</sup>. Bu açıdan yapılan ayırıma göre, sözleşmeli yöntemler söz konusu olduğunda, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi, idare ile özel kişi arasında akdedilen bir sözleşme ile gerçekleşmekte ve hizmetin yürütülmesine ilişkin koşullar ile tarafların hak, borç, yetki ve yükümlülükleri, bu sözleşme ile ona dayanak oluşturan şartnameye göre belirlenmektedir. Bir kamu hizmetinin, idarenin tek yanlı işlemiyle özel kişilere gördürülmesinde ise, özel kişi, kamu hizmeti sayılan bir faaliyeti idarenin tek yanlı iradesiyle vereceği bir ruhsat (izin) uyarınca yürütmekte; idare ile özel kişi arasında sözleşme imzalanmamaktadır<sup>52</sup>.

Bu açıdan bakıldığında, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde sözleşmeli yöntemlere daha yaygın olarak başvurulduğu ve bu yöntemlerin idare hukuku yazınının ilgisini daha çok çektiği görülmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 47 nci maddesinde 2001 yılında yapılan değişikliğe kadar, kamu hizmeti ve İdarî sözleşme kavramlarının tanımlanmasında da önemli bir işleve sahip olan sözleşmeli yöntemlerin, anılan değişiklikle özel hukuk sözleşmelerini de kapsayacak biçimde içerik değiştirdiği ve çeşitlendiği gözlenmektedir<sup>53</sup>. Özellik-

le bu yöntemlerden imtiyaz, Anayasa Mahkemesi'nin 2001 yılından önceki içtihadıyla<sup>54</sup>, bir şemsiye kavram olarak, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde uygulanan sözleşmeli yöntemlerin cins („générique) adı hâline gelmiştir<sup>55</sup>.

Buna karşın, kamu hizmetlerinin idarenin tek yanlı işlemiyle özel kişilere gördürülmesi yöntemi, klasik idare hukuku yazınında, sözleşmeli yöntemler kadar ilgi çekmemiştir. Hatta, kimi yazarlara göre, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde ruhsat yöntemine başvurulmasına olanak bulunmamaktadır<sup>56</sup>. Bu ilgisizliğin ya da reddedişin nedeni, ruhsat ya da izin yönteminin esasen kamu hizmetlerine değil, idarenin kolluk faaliyetine ilişkin bir yöntem oluşudur<sup>57</sup>.

Gerçekten idarenin, bireylerin özel alandaki etkinliklerini sınırlandırmak suretiyle kamu düzenini sağlamaya yönelik olarak yerine getirdiği kolluk faaliyetinin yürütülmesinde, ruhsat ya da izin yönteminin önemi ve aslı rolü yadsınamaz. Kolluk alanını düzenleyen kanunlarla, bireylerin kamusal nitelik taşımayan kimi etkinliklerde bulunabilmeleri, idarenden alacakları izne bağlanmakta<sup>58</sup>; idare, söz konusu etkinliğin kamu düzenini bozucu olası etkilerini değerlendirerek bu izni vermekte ya da vermemektedir. Kolluk faaliyetinin çoğu zaman temel hak ve özgürlüklerin kullanımını sınırlandıran yönü dikkate alındığında, bu faaliyetin yerine getirilmesinde

İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanun'da öngörülen Yap-İşlet-Devret yöntemidir.

54 Örnek olarak bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 09.12.1994 tarihli ve E. 1994/43 K. 1994/42-2 sayılı kararı, **AMKD**, S. 31, C. 1, s. 275 v.d.

55 KARAHANOGULLARI, s. 334'te, Anayasa'da imtiyaz kavramının, bir sözleşme türü olarak değil, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde sözleşmeli yöntemlerin tümünü kapsayan bir genel kategori olarak öngörüldüğünü savunmaktadır. Ayhan TEKİNSOY, **İdarî Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri** (yayımlanmamış doktora tezi), Ankara, 2002, s. 199'da, "(i) imtiyazın somut bir sözleşme değil, kamu hizmetlerine özel kişilerin katılması anlamını taşıyan genel bir yöntem olarak değerlendirilmes'i mümkün görmektedir.

