

BİR KAMU MALI OLAN FREKANSLARIN TABİ OLDUĞU HUKUKSAL REJİMİN DEĞERLENDİRİLMESİ

AYCAN ILGIN¹

Gönderilme Tarihi: 15 Haziran 2025

Kabul Tarihi: 10 Temmuz 2025

Review Article / İnceleme Makalesi

ÖZET

İletişimin ana kaynaklarından biri olan frekansın tabi olduğu hukuksal rejim, ülkemizdeki haberleşmenin tabi olduğu hukuksal çerçeveyi doğru anlamak bakımından özel bir anlam taşımaktadır. Nitekim, en yaygın haberleşme araçlarından olan mobil ve kablosuz iletişim teknolojileri ve gelecekte bizleri bekleyen uydu teknolojileri ile entegre olmuş mobil iletişim teknolojileri frekansların tabi olduğu hukuksal rejim etrafında şekillenecektir. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun ve Avrupa Birliği mevzuatının sıklıkla bu kaynağın kısıt olduğunu vurgulaması da bu kaynağın nispeten günümüzde ama çok büyük bir olasılıkla yakın gelecekte hem sosyal hem ekonomik açıdan çok daha değerli olacağının ilk sinyallerini vermektedir. Bu makale ile, frekansların esas olarak düzenlendiği ve frekansların hukuksal rejimine ilişkin veriler sunan 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun ilgili hükümlerinin, yargı kararları ve doktrin görüşleri doğrultusunda incelenmesi amaçlanmaktadır. Bu inceleme yapılırken ihtiyaç oldukça 5809 sayılı Kanun'un uyum sağlama amacı taşıdığı Avrupa Birliği'nin elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin düzenleyici çerçevesine de değinilmektedir. Frekansların hukuksal rejimi belirlenirken bunların birer kamu malı niteliğinde olduğu gözetilerek, bunlara ilişkin yapılacak düzenlemelerde kamu mallarına özgü kabul edilen belli başlı hukuksal ilkelerin dikkate alınması, tüm kamunun menfaatinin sağlanması bakımından elzem görünmektedir. Yeni gelişen teknolojiler ile birlikte frekansların kullanımlarında da yeni modellerin gündeme gelebilmesi mümkündür. Gerek frekansların işletmeciler ve diğer paydaşlar arasında paylaştırılmasında gerekse işletmecilerin kullanımına tahsis edilmesi ve bunlar arasında el değiştirmesinde başta milli güvenlik olmak üzere, kamu düzeni ve rekabetin korunması ilkelerinin öncelikle gözetilmesi gerekmektedir. 5809 sayılı Kanun'un da frekansların kamu malı niteliğini dikkate almak suretiyle bir düzenleyici çerçeve sunduğunu ve gelecekteki teknolojik gelişmelere bağlı farklı modeller içerebilecek frekans kullanımlarına olanak sağladığı görülmektedir.

Anahtar kelimeler: *Frekans, Kamu Malı, Mobil Elektronik Haberleşme, Devlet, Hukuk*

¹ Bilişim Uzmanı, aycan.ilgin@btk.gov.tr, ORCID: 0000-0002-1624-5665

AN EVALUATION OF THE LEGAL REGIME GOVERNING FREQUENCIES AS A PUBLIC RESOURCE

Abstract

The legal regime governing frequency, one of the essential resources of communication, carries special importance for understanding the legal framework that regulates telecommunications in Turkey. Mobile and wireless communication technologies—among the most common means of communication—as well as future mobile technologies integrated with satellite systems, will evolve around the legal regime applied to frequencies. The fact that Law No. 5809 on Electronic Communications and EU legislation frequently emphasize the scarcity of this resource signals its increasing value both socially and economically, especially in the near future. This article aims to analyze the relevant provisions of Law No. 5809, which primarily regulates frequencies and provides insights into their legal regime, in light of judicial decisions and academic opinions. Where necessary, reference is also made to the EU's regulatory framework, which Law No. 5809 seeks to align with. Given that frequencies are considered public property, it is essential that legal principles specific to public goods are taken into account when regulating their use, to ensure the protection of public interest. With advancing technologies, new models of frequency usage may emerge. In the allocation, assignment, and transfer of frequencies among operators and stakeholders, priority must be given to national security, public order, and the protection of competition. Law No. 5809 provides a regulatory framework that considers the public nature of frequencies and accommodates flexible models for future technological developments.

Keywords: *Frequency, Public Good, Mobile Electronic Communications, State, Law*

GİRİŞ

Frekanslar, günlük yaşantımızın ayrılmaz bir parçası olan sesli ve görüntülü iletişimin ana unsurlarından biri olmakla birlikte, maddi bir varlıkları bulunmadığından, onların hukuken ekonomik değer taşıyan mal niteliğinde olduklarını kabul etmek ancak gelişen teknoloji ile birlikte gerçekleşmiştir. Nitekim, frekansların taşıdıkları bilgi ve enerji, teknolojik araçlarla algılanıp ölçülebildiğinden, gelişen teknolojilerle birlikte frekansların günlük haberleşmemiz için önemli birer unsur olduklarını görmekteyiz. Günümüzde kimi zaman aynı bölgede çok fazla kullanıcının aynı anda mobil haberleşme yöntemiyle iletişim kurmak istemesi durumunda yaşanan iletişim aksaklıklarında, aynı frekans bandının yoğun bir şekilde kullanılıyor olmasının sonuçlarını tecrübe ederiz. Özetle, frekansları görmesek de aldığımız kamu hizmeti niteliği taşıyan elektronik haberleşme hizmetlerinin sunumu için vazgeçilmez bir kaynak olduğunu sadece hukuki metinlerden değil; yaşantımızın bir gerçeği olarak da algılamaktayız. Öte yandan, hukuki metinler toplumun ihtiyaçlarını gidermeye yönelik olduğundan, frekansların ayrı birer kamu kaynağı olarak belirtilmesi ve bu yönde özel bazı düzenlemeler içermesi özellikle mobil teknolojinin yaygınlaşması ile birlikte gerek ülkemizde gerekse Avrupa Birliği'nde 2000'li yılların başını bulmuştur. Avrupa Birliği'nin 2002/20/EC sayılı Yetkilendirme Direktifi ve 2002/21/EC sayılı Çerçeve Direktifinde frekansların bir tür kaynak oldukları belirtilerek bunların özel kişilere ancak ücreti karşılığında hizmet sunumu amacıyla üye devletlerce kullanım haklarının verilebileceği belirtilmişken, bu Direktifleri de kapsayacak şekilde tüm elektronik haberleşme düzenleyici çerçevesini tek bir metinde birleştiren 2018/1992 sayılı Avrupa Elektronik Haberleşme Kanunu (European Union, 2018), frekansın piyasa değeri olan ve kıt bir kamu malı² olduğunu açıkça belirterek frekans kaynağına ilişkin daha detaylı düzenlemeler getirmektedir. Ülkemizde de 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Kanun sonrası frekansların Devletin yetki ve sorumluluğu altında kaynaklar olduğu belirtilerek, bu kaynağa ihtiyaç duyulan elektronik haberleşme hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi usulleri Avrupa Birliği mevzuatına koşut biçimde, frekansların özel kişilerce kullanılmasına izin verilmesi halini almıştır. Benzer şekilde, hizmet sunumu dışında frekans kaynağına ihtiyaç duyan başta kamu kurumları olmak üzere diğer paydaşların frekans kullanımına ilişkin hususlar da ayrıca detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu çalışmanın amacı, geli-

² "public resource" ve "public good" (md.45) şeklinde ifade edilmektedir. (European Union, 2018, Önsöz paragraf 127; md.45). Birinci tanımlama için "kamu kaynağı" ikinci ifade için "kamu malı" çevirisi kullanılabilir.

