

ÖZEL BİR ZORUNLU MECRA GEÇİRME İRTİFAKI OLARAK ELEKTRONİK HABERLEŞME HUKUKUNDA GEÇİŞ HAKKI

*The Right-of-Way under Electronic Communications Law
as a Special Kind of Predial Servitude*

Başak BAK*

ÖZ

Geçiş hakkı, elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmecilerin, bu hizmeti sağlamak ve buna ilişkin altyapı kurmak amacıyla özel mülkiyete ve/veya kamu mülkiyetine tabi taşınmazlardan geçmelerini mümkün kılan bir haktır. Bu hak, elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmeciler ile taşınmaz üzerinde hak sahibi olan geçiş hakkı sağlayıcıları arasında serbestçe kurulan bir sözleşme ile tesis edilir. Bununla birlikte, geçiş hakkı tesisi ile sağlanan bu elektronik haberleşme hizmeti, evrensel bir kamu hizmetidir. Bu hizmetin hem yerel mevzuat hem de AB Direktifleri uyarınca ayırım gözetmeksizin, makûl ve şeffaf bir biçimde sağlanması gereklidir. Geçiş hakkının kamu hukuku nitelikli bu yönü, geçiş hakkı sağlayıcıları ile işletmeciler arasında serbestçe kararlaştırılan geçiş hakkı sözleşmelerine farklı bir nitelik kazandırmaktadır. Bu çalışma, geçiş hakkını, Türk Medenî Kanunu'nun eşya hukuku hükümlerine göre ele almakta ve bu hakkın hukukî niteliğini ve özelliklerini irtifaklar ile karşılaştırmalı bir biçimde analiz etmektedir. Bu çerçevede geçiş hakkı, bu hakka yönelik mevzuat hükümleri ve elektronik haberleşme alanında yer alan güncel sorunlar eşliğinde değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Geçiş hakkı, elektronik haberleşme, evrensel hizmet, irtifak hakkı, komşuluk hukuku.

Makalenin geliş tarihi: 21.12.2017 **Makalenin kabul tarihi:** 09.11.2018

* Dr, Öğr. Üyesi, İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, basak.bak@idu.edu.tr

ABSTRACT

The right-of-way gives the providers of the electronic communications services the right to pass along (under, over or above) a specific route through grounds or properties belonging to private and/or public persons; and to establish infrastructure necessary for the electronic communications services. Although this right is established between the service providers and the landowners by mutual agreements, the electronic communications service is a universal public service. This service should be provided based on transparent, reasonable and non-discriminatory criteria under domestic law, and the relevant EU Directives. The right-of-way is, therefore, a public service, and this gives some special features to this right. This paper examines the right-of-way in detail in accordance with the provisions concerning property law under Turkish Civil Code; and analyses the legal aspect, and characteristics of this right in comparison with the servitudes in civil law. In this respect, the right-of-way is evaluated in this paper within the scope of the legislation regarding electronic communications, and the current debates on the subject.

Keywords: the right-of-way, electronic communications, universal service, servitudes, law of neighbours

I. Geçiş Hakkı Kavramı

A. Kavram ve Tanım

Hukukta geçiş hakkı en basit anlamıyla, bir başkasının arazisi üzerinde geçme hakkını ifade etmektedir. Bir başkasının arazisi üzerinden geçiş hakkı dendiğinde Türk hukuku bakımından akla gelen, doktrinde 'geçit irtifakı' olarak adlandırılan sınırlı aynî haktır. Bu irtifak hakkı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.

Elektronik haberleşme alanında geçiş hakkı ise kamu hizmeti veren işletmecilere, kamu veya özel mülkiyet alanlarının kullanımı için verilen bazı ayrıcalık haklarıdır. İşletmecilerin kamu veya özel mülkiyet alanlarının altından veya üzerinden yararlanmaları için tanınan bu ayrıcalık hakları, kablo döşemek, anten dikmek, ulusal veya uluslararası transmisyon hatlarına yönelik ekipmanlar yerleştirmek vb. bir takım altyapı faaliyetleri kurmak veya

mevcut altyapıdan yararlanmak şeklinde tezahür etmektedir.¹ 5.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu² md. 3, geçiş hakkını “işletmecilere, elektronik haberleşme hizmeti sunmak için gerekli şebeke ve alt yapıyı kurmak, kaldırmak, bakım ve onarım yapmak gibi amaçlar ile kamu ve özel mülkiyet alanlarının altından, üstünden, üzerinden geçmeleri için tanınan haklar” şeklinde tanımlamıştır. Söz konusu tanım, 27.12.2012 tarih ve 28510 sayılı Sabit ve Mobil Haberleşme Altyapısı veya Şebekelerinde Kullanılan Her Türlü Kablo ve Benzeri Gerecin Taşınmazlardan Geçirilmesine İlişkin Yönetmelik³ md. 4/d’de de aynen yer almaktadır.

B. Türk Hukukunda Geçiş Hakkına İlişkin Düzenlemeler

Hukumumuzda geçiş hakkı konusuna yönelik yapılan ilk düzenleme, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu⁴ md. 12’de⁵ yer almaktadır. Söz konusu düzenleme Posta ve Telefon İdaresinin kendi transmision şebekesini, devamlı surette geçişe engel olmadan kamu arazisinde ve yollarda kurma hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir. Bunun yanı sıra söz konusu madde uyarınca meydanlar, köprüler ve sahiller de dâhil umumî sular kamuya aittir.

1994 yılında 406 sayılı Kanuna Geçici md. 3 hükmü eklenmiştir. Söz konusu dönem itibariyle geçiş hakkından yararlanma yetkisi de münhasıran Türk Telekom A.Ş.’ye ait olmuştur. Zira 406 sayılı Kanun Geçici md. 3’te yer alan “406 sayılı Kanun ile diğer kanunlarda Türkiye Cumhuriyeti Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesi Genel Müdürlüğüne yapılan atıflar, hizmet alanları itibariyle Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi veya Türkiye Cumhuriyeti Posta İşletmesi Genel Müdürlüğüne (P.İ.) yapılmış sayılır.” hükmünde de ifade edildiği üzere, 1994 yılından itibaren PTT ve Telekom birbirinden ayrılmıştır.

¹ **Oğul A.**, Geçiş Hakkı, Telekomünikasyon Kurumu, 2003, s. 5, (Erişim: https://www.btk.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fSayfalar%2fArastirma_Raporlari%2fGecis_Hakki.pdf); **Melody W. H./Moller D.**, Telecom Reform, B. 2., Danimarka 2001, s. 119; **Victory, N. J.**, “Rights-of Way Management-A Key Piece of the Broadband Puzzle”, NTIA, Ekim 2002, s. 1.

² Bkz. RG, T. 10.11.2008, S. 27050.

³ Bkz. RG, T. 27.12.2012, S. 28510.

⁴ Bkz. RG, T. 21.02.1924, S. 59.

⁵ Bu madde 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu md. 66 ile yürürlükten kaldırılmıştır.

2000 yılında çıkarılan ve telekomünikasyon alanında bir devrim niteliği taşıyan 27.01.2000 tarih ve 4502 sayılı “Telgraf ve Telefon Kanunu, Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Telsiz Kanunu ve Posta, Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun İle Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”⁶ ile geçiş hakkından lisanslı diğer işletmecilerin de Telekom ile aynı oranda yararlanacağı düzenlenmiş; ancak 31.12.2003 tarihine kadar bu Kanun ve görev sözleşmesi çerçevesinde telefon hizmetlerini Telekom’un tekel olarak yürüteceği kararlaştırılmıştır.⁷ Bu sebeple, 2003 yılından itibaren Telekom’un telefon hizmetleri bakımından artık bir tekel hakkı bulunmamaktadır. 4502 sayılı Kanun ayrıca, o günkü adıyla Telekomünikasyon Kurumuna⁸, lisanslı işletmecilerin geçiş hakkından yararlanmalarına ilişkin usul ve esasları belirleyecek bir yönetmelik çıkarma yükümlülüğü getirmiştir. Bu maddeye dayanılarak çıkarılan Telekomünikasyon Hizmetlerinin Yürütülmesinde Geçiş Hakkına İlişkin Yönetmelik⁹ 2006 yılında yürürlüğe girmiş; ancak 2010 tarihli ve 27482 sayılı Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Yürütülmesinde Geçiş Hakkına Dair Yönetmelik¹⁰ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu son yönetmelik de 27.12.2012 tarih ve 28510 sayılı Sabit ve Mobil Haberleşme Altyapısı veya Şebekelerinde Kullanılan Her Türlü Kablo ve Benzeri Gerecin Taşınmazlardan Geçirilmesine İlişkin Yönetmelik¹¹ ile ilga edilmiştir.¹²

Bugün 406 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeler ve 655 sayılı KHK bir kenara bırakılacak olursa; geçiş hakkını düzenleyen en önemli iki kaynak, 5.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile 2012

⁶ Bkz. RG, T. 29.01.2000, S. 23948.

⁷ Ayrıca bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4502.html> (25.06.2018)

⁸ Şu anki ismiyle Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu.

⁹ Bkz. RG, T. 02.05.2006, S. 26156.

¹⁰ Bkz. RG, T. 03.02.2010, S. 27482.

¹¹ Bkz. RG, T. 27.12.2012, S. 28510.

¹² Geçiş Hakkı Yönetmeliği, 01.11.2011 tarihinde 28102 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’ye (KHK) dayanılarak çıkarılmıştır. KHK md. 13/h uyarınca Haberleşme Genel Müdürlüğü’nün görevleri arasında “*Sabit ve mobil haberleşme altyapısı veya şebekelerinde kullanılan her türlü kablo ve benzeri gerecin taşınmazlardan geçirilmesiyle ilgili geçiş hakkına ilişkin usul ve esaslar ile bunların taşınmazlardan geçirilmesi için uygulanacak ücret tarifelerini belirlemek ve denetlemek*” yer almaktadır.

tarihli Geçiş Hakkı Yönetmeliği'dir.¹³ EHK md. 22 ve Geçiş Hakkı Yönetmeliği geçiş hakkı konusunu ayrıntılı bir biçimde düzenlemektedir.¹⁴ Bunun yanı sıra çeşitli belediyelerin kendi hizmet sınırları içerisinde bulunan elektronik haberleşme altyapı tesislerinin kurulması ve bu tesislerin ortak kullanılabilmesi için katılım ve güzergâh bakım bedelleri ile geçiş hakkına ilişkin usul ve esasların düzenlendiği çeşitli yönetmelikler bulunmaktadır.¹⁵ Zira bulvar, cadde ve sokaklara erişim için gerekli olan izin, yerel idarelerce verilmektedir. Ayrıca, 13.07.2016 tarihli ve 29769 sayılı Elektronik Haberleşme Altyapısı ve Bilgi Sistemine İlişkin Yönetmelik'te¹⁶ Geçiş Hakkı Yönetmeliği kapsamında geçiş hakkını kullanan elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve altyapısını işleten şirketlerin kuracakları elektronik haberleşme altyapı tesislerinin asgari gerekliliklerinin belirlenmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlenmektedir.

C. Geçiş Hakkının Kapsamı ve Önemi

1. Geçiş Hakkının Kapsamı

Elektronik Haberleşme Kanunu md. 22 uyarınca geçiş hakkının kapsamı şu şekilde belirlenmiştir: “Geçiş hakkı, elektronik haberleşme hizmeti vermek amacıyla her türlü elektronik haberleşme altyapısını ve bunların destekleyici ekipmanlarını, kamu ve/veya özel mülkiyete konu taşınmazların altından, üstünden, üzerinden geçirme ve bu altyapıyı kurmak, değiştirmek, sökmek, kontrol, bakım ve onarımlarını sağlamak ve benzeri amaçlarla söz konusu mülkiyet alanlarını bu Kanun hükümleri çerçevesinde **kullanma hakkını kapsar.**” Geçiş hakkına ilişkin söz konusu tanım incelendiğinde özellikle altyapı kavramı göze çarpmaktadır.

¹³ Geçiş Hakkı Yönetmeliğinin yürürlük tarihinden önce sahip olunan geçiş hakları ve imzalanmış olan geçiş hakkı sözleşmeleri sona erene kadar aynı şartlarla uygulanmaya devam edecektir. (Geçiş Hakkı Yönetmeliği Geçici Madde 1)

¹⁴ Elbette geçiş hakkı konusunda Geçiş Hakkı Yönetmeliği, EHK'ya göre öncelikli olarak uygulanır. Bu noktada Geçiş Hakkı Yönetmeliği'nde hüküm bulunmayan hallerde EHK ve ilgili olduğu ölçüde TMK hükümleri uygulanır. (Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 20)

¹⁵ Bunlara, Türkiye Cumhuriyeti Antalya Büyükşehir Belediyesi Alt Yapı Tesislerinin Kurulması ve Bu Tesislerin Ortak Kullanılabilmesi İçin Katılım ve Güzergâh Bakım Bedellerinin Tespiti İle Geçiş Hakkına İlişkin Yönetmelik örnek olarak gösterilebilir.

¹⁶ Bkz. RG, T. 13.07.2016, S. 29769.

Elektronik haberleşme hizmeti veren işletmeciler, verdikleri hizmete ilişkin bir altyapı kullanmak zorundadırlar. Elektronik haberleşme altyapısı, elektronik haberleşme üzerinden veya onun aracılığıyla gerçekleştirilen her türlü şebeke birimlerini, ilgili tesisleri ve bunların bütünleyici parçalarını kapsamaktadır. Bu altyapıyı bazı taşınmazların altından, üstünden veya üzerinden geçirmek suretiyle kurmak veya var olan altyapıyı değiştirmek, sökmek vb. amaçlarla kullanmak isteyen işletmeciler, geçiş hakkı talebinde bulunabilirler. Buna ek olarak, işletmecilerin mevcut altyapıyı kurmanın yanı sıra ona devamlı surette erişmek ve altyapının bakım ve onarımlarını yapmak yönünde de yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu sebeple, geçiş hakkı sadece yeni bir altyapı tesisinden veya var olan altyapıdan faydalanma hakkı elde etmekten daha geniş bir kapsamda düşünülmelidir.¹⁷ Zira altyapıya kesintisiz erişimin sağlanamadığı veya altyapıda bir arıza meydana geldiğinde gerekli onarımların yapılmadığı durumlarda, kamu hizmetini kesintisiz bir şekilde sunmakla yükümlü olan işletmecilerin, elektronik haberleşme hizmeti sunmak için kendilerine verilen yetkiyi uygun bir şekilde gerçekleştirdiklerinden söz edilemez.¹⁸

Geçiş hakkı konusunda kamuya ait taşınmazlardan yararlanılabileceği gibi üzerinden geçilen bu taşınmazlar özel mülkiyete tabi de olabilir. TMK md. 704 uyarınca taşınmazlar; araziler, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyetine kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerdir. Geçiş hakkı söz konusu olduğunda bağımsız ve sürekli haklardan bahsedilemeyeceği çok açıktır. Dolayısıyla burada kast edilen taşınmaz türü, daha ziyade bir başka gerçek veya tüzel kişinin arazisidir.

