

TÜRK HUKUKUNDA İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ: 406 VE 5809 SAYILI KANUNLAR AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. T. Ayhan BEYDOĞAN*

* Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü (2002); Hukuk Yüksek Lisansı, Leicester Üniversitesi, (1993); Yüksek Lisans, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku (1989); Lisans, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, (1985). Yazar, T.C. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nda 2004 yılında bu yana Kurul üyesi olarak görev yapmaktadır. 2001-2004 yılları arasındaki dönemde Telekomünikasyon Kurumu'nda Sektörel Rekabet ve Tüketici Hakları Dairesi Başkanı görevini yürütmüştür. Yazar aynı zamanda Uluslararası Telekomünikasyon Toplumu (ITS)'nin da Yönetim Kurulu üyesidir.

ÖZ

Elektronik haberleşme sektöründe mobil ve sabit telefon hizmetlerinin verilmesinde imtiyaz usulü kullanılmaktadır. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile bir yetkilendirme çeşidi olarak düzenlenen imtiyaz sözleşmeleri daha sonra 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile Avrupa Birliği müktesebatına uyum çerçevesinde yetkilendirme rejiminde yapılan değişiklikle yetkilendirme çeşidi olarak bildirim ve kullanım hakkı olarak düzenlenmesi neticesinde yetkilendirme rejimi kapsamından çıkarılmış ve mevcut yetkilendirme usulü olan imtiyaz sözleşmelerinin sürelerinin sonuna kadar devam edebilmeleri geçici bir madde ile hüküm altına alınmıştır. Bu yaklaşım, imtiyaz sözleşmelerini kanun ile müdahale edilmesini “Ahde Vefa” ilkesi çerçevesinde uygun görmeyen Anayasa Mahkemesi Kararı ile de paralellik arz etmektedir. Tabii ki, imtiyaz sözleşmelerinde yapılacak olan hizmet kalitesi ve tüketici lehine iyileştirmeler bu kapsamın dışındadır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Hizmeti Türleri, İmtiyaz Sözleşmeleri, Elektronik Haberleşme Sektörü, Yetkilendirme Rejimi, Yetkilendirme



LEGAL ASPECT OF CONCESSION AGREEMENTS WITHIN THE TURKISH LAW: AN ASSESSMENT UNDER THE LAWS NUMBERED 406 AND 5809

ABSTRACT

The method of concession has been used for the provision of mobile and fixed telephony services in electronic communication sector. With the entry into force of the Electronic Communications Law numbered 5809, aiming to ensure compliance with EU acquis, that resulted in the change of the authorization regime so as to include notification and right of use, the concession agreements basically set out in the Telegram and Telephone Law numbered 406 has been removed. However concession agreements signed with the Authority before the entry into force of the Law numbered 5809 are allowed to pursue until their termination by Provisional Article 2 of the Law numbered 5809. This approach is in parallel with the Constitutional Court decision that finds intervention to the concession agreements via law incompatible with pacta sunt servanda principle. On the other hand, improvements in favor of consumers and in terms of quality of service is outside the scope of this approach.

Keywords: Public Service Types, Concession Agreements, Electronic Communication Sector, Authorization Regime, Authorization

1. İMTİYAZ SÖZLEŞMESİ

Hukukumuzda, kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından yürütülmesine ilişkin belli başlı dört yöntem bulunmaktadır. Bunlar; imtiyaz, ruhsat, müşterek emanet ve iltizam şeklinde sıralanmaktadır.^[1] Bir kamu hizmetinin anılan bu dört usulden hangisi ile yürütüleceğini belirleme yetkisi, Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla yasama organına ve kanunlara aykırı olmamak kaydıyla İdareye aittir.^[2] Bununla birlikte, İdare Hukukunun “*şekilci*” olmamasının sonucu olarak, kanun ile düzenlenme öngörülmemesi halinde, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi usulünde, yeni sözleşme türleri geliştirilmesinde bir engel bulunmadığı fikrine itibar edilmesinin yararlı olacağı da savunulmaktadır.^[3]

İmtiyaz^[4], genel olarak, İdarenin bir özel kişi ile yaptığı sözleşme ile bir kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya belirli bir süre işletilmesini, karşılığında yararlanılardan ücret ya da bedel almak, masrafları, kâr ve zararı imtiyazcıya ait olmak üzere, kendi denetimi ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimidir.^[5] İmtiyazlar, (kamu hizmeti) imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilen bir sözleşme ile verilir. Bu usulde İdareye imtiyaz veren, özel kişiye ise imtiyaz alan veya imtiyazcı denir^[6].

2. İMTİYAZ SÖZLEŞMESİNİN YAPILIŞ USULÜ

1924 Anayasasının 26 ncı ve 55 inci maddelerinde, imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay'ın görüşü alındıktan sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) onayı ile verilmesi öngörüldüğünden, 1924 Anayasasının yürürlükte kaldığı süre boyunca Danıştay görüşünün alınması ve TBMM'nin onayı, imtiyaz sözleşmelerinin önemli şekil şartları arasında bulunmakta idi. 1961 Anayasası ise,

[1] Özay, İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 245.

[2] Gözler, Kemal, İdare Hukuku, C.2, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, s. 382.

[3] Tan, Turgut, Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin dünü ve bugünü, Hukuk Kurultayı 2000, C. 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2000, s. 464-465.

[4] Danıştay 1. Dairesi 24.9.1992 tarihli ve E: 1992/232, K: 1992/294 sayılı bir kararında imtiyazı; “*İdarenin gerçek ve genel olarak sermaye şirketi olan bir tüzel kişiyle yaptığı bir sözleşmeyle, bir kamu hizmetinin belirli ve uzun bir süre içinde kurulması ve işletilmesinin karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel alınmak ve giderleriyle kar ve zararı (risk) özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimi*” olarak tanımlamıştır. [Danıştay Dergisi, Sa. 87, s. 37]. Anayasa Mahkemesi ise 28.6.1995 tarihli ve E: 1994/71, K: 1995/23 sayılı kararında, “*konusu kamu hizmetinin kurulması veyahut işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler(i)*” kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak tanımlamak suretiyle kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerini imtiyaz sözleşmeleri ile özdeşleştirmiştir [Resmi Gazete, 20.3.1996, Sa: 22586, s. 51].

[5] Duran, Lütfi , İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 322.

[6] Günday, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 305.

TBMM'nin imtiyaz sözleşmelerini onaylama yetkisini kaldırmış ve Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşme tasarıları üzerindeki görev ve yetkisini de görüş bildirme olmaktan çıkartıp, inceleme haline dönüştürmüştür. 1982 Anayasasında da Danıştay'ın yetkisi aynen korunmuş ancak 13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanun ile Anayasanın 155 inci maddesinin 2 nci fıkrasında yapılan değişiklik ile söz konusu hüküm;

“Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idarî uyumsuzlukları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.”

şeklini almıştır. Bu değişiklikte Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşme tasarıları üzerindeki inceleme yetki ve görevi salt düşünce (görüş) bildirme haline getirilmiştir. 18.12.1999 tarihli ve 4492 sayılı Kanun ile Danıştay Kanununda da gerekli değişiklikler yapılarak Anayasa değişikliği ile uyum sağlanmıştır.

İmtiyaz sözleşmeleri yazılı şekle tabidir.^[7] İmtiyaz sözleşmeleri, önceden hazırlanmış şartnamelere dayanır. Şartname ve sözleşme belgeleri, esas itibarıyla İdarenin tek yanlı iradesi ile belirlenir. Sözleşmeci, İdare tarafından hazırlanmış bulunan hüküm ve şartları ya toptan kabul ya da toptan reddetme imkânına sahiptir. Bu nedenle imtiyaz sözleşmeleri katımlı (iltihaki) sözleşmelere benzemektedir.^[8]

İmtiyaz sözleşmeleri aynı zamanda karma işlemlerdir. Zira imtiyaz sözleşmeleri, sözleşme ile şartname adı verilen ve kamu hizmetinin işletiliş koşullarını düzenleyen iki kısımdan oluşur.^[9] Verilen imtiyazın süresine ve mali dengesine ilişkin hükümler, akdi nitelikte iken; kamu hizmetinin organizasyonuna ve çalışmasına ilişkin hükümler, düzenleyici niteliktedir. Bunun sonucu olarak; İdare imtiyaz sözleşmesinin düzenleyici nitelikteki hükümlerini tek taraflı iradesiyle değiştirebilirken, akdi nitelikteki hükümlerini tek taraflı olarak değiştiremez.^[10] Ancak buradaki önemli bir sorun, imtiyaz sözleşmelerinin hangi maddelerinin akdi, hangi maddelerinin ise düzenleyici nitelikte olduğuna karar verilmesidir. Bu tespiti yapmak ise her zaman kolay değildir. Bunun sağlıklı bir şekilde ortaya çıkarılabilmesi için, her bir imtiyaz sözleşmesi ayrı ayrı ele alarak tahlil yapılmalı, şartname ve sözleşmeler detaylı incelenmelidir.

[7] Öztürk, Atila, Mobil Telekomünikasyon Lisans Rejimi: Dünya Örnekleri ve Türkiye Analizi, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, basılmamış uzmanlık tezi, Ankara, 2002, s. 140.