56 Ali Ülkü AZRAK, "Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun'a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Düşünceler", **Yargı**, S. 47, 1980, s. 12; KARAHANOGULLARI, s. 318. DÜREN da, kamu hizmetlerinin özel kesimdeki tüzel kişiler eliyle yürütülebileceğini belirtmekte; ancak bu konuyu ele alırken "ruhsat" yönteminden söz etmemektedir (s. 344-345).

57 KARAHANOGULLARI, s. 318.

58 Örneğin, 04.07.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 7 nci maddesinde, umuma açık eğlence ve istirahat yerlerinin işletilebilmesi için ruhsat alınması zorunluluğu öngörülmektedir.

50 Türk idare hukuku yazınında, bu yöntemlerin tasnife tâbi tutulmadan sıralandıkları da görülmektedir. Bkz. GÜN-DAY, s. 306 v.d.

51 GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 679 v.d.; GÖZLER, C. II. s. 353 v.d.; KARAHANOGULLARI, s. 316 v.d.

52 Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde başvuru statüsü (tek yanlı iradeye dayanan) tek yöntem ruhsat olmamakla birlikte, ele alınan konunun boyutu yönünden inceleme bu yöntemle sınırlı tutulacaktır. Diğer yöntemler için bkz. GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 679-685.

53 Kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile özel kişilere gördürülmesini içeren en tanınmış yöntem, 08.06.1994 tarihli ve 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-

kullanılacak yetkilerin kamu düzeni mülhazasıyla sınırlı olması kaçınılmazdır<sup>59</sup>.

Ruhsat ya da izin usulünün, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde de uygulanan bir yöntem olarak görülmesinde karşılaşılan temel güçlük, kamu hizmeti ruhsatı - kolluk ruhsatı ayırımına ilişkindir. Kamu hizmetleri söz konusu olduğunda, artık bireylerin özel alanda, - kural olarak - serbestçe gerçekleştirebilecekleri ve ancak kamu düzeni gerekleriyle uyumlu olmadığı ölçüde sınırlandırılacak ve denetlenebilecek faaliyetlerinin değil; giderilmesinde kamu yararı bulunan bir gereksinimi karşılamaya dönük olarak yürütülecek bir kamusal faaliyetin izne bağlanması gündeme gelmektedir. Esasen bu noktada ortaya çıkan çelişki, kolayca görülebilir: Nasıl olur da, kendiliğinden bireylerin müdahalesine açık olmayan bir kamusal faaliyet, yalnızca idarenin iznine bağlı olarak yürütülebilir? Bu soruya kamu hizmetleri alanında da izin (ruhsat) yönteminin uygulanmasını sağlayan yanıtın verilmesi, ancak kavramın içeriğinin bir ölçüde dönüştürülmesiyle sağlanmıştır. Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemi olarak ruhsat, aslı sahibi ve sorumlusu devlet (idare) olan bir kamu hizmetinin, idarenin tek yanlı işlemiyle özel kişiye devredilmesini ifade etmektedir<sup>60</sup>. Bir başka anlatımla, burada bireyin serbestçe yürütebileceği bir faaliyetin idarenin iznine bağlanması söz konusu değildir; kamu hizmeti sayılan faaliyet, aslı sahibi ve sorumlusu tarafından tek yanlı bir işlemle özel kişiye devredilmekte, özel kişi bu faaliyeti yürütmekle görevlendirilmektedir. Bu anlamda, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemi olarak ruhsatın, kullanılan hukuksal aracın niteliği dışında, imtiyaz gibi diğer kamu hukuku yöntemleriyle arasında ciddi bir fark bulunmamaktadır<sup>61</sup>. Bunun doğal sonucu olarak, idarenin kamu hizmeti ruhsatından doğan denetim yetkileri, kolluk alanındaki denetim yetkiler-

inden daha yoğun, katı ve geniş olup, kamu düzeni mülhazasıyla sınırlı değildir; kamu hizmetinin toplumsal gereksinimlere ve kamu yararına uygun olarak yürütülmesinin sağlanmasını da içerir<sup>62</sup>.