Kamuya ait taşınmazlar kural olarak özel mülkiyete tabi değildir.¹⁹ Bu tür mallar; parklar, meydanlar, köprüler, resmi binalar gibi doğrudan doğruya kamu hizmetine tahsis edilmiş mallar ile kamu tüzel kişilerine ait mallar olabileceği gibi sahiller ve umuma ait sular gibi devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerler de olabilir.²⁰

¹⁷ **Melody/Moller**, s. 119 vd.; **Victory**, s. 2 vd.

¹⁸ Elektronik Haberleşme Kanunu md. 22.

¹⁹ Bilindiği gibi devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin malvarlığında olan; ancak bir kamu hizmetine ayrılmamış olan mallar, özel mülkiyete tabidir. (**Oğuzman K./Seliçi Ö./Oktay-Özdemir S.**, Eşya Hukuku, B. 17, İstanbul 2014, s. 14-15).

²⁰ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 14-17; **Ertaş Ş.**, Eşya Hukuku, B. 13, Ankara 2016, s. 5 vd.

2. Geçiş Hakkının Önemi

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 35. maddesi "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.*" hükmünü getirmiştir. Mülkiyet hakkı mutlak ve dokunulamaz bir hak olmakla beraber, bu en geniş aynı hakkın kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmesi kabul etmektedir. Aynı şekilde TMK hükümleri, taşınmaz mülkiyetinin düzenlendiği ikinci bölüm ikinci ayırda md. 718 ve devamında bazı mülkiyet hakkı kısıtlamalarına izin vermektedir. Bunlar malikin katlanma ödevi içerisinde yer alır. Geçiş hakkı söz konusu olduğunda ise elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve altyapısını işleten şirketler olarak tanımlanan işletmecilerin (Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 4/g), kişilerin mülkiyetindeki taşınmazlardan bu şekilde yararlanmalarının Anayasanın söz konusu maddesine aykırılık teşkil edip etmediği sorusu yine de akla gelebilir. Nitekim bu soru, Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Karara konu olan olay, PTT'nin, 406 sayılı Kanun uyarınca üçüncü kişinin özel mülkiyetine tabi bir arazide yeraltı tesisatı kurmasına ilişkindir. Davaya bakan mahkeme, PTT'ye bu hususta yetki veren 406 sayılı Kanunun şu an için mülga 14. maddesinin Anayasa'nın 10, 35 ve 46. maddelerine aykırı olduğu iddiasında bulunmuştur.²¹ Mahkeme ayrıca, geçiş hakkı kapsamında Hükümete özel mülkiyet arazilerinde hat döşeme yetkisi veren 406 sayılı Kanun'un 14. maddesinin, mülkiyet hakkına yönelik keyfi müdahalelere olanak verdiği ve özellikle de Anayasa md. 46 uyarınca özel mülkiyete tabi taşınmazlara bu yönde yapılacak müdahalelerin ancak kamulaştırma veya idari irtifaklar²² kurmak suretiyle yapılabileceği gerekçesini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi ise kendisine yöneltilen bu itirazı, çağdaş toplum düşüncesi, teknolojik gereklilikler ve haberleşme hürriyeti gerekçeleriyle reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı, haberleşme hürriyetine yapılan vurgu bakımından olumludur ve her ne kadar nispeten eski tarihli bir

²¹ Anayasa Mahkemesinin 10 Haziran 1993 tarih ve E. 1993/9, K. 1993/21 sayılı Kararı (www.kazanci.com) (13.09.2017)

²² Doktrinde idari irtifaklar, kamu yararının olduğu durumlarda malike yükletilen ödev şeklinde nitelendirilmekte ve gerçek bir irtifak hakkı olarak kabul edilmemektedir. Bu tür irtifaklar zorunlu geçit hakkı gibi bir mülkiyet hakkı kısıtlaması olarak görülmekte ancak irtifak tabirinin yanıltıcı olduğu ifade edilmektedir. (Gürsoy K., Eren F., Cansel E., Türk Eşya Hukuku, B.2 , Ankara 1984, s. 791 vd).

karar olsa da itirazı reddetme gerekçeleri kanımızca hâlâ geçerlidir. Zira özellikle evrensel hizmet ilkesi çerçevesinde ülkenin her yerinde yaşayan vatandaşların elektronik haberleşme hizmetlerinden eşit şekilde ve makûl ücretlerle yararlanması esastır.²³ Başka bir deyişle, bireylerin haberleşme hürriyetlerinin önündeki engellerin kaldırılması çağdaş toplumlarda bir zorunluluktur. Geçiş hakkı uygulaması, elektronik haberleşme hizmetlerinin ülkenin uzak köşelerine de götürülmesi bakımından önemlidir. Bunun yanı sıra, bir diğer ilke olan rekabetin sağlanması ilkesi de ancak pazara yeni girişlerin teşvik edilmesi ile mümkün olur. İşletmelerin kendilerine ait altyapıları kurabilmeleri ve mevcut altyapılara ulaşma bakımından eşit ve şeffaf bir anlayış ile muhatap olmaları, yeni işletmelerin pazara girmelerinin önündeki engelleri kaldırmak yönünden de çok önemlidir.

II. Geçiş Hakkının Hukukî Niteliği

A. Eşya Hukuku Açısından Genel Bir Değerlendirme

Mülkiyet hakkı, sahibine, eşyayı kullanma, ondan yararlanma ve üzerinde tasarrufta bulunma yetkilerini veren en geniş ayni haktır (TMK md. 683/I). Ancak mülkiyet hakkı yalnızca yetkilerden oluşmaz; aynı zamanda malike bazı ödevler yükler. Zira hukuk düzeni içerisindeki hiçbir hakkın bazı hukukî sınırlamalar olmadan varlığını sürdürebileceği ve ödevsiz bir hakkın var olabileceği söylenemez. Dolayısıyla malikin bir eşyayı kullanmasını, ondan yararlanmasını veya tasarruf etmesini engelleyen veya güçleştiren her türlü durum olarak tanımlanabilecek olan mülkiyet hakkı kısıtlamaları da bir hukuk düzeni içerisinde aynı zamanda meşru kabul edilmelidir.

Mülkiyet hakkı kısıtlamaları hukuki işlemde veya kanundan kaynaklanabilir. Örneğin sınırlı aynî hakların tümü, aynı zamanda hukukî işlemde doğan birer mülkiyet hakkı kısıtlamasıdır²⁴. Zira sınırlı aynî hakların kurulabilmesi için gerekli olan hukuki sebep, taşınmazlar söz konusu olduğunda kural olarak tapuda resmî şekilde yapılması gereken bir

²³ Şeref Ekici, Özel Sektöre Açıldıktan Sonra Türk Telekomünikasyon Hukuku, İstanbul 2006, s. 49. Ayrıca elektronik haberleşme sektöründe evrensel hizmet kavramına ilişkin olarak bkz. Bülent Kent, "Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı", GÜHFD, C XVI, S. 2, 2012, s. 169 vd.

²⁴ Hukuki işlemde doğan mülkiyet hakkı kısıtlamalarının bir diğer örneği, sözleşmeden doğan alım, önalım ve gerialım haklarıdır. (TBK md. 238 vd.)

sözleşmedir. Sınırlı aynî haklar içerisinde malike katlanma ve/veya kaçınma yükümlülüğü yükleyen irtifak haklarının²⁵ bir kısmı ise bir eşyanın maliki olma olgusuna bağlanan ve bir taşınmaz üzerinde diğer taşınmaz yararına kurulan eşyaya bağlı irtifaklar görünümündedir (TMK md. 799).

Mülkiyet hakkı kısıtlamaları, taraflar arasında yapılan hukuki bir işlemde değil; bizzat kanunun kendisinden de doğabilmektedir. Bunların bir kısmı kamu hukuku kökenli²⁶ bir kısmı da özel hukuk kökenlidir.²⁷ Özel hukuk kökenli mülkiyet hakkı kısıtlamalarının önemli bir kısmını ise komşuluk hukukundan doğan mülkiyet hakkı kısıtlamaları (TMK md. 737 vd) oluşturmaktadır.²⁸ Ancak komşuluk hukukundan doğan mülkiyet hakkı kısıtlamaları içerisinde yer alan zorunlu geçit irtifakı,²⁹ zorunlu kaynak

²⁵ İrtifak hakları asla bir yapma yükümlülüğü yüklemeyiz; zira bunlar şahsi haklara özgü borçlardır (TBK md. 779). Bu nedenle, örneğin, kat irtifakı gerçekte bir irtifak değildir. Kat irtifakı, kat mülkiyetine çevrilebilecek bir yapı yapma borcu yükler. Burada bir yapma borcu vardır. Bir aynı hak değildir bu; hukuki nitelik itibarıyla olsa olsa eşyaya bağlı borç olabilir ancak. (Sirmen L., Eşya Hukuku, B. 4 Ankara 2016, s. 450. Aynı yönde bkz. Akıntürk T., Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 642)

²⁶ Kamu hukukundan doğan mülkiyet hakkı kısıtlaması dendiğinde akla gelebilecek en önemli kavram olan kamulaştırmaya ilişkin önemli bir kaynak için bkz. Kutlu Gürsel M., Kamulaştırma Hukuku, B. 2, Mart 2012.

²⁷ Yine de hem kamu hukukundan hem de özel hukuktan kaynaklanan, deyim yerindeyse “çift karakterli” sınırlamaların da olabileceği kabul edilmektedir. Örneğin bazıları TMK md. 737’deki taşkın kullanımın yasaklanması halinin kamu hukuku nitelikli kanunlarda da benzer şekilde düzenlendiğinden bahisle, burada hem özel yararın hem de kamu yararının birlikte korunduğunu kabul etmektedirler. (Bkz. Salih Şahiniz, Gayrimenkul Mülkiyetinin Komşuluk Hukukuna İlişkin Dolayısıyla Kanundan Doğan Sınırlamaları: Zaruri (Zorunlu) İrtifaklar (Les Servitudes Necessaires), Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C. I, İstanbul 2001, s. 635).

²⁸ Buradaki kıstasın “menfaat kıstası” olduğu ve bir veya birden fazla kimsenin veya özellikle komşular gibi belirli bir çevrenin (komşuluk hukuku) menfaatinin korunması söz konusu olduğunda; bu durumun, kamunun (genelin) menfaatinin korunduğu kamu hukukundan kaynaklanan mülkiyet hakkı kısıtlamasından farklı olarak, özel hukuktan kaynaklanan kanundan doğan mülkiyet hakkı kısıtlaması olduğu kabul edilmektedir. (Şahiniz, Zorunlu İrtifaklar, s. 635)

²⁹ Her ne kadar ismen benzer olsalar da geçit irtifakı ve geçiş hakkı birbirlerinden farklıdır. Zorunlu geçit irtifakında, taşınmazından genel yola çıkmak hiç veya yeterli (bir yol var ancak aşırı dolambaçlı, masraflı) geçidi bulunmayan malikin, tam bir bedel ödemek suretiyle bu talepten en az zarar görecektir konumdaki taşınmaz malikinden kendisine bir geçit hakkı tanınmasını istemesi söz konusudur. Burada hukuki sebep, kanun hükmüdür ve koşullar varsa hukuki sebep gerçekleşmiş olur. Bu koşullar varsa doğrudan tescil istenebilir ve eğer yararlanılacak taşınmaz maliki geçit irtifakını tescil etmeye yanaşmazsa tescile zorlama davası açılabilir. Zorunluluk unsuru da buradan kaynaklanmaktadır. (TMK md. 747)

irtifakı³⁰ ve zorunlu mecra geçirme irtifakları konumuz bakımından özellikle önemlidir. Zira zorunlu irtifakların kanunda var olma amacı ile geçiş hakkının mantığı örtüşmekte ve geçiş hakkının hukuki niteliği dendiğinde bunlar arasında zorunlu mecra geçirme irtifakı bir adım öne çıkmaktadır.

Doktrinde bir kısım yazarlar³¹ komşuluk hukukundan doğan sınırlamalar olarak ayrıca ifade ettiğimiz ve özel hukuktan doğan sınırlamalar olarak kabul edilen bu mülkiyet hakkı kısıtlamalarını da kendi içlerinde *kanundan doğrudan doğruya doğan kısıtlamalar* ve *kanundan dolayısıyla doğan kısıtlamalar* şeklinde ikiye ayırmaktadırlar. *Kanundan doğrudan doğruya doğan kısıtlamalar*, kanun hükümleri gereğince ortaya çıkan ve tescile gerek olmaksızın doğan kısıtlamalar biçiminde tanımlanır. Bu kısıtlamalar, yazarlara göre, mülkiyet hakkının içeriğinden olan, kural olarak özel yararı koruma amacı güden ve tüm maliklerin aynı ölçüde yetkili ve yükümlü oldukları ödevlerden kabul edilmektedir. Bu nedenle malike bu yükümlülüğü nedeniyle hiçbir tazminat ödenmesi de gerekmemektedir. Örneğin, malikin, “*kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara, onların topraklarını sarsmamak veya tehlikeye düşürmemek ya da üzerlerindeki tesisleri etkilemek suretiyle zarar vermekten kaçınmak*” yönündeki yükümlülüğü (TMK md. 738) bu şekilde bir mülkiyet hakkı kısıtlamasıdır. Buna karşılık, *kanundan dolayısıyla doğan mülkiyet hakkı kısıtlamaları* ise kendiliğinden doğmamakta ve kanun belirli koşulların varlığı halinde malike belirli bir yönde talepte bulunma hakkı vererek bu mülkiyet hakkı kısıtlamasının kurulmasını hak sahibinin arzusuna bırakmaktadır. Bu kısıtlamalar, tapuya tescil edilirler. Bu kısıtlamaların söz konusu olabilmesi için kişilerin böyle bir talepte bulunmaları bakımından ortada bir zaruret halinin bulunması gerekmektedir. Bu nedenle malike de bu duruma katlandığı için mutlaka bir tazminat ödenmelidir. Yukarıda ifade edilen zorunlu irtifak haklarının hepsi, özel hukuk kökenli olan ve kanundan dolayısıyla doğan mülkiyet hakkı kısıtlamaları şeklindedir.

