

ARA BAĞLANTI SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BU SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN İHTİLAFLARIN ÇÖZÜMÜNÜN AİT OLDUĞU YARGI KOLU

*Yrd. Doç. Dr. Murat ATALI**

I. Giriş

Bu çalışmamızda “Katma Değerli Telekomünikasyon Hizmetleri Lisans Yönetmeliği¹” ile mevzuatımıza giren, kanuni düzenlemesine 406 sayılı Kanun²’da 27.01.2000 tarihli ve 4502 sayılı Kanun³’la yapılan köklü değişikliklerle kavuşan ve ilk olarak Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi (Türk Telekom) ile GSM işletmecileri arasında 27.04.1998 tarihinde akdedilen ara bağlantı sözleşmelerinin, bu sözleşmelere ilişkin yargı kararları, bu yargı kararlarına esas dönemin şartları ve bu kapsamda Türk Telekom’daki kamu payının %50’nin altına düşmesi karşısında hukuki niteliğinin incelenmesi ve varılacak sonuca göre bu sözleşmelerden doğacak ihtilafların çözüm yeri ele alınacaktır. Bu çerçevede 406 ve 2813⁴ sayılı Kanunlar ile bu kanunlara dayanan ikincil düzenlemeler, adli ve idarî yargı mercilerince verilen kararlar, bu kararlara ilişkin değerlendirmeler “Elektronik Haberleşme Kanunu Tasarısı⁵” başlıca kaynaklarımızı teşkil edecek, bunun yanında düzenleyici

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 23.12.1995 tarihli ve 22502 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, 28.03.2001 tarihli ve 24356 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği” ile yürürlükten kaldırılmıştır. “Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği” de 26.08.2004 tarihli ve 25565 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Telekomünikasyon Hizmet Ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği” ile yürürlükten kaldırılmıştır.

2 Telgraf ve Telefon Kanunu, RG., Tarih: 21.2.1924, Sayı: 59.

3 Telgraf ve Telefon Kanunu, Ulaştırma Bakanlığı’nın Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun, Telsiz Kanunu ve PTT İdaresi Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında 190 Sayılı KHK. Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılması-na Dair Kanun, RG., Tarih: 29.01.2000, Sayı: 23948.

4 Telsiz Kanunu, RG., Tarih: 07.04.1983, Sayı: 18011.

5 Tasarı halen TBMM gündemindedir, Dönem ve Yasama Yılı: 22/4, Esas Numarası: 1/1120, TBMM Başkanlığına geliş tarihi: 18.10.2005.

ve denetleyici Kurumun⁶ konu açısından konumu da dikkate alınacaktır.

406 sayılı Kanun ve buna dayanan ikincil düzenlemelerde ara bağlantı, iki ayrı telekomünikasyon şebekesi arasındaki telekomünikasyon trafiğinin gerçekleştirilmesini teminen iki şebekenin birbirine irtibatlandırılması olarak tanımlanmıştır⁷. Elektronik Haberleşme Kanunu Tasarısı'nda ise *“bir işletmecinin kullanıcılarının aynı veya diğer bir işletmecinin kullanıcılarıyla irtibatının veya başka bir işletmeci tarafından kullanılan kamu elektronik haberleşme şebekelerinin birbirlerine fiziksel ve mantıksal olarak bağlanması”* olarak ifade edilmiştir⁸.

406 sayılı Kanun'un 10 uncu maddesini değiştiren 4502 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, ara bağlantı telekomünikasyon sektörünün serbest rekabete açılması bakımından büyük önem arz etmektedir. Öyle ki, *“ara bağlantı, liberal bir telekomünikasyon sektörünün can damarlarından biridir, zira ara bağlantı yükümlülüğü net, açık ve güvenceli bir şekilde oluşturulamamış bir sektöre, yeni bir işletmecinin girme ve telekomünikasyon hizmeti sunabilmesi, tüm ana telekomünikasyon şebekesini kendisi kurmadığı müddetçe fiziken ve teknik olarak imkânsızdır”*.

Hal böyleyken, rekabetçi bir telekomünikasyon sektörünün en önemli unsurlarından biri olan ara bağlantı sözleşmelerinin hukuki niteliği konusunda mevzuatımızda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Her ne kadar Türk Telekom'la GSM işletmecileri arasında imzalanmış bulunan ara bağlantı sözleşmelerinin idarî sözleşme olduğuna ilişkin kesinleşmiş yargı kararları bulunsa da, diğer işletmecilerin kendi aralarındaki ara bağlantı sözleşmelerinin de aynı hukuki kaderi mi paylaşacağı sorusunun cevabını henüz tam olarak verilmemiştir. Cevabının bulunması gereken sorulardan bir diğeri de bugün için Türk Telekom'daki kamu payının % 50 oranının altına düşmesi ve telekomünikasyon sektörünün serbestleştirilmesine yönelik çabaların bir sonucu olarak işletmecilerin kendi alt yapılarını kurabilme imkânlarına kavuşturulması karşısında geçmişteki yargı kararlarının dayandığı koşulların ve hukuki zeminin değişip değişmediğidir. Bir üçüncü soru ise, halen sermayesinin tamamı devlete ait olmak üzere kurulan Türksat⁹ ve KEGK¹⁰ ile Türk

⁶ 406 sayılı kanunda 4502 sayılı Kanunla (bkz. yuk. dn. 3) yapılan değişiklikle kurulan Telekomünikasyon Kurumu.

⁷ 406 s.lı Kanun, m.1; Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği, m. 4 (RG, Tarih: 23.05.2003, Sayı: 25116).

⁸ Tasarı, m. 3.

⁹ Türksat Uydu Haberleşme Kablo TV ve İşletme A.Ş.

¹⁰ Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğü.

Telekom ve diğer işletmeciler arasında akdedilecek ara bağlantı sözleşmelerinin, Türk Telekom'un geçmişteki sermaye yapısı nedeniyle verilmiş bulunan yargı kararları kapsamında idarî sözleşme olarak mı değerlendirileceğidir.

Ülkemizde, 406 sayılı Kanun'un Ek 18 inci maddesi ve Katma Değerli Telekomünikasyon Hizmetleri Lisans Yönetmeliği kapsamında, mobil telefon ve katma değerli telekomünikasyon hizmetleri için işletme lisans ve ruhsatı verilmesiyle başlayan telekomünikasyon sektörünün serbestleştirilmesi sürecinde ilk olarak, 27.04.1998 tarihinde Ulaştırma Bakanlığı ile Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri Anonim Şirketi (Telsim) ve Turkcell İletişim Hizmetleri Anonim Şirketi (Turkcell) arasında GSM Pan-Avrupa Mobil Telefon Sisteminin Kurulması ve İşletilmesi ile İlgili Lisans Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmeleri akdedilmiş ve bu sözleşmelerle aynı anda yürürlüğe girmek üzere, 24.04.1998 tarihinde Türk Telekom'la bu iki GSM işletmecisi arasında ayrı ayrı ara bağlantı sözleşmeleri imzalanmıştır. İşbu ara bağlantı sözleşmelerinin konusu, işletmecilerin Türk Telekom'la imzalamış olduğu gelir paylaşımı sözleşmeleri uyarınca kurduğu ve lisans almak suretiyle kurmaya devam edeceği ve işleteceği, GSM mobil telefon şebekesinin santral, baz istasyonu, baz istasyon kontrol istasyonu ve diğer ilgili teçhizatı için, Türk Telekom'un mevcut yer, bina, tesis, kule, enerji, devre, klima ve benzeri alt yapı imkanlarından Katma Değerli Telekomünikasyon Hizmetleri Lisans Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde ve sözleşmedeki koşullarla faydalandırılması ve Türk Telekom şebekesiyle işletmeci şebekesinin karşılıklı yarattığı trafik ile ilgili işletme ve hesaplaşma usûl ve esaslarını belirlemektir.

4502 sayılı Kanununun 2 nci maddesiyle 406 sayılı Kanununun 2 nci maddesine eklenen (c) bendi uyarınca, Türk Telekom'un telekomünikasyon altyapısı ve sabit telefon hizmetleri dâhil tüm tekel hakları 31.12.2003 tarihinden itibaren kaldırılmıştır¹¹. Türk Telekom'un bu yasal "tekel"inin sona ermesini müteakip, Telekomünikasyon Kurumu tarafından birçok sermaye şirketi telekomünikasyon hizmeti sunmak üzere yetkilendirilmiştir¹².

¹¹ 4502 sayılı Kanun'la getirilen "Türk Telekom, telekomünikasyon şebekeleri üzerinden sunulan ulusal ve uluslararası ses iletimini ihtiva eden telefon hizmetlerini, 31.12.2003 tarihine kadar bu Kanun ve görev sözleşmesi çerçevesinde tekel olarak yürütür" şeklindeki düzenlemeyle Türk Telekom'a sağlanan yasal tekel hakkı; 4673 sayılı Kanun'un 2 nci maddesiyle getirilen "Ancak, Türk Telekomdaki kamu payı %50'nin altına düştüğünde, Türk Telekomun tüm tekel hakları 31/12/2003 tarihinden önce de olsa ortadan kalkmış olur" şeklindeki düzenlemenin uygulanmasına olanak kalmadan, 01.01.2004 tarihi itibarıyla sona ermiştir.

¹² Telekomünikasyon Kurumu tarafından, kırk üç işletmeci uzak mesafe telefon hizmeti,

Bu bağlamda, bu işletmeciler de kendi aralarında ve Türk Telekom'la ara bağlantı sözleşmeleri imzalamışlar veya imzalamak için gerekli sürecin içinde dirler.

Ara bağlantı sözleşmelerinin hukuki niteliğindeki belirsizliğin uygulamada yol açtığı sorunların başında, bu sözleşmelerden kaynaklanan ihtilaflarının hangi yargı yolunda çözümleneceği konusu gelmektedir. İkinci olarak ise, söz konusu bu sözleşmelere taraf olmamasına rağmen, düzenleyici ve denetleyici kurumun bu sözleşmelere müdahalesinin hukuki dayanağı ile bu müdahalenin sınırlarının tespit edilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, Telekomünikasyon Kurumu, tarafı olmadığı bir sözleşmenin hükümlerini değiştirebilecek ve bunların yerine yeni hükümler dercedebilecektir midir?

II. Ara Bağlantı Sözleşmesi ve Ara Bağlantı Kavramı

1. Ara Bağlantı Sözleşmesinin Tanımı

Ara bağlantı sözleşmesi açık bir yasal tanımdan yoksundur. 406 sayılı Kanun'da ara bağlantı sözleşmelerine, “*şebekeler arasında ara bağlantı sağlanmasına yönelik olarak işletmeciler arasında yapılacak anlaşmalar, bu Kanuna ve ilgili diğer mevzuata uygun olarak taraflar arasında imzalanır ve gerekli teknik hükümleri, koşulları ve ücretleri de ihtiva eder. Bu tür tüm anlaşmalar ile bunların ekleri ve değişikliklerinin bir tasdikli sureti*¹³ Kurum'a sunulur.” denilmek suretiyle işaret edilmiştir. Bu hükmün ışığında, ara bağlantı sözleşmeleri, ara bağlantının sağlanmasına yönelik olarak işletmeciler arasında imzalanan, ara bağlantının sağlanabilmesi için gerekli hüküm ve koşulları ihtiva eden sözleşmeler olarak tanımlanabilir.