### 3. Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirme: Kamu Hizmeti Ruhsatı mı?

Yukarıda da üzerinde durulduğu gibi, elektronik haberleşme hizmetlerinde yetkilendirmenin bildirim ya da kullanım hakkı verilmesi suretiyle, bir başka deyişle, - zımnî ya da açık - idarenin tek yanlı işlemleriyle gerçekleştirilmesi karşısında; 5809 sayılı Kanun'la birlikte, elektronik haberleşme hizmetlerinin özel kişilerce yürütülmesinde ruhsat yönteminin benimsendiği söylenebilir. Bununla birlikte, bu alanda karşımıza çıkan ruhsat ile yukarıda üzerinde durulan kamu hizmeti ruhsatı arasında, bu saptamayı tartışmalı kılan önemli bir fark mevcuttur.

Elektronik haberleşme hizmetlerinin kamu hizmeti niteliği üzerinde bir duraksama bulunmamakla birlikte, 5809 sayılı Kanun'da bu hizmetlerin herhangi bir durum ya da biçimde devlet tarafından doğrudan doğruya yürütülmesi öngörülmemektedir. Bir başka anlatımla, kamu hizmeti niteliği taşıyan elektronik haberleşme hizmetleri alanı, tümüyle özel kişilere hasredilmekte; ancak somut olarak hangi özel kişilerin bu hizmetleri hangi koşullarda yürüteceği, idare tarafından verilecek ruhsatla belirlenmektedir. Bu bakımdan, elektronik haberleşme hizmetlerinde yetkilendirme, devletin aslı sahibi ve sorumlusu olduğu bir kamu hizmetini özel kişilere devretmesinden çok, esasen özel kişilerin faaliyetine hasredilen bir alanda<sup>63</sup>, bu faaliyeti yürütmek isteyen şirketlere izin vermesi gibi görünmekte ve bu yönüyle kol-

59 İdarenin kolluk faaliyeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNDAY, s. 257 v.d.; GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 723 v.d.; GÖZLER, C. II, s. 418 v.d.

60 GÜNDAY, s. 324-325; ÖZ AY., s. 250; Pertev BİLGİN, "Kamu Hizmeti Hakkında", İHİD, Y. 1, S. 1, 1980, s. 115; Aydın GÜLAN, "Kamu Hizmeti Kavramı", İHİD, Y. 9, S. 1-3, 1988, s. 158.

61 Fransız hukukunda, kamu hizmetlerinin özel kişilerce yürütülmesinde "izin (autorisation)" yönteminin, "imtiyaza komşu ancak ondan farklı" bir yöntem olduğu belirtilmektedir. Bkz. LAUBADERE / VENEZIA / GAUDEMET, s. 901.

62 BİLGİN, s. 114. ULUSOY, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s. 38'de, kamu hizmeti ruhsatında idarenin, kolluk ruhsatından farklı olarak, "yürütülen hizmetin her noktasına nüfuz edecek şekilde müdahalelerde bulurabilmesi"ni belirtmektedir.

63 Bu alanın 5809 sayılı Kanun'la özel kişilere hasredilmesinden hareketle, elektronik haberleşme hizmetleri alanında, kamu hizmetlerinin özel kişilerce görülmesi yöntemlerinden birisi olan "yasayla yetkilendirme"nin geçerli olduğu akla gelebilir. Ancak bu yöntemde, bir kamu hizmetini görmek üzere yasayla görevlendirilen belirli bir ya da birkaç özel kişi olduğundan (ULUSOY, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s. 35), öngörülen koşulları taşıyan tüm özel kişilere açık olan, ancak somut yetkilendirmenin idarenin tek yanlı işlemiyle gerçekleştirildiği elektronik haberleşme hizmetleri alanında, yasayla yetkilendirmenin söz konusu olduğu söylenemez.

luk ruhsatına yaklaşmaktadır. Ne var ki, idarenin sahip olduğu bu yetkinin kapsamı, faaliyetin kamu hizmeti niteliği gereği, kamu düzeni mülahazası ile sınırlı olmayıp, kamu hizmetinin gereklerine ve kamu yararına uygunluğu da içeren bir genişliktedir.