şen teknoloji ile birlikte gelecekte daha fazla hukuki düzenlemeye ihtiyaç duyacak olan frekans kaynağının ülkemizde tabi olduğu hukuksal rejim üzerine bir değerlendirme sunulması olup, çalışma araştırma ve yayın etiğine uygun olarak kaleme alınmıştır.

Makalede izlenen yöntem olarak; öncelikle, frekansların hukuki niteliğinin belirlenmesi için, frekansın tanımı yapılmaya çalışılmış; işin doğası gereği frekansın içerdiği teknik özelliklere ilaveten ilgili hukuki düzenlemelerin frekans nasıl tanımladığı değerlendirilmiştir. Akabinde doğrudan frekans kaynağına yönelik yargı kararları yanında, bu kaynağa ilişkin yargının yapmış olduğu hukuki belirlemelerin benzer durumlar için diğer yargı kararlarında ve doktrinde ne anlama geldiği araştırılmaya çalışılmıştır. Anılan yöntemlerle frekansın hukuki nitelendirilmesinin yapılmasını takiben, bu hukuki nitelermeye doktrin ve yargı kararlarında bağlanan hukuki ilke ve kurallar açıklanarak bunların 5809 sayılı Kanun'da gözetilip gözetilmediği incelenmiştir. Son olarak, frekansın devamlı gelişen teknolojiye bağlı hukuki değişim geçiren bir kaynak olduğu gerçeğinden hareketle, gelecekte frekans kaynağına bağlı ihtiyaç duyulabilecek hukuki düzenlemelere de değinilmiştir.

1.FREKANSLARIN KAMU MALİ NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİ

1.1. 5809 SAYILI ELEKTRONİK HABERLEŞME KANUNUNA GÖRE FREKANSIN TANIMI VE HUKUKİ SINIRI

5809 sayılı Kanunu'nun "Kapsam" başlıklı 2'nci maddesinde "Elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesi ve elektronik haberleşme alt yapı ve şebekesinin tesisi ve işletilmesi ile her türlü elektronik haberleşme cihaz ve sistemlerinin imali, ithali, satışı, kurulması, işletilmesi, frekans dahil kıt kaynakların planlaması ve tahsisi ile bu konulara ilişkin düzenleme, yetkilendirme, denetleme ve uzlaştırma faaliyetlerinin yürütülmesi bu Kanuna tabidir." hükmü yer aldığından, frekansların hukuki nitelikleri belirlenirken 5809 sayılı Kanun ile bu Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelik hükümleri önem arz etmektedir.

5809 sayılı Kanun'da frekans için doğrudan bir tanıma yer verilmemiştir. 5809 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan 02.07.2009 tarihli ve 27276 sayılı Resmî

Gazetede yayımlanan Spektrum Yönetimi Yönetmeliği'nde Genel frekans planı (Allocation); "ITU tarafından dünya genelinde tanımlanan frekans bölgelerine göre yapılan frekans planlarına uygun olarak belirli bir frekans bandının bir veya daha çok sayıda karasal ve uzay telsiz haberleşme hizmetleri ile radyoastronomi hizmetleri tarafından belli şartlar dâhilinde kullanılması amacıyla Millî Frekans Planına işlenmesi" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımда yer alan ITU (International Telecommunication Union); Uluslararası Telekomünikasyon Birliğini ifade etmekte olup, üyesi ülkelerle birlikte küresel radyo frekans ve uydu yörüngelerinin tahsis, plan ve politikalarını belirlemekle görevli bir Birleşmiş Milletler Kuruluşudur³. Ülkemizin de üyesi olduğu bu kuruluşun temel belgeleri olan ITU Anayasası ve Sözleşmesi, Türkiye tarafından uygun bulma kanunlarıyla onaylanmış ve yürürlüğe konulmuştur. Bu çerçevede, söz konusu belgeler diğer üye ülkelerde olduğu gibi ülkemiz açısından da bağlayıcı niteliktedir. ITU tarafından hazırlanan Terimler Sözlüğünde frekans; bir olayın bir saniyede kaç kez tekrarlandığını gösteren bir büyüklük olarak tanımlanmakta ve "hertz" (Hz) cinsinden ölçüldüğü belirtilmektedir (ITU, 2014). Frekans kelimesi mevzuatta sıklıkla "spektrum" kelimesi ile yakın anlam ilişkisi içerisinde kullanılmakta olup, spektrum ise; 5809 sayılı Kanun'un "Tanımlar ve kısaltmalar" başlıklı 3'üncü maddesinin (kk) bendinde "Elektronik haberleşme amacıyla kullanılan, frekansı 9 kHz-3000 GHz arasında olan ve uluslararası düzenleme yapılması halinde 3000 GHz'in üzerindeki frekanslar da dahil olmak üzere elektromanyetik dalgaların frekans aralığı" şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, bir büyüklük olarak frekansın elektronik haberleşme açısından önemini belirleyen husus, elektromanyetik dalgalarda frekansın, bir saniyedeki tekrar (titreşim) sayısını ifade etmesi nedeniyle; bu tekrar hızının dalganın enerji düzeyi, taşıyabileceği veri miktarı (bant genişliği) ve yayılım özellikleri üzerinde doğrudan etkili olmasıdır. Frekans yükseldikçe, birim zamanda daha fazla veri aktarımı mümkün hale gelirken, dalgaların yayılım mesafesi kısalmakta ve fiziksel engellere karşı duyarlılığı artmaktadır. Bu nedenle frekans, elektronik haberleşme altyapılarında hem teknik kapasiteyi hem de hizmet kalitesini belirleyen stratejik bir parametre olarak değerlendirilmektedir.

Frekansların teknik özelliklerine bu makalede yer verilmesinin önemi, bu

³ <https://www.itu.int/en/about/Pages/default.aspx> Ayrıca ülkemiz, ITU'nun kurucu üyelerindendir. <https://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.153.57.en.100.pdf> ITU, 17 Mayıs 1865'te Paris'te "Uluslararası Telgraf Birliği" adı altında 20 Avrupa devleti tarafından kurulmuş; bu toplantıya Osmanlı İmparatorluğu da katılmıştır.

kaynakların fiziken algılanabilir ve belirlenebilir nitelikte olmamakla birlikte, sahip oldukları yükseklik (frekans değeri) ve doluluk (bant genişliği kullanımı) gibi parametrelerin, elektronik haberleşme hizmetlerinin kalitesi üzerinde doğrudan etkili olabilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu teknik nitelikler, frekansların hukuki rejiminin belirlenmesinde de ayrıca dikkate alınması gereken unsurlar arasında yer almaktadır.