2. Ara Bağlantı Sözleşmesinin Konusu Olarak Ara Bağlantı Kavramı

Yukarıda da belirtildiği üzere, mevzuatımızda¹⁴, iki ayrı telekomünikasyon şebekesi arasındaki telekomünikasyon trafiğinin gerçekleştirilmesini teminen iki şebekenin birbirine irtibatlandırılması olarak tanımlanan ara bağlantı; en basit şekilde iki farklı telekomünikasyon şebekesinin birbirine bağlanması olarak ifade edilebilir. Bu bağlantı, gerçekten de fiziksel bir bağlantıyı zorunlu kılar ki, bu da *ara bağlantı noktaları* diye ifade edilen ve santraller ile diğer şebeke ekipmanlarının bulunduğu noktalarda gerçekleştiril-

yirmi altı işletmeci uydu telekomünikasyon hizmeti, üç işletmeci uydu platform hizmeti, yedi işletmeci GMPCS mobil telefon hizmeti, on sekiz işletmeci karasal hatlar üzerinden veri iletimi hizmeti, kırk iki işletmeci ortak kullanımlı telsiz hizmeti, yüz yirmi iki işletmeci internet servis sağlayıcılığı hizmeti, sunmak üzere yetkilendirilmiştir.

¹³ Bu hükümden, bu sözleşmelerin yazılı şekil şartına tâbi bulunduğu sonucu hemen çıkarmak mümkündür.

¹⁴ 406 s.lı Kanun, m.1; 25.05.2003 tarihli Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği, m. 4.

rilir. Bu sayede farklı iki şebekenin birbirleriyle sinyalleşebilmesi ve bu şebekelerden hizmet alanların da birbirleriyle haberleşebilmesi sağlanır. Bu nedendir ki, ara bağlantı, telekomünikasyon sektöründe serbestleşmenin ve rekabetin sağlanması ve sürdürülebilmesi açısından çok önemlidir. Keza, ara bağlantının gerçekleştirilemediği bir telekomünikasyon sektörüne, yeni işletmecilerin de katılması ve hizmetlerini sunabilmeleri çok güçtür. Çünkü sektöre yeni giren işletmeciler, şebekelerinin henüz yaygınlaşmadığı ve buna paralel olarak da abone sayılarının yeterli bir seviyeye ulaşmadığı dönemde, bu olumsuz durumu, en azından bu dönemde sahip oldukları abonelerin diğer şebekelerin aboneleriyle makul fiyatlarla haberleşebilmelerini sağlayarak gidermek isterler. Buna karşın, yerleşik işletmeciler ise, müstakbel rakipleri için temel girdi niteliğindeki ara bağlantı tarifelerini yükselterek, bunların maliyetlerini artırmak ve bu sayede kendi son kullanıcı tarifeleri karşısında bunların rekabet gücünü ve abone edinebilme ihtimalini azaltma yoluna gidebilir. Birçok ülkede, yeni işletmecilerin sektörde tutunamamalarının en önemli nedenlerinden biri de yerleşik işletmecilerle ara bağlantı sağlayamamalarıdır. Bu nedenlerle, sektöre yeni girecek işletmecilerin, makul şartlarla ara bağlantı sağlayabilmeleri ihtiyacı, bu konudaki düzenlemeleri zorunlu kılmıştır.

Mevzuatımızdaki ara bağlantı tanımı, ara bağlantı için iki ayrı telekomünikasyon şebekesinin varlığını aramaktadır. Bunun dolaylı bir sonucu olarak, ara bağlantı için iki farklı işletmecinin mevcut olması gerekir. Başka bir ifadeyle, birbirinden farklı telekomünikasyon şebekelerine sahip bir işletmeci de ara bağlantıdan beklenen faydaların sağlanmasını teminen, bu iki şebekesi arasında ara bağlantı tesis edebilir.

Ara bağlantının fiziksel ve mantıksal bir bağlantıyı zorunlu kılması ve ara bağlantı için birden fazla işletmecinin gerekmemesi, zaman içerisinde ara bağlantının tanımının değişmesine yol açmış ve Avrupa Birliği'nin ara bağlantıya ilişkin direktifinde¹⁵, ara bağlantı şebeke işletmecileri arasında uygulanan özel bir erişim türü olarak düzenlenmiş ve bir işletmecinin kullanıcılarının aynı veya farklı bir işletmecinin kullanıcılarıyla haberleşmeleri veya diğer bir işletmeci tarafından sağlanan hizmetlere erişim için, aynı veya farklı bir işletmeci tarafından kullanılan kamu elektronik haberleşme ağlarının fiziksel ve mantıksal irtibatlandırılması olarak tanımlanmıştır. Bu tanım, telekomünikasyon sektörümüzün de Avrupa Birliği mevzuatına uyum sürecinde önemli bir aşamayı oluşturan Elektronik Haberleşme Kanunu Tasarısı'nda da benimsenmiştir. Bu bağlamda, Elektronik Haberleşme Kanunu

15 2002/19/EC

Tasarısı'nda ara bağlantı, "bir işletmecinin kullanıcılarının aynı veya diğer bir işletmecinin kullanıcılarıyla irtibatının veya başka bir işletmeci tarafından kullanılan kamu elektronik haberleşme şebekelerinin birbirlerine fiziksel ve mantıksal olarak bağlanması" olarak tanımlanmıştır. Direktifteki düzenlemenin çevirisi mahiyetindeki bu tanımın, mevzuatımızdaki ara bağlantı tanımından, yukarıda belirtilen unsurlar yönünden açıklayıcı mahiyette bulunmasının dışında herhangi bir farklılığı bulunmamaktadır.

3. Ara Bağlantı Sözleşmelerinin Tarafları

Ara bağlantı sözleşmelerinin sadece "işletmeciler" arasında imzalanabilmesinin öngörülmüş olması, 406 sayılı Kanun'un 2 nci maddesinin (a) fıkrasında ifadesini bulan yetkilendirilmeksizin telekomünikasyon hizmeti sunulamayacağına ilişkin genel ilkenin bir sonucudur. Buna karşın, 406 sayılı Kanun'un aynı maddesinde, kişisel telekomünikasyon tesisleri ile kamu kurum ve kuruluşlarının münhasıran verdikleri hizmetler ile ilgili olarak özel kanunları uyarınca kurdukları telekomünikasyon tesislerinin bu genel ilkenin istisnaları niteliğinde bulunduğu hükme bağlandığı gibi, bunlar için de ara bağlantı sözleşmesi imzalanabileceği ayrıca belirtilmiştir. Bu nedenle, mevcut mevzuat kapsamında ara bağlantı sözleşmesinin taraftı olmak için mutlak suretle işletmeci sıfatını haiz olmak gerekmemektedir. Burada önemle belirtilmesi gereken bir diğer husus da, mevzuatımızda yer alan işletmeci tanımından kaynaklanmaktadır. 406 sayılı Kanun'da ve buna dayanan ikincil mevzuatta *işletmeci*, "yetkilendirilmek suretiyle telekomünikasyon hizmetleri yürüten ve/veya telekomünikasyon altyapısı işleten bir sermaye şirketi" olarak tanımlanmıştır¹⁶. Oysa özel kanunlarındaki istisnai düzenlemelerine istinaden, sermaye şirketi şeklinde örgütlenmemiş olmalarına rağmen Kurum tarafından yetkilendirilerek telekomünikasyon alt yapısı işleten ve telekomünikasyon hizmeti sunan kuruluşlar da mevcuttur¹⁷. Bunlara örnek olarak, KEGKİ gösterilebilir. Mevcut işletmeci tanımından hareket edildiğinde, işletmecilere ilişkin hak ve yükümlülüklerin bu Genel Müdürlük bakımından geçerli olmayacağı dahi düşünülebilir. Bu durumda, işletmeci tanımına sermaye şirketi şeklinde örgütlenmemesi nedeniyle girmeyen bu Genel Müdürlüğün sunduğu hizmetlere ilişkin olarak ara bağlantı sözleşmesi de imzalamaması gündeme gelir. Ancak, özel Kanununda kendisine verilen görevler ile Telekomünikasyon Kurumuyla arasında imzalaması öngörülen "görev sözleşmesi" gereğince üstlendiği kamu hizmetlerinin sunulması bakımından

¹⁶ 406 s.lı Kanun m.1.

¹⁷ Türk Telekom'daki kamu payı %50'nin altına düşmesi karşısında, ara bağlantı sözleşmelerinde taraf olarak yer alıp aynı zamanda kamu idaresi niteliğini taşıyan kuruluşlar olarak artık sadece Türksat ile KEGKİ kalmıştır.

zorunlu olduğundan, adı geçen Genel Müdürlüğün ara bağlantı sözleşmesinin tarafı olabileceğinde tereddüt etmemek gerekir¹⁸.

4. Ara Bağlantı Sözleşmesinin Konusu

Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde¹⁹ “referans ara bağlantı tekli-fi”nde yer alması gereken asgari hususlar ayrıntılı olarak belirtilmiş olup, bunların ara bağlantı sözleşmelerinde de yer alması gerektiği söylenebilir. Bunlar; tarafların hak ve yükümlülükleri, mülkiyet hakları, gizliliğin korunması, sözleşmenin süresi ve yeniden müzakere koşulları, taraflardan herhangi birinin şebekesinde veya sunulan hizmetlerde değişiklik yapılması önerildiğinde izlenecek yöntemler, ara bağlantı hizmetlerinin tanımı ve kapsamı, gerekli şebeke ve transmision unsurları, ara bağlantının sunulduğu erişim noktaları, test prosedürleri, biçimlendirmeye ilişkin hususlar, ortak yerleşim