Bu tablo karşısında, elektronik haberleşme hizmetlerinde yetkilendirmeyi, kolluk ve kamu hizmetinden farklı bir idari faaliyet türü olduğu savunulan “regülasyon” ile açıklamak ve bu anlamda bir tür “regülasyon faaliyeti çerçevesinde verilen ruhsat”tan söz etmek ne ölçüde mümkündür? Gerçekten, 5809 sayılı Kanun’la elektronik haberleşme alanında “yetkilendirme yetkisi” ile donatılan BTİK, “düzenleyici ve denetleyici kurumlar” arasında yer almakta<sup>64</sup> ve bu kurumların temel işlevinin regülasyon olduğu kabul edilmektedir<sup>65</sup>. Genellikle piyasa düzenine tâbi olan bir faaliyetin yürütülmesine ilişkin kuralların belirlenmesi, bu kurallara uygunluğun denetlenmesi ve ilgili faaliyetin aktörlerinin, faaliyetin yürütüldüğü alanda rekabetin ve çoğulculuğun sağlanması için yönlendirilmesi yetki ve etkinliklerinin toplamı olarak tanımlanan regülasyon faaliyetinin<sup>66</sup>, ilk bakışta, bu çerçevede düzenlenen ve denetlenen alanlarda faaliyet izni vermeyi de içerdiği savunulabilir. Nitekim Türk hukukunda, düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında yer alan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Enerji Piyasası Düzenleme ve Denetleme Ku-

rumu ile BTİK’nin bu türden bir izin verme yetkisiyle donatıldığı görülmektedir. Ne var ki, bu izin verme yetkisini regülasyon faaliyetinin doğal ve zorunlu bir unsuru gibi görmeye olanak yoktur. İlk olarak, regülasyon işlevine konu olan faaliyet alanlarının belirlenmesinde ölçüt, ilgili alanın toplumsal yaşamda özel bir öneme sahip olması ve bazı temel hak ve özgürlüklerle ilişkileri nedeniyle duyarlı sektörler arasında görülmesi olup<sup>67</sup>, bu alanların her zaman kamu hizmeti niteliğinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Daha da önemlisi, Rekabet Kurumu ya da Kamu İhale Kurumu gibi düzenleyici ve denetleyici kurumların görevleri arasında, ilgili hizmet alanında faaliyet izni verme yetkisi bulunmamaktadır. Bu durum da, izin ya da ruhsat kuruntunun, regülasyon faaliyetinin zorunlu bir unsuru olmadığını göstermekte, bu nedenle, “regülasyon” ile açıklanabilir bir “ruhsat”tan söz etmek güçleşmektedir<sup>68</sup>.

Elektronik haberleşme hizmetlerinde yetkilendirmeyi açıklamaya elverişli görünen bir başka kavram “virtüel kamu hizmeti” kavramıdır. Bu kategoride değerlendirilen faaliyetler, esasen kamu hizmeti niteliği taşımamakla ve özel kişilerce serbestçe yürütülmelerine bir engel bulunmamakla birlikte, belirli bir toplumsal gereksinimi karşılamaya yönelik olmaları nedeniyle, idarenin bu faaliyetlerin yürütülmesine ilişkin izin ve denetim yetkileri kolluk yetkilerinin sınırlarını aşmaktadır<sup>69</sup>. Elektronik haberleşme hizmetlerinin de bu yönden virtüel kamu hizmeti niteliğinde olduğu ve bu nedenle bu alandaki ruhsat ve denetim yetkilerinin faaliyetin kamu yararına yönelik olarak yürütülmesini sağlamak amacıyla kolluk yetki-

64 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun 2 nci maddesinde öngörülen bütçe türleri arasında “düzenleyici ve denetleyici kurum bütçesi” de yer almakta ve anılan Kanun’a ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumların, bu anlamda, düzenleyici ve denetleyici kurum oldukları hükme bağlanmaktadır. (III) sayılı cetvelin ikinci sırasında Telekomünikasyon Kurumu yer almakta ve 5809 sayılı Kanun’un yukarıda da zikredilen 65 inci maddesinin üçüncü fıkrası dolayısıyla buradaki Telekomünikasyon Kurumu ibaresinden BTİK’nin anlaşılması gerekmektedir. 5018 sayılı Kanun, esasen bütçeye ilişkin düzenlemeler içermekle birlikte, mevzuatımızda düzenleyici ve denetleyici kurumların öngören - şimdilik - tek metin olma özelliğini göstermektedir.

65 Ali ULUSOY, “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, in İl Han ÖZAY, **Güncel Yönetim**, Filiz Kitabevi, 2004, s. 140.