[8] Günday, s. 308.

[9] Gözler, s. 425.

[10] Gözler, s. 426, 427.

3. İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE İDARENİN HAKLARI

İmtiyaz sözleşmeleri birer idari sözleşme olduğu için, imtiyaz sözleşmesinin tarafı olan İdarenin diğer tarafa (imtiyaz sahibi) nazaran bir takım üstün hak ve yetkileri vardır. Bu hak ve yetkiler; denetim ve yaptırım uygulama yetkisi, sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisi ile imtiyazın geri alınması yetkisidir.

İdare, hizmetin sürekli ve düzenli olarak işleyip işlemediğini ve imtiyaz sahibinin üstlendiği yükümlülüklerini yerine getirişini denetleme ve gerektiğinde yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Şartnamede ve sözleşmede belirtilmemiş olsa bile, İdarenin kamu hizmetlerinin asıl sahibi ve sorumlusu olmak sıfatıyla bu yetkilere sahip olduğu kabul edilmelidir.^[11] İdarenin uygulayabileceği yaptırımların başında belli bir miktar paranın ödenmesini isteme gelir. Buna göre İdare, imtiyaz sahibinin belirli kusurlu davranışları karşısında mali müeyyidelere hükmedebilecektir.^[12] İdare ayrıca, imtiyaz sahibinin hizmeti gereği gibi yürütmemesi halinde, işletmeye geçici olarak el koyma yetkisine de sahiptir. İdare bu yaptırımı uygulayarak imtiyaz sahibinin yerine geçer ve hizmeti bizzat kendisi yürütür.^[13] Denetim ve yaptırım uygulama yetkisi kapsamında İdarenin, imtiyaz sahibinin ağır kusuru halinde tazminat ödemeksizin sözleşmeyi feshetme yetkisi de mevcuttur.^[14] Bu yetki, “*imtiyazın düşürülmesi*” olarak adlandırılır. Bu durumda imtiyaz sahibi, sözleşme ile sağladığı bütün hakları yitirmekte ve İdareden hiçbir karşılık alamamaktadır.^[15] İmtiyaz sözleşmesinde veya Kanunlarda İdareye imtiyazı düşürme yetkisi tanınmamış ise, İdare bu yetkiyi kullanamaz. Bu durumda mahkemeden imtiyazın düşürülmesini talep etmek zorundadır.^[16]

İdare, imtiyaz sözleşmesinin ve şartnamenin hüküm ve şartlarını tek taraflı iradesi ile değiştirme hakkına sahiptir. Ancak, İdarenin bu yetkisini kullanabilmesi, yeni durum ve şartların ortaya çıkmasına bağlıdır.^[17] Bu durumda imtiyaz sahibinin de “*egemen olgusu*” (fait du prince) ve “*öngörülmezlik*” (emprevizyon) ilkeleri uyarınca sözleşmenin bozulan mali dengesinin düzeltilmesini İdareden talep etme hakları doğacaktır.

İdare, imtiyaz sahibinin hiçbir kusuru olmasa dahi kamu yararının gerektirdiği hallerde, imtiyaz sözleşmesini tek taraflı olarak feshedebilir. Ancak, bu takdirde İdarenin imtiyaz sahibinin zararının tamamını gidermesi gerekmektedir. İdare Hukukunda imtiyaz sözleşmesinin süresi içinde, imtiyazın tüm tesisatı

[11] Duran, s. 329; Günday, s. 308.

[12] Gözler, s. 439.

[13] Günday, s. 309; Gözler, s. 439.

[14] Günday, s. 310.

[15] Duran, s. 331.

[16] Gözler, s. 440.

[17] Günday, s. 310.

ile birlikte bedeli karşılığında İdarece satın alınarak imtiyaz sözleşmesine son verilmesi ise “*İmtiyazın geri alınması*” (rachat) olarak adlandırılmaktadır.^[18]

İdare de yaptığı imtiyaz sözleşmesinin hükümlerine uymakla yükümlüdür. Genel olarak idarenin yükümlülükleri, imtiyazcının haklarına karşılık geldiğinden, bu konu ayrıca incelenmeyecektir.

4. İMTİYAZ SÖZLEŞMESİNDE İMTİYAZ SAHİBİNİN HAKLARI

İmtiyaz sahibinin hakları; ücret alma, sözleşmenin mali dengesinin korunmasını talep etme ve kamusal olanaklara sahip olma şeklinde sıralanabilir.

İmtiyaz sahibi, sözleşme ile üstlendiği kamu hizmetini kâr elde etmek için yapar. Bu kâr ise, hizmetten yararlanacaklardan alınacak ücretten karşılanır. Ancak, söz konusu hizmetten alınacak ücret de esas itibariyle İdare tarafından belirlenir. İdare bu ücreti belirlerken, imtiyaz sahibinin kârı kadar, ilgili hizmetten yararlanan kişilerin ödeme gücünü, maliyetleri vs. de dikkate alır.

İmtiyaz sahibinin yürüttüğü bu hizmet dolayısıyla aldığı ücretin niteliği konusunda da değişik görüşler mevcuttur. Söz konusu ücreti İdarenin belirlediğine dikkat çeken bazı yazarlar, tespit edilecek bedelin hem kendi başına hareket edebilen bir özel teşebbüsün belirleyeceği ücrete nazaran daha az olabileceği hem de gerekirse, İdarenin imtiyaz sahibinin mali haklarını tazmin ederek daha düşük bir miktar tespit edebileceğini ifade ederek^[19], söz konusu ücreti bir fiyat olmaktan çok, bir harç veya resim niteliğinde^[20] ya da vergi niteliğinde^[21] saymaktadırlar. Esas itibariyle, kamu hukuku usulüne tabi kılınmış olan idari kamu hizmetlerinden alınan bedel bir tür “*vergi*” iken; ağırlıklı olarak özel hukuk usullerine tabi tutulmuş olan ticari ve sınıai kamu hizmetlerinden alınan bedel “*fiyat*” olarak nitelendirildiği için, imtiyaz kapsamında verilen hizmetlerin karşılığı olarak alınan ücreti de “*maliyet+kâr*” dan oluşan “*fiyat*” olarak nitelendirmek daha yerinde bir tespit olacaktır.^[22]

İdarenin, imtiyaz sözleşmesini tek taraflı olarak değiştirmesi halinde, imtiyaz sahibinin de sözleşmenin bozulan mali dengesinin korunmasını talep etme hakkı doğar. İmtiyaz sahibine böyle bir hak tanınmasının nedeni; bizatihi

[18] Günday, s. 312; Gözler, s. 442.

[19] Gülan, Aydın, Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri, Yüksek Lisans Tezi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1987, s. 19.

[20] Duran, s. 337; Günday, s. 312.

[21] Gülan, s. 4.

[22] Gözler, s. 436; Özdemir, Elif, AB Tarafından Öngörülen Yeni Yetkilendirme Rejimi: Ülke Uygulamaları ve Türk Telekomünikasyon Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Basılmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2005, s.34, 35.

İmtiyazcının yürüttüğü kamu hizmetinin devamında bulunan kamu yararadır. Zira imtiyazcı, sonsuza kadar zararına bu hizmeti yürütemeyeceğine göre, bir süre sonra kamu hizmeti ifa edilemez hâle gelir, bu ise kamu hizmetinin devamlılığı ilkesine aykırıdır.

Egemen Olgusu

İdarenin kamu hizmetlerinin gerekleri uyarınca, imtiyaz sözleşmesinde tek taraflı olarak değişiklik yapması durumunda, bu değişiklikten dolayı imtiyaz sahibi zarara uğruyorsa, bu zarar İdare tarafından tazmin edilir. Buna ilişkin esaslar, “*egemen olgusu ilkesi*” (Fait du prince) ile öngörülmüştür.^[23]

İdare, genel düzenleyici bir işlem ya da birel bir işlemle sözleşmenin mali dengesini bozabilir.^[24] İdarenin imtiyaz konusu kamu hizmetinin örgütlenme ve işleyiş koşullarında yapacağı tek taraflı değişikliklerin yanı sıra, imtiyazın işleyişle ilgili olmamakla beraber, özel olarak imtiyaz sahibinin durumunu ve sözleşmenin esaslı öğelerinden birisini etkileyen önlemler egemen olgusu ilkesi içinde değerlendirmekte, buna karşılık İdarenin genel düzenleyici işlemleri, imtiyaz sahibini, imtiyazı nedeniyle özel olarak etkilemeyeceğinden ve ülkedeki tüm girişimcilere uygulanacağından, bu ilke kapsamında değerlendirilmemektedir.^[25]

Öngörülmezlik İlkesi

İmtiyazı veren İdare ile imtiyaz sahibine atfedilemeyecek olan ve sözleşme akdedildiği sırada öngörülmesi mümkün olmayan haller dolayısıyla sözleşmenin mali dengesinin tamamen altüst olması durumunda imtiyaz sahibi, İdareden tazminat talep edebilir.^[26] Dolayısıyla öngörülmezlik ilkesinin uygulanabilmesi için olağanüstü ve önceden kestirilebilmesi olanaksız olan bir durumun varlığı, bu durumun taraflardan kaynaklanmaması ve imtiyaz sahibinin mahvına neden olabilecek boyutta olması gerekmektedir.^[27]

Öngörülmezlik ilkesinin işleyebilmesi için imtiyaz alanın kârında önemsiz bir azalma yeterli olmayıp, bunun kamu hizmetinin yerine getirilmesini büyük ölçüde engelleyecek boyutlara ulaşması gerekmektedir.^[28]

[23] Duran, s. 338; Giritli, İsmet; Bilgen, Pertev; Akgüner, Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2008, s. 1052; Öztürk, Burak, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2000, s. 91; Özay, s. 253.