¹⁸ Elektronik Haberleşme Kanunu Tasarısı da bu sorunlardan bir kısmını çözümlenmeye çalışırken, başka yeni sorunlar da getirmeye müsaittir. Zira, adı geçen Tasarının 42 nci maddesinde “Deniz taşıularının kara ile haberleşmesini sağlayan sahil telsiz istasyonları ile deniz seyruşefe sistemlerinin kurulması ve işletilmesi Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğünce Kurum tarafından herhangi bir yetkilendirmeye tâbi olmaksızın yürütülür” hükmüne yer verilmek suretiyle KEGKİ'nin yetkilendirilmeksizin hizmet sunacağı kabul edilmektedir. Bu durum, yetkilendirmelerin, kamu hizmetinin özel bir teşebbüs tarafından ticari amaçlar gözetilerek yürütülmesini temel alması ve KEGKİ'nin, herhangi bir ticari yarar gözetmeksizin bir kamu hizmetini ifa eden kamu iktisadi teşebbüsü statüsünde bulunması karşısında doğru kabul edilse de işletmeci tanımından kaynaklanan yukarıda ki sorunu çözmekten uzaktır. Ayrıca, Tasarı'nın Geçici 2 nci maddesinde yer alan imzalanmış olan görev sözleşmelerinin mevcut hükümleri uyarınca geçerliliklerini devam ettireceklerine ilişkin düzenlemenin de bu bağlamda ayrı bir tartışma konusu yaratabileceği görülmektedir. Elektronik Haberleşme Kanunu Tasarısı'nın kanunlaşması halinde gündeme gelebilecek bir diğer sorun da, Tasarı'da 406 sayılı Kanun'daki istisnalardan da geniş olarak, Telekomünikasyon Kurumu tarafından belirlenecek usûl ve esaslar çerçevesinde, şebeke, alt yapı veya hizmetin yetkilendirmeye tabi olmadığı tespit edilebileceğinin düzenlenmesine karşın, 406 sayılı Kanun'dan farklı olarak, bunların da ara bağlantı sözleşmesi imzalayabileceğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesidir. Keza, Tasarı'da işletmeci tanımı, 406 sayılı Kanun'a paralel olarak korunmakta ve bu tanımda “yetkilendirme” unsuru özellikle aranmaktadır. Bu nedenle, herhangi bir şekilde yetkilendirilmemiş bulunanların, işletmeci tanımı içerisinde mütalaa edilmeleri güçtür. Bu da başka bir takım sorunları gündeme getirmektedir. Şöyle ki, Tasarı'da ara bağlantı yükümlülüğü işletmeciler için düzenlenmiş olup, tüm işletmecilerin talep gelmesi halinde birbirleriyle ara bağlantı müzakerelerinde bulunma yükümlülüğü de ayrıca düzenlenmiştir. Bu cümleden olarak, hem ara bağlantının tanımının “işletmeci” unsuru üzerine kurulu bulunması hem de, yetkilendirilmeksizin hizmet sunulabilmesinin düzenlenmiş bulunmasına karşın, bu şekilde hizmet sunacakların ara bağlantılarının ne şekilde sağlanacağına ilişkin olarak bir düzenlemeye yer verilmemesi ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkacaktır. Kanımızca, 406 sayılı Kanun'daki düzenlemeye paralel olarak, bunların da ara bağlantı müzakerelerinde bulunabilmeleri gerekmekte ve bu husustaki bir düzenlemeye de ihtiyaç bulunmaktadır.

¹⁹ RG, T.: 29.06.2005, S.: 25860.

noktalarına ilişkin bilgiler, ortak yerleşim noktalarına ilişkin fiziksel, uzaktan ve sanal ortak yerleşim gibi seçenekler, ortak yerleşime konu ekipmanların özellikleri ve kısıtları, ortak yerleşim noktalarının güvenliğini sağlamak üzere alınacak önlemler, ortak yerleşim hizmetinden yararlanan işletmecinin personelinin ortak yerleşim noktalarındaki ekipmanlarına erişim koşulları, ortak yerleşim yerinin kısıtlı olduğu hallerde yer paylaşımında uygulanacak esaslar, ortak yerleşime uygun yerin mevcut olup olmadığının kontrolüne ilişkin esaslar, ücretler, ödemeler ve faturalama prosedürleri, talep tahminlerine ilişkin hususlar, siparişlerin iptal edilmesi halinde uygulanacak yaptırımlar, şebeke bütünlüğü ve güvenliğine ilişkin hususlar, hizmet kalitesinin sağlanması, arızaların giderilmesine yönelik prosedürler, kullanılacak ekipmanın teknik özellikleri ve tabi olacağı standartlar, sinyalleşme, trafik veya şebeke yönetimi gibi işleme ilişkin hususlardır.

Bu hususlardan en önemlisi, hiç şüphesiz ara bağlantı ücretleridir. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu konu sektöre yeni girecek işletmeciler açısından hayati önemi haizdir. Bunun dışında, ara bağlantı noktaları, hizmet kalitesi, numara taşınabilirliği, uzlaşmazlıkların çözümü, ortak yerleşim, tesis paylaşımı, taşıyıcı ön seçimi, faturalama gibi teknik ve ekonomik unsurlar da çok önemlidir.

Ara bağlantı sözleşmelerinin içerdiği bu hususlar, teknik detaylar ve bunlara ilişkin mevzuat kapsamındaki düzenleyici işlemler, ayrı bir inceleme konusu yapılacak kadar önemli konulardır. Ancak, çalışmamızın kapsamı gözetildiğinde, ara bağlantı sözleşmelerinin hukuksal boyutuna yoğunlaşmak, sair konuları ise ancak bu bağlamda gerekli oldukları ölçü ve kapsamda ele almak gerekmektedir. Bu noktada – ara bağlantı sözleşmelerinin hukuki niteliğinin anlaşılmasına yardımcı olacak konulardan birisi olarak – bu sözleşmelerin Türk Hukukunda ilk ortaya çıkışları ve bugüne kadar yaşanan süreç üzerinde kısaca durmak faydalı olacaktır.

III. Ara Bağlantı Sözleşmelerinin Türk Hukukundaki Tarihi Gelişimi

Türk Hukukunun ara bağlantı sözleşmeleri ile tanışması – dünya örneklerine paralel olarak – mobil telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin yetkilendirilmelerin yapılmasıyla eşzamanlı olarak gerçekleşmiştir. Nitekim ülkemizdeki ilk ara bağlantı sözleşmeleri Türk Telekom ile Turkcell ve Türk Telekom ile Telsim arasında imzalanmıştır.

Konuya ilişkin ilk yasal düzenleme ise, 406 sayılı Kanun'da 4502 ve 4673 sayılı Kanunlarla yapılan değişikliklerle gerçekleşmiştir²⁰.

²⁰ Elektronik Haberleşme Kanunu Tasarısı da bu rejimi kısmen devam ettirmekte ve ara bağlantı kavramını erişim kavramı kapsamında değerlendirmektedir.

406 sayılı Kanun'da 4502 ve 4673 sayılı Kanunlarla yapılan değişikliklerden önce; 406 sayılı Kanun'un 4000 sayılı Kanun'la değişik 1 nci maddesinde, "*Posta ve telgraf tesis ve işletmesine ilişkin hizmetler T.C. Posta İşletmesi Genel Müdürlüğünce, telekomünikasyon hizmetleri ise Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi tarafından yürütülür.*" hükmü yer almakta ve söz konusu hüküm gereğince tüm telekomünikasyon hizmetleri, devlet adına tekel olarak Türk Telekom tarafından yürütülmekteydi.

406 sayılı Kanun'un Ek 18 nci maddesinin 1 nci fıkrasında, "Bakanlık, mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım ve benzeri katma değerli hizmetler konularında sermaye şirketlerine tekel oluşturmayacak koşulları da dikkate almak suretiyle işletme lisans ve ruhsatı (sermaye şirketlerinin devralacakları ve bizzat kuracakları tesislerin işletilmesine yönelik olarak) verebilir." hükmü, anılan maddenin 7 nci fıkrasında, "Ulaştırma Bakanlığı, Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketinin önerisi üzerine lisans verilecek katma değerli telekomünikasyon hizmetini ve bununla ilgili gerekli görülen nitelik ve şartları Özelleştirme İdaresi Başkanlığına bildirir. Lisans değeri, yurt dışı emsal lisans satışlarında kullanılan yöntemler esas alınarak bu Kanundaki esaslara göre değer tespit komisyonlarınca belirlenir." hükmü, 4161 sayılı Kanun'la 406 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 6 ncı maddede de "*10.06.1994 tarihli ve 4000 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce katma değerli telekomünikasyon hizmetleri kapsamında PTT İşletmesi Genel Müdürlüğü ile imzalanmış ve lisans sözleşmesine dönüştürülmesi öngörülmüş, gelir paylaşımı esasına dayalı sözleşmelerin her birinin, lisans sözleşmelerine dönüştürülmesine bu sözleşmelerdeki lisans esasına geçişle ilgili hükümler saklı kalmak üzere Bakanlar Kurulunca karar verilebilir.*"

Danıştay'ın incelemesinden geçirildikten sonra Bakanlık ile firmalar arasında lisans sözleşmesi imzalanır." hükmü yer almaktaydı.

406 sayılı Kanun'a 4161 sayılı Kanun'la eklenen Geçici 6 ncı maddede yer alan "*bu sözleşmelerdeki lisans esasına geçişle ilgili hükümler saklı kalmak üzere*" ibaresi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş²¹ ve söz konusu iptal kararı üzerine, 406 sayılı Kanun'un Ek 18 nci maddesinin 7 nci fıkrasında yer alan hüküm gereğince değer tespit komisyonu tarafından tespit edilen lisans değeri esas alınarak, konuya ilişkin mevzuatta ve Katma Değerli Telekomünikasyon Hizmetleri Lisans Yönetmeliği'nde yer alan hükümler gereğince hazırlanan ve Danıştay ön denetimini müteakip onaylanan imtiyaz

²¹ Anayasa Mahkemesi'nin 23.1.1997 tarihli ve E. 1996/57, K. 1997/3 sayılı kararı (RG, Tarih: 11.10.2000, Sayı: 24197).

sözleşmeleri 27.04.1998 tarihinde Ulaştırma Bakanlığı ile Telsim ve Turkcell arasında imzalanarak yürürlüğe girmiştir²².

Katma Değerli Telekomünikasyon Hizmetleri Lisans Yönetmeliği'nin "İşletmecilerin Türk Telekom'a Yönelik Talepleri" başlıklı 6 ncı bölümünün "Taleplerin Karşılanması" başlıklı 45 nci maddesinde, "*İşletmeciler, Türk Telekom'un sahibi olduğu yer, sistem, bina, tesis ve diğer hizmetlerinden olanaklar dâhilinde ve ücreti karşılığında yararlandırılır.*

Eğer, taraflar anlaşmazlığa düşerse Bakanlık anlaşmanın sonuçlandırılması için gerekli tedbirleri alır." hükmü, "Taleplerin Karşılanma Yöntemi" başlıklı 46 ncı maddesinde, "İşletmeci lisans konusu hizmetin yürütülmesi amacıyla ara bağlantılar dahil ihtiyaç duyacağı transmisyon irtibatlarını kendisi kuramaz, kurduramaz ve işletemez. İşletmeci ara bağlantılar da dahil ihtiyaç duyacağı transmisyon irtibatlarını Türk Telekom işletme usul ve esasları ve tarifeleri dahilinde münhasıran Türk Telekom'dan ücreti karşılığı kiralar.

Ancak, Türk Telekom'un imkanının olmadığı yerlerde veya yetersiz kaldığı durumda sadece lisans konusu hizmetin yürütülmesine yönelik ve kapasitesi o hizmetin gereksinimi ile sınırlı ve mevcut şebeke şartlarına uygun olmak ve Bakanlık'tan izin almak kaydı ile işletmeci altyapı tesislerini ve iletişimi kurabilir." hükmü yer almaktadır²³. Keza konu imtiyaz sözleşmelerinin 27 ve 28 nci maddelerinde de ayrıca düzenlenmiştir²⁴.

Söz konusu bu mevzuat ve imtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde hazırlanan ara bağlantı sözleşmeleri, imtiyaz sözleşmeleri ile aynı anda yürürlüğe girmek üzere, 24.04.1998 tarihinde Telsim ve Turkcell ile Türk Telekom arasında ayrı ayrı imzalanmıştır²⁵.

22 Bu sözleşmeler, tüm Kara Avrupası sistemini benimsemiş ülkelerde olduğu gibi, ülkemizde de idari sözleşme olarak nitelendirilmekte ve bu sözleşmelerin kuruluş aşaması da dâhil her aşamasında yargı kararlarıyla şekillenmiş idari imtiyaz rejimi uygulanmaktadır.