66 Ali ULUSOY, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Turhan Kitabevi, 2003, s. 21. Regülasyon faaliyeti, genel kuralların ve birel işlemlerin tesis edilmesi, yaptırım uygulanması ve uyuşmazlık çözümü gibi farklı hukuksal araçların kullanımını içermektedir. Bkz. Marie-Anne FRISON-ROCHE, “Définition du droit de la régulation économique”, in Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), **Les régulations économiques: légitimité et efficacité**, Presses de Science Po et Dalloz, 2004, s. 13.

67 ULUSOY, Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme, s. 139.

68 Marceau LONG, “L’évolution du service public”, **Flux**, n° 31-32, janvier-juin 1998, s. 7’de, regülasyon kavramının kamu hizmetiyle ilişkisine değinmekte ve devletin karşılanmasında kamu yararını bulunan bir gereksinimi, düzenleme, emretme ve yasaklama yetkilerini kullanarak yeterince tatmin edememesi durumunda, faaliyeti bizzat ele alarak ya da kendi gözetim ve denetiminde görülmesini sağlayarak o sosyal gereksinimin karşılanmasını temin ettiğini belirtmektedir. Ne var ki, kamu hizmeti - regülasyon ilişkisini tersine çeviren bu yaklaşımın geçerliliği, kavramların tarihsel gelişim süreci içerisinde ulaştığı noktadan bakıldığında, kuşkuludur.

69 Virtüel kamu hizmeti kavramına ilişkin olarak bkz. ÖZAY, s. 226-227; KARAHANOGULLARI, s. 266-270; GÜLAN, s. 156-159. ÖZAY, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde ruhsat yöntemini virtüel kamu hizmeti sayılan alanlarla sınırlı tutmaktadır (s. 248-249).

lerini aşacak biçimde öngörüldüğü düşünülebilir. Ne var ki, bu tür bir değerlendirmenin yürütülen faaliyetten hareket etmediği; aksine, faaliyetin niteliğinin sonucu olarak idareye tanınan yetkilerin kapsamından hareketle faaliyeti nitelediği açıktır. Kuşkusuz bu da, faaliyetin niteliğine ilişkin bir belirsizlik söz konusu olduğunda başvurulabilecek anlamlı bir yöntemdir. Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi, elektronik haberleşme hizmetlerinin niteliği konusunda herhangi bir kuşku bulunmamaktadır; bu nedenle, elektronik haberleşme hizmetlerini virtüel kamu hizmeti olarak görmek mümkün değildir<sup>70</sup>.

O halde, elektronik haberleşme hizmetlerinde yetkilendirmeyi, “virtüel kamu hizmeti” gibi kısmen belirsiz bir ara kategori ile açıklamak yerine, buna kamu hizmetleri teorisi içerisinde bir yer bulmak zorunludur<sup>71</sup>. Bunu yapabilmek için, kamu hizmeti kavramının organik boyutuna ilişkin çoktandır gözlenebilir bir gelişmenin içselleştirilerek kabulü zorunludur.

Yukarıda da değinildiği gibi, klasik idare hukuku yazınında devlet ya da idare, her zaman kamu hizmetlerinin aslı sahibi ve sorumlusu olarak görülmekte; kamu hizmetlerinin özel kişilerce yürütülmesi de, bu faaliyetlerin özel kişilere (idare tarafından) gördürülmesi ya da devredilmesi olarak algılanmaktadır. Gelişiminin belirli bir evresinde kamu hizmetlerinin tanımlanması ve teşhisi bakımından geçerli - ve belki de gerekli - bir unsur olan bu organik boyut, kamu hizmeti sayılan faaliyetlerin çeşitlenmesiyle önemini büyük ölçüde yitirmiştir<sup>72</sup>. Bugün için artık devletin

kamu hizmetleriyle ilişkisinin nitelik değiştirdiğini gözlemlemek güç değildir<sup>73</sup>. Bu gelişme karşısında, kamu hizmeti kavramından hareketle korunmak istenen asıl değeri ön plana çıkararak ve kavramı buna göre yeniden biçimlendiren bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiği düşüncesindeyim<sup>74</sup>. Gerçekten, bazı faaliyetlerin kamu hizmeti niteliğinde görülmesinin ve belirli bir konjonktürde devlet tarafından yürütülmesinin, yine belirli bir dönemde bu faaliyetlerin tümüyle kamu hukuku rejimine tâbi tutulmasının yöneldiği amaç, kamu hizmetlerine egemen olduğu kabul edilen ilke ve kuralların bu faaliyetler yönünden uygulanmasını sağlamaktır<sup>75</sup>. Bir faaliyetin kamu hizmeti sayılmasının, kamu yararı açısından esaslı getirisinin bu olduğu söylenebilir. Bugün ulaşılan noktada idarenin rolünün, yürütülen faaliyetin aslı sahibi ve sorumlusu olarak görülmesi de<sup>76</sup>, kamu hiz-