³⁰ Kaynak irtifakında ise irtifak talep eden kişinin, evi veya arazisi için gereken suyu kendi taşınmazından hiç sağlayamaması veya sağlamasına rağmen bunun aşırı zahmetli ve masraflı olması ve bunun karşısında da yararlanılacak komşu taşınmaz malikinin kendi taşınmazından kaynak şeklinde çıkan suyun komşu taşınmaz malikinin ihtiyacından fazla olması koşulları söz konusudur. Burada diğer bir önemli koşul, komşu taşınmaz malikine kaynak irtifakı karşılığında tam bir bedel ödenmesidir. Bu koşulların hepsinin bir arada bulunması neticesinde kendi lehine bir kaynak irtifakı talep eden malikin talebi kabul edilmez ve komşu taşınmaz maliki tescile yanaşmazsa, tescile zorlama davası açılabilir. Zira burada kanundan doğan zorunlu bir kaynak irtifakı söz konusudur. (TMK md. 761)

³¹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 546-547; **Akıntürk**, s. 547 vd.; **Şahiniz**, Zorunlu İrtifaklar, s. 636.

B. Geçiş Hakkına İlişkin Özel Bir Değerlendirme

Geçiş hakkı, bir mülkiyet hakkı kısıtlamasıdır. Bu hakkı, malikin katlanma ödevi içerisinde değerlendirilmelidir. Başka bir deyişle, malik, her türlü haberleşme altyapısının ve bunların destekleyici ekipmanlarının³² taşınmazının altından, üstünden veya üzerinden geçirilmesine katlanmakla yükümlüdür.

Geçiş hakkı, kanundan doğan bir mülkiyet hakkı kısıtlamasıdır. Geçiş hakkı ayrıca, kamu hukuku nitelikli bir haktır. Bu tespit, kanımızca, geçiş hakkı bakımından tarafların geçiş haklarına ilişkin sözleşmeleri serbestçe yapabilmeleri kuralının varlığına rağmen böyledir. Zira geçiş hakkı, “*elektronik haberleşme hizmeti vermek amacıyla*” (EHK md. 22) tanınan bir haktır ve sunulan bu hizmet, kesintisiz, makûl ve herkese eşit biçimde sunulması gereken bir kamu hizmetidir (EHK md. 4/1, ç). Bu nedenle tarafların iradeleri söz konusu olduğunda bu serbesti, devletin ana hedeflerinden biridir. Gerçekten de bu hak, kişilerin temel haklarından biri olarak kabul edilen haberleşme özgürlüğü (AY md. 22) ve özellikle de evrensel hizmet anlayışı çerçevesinde düşünülmelidir. Bu durum, geçiş hakkı sözleşmesinin taraflarından biri özel sektör olsa dahi böyledir. Nitekim bu yorum, söz konusu hizmetin niteliğine ve elektronik haberleşme ile ilgili mevzuatın varlık amacına da en uygun yorumdur. Elektronik Haberleşme Kanunu’nda yer alan düzenlemeler incelendiğinde de bu yorum tarzının benimsenmiş olduğuna dair birtakım emareler göze çarpmaktadır. Örneğin, “*Yetkilendirmenin Devri Halinde Geçiş Hakkı Anlaşması*” başlıklı EHK md. 29 uyarınca yetkilendirmenin devri halinde geçiş hakkı anlaşmasında kural, geçiş hakkının, geçiş hakkı sağlayıcısı ile yeni işletmeci arasında aynı şartlarda devam etmesidir. Bunun gerekçesi kanunda “*kamu hizmetinin kesintiye uğramaması*” gerekliliği ile açıklanmaktadır. Kuşkusuz klâsik bir Borçlar Hukuku sözleşmesinde taraf değişimi söz konusu olduğunda bundan

³² Elektronik haberleşme altyapısı, “*elektronik haberleşmenin, üzerinden veya aracılığıyla gerçekleştirildiği anahtarlama ekipmanları, donanım ve yazılımlar, terminaller ve hatlar da dahil olmak üzere her türlü şebeke birimlerini, ilgili tesisleri ve bunların bütünleyici parçaları*”dır. (EHK md. 3/1). Bu çerçevede söz konusu altyapılar, sabit, mobil veya uydu hizmetleri için ihtiyaç duyulan altyapılar; ulusal ve uluslararası transmision hatları; mobil servisler için anten yerleri; kablosuz yerel erişim; uluslararası denizaltı hatları; son kullanıcıya yerel sabit erişim ve ankesörlü telefon ekipmanları gibi altyapılar olarak sayılmaktadır. (Oğul, s. 6-8).

daha farklı bir düzenleme ve ağırlaştırılmış başka şartlar söz konusu olacaktır (TBK md. 183 vd.). Ancak geçiş hakkı söz konusu olduğunda, öncelikli olan, tarafların iradelerinden ziyade hizmetin aksamamasıdır.

Kanundan doğan bir mülkiyet hakkı kısıtlaması ve kamu hukuku nitelikli bir hak biçiminde anlaşılan geçiş hakkının kanundan doğan ne çeşit bir kısıtlama olduğuna ilişkin de somut bir cevap vermek gerekir.

Geçiş hakkı, hak sahibine bir kullanma hakkı verir. Malik de kendi yetkilerini kullanırken geçiş hakkının varlığına katlanmakla yükümlüdür. Bu açıdan geçiş hakkı bir çeşit irtifak hakkıdır.³³ Gerçekten de geçiş hakkı sağlayıcısı (taşınmazın maliki veya hak sahipleri), geçiş hakkı talebini, taşınmaza kalıcı zarar verilmemesi, taşınmazın üzerindeki hakların kullanımının sürekli biçimde aksatılmaması, geçiş hakkının teknik olarak imkân dâhilinde olması ve seçeneksiz ve ekonomik açıdan orantısız maliyetler içermemesi halinde kabul etmekle yükümlüdür (Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 8/3). Yani bu koşulların tümünün bir arada bulunması halinde, geçiş hakkına katlanmakla yükümlüdür. Bu sebeple geçiş hakkı, daha somut bir tanımla özel bir çeşit mecra geçirme irtifakıdır.

Mecra geçirme irtifakı, TMK md. 727’de düzenlenmektedir. Buna göre “*Su, gaz, elektrik ve benzerlerinin mecraları, işletmenin³⁴ bulunduğu taşınmazın dışında olsalar bile, aksine bir düzenleme olmadıkça o işletmenin eklentisi ve işletme malikin malı sayılır.*” Mecra, su, gaz, elektrik gibi kuvvet ve madenlerin taşınmasına yarayan her türlü tesisattır. Bu anlamda yalnızca su, gaz ve elektrik değil; *benzerlerinin*, yani örneğin elektronik haberleşme altyapısına dâhil olan hatların da, mecra olarak kabul edilmeleri mümkündür³⁵.

³³ Aynı yönde bkz. **Özer Ç.**, Telekomünikasyon Altyapısının Kurulumu ve İşletiminde Geçiş Hakkı, Ankara 2009, s. 42. (Erişim: www.btk.gov.tr) (24.10.2017)

³⁴ İşletme kavramının bu madde itibarıyla geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. İşletme, her şeyden önce ana tesisi ifade etmektedir; ancak ana tesisin içinde bulunduğu taşınmazdan bağımsız ve taşınır nitelikte de olabilir. (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, C. I, B. 5, 1989 İstanbul, s. 886)

³⁵ Yine de doktrinde mecra olarak kabul edilebilecek şeylerin katı şeyler olmayıp, kaygan veya akışkan şeylerin nakline yarayan tesisat olması gerektiği veya en azından katı cisimlerin boru vb. sabit bir tesisat içinden geçmesi gerektiği ifade edilmektedir. (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 884-885; **Şahiniz S.**, Türk Medeni Hukukunda Zaruri Mecra İrtifakı, İstanbul 2001, s. 4-5).

Mecralar bağımlı (dahili) mecra ve transit (harici) mecra şeklinde olabilir. Örneğin malik, kendi arazisi üzerindeki çardağa bir kablo yardımı ile yine kendi arazisi üzerindeki evinden hat taşımış olabilir. Bu bağımlı mecradır. TMK md. 727’de kastedilen ise bir elektrik telinin elektrik dağıtan şirkete ait bir trafodan çıkıp bir başkasının mülkiyeti üzerindeki araziden geçmesi örneğinde olduğu gibi transit (harici) mecradır. Bu transit mecra, aksine bir düzenleme olmadığı müddetçe, kural olarak elektrik şirketine aittir ve bu anlamda da “*üst arza tabidir*” ilkesinin bir istisnasıdır.³⁶ Eğer Türk Medeni Kanunu’nda md. 727 gibi bir hüküm olmasaydı; üst arza tabidir ilkesi gereğince, bu elektrik telleri de arazinin malikine ait olacaktı. Her ne kadar TMK md. 727’de “*eklenti*” dense de aslında burada kastedilen bütünleyici parçadır. Bu şekilde, bir işletme dışındaki bir taşınmazdan mecra geçirilmesi, irtifak hakkına veya komşuluk hukuku hükümlerine göre elde edilmiş bir hakka dayanır. Bu mecra için kişilere bir bedel ödenmesi gerekmez. Bu, malikin katlanma ödevinin içerisinde yer almaktadır.³⁷

Mecralar yapı niteliği taşısa da arazi malikine ait olmazlar. Tesis edilecek olan irtifak hakkı, mecra dışarıdan görülüyorsa tapu kütüğüne tescil ile, eğer görülüyorsa noterce düzenlenecek sözleşmeye dayanılarak kurulur (TMK md. 727/3). Buna göre, eğer mecra görünür bir yerden geçiyorsa noter aracılığıyla bir sözleşme düzenlenip bir geçit irtifakı kurulabilir ve tescile gerek olmaksızın da bir aynı hak kurulabilir. Bu şekilde aynı hak tesis edilebiliyor olması, kanımızca tüm eşya hukukunun ruhuna aykırı ve bu nedenle de oldukça farklı ve önemli bir düzenlemedir.

Elektronik haberleşme hukukundaki geçiş hakkının hukuki niteliğini belirlerken asıl önemli olan, mecra geçirme irtifakının bazen de zorunluluk icabı olduğu duruma işaret eden *zorunlu mecra geçirme irtifakıdır*.³⁸ Mecra

³⁶ Surlu M. H./Öztürk G., Öğreti ve Uygulamada Mecra Hakkı, Ankara 2005, s. 72-73.

³⁷ Surlu/Öztürk, s. 178.

³⁸ Zorunlu mecra geçirme irtifakının hukuki nitelik itibarıyla bir kanuni irtifak olabileceğine ilişkin bir diğer görüş için bkz. Özakman C., Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İstanbul 1978, s. 160 vd.; Aybay R./Hatemi H., Eşya Hukuku, İstanbul 2010, s. 214-215; Sirmen, s. 426).

Başkasının arazi üzerinden mecra geçirme irtifakının hukuki niteliği itibarıyla bir üst hakkından başka bir şey olmadığına ve zorunlu mecra geçirme irtifakının ise komşuluk hukuku hükümlerine göre elde edilen izin bakımından farklılık gösterdiğine ilişkin görüş için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 890.

geçirme irtifakının bu türü,³⁹ yalnızca taşınmaza bağlı bir hak olarak kurulabilen ve komşuluk hukukundan doğan bir mülkiyet hakkı kısıtlamasıdır.⁴⁰ Dahası, eğer özel hukuktan doğan sınırlamaların önemli bir bölümünü oluşturan komşuluk hukuku kuralları bakımından doktrinde yapılan ayırım göz önüne alınırsa, zorunlu mecra geçirme irtifakı, *kanundan dolayısıyla doğan bir mülkiyet hakkı kısıtlaması* görünümündedir.⁴¹

Zorunlu mecra geçirme hakkı bakımından önemli olan husus, mecra geçirecek kişinin bu mecra'yı geçirmesinin bir zorunluluk arz etmesidir. Buna göre, mecra'nın başka yerden geçirilmesi imkânsız veya aşırı ölçüde masraflı ise ve bu mecra için komşu taşınmazın malikine tam bir bedel ödenmekteyse; taşınmaz maliki, arazisinden geçecek mecra'ya katlanmakla yükümlüdür. TMK md. 744/1 uyarınca, "*her taşınmaz maliki, uğrayacağı zararın tamamının önceden ödenmesi koşuluyla, su yolu, kurutma kanalı, gaz ve benzerlerine ait boruların, elektrik hat ve kablolarının, başka yerden geçirilmesi olanaksız veya aşırı ölçüde masraflı olduğu takdirde, kendi arazisinin altından veya üstünden geçirilmesine katlanmakla yükümlüdür.*" Zorunlu mecra hakkı da eğer hak sahibi isterse tapuya tescil edilir (TMK md. 744/3). Ancak bu tescil, kurucu değil; bildiricidir.⁴²

Hem TMK md. 744'ün tahdidi olmayan dili (*ve benzerlerinin*) hem de taşınmazların var olma amaçlarına uygun ve rasyonel bir şekilde işletilmesi (*ratio legis*) düşüncesi, elektronik haberleşme hukukundaki geçiş hakkının da bir tür mecra irtifakı olduğu yorumuna son derece müsaittir. Mecralar, o taşınmazdan yararlanılması bakımından son derece büyük bir önemi haizdir ve malikin kendi taşınmazı için ihtiyaç duyduğu madde ve enerjilerinin

³⁹ Kuşkusuz burada kastettiğimiz, özel hukuk hükümlerine göre mecra geçirme hakkıdır. Eğer mecra geçirilmesi kamulaştırma kurallarına bağlı ise o zaman kamulaştırma kanunu devreye girmektedir. (TMK md. 744/2)