23 Bu düzenlemelerde yer alan şebekeler arası irtibat ve işbirliği sözleşmeleri, mevzuatımızdaki ara bağlantı sözleşmelerine karşılık geldiğinden ve kavram birliğini teminen, çalışmalarımızda "ara bağlantı sözleşmesi" ifadesi tercih edilmektedir.

24 Ara bağlantı sözleşmeleri ile imtiyaz sözleşmeleri arasındaki zorunlu irtibat, ara bağlantı sözleşmelerinin feshine ilişkin 26 ncı maddelerinde de mevcuttur; öyle ki, adeta ara bağlantı sözleşmelerinin kaderi imtiyaz sözleşmesinin kaderine bağlanmıştır.

25 Düzenlenme tarzı itibarıyla bu sözleşmeler, Katma Değerli Telekomünikasyon Hizmetleri Lisans Yönetmeliği, imtiyaz sözleşmelerinin ilgili hükümleri ile yukarıda açıklanan hükümler ve diğer ilgili mevzuatta yer alan hükümler gözetilerek, uygulamada, karşılıklı hizmete ve Türk Telekom tarafından işletmecilere sunulacak hizmetlere ilişkin şartların belirlenmesine yönelik bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, bu sözleşmeler dönemindeki mevzuata uygun olarak, imtiyaz sözleşmelerinin esaslı unsuruna ve imtiyazların uygu-

IV. Ara Bağlantı Sözleşmelerine İlişkin Yargı Kararları ve Bu Kararların Değerlendirilmesi

1. Ara Bağlantı Sözleşmelerinin Yargı Sürecine Taşınması

İmtiyaz sözleşmeleri ile aynı anda yürürlüğe girmek üzere, 24.04.1998 tarihinde Telsim ve Turkcell ile Türk Telekom arasında ayrı ayrı imzalanan ara bağlantı sözleşmelerinin yargı önüne taşınmaları ve yargı organlarının bu sözleşmelere ilişkin olarak ilk kez değerlendirme yapma imkanına sahip olmaları, sözü edilen sözleşmelerin iptal istemiyle Elektrik Mühendisleri Odası tarafından Türk Telekom aleyhine açılan dava sayesinde gerçekleşmiştir²⁶. Dava dosyası önüne gelen Danıştay 10 uncu Dairesi, 11.03.1999 tarihli ve E. 1998/6754, K. 1999/830 sayılı kararıyla, bu davanın genel görevli idare mahkemesinde görülüp çözümlenmesi gerektiğinden bahisle, görev yönünden davanın reddine karar vermiştir. Bu kararın gerekçesinde “*Lisans Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesinden sonra bu sözleşmenin uygulanmasına yönelik verdiği yetkiye dayalı olarak imzalanan Şebekelerarası İrtibat ve İşbirliği Sözleşmesinin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olmayan idari sözleşme olduğu*” yönünde bir tespiti de yer verilmiştir.

Bu karar üzerine, söz konusu dava Ankara 9 uncu İdare Mahkemesi'nin E.1999/577 sayılı dosyası üzerinden görülmeye başlanılmıştır. Bu davanın sonucunda verilen 04.10.2000 tarihli ve E. 1999/577, K. 2000/831 sayılı kararla ara bağlantı sözleşmelerinin taraflarının karşılıklı trafik nedeniyle abonelerinden tahsil ettikleri gelirlerin paylaşımına ilişkin bölümü kamu yararına aykırı bulunarak iptal edilmiştir. İptal kararının gerekçesinde, imtiyaz sözleşmesinin konusunun bir kamu hizmetinin gerçek veya tüzel kişilere idarece kamu yararı çerçevesi içinde gördürülmesi olduğu, imtiyaz sözleşmelerine dayalı olarak yapılan idari sözleşmelerin de kamu yararına aykırı hükümler içermemesi gerektiği, buna karşın ara bağlantı sözleşmelerinin çağrı sonlanma ücretleriyle ilgili bölümünün tarafların birbirlerine yapacakları ödemelerin simetrik düzenlenmemesi nedeniyle kamu yararına aykırı bulunduğu hususlarına yer verilmiştir. Bu karar, taraflarca temyiz edilmediğinden, Danıştay incelemesinden geçmeksizin kesinleşmiştir.

Bunun üzerine Türk Telekom, ara bağlantı gelirlerinin paylaşımında – söz konusu bu davanın tarafı olmasalar da – ara bağlantı sözleşmelerinin diğer tarafını teşkil eden Turkcell ve Telsim şirketlerini, temyiz denetiminin geçmeksizin kesinleşen bu kararın gerekçesinde ifade edilen – simetrik –

lanmasına ilişkindir.

²⁶ Danıştay 10 uncu Dairesi'nin E.1998/6754 sayılı dosyası.

şekildeki bir hesaplama doğrultusunda uygulama yapmaya davet etmiştir. Adı geçen şirketler bu teklifi benimsememiş ve Türk Telekom tarafından gerçekleştirilecek böyle bir uygulamanın durdurulmasını sağlamak için ihtiyati tedbir talebiyle Ankara Asliye 7 nci Ticaret Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. Adı geçen mahkeme Turkcell²⁷ ve Telsim²⁸ yönünden, ayrı ayrı verdiği kararlarda, *taraflar arasında yeni bir sözleşme (düzenleme) yapılana kadar taraflar arasında paylaşım esasına ilişkin süre gelen uygulamanın eskisi gibi devamına ve Türk Telekom'un talebine konu uygulamanın durdurulmasına hükmetmiştir.*

Bilahare Turkcell şirketi *menfi tespit ve ihtiyati tedbirin esas hakkındaki kararın kesinleşmesine kadar devamı talebiyle* Ankara 1 nci Asliye Ticaret Mahkemesinde dava açmıştır²⁹. Adı geçen mahkeme, bu davada, Ankara Asliye 7 nci Ticaret Mahkemesi'nin sözü edilen ihtiyati tedbir kararının kaldırılmasına karar vermiştir. Bu – kaldırma – kararına istinaden Türk Telekom'un daha önce tedbirene durdurulan uygulamayı tekrar başlatmak istemesi üzerine, Turkcell, bu defa menfi tespit, muarazanın giderilmesi ve ihtiyati tedbir talebiyle Ankara Asliye 7 nci Ticaret Mahkemesi'nde yeni bir dava daha açmıştır³⁰. Adı geçen mahkeme bu dava münasebetiyle bu dava münasebetiyle bir kez daha ihtiyati tedbire hükmetmiş³¹ ve esasa ilişkin incelemesini de – daha önce Ankara Asliye 1 inci Ticaret Mahkemesinde açılmış olan davadan erken – sonuçlandırarak davanın kabulüne³² karar vermiştir³³.

Bu kararın Türk Telekom tarafından temyiz edilmiş edilmesi üzerine dosya kendisine gelen Yargıtay 19 uncu Hukuk Dairesi, ara bağlantı sözleşmesinin bir **idari sözleşme** olduğu, bu sözleşmenin paylaşımına ilişkin madde-

27 Ankara Asliye 7 nci Ticaret Mahkemesi, 29.11.2000 T., E.2000/1249 D.İş, K.2000/1249 D.İş.

28 Ankara Asliye 7 nci Ticaret Mahkemesi, 29.11.2000 T.,E.2000/1224 D. İş, K.2000/1224 D. İş

29 Ankara Asliye 1 inci Ticaret Mahkemesi, E.2000/989.

30 Ankara Asliye 7 nci Ticaret Mahkemesi, 27.02.2001 T., E.2001/152.

31 Ankara Asliye 7 nci Ticaret Mahkemesi, 27.02.2001 T., E.2001/152.

32 Ve bu arada "ara bağlantı sözleşmesinin iptal edilen bölümünün taraflarca yeniden düzenlenmesi ve bu düzenleme yapıncaya kadar sözleşmenin iptal edilen bölümünden kaynaklanan muarazanın süregelen uygulamanın aynen devamı suretiyle giderilmesine ve 27.02.2001 tarihli ve E.2001/152 sayılı ihtiyati tedbir kararının hüküm kesinleşinceye kadar devamına" da hüküm fıkrasında yer vermiştir.

33 Ankara Asliye 7 nci Ticaret Mahkemesi, 15.11.2001 T., E.2001/152, K.2001/733 sayılı kararı (karar yayımlanmamıştır).

sinin idare mahkemesince kamu yararı nedeniyle iptalinden sonra iptal edilen hükümde öngörülen düzenleme ile ilgili uyumsuzlukta **idari yargının** görevli olduğunun kabulü gerekeceği, mahkemece uyumsuzlukta idari yargının görevli olduğu düşünülmeden işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmediği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur³⁴. Bozma kararına karşı yapılan karar düzeltme talebi de reddedilmiştir³⁵.

Bunun üzerine dosya kendisine gelen Ankara 7 nci Asliye Ticaret Mahkemesi daha önce vermiş olduğu ihtiyati tedbir kararını kaldırmış, ancak, önceki kararında da ısrar etmiştir³⁶.

Israr kararının temyizi üzerine dosyayı ele alan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu kararı şu gerekçeyle bozmuştur³⁷: “iptal davaları objektif ve genel nitelikte olduğundan, iptal hükmü o davanın tarafları yanında iptal edilen tasarrufla ilgisi olan herkesi ve her durumu kapsar. Anayasanın 138/son maddesi hükmü karşısında, kesinleşen İdare Mahkemesi kararının, yasama ve yürütme organları ile bütün mahkemeleri ve davanın tarafları yanında, iptal edilen sözleşme hükümleriyle ilgisi olan GSM işletmecisini de bağlayacağı açıktır. Bu durumda, GSM işletmecisi ile Türk Telekom arasında akdedilen ara bağlantı sözleşmesinin, çağrı sonlanma ücretlerine ilişkin esasları düzenleyen bölümünün İdare Mahkemesince iptal edilmesi sonucu idari sözleşmede oluşan boşluk nedeniyle doğan uyumsuzluğun çözümünde idari yargının görevine gireceği belirgindir.”

Bu karar doğrultusunda hüküm veren ilk derece mahkemesi de³⁸ “idare mahkemesinin iptal kararından sonra, idari sözleşmede oluşan boşluk nedeniyle doğan uyumsuzluğun çözümünde **idari yargı** görevli olacağı” gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir³⁹.

34 Yargıtay 19 uncu Hukuk Dairesi, 19.12.2002 T., E. 2002/2819, K. 2002/7935 (karar yayımlanmamıştır).

35 Yargıtay 19 uncu Hukuk Dairesi, 30.05.2003 T., E.2003/4399, K. 2003/5818 (karar yayımlanmamıştır).

36 Ankara 7 nci Asliye Ticaret Mahkemesi, 17.07.2003 T., E.2003/444, K.2003/516 (karar yayımlanmamıştır).

37 Yargıtay HGK, 25.02.2004 T., E. 2004/19-64, K. 2004/102 (karar yayımlanmamıştır).

38 Ankara 7 nci Asliye Ticaret Mahkemesi, 27.05.2004 T., E. 2004/271, K. 2004/266 (karar yayımlanmamıştır).

39 Diğer taraftan, Türk Telekom da Turkcell aleyhine Ankara Asliye 4 üncü Ticaret Mahkemesi'nin E.2001/729, Ankara Asliye 2 nci Ticaret Mahkemesi'nin E.2002/733 ve Ankara Asliye 4 üncü Ticaret Mahkemesi'nin E.2003/538 sayılı dosyaları üzerinden, Ankara 9 uncu İdare Mahkemesi'nin 04.10.2000 tarih ve E. 1999/577, K.2000/831 sayılı kararı

Bu arada Telsim tarafından, yukarıda sözü edilen⁴⁰ ihtiyati tedbir kararının devamı ve menfi tespit talepleriyle açılan davada Ankara Asliye 7 nci Ticaret Mahkemesi aşağıdaki gerekçeyle davanın (kısmen) reddine karar vermiştir⁴¹: “Öncelikle taraflar arasındaki sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi mi yoksa, idari sözleşme mi olduğunun tespiti gerekmektedir.