70 Virtüel kamu hizmetlerinde, yasa koyucunun ya da idarenin, bir faaliyeti “*kamu hizmeti olarak nitelemeden*” o faaliyeti bazı kamusal yükümlülüklerle tâbi kılması söz konusudur. Bkz. KARAHANOGULLARI, s. 270. GÜLAN, s. 158’de, bugün yürürlükte olmayan 1580 sayılı Belediye Kanunu’nda öngörülen ve belediyece verilecek ruhsatla özel kişiler tarafından da yürütülebilecek olan şehir içi toplu taşıma faaliyetinin, yasa koyucu tarafından kamu hizmeti olarak düzenlendiği sonucuna vararak, bu şartlarda virtüel kamu hizmeti sayılamayacağını belirtmektedir.

71 Elbette, meseleyi fazla karmaşık hâle getirmemek için, hukuk öğretisinin sevdiği ve sıkça başvurduğu bir yaklaşımla, “türü kendisine özgü” bir kavramla karşı karşıya olduğumuz da savunulabilir. Ancak sağlam bir hukuksal yapıya ulaşmamak pahasına, “*sui generis*”in dayanılmaz ama aldatıcı çekiciliğine direnmekte yarar var!

72 ULUSOY, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s. 18 v.d. Organik boyuta ilişkin bu dönüşüm, yalnızca kamu hizmetlerine özgü olmayıp, genel olarak idare örgütünün klasik yapısında bir farklılaşma biçiminde kendisini göstermektedir. Bkz. Prosper WEIL / Dominique POUYAUD, *Le droit administratif*, 19<sup>e</sup> éd., PUF, 2001, s. 29 v.d.

73 Kamu hizmeti kavramının tanımı ve kamu hizmeti sayılan faaliyetlerin teşhisi yönünden “devletin faaliyeti üstlenmesi” koşulu aranmadığında, yasa koyucu tarafından bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendiği durumlar dışında, faaliyetin kamu hizmeti sayılıp sayılmadığını belirlemek de güçleşmektedir. Bkz. WEIL / POUYAUD, s. 60 v.d. Ancak elektronik haberleşme hizmetleri yasa koyucu tarafından kamu hizmeti olarak nitelendiğinden, burada bu hususun da değerlendirilmesinin pratik bir yararı bulunmamaktadır.

74 1990’lı yıllarda, hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olduğuna ve bu hizmetlerin sağlanmasında devletin rolüne ilişkin tartışmalara, kamu hizmetlerinin alanını daraltmayı amaçlayan “neo-liberal saldırı”yı göğüslemeye dönük “devletçi” tepkinin her türlü dönüşümü reddeden anlayışı damgasını vurmuştur (Bkz. Cüneyt OZANSOY, “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, *AÜHF*, C. 46, S. 1-4, 1997, s. 85-100). Böyle bir yaklaşım, kamu hizmeti kavramının “güncellenmesi”ne yönelik tüm çabalara şiddetli tepki göstererek kavramın liberal öncül-lerden hareket etmeyen bir sorgulamaya konu edilmesini de olanaksız kılmıştır.

75 Kamu hizmetlerinin düzenli ve sürekli biçimde, eşit ve nesnel koşullarda sunulması ve toplumsal gereksinimlerin değişen koşullarına uyum sağlaması bu ilkelere en bilinenleridir. Bkz. KARAHANOGULLARI, s. 190 v.d.; GÜNDAY, s. 297 v.d.; GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 662 v.d.; ÖZAY, s. 235 v.d. Kamu hizmeti ilkelerindeki çeşitlenme için bkz. KARAHANOGULLARI, s. 245 v.d.; ULUSOY, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s. 100 v.d.