[24] Duran, s. 338; Giritli/Bilgen/Akgüner, s. 1052; Günday, s. 313.

[25] Öztürk, B., s. 91.

[26] Günday, s. 313; Öztürk, B., s. 92; Özay, s. 254.

[27] Günday, s. 313; Öztürk, B., s. 92.

[28] Ayhan, Önder, İdari sözleşmeler, Danıştay Dergisi, C. 9, Sa:32-33, Ankara, 1979, s. 124.

Öngörülmezlik ilkesi uyarınca öngörülemeyen olay nedeniyle doğan zarar, bütünüyle İdare tarafından tazmin edilmeyip, somut olayın koşulları da dikkate alınarak imtiyaz sahibi ile İdare arasında hakkaniyete uygun bir biçimde paylaşılır.^[29]

Öngörülmezlik ilkesi, kamu hizmetlerinde “*süreklilik ilkesi*”nin bir yansımasıdır.^[30] Kamu hizmetinin “*imtiyaz*” usulüyle yürütülüyor olsa bile, her ne pahasına olursa olsun kesintiye uğramaması gerekmektedir. Bu hem İdare hem de imtiyaz sahibi için uyulması gereken bir zorunluluktur. Ancak, iktisadi bir takım sebepler ve mevcut olanaklar, o hizmetin sürdürülmesini imkansız kılacak bir duruma neden olmuşsa, bunu önleyerek sürekliliği sağlama görevi de İdareye düşmektedir. İmtiyaz sahibi, söz konusu kamu hizmetini yürütebilmek için, hizmeti kesintiye uğratmadan yardım talep etmelidir.^[31] Hizmet zaten durmuşsa ya da tazminat ödense bile zarar ortadan kalkmayacağından bir süre sonra yürütülemez duruma gelecekte, İdare başka önlemler almak zorundadır.^[32]

Doktrinde öngörülmezlik ilkesi nedeniyle İdare tarafından yapılan yardımın geçici olduğu ve söz konusu durum sona erdikten sonra bu yardımın da kesilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.^[33] İmtiyaz usulü ile yürütülmekte olan bir kamu hizmeti, öngörülmezlik halinde uzun süre açık vermeye devam eder ve artık kamunun ihtiyaçlarına cevap veremez hale gelirse, İdare ile şirketin anlaşması suretiyle; anlaşamazlarsa, idari yargı merciinin kararı ile sözleşmeye son verilir.

İmtiyaz sözleşmesi ile kamu hizmeti sunan özel kişiye, kamusal bir takım olanaklar da sunulmuş olabilir. Bunların belli başlıları arasında; İdarenin imtiyaz sahibine hizmet ile ilgili taşınır veya taşınmaz malları, araç-gereçleri sağlaması, kamu malları üzerinde veya altında tesisler yapma olanağının sağlanmış olması ile imtiyaz sahibi lehine kamulaştırma yapma hakkı tanınması sayılabilir.^[34]

Ayrıca imtiyaz alan, o konuda genellikle bir tekelden yararlanır, dolayısıyla rakipsiz iş görür. İdare, bu hususta başkasına imtiyaz vermemeyi taahhüt eder.^[35] Halbuki imtiyazdan farklı olarak ruhsatta böyle bir şartdan bahsedilmesi sözkonusu değildir.

[29] Öztürk, B., s. 94.

[30] Duran, s. 338.

[31] Özay, s. 256.

[32] Duran, s. 338.

[33] Özay, s. 256.

[34] Duran, s. 339; Günday, s. 313.

[35] Duran, s. 339.

5. İMTİYAZ SÖZLEŞMESİNDE İMTİYAZ SAHİBİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

İmtiyaz sahibi, söz konusu kamu hizmetini, kamu hizmeti ilkelerine ve imtiyaz sözleşmesi hükümlerine uygun olarak yürütmek zorundadır. Bu kapsamda imtiyaz sahibi, süreklilik ilkesi uyarınca verdiği hizmeti kesintiye uğratamaz.^[36] Hatta imtiyaz veren İdarenin kendi yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda dahi, imtiyazcı özel kişi üstlendiği kamu hizmetini ifa etmekle yükümlüdür.^[37] Aynı ilke imtiyaz sahibinden başka, hizmetli ve işçileri de etkiler ve bunların grev hakkını kullanmalarına engel olur.^[38] Bu ilke uyarınca imtiyaz sahibi, İdarenin gözetim ve denetimine de katılmak zorundadır.^[39] İdare bir kamu hizmetini imtiyaza vermekle bunun sorumluluğundan kurtulmuş olmayacağı için, işletmenin gerek teknik, gerek idari ve gerek mali hususları üzerinde çok sıkı bir gözetim ve denetim yapabilir.^[40] Bu yükümlülüğün kullanılabilmesi için de şartnamede öngörülmüş olmasına gerek yoktur.^[41]

İmtiyaz sahibi, eşitlik ilkesi uyarınca, hizmeti talep edenleri seçme hakkına sahip değildir. Yine bu ilke uyarınca imtiyaz sahibinin ücreti serbestçe belirleme hakkı bulunmamakta olup, İdare kural olarak imtiyaz sahibinin tarifelerine müdahalede bulunabilir. Bu durumda imtiyaz sahibi idare tarafından belirlenen ücreti uygulamakla yükümlüdür.^[42]

İmtiyaz sahibi ayrıca, değişkenlik ilkesi uyarınca, gelişen teknoloji ve kamusal ihtiyaçları dikkate alarak verdiği hizmeti yenilemekle yükümlüdür.^[43] Bu yükümlülük, şartnamede öngörülmemiş olsa bile, imtiyaz sahibi özel kişinin uymak zorunda olduğu bir yükümlülüktür.^[44]

İmtiyaz Sözleşmesi uyarınca imtiyaz sahibi, sözleşme ile elde ettiği kazancın bir kısmını “*yıllık aidat*” olarak İdareye vermekle yükümlü kılınabileceği gibi, ürettiği mal ve hizmetlerin bir kısmını İdareye vermeyi de kabul etmiş olabilir.^[45]

İmtiyaz sahibi, imtiyaz sözleşmesi ile üstlendiği hizmeti bizzat yerine getirmek zorundadır. İmtiyaz sahibi aksi şartnamede öngörülmedikçe, söz konusu hizmeti bir başkasına gördüremez ve yükümlülüklerini devredemez. Çünkü imtiyaz sahibi, teknik bilgi, yetenek, deneyim ve mali gücü nedeniyle seçilmiş

[36] Tan, s. 458.

[37] Gözler, s. 433.

[38] Duran, s. 338.

[39] Günday, s. 314.

[40] Duran, s. 337.

[41] Gözler, s. 437.

[42] Duran, s. 336; Günday, s. 314.

[43] Duran, s. 336.

[44] Gözler, s. 434.

[45] Duran, s. 336; Günday, s. 314.

olup, üstlendiği kamu hizmetini İdarenin iradesi dışına başkalarına gördürmesi uygun olmaz.^[46]

İmtiyaz sözleşmesi kapsamında verilen kamu hizmetinin asıl sahibi ve sorumlusu İdare olduğu için, sözleşmenin İdare tarafından feshi halinde, imtiyaz sahibi hizmete ilişkin tüm malvarlığını İdareye devretmekle yükümlüdür.^[47]

6. 406 SAYILI KANUN İLE İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNE GETİRİLEN DÜZENLEME

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununda^[48] hüküm altına alınan yetkilendirme çeşitleri; görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı ve genel izin olmak üzere dörde ayrılır.

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun değişik 1’inci maddesinde imtiyaz sözleşmesi;^[49]

“işletmeci tarafından söz konusu imtiyaz sözleşmesinde belirtilen telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi velveya altyapısının işletilmesi için Kurum ve işletmeci arasında yapılan sözleşme(yi)”

olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere imtiyaz sözleşmesi için getirilen bu tanım, kavramı açıklamaktan uzaktır. Bununla birlikte aynı Kanunun mülga değişik 3’üncü maddesinin (c) bendinde;

“frekans, uydu pozisyonu ve numaralandırma gibi kıt kaynakların tahsisini ihtiva eden, her bir işletmeciyeye belirli, özel hak ve yükümlülüklerin verilmesini gerektiren veya sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülecek olan telekomünikasyon hizmetleri veya altyapısı ancak Kurum ile akdedilecek bir imtiyaz sözleşmesi ile yürütülür.”

hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm uyarınca imtiyaz sözleşmesine konu olacak telekomünikasyon hizmeti ve/veya altyapısının;

[46] Duran, s. 336; Günday, s. 314; Gözler, s. 433.