⁴⁰ **Erel Ş.**, Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, s. 33; **Surlu/Öztürk**, s. 85. Aynı yönde: Yargıtay 14. HD. 1978/1705, K. 1978/2679, 16.05.1978; Yargıtay 14. HD., E. 2001/7992, K. 2001/8502, T. 06.12.2001 (www.kazancı.com) (11.10.2017)

⁴¹ **Surlu/Öztürk**, s. 76; **Akıntürk**, s. 548; **Erel**, s. 33; **Şahiniz**, Zorunlu İrtifaklar, s. 643 vd. *Sirmen*, zorunlu mecra geçirme irtifakının kanundan dolayısıyla doğan bir özel hukuk kısıtlaması olduğunu kabul etmekle birlikte, aynı zamanda taşınmaz malikini bu irtifak haklarını kurmakla yükümlü kılan bir yararlanma yetkisi kısıtlaması olarak adlandırmaktadır. (*Sirmen*, s. 426)

⁴² **Özakman**, s. 199; **Şahiniz**, Zaruri Mecra, s. 103-104; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 572. Tescil ile ilgili olarak bkz. **Ünal M./Başpınar**, V., Şekli Eşya Hukuku, B. 9, Ankara 2017, s. 334 vd.

tümünün sağlanması gereklidir. Eğer malikin kendi taşınmazı için ihtiyaç duyduğu maddelerin ve enerjilerin malikin kendi taşınmasında üretilmesi çok güç veya zaten çoğu durumda olduğu gibi imkânsız ise bunların iletilmesi için kurulacak olan tesisatın başkalarına ait taşınmazlardan geçmesi gerekir. Bu durum, madde veya enerjiyi üreten ve/veya dağıtan sınai teşebbüsten ihtiyaç sahibi içinde bulunan taşınmaza yönelen mecraları da kapsamaktadır. Bu açıdan, geçiş hakkı, elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya bunun şebekesini sağlayan ve altyapısını işleten şirketlerin, elektronik haberleşme hizmeti sunmak için kamu veya özel mülkiyet alanlarının altından veya üstünden elektronik haberleşme altyapısı geçirmek suretiyle sahip oldukları özel bir mecra geçirme hakkıdır. Başka bir deyişle, EHK md. 3/1, s ve Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 4/1, d'de tanımlanan geçiş hakkı, nitelik itibariyle zorunlu mecra geçirme irtifakının özel bir görünümüdür. Ancak bu hak hem düzenleniş yeri hem de amacı göz önüne alındığında kamu hukuku niteliklidir. Zira söz konusu hak, taraflar arasındaki bir hukukî ilişkiden, bir diğer ifadeyle sözleşmeden kaynaklanan bir mülkiyet hakkı kısıtlaması olan rızai mecra geçirme irtifakından (TMK md. 727) farklıdır. Bu hak, kanundan kaynaklanan ve özel yararı koruma amacından farklı olarak bir zaruret durumuna ilişkin olan bir zorunlu mecra geçirme irtifakıdır. Ancak buradaki zaruret hali, TMK md. 744'teki durumun aksine komşuluk hukukuna ilişkin değildir. Buradaki durum, aynı zamanda devletin ana hedeflerinden ve Anayasa tarafından güvence altına alınan kişilik haklarından biri olan haberleşme hakkına ilişkin kamu hizmetinin sağlanması zorunluluğudur. Bu sebeple, elektronik haberleşme hukukundaki geçiş hakkı da kamu hukukuna dâhil bir hak olarak kabul edilmelidir. Bu hakkın zorunlu mecra geçirme irtifakının özel bir görünümü olması ile kastettiğimiz de işte asıl olarak budur.

III. Geçiş Hakkının Tesisi

A. Geçiş Hakkı Sözleşmesi

1. Sözleşme Serbestisi

Geçiş hakkı, elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmeciler ve geçiş hakkı sağlayıcıları arasında yapılan geçiş hakkı sözleşmesi ile tesis edilir. Geçiş hakkı sağlayıcıları ile işletmeciler geçiş hakkına ilişkin sözleşmeyi serbestçe yapabilirler. Bu noktada ana ilke, ilgili mevzuat hükümlerine aykırı

olmamak koşuluyla geçiş hakkının öncelikle tarafların anlaşmasına bağlı olmasıdır (EHK md. 25; Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 6/7, a ve md. 5/1, ç).

Geçiş hakkı sağlayıcıları, “geçiş hakkına konu olan kamuya ait ya da kamunun ortak kullanımında olan taşınmazlar da dahil olmak üzere, taşınmaz sahipleri ve/veya taşınmaz üzerindeki hak sahipleridir.” (EHK md. 3/1, ş; Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 4/1, g). Taşınmaz sahipleri, maliki oldukları taşınmazları geçiş hakkı kapsamında kullanacak olan gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri ve kamu kurum ve kuruluşlarıdır. Taşınmaz üzerinde hak sahipleri ise geçiş hakkına konu olan taşınmaz üzerinde irtifak hakkı gibi bir sınırlı aynî hak sahibi olan gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri ve kamu kurum ve kuruluşlarıdır (Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 4/1, k, md. 41, /l).

Sözleşmenin diğer tarafı olan işletmeciler ise EHK md. 3/1, z ve Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 4/1, ğ uyarınca “yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve altyapısını işleten şirketler(dir)”. Yetkilendirme, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve/veya elektronik haberleşme şebekesinin sağlanmasını teminen bir takım şirketlerin kayıt altına alınmasını ve bu kayıt ile beraber söz konusu şirketlerin belirli hak ve yükümlülükler ile donatılmasını ifade eder (EHK, md. 3/1, ccc).

İşletmeciler, elektronik haberleşme altyapısını kurmak amacıyla geçiş hakkı talep ettikleri güzergâhı kullanabilmek için Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı’ndan öncelikle bir kullanım onayı almak zorundadırlar. Bakanlıkça verilen kullanım onayı üzerine işletmeciler, bu onayı, kurulacak altyapıya ilişkin proje dosyasını ve BTK tarafından yetkilendirildiklerine ilişkin belgeyi geçiş hakkı sözleşmesine eklemekle yükümlüdürler. Geçiş hakkı sağlayıcıları ile işletmeciler arasındaki geçiş hakkı sözleşmesi de ancak bu onay süreci sonucunda kurulabilir. Bu onay bir kere alındıktan sonra ise işletmeciler ile geçiş hakkı sağlayıcıları, geçiş hakkına ilişkin anlaşma koşullarını ve geçiş hakkı bedelini aralarında karşılıklı olarak serbestçe kararlaştırabilirler. Buna karşılık geçiş hakkına ilişkin sözleşmenin içeriğinin ve geçiş hakkı bedelinin tespitinin, Elektronik Haberleşme Kanunu’ndan ve ayrıca Türk Medeni Kanunu’ndan kaynaklanan bazı sınırları mevcuttur (Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 6/7, a). Taraflar, anlaşma koşullarını belirlerken söz konusu mevzuata ve ayrıca geçiş hakkına ilişkin ilkelerin ruhuna ve amacına aykırı davranamazlar.

Uluslararası açıdan bakıldığında, geçiş hakkının AB direktiflerinde de yer aldığı ve bu konuda iç hukukta olduğu kadar AB hukuku alanında da bazı ilkelerin var olduğu göze çarpmaktadır. Gerçekten de geçiş hakkı, 2002/21 sayılı AB direktifinin (Çerçeve Direktifi) 11. maddesinde üç bent halinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeler incelendiğinde geçiş hakkı tesisinde şeffaf davranma ve ayrımcılık yapmama esasının getirilmiş olduğu görülmektedir. Yetkili otoriteler, geçiş hakkı konusunda ve bununla bağlantılı her türlü işlemi kamuya açık bir şekilde ve gecikmeksizin yürütmelidirler.⁴³ Bu direktif, 2009/140/EC direktifi⁴⁴ ile 2009 yılında değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklik direktifi ile yetkili otoritelerin geçiş hakkı usulünü basitleştirmeleri gerekliliği vurgulanmıştır. 2009 tarihli direktif uyarınca geçiş hakkı konusu, elektronik haberleşme hizmetleri bakımından zaruridir. Yetkili otoriteler bu konuya ilişkin düzenlemeleri ve uygulamaları karmaşıklıktan arı ve gecikmeksizin uygulamalıdır. Geçiş hakkı uygulaması adil, etkin ve çevrenin korunması ilkeleri çerçevesinde gerçekleştirilmelidir.⁴⁵

⁴³ Commission Directive 2002/21/EC of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0021>. (13.11.2017)

⁴⁴ Commission Directive 2009/140/EC of 25 November 2009 amending Directives 2002/21/EC on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, 2002/19/EC on access to, and interconnection of electronic communications networks and associated facilities, and 2002/20/EC on the authorization of electronic communications networks and services, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32009L0140>. (13.11.2017)

⁴⁵ Geçiş hakkı söz konusu olduğunda çevre korumacılığı ön plana alınmalıdır. Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 16 ve 5/1, g uyarınca geçiş hakkı kapsamında tanınan hakların kullanımı sırasında geçiş yollarında ve bu yolların etrafında bulunan ağaçların ve çevresel değerlerin korunması esastır. Bu düzenleme, geçiş hakkı uygulamasında çevrenin, tarihi eserlerin ve kültürel varlıklar ile tabiat varlıklarının korunması ilkesinin de bir uzantısıdır. Doğal ve tarihi eser niteliğindeki varlıklarla kültür varlıkları söz konusu olduğunda bu varlıkların korunmasına ilişkin özel mevzuat hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. EHK md. 26 bu hususu tekrar etmekle birlikte, geçiş hakkı tesisinde çevrenin veya doğal, tarihi ve kültürel varlıkların korunması konusunda herhangi bir kuruluştan izin alınması gerektiğinde bu izinlere ilişkin başvuruların ilgili kuruluş tarafından 60 gün içerisinde sonuçlandırılması gerektiği düzenlenmektedir. EHK aynı zamanda, md. 4'te yer alan elektronik haberleşmeye ilişkin ana ilkeler arasında elektronik haberleşme cihaz ve sistemlerinin kurulması, kullanılması ve işletilmesinde çevrenin korunması açısından asgari uluslararası normların dikkate alınması ilkesine de yer vermektedir. Çevrenin korunması ilkesi, hem Çerçeve Direktifinde hem de 2009/140 sayılı Değişiklik Direktifinde önemle vurgulanmaktadır. Elektronik haberleşme hizmetleri bakımından göz önüne alınması gereken ve ayrıca AB Direktiflerinde de zikredilen diğer bir ilke, insan sağlığının ve can güvenliğinin sağlanması

Geçiş hakkına ilişkin ilkeler aynı zamanda ulusal mevzuatta da yer almaktadır. Bu ilkeler, Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 5'te ve EHK md. 4'te sayılmıştır. Esasen bu ilkeler doğrudan işletmeciler ile geçiş hakkı sağlayıcılarına yönelik ilkeler değildir. Ancak bunlar, geçiş hakkı sağlayıcıları ile işletmeciler arasındaki geçiş hakkı sözleşmelerinin yorumu sırasında başvurulacak araçlardır. Bu sebeple yine de burada zikredilmelidir. Geçiş hakkı uygulamasında ve geçiş hakkı sözleşmelerinin yorumunda göz önünde bulundurulabilecek olan bu ilkeler, rekabet ortamının sağlanması, kaynakların etkin ve verimli kullanımı, taraflar arasında anlaşma özgürlüğünün asıl olması, geçiş hakkı taleplerinin teknik açıdan mümkün ve ekonomik açıdan makul olması ve tesis paylaşımı ve ortak yerleşime öncelik verilmesidir.⁴⁶ Bunun yanı sıra, geçiş hakkı kullanımı sırasında taşınmaza kalıcı zarar verilmemesi ve taşınmaz üzerindeki hakların kullanımının sürekli biçimde aksatılmaması da göz önünde bulundurulması gereken ilkelerdendir. Zaten mevzuat, taraflar arasında serbestçe belirlenebilecek olan geçiş hakkı sözleşmesinin ön koşulu olan Bakanlık onayının verilmesi veya verilmemesine ilişkin ilişkin bir değerlendirme yapılırken açıkça bu ilkelerin göz önünde bulundurulacağını ifade etmektedir. Buna göre, "*Taşınmaza kalıcı zarar verilmemesi, bu taşınmaz üzerindeki hakların kullanımının sürekli biçimde aksatılmaması koşuluyla, teknik olarak imkân dâhilinde, seçeneksiz ve ekonomik açıdan orantısız maliyetler ihtiva etmeyen geçiş hakkı talepleri,*

açısından her türlü önlemin alınması ve bu konudaki uluslararası asgari normlara uygun davranılmasıdır.

⁴⁶ Geçiş hakkına ilişkin yukarıda zikredilen ilkeler içerisinde göz önünde bulundurulması gereken önemli bir ilke de "*tesis paylaşım ve ortak yerleşim önceliğidir*". EHK md. 24 uyarınca, geçiş hakkı kapsamında kullanılacak ve üzerinde BTK tarafından ortak yerleşim ve tesis paylaşım yükümlülüğüne karar verilmiş olan bir elektronik haberleşme şebekesi bulunan bir taşınmaz söz konusu ise, tesis paylaşımına öncelik verilecektir. Ortak yerleşim, 27343 sayılı Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'ne dayanılarak çıkarılan, 27773 Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımına İlişkin Tebliğin (Tebliğ) 4. maddesi uyarınca kurum tarafından ortak yerleşim yükümlüsü olarak tespit edilen işletmeciler ile fiziksel, sanal veya uzaktan ortak yerleşimi ifade eder. Tesis paylaşımı ise elektronik haberleşme hizmeti sunumunda kullanılan boru, kanal, direk ve kuleler dâhil ilgili tesis ve cihazların diğer işletmeciler tarafından da kullanılması veya bu tesis ve cihazların paylaşılmasıdır. Tesislerini kamuya veya üçüncü şahıslara ait bir arazinin üzerine veya altına yerleştirebilen veya bu tür arazileri kullanabilen veya kamulaştırma müessesesinden yararlanan işletmeciler de tesis paylaşımı yükümlüsüdür. (Tebliğ md. 9) Ortak yerleşim ve tesis paylaşımı, AB Çerçeve Direktifi md. 12'de de düzenlenmiştir. Çerçeve Direktifi md. 12 uyarınca yetkili otoriteler tesislerin paylaşımını teşvik etmeli; çevrenin, kamu sağlığının, kamu güvenliğinin veya çevre ve şehir planlamacılığının gerektirmesi durumunda ortak yerleşim ve tesis paylaşımını zorunlu kılacak düzenlemeler yapmalıdırlar.

makul ve haklı sebepler saklı kalmak üzere, kabul edilir.” (EHK md. 23). Söz konusu ilkeler aynı zamanda tarafların anlaşma serbestîsinin sınırlarının çerçevesi olarak da değerlendirilmelidir.