İmtiyaz sözleşmesinin 27. maddesinde Türk Telekom A.Ş. ile işletmeci Telsim A.Ş. arasındaki ilişkilerin Şebekeler Arası İrtibat ve İşbirliği Sözleşmesi ile düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Bu hüküm uyarınca, 24.04.1998 tarihinde dava konusu olan Şebekeler Arası İrtibat ve İşbirliği Sözleşmesi imzalanmıştır.

İdari sözleşme taraflardan birisini, kamu idaresinin teşkil ettiği, konusunun kamu hizmeti olduğu ve kamu idaresine bir takım hak ve yetkiler tanıyan sözleşme olarak tanımlanır. Sözleşmenin imzalandığı tarihte, Türk Telekom 233 Sayılı K.H.K. ye tabi, Kamu İktisadi teşekkülüdür. Bu tarihte taraflardan birisi kamu idaresidir. Telekomünikasyon hizmeti ise bir kamu hizmeti niteliğindedir. Ayrıca sözleşme kamu imtiyaz sözleşmesinin hükmü gereğince düzenlenmiş olup, özel hukuk sözleşmelerinin en önemli unsuru olan irade serbestisi bu sözleşmenin kurulmasında rol oynamamıştır. Sözleşmenin 26.maddesinde Bakanlığa tanınan fesih yetkisi de bu sözleşmenin bir idari sözleşme olduğunu ortaya koymaktadır.

Danıştay, 10. Dairesinin, 11.03.1999 tarihli, 6754/830 sayılı kararında, “lisans verilmesine ilişkin imtiyaz sözleşmesinden sonra, bu sözleşmenin uygulanmasına yönelik ve verdiği yetkiye dayalı olarak imzalanan dava ko-

uyarınca hesapladığı ve Ankara Asliye 7 nci Ticaret Mahkemesi'nin 27.02.2001 tarih ve E.2001/152 sayılı ihtiyati tedbir kararı nedeniyle tahsil edemediği alacaklarının tahsili, muarazanın men'i, verilecek kararın ara bağlantı sözleşmesinin iptal edilen bölümünün yerine geçeceğinin ve uygulamanın da buna göre yapılacağına hüküm altına alınması talepleriyle dava açmıştır. Bu davaların hepsi, Turkcell tarafından Türk Telekom aleyhine açılan ilk dava olan Ankara Asliye 1 nci Ticaret Mahkemesi'nin E.2000/989 sayılı dosyası ile birleştirilmiş ve 16.06.2004 tarihli ve 5189 sayılı Kanun'un 5 nci maddesiyle 406 sayılı Kanun'a ilave edilen Ek 34 üncü maddede yer alan “Türk Telekomun, kaynağına ve yargıya intikal edip etmediğine bakılmaksızın, tüm alacaklarının, yargı kararıyla kesinleşenler hariç olmak üzere, sulhen tahsili hususunda, Bakanlar Kurulu tarafından belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde Ulaştırma Bakanlığı yetkilidir.” hükmüne dayanan 18.08.2004 tarihli ve 2004/7806 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ve buna dayanan düzenlemeler çerçevesinde taraflar arasında imzalanan sulh sözleşmesinin anılan Mahkemeye sunulması üzerine verilen 27.01.2005 tarih ve E. 2000/989, K. 2005/15 sayılı kararı ile (karar yayımlanmamıştır) sulh nedeniyle çözüme kavuşturulmuştur.

⁴⁰ Ankara 7 nci Asliye Ticaret Mahkemesi, 29.11.2000 T., E.2000/1224 D. İş, K.2000/1224 D.İş.

⁴¹ Ankara Asliye 7 nci Ticaret Mahkemesi 25.09.2003 T., E.2000/986, K.203/581 (karar yayımlanmamıştır)

nusu, Şebekeler Arası İrtibat ve İşbirliği Sözleşmesinin, İmtiyaz Sözleşmesi niteliğinde olmayan İdari Sözleşme olduğu, çıkan uyuşmazlığın 2575 Sayılı Yasanın 24.maddesi uyarınca, genel görevli İdare Mahkemesinde çözümlenmesi gerektiği” belirtilmiştir.

Bu nedenlerle, Şebekeler Arası İrtibat ve İşbirliği Sözleşmesi İdari mahiyette bir sözleşme olup, bu sözleşmenin paylaşımına ilişkin maddesinin İdare Mahkemesinde, kamu yararı nedeniyle iptalinden sonra, iptal edilen hükümde öngörülen düzenleme ile ilgili uyuşmazlıkta İdari Yargı Mahkemeleri görevlidir.”⁴²

Söz konusu bu karar Yargıtay 19 uncu Hukuk Dairesi tarafından onan-

42 Bu arada, Türk Telekom tarafından, Ankara Asliye 3 üncü Ticaret Mahkemesi'nin E.2001/778, Ankara Asliye 4 üncü Ticaret Mahkemesi'nin E.2002/730 ve Ankara Asliye 5 nci Ticaret Mahkemesi'nin E.2003/543 sayılı dosyaları üzerinden, Ankara 9 uncu İdare Mahkemesi'nin 04.10.2000 tarih ve E. 1999/577, K.2000/831 sayılı kararı uyarınca hesapladığı ve Ankara Asliye 7 nci Ticaret Mahkemesi'nin 29.11.2000 tarihli ve E.2000/1224 D. İş, K.2000/1224 D.İş sayılı ihtiyati tedbir kararı nedeniyle tahsil edemediği alacaklarının tahsili, muarazanın men'i, verilecek kararın ara bağlantı sözleşmesinin iptal edilen bölümünün yerine geçeceğinin ve uygulamanın da buna göre yapılacağına hüküm altına alınması talepleriyle dava açmıştır. Bu davalar, Telsim tarafından Türk Telekom aleyhine açılan davanın görüldüğü Ankara Asliye 7 nci Ticaret Mahkemesi'nin E.2000/986 sayılı dosyası ile birleştirilmiştir. Ancak birleştirilen bu dosyalar yönünden mahkemenin görevli (yargı yolu) olduğunu kabul etmesi buna karşılık ilk dava yönünden ise görevsizlik (yargı yolu) kararı vermesi üzerine, görevsizlikle ilgili verilen (25.09.2003 tarihli ve E.2000/986, K.203/581 sayılı) Yargıtay 19 uncu Hukuk Dairesi'nin 14.10.2004 tarihli ve E.2004/1330, K.2004/10113 sayılı kararı ile onanmış; ayrılan davalar aynı mahkemenin E.2003/626 sayılı dosyası üzerinden görülmüş ve 16.06.2004 tarihli ve 5189 sayılı Kanun'un 5 nci maddesiyle 406 sayılı Kanun'a ilave edilen Ek 34 üncü madde hükmüne dayanan 18.08.2004 tarihli ve 2004/7806 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ve buna dayanan düzenlemeler çerçevesinde taraflar arasında imzalanan sulh sözleşmesinin anılan Mahkemeye sunulması üzerine verilen 09.06.2005 tarih ve E. 2003/626, K. 2005/333 sayılı karar ile sulhen çözüme kavuşturulmuştur. Keza, İş – Tim Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. tarafından Türk Telekom aleyhine Ankara Asliye 5 nci Ticaret Mahkemesi'nin E.2002/481 sayılı dosyası üzerinden açılan davada verilen 01.07.2004 tarih ve E. 2002/481, K. 2004/369 sayılı karar da yukarıdaki davalarla aynı yöndedir. Bu karar da Yargıtay 19 uncu Hukuk Dairesi'nin 07.10.2005 tarih ve E. 2004/12525, K. 2005/9794 sayılı kararı ile onanmak suretiyle kesinleşmiştir. Aynı şekilde, Türk Telekom ile Telsim arasındaki bir başka uyuşmazlığa ilişkin Yargıtay 19 uncu Hukuk Dairesi'nin 15.03.2004 tarihli ve E.2003/2064, K.2003/2784 sayılı kararı yukarıdaki kararlara paraleldir. Menfi tespit, muaraza ve müdahalenin men'i talepleriyle, Telsim tarafından, Ankara Asliye 9 uncu Ticaret Mahkemesi'nde açılan dava sonucunda verilen 31.10.2002 tarihli ve E.2002/471, K.2002/648 sayılı kararının temyiz incelemesi münasebetiyle verilen bu kararda, “şebekelerarası irtibat ve işbirliği sözleşmesinin çağrı sonlanma ücretlerine ilişkin esasları düzenleyen bölümün idare mahkemelerince iptal edilmesi sonucu idari sözleşmede oluşan boşluk nedeniyle doğan uyuşmazlığın çözümünün idari yargının görevine gireceği belirgindir” şeklinde hüküm kurulmuştur.

mıştır⁴³.

Her ne kadar burada yer verdiğimiz yargı kararlarından önce de, işletmeler arasında, ara bağlantı sözleşmelerinden kaynaklanan değişik ihtilafların yargıya intikal etmesi sebebiyle verilen başkaca yargı kararları mevcut ise de⁴⁴, söz konusu sözleşmelerin hukuki niteliğinin gerçek anlamda irdelendiği ilk kararlar yukarıda kısmen alıntılarla zikrettiğimiz kararlardır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, bu davaların tamamı adli yargıya ait mahkemeler tarafından incelenerek karara bağlanmıştır.