Öte yandan, 5809 sayılı Kanun, frekans için doğrudan bir tanıma yer vermemiş olsa da, frekansın ayırıcı bir takım özelliklerini düzenlemektedir. Bunlardan en önemlisi, 5809 sayılı Kanun'un "İlkeler" başlıklı 4'üncü maddesinde, frekans tahsislerinin yapılması ile bunların düzenlenmesinin "Devletin yetki ve sorumluluğu altında" olduğunun belirtilmesidir. Hukukumuzda doğal kaynakları düzenleyen yasalarda ise çoğunlukla bunların "Devletin hüküm ve tasarrufu altında" olduğunun belirtildiğini görüyoruz. Örneğin, Anayasamızın 43'üncü maddesi ile 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 5 inci maddesine göre "Kıyılar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır."; 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 4'üncü maddesine göre "Madenler Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, içinde bulundukları arzın mülkiyetine tabi değildir."; 6491 sayılı Petrol Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre, "Türkiye'deki petrol kaynakları Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır."; 167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanun'un 1'inci maddesine göre, "Yeraltı suları umumi sular meyanında olup Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır."; 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu'nun 4'üncü maddesine göre "jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup bulundukları arzın mülkiyetine tâbi değildir.". Bu çerçevede, 5809 sayılı Kanun'da geçen "Devletin yetki ve sorumluluğu altında" ifadesinin, "Devletin hüküm ve tasarrufu altında" olma haline karşılık gelip gelmediğinin netleştirilmesinde fayda görülmektedir.

Esasen Anayasamız, "Ekonomik Hükümler" başlıklı İkinci Bölümünün "Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi" başlıklı 168 inci maddesinde tabii (doğal) kaynakların hukuki durumlarına ilişkin düzenleme getirmektedir:

"Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliy-

le yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir.”

Anayasa Mahkemesi (AYM); Kurumun tahsis ettiği frekans ve numara kaynakları için iptal/geri alma dahil her türlü değişikliği yapabileceği ve bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceği yönündeki 5809 sayılı Kanun’un 31’inci ve 36’ncı maddelerinin Anayasa’ya aykırı olduğu savıyla açılan davada, Anayasa’nın 168’inci maddesini dayanak göstereyerek, 5809 sayılı Kanun’da frekans, numara, uydu pozisyonu ve benzeri kaynak tahsislerinin yapılması ile bunların düzenlenmesinin Devletin yetki ve sorumluluğu altında olduğunun hükme bağlandığı sonucuna varmaktadır (AYM, E.2008/115, K.2011/86, 2/6/2011). AYM’nin bu kararından çeşitli sonuçlar çıkarmak mümkündür. Öncelikle, AYM’ye göre 5809 sayılı Kanun’daki “Devletin yetki ve sorumluluğu altında” olma hali; Anayasa’da ifadesini bulan “Devletin hüküm ve tasarrufu altında” olma hususuna karşılık gelmektedir. İkinci olarak, AYM’ce frekansların bir tür “tabii servet ve kaynak” olarak değerlendirildiği çıkarımını yapmak mümkündür.

Öte yandan, pozitif hukukumuzda “Devletin hüküm ve tasarrufunda olma” hususunu açıklayıcı mahiyette bir takım düzenlemelerin yer aldığını görüyoruz. Örneğin, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun “Sahipsiz yerler ve yararı kamuya ait mallar” başlıklı 715’inci maddesinde “Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.” hükmü yer almaktadır. 3402 sayılı Kadastro Kanunu’nun “Kamu malları” başlıklı 16’ncı maddesinde ise, “Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerler”; “Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kayalar, tepeler, dağlar (bunlardan çıkan kaynaklar) gibi, tarıma elverişli olmayan sahipsiz yerler ile deniz, göl, nehir gibi genel sular” ve “Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ormanlar” ifadesinin geçtiği görülmektedir.

Bu noktada Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan mal, kaynak ve yerlerin “kamu malları” ile ilişkili olduğu görüldüğünden, kamu malı kavramı ve bu kavramın, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler ve kaynaklar ile ilişkisinin netleştirilmesinde fayda bulunmaktadır.

1.2 KAMU MALI KAVRAMI: HUKUKİ TANIM, DOKTRİN VE YARGI İÇTİHATLARI İŞİĞİNDA DEĞERLENDİRME

1.2.1 Kavramsal Çerçeve

Ülkemizde , devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin sahip olduğu malları düzenleyen genel bir kanun olmadığından, kamu mallarının tanımlanması ve belirlenmesinde genel anlamda doktrin ve yargı içtihatları önemli rol oynamaktadır.

Dikkat çeken bir diğer husus ise terminolojik belirsizliklerdir. Kamu malları için doktrinde ve yargı kararlarında “devlet malları”, “kamu hizmeti eşyası”, “amme emlaki”, “idare malları”, “kamuya ilişkin mallar” gibi ifadelerin de kullanıldığını ve terim birliğinin olmadığını belirtmekte fayda bulunmaktadır (Gülan, 1995, s. 9-10). Örneğin; 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nun 5 inci maddesi “Devlet malı niteliği” başlığını taşıırken; 3402 sayılı Kadastro Kanunu “Kamu malları” madde başlığı altında düzenlemeler getirmektedir.

Öte yandan doktrinde idarenin özel malı ile kamu malı arasında bir ayrım kabul edilmiş (Yayla, 1988, s.357) olmakla birlikte kamu malı ifadesinin dar ve geniş olmak üzere iki ayrı anlamda kullanıldığını belirten Gözler’e (2009, s.818-819) göre; “kamu malı” ifadesinin; kamu tüzel kişilerinin sahip olduğu kamu hukukuna veya özel hukuka tabi bütün mallarını anlatmak için kullanılabileceği; “kamusal mal” ifadesinin ise; kamu tüzel kişilerinin sadece kamu hukukuna tabi mallarını anlatmak için kullanılabileceğini; bununla birlikte böyle bir anlam farkı yaratmanın dilbilgisi bakımından zor olduğu gerekçesiyle kamusal mallar için de “kamu malı” ifadesini tercih ettiğini belirtmiştir. Biz de bu makalede, “kamu hizmeti”, “kamu kurumu”, “kamu gücü”, “kamu hukuku” gibi ön adı “kamu” olan tamlamaların İdare hukukunda yaygınlığı nedeniyle okunuşta kolaylık sağlaması için Devlet ve kamu tüzel kişilerinin sahip olduğu sadece kamu hukukuna tabi mallarını ifade eder biçimde “kamu malı” ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz. Ayrıca 3402 sayılı Kadastro Kanunu’nda tapuya tescil bakımından düzenlemeler getiren 16’ncı madde başlığının “Kamu malları” olması, bu tercihimiz için pozitif bir temel de oluşturmaktadır.