[47] Tüm Avrupa ülkelerinde yataklı vagonlar işletmeciliği yapan “Wagon-lit” isimli çokuluslu şirketin ülkemizde de bir zamanlar sahip olduğu bu imtiyaz, sözleşme süresi sonunda uzatılmamış ve bu yolla malvarlığı tesis, araç-gereç ve vagonları Devlet Demiryolları İdaresine devredilmiştir. Özay, s. 252 dpn.502.

[48] 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu hükümlerinin büyük bir çoğunluğu, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 66’ncı maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Mülga olan bu hükümlere de 406 sayılı Kanun ile imtiyaz sözleşmelerine getirilen hukuki rejimin anlaşılmasını teminen bu makalede yer verilmiştir. Mülga olan hükümler için bkz. <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.3.406&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=>

[49] 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 2’nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun 1’inci maddesinde yer alan tanımlar, ilgisi olduğu sözleşmenin konusu itibariyle geçerliliğini sürdürmektedir.

1. frekans, uydu pozisyonu ve numaralandırma gibi kıt kaynakların tahsisini ihtiva etmesi ile
2. her bir işletmeciye belirli, özel hak ve yükümlüklerin verilmesini gerektirmesi veya sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülecek olması gerekmektedir.

İmtiyaz Sözleşmesine konu olacak telekomünikasyon hizmet ve altyapılarına ilişkin bir başka düzenleme ise; 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun mülga değişik Ek 18 inci maddesidir. Bu hüküm uyarınca;

“Kurum, mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım ve benzeri katma değerli hizmetler konularında sermaye şirketlerine tekel oluşturmayacak koşulları da dikkate almak suretiyle işletme lisans ve ruhsatı (sermaye şirketlerinin devralacakları ve bizzat kuracakları tesislerin işletilmesine yönelik olarak) verebilir.”

Görüldüğü üzere bu maddede sayılan hizmetler için işletme lisansı ve ruhsatı olmak üzere iki yetkilendirme türü tespit edilmiştir. Söz konusu hüküm, 10.6.1994 tarihli ve 4000 sayılı Kanunla getirilmiş ve esas olarak o dönemde gelir paylaşımı sözleşmeleri ile yürütülen GSM 900 hizmetinin ayrı bir yetkilendirme altında yürütülmesini teminen hazırlanmıştır. Kanun koyucu da daha sonra, bu hükümde yer alan yetkilendirme türlerinin 4502 sayılı Kanunla getirilen yetkilendirme rejimi ile uyumlu olmadığını tespit etmiş ve 4502 sayılı Kanunun 26 ncı maddesi ile;

“4.2.1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununa, 10.6.1994 tarihli ve 4000 sayılı Kanunla eklenen değişik ek 18 inci madde, bu Kanun ile 406 sayılı Kanuna getirilen hükümler ile çelişmeyecek şekilde uygulanır ve ek 18 inci maddede geçen “Lisans” terimi, duruma göre, görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi ya da telekomünikasyon ruhsatı anlamı gelir. Ek 18 inci maddenin altıncı fıkrasında yer alan “sermaye şirketi” ibaresi, “işletmeci” olarak anlaşılır ve yedinci fıkrasında aranan “Türk Telekom’un önerisi”, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren aranmaz. Türk Telekom ve diğer işletmeciler ancak kendi abonelerine ilişkin rehber basım hizmeti yürütebilirler.”

hükmü getirilmiştir.

4502 sayılı Kanunla değişik 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun mülga 3’üncü maddesinin (a) bendinde ise;

“...Ek 18 inci madde kapsamında sayılan hizmetler, ancak bir imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatı ile yürütülebilir.”

hükmüne yer verilmiştir. Kanundaki bu hükme istinaden, yukarıda sayılan Ek 18 inci madde kapsamındaki hizmetlerin ancak bir imtiyaz sözleşmesi ya da telekomünikasyon ruhsatı ile yürütülebilecekleri değerlendirilmektedir.^[50]

Kanun koyucu, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun mülga 3'üncü maddesinin (d) bendinde;

"...belirli bir telekomünikasyon hizmeti ile ilgili olarak imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatı yoluyla sınırlı sayıda sermaye şirketinin yetkilendirilmesinin ve önceden belirlenmiş maktu ödemeler dışında herhangi bir ödemenin öngörüldüğü durumlarda, ek 19 uncu ve ek 21 inci maddenin ilgili hükümleri uygulanır."

hükmüne yer vererek, imtiyaz sözleşmesine konu telekomünikasyon hizmet ve altyapılarının sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütüleceğini belirtmiştir. Aynı maddenin (e) bendinde ise;

"bu maddenin uygulanmasına ilişkin şartlar ve esaslar, işletmecilerde aranacak şartlar ve belirli bir telekomünikasyon hizmeti için imtiyaz sözleşmesi akdedilmesi, telekomünikasyon ruhsatı verilmesi ya da genel izinler çıkarılması hususları ile bunların kayıt ve şartları bu Kanuna uygun olarak, (Kurum'un da görüşü alınarak)^[51] Bakanlık (Kurum) tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir."

ifadesi ile bu konuda bir yönetmelik hazırlanmasını hüküm altına almıştır. Ulaştırma Bakanlığı tarafından hazırlanan ve 28.3.2001 tarihli ve 24356 sayılı RG'de yayımlanan mülga^[52] Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliğinin *"İmtiyaz Verilmek Suretiyle Yürütülecek Hizmetler"* başlıklı 31'inci maddesinde;

"ITU tarafından işletmecilere tahsis olunan uydu pozisyonu ve frekanslar hariç olmak üzere; Bakanlıkça frekans, uydu pozisyonu ve numaralandırma (kod tahsisi) gibi kıt ve milli kaynakların belli sayıda işletmeciye tahsisini içeren, her bir işletmeciye belirli, özel hak ve yükümlülüklerin verilmesini gerektiren ve bu nedenle sınırlı sayıda işletmeci tarafından sunulacak olan telekomünikasyon hizmetleri ancak Bakanlık ile akdedilecek bir imtiyaz sözleşmesi ile yürütülebilir. Bakanlık bir imtiyaz sözleşmesi kapsamındaki belirli bir hizmet için ayrılmış frekans bandını, ancak frekansların verimli kullanımını temin etmek için Kurumun görüşünü alarak birden çok işletmeci arasında aynı zamanda veya farklı zamanlarda ihaleye çıkmak suretiyle paylaşırabilir."

hükmüne yer verilmiştir.

[50] Özdemir, s. 67.

[51] Parantez içindeki ifade, 4673 sayılı Kanunla birlikte zımnen ilga edilmiştir.

[52] Söz konusu Yönetmelik, 26.8.2004 tarihli ve 25565 sayılı RG'de yayımlanan *"Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Yönetmelik"* ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Kurum tarafından çıkarılan ve 26.08.2004 tarihli ve 25565 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan mülga Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği’nin 18 inci maddesinde ise;

“sınırlı sayıda işletmeci tarafından ulusal çapta yürütülecek telekomünikasyon hizmetleri ve/veya kurulacak ve işletilecek telekomünikasyon altyapıları, Kurumla imzalanacak imtiyaz sözleşmesi ile yürütülür.”

hükmüne yer verilmiştir.

4673 sayılı Kanunla 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununa ilave edilen mülga Ek 27 nci maddede;

“imtiyaz sözleşmesi akdedilerek yürütülecek olan telekomünikasyon hizmetleri veya alt yapısına yönelik yetkilendirmeye ilişkin plânlar Kurum tarafından hazırlanır. Kurum tarafından hazırlanan bu plânlar Ulaştırma Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından onaylanır ve Kurum tarafından yürütülür.”

hükmü yer almaktadır. Bu hükümlerle Bakanlar Kurulu tarafından imtiyaz verilmesinden önce gerçekleşecek bir planların onayı usulü öngörülmüştür.

4161 sayılı Kanunla değişik 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Ek 18 inci maddesinde, imtiyaz bedelinin değer tespit komisyonlarınca belirleneceği ve bu bedelin Ulaştırma Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunun onayına sunulacağı, onaylanan değer üzerinden 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre ihalenin gerçekleştirileceği hüküm altına alınmıştır. 4673 sayılı Kanunla, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununa ilave edilen mülga Ek 27 nci maddenin son fıkrasında ise,

“Görev ve imtiyaz sözleşmeleri, telekomünikasyon ruhsatı ve genel izinlerin asgari değerleri, Kurumun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından belirlenir.”

hükmü getirilerek, Kanunun Ek 18 inci maddesinde yer alan düzenlemenin bir kısmı zımnen ilga edilmiştir. Bununla birlikte söz konusu hükmün 4673 sayılı Kanunla değişik;

“lisans satışı, onaylanan değer üzerinden Kurumca 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre gerçekleştirilir. Lisans sözleşmesi Danıştay’ın incelemesinden geçirdikten sonra Kurumca sonuçlandırılır.”

şeklindeki hükümleri 5809 sayılı Kanunla ilga edilmesine kadar yürürlükte kalmıştır.