76 5809 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında, “*Yher türlü elektronik haberleşme cihaz, sistem ve şebekelerinin kurulması ve işletilmesine müsaade edilmesi, gerekli frekans, numara, uydu pozisyonu ve benzeri kaynak tahsislerinin yapılması ile bunların düzenlenmesinin*) Devletin yetki ve sorumluluğu altında” olduğu hükme bağlanmaktadır. Devletin hizmetin aslı sahibi ve sorumlusu olmasından kastedilenin, anılan düzenlemede öngörülen türden bir sorumluluk olduğu savunulabilirse de, idare hukuku yazınında konu bir “devir” ve “asılma rücu” mantığı içerisinde işlenmekte; idarenin hizmetin yürütülmesindeki bir aksaklık durumunda faaliyeti bizzat üstlenmesi gereği, bu mantık içerisinde vurgulanmaktadır. Bkz. ÖZAY, s. 250, dn. 495’te verilen örnek.

meti sayılan bu faaliyetin kamu yararını sağlamaya dönük ilke ve kurallara uygun olarak görülmesini gözetmek ve denetlemek olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu açıdan elektronik haberleşme hizmetlerinde yetkilendirmenin de, bir tür kamu hizmeti ruhsatı olduğu söylenebilir. Ancak buna ilişkin hukuksal rejimin belirlenebilmesi için, kamu hizmeti kavramının yeniden ele alınması ve devlet - kamu hizmeti ilişkisinin tekrar tanımlanması zorunludur.

### Sonuç Yerine

05.11-2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun, elektronik haberleşme hizmetleri adıyla belirlediği alanda yürütülecek faaliyetler bakımından özel kişilerin yetkilendirilmesine ilişkin hükümlerinin idari işlem kuramı ve kamu hizmetlerinin yürütülme biçimleri yönünden incelenmesi, öngörülen sistemin tümüyle yeni olmadığını gösterse de, en azından, yerleşik bazı idare hukuku kavramlarının yeniden ele alınmasının yararına işaret etmektedir. 5809 sayılı Kanun'da öngörülen yetkilendirme türleri olan, bildirim ve kullanım hakkı verilmesinin idari işlem kuramına ilişkin kimi teknik boyutları bir yana bırakılacak olursa, idarenin tek yanlı işlemleriyle gerçekleşeceğinde kuşku bulunmayan yetkilendirmenin, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemleri içerisindeki yerinin belirlenmesi sorunu karşısında, devlet - kamu hizmeti ilişkisinin gözden geçirilmesi zorunlu hâle gelmektedir.

Ne var ki, bu zorunluluğu doğuran ilk düzenlemenin 5809 sayılı Kanun'da yer almadığı ve sorunun bir süredir idare hukuku yazınının ilgisini çektiği yadsınamaz. Bir yandan, Türk hukukunda bir süredir kimi düzenleyici ve denetleyici kurumlara ilgili sektörde faaliyet izni verme yetkisinin tanındığı; diğer yandan, bu ve benzeri gelişmelerle kamu hizmetinin organik boyutunda gerçekleşen dönüşümün öğretisi tarafından işlendiği ortadadır. Buna rağmen, yasa koyucu tarafından kamu hizmeti sayılan bir alandaki tek yanlı izin verme yetkisini, kamu hizmetlerine özgü klasik ruhsat yöntemiyle açıklamakta direnmenin ve devletin kamu hizmetlerinin asli sahibi ve sorumlusu olduğu kuralını, kamu hizmetleri kuramının “amentü”sü sayarak her türlü değişimden

bağışık kılmaya çalışmanın ne denli anlamlı olduğu tartışılır. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile benzeri düzenlemelere egemen olan ve kamu hizmeti olarak nitelenen bir faaliyet alanını büyük ölçüde piyasa kurallarına göre tasarlayan anlayış, kamu hizmeti kavramına ilişkin ideal bir gelişim çizgisini işaret etmese de; bu anlayışın sonucu olan gelişmeler karşısında “değişmezlik”te ısrar etmek, kamu hizmetlerinin piyasanın “insafı”na terk edilmesi sonucunu doğuracaktır. Oysa, devlet - toplum ilişkisinin sorgulanmasına koşut olarak, kamu hizmeti kavramının toplumsal değerine vurgu yapan bir yönelim, devlet - kamu hizmeti ilişkisindeki zorunluluk bağının kopmasını ya da - en azından - incelmelerini de içselleştirerek, toplumcu/toplumsal bir kamu hizmeti yaklaşımının geliştirilmesine imkân tanıyan koşulları oluşturabilecektir.