Kamu mallarının belirlenmesinde güçlük arz eden bir diğer husus ise, kamu mallarına ilişkin düzenlemelerin, farklı işlevleri olan birçok mal türünü kapsamak zorunda olduğu için, farklı mal türleri bakımından çok sayıda istisna hük-

mü içeriyor oluşudur (AYM, E.2004/85, K.2009/69, 02/06/2009). Bu düzenlemeler arasında en kapsayıcı nitelikte olanlardan “Kamu malları” başlıklı 21/6/1987 tarihli ve Kadastro Kanunu’nun 16 ıncı maddesi şöyledir:

“Madde 16 – Kamunun ortak kullanılmasına veya bir kamu hizmetinin görülmesine ayrılan yerlerle Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerlerden:

A) Kamu hizmetinde kullanılan, bütçelerinden ayrılan ödenek veya yardımlarla yapılan resmi bina ve tesisler, (Hükümet, belediye, karakol, okul binaları, köy odası, hastane veya diğer sağlık tesisleri, kütüphane, kitaplık, namazgah, cami genel mezarlık, çeşme, kuyular, yunak ile kapanmış olan yollar, meydanlar, pazar yerleri, parklar ve bahçeler ve boşluklar ve benzeri hizmet malları) kayıt, belge veya özel kanunlarına veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine göre Hazine, kamu kurum ve kuruluşları, il, belediye köy veya mahalli idare birlikleri tüzelkişiliği, adlarına tespit olunur

B) Mera, yaylak, kışlak, otlak, harman ve panayır yerleri gibi paralı veya parasız kamunun yararlanmasına tahsis edildiği veya kamunun kadimden beri yararlandığı belgelerle veya bilirkişi veya tanık beyanı ile ispat edilen orta malı taşınmaz mallar sınırlandırılır, parsel numarası verilerek yüzölçümü hesaplanır ve bu gibi taşınmaz mallar özel siciline yazılır.

Bu sınırlandırma tescil mahiyetinde olmadığı gibi bu suretle belirlenen taşınmaz mallar, özel kanunlarında yazılı hükümler saklı kalmak kaydıyla özel mülkiyete konu teşkil etmezler.

Yol, meydan, köprü gibi orta malları ise haritasında gösterilmekle yetinilir.

C) Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kayalar, tepeler, dağlar (bunlardan çıkan kaynaklar) gibi, tarıma elverişli olmayan sahipsiz yerler ile deniz, göl, nehir gibi genel sular tescil ve sınırlandırmaya tabi değildir, istisnalar saklıdır.

D) Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ormanlar, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde, özel kanunları hükümlerine tabidir.”

Elbette bu hüküm, taşınmaz malların sınırlarını belirtmek ve hukukî durumlarını tespit etmek suretiyle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun öngördüğü tapu sicilini kurmak amacıyla çıkarılan bir kanun hükmü olduğundan; yalnızca taşınmazları kapsamaktadır; tabii servet ve kaynakların hepsi veya taşınır mallar burada yer almamaktadır. Bununla birlikte, düzenlediği kamu malları için, “devletin hüküm ve tasarrufu altındaki sahihsiz yerler” “orta malları”, “bir kamu hizmetinin görülmesine ayrılan yerler”, “Kamunun ortak kullanılmasına ayrılan yerler” şeklinde ayırım ve tanımlamalar yapması nedeniyle önem arz etmektedir.

Doktrinde önceleri Fransız hukukunun etkisiyle devlet malları üst başlığı altında; kamu hizmetlerinin ve halkın doğrudan doğruya bağlantısı olduğu ve bu bakımdan idare hukukuna hükümlerine tabi olduğu kabul edilen kamu malları ve devlet ile diğer kamu tüzel kişilerinin diğer bireyler gibi yararlandıkları özel mallar olarak ikiye ayrıldığı hususu gündeme gelmiştir (Onar, S.S., 1966, s.1300). Bu görüş kamu hizmeti ile bağlantısı geniş tutulduğu ve kamu malı kavramını çok genişlettiği için eleştirilmiş (Gülan, 1995, s.28); bu eleştiriye çözüm olarak kamu hizmetine, o hizmetin bir unsurunu teşkil edecek şekilde bağlanmış olması kriteri getirilmiş ve 1982 Anayasası öncesi dönemindeki yargı kararlarında benimsenmiştir (Duran, 1984, s.46). Günümüzde ise, kamu malının özel bir düzenlemeyle kamu hizmetine tahsis edilmiş olması esası benimsenmiştir. Buna göre, doktrinde, kamu malları teorisinin esinlendiği Fransız hukukunun da etkisiyle, kamu tüzel kişisinin mülkiyetinde bulunan ve kamunun doğrudan kullanımına/ yararlanmasına tahsis edilen (özgülenen) ya da özel bir düzenleme ile bir kamu hizmetine tahsis edilen taşınır ve taşınmaz mallar kamu malı olarak tanımlanmaktadır. (Gözübüyük ve Tan, s.1072-1073; Gözler, 2009, s.825; Akyılmaz vd., 2017, s.698; Gülan, 1995, s.29). “Kamunun doğrudan kullanımına veya bir kamu hizmetine tahsis” şartı; tek bir şart olarak “kamu yararına tahsis” olarak da telaffuz edilebilmektedir (Gözler, 2009, s.821).

Şu halde, bir malın kamu malı olup olmadığını belirlemek için önce organik unsur olarak mala sahip olan tüzel kişiliğin, Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri olması gerekmektedir. Burada özellik arz eden husus ise, AYM'nin bir kurumun kamu tüzel kişiliğini haiz olup olmadığını belirlerken, bu kurumun mallarının aşağıda belirteceğimiz bir takım kamusal ayrıcalıklara sahip olup olmadığını denetlemesidir. Örneğin; AYM bir kararında kurumun mevcutlarının devlet mallarına ait haklara sahip olmasını da dikkate alarak kamu kurumu niteliğinde olduğu hususunda şöyle değerlendirme yapmaktadır:

“...Kanun’un 11. ve 14. maddeleri uyarınca; İLKSAN’ın Millî Eğitim Bakanlığına bağlı olarak faaliyet göstermek üzere kanunla kurulmuş bir tüzel kişilik olduğu, üzerinde Millî Eğitim Bakanlığının idari vesayet yetkisinin bulunduğu, bu bağlamda işleyiş tarzının ve esaslarının belirlendiği ana statüsünün Millî Eğitim Bakanlığınca hazırlandığı, mevcutlarının ve alacaklarının devlet mallarına ait hak ve önceliklere sahip olduğu, gelirlerinin her türlü vergi, resim ve harçtan muaf olduğu gibi haciz ve temlik edilemediği gözetildiğinde anılan kuruluşun, üyelerinin serbest iradelerinin eseri olmadığı, fonksiyonları bakımından kamu gücüne dayanan bir statüye sahip olduğu, işlemlerinin kapsam ve sınırının kanunla belirlendiği ve bu özellikleri nedeniyle tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu olduğu açıktır” (AYM, E.2016/192, K.2017/160, 29.11.2017)

Bu noktada aslında kanun koyucunun bir kuruluşu kamu tüzel kişiliği olarak düzenlemesi durumunda, bu tüzel kişiliğe kamusal nitelik kazandırmak ile amaçlanan kamu yararına uygun olarak, bunun mallarına da özel bir rejim öngördüğü çıkarımı yapılabilir. Bu çerçevede, bir kamu tüzel kişinin mallarının, özel hukuk rejiminden farklı bir takım ayrıcalıklı düzenlemelere tabi olması da, esasen kamu tüzel kişiliğinin kuruluş amacı ile görev ve yetkilerini herhangi bir kısıtlamaya tabi olmadan yerine getirebilmesinin sağlanması olduğu sonucuna varabiliriz.