Görüldüğü üzere; 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu uyarınca imtiyaz verilmesine ilişkin prosedürde öncelikle Kurum tarafından yetkilendirme plânı hazırlanması öngörülmüştür. Mülga Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği’nin 21’inci maddesinde yetkilendirme plânlarının; hizmetin tanımı ve kapsamı, yapılacak ihalenin muhtemel zamanı, imzalanması plânlanan imtiyaz sözleşmesi sayısı ve politika belirlemeye ilişkin benzeri diğer hususları içereceği düzenlenmiştir. Bu plânların Bakanlar Kurulu tarafından onaylanmasını müteakip, imtiyaz sözleşmesine ilişkin yetkilendirme

ücretinin asgari değeri Kurum tarafından belirlenir ve Bakanlar Kurulunun onayına sunulur. Bakanlar Kurulu tarafından bu değer onaylanmasını müteakip, ihaleye çıkılır. Bu ihalede yukarıda zikredilen hüküm uyarınca 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun uygulanması öngörülmüştür.^[53]

İhale neticesinde, Kurum ile ihaleyi kazanan şirket arasında imtiyaz sözleşmesi parafe edilir ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun mülga Ek 18'inci maddesi uyarınca Danıştay'a gönderilir. Ek 18'inci maddede bu süreç; "*lisans sözleşmesi Danıştay'ın incelemesinden geçirildikten sonra ...*" şeklinde kaleme alınmış olup, bu haliyle söz konusu düzenlemenin getirildiği 4161 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1996 yılındaki Anayasa hükümleri ile de paralel niteliktedir. Esasen Anayasa'nın 155/2 nci maddesinde Danıştay'ın kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini "*inceleme*" yetkisi, 1999 yılında 4446 sayılı Kanunla yapılan değişiklik neticesinde "*düşünce bildirme*" şeklinde değiştirilerek, Danıştay görüşü bağlayıcı olmaktan çıkartılmış, istisnai niteliğe kavuşturulmuştur. Dolayısıyla mülga Ek 18'inci maddede yer alan Danıştay'ın "*inceleme*" yetkisinin "*düşünce bildirmek*" şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Bu nedenle, telekomünikasyon sektöründeki yapılan imtiyaz sözleşmelerinde, İdare bu düşünceyi almak zorundadır ancak bu düşünceye uygun hareket etmek zorunda değildir. Bu düşünceyi beğenmiyorsa, Danıştay'ın görüşüne sunduğu kendi imtiyaz sözleşme ve şartlaşma tasarısını olduğu gibi kabul edebilir.^[54] Anayasa'nın 155/2 nci maddesinde imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri bakımından Danıştay'ın iki ay içinde düşüncesini göndermesi öngörülmüş olmakla birlikte iki aylık sürenin dolmasına rağmen düşüncesini göndermemesi hali düzenlenmemiştir. Bu nedenle Danıştay'ın süresi içinde görüşünü bildirmemesi halinde İdare, teorik olarak bu görüşün gelmesini beklemeksizin imtiyaz sözleşmesini imzalayabilecektir. ÖZTÜRK, bu konuya ilişkin açıklamalarında; "*406 sayılı Kanun, yalnızca telekomünikasyon alanında yapılan imtiyaz sözleşmeleri bakımından geçerli olmak üzere, Danıştay'ın süresi içinde görüş bildirmemesi halinde, bir anlamda, bu şekil şartına uyulmadan sözleşme yapılabileceğini hükme bağlamış olmaktadır.*" ifadelerine yer vermiş ise de^[55], 406 sayılı Kanunda bu

[53] 5809 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin yedinci fıkrasında; "*Kurum, kaynakların etkin kullanımını sağlamak amacıyla Bakanlığın görüşüne başvurarak gerekli tedbirleri alır ve yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler. Kurum ve yukarıdaki fıkranın (a) bendinde öngörülen hallerde Bakanlık, kullanım hakkı ile ilgili olan ihalelerde 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi değildir.*" hükmü getirilmiştir. Son olarak yapılan 3. Nesil mobil telefon ihalesi süreci 406 sayılı Kanun yürürlükte iken başlamış ve 5809 sayılı Kanun döneminde tamamlanmış olmasına rağmen buna ilişkin şartname tamamen 2886 sayılı Kanuna uyularak hazırlanmıştır.

[54] Gözler, s. 430. Ayrıca imtiyaz sözleşmesinde Danıştay'ın düşüncesinin alınmasına yönelik eleştiriler için bkz. Gözler, s. 431.

[55] Öztürk, B., s. 159.

yünde bir hükme rastlanmamaktadır. Uygulamada ise, Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyumsuzlukları çözmekle görevli mercii olması nedeniyle, iki aylık süre dolsa dahi Danıştay görüşü beklenmekte ve sözleşmeler Danıştay görüşüne uygun olarak imzalanmaktadır. Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri konusundaki tecrübesi ve bilgi birikimi ile şimdiye kadar yapılan imtiyaz sözleşmelerine sağladığı katkı birlikte düşünüldüğünde hukuki anlamda en yüksek danışma merci olan Danıştay'ın 'düşünceleri'nin mutlaka alınması ve bu görüşlerin ciddi bir şekilde değerlendirilmesinin faydalı olacağı düşünülmektedir. Bu sebeple Danıştay'ın görüşünün iki aylık süre içerisinde gelmemesi halinde, imtiyaz sözleşmesi imzalanabilecek olmakla birlikte, sözleşmelerin hemen imzalanmayarak Danıştay görüşünün beklenmesinin ve alınan görüşlerin değerlendirilerek imtiyaz sözleşmelerine son şeklinin verilmesinin daha yerinde bir davranış olacağı muhakkaktır. Kaldı ki, söz konusu İmtiyaz Sözleşmesi dolayısıyla açılacak idari davalarda görevli yargı mercii Danıştay olacağı için, Danıştay'ın görüşüne aykırı olarak imzalanacak bir imtiyaz sözleşmesi hükümleri dava konusu edildiğinde, Danıştay'ın, ilgili kararı alırken, önceden verdiği görüşe uyulmadığı hususunu da dikkate alacağı aşikardır.

Hâlihazırda telekomünikasyon sektöründe; Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin (Türk Telekom) vermekte olduğu hizmetler için 1, GSM altyapısının kurulması ve işletilmesine yönelik olarak 3, IMT 2000/UMTS hizmet ve altyapılarının kurulup işletilmesine ilişkin olarak da 3 olmak üzere toplam 7 adet imtiyaz sözleşmesi mevcuttur. Bu sözleşmeler genel olarak incelendiğinde, İdare Hukukundaki imtiyazlara ilişkin genel hükümlerden iki noktada farklılık arz ettiği görülmektedir.^[56]

Bu farklılıklardan birincisi, tekel konusundadır. İmtiyaza ilişkin ortak hükümler incelenirken, imtiyazın genel olarak tekel şeklinde verildiğine değinilmmişti. Oysa telekomünikasyon mevzuatımızdaki imtiyaz sözleşmeleri, tekel mahiyetini taşımamaktadır. Bu farklılıkta; 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Ek 18 inci maddesinde yer alan "...tekel oluşturmayacak koşulları da dikkate almak suretiyle.." ifadesinden kaynaklanmaktadır. Bu suretle, Türk Telekom dışındaki şirketlerin yetkilendirilmesiyle telekomünikasyon sektörünün serbestleşmesi hedeflenirken, yeni tekellere meydan vermemek amaçlanmıştır.

İkinci farklılık ise, yetkilendirme ücreti konusuna ilişkindir. Genel olarak imtiyazlarda imtiyaz sahibinin aldığı imtiyaz karşılığında bir ücret ödememesi esastır. Ancak, yukarıda belirtildiği üzere, imtiyaz sahibi, sözleşme ile elde ettiği kazancın bir kısmını "*yıllık aidat*" olarak İdareye vermekle yükümlü kılınabileceği

[56] ÖZTÜRK, imtiyaz sözleşmelerindeki bu iki temel farklılığı, küreselleşme ve neo-liberal eğilimlerin etkisiyle imtiyaz sözleşmelerinin başkalaşması olarak yorumlamaktadır. Öztürk, B., s. 161.

gibi, ürettiği mal ve hizmetlerin bir kısmını da İdareye vermeyi kabul etmiş olabilir. Elektronik haberleşme sektöründeki imtiyazlarda ise, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun mülga 2'nci maddesinin (e) bendinin yedinci alt bendinde yer alan, “*imtiyaz sözleşmesi . . . karşılığında belli bir ücret ödenip ödenmeyeceği ve ödenecekse bunun miktarı*” hükmü uyarınca yetkilendirme ücreti öngörülmüş olup, mevcut imtiyaz sözleşmeleri, yetkilendirme ücreti karşılığında verilmiştir. ÖZTÜRK bu konuda, imtiyaz sözleşmeleri karşılığında ücret alınmasını imtiyaz sözleşmesinin mantığı ile bağdaştırmanın son derece güç olduğunu; zira imtiyaz sözleşmelerinin İdarenin görmekle yükümlü olduğu ancak teknik ya da mali olanaksızlıklar nedeniyle yürütemediği bir kamu hizmetinin gerektiği gibi işletilmesi amacıyla akdedildiklerini, imtiyaz sözleşmesinden İdareye gelir sağlamak gibi bir yarar beklenmemesi gerektiğini ileri sürmektedir.^[57] Yazar ayrıca, imtiyaz sahibinin hizmeti hasar, zarar ve masrafı kendisine ait olmak üzere yürütmesinin İdareyi belirli harcamaları yapma zorunluluğundan kurtardığını, imtiyaz sahibinin de sunduğu hizmetten elde ettiği gelirle kazanç sağladığını, imtiyaz sözleşmesinde bir ücret öngörülmesinin bir yandan imtiyaza konu olan faaliyeti İdarenin bir görevi olmaktan çok sahip olduğu bir ayrıcalık konumuna taşıdığını; diğer yandan ise, imtiyaz almak için ücret ödeyen işletmecinin bu maliyet unsurunu hizmetten yararlananlardan alacağı bedele yansıtmasına neden olmakla, kamu hizmeti fikrine uzak olduğunu ifade etmektedir.^[58] Ancak, elektronik haberleşme sektöründe imzalanan imtiyaz sözleşmelerinin, aslen Devlete ait olan frekans, numara ve uydu pozisyonu gibi kıt kaynakların devrini konu edindiği dikkate alındığında, bu kaynakların 25 yıllık süre zarfında özel sektöre devredilmesi karşılığında ücret alınması makul görünmektedir.^[59] Kanun koyucunun da bu görüşten hareketle, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun mülga 2'nci maddesinin (e) bendinin yedinci alt bendini kaleme aldığı değerlendirilmektedir.