Geçiş hakkı sözleşmesine ve bu konudaki sözleşme serbestisine ilişkin ele alınabilecek son husus, hem EHK’da hem de Geçiş Hakkı Yönetmeliği’nde yer alan özel bir hüküm olan, yetki devrine ilişkindir. Bu hüküm uyarınca, BTK tarafından verilen yetkilendirmenin devri kararı üzerine, geçiş hakkı sözleşmesi, sunulan kamu hizmetinin kesintiye uğramaması amacıyla geçiş hakkı sağlayıcısı ile yeni işletmeci arasında aynı koşullarda devam eder (EHK md. 29, Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 19). Esasında geçiş hakkı sözleşmesinin bu şekilde devam edecek oluşu, geçiş hakkının bir tür zorunlu mecra irtifakı olmasının da bir sonucudur ve bununla uyumludur. Zira zorunlu mecra irtifakında, zorunluluk hali devam ettiği müddetçe komşu taşınmazın her maliki bu borçla yükümlüdür. Zorunlu mecra geçirme irtifakı, tüm zorunlu irtifak hakları gibi, eşyaya bağlı borç ilişkisi niteliğindedir⁴⁷. Bu nedenle bu irtifak, sözleşme ile ve eğer taşınmaz maliki sözleşme yapmaya yanaşmazsa açılacak dava sonucunda mahkemece verilecek irtifak tesisi yönündeki kararın kesinleşmesi ile kurulur. Mahkemenin vereceği karar kurucudur⁴⁸. Dolayısıyla, sözleşme serbestisinin geçerli olduğu geçiş hakkı konusunda tarafların anlaşamamaları halinde anlaşmazlığın çözümü yetkili yargı yerlerine aittir. Nitekim yukarıda⁴⁹ zorunlu mecra geçirme irtifakının malikin talebi üzerine tapuya tescil edilebileceğinden ve bu tescilin bildirici olduğundan bahsedilirken aslında irtifak hakkının tarafların yaptıkları sözleşme ile veya anlaşamamaları halinde mahkemece verilen karar üzerine kurulduğuna işaret edilmektedir.

⁴⁷ Bkz. **Erel**, s. 33; **Oğuzman K.**, “Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar”, İÜHF, C. 31, S. 1-4, 1965, s. 210; **Sirmen**, s. 427; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 646; **Şahiniz**, Zorunlu İrtifaklar, s. 671-674. Aksi görüş ve mecra irtifakının eşyaya bağlı olarak veya kişiye bağlı olarak kurulmasına ilişkin tartışma için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 887-888.

⁴⁸ Hâkimin vereceği kararın kurucu bir nitelik taşımadığına, bu kararın yalnızca bir tespit hükmü olduğuna ve bu hakkın kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi ile doğan bir hak olması sebebiyle ancak hâkimin vereceği tespit kararı üzerine tarafların yaptıkları irtifak sözleşmesi ile kurulacağına ilişkin görüş için bkz. **Karahasan, M. R.**, Eşya Hukuku, C. I, İstanbul 2002, s. 1184, 1192. Ancak bu durumda da, tapuya yapılacak tescilin yine bildirici nitelikte kabul edilmektedir.

⁴⁹ Bkz. II, B., s. 13, dipn. 29.

Geçiş hakkına ilişkin sözleşmenin kimi zaman tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydedilebileceği belirtilmektedir. Bu çözüm aynı zamanda da üçüncü kişilerin arazi üzerinde geçiş hakkı olduğunu öğrenebilmeleri açısından isabetli olacaktır.⁵⁰

2. Tarafların Yükümlülükleri

a. Geçiş Hakkı Sağlayıcısının Yükümlülükleri

aa. Geçiş Hakkı Taleplerini Kabul Etme Yükümlülüğü

İşletmeciler; gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri veya kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar üzerinde bu taşınmazlara telekomünikasyon altyapısı kurmak veya var olan altyapıdan yararlanmak istediklerinde geçiş hakkı talep ederler. Geçiş hakkı sağlayıcısı, geçiş hakkı talebini taşınmaza zarar verilmemesi, kullanımının sürekli biçimde aksatılmaması, geçiş hakkının teknik olarak imkân dâhilinde ve ekonomik açıdan makûl olması halinde kabul etmelidir (EHK md. 23/1, Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 8/3).⁵¹ Geçiş hakkı sağlayıcısına yöneltilen talepler, bu koşullara aykırılık veya “*makul ve haklı sebeplerin bulunması*” halinde reddedilir. Söz konusu koşullar zaten Geçiş Hakkı Yönetmeliği ve Elektronik Haberleşme Kanunu’nda yer alan ilkelere yapılan bir gönderme niteliğindedir. Makûl ve haklı sebeplerin ne olduğuna ilişkin ise mevzuatta bir açıklık yoktur. Ancak söz konusu haklı sebeplere, çevrenin korunması, şehir ve ülke planlaması gibi önemli gereksinimler örnek olarak verilebilir.

Geçiş hakkı sağlayıcısının taşınmazına zarar verilmemesine veya taşınmazının kullanımının sürekli bir biçimde aksatılmamasına rağmen geçiş hakkı talebini reddetmesi mümkündür. Böyle bir halde, imkân dâhilinde ve

⁵⁰ Oğul, s. 13.

⁵¹ Bu yükümlülüğe ilişkin sınırlamalar zorunlu mecra geçirme irtifakını düzenleyen TMK md. 745 ve 746’da yer alan sınırlamalarla da uyumludur. Bu maddeler malike üç talep hakkı tanımaktadır. *i)* Malik, kendi menfaatlerinin hakkaniyete uygun şekilde gözetilmesi, bir diğer ifadeyle mecranın kendisine en az zarar verecek yerden geçirilmesini isteyebilir; *ii)* Malik, aynı mantıkla, mecranın geçirilmesi arazinin değer kaybetmesine neden oluyorsa veya işletilmesini imkânsız hale getiriyorsa mecranın üzerinden geçirileceği arazi parçasının uygun bir kısmının zararını tam olarak karşılayacak bir bedelle kısmen veya tamamen satın alınmasını isteyebilir; *iii)* Şartlar değişirse mecranın başka yere taşınmasını talep edebilir. Zorunlu mecra geçirme irtifakına ilişkin TMK’da sayılan bu üç durum ile geçiş hakkına özel olan ve Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 8/3’te sayılan durumlar arasındaki benzerlik dikkatten kaçmamaktadır.

ekonomik açıdan makûl olan geçiş hakkı taleplerini haklı gerekçe olmaksızın kabul etmemesi kanuna bir aykırılık teşkil eder.

Geçiş hakkı sağlayıcısının diğer bir yükümlülüğü, kendisine yöneltilen geçiş hakkı talebini reddetmesi durumunda bunun ayrıntılı gerekçesini işletmeciye bildirmedir (Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 8/3).

Geçiş hakkı talebinin reddedilmesi üzerine işletmeci, reddedilme gerekçesi ile birlikte Bakanlığa başvurabilir. Geçiş hakkına ilişkin nihai karar, Bakanlıkça verilmektedir. Bakanlık, geçiş hakkına ilişkin gerekli değerlendirmeyi yaptıktan sonra kararını hem işletmeciye hem de geçiş hakkı sağlayıcısına bildirir. Daha önce de ifade edildiği gibi,⁵² zorunlu mecrâ geçirme irtifakı, tarafların yaptıkları sözleşme ile veya anlaşamamaları halinde mahkemece verilen karar üzerine kurulmaktadır. Bu noktada, geçiş hakkına ilişkin anlaşmaların ise tarafların yaptıkları sözleşme ile veya anlaşamamaları halinde Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 8/4 uyarınca Bakanlıkça verilen karar üzerine kurulacağına dikkat çekilmelidir. Geçiş Hakkı Sözleşmesi bir kere kurulduktan sonra ise ortaya çıkan uyuşmazlıklar, mahkeme tarafından ilgili mevzuat hükümleri kapsamında çözüme kavuşturulur. Bu süreçte taraflardan birinin talebi üzerine Bakanlıktan da görüş alınabilir (Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 8/5).

Geçiş hakkı sağlayıcısı, kendisine yöneltilen geçiş hakkı taleplerini yasal süre içerisinde cevaplamalıdır (Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 5/c). Kendisinden geçiş hakkı talep edilen kişi bir kamu kurum veya kuruluşu ise işletmeciler tarafından yapılan ve geçiş hakkı talebini de içeren başvurular 60 gün içerisinde sonuçlandırılmalıdır. Bu 60 günlük süre, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu md. 7'de yer alan ve idareye başvuru süresi olan 60 günlük süre ile de uyumludur (EHK md. 23/2, Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 11/2).

Başvurulan kamu kurum ve kuruluşlarının kendilerine yöneltilen geçiş hakkı taleplerine ilişkin bir diğer yükümlülükleri ise yapılan başvuruları benzer konumdaki işletmeciler arasında herhangi bir ayırım gözetmeden değerlendirmeleri ve şeffaf davranmalarındır (EHK md. 23/2, Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 11/2). Söz konusu yükümlülük, rekabetin sağlanabilmesi için de gerekli olan bir koşuldur. Çerçeve Direktifinin yanı sıra konuya ilişkin

⁵² Bkz. II, B., s. 13, dipn. 29.

genel bir direktif niteliğinde olan 2002/77/EC sayılı AB Rekabet direktifi⁵³ incelendiğinde, bu direktifte de ayırım gözetmeme, şeffaflık ve gecikmeye yol açmama ilkelerine yer verildiği görülmektedir. Bu direktif, hâkim konumdaki işletmecilerin arzilere giriş konusunda piyasaya yeni giren işletmecilerden farklı ve üstün haklara sahip olamayacaklarını belirtmektedir. Tıpkı Çerçeve Direktifi gibi bu direktif uyarınca da yetkili otoritelerin gecikmeye yol açmayan ve herkesçe erişilebilir prosedürlerle hareket etmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra ayırım gözetmeme ve şeffaf davranma (*non-discrimination and transparency*) ilkeleri 2002/22/EC sayılı Evrensel Hizmet Direktifi,⁵⁴ 2002/20/EC sayılı Yetkilendirme Direktifi⁵⁵ ve 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifinde⁵⁶ de yer almaktadır. Anılan tüm direktifler, bu ilkelerin önemini bir kere daha vurgulamaktadır.

bb. Önlem Alma ve Kaçınma Yükümlülüğü

Geçiş hakkı sağlayıcısı, işletmecilerin taşınmazı üzerinde yürüteceği faaliyetleri kesintisiz ve güvenli bir şekilde gerçekleştirebilmeleri için *gerekli tüm önlemleri almak* veya işletmecilerin bu türden önlemleri almalarını sağlamakla yükümlüdür. Alınması gereken söz konusu önlemlere ilişkin tüm masraflar işletmeciye aittir (EHK md. 28/1, Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 11/3). Benzer bir düzenleme, Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen irtifak haklarına ilişkin hükümlerde de yer almaktadır. Gerçekten de TMK md. 786/I uyarınca irtifak hakkı sahibi, hakkının korunması ve kullanılması için gerekli

⁵³ Commission Directive 2002/77/EC of 28 16 September 2002 on competition in the markets for electronic communication networks and services, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1512655302727&uri=CELEX:32002L0077>. (07.12.2017)

⁵⁴ Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services (Universal Service Directive), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1512655446559&uri=CELEX:32002L0022>. (07.12.2017)

⁵⁵ Directive 2002/20/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on the authorisation of electronic communications networks and services (Authorisation Directive), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1512655446559&uri=CELEX:32002L0020>. (07.12.2017)

⁵⁶ Directive 2002/19/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (Access Directive), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0019>. (07.12.2017)

tüm önlemleri alabilir⁵⁷. Yine, TMK md. 790 uyarınca irtifak hakkını kullanmak için gerekli tesislerin bakım masraflarına yararlanan taşınmaz maliki katlanır. Bu, Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 11/3'te geçiş hakkına dair alınması gereken önlemlere ilişkin masrafların işletmecilere ait olması durumuna paralel bir düzenlemedir. Ancak TMK md. 790'ın devamında bu tesislerin yüklü taşınmaz malikinin de yararına olması durumunda bu malikin de masraflara yararı oranında katılacağı ifade edilmektedir.

Türk Medeni Kanunu uyarınca irtifak hakkını kullanmak için gerekli olan tesislerin masraflarına, yararlanan taşınmaz malikinin katlanmasına yönelik hükmün emredici olmadığı kabul edilmektedir. Yine tarafların masraflara ilişkin aksi yönde bir düzenleme yapmaları, irtifak hakkının kanunda belirlenen içeriğinden sapma niteliği taşımaktadır. Bu nedenle aralarında kararlaştırdıkları bu hususun başkalarına karşı da ileri sürülebilmesi için anlaşmanın resmi şekilde yapılması ve tapuya tescil edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁸

Geçiş hakkı sağlayıcısının bir diğer yükümlülüğü, işletmecilerin geçiş hakkı kapsamında yürüteceği faaliyetleri ve işletmecilerin *elektronik haberleşme altyapısını tehlikeye düşürücü ve bunlara zarar verici eylemlerden kaçınma* yükümlülüğüdür. Bu bağlamda işletmecilerin faaliyetlerinin veya elektronik haberleşme altyapısının geçiş hakkı sağlayıcısının eylemleri nedeniyle zarar görmesi halinde, bu zararın geçiş hakkı sağlayıcısı tarafından 1 ay içerisinde tazmin edilmesi gerekmektedir (EHK md. 28/2, Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 11/4, md. 11/5). Türk Medeni Kanunu'nda da bu konuya benzer bir düzenleme bulunmaktadır. TMK md. 786/II uyarınca yüklü taşınmaz maliki irtifak hakkının kullanılmasını engelleyecek veya zorlaştıracak davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür.