Kamu malı tanımına ait organik unsur sonrasında ise; kamu malının niteliğinin belirlenebilmesi için malın doğrudan kamunun kullanımına sunulup sunulmadığı ile özel bir düzenleme ile kamu hizmetine tahsis edilip edilmediğine bakılacaktır.

Kamu tüzel kişilerinin özel hukuka tabi malları (özel malları) ise, ihale esaslarına uymak, kamulaştırma amacının gereğini yerine getirmek şeklinde bazı kısıtlamalar dışında, herhangi bir malik gibi tasarrufta bulunabileceği mallarıdır (Düren, 1975, s.89). Bu mallar kamu yararı amacından çok gelir getirme amacı taşırlar. Esasen idarenin uhdesinde olup da henüz veya kamunun doğrudan yararlanmasına veya kamu hizmetine tahsis edilmemiş mallardır. Bu anlamda kamulaştırılan ancak henüz kamunun yararına tahsis edilmemiş olan bir taşınmaz idarenin özel malıdır. Bu mallardan doğan uyumsuzluklar kural olarak adli yargı yerlerinde çözülür (Akyılmaz vd., 2017, s.699).

AYM ise, “Kamu malları, kamu idare ve kurumlarının gerek kamunun doğrudan kullanımına ayrılmış, gerekse nitelikleri gereği veya hizmetin amacına uygun düzenlenmiş olmak kaydıyla kamu hizmetine tahsis edilmiş (özülenmiş) malların tümü” şeklindeki tanımıyla (AYM, E.2004/85, K.2009/69, 02/06/2009) doktrin ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Bununla birlikte AYM’nin, kamu hizmeti ile kamu malları arasındaki ilişkiyi daha geniş tanımladığı bir kararında (AYM, E.1996/66, K.1997/7, 31.1.1997) “Doğal nitelikleri gereği herkesin ortak yararlanmasına açık olan sahihsiz mallar ile kamu tüzelkişileri tarafından herkesin ya da halkın bir kısmının yararlanmasına ayrılan orta malları ve kamu hizmeti niteliğindeki etkinliklerin konusu ve aracı olan mallar, kamu malı olarak tanımlanabilir.” denilmek suretiyle kamu hizmeti niteliğindeki etkinliklerin konusu ve aracı olan malların da kamu malı olduğu belirtilmiştir.

1.2.2.Kamu Mallarının Tabi Olduğu İlkeler

Kamu malı olduğu belirlenen bir malın özel mülkiyetten ayrı kamu hukukuna tabi bir takım ilke ve kurallara tabi olacağı hususunda doktrin ve yargı kararlarında görüş birliği bulunmaktadır. Elbette bu ilke ve kuralların doğrudan bir kanunda yer almayışı nedeniyle, yasa koyucunun her bir kamu malı için farklı rejimler getirebilmesi bakımından kolaylık sağlasa da, yasa koyucu anayasanın çizdiği sınırlarla çevrilidir.

Öte yandan, söz konusu ilke ve kuralların önemli bir bölümü, eşyanın tabiatından kaynaklanan zorunluluklardır. Örneğin; kamu mallarının devir ve ferağ edilmezliği; bu malların özel mülkiyete tabi mallar gibi el değiştiremeyeceği gerçeğinin bir sonucudur. Nitekim yukarıda gördüğümüz gibi bu mallar ya doğrudan kamunun yararlanmasında bulunan nehirler, kıyılar, parklar, pazar yerleri gibi yerler ya da idari bir düzen içerisinde kamu hizmetinin görülmesinde kullanılan mallardır. Bu malların devir ve ferağ edilebilmesi için öncelikle kamuya sağladığı yarardan koparılması gerekmele birlikte idarenin her türlü eylem ve işleminde kamu yararı amacı gözetmesi esastır. Diğer bir ifadeyle idarenin kamu hizmete tahsis ettiği bir malı, bu hizmet ile bağıni koparmadan devre-demeyecek olması işin doğası gereğidir. Benzer şekilde, bu malların kural olarak zamanaşımı ile kazanılamaması da özel mülkiyette bulunamayacak olmalarının bir diğer sonucudur. 2004 sayılı İcra İflas Kanunu’nun 88 inci maddesinin “Devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar haczedilemez.” doğrultusunda kamu mallarının haczedilmezliği ilkesi kabul edilmiş

olmakla birlikte, AYM bu yararlanmadan sadece dar anlamdaki kamu ilke ve kurallarına tabi kamu mallarının değil; idarelerin özel mallarını da kapsayacak şekilde tüm mallarının yararlanacağını belirtmiştir (AYM, E.1992/13, K.1992/50, 21.10.1992). Birçok yasada devlet malı olduğu belirtilen veya kamu malı niteliği olduğu anlatılan malların haczedilemeyeceği ifade edilmiştir⁴. Kamu mallarının kira gibi özel hukuk sözleşmelerine konu yapılamayacağı ilkesi hakkında ise Gülan, (1995, s.148-149) bu ilkenin ne kadar hayata geçmiş olduğunun tartışılması gerektiğini; birçok yasada kamu mallarının kiraya verilmesinden söz edildiğini; kiraya verilemeyeceğini belirten yasaların azınlıkta kaldığını belirtmektedir.