2. Ara Bağlantı Sözleşmelerinin Hukuki Niteliğine İlişkin Yargı Kararlarının Dayanakları ve Bunların Değerlendirilmesi

Yukarıda kısaca değindiğimiz Danıştay 10 uncu Dairesi, Ankara 9 uncu İdare Mahkemesi, Ankara Asliye 7 nci Ticaret Mahkemesi, Yargıtay 19 uncu Hukuk Dairesi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun söz konusu kararları irdelendiğinde, üç temel noktanın öne çıktığı görülmektedir. Bunlar:

- Ara bağlantı sözleşmelerinin imzalandığı tarihte bu sözleşmelerin taraflarından birisinin (Türk Telekom'un) 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye tâbi bir kamu iktisadi kuruluşu olması,
- Ara bağlantı sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmelerine dayanmaları ve sözleşmelerin 26 ncı maddeleriyle Ulaştırma Bakanlığı'na fesih yetkisinin tanınması karşısında borçlar hukuku anlamında bir sözleşme serbestisinden söz edilememesi,

⁴³ Yargıtay 19 uncu HD., 4.10.2004 T., E. 2004/1330, K. 2004/10113 (karar yayımlanmamıştır)

⁴⁴ Örneğin: Türk Telekom'un data hattı kiralamasına ilişkin tarifelerinin yeniden düzenlenmesine dair uygulamasına ilişkin olarak Ankara Asliye 6 ncı Ticaret Mahkemesi'nin E.2000/545 sayılı dosyası üzerinden görülen ve Yargıtay 11 nci Hukuk Dairesi'nin 2001/6354, K.8218 sayılı kararı ile çözümlenen, Türk Telekom'un yürürlüğe koyduğu özel devre kira tarifelerinin iptali, özel devre kira ücretlerinde artış öngören uygulama ile yarattığı muarazanın men'i talebine ilişkin olarak Ankara Asliye 6 ncı Ticaret Mahkemesi'nin E.2001/402 sayılı dosyası üzerinden görülen ve Yargıtay 11 nci Hukuk Dairesinin E.2002/2180, K.5025 sayılı kararı ile çözümlenen, Telsim'in %15 oranındaki fon payı ve % 2,5 oranındaki TRT payı dolayısıyla bir sorumluluğunun bulunmadığı tespiti, fon payı ve TRT payı kesintisinin tahsili, muarazanın men'i talebine ilişkin olarak Ankara Asliye 9 uncu Ticaret Mahkemesi'nin E.2001/140 sayılı dosyası üzerinden görülen ve Yargıtay 19 uncu Hukuk Dairesi'nin E.2001/4189, K.8166 sayılı kararı ile çözümlenen, TRT ve fon payına ilişkin olarak Ankara Asliye 7 nci Ticaret Mahkemesi'nin E.2002/288 sayılı dosyası üzerinden görülen ve Yargıtay 19 uncu Hukuk Dairesi'nin E.2002/8538, K.3536 sayılı kararı ile çözümlenen, özel devrelere ait kira ücretlerinin belirlenmesi konusunda Türk Telekom'un yetkisiz bulunduğu hükmen tespiti, haksız müdahale ve muarazanın men'i taleplerine ilişkin olarak Ankara Asliye 2 nci Ticaret Mahkemesi'nin E.2000/890 sayılı dosyası üzerinden görülen ve Yargıtay 11 nci Hukuk Dairesi'nin E.2002/134, K.2002/3749 sayılı dosyası üzerinden çözümlenen davalar

- Ve nihayet bu sözleşmelerin kamu hizmetinin görülmesine ilişkin bulunmaları.

Bu noktalar açısından bakıldığında, ara bağlantı sözleşmelerinin idari sözleşmelerle ortak yönlerini görmek hemen mümkündür. Zira, idari sözleşmelerde de taraflardan birisini idare teşkil etmekte, konusu bir kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olmakta ve nihayet idareye bazı üstün hak ve yetkiler tanınmaktadır⁴⁵. Ancak her bir unsur bakımından konunun daha yakından incelemesi gerekmektedir.

a) Taraf Unsuru Yönünden Ara Bağlantı Sözleşmeleri

Taraflarından birisini idarenin oluşturmadığı sözleşmelerin idari sözleşme olarak nitelendirilmeleri mümkün değildir. Öyle ki, bu unsurun gerçekleşmediği sözleşmeler, kamu hizmetiyle ilgili olsalar bile idari sözleşme sayılmazlar. Bu itibarla, kamu hizmeti gören imtiyazlı ortakların, kamu hizmetiyle ilgili sözleşmeleri idari sözleşme olmadığı gibi, idarenin tam bir taraf durumunda olmadığı ve ancak taraflarının sözleşmeyi yapmalarını kolaylaştırıcı müdahalede bulunduğu ya da fiyat saptadığı sözleşmeler de idari sözleşme sayılamazlar⁴⁶. Turkcell ve Telsim açısından tartışılacak bir yön bulunmamasına karşılık, bu noktada Türk Telekom'un – ara bağlantı sözleşmeleri imzalandığı tarihteki – hukuki statüsünün tespiti önem kazanmaktadır.

Ara bağlantı sözleşmelerinin imzalandığı 24.04.1998 tarihinde Türk Telekom, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında bir kamu iktisadi kuruluşu olup, 406 sayılı Kanun'un 4000 sayılı Kanunla değişik 1 nci maddesinde yer alan "*telekomünikasyon hizmetleri (...) Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi tarafından yürütülür.*" hükmü gereğince tüm telekomünikasyon hizmetlerini, Devlet adına tekel olarak yürütmekle görevlendirilmiş bulunmaktaydı. Buna göre, sözleşmelerin imzalandığı tarihte Türk Telekom'un "*kamu iktisadi kuruluşu (K.İ.K.)*" statüsünde bulunduğu hususu

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 28.06.1995 tarihli ve E.1994/71, K.1995/23 sayılı kararı, Danıştay 12 nci Dairesi'nin 02.01.1976 tarihli ve E.1974/19858, K.1976/2141 sayılı kararı, Danıştay 10 uncu Dairesi'nin 29.04.1993 tarihli ve E.1991/1, K.1993/1752 sayılı kararı; DURAN L.: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul - 1982, s.431; GÖZÜBÜYÜK – TAN: İdare Hukuku c.1, Genel Esaslar, Ankara 1998, s.382.

⁴⁶ GİRİTLİ, İ./BİLGİN, P./AKGÜNER, T.: İdare Hukuku, s.832.; GÜNDAY, M.: İdare Hukuku, s.160.; GÖZÜBÜYÜK,Ş., DİNÇER, G.: İdari Yargılama Usulü, s.249.; PERTEV, B.: İdari Sözleşmelerin Kriterleri, s.25; ÖZAY, İ.Günışığında Yönetim, s.478; ayrıca bkz. SARAC, Ş.,ERKAM, Ö.Ş., Yargıtay 19 uncu Hukuk Dairesi'nin 19.12.2002 T., E. 2002/2819, K. 2002/7935 sayılı kararına ilişkin karşı oy yazıları (yayımlanmamıştır).

açıktır⁴⁷.

27.01.2000 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 4502 sayılı Kanunla değişik 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun 1 nci maddesinde yer alan “*Türk Telekom, bu Kanun ve özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirkettir. Kamu iktisadi teşebbüslerinin kuruluş, teşkilat ve faaliyetleri ile ilgili mevzuat Türk Telekom’a uygulanmaz. Sadece, Türkiye Büyük Millet Meclisi denetimine ilişkin 02/04/1987 tarihli ve 3346 sayılı Kanunun 9 uncu maddesi hükümleri uygulanır*” ve bu Kanun’un Geçici 3 üncü maddesinde yer alan “*Türk Telekomünikasyon A.Ş. 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ekindeki “B- Kamu İktisadi Kuruluşları (KİK)” bölümünde yer alan kuruluşlar listesinden çıkarılmıştır*” hükmü gereğince, Kanun’un yürürlüğü itibariyle, Türk Telekom, 406 sayılı Kanun ve özel hukuk hükümlerine tâbi bir anonim şirket statüsüne kavuşturulmuş ve kamu iktisadi teşebbüslerinin kuruluş, teşkilat ve faaliyetleri ile ilgili mevzuatın Türk Telekom’a uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır⁴⁸.

Bununla birlikte, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin denetim yetkisi, kamu görevlisi statüsünde personel çalıştırma imkânı, ulusal ve uluslararası ses iletimini ihtiva eden telefon hizmetleri ile telekomünikasyon altyapısının kurulması ve işletilmesine ilişkin tekel hakkı, faaliyetlerinin Ulaştırma Bakanlığı’yla imzaladığı idari nitelikte bir *görev sözleşmesiyle* sürdürmesi, ara bağlantı sağlama yükümlülüğü ve sermayesinin yarısından fazlasının da devredilemeyeceğine yönelik hüküm, Türk Telekom’un söz konusu bu düzenlemeye rağmen gerçek anlamda bir özel hukuk tüzel kişisi niteliğini – o dönem için – henüz kazanamadığını göstermektedir.

Bu arada, yukarıda sözü edilen davalarının derdest olduğu süre içinde, ilgili mevzuatta yeni değişiklikler olmuştur. Nitekim 406 sayılı Kanun’da 4673 sayılı Kanun’la⁴⁹ yapılan değişikliklerle, 4502 sayılı Kanun’la yapılan düzenlemelere ilave olarak, Türk Telekom’un statüsü yeniden düzenlenmiş, 406 sayılı Kanun hükümleri saklı kalmak üzere, kamu iktisadi teşebbüsleri de dâhil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan kamu kurum, kuru-

⁴⁷ Nitekim Yargıtay 19 uncu Hukuk Dairesi de bu hususu açıkça vurgulamaktadır, bkz. 19.12.2002 T., E. 2002/2819, K. 2002/7935 sayılı kararı; aynı şekilde Ankara Asliye 7 nci Ticaret Mahkemesi’nin 25.09.2003 T., E. 2000/986, K. 203/581 sayılı kararı.

⁴⁸ Aslında Türk Telekom’un özel hukuk hükümlerine – kısmen de olsa – tâbi kılınması, 406 sayılı Kanun’a 10.06.1994 tarihli ve 4000 sayılı Kanun’la ilave edilen “*Şirket, bu Kanun ile 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Türk Ticaret Kanunu (kuruluş ve tescile ilişkin hükümleri hariç) ve özel hukuk hükümlerine tabi olup, merkezi Ankara’dadır*” hükmüyle 4502 sayılı Kanun’dan çok daha önce gerçekleştirilmiştir.

⁴⁹ R.G., T. 23.05.2001, S. 24410.

luş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuatın Türk Telekom'a uygulanmayacağı, kamu payı % 50'nin altına düşünceye kadar ana sözleşmede yapılacak değişikliklerde Ulaştırma Bakanı'nın görüşünün alınacağı, ... yabancı gerçek veya tüzel kişilerin Türk Telekom'daki hisse oranının % 45'i geçemeyeceği, ... hükme bağlanmıştır. Ancak bu düzenlemelerden de, 4673 sayılı Kanun'un Türk Telekom'un kamu idaresi niteliğini kaldırdığı sonucunu çıkartmak mümkün değildir⁵⁰. Kaldı ki, her davanın, açıldığı tarihteki koşullara göre hükme bağlanacağı dikkate alındığında, sözü edilen yasal değişiklikler Türk Telekom'un hukuki statüsünde bir farklılık yaratsaydı dahi, yukarıda varılan sonuç, salt bu nedenden ötürü değişmeyecekti⁵¹.

b) Kamu Hizmeti (Konu) Unsuru Yönünden Ara Bağlantı Sözleşmeleri

Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için gerekli olan ikinci unsur sözleşmenin konusudur. Diğer bir ifadeyle, bir idari sözleşmeden söz edebilmek için, bu sözleşmenin konusunun bir kamu hizmeti olması kaçınılmazdır. Kamu hizmeti kavramından, idareler veya bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak ihtiyaçların karşılanması ve kamu yararının sağlanması amacıyla yürütülen sürekli ve düzenli faaliyetler anlaşılmalıdır. Bu bağlamda, telekomünikasyon hizmetinin kamu hizmeti niteliğinde tereddüt bulunmamaktadır⁵². Buna karşılık, ara bağlantı sözleşmesinin kamu

⁵⁰ Nitekim Danıştay 12. Dairesi'nin 12.06.2002 T. ve E.2001/1443 sayılı kararında "*Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname eki Kamu İktisadi Kuruluşları bölümünden çıkarılması, onun kamu kurumu niteliğini ortadan kaldırmaktadır. Aksine sermayesindeki kamu payının çoğunlukta bulunması, telekomünikasyon ile ilgili bazı hizmetleri tekel olarak yürütmekte olması nedeniyle kamu kurumu niteliğinde bir kuruluş olarak kabul edilmesi gerekeceği*" ve Danıştay 11. Dairesi'nin 11.11.2002 T. ve E.2001/1213 sayılı kararında "*Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin Merkezi otoritenin yeni teknolojik gelişmeler ve giderek artan ihtiyaçlara kamu hizmeti niteliği çerçevesinde cevap verebilmek amacıyla telekomünikasyon politikasını gerçekleştirmek üzere, özel bir statü ile kurulan tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır*" şeklinde hüküm verilmiştir.