Geçiş hakkı sağlayıcısı geçiş hakkına konu olan taşınmaz üzerinde işletmeciye ait altyapıya zarar vermemekle yükümlüdür. Ancak bazen *bu altyapı, şebeke ve bunların destekleyici ekipmanlarının yerinin değiştirilmesi* söz konusu olabilmektedir. Geçiş hakkı sağlayıcısı bu ve benzer taleplerini

⁵⁷ TMK md. 745/I zorunlu mecrâ geçirme irtifakına ilişkin bir hüküm ihtiva etmektedir. Buna göre, yüklü taşınmaz maliki, kendi menfaatinin hakkaniyete uygun bir biçimde gözetilmesini isteyebilir. Ancak, aslında bu maddede yüklü taşınmaz malikinin yükümlülüklerinden değil, haklarından bahsedilmektedir.

⁵⁸ **Köprülü B./Kaneti S.**, Sınırlı Ayni Haklar, B.2, İstanbul 1982-1983, s. 86.

işletmeciye 60 gün önceden haber vermelidir. Geçiş hakkı sağlayıcısı bu ekipmanlara ve altyapıya zarar vermemek veya bunları düşürmemek ve masrafları kendisine ait olmak kaydıyla, bu talebini bizzat kendisi yerine getirebilir. Bunun yanı sıra bu talebin yerine getirilmesi işletmeciden de talep edilebilir. Bundan doğan masrafların sözleşmede işletmeciye ait olacağını kararlaştırılmış olması da mümkündür (Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 11/6 ve md. 11/7). Geçiş hakkı sağlayıcısı, kamu hizmetlerinin kesintiye uğramasına sebep olabilecek bir arıza veya bir acil durum söz konusu olması halinde 60 günlük süreyi beklemeden şebeke ve bunların destekleyici ekipmanlarının yerinin değiştirilmesini isteyebilir. Bu son durumda kamu hizmetlerinin aksamaması için karşılıklı iş birliği içerisinde çalışma, geçiş hakkı sağlayıcısının olduğu kadar işletmecilerin de yükümlülükleri arasındadır (Geçiş Hakkı Yönetmeliği, md. 11/7).

TMK md. 791 uyarınca da masrafları yüklü taşınmaz malikine ait olmak üzere irtifak hakkının ilişkin olduğu yerin değiştirilmesi söz konusu olabilmektedir. Kanun, bu yönde bir yer değişikliğinin söz konusu olabilmesi için yüklü taşınmaz malikinin menfaatini ispat etmesi ve bu değişikliğin irtifak hakkı sahibine zarar vermemesi koşulunu aramaktadır. TMK md. 791 hükmünde, irtifak hakkının kullanılacağı yerin tapu kütüğünde belirtilmiş olması durumunda dahi yüklü taşınmaz malikinin bu yetkiyi kullanabileceğini ve eğer söz konusu irtifak bir mecra geçirme irtifakı ise bunun komşuluk hukuku kuralları gözetilerek yapılması gerektiği kabul edilmiştir. Zorunlu mecra geçirme irtifakını düzenleyen TMK md. 746'da ise durumun değişmesi halinde yüklü taşınmaz malikinin, mecranın kendi yararına olacak şekilde başka bir yere nakledilmesini isteyebileceği ve buna ilişkin masrafların kural olarak mecra hakkı sahibine ait olacağı belirtilmektedir. Yine söz konusu madde uyarınca özel durumlar haklı gösterdiği takdirde, taşınmaz maliki de giderlerin uygun bir kısmına katılmakla yükümlü tutulabilir.

Geçiş Hakkı Yönetmeliği uyarınca elektronik haberleşme hizmeti sunarken kullanılan araç, gereç ve donanımın başka yere taşınmasına ilişkin masraflara kural olarak geçiş hakkı sağlayıcısı katlanır. Buna karşılık Türk Medeni Kanunu uyarınca mecranın başka yere taşınmasına mecra sahibi katlanmaktadır. Kuşkusuz bu durumun her iki mevzuatta farklı düzenlenmesinde, geçiş hakkına konu olan elektronik haberleşme hizmetinin bir evrensel hizmet, bir kamu hizmeti olması önem taşımaktadır. Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 11/6 ve 11/7'de araç, gereç ve donanımın başka yere

taşınmasına ilişkin olarak bu yönde bir koşul mevcut değildir. Bunun birlikte, söz konusu değişikliği işletmecinin faaliyetlerine ve altyapısına zarar verilmemesi yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Zira söz konusu kamu hizmetinin aksamaması ancak işletmecilerin faaliyetlerine ve altyapısına zarar verilmemesi halinde sağlanabilir.

b. İşletmecilerin Yükümlülükleri

aa. Geçiş Hakkı Bedelini Ödeme Yükümlülüğü

Geçiş hakkına ilişkin anlaşma çerçevesinde işletmecilerin ilk yükümlülüğü geçiş hakkı bedelini ödemektir. Taraflar geçiş hakkına ilişkin ücreti ve bu ücretin ödeme şeklini sözleşmede serbestçe kararlaştırabilir (Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 8/6).

Geçiş hakkı bedelinin belirlenmesine ilişkin iki sınırlama söz konusudur. Öncelikle, geçiş hakkı bedeli fahiş ve orantısız olmamalıdır. Geçiş hakkı bedelinin hakkın kötüye kullanımına yol açacak derecede fahiş ve orantısız olmaması gerektiği, borçlar hukuku kaidelerinden çıkan genel bir sonuçtur. Geçiş hakkı bedelinin belirlenmesine ilişkin ikinci sınır ise Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 9/1’de yer almaktadır. Buna göre, geçiş bedeli Geçiş Hakkı Ücret Tarifesinde belirtilen fiyatları aşamaz. Bu iki sınırlama, geçiş hakkı bedelinin işletmeci ile geçiş hakkı sağlayıcı arasında ilk anda tespit edilmesine yöneliktir. Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 9/2 ve 3’te ise geçiş hakkı ücretlerinin artırılmasına yönelik bir sınırlama mevcuttur. Buna göre, Geçiş Hakkı Ücret Tarifesinde yer alan sınırları belirten fiyatlar her yıl ÜFE oranında artırılarak tespit edilir.

Geçiş hakkı bedelinin yanı sıra “*geçiş hakkı nedeniyle yapılacak keşif ücreti, sabit ve mobil haberleşme altyapısı veya şebekelerinde kullanılan her türlü kablo ve benzeri gerecin taşınmazlardan geçirilmesi nedeniyle taşınmazın tekrar eski haline getirilmesi bedeli, yer değişikliği bedeli, var olan faaliyeti durdurma bedeli ve benzeri adlarla alınan diğer bedeller ve tazminatlar (...)*” işletmeci tarafından ayrıca karşılanacaktır (Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 9/4). Bununla birlikte taraflar arasında bunun aksinin kararlaştırılması da mümkündür.

TMK md. 744 uyarınca zorunlu mecra irtifakında da üzerinden mecra geçirilecek taşınmaz malikinin her türlü zararının önceden ve tam olarak karşılanması bu irtifakın kurulabilmesi için gerekli olan bir koşuldur. Burada,

önceden ve tamamen karşılanması gereken bedel, taşınmaz malikinin fedakârlığının (taşınmazının sürekli bir külfet altına girmesi) karşılığını ifade etmektedir.⁵⁹ Bu bedelin hesaplanmasında mecranın varlığı dolayısıyla taşınmazın kıymetinde meydana gelen azalma; mecranın yerleştirilmesi, bakımı ve kontrolü sebebiyle taşınmaz malikinin katlandığı sıkıntılar ve arazinin işletilmesinin güçleşmesi gibi hususlar değerlendirilmelidir. Ayrıca taşınmaz üzerindeki sınırlı aynî hak sahiplerinin zararları da göz önünde tutulmalıdır. Bu sayılanlar, mecra hiç toprağa değmeyecek ve havai bir hattan verilecek olsa dahi tazminat hesabında göz önünde bulundurulmalıdır.⁶⁰

bb. Geçiş Hakkı Sağlayıcısına Başvurma Yükümlülüğü

İşletmeci geçiş hakkı tespit etmek istediğinde, geçiş hakkı sağlayıcısına başvurmadan önce, Bakanlık'tan geçiş hakkı kullanım onayı almak zorundadır. Bu onayın verilmesi üzerine işletmeci, kanun gereği öncelikle tarafların anlaşmalarına tabi olan geçiş hakkının tesis edilebilmesi için geçiş hakkı sağlayıcısına başvurmaktadır. Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 10 uyarınca işletmeci, Bakanlıkça verilecek onaydan itibaren en geç 120 gün içinde geçiş hakkı sözleşmesini kurmak üzere geçiş hakkı sağlayıcısına başvurmak ve kazı ve inşaata başlamak dâhil geçiş hakkının tesisine ilişkin her türlü işlemleri bu süre içerisinde yerine getirmekle yükümlüdür. Bu sürenin hesabında işletmeciden kaynaklanmayan nedenler hesaba katılmamaktadır. Hangi nedenlerin işletmeciden kaynaklanmadığını tespiti Bakanlıkça yapılmaktadır. Mesela geçiş hakkı sağlayıcısının geçiş hakkı sözleşmesini kurmaya yanaşmaması veya işletmeciyi sözleşmeye aykırı biçimde geçiş hakkı konusu taşınmaza almaması durumunda işletmeciden kaynaklanmayan nedenler bulunduğu kabul edilmelidir.

Geçiş hakkı uygulamasına ilişkin her türlü işlemlerin 120 gün içinde tamamlanması aslında işletmeciler açısından bir külfettir. Zira bu süre içerisinde söz konusu işlemlerin tamamlanmaması durumunda Bakanlıkça verilen kullanım onayı iptal edilmiş olur.

⁵⁹ **Sirmen**, s. 427; **Esener T./Güven K.**, Eşya Hukuku, B. 6, Ankara 2015, s. 270. Yine de bu çıkar çatışması bakımından kanun koyucu, taşınmaza müdahalede bulunanın çıkarını, taşınmaz malikinin çıkarından daha ağır değerlendirmektedir (**Ulusan, İ.**, Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, B. 2, İstanbul 2012, s. 138.).

⁶⁰ **Ayan, M.**, Eşya Hukuku III, Sınırlı Aynî Haklar, B. 8, Ankara 2017, s. 128.

cc. Taşınmaza Zarar Verilmemesi ve Verilen Zararları Tazmin Etme Yükümlülüğü

İşletmeciler, geçiş hakkına konu olan taşınmaza zarar verici faaliyetlerden kaçınmak ve geçiş hakkını hukuka uygun olarak temin etmekle yükümlüdürler. Bu noktada işletmeciler, özellikle, yapacakları altyapı çalışmalarında her türlü güvenlik önlemini almakla (Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 12/1, ç) yükümlüdürler. İşletmeciler ayrıca ekipmanlarını geçiş hakkı konusu olan taşınmaz üzerinde bulunan kanalizasyon, su ve gaz kanalları veya elektrik tesisleri gibi kamu hizmeti altyapısına zarar vermeyecek şekilde ve mesafede tesis etmek zorundadırlar (Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 17/1; EHK md. 27). Özellikle mevcut altyapıların yerlerinin değiştirilmesi veya sökülmesine ilişkin çalışmalarda işletmeciler, ilgili kurumlardan izin almak suretiyle yol, trafik, çevre vb. her türlü güvenlik önlemini ayrıca almakla yükümlüdür (Geçiş Hakkı Yönetmeliği, md. 17/6).

Geçiş hakkı kullanılırken taşınmaza ve/veya taşınmazda tesis edilen diğer altyapılara verilebilecek her türlü zarar, işletmeciler tarafından en geç 1 ay içerisinde tazmin edilmelidir (Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 12/1, a). Söz konusu yükümlülük, Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 5/1, f’de yer alan geçiş hakkı uygulamasına yönelik ilkelerde de “*geçiş hakkının kullanımının taşınmaza kalıcı zarar vermemesi ve geçiş hakkı sağlayıcısının bu taşınmaz üzerindeki haklarının kullanımını sürekli biçimde aksatmaması*” şeklinde ifade edilmiştir. Özellikle geçiş hakkının kullanımından dolayı buna konu olan taşınmazdaki mevcut bir yapının, yolun, zeminin vs. eski hale getirilmesi söz konusu olduğunda bu masrafların kimin tarafından karşılanacağı geçiş hakkı sağlayıcısı tarafından tespit edilmektedir. Bu husus, Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 9/5’te açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme, geçiş hakkı sözleşmesi bakımından geçerli olan sözleşme serbestisi ilkesine getirilen kısıtlamalardan birisidir. Bu masrafların geçiş hakkı sağlayıcısı tarafından karşılanması mümkündür. Bununla birlikte, burada asıl olarak geçiş hakkı sağlayıcısına bir seçim hakkı verilmekte ve tüm işlem masraflarının işletmeciye yükletilebilmesi imkan dâhilinde bulunmaktadır. Ancak aynı fıkranın devamında, tüm masrafların işletmeci tarafından karşılanması halinde, bedelin Çevre ve Şehircilik Bakanlığı’nın birim fiyatlarına göre belirleneceği ifade edilmektedir (Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 9/5).

Geçiş hakkı sağlayıcıları geçiş hakkı kullanımını dışında da bazı zararlara uğramış olabilirler. Geçiş hakkı sağlayıcılarının uğradığı zarar ile işletmecilerin geçiş hakkı kullanımını dışındaki eylemleri arasında illiyet bağı bulunmak koşuluyla işletmeciler, geçiş hakkı sağlayıcılarının geçiş hakkı kullanımını dışındaki bu zararlarını da en geç 1 ay içerisinde karşılamakla yükümlüdürler (EHK md. 28/3).

Bazen elektronik haberleşmeye ilişkin geçiş hakkının kurulabilmesi için geçiş hakkına konu olan taşınmaz üzerinde bulunan ve kanalizasyon, su, gaz, demiryolları, elektrik tesisleri vb. kamu hizmetlerine ilişkin mevcut altyapıların yer değiştirilmesi, sökülmesi ve benzeri değişikliklerin yapılması gerekli olabilir. Bu yer değişikliklerinin zorunlu bulunması halinde, işletmeci, bu altyapıların sahibi olan ilgili kamu kurum veya kuruluşuna 15 gün önceden haber vermekle yükümlüdür. Bu değişikliklerin, mevcut altyapı hizmetlerinden sorumlu olan kamu kurum veya kuruluşu tarafından öncelikle bizzat yerine getirilmesi gerekli olmakla birlikte; 15 günlük süre içerisinde işletmeciye bildirilmek şartıyla bunların yerine getirilmesi işletmeciden de istenebilir.⁶¹ Mevcut bir altyapının yerinin değiştirilmesi veya sökülmesi gerçekleştirildiğinde işletmeci, kamu hizmeti altyapısını en kısa sürede önceki duruma getirmekle yükümlüdür. Ayrıca bu kamu hizmeti altyapısının kesintiye uğramaması için⁶² alınacak tüm önlemlerden ve söz konusu çalışmalardan kaynaklanan masraflar, işletmecilere aittir (Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 17; EHK md. 27).