AYM ise kamu mallarının tabi olduğu rejimin özelliklerini şöyle açıklamaktadır:

“Kamu mallarının elde edilmesi, tasarrufu, korunması ve elden çıkarılmasında gerek Anayasa’da ve yasalarda gerekse uygulamada özel ilkeler benimsenmiştir. İstisnaları olmakla birlikte, kamu mallarının zamanaşımı ile kazanılamayacağı, kamu malı statüsünü kaybetmedikçe özel mülkiyete konu olamayacağı, devredilemeyeceği, kamu mallarının haczedilemeyeceği ilkeleri ve kamu mallarının bazı hallerde özel bir korumaya tâbi tutulması, kamu mallarına hâkim olan ve özel mülkiyetin korunmasından kimi noktalarda ayrılan bir koruma rejiminin olduğunu göstermektedir.” (AYM, E.2004/85, K.2009/69, 02/06/2009)

Kamu mallarının tabi olduğu özellikler Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından ise şu şekilde ifade edilmiştir:

“Bir malın kamu malı olarak nitelendirilmesinin hukuksal sonuçları şunlardır: Kamu malları üzerinde özel mülkiyet kurulamaz ve bunlar kamu hizmetine tahsis olundukları, yetkili idarece kamu malı olmaktan çıkarılmadıkları sürece temlik edilemez, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla da edinilemezler. Devlet mallarının haczine de olanak yoktur (İcra ve iflas Kanunu, madde 82). Buradaki ‘özel mülkiyet kurulamaz’ sözü, ‘gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişile-

⁴ Örneğin, 2690 sayılı Türkiye Enerji, Nükleer Ve Maden Araştırma Kurumu İle İlgili Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun’un Ek Madde 3- (Ek: 2/7/2018 - KHK/703/119 md.) (Değişik: 29/5/2025-7549/12 md.) “Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumunun mal ve varlıkları Devlet malı sayılır, haczedilemez ve rehnedilemez.” hükmü yer almaktadır.

rinin mülkiyetine giremez şeklinde anlaşılmalıdır” (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2022/751, K.2023/1094, 15.11.2023).

Yargı kararlarında da, kamu mallarının özel mülkiyet konusu olamayacağı ilkesinden yola çıkılarak doktrin ile aynı şekilde; bunların devir edilemeyeceği, kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılamayacağı ve haczedilemeyeceği kabul edilmektedir.

1.3 Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altındaki Mallarının Hukuki Niteliği

Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan malları düzenleyen genel bir kanun olmadığından, kanun koyucu çoğu zaman Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunu belirttiği bir kaynak veya mal için sadece bu kaynak veya malın özelliklerini gözeterek bir takım özel düzenlemelere yer vermektedir. Öte yandan, herhangi bir yasa da “Devletin hüküm ve tasarrufu altında olmak”, unsurlarıyla tanımlanmamış olsa da, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun “Sahipsiz yerler ve yararı kamuya ait mallar” başlıklı 715’inci maddesinde “Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.” hükmü, Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin, sahipsiz yerler ve yararı kamuya ait mallar olmak üzere iki farklı kategori içerdiğini göstermektedir. Esasen bu kavram kapsamındaki malların nelerden oluştuğundan daha önemlisi, bu malların, kamu malları içerisinde yer alıp almadığı ile bu soruya olumlu yanıt verilmesi durumunda, bu malların kamu mallarından ayrıksı bir takım hukuki ilke ve kuralara tabi olup olmayacağıdır. Bu sorulara verilecek yanıtlarla devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu belirlenen frekansların da tabi olacağı hukuksal rejimin çerçevesi için bir belirleme yapılabilecektir.

AYM, yasa koyucunun “devletin hüküm ve tasarrufu altında” olduğunu belirttiği mallar veya kaynaklar için doğrudan kamu malı tanımlamasını kullanmaktadır. Örneğin, bir kararında kıyıların Anayasa’nın 168’inci ve 43’üncü maddeleri gereğince Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunu belirttikten sonra, kıyıların doğal niteliği itibarıyla herkesin serbestçe yararlanmasına açık ve bu nedenle bir kamu malı olduklarını belirtmiştir (AYM, E.2019/35, K.2019/53, 26/06/2019) Bir başka kararında ise, bu malları “özellik gösteren kamu malları” olarak tanımlamaktadır. Bu kararında şu ifadelere yer verilmiştir:

“Görülüyor ki, bu maddelere egemen olan anlayış, özellik gösteren bir kamu malına karşı, bir anayasal sorumluluk ve duyarlıktan kaynaklanmaktadır. Devletin hüküm ve tasarrufu altına bırakılan bu malların korunmasında, devletin merkezi örgütünde yer alan uzman ve yetkili kuruluşlarının görevlendirilmesi, yukarıda temel ilke ve esasları açıklanan kıyı rejiminin bir gereğidir. Yasakoyucu, anayasal rejimi kurarken, bu kamu malına özgü, devletin, merkezi ve yerel kuruluşlarının görev alanını belirlemiş, Anayasa’nın 43. maddesinin gereğini yerine getirmiştir. Soruna, salt, yerel gereksinim açısından yaklaşılmamış aynı zamanda, kıyının ülke tümlüğü içindeki yeri gözetilmiştir (AYM, E.1990/23, K.1991/29, 18/09/1991).

Onar (1966, s.1364); Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu belirtilen tabii servet ve kaynakların diğer kamu malları gibi Devletin mülkiyeti altına bile koyulmadığını ve bu nedenle devletin dahi mülkiyet hakkının olmadığı bir durumda özel mülkiyetten söz etmenin mümkün görünmediğini ifade etmektedir. Buna göre Onar, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan yerlerin kamu malları içerisinde olduğunu kabul etmekle birlikte, bu mallar üzerinde herhangi bir mülkiyetten söz etmenin mümkün olmadığını işaret etmektedir. Duran (1984, s.49) ise bu kavramın egemenlik içermediği gibi geniş manada zabıta kudretinden de ibaret sayılmadığını; bu kavramın Türk hukukuna özgü ve genel olarak kamu mallarını hem bireylere ve topluluklarına, hem de devlete ve malik tüzel kişilerine karşı korumayı amaçlayan ve özel mülkiyet hakkının sakıncalarından koruyan bir önlem ilkesi olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Bilgen’e göre (1994, s.38); Medeni Kanun, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerleri mülkiyet rejiminin dışına çıkarmış ve her birinin kendine özgü ve tamamen kamu hukuku kurallarından oluşan bir statüsü vardır; istisnai olarak medeni hukuk kurumlarından yararlanabilirler ve kıyılar, denizler, ormanlar gibi sahipsiz mallar; tabii servet ve kaynakların, ormanların ve yollar, köprüler, pazar yerleri gibi malların bu kapsamda olduğunu belirtmektedir.

Şu halde, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan varlıkların doktrin ve yargı kararlarında kamu hukuku ilke ve kurallarına bağlı kamu malı olarak nitelendirildiğini söyleyebiliriz.

1.4 Frekansların Hukuki Niteliği Yönünden Değerlendirme

5809 sayılı Kanun'da Devletin yetki ve sorumluluğu altında olduğu belirtilen frekansların, AYM tarafından Anayasa'nın 168'inci maddesi çerçevesinde Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan tabii servet ve kaynak olarak belirlenmesi ve bu tür varlıkların doktrinde kamu malı olarak fakat AYM tarafından özellik gösteren kamu malı olarak nitelendirilmesi karşısında, fiziken algılanabilir ve belirlenebilir olmayan frekansların ise devletin hüküm ve tasarrufu altındaki kaynaklar içerisinde *sui generis* bir kamu malı olduğu sonucuna varabiliriz. Bununla birlikte, bu kaynakların hukuksal rejimini değerlendirebilmek için öncelikle Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki varlıkların hukuksal rejimini genel hatlarıyla ortaya koymakta fayda bulunmaktadır.