Bu iki temel farklılığın dışında, elektronik haberleşme sektöründeki mevcut imtiyaz sözleşmeleri incelendiğinde, yukarıda imtiyaz sözleşmelerine ilişkin genel açıklamalarda zikredilen hususların bu sözleşmelerde yer aldığı görülmektedir.

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun mülga Ek 18'inci maddesinde, yetkilendirmelerin en çok 49 yıl süreyle yapılacağı hüküm altına alınmış olup, mevcut imtiyaz sözleşmeleri de 25 yıl süreyle geçerli olacak şekilde düzenlenmiştir.

[57] Öztürk, B., s. 160.

[58] Öztürk, B., s. 160-161.

[59] Özdemir, s. 71. Benzer şekilde; 5809 sayılı Kanunun 9'uncu maddesinin sekizinci fıkrasında kullanım haklarının süresinin 25 yılı aşmayacak şekilde belirleneceği, aynı Kanunun 11'inci maddesinin dördüncü fıkrasında ise, kaynakların kullanım hakkının verilmesine ve söz konusu kaynakların etkin bir şekilde kullanılmasının teminine yönelik olarak kullanım hakkı ücreti alınacağı düzenlenmiştir.

İmtiyaz sözleşmesine ilişkin yukarıdaki açıklamalarımızda, imtiyaz konusu hizmetin ücretinin esas itibarıyla İdare tarafından belirlendiğine dikkat çekilmişti. Mevcut GSM hizmetlerine ilişkin imtiyaz sözleşmelerinde Kurumun GSM hizmetlerine ilişkin azami tarifeyi belirleyip onaylayacağı hüküm altına alınmışken, diğer imtiyaz sözleşmelerinin “*Tarife*” başlıklı maddesinde İşletmenin Kurumun düzenlemelerine uymak kaydıyla tarifelerini serbestçe belirleyebileceğini hüküm altına almıştır.

Mevcut imtiyaz sözleşmelerinde, söz konusu sözleşmelerde öngörülme- yen olağanüstü şartların ortaya çıkması ve bu şartların İşletmenin lisans konusu hizmeti bir bütün olarak yürütemeyecek veya bu lisans ile ilgili işletmenin ekonomik yapılabilirliğini kaldırarak kadar zorlaştırması durumunda işletmenin talebi üzerine Kurumca gereken tespit ve değerlendirmelerin yapılarak imtiyaz sözleşmelerinde değişiklik yapılabileceği ya da Kurumca Sözleşmelerin feshedilebileceği düzenlenmiştir.^[60]

Ancak, bu hükümde zikredilen olağanüstü şartların kimin tasarrufu dolayısıyla ortaya çıkacağına yönelik olarak bir öngörü yapılmamıştır. Bu husus, öngörülmezlik ve egemen olgusu ilkelerinden hangisinin uygulanacağı ile yakından ilgilidir. Bu hükümle, imtiyaz sahibinin sözleşmenin mali dengesini korumaya yönelik haklarından biri olan öngörülmezlik ilkesinin düzenlendiği değerlendirilmektedir.^[61] Öngörülmezlik ilkesi, yukarıda da irdelendiği üzere, imtiyazı veren İdare ile imtiyaz sahibine atfedilemeyecek olan ve sözleşme akdedildiği sırada öngörülmesi mümkün olmayan haller dolayısıyla sözleşmenin mali dengesinin tamamen altüst olması durumunda, imtiyaz sahibinin İdareden tazminat talep edebilmesine imkan veren bir haktır. Dolayısıyla öngörülmezlik ilkesinin uygulanabilmesi için olağanüstü ve önceden kestirilebilmesi olanaksız olan bir durumun varlığı, bu durumun taraflardan kaynaklanmaması ve imtiyaz sahibinin mahvına neden olabilecek boyutta olması gerekmektedir.^[62] Mevcut düzenlemede, olağanüstü şartların ortaya çıkmasıyla birlikte, ekonomik açıdan mahvolma durumu aranmamakla birlikte, bu şartların söz konusu lisans ile ilgili işletmenin ekonomik yapılabilirliğini ortadan kaldırarak kadar zorlaştırması veya lisans konusu hizmetin bir bütün olarak yürütülmesine engel mahiyette olması şart koşulmuştur. Bu hükümde yer alan hizmetin bir bütün olarak yürütülmesinin engellenmesi ihtimali, imtiyaz sözleşmeleri kapsamındaki hizmetlerin

[60] Türk Telekom'un İmtiyaz Sözleşmesinde Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması başlığı altında yalnızca sözleşme değişikliği öngörülmüş olup, Kurum'un bu nedenden ötürü sözleşmeyi feshetmesi öngörülmemiştir. Bu farklılığın, söz konusu Sözleşmenin Türk Telekom'a ait Görev Sözleşmesi'nin devamı mahiyetinde olmasından kaynaklandığı değerlendirilmektedir.

[61] Özdemir, s. 72.

[62] bkz. “İmtiyaz Sözleşmesinde İmtiyaz Sahibinin Hakları” başlıklı 4 numaralı bölüm altında ele alınan “Öngörülmezlik İlkesi” kısmına.

niteliğinden, yani sözleşme kapsamındaki hizmetlerin en temel haberleşme hizmetlerinden biri olmasından ve hizmette devamlılığın öneminden yani günün 24 saati, yılın 365 günü sunulması gereken bir hizmet türü olmasından kaynaklanmaktadır. Genel İdare Hukuku ilkeleri uyarınca, öngörülmezlik ilkesi uyarınca öngörülemeyen olay nedeniyle doğan zarar, bütünüyle İdare tarafından tazmin edilmeyip, somut olayın koşulları da dikkate alınarak imtiyaz sahibi ile İdare arasında hakkaniyete uygun bir biçimde paylaştırılırken, mevcut imtiyaz sözleşmelerinde, Kurumca yapılacak tespiti müteakip, sözleşmede gerekli değişikliklerin yapılması ya da sözleşmenin feshedilmesi öngörülmüştür. Buradaki farklılığın da bu hizmetlerin niteliğinden kaynakladığı, tazminat ödense bile, anılan hizmetlerin sunulamamasından doğan zararın giderilemeyeceği varsayımından hareket edildiği değerlendirilmektedir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, imtiyaz sahibinin imtiyaz sözleşmesinin mali dengesinin korunmasına ilişkin ikinci hakkı ise “*egemen olgusu*” ilkesidir. Mevcut imtiyaz sözleşmelerinde; imtiyaz sözleşmesinin geçerli olduğu sürece Kurum tarafından uygulanan ruhsatname ve kullanma ücretlerinin mahiyeti ve uygulama şeklinin esaslı suretle değiştirilmesi halinde, söz konusu İmtiyaz Sözleşmesinde değişiklik yapılabileceği ya da sözleşmenin feshedileceğine ilişkin maddenin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.^[63]

Mevcut imtiyaz sözleşmelerinde, genel İdare Hukuku ilkelerine paralel şekilde işletmeci lehine kamusal olanaklar da tanınmıştır. Bu olanakların en göze çarpanı kamulaştırma hakkıdır. İmtiyaz sözleşmelerinde kamulaştırma hakkının, kamulaştırma bedelinin işletmeci tarafından ödenmek kaydıyla 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa göre kullanılacağı ifade edilmektedir.