⁶¹ Hem EHK (md. 27) hem de Geçiş Hakkı Yönetmeliği (md. 17/2) bu noktada benzer kamu hizmetlerini sunan kurum ve kuruluşlara yönelik olarak da bazı yükümlülükler öngörmektedir. Buna göre, bu kamu kurum ve kuruluşları, altyapılarını kurdukları taşınmaz üzerinde elektronik haberleşme altyapısı ve şebekesi tesis etmek isteyen işletmecilerle birlikte koordinasyon içerisinde çalışmak zorundadırlar. Bu kamu kurum ve kuruluşları, elektronik haberleşme hizmetinin sağlanabilmesi için kendi altyapılarının yer değiştirilmesi gerekmektedir, işletmecilerden gelen bu koordinasyon taleplerini makul ve haklı gerekçeler dışında reddedemez veya geciktiremez.

⁶² Kamu hizmetlerinin kesintiye uğramaması son derece önemli bir kriterdir. Kamu hizmetlerinin sekteye uğramamasına yönelik mülahazalar yalnızca evrensel bir kamu hizmetinin sağlanmasına yönelik geçiş hakkı adı altında yapılan düzenlemelerde değil; TMK'da düzenlenen zorunlu mecra geçirme irtifakı uygulamalarında da göz önüne alınmaktadır. Zorunlu mecra geçirme irtifakına ilişkin olarak mahkemeler, öncelikle önlerindeki uyuşmazlıkta mecra geçirilmesinde kamu hukuku yönünden bir sakınca olup olmadığı üzerinde durmaktadırlar. Nitekim Yargıtay 14. HD.'si, E. 1400, K., 1964, T. 6.4.1976 künyeli kararında "(...) elektrik kablosunun yol boyu toprak altından geçmesinde sakınca olup olmadığı yol güvenliği bakımından Karayolları ve Türkiye Elektrik Kurumu Genel Müdürlüğünden" sorulması gerekliliğine işaret etmiştir. (Karahasan, s. 1191 naklen)

İşletmecinin kamu hizmeti altyapısını en kısa sürede önceki duruma getirmesi yükümlülüğü, TMK md. 786'da irtifak hakkının yüklü taşınmaz malikine en az zarar verecek şekilde kullanılması gerekliliği şeklinde düzenlenmiştir. Bununla bağlantılı olarak, irtifakın başka bir yere nakledilmesi ise MK md. 791'de hükme bağlanmıştır. Buna göre, irtifak hakkının taşınmazın yalnızca belli bir kısmında kullanılması, taşınmaz malikinin irtifakın yerinin değiştirilmesine ilişkin bazı menfaatlerinin bulunması, yer değiştirilecek bölgenin irtifakın kullanılması bakımından daha az elverişli olmaması, yer değişikliği halinde irtifakın bu yeni yerde de *eskisi gibi kullanılmaya* devam edilecek⁶³ olması ve giderlerin taşınmaz maliki tarafından üstlenilmesi kaydıyla irtifakın başka bir yere nakledilmesi istenebilir. Hatta irtifak hakkının kullanılacağı yer tapu kütüğünde belirtilmiş olsa dahi taşınmaz maliki bu yetkiyi kullanabilir. Ne var ki, tüm bu düzenlemeler mecralar dışındaki irtifaklar bakımından söz konusu olup mecraların yerlerinin değiştirilmesi söz konusu olduğunda komşuluk hukuku kuralları uygulanmaktadır.

Komşuluk hukukundan doğan bir irtifak olan zorunlu mecra geçirme irtifakına ilişkin TMK md. 745/I uyarınca, taşınmaz maliki kendi menfaatinin hakkaniyete uygun bir biçimde gözetilmesini ve TMK md. 746 uyarınca da gerektiğinde mecranın yerinin değiştirilmesini isteyebilir. Ancak bunun istenebilmesi için geçiş hakkından farklı olarak, durumun mecranın tesis edildiği ana göre değişmiş olması koşulu aranmaktadır. Bu yer değişikliği masraflarına da tıpkı geçiş hakkında olduğu gibi, mecradan yararlanan kişi yani mecra sahibi katlanmak zorundadır. Ancak burada geçiş hakkından farklı olarak, hâkim, şartların bunu gerektirmesi halinde malikin de bu masrafların uygun bir kısmına katlanmasına karar verebilir. Diğer irtifakların yerinin değiştirilmesi ile mecra geçirme irtifakının yerinin değiştirilmesi bakımından kanunda yer alan söz konusu düzenlemeler arasındaki fark, mecra geçirme irtifakında taşınmaz malikinin menfaatlerine öncelik verilmiş olmasıdır. Bir kere mecranın yerinin değiştirilmesi masrafları kural olarak mecra sahibine aittir. Ayrıca yer değişikliğinden dolayı mecra sahibinin menfaatinin eskisine denk olması gibi bir şart zorunlu değildir. Sadece mecranın yerinin değiştirilmesi nedeniyle bu irtifaktan beklenen yararın önemli ölçüde ihlal edilmemiş olması yeterlidir⁶⁴.

⁶³ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 857.

⁶⁴ Köprülü/Kaneti, s. 89-90.

Geçiş hakkı altyapısının veya şebekenin yerinin değiştirilmesinde diğer irtifak haklarının yerlerinin değiştirilmesine kıyasla taşınmaz malikinin (geçiş hakkı sağlayıcısı) menfaatlerinin daha çok gözetiliyor olması, geçiş hakkının hukukî niteliğinin özel bir tür zorunlu mecra geçirme irtifakı olması sebebiyle makûl gözükmemektedir.

dd. Kapasite Planlama Yükümlülüğü

İşletmecilerin bir diğer yükümlülüğü, geçiş hakkı talep edilen güzergâh üzerinde altyapı tesisinin kapasite planlamasını yapmak⁶⁵ ve geçiş hakkı ile ilgili üç yıllık tahmini güzergâh ve kapasite planları ile planlarındaki değişiklikleri Elektronik Haberleşme Altyapı Bilgi Sistemi'ne kaydetmektir.⁶⁶ (Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 7 ve 12/1). Bunun yanı sıra, EHABS Yönetmeliği md. 5 uyarınca, elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmeciler, elektronik haberleşme altyapılarına, şebekelerine ve hizmetlerine ilişkin bilgileri EHABS veri tabanına kaydetmek, bu veri tabanına kaydedilen bilgilerin doğruluğunu ve güncelliğini temin etmek, bu veri tabanına uzaktan erişim sağlamak ve Kurum tarafından yayımlanan Elektronik Haberleşme Altyapı Tesisleri Referans Dokümanına uymakla yükümlüdür.

Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 7, işletmecilere kapasite planlamasına ilişkin önemli bir yükümlülük daha getirmektedir. Buna göre işletmeciler, kapasite planlaması yaparken Bakanlığın strateji ve politikalarını da göz önünde bulundurmaları zorundadırlar. İşletmeciler özellikle Bakanlıkça aksi belirtilmediği sürece, en az kendi ihtiyacı kadar altyapıyı diğer işletmeciler için de kurmak zorundadır. Bu konu aynı zamanda tesis paylaşımı ile ilgilidir. Nitekim tesis paylaşımı ve ortak yerleşime öncelik verilmesi, geçiş hakkı uygulamasında kabul edilen ana ilkelerden birisidir.⁶⁷ Esasında geçiş hakkı sözleşmesi çerçevesinde işletmecilerin geçiş hakkı sağlayıcısına karşı kapasite planlama adı altında doğrudan bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak yine de kapasite planlama ve buna ilişkin diğer yükümlülüklerin yerine

⁶⁵ Geçiş Hakkı Yönetmeliği Ek-2 uyarınca, geçiş hakkı kurulacak tesisin kapasite bilgilerinin, işletmecilerin geçiş hakkı başvurusu için sunacakları başvuru belgelerinden biri olarak, kurulacak altyapıya ilişkin proje dosyası içerisinde yer alması zorunludur.

⁶⁶ EHABS, “*elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmecilerin altyapılarına ilişkin bilgilerin kaydedildiği sistemi(n)*” adıdır. EHABS Bakanlıkça kurulur ve usul ve esasları Bakanlıkça denetlenir. (Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 4/b ve md. 14)

⁶⁷ Bkz. III, A, I, s. 16, dipn. 33.

getirilmesi, işletmecilerin geçiş hakkı kullanım onayı almaları ve kullanıma devam etmeleri bakımından zorunludur. Bu çerçevede, işletmecilerin kapasite planlamasına ilişkin tahminleri, geçiş hakkı sözleşmesi üzerinde ve özellikle de bu sözleşmenin yorumlanmasında ve geçiş hakkı sağlayıcı ile işletmeci arasındaki olası bir uyumsuzlukta doğrudan etkili olabilme potansiyeline sahiptir.

ee. Bilgi Verme Yükümlülüğü

İşletmecilerin, doğrudan geçiş hakkı sağlayıcısına karşı olmamakla beraber burada zikredilmesi gereken bir başka yükümlülüğü daha bulunmaktadır. İşletmeciler, Bakanlıkça talep edilmesi halinde, geçiş hakkına yönelik sözleşmeyi ve bu sözleşmeye dair ekleri ve bu sözleşmeye dair her türlü bilgi ve belgeyi belirtilen süre içerisinde, eksiksiz ve doğru bir biçimde bildirmekle yükümlüdürler. İşletmeciler bu bilgi ve belgeleri ve aynı zamanda elektronik haberleşme altyapısı bilgilerini süresi içerisinde eksiksiz ve doğru olarak EHABS'a kaydetmek zorundadırlar (Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 12 ve md. 14).

Bilgi verme yükümlülüğü kapsamında işletmecilerin doğrudan geçiş hakkı sağlayıcısına karşı olan yükümlülükleri ise tesis paylaşımı söz konusu olduğunda paylaşılan güzergâh bilgisinin ve tesisi kullanan işletmecilere ilişkin bilgilerin geçiş hakkı sağlayıcısına bildirilmesi yükümlülüğüdür (Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 12/3).

B. Kamulaştırma

Geçiş hakkı, kamulaştırma yoluyla da tesis edilebilir. Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 15 ve EHK md. 30 uyarınca, “*elektronik haberleşme hizmetlerinin gerektirmesi durumunda*” özel mülkiyete tabi taşınmazlar hakkında 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nda belirtilen esas dâhilinde kamulaştırma yapılabilir. Bu hususta karar vermeye, Bakanlık yetkilidir. Bakanlığın kamulaştırmaya gerek olduğu yönünde verdiği karar, kamu yararı yerine geçer. Bu hususta başka bir onaya ihtiyaç duyulmamaktadır. Özel mülkiyete tabi olan taşınmazların Kamulaştırma Kanunu md. 8’de belirtilen usûller takip edilerek kamulaştırılması ile birlikte, bir başka deyişle kamulaştırma işlemlerinin tamamlanması ile birlikte bu taşınmazların mülkiyeti Hazineye ait olur. Maliye Bakanlığı bu taşınmazlar üzerinde

işletmeciler lehine yetkilendirme süresi ile sınırlı olmak üzere ve “bedelsiz” bir şekilde irtifak hakkı tesis edebilir.

İşletmecilerin geçiş hakkı konusu yapmak istedikleri taşınmazlar kimi zaman da Hazinesinin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında olabilir. Bu taşınmazlar üzerinde geçiş hakkı kurulabilmesinin yanı sıra “ihtiyaç duyulması” halinde irtifak hakkı tesisi, kullanma izni verilmesi veya kiralama yapılması da söz konusu olabilir. Böyle bir durumda işletmeciler BTK’dan söz konusu ihtiyaçlar doğrultusunda talepte bulunurlar. BTK tarafından bu talebin uygun bulunması üzerine ise Maliye Bakanlığı ile işletmeci arasında yetkilendirme süresi ile sınırlı olacak şekilde ancak “bedeli karşılığında” irtifak hakkı tesis edilir; kullanma izni veya kiralama sözleşmesi düzenlenir. Bu bedeli ödeme yükümlülüğü işletmeciye aittir.

IV. Geçiş Hakkı Uygulamasında Ortaya Çıkan Sorunlar

Geçiş hakkı, son derece önemli konulardan biri olmasına ve mevzuattaki ayrıntılı ve güncel düzenlemelerin varlığına rağmen, akademik anlamda yeterince çalışılmış bir alan olarak gözükmemektedir. Bunun yanı sıra konuya ilişkin birçok sorunun henüz yeterli düzeyde çözüme kavuşturulmamış olduğu söylenebilir.

Serbest Telekomünikasyon Hizmetleri Derneği’nin (TELKODER) 2017 yılına (Temmuz) ait “2016 Yılı Sektör Düzenlemelerine Yönelik Değerlendirmeler” Raporu uyarınca, geçiş hakkına ilişkin olarak uygulamada bazı güncel sorunlar bulunmaktadır. Buna göre, geçiş hakkına ilişkin belli başlı sorunlar ve bu sorunlara yönelik çözüm önerileri beş başlıkta özetlenebilir⁶⁸:

Sorunlardan ilki tesis paylaşımına ilişkindir. Bugünkü sistemde geçiş hakkı tesis etmek isteyen işletmeciler tesis paylaşımı yapmak zorundadırlar. Ancak tesis paylaşımının bir zorunluluk olması hükmünün (Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 7) değiştirilmesi, bu anlamda sektörün önünün açılması ve

⁶⁸ Çalışmada belli başlıları zikredilen ve beş başlık altında özetlenen söz konusu sorunlar ve bu sorunlara ilişkin çözüm önerilerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **TELKODER**, , 2016 Yılı Sektör Düzenlemelerine Yönelik Değerlendirmeler Temmuz 2017, s. 22-37, (Erişim: <https://telkoder.org.tr/wp-content/uploads/2017/08/TELKODER-2016-Y%C4%B1%C4%B1-De%C4%9Ferlendirme-Raporu.pdf>) (13.12.2017)

bu durumun tesis paylaşımı yapacak işletmecilerin ticari kararına bırakılması gerektiği ileri sürülmektedir. Zira tesis paylaşımı, somut durumda, işletmeciler açısından yatırımı engelleyici bir unsur olarak algılanmaktadır.