2. DEVLETİN HÜKÜM VE TASARRUFU ALTINDAKİ VARLIKLARIN HUKUKSAL REJİMİ

Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki varlıkların kamu malı olarak nitelendirilmesinin kural olarak sonucu, bunların da kamu mallarına uygulanan hukuksal rejime tabi olacaktır. Bununla birlikte AYM, bu durumdaki varlıklar için kamu mallarından ayrılan bir takım hukuksal değerlendirmelerde bulunmuştur. Bunlardan en önemlisi Devletin bunlar üzerinde sahip olduğu tasarruf yetkisini geniş şekilde yorumlamasıdır. Tapu kütüğünde kimse adına tescil edilmemiş taşınmazların olağanüstü zamanaşımı ile kazanılmasına yönelik zilyedin sunacağı delillere ilişkin yeni düzenleme getiren kanun hükmünü inceleyen AYM bu husustaki değerlendirmesini şöyle aktarmaktadır:

“Şüphesiz kanun koyucu, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerlerin mutlaka kişiler tarafından işgal ihya ve imar yollarıyla veya başka biçimlerde mal edinilebilmesinin sebep ve şartlarını tesis etmek zorunluğunda değildir. Hattâ bir kanunla bu hükümlerin tümünün ilga ederek bu gibi yerler üzerinde zilyedlik yolu ile bir hak doğamıyacağını ilân da edebilir” (AYM, E.1966/19, K.1968/25, 19/06/1968).

Benzer şekilde, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin zamanaşımı ile kazanılmasına yönelik olarak;

“Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazların, bu taşınmazlara belli koşullar dâhilinde zilyet olanlarca mülk edinilebilmesi, kanun koyucunun takdir yetkisi çerçevesinde getirilen bir imkân olup anayasal bir zorunluluğu ifade etmediği gibi, anayasal bir yükümlülüğün ifası amacı da taşımamaktadır. Dolayısıyla Devlet malı niteliğinde kabul edilen taşınmazların mülkiyet hakkının, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla kazanılamaması da kanun koyucunun takdirinde olup hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımamaktadır” (AYM, E.2016/49, K.2016/200, 28/12/2016)

denilmek suretiyle, bu tür yerlerin özel kişilerce zamanaşımı ile kazanılmasına imkan verilip verilmemesi hususunda devletin takdir yetkisinin bulunduğu belirtilmiştir. AYM burada, zamanaşımı ile kazanılamayacağını belirttiği kamu malları rejiminden ayrıksı bir yorumda bulunmaktadır. Bu yorumun temelinde AYM’nin, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kaynaklar üzerinde devletin tasarruf ve karar verme yetkisini daha geniş olarak görmesi yatmaktadır. Hemen bu noktada kanun koyucunun yetkisinin sınırsız olmadığını Anayasa’daki kural ve ilkelerle sınırlandığını hatırlatalım. Bu çerçevede AYM, Anayasa’nın kıyılara ilişkin hükmü ile ormanların zamanaşımı ile kazanılamayacağı yolundaki hükmünü esas almak suretiyle,

“Anayasa’nın 43. ve 169. maddelerinde temel bir değer olarak çevrenin korunması ve herkesin çevreden eşit şekilde yararlanması hakkını güvence altına almak amacıyla kıyıların ve ormanların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu belirtilerek bu alanlarda özel mülkiyet yasaklanmıştır. Bu nedenle belli bir sürenin geçmesiyle söz konusu alanlarda özel mülkiyet edinilmesi olanaklı değildir”

şeklinde hüküm kurmuştur (AYM, E.2009/31, K.2011/77, 12.5.2011).

AYM, “Devletin hüküm ve tasarrufu altında olma”nın ne anlama geldiğini ise bir başka kararında şu şekilde açıklamaktadır:

...Anayasa, tabii servetleri ve kaynaklarını Medeni Kanunun hükümlerine bağlı özel mülkiyet düzeninin kapsamı dışında bırakmakta, onlara. Devletin, devlet olma niteliği ile eli altında tuttuğu nesneler düzeni içinde yer vermektedir. Her iki düzen başka başka koşullara ve kurallara bağlıdır; değişik niteliktedir; aralarında bir-

birlerine karıştırılmalarını önleyecek bellilik ve kesinlikte sınırlar vardır. Anayasa, . . . tabii servetlerin ve kaynakların devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğunu açıklamakla aynı zamanda bunların mülkiyet konusu olamayacağını da hükme bağlamıştır Aslında mülkiyet düzenine bağlı bulunmayan bir nesnede mülkiyetin devri de öncelikle söz konusu olamaz (AYM, E.1990/23, K.1991/29, 18/09/1991).

Kararda geçen “Devletin, devlet olma niteliği ile eli altında tuttuğu nesneler düzeni” ifadesiyle; Devletin egemenlik yetkisine dayanarak doğrudan tasarruf ettiği varlıkları kapsayan bir hukuki düzeninin işaret edildiği değerlendirilmesi yapılabilir.

Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğu anayasal düzeyde belirtilen tabii servet ve kaynaklardan biri, kıyılardır. Anayasa’nın “Kıyılardan yararlanma” başlıklı 43’üncü maddesinde; kıyıların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu belirtildikten sonra deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetileceği ve bu yerlerden yararlanma imkân ve şartlarının kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. AYM, kıyıların devletin hüküm ve tasarrufu altında olmasının, buraların özel mülkiyete konu olamayacağı ve doğasına uygun olarak genellik, eşitlik ve serbestlik ilkeleri çerçevesinde herkesin ortak kullanımına açık bulunmalarının gerektiği anlamına geldiğini ifade etmektedir (AYM, E.2020/42, K.2023/99, 18/5/2023).

Esasen Anayasamızın 168’inci maddesiyle; Devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan tabii servet ve kaynaklar için özel bir hukuki rejim öngörülmüştür. Buna göre devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan tabii servet ve kaynakların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete ait olmakla birlikte kanunun açıkça vereceği izne bağlı olarak Devlet bu hakkını belirli bir süre ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzel kişiler eliyle yapılmasını sağlayabilir. Böyle bir durumda da devletin gözetim, denetim ve yaptırım uygulama yetkileri bulunmakla birlikte, devletin bu yetkileri ile söz konusu gerçek ve tüzel kişilerin uyacağı şartların kanunla düzenlenmesi şartı bulunmaktadır.

AYM söz konusu Anayasa hükmünü yorumladığı bir kararında şu ifadelere yer vermektedir:

“Doğal servet ve kaynakları yerinde kullanarak ya da onlardan yerinde yararlanarak kamu hizmeti üreten KİT’lerin özelleştirilmesinde Anayasa’nın 168. maddesinde öngörülen ilkelerin gözönünde bulundurulması zorunludur. 168. maddeye göre işletme hakkı devlete ait olan doğal servetler ve kaynakların işletme hakkı gerçek veya tüzel kişilere ancak süreli olarak devredilebilir. Doğal servet ve kaynaklardan yararlanarak kamu hizmeti üreten KİT ya da buna bağlı kuruluşlar ile diğer kamu tüzel kişilerin varlıklarının özelleştirilmesinde bunların yararlandıkları doğal servet ve kaynakların mülkiyetinin gerçek ve tüzel kişilere devri olanaksızdır.