### KAYNAKLAR

- AZRAK, Ali Ülkü, “ ‘Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun’a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Düşünceler”, **Yargı**, S. 47, 1980, s. 10-14.
- BALTA, Tahsin Bekir, **İdare Hukukuna Giriş**, TODAİE Yayınları No: 117, 1968/1970.
- BAŞARAN, Funda, **İletişim ve Emperyalizm**, Ütopya Yayınevi, 2000.
- BÉNOIT, Francis-Paul, **Le droit administratif français**, Dalloz, 1968.
- BİLGİN, Pertev, “Kamu Hizmeti Hakkında”, **İHİD**, Y. 1, S. 1, 1980, s. 113-116.
- BUCHANAN, James M. / FLOWERS, Marilyn R., **The Public Finances**, 4<sup>th</sup> éd., Richard D. Irwin Inc., 1975.
- BUZ, Vedat, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Yetkin Yayınları, 2007.
- DUGUIT, Léon, **Traité de droit constitutionnel**, 3<sup>e</sup> éd., E. De Boccard, 1928.
- DURAN, Lûtfî, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, 1982.
- ERKUT, Celâl, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**,

Danıştay Yayınları No: 51, 1990.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne, “Définition du droit de la régulation économique”, in FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir.), **Les régulations économiques: légitimité et efficacité**, Presses de Science Po et Dalloz, 2004, s. 7-15.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, 2003.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku - Cilt 1 Genel Esaslar**, 5. B., Turhan Kitabevi, 2007.

GÜLAN, Aydın, “Kamu Hizmeti Kavramı”, **İHİD**, Y. 9, S. 1-3, 1988, s. 147-159.

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 9. B., İmaj Yayınevi, 2004.

JEZE, Gaston, **Les principes généraux du droit administratif**, 2<sup>e</sup> éd., M. Girard & E. Brière, 1914.

KARAHANOGULLARI, Onur, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Turhan Kitabevi, 2002.

KUTLU, Meltem, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, DEÜHF Yayınları No: 75, 1997.

LAUBADERE, André de / VENEZIA, Jean-Claude / GAUDEMET, Yves, **Traité de droit administratif**, Tome 1, 15<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1999.

LONG, Marceau, “L'évolution du service public”, **Flux**, n° 31-32, janvier-juin 1998, s. 7-12.

OZANSOY, Cüneyt, “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, **AÜHF**, C. 46, S. 1-4, 1997, s. 85-100.

ÖZAY, İl Han, **Günışıkmda Yönetim**, Filiz Kitabevi, 2004.

ÖZYÖRÜK, Mukbil, **İdare Hukuku Dersleri** (çoğaltma), Ankara, 1972-1973.

RIVERO, Jean / WALINE, Jean, **Droit administratif**, 19<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2002.

SAVAŞ, Vural Fuat, “Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)”, **Anayasa Yargısı 15**, Anayasa Mahkemesi’nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildir-

iler, 27-28 Nisan 1998, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 40, 1999, s. 79-98.

STASSINOPOULOS, Michel D., **Traité des actes administratifs**, LGDJ, 1973.

TAN, Turgut, **İdari İşlemin Geri Alınması**, AÜSBF Yayınları No: 298, 1970.

TEKİNSOY, Ayhan, **İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri** (yayımlanmamış doktora tezi), Ankara, 2002

TRUCHET, Didier, “Label de service public et statut du service public”, **AJDA**, 1982, s. 427-439.

ULER, Yıldırım, “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, **Anayasa Yargısı 15**, Anayasa Mahkemesi’nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler, 27-28 Nisan 1998, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 40, 1999, s. 252-256.

ULUSOY, Ali, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Turhan Kitabevi, 2003.

ULUSOY, Ali, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, 2004.

ULUSOY, Ali, “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, in ÖZAY, İl Han, **Günışıkmda Yönetim**, Filiz Kitabevi, 2004, s. 137-150.

ULUSOY, Ali, **Telekomünikasyon Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2002.

WEIL, Prosper / Dominique POUYAUD, **Le droit administratif**, 19<sup>e</sup> éd., PUF, 2001.