İkinci sorun, yerel yönetimlerin fiber şebeke tesisini⁶⁹ bir kazanç kapısı olarak görmelerine ilişkindir. Mevcut durumda fiber şebeke altyapısı belediyelere ait özel şirketler tarafından tesis edilmekte ve bu şirketler dışındaki diğer işletmecilere yönelik eşitlikçi olmayan bazı uygulamalar yapılabilmektedir. Bu çerçevede, fiber şebeke tesisinin yerel yönetimler eliyle yapılmasının önüne geçilmesi ve yerel yönetimlerin elinde bulunan mevcut altyapıların en kısa sürede diğer işletmecilere devredilmesi gerektiği tartışılmaktadır.

Üçüncü sorun, geçiş hakkı sağlayıcılarının kendilerine yönelen geçiş hakkı taleplerine ilişkin izinleri ne zaman vermeleri gerektiğine dair herhangi bir süre öngörülmemiş olmasıdır. Yalnızca, Geçiş Hakkı Yönetmeliği md. 11/2'de kamu kurum ve kuruluşlarına ilişkin süre sınırı bir süre sınırı bulunmaktadır. Uygulamada ise geçiş hakkı sağlayıcılarına yapılan izin başvurularına ya geç cevap verildiği ya da hiç cevap verilmediği görülmektedir. Bu nedenle söz konusu sürelerin netliğe kavuşturulması oldukça önem arz etmektedir.

Dördüncü sorun uygulamada geçiş hakkı sağlayıcısı kurumların Geçiş Hakkı Yönetmeliği'nde yer alan ücret tarifesinin üzerinde ücret talep etmeleri ve hatta bazı durumlarda bu tarifeleri de aşan ücretler istemeleri olarak ifade edilmektedir. Bu noktada, tarifelere uyulmasına yönelik bağlayıcı bazı düzenlemelerin yapılması ve özellikle de ücret tarifesinde yer almayan kalemler için tavan ücret tarifesi oluşturulması önerisi ivedilikle tartışmaya açılmalıdır.

Beşinci ve son sorun ise Geçiş Hakkı Yönetmeliği Geçici Madde 2'nin, EHABS'ın 30.6.2014 tarihine kadar faaliyete başlayacağını belirtmiş olmasına rağmen; 2017 yılına gelindiğinde EHABS'ın henüz hayata

⁶⁹ Bugün için belediyeler kendi hizmet sınırları içerisinde bulunan elektronik haberleşme altyapı tesislerinin kurulması ve bu tesislerin ortak kullanılabilmesi için katılım ve güzergâh bakım bedelleri ile geçiş hakkına ilişkin usûl ve esasların düzenlendiği çeşitli yönetmelikler çıkarmaktadır. Buna fiber şebeke tesisi de dâhildir.

geçirilmemesidir⁷⁰. Bu sebeple, anılan bu sıkıntıya yönelik adımların daha hızlı bir biçimde atılması gerekliliği önem arz eden konuların başında gelmektedir.

V. Geçiş Hakkının Sona Ermesi

Geçiş hakkının tesisi ya tarafların anlaşması ile ya da kamulaştırma suretiyle gerçekleştirilir. Geçiş hakkı, işletmeciler ile geçiş hakkı sağlayıcıları arasında kurulan bir sözleşmeye dayanıyorsa; taraflar, ilgili mevzuata, kurum düzenlemelerine ve Türk Medeni Kanunu'na aykırı olmamak koşuluyla geçiş hakkının ne zaman sona ereceğine ilişkin diledikleri düzenlemeyi yapabilirler (EHK md. 25). Bununla birlikte, geçiş hakkının devam edebilmesi için işletmecilerin yetkilerinin devam etmesi zorunludur. Zira elektronik haberleşme hizmeti sunmak ve/veya şebeke ve altyapıyı kurmak isteyen işletmeciler, kural olarak⁷¹ bu hizmeti ancak BTK tarafından yetkilendirilmek suretiyle gerçekleştirebilirler (EHK md. 8/1). Yetkilendirilme⁷² ya bildirim ya da kullanım hakkı verilmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir (EHK md. 9/1).⁷³ Bu yetkilendirme sona erdiğinde geçiş hakkı da sona ermektedir; çünkü geçiş hakkı ancak geçerli bir biçimde yetkilendirilmiş olan işletmeciler tarafından gerçekleştirilebilir (EHK md. 3/1, z). Elektronik Haberleşme Kanunu uyarınca, kullanım hakkı verilmesi suretiyle gerçekleştirilen yetkilendirmelerde azami süre yirmi beş yıldır. Yetkilendirme süreleri bu azami süreyi aşmamak kaydıyla, şebeke ve hizmetin niteliği ile işletmecinin talebi dikkate alınmak suretiyle tespit edilmektedir (EHK md. 9/8).

Geçiş hakkı, kamulaştırma yoluyla da tesis edilebilir. Böyle bir durumda ortada tarafların geçiş hakkının sona ermesine ve süresine yönelik serbest iradeleriyle yapmış oldukları bir anlaşma mevcut değildir. Ancak burada geçiş

⁷⁰ EHABS veri tabanının bir sonraki hedef olan 31 Aralık 2018 tarihine kadar hayata geçirilmesi, şu an için dışarıya açıklanmamış olan bu bilgilerin bu sistemde etkin bir şekilde takip edilebilmesi ve EHABS'ın etkin bir biçimde faaliyet göstermesi kanaatimizce elektronik haberleşme sektörüne yönelik en önemli ve olumlu adım olacaktır.

⁷¹ Yetkilendirilme zorunluluğunun EHK md. 8/2'den doğan bazı istisnaları mevcuttur.

⁷² Yetkilendirme, "Elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlanmasını teminen şirketlerin, Kurum nezdinde kayıtlı olmasını veya kayıtlı olmalarıyla birlikte bu şirketlere elektronik haberleşme hizmetlerine özel, belirli hak ve yükümlülükler verilmesi" olarak tanımlanmaktadır. (EHK md. 3/1, ccc).

⁷³ Yetkilendirme usûllerine ilişkin olarak bkz. **Öztürk, K. B.**, "Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği", Ankara Barosu Dergisi, C. 1, S. 1, 2009, s. 29-34.

hakkı yetkilendirmenin devam etmemesi durumunda sona ermektedir. Yetkilendirmenin sona ermesi veya iptal edilmesi durumunda, işletmeciler lehine tescil edilmiş olan irtifak hakları tapu dairesince re'sen terkin edilir. Bu hususta talep yetkisi ilgili defterdarlık veya mal müdürlüğündedir. Terkin üzerine bu taşınmazlar başka bir işleme gerek kalmaksızın Hazineye devredilir. İşletmeciler tarafından daha önceden ödenen kamulaştırma bedellerinin ise iade edilmeyeceği kabul edilmektedir. (EHK md. 30/1)

SONUÇ

Geçiş hakkı, kanundan dolayısıyla doğan bir mülkiyet hakkı kısıtlamasıdır ve malikin katlanma ödevi içerisinde değerlendirilmelidir. Hukuki niteliği itibarıyla, komşuluk hukukundan doğan zorunlu mecra geçirme irtifakının özel bir türü görünümünde olan geçiş hakkı, elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmeciler ve geçiş hakkı sağlayıcıları arasında yapılan geçiş hakkı sözleşmesi ile tesis edilir. Geçiş hakkı sağlayıcıları ile işletmeciler geçiş hakkına ilişkin anlaşmaları serbestçe yapabilirler. Bu noktada ana ilke, ilgili mevzuat hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla geçiş hakkının öncelikle tarafların anlaşmasına bağlı olmasıdır.

Geçiş hakkı sağlayıcısı ile işletmecilerin karşılıklı hak ve yükümlülükleri ile geçiş hakkına ilişkin diğer önemli hususlar, Geçiş Hakkı Yönetmeliği ve Elektronik Haberleşme Kanunu'nda düzenlenmiştir. Geçiş hakkı sağlayıcısının yükümlülükleri, geçiş hakkı taleplerini kabul etmek ve hizmetin kesintisiz ve güvenli bir şekilde yürütülebilmesi için gerekli önlemleri almaktır. İşletmecilerin yükümlülükleri ise geçiş hakkı bedelini ödemek, taşınmaza verilen zararları tazmin etmek, bilgi vermek ve kapasite planlaması yapmaktır.

Geçiş hakkı, tarafların kararlaştırdıkları sürenin geçmesi ile sona ermektedir. Bununla birlikte ister anlaşmaya ister kamulaştırma kararına dayansın, yetkilendirmenin sona ermesi üzerine geçiş hakkı da son bulur.

Geçiş hakkının bugün için önemi, bu hakkın evrensel bir kamu hizmeti olan haberleşme hizmetinin görülebilmesi için kullanılan bir hak olmasıdır. Bu hizmetin daha etkin, verimli, adil ve eşit olarak tesis edilebilmesi devletin ana hedeflerinden birini oluşturur. Bu noktada söz konusu hedefe ulaşılabilmesinin önünde bazı engeller olduğu ifade edilmektedir. Bu engellerin bertaraf edilmesi ve elektronik haberleşme hukukunda geçiş

hakkının daha etkin ve sağlıklı bir biçimde işletilebilmesi için sektörel bazda bazı çözüm önerileri getirilmektedir. Zira var olan sorunların aşılması ve böylece temel haklardan biri olan haberleşme özgürlüğünün (evrensel hizmet) ve iletişimde sürekliliğin en iyi şekilde sağlanması, her çağdaş devletin ana hedeflerinden biri olmalıdır. Bu noktada atılabilecek adımlardan en etkili, işletmecilerin altyapılarının kaydedildiği sistemi ifade eden EHABS veri tabanındaki bilgilerin dışarıya açıklanması olacaktır.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AY	: Anayasa
B.	: Baskı
Bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
dipn.	: Dipnot
EC	: Avrupa Komisyonu
EHABS	: Elektronik Haberleşme Altyapı Bilgi Sistemi
EHK	: 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu
Geçiş Hakkı Yönetmeliği	: Sabit Mobil Haberleşme Altyapısı veya Şebekelerinde Kullanılan Her Türlü Kablo ve Benzeri Gerecin Taşınmazlardan Geçirilmesine İlişkin Yönetmelik
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
RG	: Resmi Gazete
S	: Sayı
s.	: Sayfa
T	: Tarih
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu

BİBLİYOGRAFYA

- Akıntürk, T. : Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Ayan, M. : Eşya Hukuku III, Sınırlı Ayni Haklar, B. 8, Ankara 2017.
- Aybay, R./Hatemi, H. : Eşya Hukuku, İstanbul 2010.
- Bülent K. : Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı, GÜHFD, C. XVI, S. 2, s. 169-198.
- Ekici, Ş. : Özel Sektöre Açıldıktan Sonra Türk Telekomünikasyon Hukuku, İstanbul 2006.
- Erel, Ş. : Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.
- Ertaş, Ş. : Eşya Hukuku, B. 13, Ankara 2016.
- Esener, T./Güven, K. : Eşya Hukuku, B. 6, Ankara 2015.
- Gürsoy, K./Eren, F./ Cansel, E. : Türk Eşya Hukuku, B. 2, Ankara 1984.
- Karahasan, M. R. : Eşya Hukuku, C. I, İstanbul 2002.
- Köprülü, B./Kaneti, S. : Sınırlı Ayni Haklar, B.2, İstanbul 1982-1983.
- Kutlu Gürsel, M. : Kamulaştırma Hukuku, B. 2, Mart 2012.
- Melody, William H./Moller D. : Telecom Reform, B. 2., Lyngby 2001.
- Oğul, A. : Geçiş Hakkı, Telekomünikasyon Kurumu, 2003 [https://www.btk.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fSayfalar%2fArastirma_Raporlari%2fGecis_Hakki.pdf]
- Oğuzman K. : Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar”, İÜHFM, C. 31, S. 1-4, 1965, s. 209-219.
- Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir : Eşya Hukuku, B. 20, İstanbul 2017.
- Özakman, C. : Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İstanbul 1978.
- Özer, Ç. : Telekomünikasyon Altyapısının Kurulumu ve İşletiminde Geçiş Hakkı, Ankara 2009 [www.btk.gov.tr]
- Öztürk, K. B. : Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği”, Ankara Barosu Dergisi, C. 1, S. 1, 2009, s. 26-42.
- Sirmen, L. : Eşya Hukuku, B. 4, Ankara 2016.

- Surlu M. H./Öztürk G. : Öğreti ve Uygulamada Mecra Hakkı, Ankara 2005.
- Şahiniz, S. : Gayrimenkul Mülkiyetinin Komşuluk Hukukuna İlişkin Dolaysıyla Kanundan Doğan Sınırlamaları: Zaruri (Zorunlu) İrtifaklar (Les Servitudes Necessaires)”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C. I, İstanbul 2001, s. 633-690 (Şahiniz, Zorunlu İrtifaklar)
- Şahiniz, S. : Türk Medeni Hukukunda Zaruri Mecra İrtifakı, İstanbul 2001.
- Tekinay, S. S./Akman, S./ : Eşya Hukuku, C. I, B. 5, İstanbul 1989.
- Burcuoğlu, H./Altop, A. : 2016 Yılı Sektör Düzenlemelerine Yönelik Değerlendirmeler Temmuz 2017. [https://telkoder.org.tr/wp-content/uploads/2017/08/TELKODER-2016-Y%C4%B1%C4%B1-De%C4%9Ferlendirme-Raporu.pdf]
- Uluslan, İ. : Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, B. 2, İstanbul 2012.
- Ünal, M./Başpınar, V. : Şekli Eşya Hukuku, B. 9, Ankara 2017.
- Victory, N. J. : Rights-of Way Management-A Key Piece of the Broadband Puzzle, NTIA, Ekim 2002, s. 1 vd.
<http://eur-lex.europa.eu>
<http://www.kazanci.com>