⁵¹ Bu noktadan bakıldığında, Yargıtay 19 uncu Hukuk Dairesi'nin bozma kararın yer alan karşı oy yazılarında "*Sözleşmenin düzenlendiği tarihte, (Türk Telekom'un) kamu iktisadi kuruluşu olduğu gerekçesiyle sözleşmeye idari nitelik tanınması da mümkün değildir. Zira (...) her dava açıldığı tarihteki koşullara göre değerlendirilir. (Türk Telekom) sözleşmenin imzalandığı tarihte kamu iktisadi kuruluşu olsa bile, dava tarihi itibarıyla bu niteliği kalmış, tamamen özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket statüsüne kavuşmuştur*" şeklinde ifade edilen karşı görüşe katılmak mümkün değildir.

⁵² Anayasa Mahkemesi'nin 06.11.1993 tarihli ve 21750 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 21.10.1993 tarih ve E. 1993/33, K. 1993/40-1 sayılı kararı: "... PTT Kurumunca görülen hizmetler ayrı ayrı ve bir bütün olarak kamu hizmetidir."; keza aynı Mahkemenin 28.01.1995 tarih ve 22185 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 22.12.1994 tarih ve E. 1994/70, K. 1994/65-2 sayılı kararı: "... Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kararlarında da yer aldığı gibi, haberleşme hizmeti bir kamu hizmetidir". Yargıtay 19. HD.,

hizmetinin sunumuna ilişkin bulunup bulunmadığı konusunu açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Yukarıda da bahsedildiği üzere, ara bağlantı sözleşmelerinin imzalandığı dönemin mevzuatı çerçevesinde, ara bağlantı sözleşmeleri ile desteklenmeyen imtiyazların hayata geçirilmesi imkânı bulunmamaktaydı. Başka bir ifadeyle, imtiyaz sözleşmeleri, imtiyaz konusu telekomünikasyon hizmetinin sunulabilmesi için tek başına yeterli değildi. Öyle ki, işletmecinin – telekomünikasyon hizmetinin sunulabilmesi için olmazsa olmaz nitelikteki –transmisyon altyapısını dahi kendisi kuramamaktaydı. Dolayısıyla, telekomünikasyon hizmetinin kamu hizmeti olarak kabul edilmesi karşısında, bu hizmetin sunulabilmesi için başlangıçta mutlak zorunluluk taşıyan ara bağlantı sözleşmelerinin de aynı şekilde nitelendirilmeleri kaçınılmazdır. Söz konusu bu zorunluluk görmezden gelinmek suretiyle bu sözleşmelerin sırf Türk Telekom'un şebekesi ile, GSM şebekelerinde yaratılan trafiğin karşılıklı olarak nasıl işletileceğini ve hesaplaşmanın hangi usul ve esaslar çerçevesinde yapılacağını belirlemeyi amaçladığını söylemek mümkün değildir. Zira, her ne kadar ara bağlantı sözleşmelerinde, işletmecilerin karşılıklı trafik nedeniyle, abonelerinden elde ettikleri gelirlerin bölümü esasları düzenlense, bu sözleşmeler imzalanmaksızın mobil telefon hizmetlerinin hayata geçirilmesinin mümkün olmadığı unutulmamalıdır. Kaldı ki, mobil telekomünikasyon hizmetinin sunulmasına başlamaksızın, şebekeler arasında karşılıklı trafik oluşturmak fiziki olarak da mümkün değildir.

c) İdareye Tanınan Üstün Yetkiler Yönünden Ara Bağlantı Sözleşmeleri

Bir kamu hizmetinin sunulması için idare tarafından yapılan her sözleşme idari sözleşme olarak nitelendirilemez. Zira, idare, kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla özel hukuk sözleşmesi de yapabilir⁵³. İşte bu noktada yapılan sözleşmenin niteliğini tespit bakımından idareye özel hukuk sözleşmelerini aşan ayrıcalık ve üstünlük tanınmış olup olmadığı hususu önem kazanmaktadır. Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar eşit statüde olduklarından, taraflardan birisinin tek yanlı iradesi ile akdî ilişkiye müdahale etmesi yahut onu değiştirmesi mümkün değildir. Buna karşın, idari sözleşmelerde idareye, kamu yararı ve kamu hizmetinin gereklerinden dolayı, tek yanlı iradesi ile akdî ilişkiye müdahale edebilme yetkisi tanınmaktadır. Bu bağlamda idarenin sözleşmede tek yanlı olarak değişiklik yapabilmesi, sözleşmeyi tek yanlı olarak feshedebilmesi, denetleme, ceza verme, işletmeye el koyma ve satın alma gibi yetkilerle donatılmış olması, idari sözleşmelerde

19.12.2002 T., E. 2002/2819, K. 2002/7935 sayılı kararı.; Ankara Asliye 7 nci Ticaret Mahkemesi'nin 25.09.2003 T., E. 2000/986, K. 203/581 sayılı kararı.

⁵³ Bkz. GİRİTLİ, İ/BİLGİN, P/AKGÜNER, T.: a.g.e., s.834.

düzenlenen konuların niteliği gereğidir⁵⁴.

Bu açılardan bakıldığında – yukarıda ara bağlantı sözleşmelerinin tarihesine ilişkin açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere – ara bağlantı sözleşmelerinin imzalanmasının mülga Katma Değerli Telekomünikasyon Hizmetleri Lisans Yönetmeliği'nin 45 ve 46 ncı maddeleri ile GSM imtiyaz sözleşmelerinin 27 nci maddeleri karşısında bir zorunluluk olduğu göz önünde tutulmalıdır.

Öte yandan, ara bağlantı sözleşmelerinin 26 ncı maddesiyle, idareye, imtiyaz sözleşmesini feshetmek yoluyla ara bağlantı sözleşmesini de tek yanlı olarak sona erdirmeye yetkisi tanınmış, adeta ara bağlantı sözleşmelerinin hukuki kaderi imtiyaz sözleşmelerinin hukuki kaderine bağlanmıştır. Bu yön nazara alındığında, özel hukuk sözleşmelerindeki aşan bir üstünlük ve ayrıcalığın idareye tanınmış olduğu görülmektedir.

Nitekim, Yargıtay 19 uncu Hukuk Dairesi'nin yukarıda belirtilen bozma kararında da “dava konusu sözleşme bir kamu imtiyaz sözleşmesinin hükmü gereğince düzenlendiğinden özel hukuk sözleşmelerinin en önemli unsuru olan irade serbestisi bu sözleşmenin kurulmasında rol oynamamaktadır. Ayrıca dava konusu (...) sözleşmesinin 26. maddesi ile Bakanlığa tanınan fesih yetkisi de bu sözleşmenin idari sözleşme olduğunu ortaya koymaktadır” görüşü hâkim olmuş, bu değerlendirme Ankara Asliye 7 nci Ticaret Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen 25.09.2003 tarihli ve E.2000/986, K.203/581 sayılı kararında da benimsenmiştir.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan, Türk Telekom ile GSM işletmecileri arasında bağtlanan ara bağlantı sözleşmelerinin – yapıldıkları tarih itibarıyla – idari sözleşmenin unsurlarını ihtiva ettiklerinin kabulünün gerekli olduğu ve bu doğrultuda karar veren Yargıtay 19 uncu Hukuk Dairesi ile Hukuk Genel Kurulunun yukarıda değindiğimiz kararlarının isabetli olduğu sonucu çıkmaktadır.

V. Telekomünikasyon Sektörünün Serbestleşmesine İlişkin Mevzuat Değişiklikleri Karşısında Ara Bağlantı Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

Telekomünikasyon sektörünün serbestleştirilmesine yönelik olarak yapılan mevzuat değişiklikleri, bu alanda önemli yenilikler getirmişlerdir. Bu yenilikler – konumuz bakımından önem taşıyan yönleri itibarıyla – şöylece sıralanabilir:

- Türk Telekom'un, 406 sayılı Kanun'da 4502 sayılı Kanun'la yapılan

⁵⁴ GÜNDAY, M.:a.g.e., s.169.

değişiklik sonucu, kamu imtiyaz rejimine tâbi olarak işletmecilik yapan bir anonim şirket kimliğine kavuşturulması⁵⁵,

- Telekomünikasyon sektörünü düzenlemek, denetlemek, yetkilendirmek ve aralarındaki ihtilafların giderilmesinde uzlaştırıcı olarak görev yapmak üzere Telekomünikasyon Kurumu'nun kurulması⁵⁶,
- Türk Telekom'un tekel hakkının kapsamı açıklığa kavuşturulması: Tekel hakkının sadece ses iletimini içeren telefon hizmetleri ile sınırlı olması ve 2003 yılı sonuna kadar devam etmesi öngörülmüştür. Ayrıca, diğer işletmecilerin ve kişisel telekomünikasyon tesisi sahiplerinin ara bağlantı ve altyapıdan yararlanma ihtiyaçlarının öncelikle Türk Telekom tarafından sağlanması öngörülmüştür⁵⁷,
- Telekomünikasyon Kurumu'nun – Türk Telekom dâhil – işletmecilerle imzaladığı sözleşmelerin ve verdiği genel izin ve telekomünikasyon ruhsatlarının şartlarına uyulmasının sağlanması için gereken tedbirleri almaya, faaliyetlerinin mevzuat ile görev ve imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin şartlarına uygun yürütülmesini izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde idari para cezası uygulamaya, milli güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya ya da ağır kusur halinde imtiyaz sözleşmesini, telekomünikasyon ruhsatını ya da genel izni iptal etmeye yetkili olduğu hükme bağlanmıştır⁵⁸,
- 406 sayılı Kanun'da 12.05.2001 tarihli ve 4673 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, mevzuatta Ulaştırma Bakanlığı'na görev sözleşmesi veya imtiyaz sözleşmesi yapma veya telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin verme yetkisi ile bu yetkiye ilişkin yapılacak düzenlemeler ile ilgili her türlü göreve yönelik yapılan atıfların Telekomünikasyon Kurumu'na yapılmış sayılması öngörülmüştür⁵⁹,

⁵⁵ 406 s.lı Kanun m.1: “Türk Telekom, bu Kanun ve özel hukuk hükümlerine tâbi bir anonim şirkettir”.

⁵⁶ 2813 s.lı Kanun m.5: “Bu Kanun ile 04/02/1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununda belirtilen genel esaslar çerçevesinde, Kanunlarla öngörülen yetki ve sorumlulukları uygulamak ve verilen diğer görevleri yapmak üzere kamu tüzel kişiliğini ve idari ve mâli özerkliği haiz özel bütçeli Telekomünikasyon Kurumu kurulmuştur”.

⁵⁷ 406 s.lı Kanun m.2, bent (c) ve (d).