Dolayısıyla kamulaştırma maddesinde Kurum’un kamulaştırma yapacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun nedeni, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 5/c maddesi uyarınca, bir özel şirket lehine kamulaştırmanın ancak şirketin gördüğü hizmet bakımından denetimine bağlı olduğu Bakanlık tarafından yapılacağına düzenlenmiş olmasıdır. İmtiyaz sözleşmelerinin 4673 sayılı Kanun dolayısıyla Kurumla yenilenmesinden önce maddede işletmecinin yapacağı telekomünikasyon tesislerinin onaylanmış tatbikat projelerine göre, kamulaştırma ihtiyacı ortaya çıktığında, kamulaştırma bedeli işletmeci tarafından ödenmek kaydıyla Ulaştırma Bakanlığınca kamulaştırma işleminin yapılacağı hususu düzenlenmişti. Bununla birlikte, 4673 sayılı Kanunu müteakip, imtiyaz sözleşmesi yapma hak ve yetkisi Kuruma geçtiğinden, telekomünikasyon mevzuatı uyarınca yalnızca sektöre yönelik politika belirleme yetkisi Ulaştırma Bakanlığında olup, işletmecinin kamulaştırma

[63] Türk Telekom’un imtiyaz sözleşmesinde bu husus yer almamaktadır.

ihtiyacı doğduğunda, bu kamulaştırmanın Kurum tarafından değil de Ulaştırma Bakanlığı tarafından yapılacak olmasının, pratik açıdan işler nitelikte olacağı değerlendirilmemektedir.^[64]

Ayrıca imtiyaz sözleşmelerinde işletmecilere tesislerini diğer lisanslı şebekelerle paylaşma hakkı da tanınmıştır.

Mevcut imtiyaz sözleşmelerinde işletmecilerin yükümlülükleri de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Öncelikle kamu hizmetinin sürekliliği ilkesine paralel olarak sistemin çalışır durumda tutulması hususu; işletmecinin sözleşme kapsamındaki tesisleri ilgili İmtiyaz Sözleşmesinin süresinin sonuna kadar iyi ve çalışır durumda bulunduracağı şeklinde düzenlenmiştir.

Ayrıca işletmeciler bakımından kamu hizmetinin değişkenliği ilkesi uyarınca verdikleri hizmeti yenileme zorunluluğu da getirilmiştir. “*Teknolojik gelişmeler*” başlıklı bu maddede İşletmecinin, işlettiği şebekeleri ve vermekte olduğu hizmetleri teknolojik gelişmelere ve varsa hizmetle ilgili uluslararası anlaşmalara uygun olarak vereceği ve yenileyeceği hükmü yer almaktadır.

Mevcut imtiyaz sözleşmelerinde, işletmecilere yönelik bir takım mali yükümlülükler de öngörülmüştür. Bunlardan ilki “*Kurum Masraflarına Katkı Payı*” olup, sözkonusu maddede:

“İşletmeci, elde edeceği brüt satışların^[65] % 0.35’ini^[66] (onbinde otuzbeş) Kurum masraflarına katkı payı olarak, elde ettiği yılı takip eden yılın Nisan ayının son iş gününe kadar Kurum’a ödeyecektir.”

hükmü yer almıştır. Kurum masraflarına katkı payı, 2813 sayılı Telsiz Kanununun mülga 5’inci maddesinde öngörülen bir gelir olup, söz konusu hükümde;

“4/2/1924 tarihli ve 406 sayılı *Telgraf ve Telefon Kanunu çerçevesinde imtiyaz sözleşmesi imzalayan ya da telekomünikasyon ruhsatı alan işletmecilerden aynı Kanunun ek 19 uncu maddesi çerçevesinde alınacak ücretlerin %00 5’i (onbinde beşi) ve ilgili imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatında gösterilmiş olması kaydıyla işletmecilerden Kurum masraflarına katkı amacıyla alınacak diğer ücretler.*”

[64] Bu itibarla kamulaştırma hususu 5809 sayılı Kanunun 30’ncü maddesinde ele alınarak, uygulamayı kolaylaştırır mahiyette bir düzenleme yapılmıştır.

[65] 03.07.2005 tarihli ve 5398 sayılı “*Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*”la [RG: 21.06.2005, Sa: 25882, s. 1-12] GSM işletmecileri için Hazine Payının ve Kurum masraflarına katkı payının “*Brüt satış*” üzerinden hesaplanması öngörülmüş ve bu haktan yararlanmak isteyen işletmecilere Kanunun yayımlanmasından itibaren 1 aylık başvuru süresi tanınmıştır. 3 GSM işletmecisi de Kuruma gerekli başvuruyu yapmış, akabinde imtiyaz sözleşmelerinde gerekli değişiklikler yapılmıştır.

[66] Kurumda yapılan bir çalışma neticesinde, diğer düzenleyici otoritelerin bu nitelikte aldığı ücretler incelenmiş ve Kurumun giderleri ile birlikte değerlendirilerek % 0,35 (onbinde otuzbeş) rakamına ulaşılmıştır.

şeklinde düzenlenerek Kurumun gelirleri arasında sayılmıştır.

Kurum masraflarına katkı payının alınmasındaki amaç, Kurumun faaliyetlerini bağımsız bir şekilde yerine getirebilmesini sağlamak için Kurumun masraflarının merkezi idare tarafından değil bizzat düzenlediği sektör tarafından karşılanmasını sağlamaktır.

İmtiyaz sahibi işletmecilerin sözleşmede öngörülen ikinci mali yükümlülüğü ise, Hazine Payıdır.^[67] Mevcut imtiyaz sözleşmelerinden önce Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Telsim Mobil telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin Türk Telekom'la yaptıkları Gelir Paylaşımı Sözleşmelerinin 15 inci maddesinde, işletmecilerin lisans almaları ve kendi mevcut abonelerinin 150.000'i geçmesi halinde elde edilen tüm brüt gelirden Türk Telekom'a % 15 oranında pay ödemeleri hüküm altına alınmıştır. Ancak, lisans sözleşmelerinin imzalanması aşamasında bu pay Danıştay'ın görüşü çerçevesinde Hazine Payı olarak değiştirilmiştir.

Mevcut sözleşmelerde işletmecilere getirilen üçüncü mali yükümlülük ise, ruhsatname ve kullanma ücretleridir.^[68] Sözleşmelerde söz konusu ücretlerin işletmeci tarafından ödeneceği hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümle kastedilen, GSM ve İMT-2000/UMTS işletmecisinin şebekesinde kullanmakta olduğu cihazlar nedeniyle ödemekle yükümlü olduğu ruhsatname ve kullanma ücretleridir. Abonelerin kullandıkları cihazlara ilişkin ruhsatname ve kullanma ücretlerinin teker teker abonelerden tahsilinin mümkün olmaması nedeniyle işletmecilerle protokoller yapılıyor iken, 16.6.2004 tarihli ve 5189 sayılı Kanunla 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununa ilave edilen mülga Ek 35'inci madde ile bu ücretlerin de Kurum adına işletmeciler tarafından abonelerden tahsil edilerek, Kurum hesaplarına devredilmesi hüküm altına alınmıştır.^[69] Bu kanun hükmü ile, Kurum'un ruhsatname ve kullanma ücretlerinin tahsiline yönelik olarak işletmecilerle protokol yapma zorunluluğu ortadan kalkmış olup, Kurum tarafından yapılacak tek taraflı bir düzenleme ile bu ücretlerin tahsiline yönelik usul ve esasların tespiti esası getirilmiştir.

Elektronik haberleşme sektöründeki İmtiyaz sözleşmelerinde de Kurum, işletmeciye nazaran üstün hak ve yetkilerle donatılmıştır. Bunlardan ilki sözleşmelerin Kurum'un işletmecileri her aşamada denetleme ve denetlettirme yetkisine haiz olmasıdır. Bunun dışında işletmecinin lisansını ve hisselerini devredebilmesi için de Kurum'un onayını alması şart kılınmıştır.^[70] Sözleşmelerde aynı zamanda, Kurum'a savaş, genel seferberlik ve benzeri durumlarda, kamu güvenliği ve ulusal savunma için gerekli görüldüğü takdirde, sınırlı veya

[67] Türk Telekom İmtiyaz Sözleşmesinde öngörülmemiştir.

[68] Türk Telekom İmtiyaz Sözleşmesinde öngörülmemiştir.

[69] Bu ücretler, 5809 sayılı Kanun'un 46'ncı maddesinde "*telsiz ücretleri*" adı altında düzenlenmiştir.

[70] Türk Telekom'un imtiyazını devretmesi ise ilgili sözleşme ile yasaklanmıştır.

sınırsız bir süreyle işletmecinin işletme faaliyetlerinin tamamını veya bir kısmını askıya alabilme ve doğrudan doğruya şebekeyi işletebilme yetkisi de tanınmıştır. Ayrıca sözleşmelerde;

- a. İşletmeci hakkında yargı mercilerince verilmiş iflas veya konkordato kararı olması,
- b. İşletmecinin sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmediğinin ve verilen süre içinde durumu düzeltmediğinin saptanması,
- c. İşletmecinin tahsis edilen frekanslar ya da GSM sisteminde kullanılması için Kurum'un İşletmeciye tahsis edeceği diğer frekanslar dışında faaliyet gösterdiğinin belirlenmesi, verilen süre içerisinde bu faaliyetine son vermemesi,
- d. İşletmecinin lisans ücretini ödememesi,

durumlarında Kurum'a sözleşmeyi fesih yetkisi tanınmıştır.^[71] Ancak, (d) bendi dışındaki durumlarda Kurum'un işletmecinin yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için en az 90 gün süre vermesi de düzenlenmiştir. Aynı maddede sözleşmenin Kurum tarafından feshi halinde, sistemini oluşturan teçhizatın tümünü Kurum'a devredeceği de hüküm altına alınmıştır. Genel İdare Hukuku ilkelerine paralel şekilde, sözleşmenin süresi sonunda yenilenmemesi halinde de kamu malı sayılan telekomünikasyon şebekesi ile sistemin işleyişini etkileyici tüm teçhizatın ve bu teçhizatın kurulu bulunduğu işletmecinin kullanımında olan taşınmazların Kurum'a veya Kurum'un göstereceği kuruluşa bedelsiz olarak devredeceği hüküm altına alınmıştır.