⁵⁸ 406 s.lı Kanun m.2, bent (f).

⁵⁹ 406 s.lı Kanun Ek Madde 27: “Bu Kanunda ve diğer mevzuatta Ulaştırma Bakanlığına, görev sözleşmesi veya imtiyaz sözleşmesi yapma veya telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin verme yetkisi ile bu yetkiye ilişkin yapılacak düzenlemeler ile her türlü göreve

- Ara bağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmecilerin, çıkarılacak yönetmelik çerçevesinde Telekomünikasyon Kurumu tarafından belirlenmesi prensibi getirilmiştir⁶⁰,
- Türk Telekom'un her halde ara bağlantı sağlama yükümlüsü olduğu, kendilerine böyle bir yükümlülük yüklenen işletmeciler ile Türk Telekom'un, ara bağlantıya ilişkin taleplerini, eşitlik, ayırım gözetmeme, şeffaflık, açıklık, maliyet ve makul kâra dayalı olma ilkeleri temelinde karşılama prensibi benimsenmiştir⁶¹,
- Şebekeler arasında ara bağlantı sağlanmasına yönelik olarak işletmeciler arasında yapılacak anlaşmaların taraflar arasında imzalanması ancak bunların ekleri ve değişikliklerinin bir tasdikli suretinin Telekomünikasyon Kurumu'na sunulması öngörülmüştür⁶²,
- Telekomünikasyon Kurumu'nun, ilgili işletmecilerin, uygun olduğu ölçüde kendi standart hüküm ve şartları içine dâhil edebilecekleri, standart ara bağlantı referans ücret tarifeleri yayınlacağı ve gerektiğinde bunları değiştirebileceği hükmü getirilmiştir⁶³,
- Ara bağlantı anlaşmasının ilk talepten itibaren azami üç ay içerisinde sonuçlandırılması, aksi takdirde, Telekomünikasyon Kurumu'nun, ara bağlantı talep eden tarafın başvurusu halinde, kamu menfaati gözetilerek belirleyeceği esaslar çerçevesinde taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işletmesi ve kamu menfaati açısından makul ve gerekli gördüğü diğer tedbirleri alması prensibi getirilmiştir⁶⁴.

yönelik yapılan atıflar Kuruma yapılmış sayılır".

60 406 s.lı Kanun m.10.

61 406 s.lı Kanun m.10.

62 406 s.lı Kanun m.10.

63 406 s.lı Kanun m.10; bunun yanında, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinin (RG, T. 23.05.2003, S. 25116) 24 üncü maddesi gereğince Türk Telekom ve etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerin hazırlamak ve Kuruma sunmakla yükümlü oldukları referans erişim ve/veya ara bağlantı teklifini hukuki niteliği itibarıyla Borçlar Hukuku anlamında bir icap olarak değerlendirmek mümkündür. Zira bu teklifi hazırlayan işletmeci, belirlemiş ve ilân etmiş olduğu teklifinde yer alan hüküm ve koşulları kabul eden işletmecilerle sözleşme yapmayı taahhüt etmektedir.

64 406 s.lı Kanun m.10. Telekomünikasyon Kurumu tarafından 406 sayılı Kanun'un 10 uncu maddesine istinaden çıkartılan Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinin 10 uncu maddesi, 406 sayılı Kanun'un 10 uncu maddesine paralel olarak yaptığı düzenlemede, işletmecilerin diğer işletmecilerden ara bağlantı müzakerelerinde bulunmayı talep edebilecekleri, diğer işletmecilerden kendilerine bu yönde bir talep gelmesi halinde de ara bağlantı müzakerelerinde bulunmakla yükümlü olacakları, Türk Telekom ve etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerin ara bağlantı yükümlüsü olduğu, bir işletmecinin, ara bağlantıya izin

Söz konusu bu yasal düzenlemenin gerekçesine şu ifadeler yer verilmektedir: “Bu madde ile, ara bağlantıya ilişkin anlaşmaların kural olarak taraflarca serbestçe müzakere edilmesi, buna karşılık, taraflar arasında ticarî anlaşma sağlanamadığı takdirde, taraflar arasında uzlaşma sağlanması amacıyla Telekomünikasyon Kurumunun müdahale etmesi ve gerekli gördüğü diğer tedbirleri alabilmesi esası getirilmiştir. Bu düzenleme uluslararası uygulamalara da paralel niteliktedir. Ayrıca, ara bağlantı gibi önemli bir hususun sırf kötü niyetle, güçlü bir ara bağlantı yükümlüsü tarafından sürüncemede bırakılması ihtimal ve riskini bertaraf etmektedir.” Hükmün lafzı, gerekçesi ve bugüne kadar olan tatbikatı nazara alındığında, ara bağlantı sözleşmeleri, taraflar arasında ticari esaslara göre serbestçe müzakere edilmekte, bu şekilde bir anlaşmanın sağlanamaması halinde – ara bağlantı talep eden tarafın başvurusu üzerine – Telekomünikasyon Kurumu’nca uzlaştırma süreci başlatılmakta, bu süreç içerisinde de anlaşma sağlanamaması halinde, adı geçen Kurum tarafından uygun görülen hüküm, koşul ve ücretler belirlenerek taraflara sunulmaktadır. Belirlenen bu şartlar, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı yahut yargı yoluna gidilmek suretiyle bu şartların uygulanması durdurulmadığı sürece taraflar için bağlayıcı niteliktedir. Diğer bir anlatımla, 406 sayılı Kanun’un 10 uncu maddesiyle, işletmecilerin ara bağlantı anlaşmasının hüküm ve koşullarını Borçlar Hukukunun sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde özgürce belirlemeleri⁶⁵, Telekomünikasyon Kurumuna ise ancak tarafların anlaşamaması ve bu yönde bir başvuru yapmaları halinde uzlaştırma sürecini işletme görevi verilmiştir. Resen harekete geçme yetkisi verilmemiş olan Telekomünikasyon Kurumu’nun bu bağlamdaki görevi bir nevi zorunlu hakemlik olarak nitelendirilebilir. Diğer taraftan 406 sayılı

vermemesinin veya aynı sonucu doğuracak şekilde makul olmayan süre ve şartlar ile sürmesinin, rekabet ortamının oluşumunu engellediğine veya ortaya çıkacak durumun kullanıcıların aleyhine olduğuna karar verilmesi halinde, bu işletmecinin Telekomünikasyon Kurumu’nca ara bağlantı yükümlüsü olarak belirleneceği, ara bağlantının, teknik ve ekonomik olarak uygun olacağı kanıtlanabilen ve Telekomünikasyon Kurumu tarafından uygun görülen herhangi bir ara bağlantı noktasından temin edileceği, işletmecinin farklı bir noktadan ara bağlantı talep etmesi halinde, temin edilecek noktanın maliyetini üstleneceği, Telekomünikasyon Kurumu’nun işletmecilerin talebi üzerine, ara bağlantının teknik ve ticari alternatiflerinin bulunduğu veya ara bağlantıyı sağlamak için gerekli kaynakların bulunmadığı gerekçeleriyle ara bağlantı yükümlülüğünün sınırlandırılmasına karar verebileceği hükmüne bağlanmıştır.

⁶⁵ Buna karşılık, Halen TBMM Genel Kurul gündeminde bulunan (Esas No: 1120) Elektronik Haberleşme Kanunu Tasarısı, Telekomünikasyon Kurumu’nun ara bağlantı sözleşmelerine ve referans tekliflere müdahale yetkisini artırmaktadır (bkz. m. 19 vd.). Tasarıyla, Telekomünikasyon Kurumu, ara bağlantı sözleşmelerinde ve referans tekliflerde değişiklik yapabilecek, gerektiğinde referans teklifleri değiştirerek onaylayabilecek ve işletmecilerde tüm bu değişiklikleri yerine getirmekle yükümlü olacaktır.

Kanun'un 10 uncu maddesinin Türk Telekom ve ara bağlantı yükümlüleri işletmeciler bakımından getirilen ara bağlantı sözleşmesi yapma yükümlülüğünü Borçlar Hukuku anlamında kanundan doğan akit yapma zorunluluğu olarak değerlendirmek mümkündür.

IV. Sonuç

406 sayılı Kanun'da 4502 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerde ön plana çıkan sözleşme serbestisi ilkesi, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinin ilgili hükümleri⁶⁶, Türk Telekom'un tekel hakkının sona ermesi ve sermayesindeki kamu payının da vâki özelleştirme neticesi % 50'nin altına düşmesi hususları bir arada değerlendirildiğinde, yukarıda tahlil etmeye çalıştığımız yargı kararlarına dayanak teşkil eden hukuki zeminin ortadan kalktığı açıktır. Diğer bir ifadeyle, ülkemizdeki ilk ara bağlantı sözleşmelerinin imzalandığı döneme ilişkin hukuki ve fiili koşullar artık büyük ölçüde değişmiştir. Böylelikle, tâbi buldukları mevzuat açısından, işletmecilerin kendi aralarında akdettikleri ara bağlantı sözleşmeleri ve Türk Telekom ile işletmeciler arasında imzalanan ara bağlantı sözleşmeleri arasında artık herhangi bir farklılık kalmamıştır. Başka bir ifadeyle, artık tüm ara bağlantı sözleşmeleri, aynı hukukî rejime tâbi kılınmış olup, bu rejim özel hukuktur. Binaenaleyh, gerek Türk Telekom ve işletmeciler arasında ve gerekse işletmecilerin birbirleri arasında ara bağlantı sözleşmesine ilişkin olarak ortaya çıkan ihtilafların çözüm yeri adli yargıya ait mahkemelerdir.

Bu arada halen sermayelerinin tamamı kamuya ait bulunan KEGİ ve Türksat'ın taraf olduğu ara bağlantı sözleşmeleri açısından farklı bir neticeyi haklı kılan bir neden de gözükmemektedir. Zira, değişen mevzuat, alternatif hizmet ve altyapıların mevcudiyeti ve işletmecilerin de kendi altyapılarını kurabilme imkânları karşısında, ara bağlantının bu işletmecilerden karşılanması zorunluluğu mevcut değildir. Dolayısıyla, geçmiş dönemde Türk Telekom bakımından geçerli olan hukukî zeminin Türksat ve KEGİ için söz konusu olacağı ileri sürülemez. Bunun sonucu olarak da, adı geçen bu işletmeciler tarafından imzalanacak ara bağlantı sözleşmeleri, telekomünikasyon sektöründeki diğer işletmecilerinki ile aynı hukuki rejime ve aynı yargı yoluna tâbi olacaktır.

⁶⁶ Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin Geçici 1 nci maddesinde "*Mevcut Şebekelerarası İrtibat ve İşbirliği Sözleşmeleri, bu Yönetmelik hükümlerine göre taraflarca, bu Yönetmeliğin yürürlük tarihinden itibaren iki ay içerisinde yenilenir. Taraflar anlaşamadığı takdirde Kurum, anlaşma için uygun gördüğü ve işletmeciler için bağlayıcı olan hüküm, koşul ve ücretleri iki ay içerisinde belirler*" hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme istinaden, işletmeciler mevcut ara bağlantı sözleşmelerine ek protokoller imzalamak suretiyle, dönemin mevzuatına uygun olarak imzalamış buldukları ara bağlantı sözleşmelerini, mevcut mevzuata uygun hale getirmişlerdir.