Ayrıca işletmeciye, tüketici hakları, hizmetin yürütülmesi ve Kurum'a karşı ödevleri konularında yükümlülükler de getirilmiştir.

Bu tespitlere istinaden, mevcut İmtiyaz Sözleşmelerinin, İdare Hukukunda imtiyaz sözleşmeleri için öngörülen hükümlere tabi olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, mevcut İmtiyaz Sözleşmelerinin 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun mülga Ek 18 inci maddesi uyarınca İdare Hukukunda öngörüldüğünün aksine tekel olarak verilememesi nedeniyle, İdare Hukukunda imtiyaz sözleşmeleri için geçerli olan bazı hükümlerin, birebir bu sözleşmeler için de geçerli olmayabileceği değerlendirilmektedir. Şöyle ki, İdare Hukukundaki imtiyaz sözleşmesi sahipleri tekel olarak hizmet verdikleri için, kamu hizmetinde devamlılığı sağlamak üzere, işletmenin devri, imtiyazın geri alınması ve düşürülmesi gibi hususlar geliştirilmiştir. İmtiyaz sözleşmelerinin tekel olarak verilmediği elektronik haberleşme sektöründe, İmtiyaz Sözleşmesi imzalamış

[71] Türk Telekom'un İmtiyaz Sözleşmesi'nde Kurum'un fesih yetkisi (a) ve (b) bentleriyle sınırlandırılmıştır.

bir işletmecinin verdiği hizmeti durdurmak istemesi durumunda, yine kamu hizmetinin devamlılığı esas olduğundan, Kurum'un söz konusu işletmeyi devralarak bizzat işletmesi ya da uygun göreceği bir kurum/kuruluş marifetiyle işletmesi gündeme gelecek, akabinde Kurum, devraldığı ya da başka bir kurum/kuruluşa devrettiği işletmeyi, ilgili rekabet koşullarının devamını teminen, uygun gördüğü bir tarihte yeniden ihale edebilecektir. Ancak bu süreçte pazarda başka işletmeciler de olduğu için, abonelerin diğer işletmecilerden hizmet alması da gündeme gelecek ve hizmette kesinti görülmeyebilecektir.

7. 5809 SAYILI KANUNLA İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNE GETİRİLEN DÜZENLEME

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile lisans rejiminde Avrupa Birliği müktesebatına uyum amacıyla köklü değişiklikler yapılmıştır. Lisans Rejimi tamamen kullanım hakkı ve bildirim usulüne inhisar ettirilmiştir. Bu yeni düzenlemede imtiyaz usulüne yer verilmemiştir. Bununla birlikte, 5809 sayılı Kanunun Geçici 2 nci Maddesinin ikinci fıkrasında;

“Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce Kurumla imzalanmış olan görev ve imtiyaz sözleşmeleri; süre bitimi, fesih, iptal veya başkaca herhangi bir nedenle sona ermelerine kadar mevcut hükümleri uyarınca geçerliliklerini devam ettirirler. 406 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin son fıkrasında yer alan tanımlar ilgili olduğu sözleşmenin konusu itibarıyla bu fıkra uygulamasında geçerliliklerini sürdürürler.”

hükmüne yer verilmek suretiyle hukukumuzda 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile konulan imtiyaz sözleşmeleri için öngörülen yöntemin imzalanmış imtiyaz sözleşmeleri açısından devamı murat edilmiştir. Söz konusu hükme istinaden, Kurumla işletmeciler arasında imzalanmış olan 7 imtiyaz sözleşmesi de yürürlüktedir. Hatta, IMT-2000/ UMTS hizmetine ilişkin ihale süreci 5809 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce başladığı için bu hizmet de imtiyaz usulü ile verilmiştir.

8. SONUÇ

Görüldüğü üzere, kamu hizmetlerinin gördürülmesinde çok önemli bir yere sahip olan imtiyaz sözleşmeleri usulü, elektronik haberleşme sektöründe çok etkin bir şekilde varlığını sürdürmektedir. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile elektronik haberleşme sektöründeki imtiyaz sözleşmelerinin tanımı, kapsamı, süresi, karşılığında bir ücret alınıp alınmayacağı, hangi hizmetlerin bu kapsamda değerlendirileceği, başvuru sahiplerinde aranacak şartlar, ihale süreci ve ilgili mevzuatı, imtiyaz sözleşmesi kapsamında tarafların hak ve yükümlülükleri gibi

konular düzenlenmiş, eksik olan hususlar ise, söz konusu Kanunda yapılan değişikliklerle giderilmiştir. Bu çerçevede, 5809 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesine kadar yani yaklaşık 9 yıl boyunca yapılan ikincil düzenlemeler suretiyle de mevzuatta boş bir alan bırakılmamaya çalışılmıştır. Genel itibariyle elektronik haberleşme sektöründeki imtiyaz sözleşmeleri, genel olarak İdare Hukuku'nda tanımlanan imtiyaz sözleşmeleri ile paralellik arz etmektedir. Avrupa Birliği müktesebatına uyum çerçevesinde hazırlanan 5809 sayılı Kanunda ise, yetkilendirme rejimini değiştirerek, yeni bir imtiyaz sözleşmesi yapılmasının yolu kapatılmış ancak mevcut imtiyaz sözleşmelerinin aynen devam etmesi öngörülmüştür. Bu durum yerinde bir davranış olarak değerlendirilmektedir. Zira, hukukun en genel ve tüm hukuk sisitemlerinde kabul gören 'Ahde Vefa' ilkesi açısından incelendiğinde, taraflar açısından Kanun niteliğinde bağlayıcılığa sahip bir sözleşmenin yetkilendirme rejiminin değişmesi neticesinde ortadan kaldırılması doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de elektrik piyasasında imzalanmış olan imtiyaz sözleşmelerini düzenlemeye yönelik yapılan 22.2.1994 günlü ve 3974 sayılı bir Kanuna ilişkin verdiği bir kararında 'Ahde Vefa' ilkesini ön plana çıkarmış ve Devletin kanunla dahi olsa tarafların sözleşme konusundaki iradesine müdahalesini yerinde görmemiştir.^[72] Avrupa Birliği sürecinde imtiyaz sözleşmelerinin kullanım hakkına dönüştürülmesi tartışmalarında taraflara ışık tutacak söz konusu karar kapsamında, imtiyaz sözleşmelerine devletin yasama organı marifetiyle çıkaracağı bir kanun ile müdahale edilmesi ve sözleşmelerin sona erdirilmesi hukuk etiği açısından yerinde görülmemektedir. Zira taraflar bu sözleşmeyi 25 yıllık bir süre için imzalamaktadırlar ve bu süre boyunca sözleşmelerinin varlığına olan inançlarıyla uzun vadeli yatırımlar veya planlamalar yapmaktadırlar. Taraflardan birinin bu duruma olağanüstü bir şekilde kanun marifetiyle müdahalede bulunması ve sözleşmeyi sonlandırması uygun değerlendirilmemektedir. Tabiidir ki, yürütülmekte olan kamu hizmetinin gereği olarak hizmet, kalite ve tüketici hakları kapsamında her zaman iyileştirmeye gidilmesi yolunda imtiyaz sözleşmelerinde yapılacak değişiklikler bu kapsamın dışındadır. Zira taraflar imtiyaz sözleşmesini, bu tip değişikliklerin yapılabileceğini bilerek imzalamışlardır.

Elektronik haberleşme sektöründeki imtiyaz sözleşmelerinin uygulanması konusunda ortaya çıkan problemler de ülkemizin imtiyaz uygulamaları konusundaki birikimleriyle aşılabilecektir.

[72] Anayasa Mahkemesi'nin 9/12/1994 tarihli ve E: 1994/43, K: 1994/42-2 sayılı Kararı.

KAYNAKLAR

- Ayhan, Önder, İdari sözleşmeler, Danıştay Dergisi, C. 9, Sa:32-33, Ankara, 1979, s. 86-134.
- Duran, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Giritli, İsmet; Bilgen, Pertev; Akgüner, Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2008.
- Gözler, Kemal, İdare Hukuku, C.2, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009.
- Gülan, Aydın, Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri, Yüksek Lisans Tezi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1987.
- Günday, Metin, İdare Hukuku, İmajYayıncılık, Ankara, 2003.
- Özay, İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- Özdemir, Elif, AB Tarafından Öngörülen Yeni Yetkilendirme Rejimi: Ülke Uygulamaları ve Türk Telekomünikasyon Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Basılmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2005.
- Öztürk, Atila, Mobil Telekomünikasyon Lisans Rejimi: Dünya Örnekleri ve Türkiye Analizi, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Basılmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2002.
- Öztürk, Burak, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2000.
- Tan, Turgut, Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin dünü ve bugünü, Hukuk Kurultayı 2000, C. 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2000, s. 455-467.