Bu tür KİT’lerin yasada öngörüldüğü gibi satış yöntemiyle özelleştirilmeleri durumunda, mülkiyete bağlı işletme hakkı da süresiz olarak satın alanlara geçecektir. Buna karşılık, kamu hizmeti üretilmesinde yararlanan doğal servet veya kaynağın işletme hakkının devredilmediği; KİT’lerin işletme hakkının devredildiği ileri sürülebilirse de kamu hizmetini bu biçimde üreten KİT’ler ile bunların kamu hizmeti üretiminde yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların birbirinden ayrı düşünülmesi olanaksızdır.

Doğal zenginlik ve kaynaklarla ilgili KİT’lerin ve diğer kamu tüzel kişilerinin varlıklarının özelleştirilmesinde, bunların yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların işletme hakkının belli süreyle devri biçiminde olması zorunludur. KİT’lerin yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların satış ya da işletme hakkının süresiz devri biçiminde özelleştirilmeleri Anayasa’nın 168. maddesine aykırı düşer.

Bu nedenlerle, 3987 sayılı Yasa doğal zenginlik ve kaynaklarla ilgili KİT’lerin satışına ve bunların işletme hakkının süresiz devredilmesine olanak verdiğinden Anayasa’nın 168. maddesine aykırıdır.” (AYM, E.1994/49, K.1994/45, 07/07/1994)

AYM’nin bu kararından şu sonuçlara ulaşılabilir:

- doğal servetler ve kaynakların işletme hakkı gerçek veya tüzel kişilere ancak süreli olarak devredilebilir.
- doğal servet ve kaynakların mülkiyetinin gerçek ve tüzel kişilere devri olanaksızdır.

- kamu hizmetini üreten kurumlar ile bunların kamu hizmeti üretiminde yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların birbirinden ayrı düşünülmesi olanaksızdır.

AYM, bir başka kararında ise, devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan kıyılar yönünden yapılan düzenlemeyi, Devletin gözetim ve denetim görevini yerine getirmesini sağlayacak kurallara yer verilmeksizin düzenlenmesinin hukuki belirsizliğe yol açacağını ifade etmektedir. (AYM, E.2019/35, K.2019/53, 26/06/2019)

O halde, Devletin gözetim ve denetim yükümlülüğü bulunduğu tabii servet ve kaynaklara ilişkin yapılacak düzenlemelerde devletin bu yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlayacak kuralların bulunmaması durumunda AYM'nin, Anayasa'nın 168'inci maddesi yönünden iptal kararı verebileceği söylenebilir.

3. 5809 SAYILI ELEKTRONİK HABERLEŞME KANUNU'NDA FREKANSLARIN TABİ OLDUĞU HUKUKSAL REJİMİN DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. GÜNCEL HUKUKİ ÇERÇEVE

Frekansların, kamu malları içerisinde özellik arz eden devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kaynaklar kategorisi altında olmakla birlikte, fiziken algılanabilir ve belirlenebilir olmayışları nedeniyle de kendine özgü bir kamu malı olduğu sonucuna vardığımızdan, frekansların hukuki rejiminin özel hukuk ilke ve kurallarından ayrı olarak frekansların mahiyeti uygun düştükçe kamu hukuku ilke ve kurallarına göre belirlenmelidir. Örneğin, frekansların taşınır veya taşınmaz bir mal olmadığı için yürürlükteki mevzuatımıza göre zamanaşımı ile kazanımları zaten fiilen olanaksız olduğundan, kamu mallarının kural olarak zamanaşımı ile kazanılamayacakları yönündeki ilke burada uygulama alanı bulamayacaktır.

Öte yandan AYM'nin, tabii servet ve kaynakları, bunları kullananların varlığından ayrı tutulamayacağı yönündeki isabetli görüşü çerçevesinde, frekans kaynağının, gerçek veya tüzel kişilerce kullanımına izin veren tahsisten (ve özel kişilerce hizmet sunumuna izin veren ve tahsisin özel bir türü olan kaynağın kullanım hakkının verilmesinden) ayrı düşünmek olanaksızdır.

Gerek Anayasa'nın devletin hüküm ve tasarrufundaki kaynaklar için bağladığı sonuçlara gerekse de doktrin ve yargı kararlarıyla şekillenen kamu mallarına ait özelliklere ilişkin hususlara 5809 sayılı Kanun ve buna dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde rastlanmaktadır. Örneğin; 5809 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinde "kullanım hakkı" *"Frekans, numara, uydu pozisyonu gibi kıt kaynakların kullanılması için verilen hakkı,"* şeklinde tanımlanarak, frekansların özel kişilerce kullanılmak suretiyle elektronik haberleşme hizmeti sunulmasının sağlanmasına aynı Kanun'un 9'uncu maddesi ve devamı hükümlerinde yer verilmesi, bu kaynakların Anayasa'nın 168'inci maddesinde belirtildiği üzere özel kişilerce işletilmesine bir örnek teşkil etmektedir. Burada, Anayasa'nın 168'inci maddesindeki ifadenin "kaynakların aranması ve işletilmesi" olarak geçtiği; frekans kaynağının ise aranmaya muhtaç olmadığı belirtilebilir. Bununla birlikte, Anayasa'nın bu hükmünün gerekçesinde, arama faaliyetlerinden ayrı olarak "Amaç millî servetin işletilmesini ve millî gelirin artırılmasını biran önce sağlamaktır." denilmektedir (AYM, 2021). Ayrıca, bu Anayasa hükmü yürürlüğe girdiğinde frekansların henüz devletin hüküm ve tasarrufunda olduğu ve elektronik haberleşme hizmetleri için en kıymetli unsurlardan biri olduğu henüz dünyada bile tam olarak kabul görmüş bir durum değildi. Bu nedenle anayasanın ruhuna uygun olarak, bu maddeden salt olarak kaynakların işletilmesini de anlamak uygun olacaktır. Nitekim kaynakların aranma ve işletilmesine tipik bir örnek teşkil eden 3213 sayılı Maden Kanunu da arama ve işletme için ayrı ayrı (md.3); "Arama Ruhsatı : Belirli bir alanda maden arama faaliyetlerinde bulunulabilmesi için verilen yetki belgesi"; "İşletme Ruhsatı : İşletme faaliyetlerinin yürütülebilmesi için verilen yetki belgesi." şeklinde tanımlayarak bu tanımlara göre ayrı ruhsatlandırmalar yapılmasını öngörmektedir.

Benzer şekilde, Anayasa'nın 168'inci maddesiyle uyumlu olarak devletin bu kaynakların işletilmesine yönelik denetim ve yaptırım uygulama yetkisine 5809 sayılı Kanun'un "Kurumun yetkisi ve idarî yaptırımlar" başlıklı 60'ıncı maddesinde "Kurum; mevzuata, kullanım hakkı ve diğer yetkilendirme şartlarına uyulmasını izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idarî para cezası uygulamaya,(...) yetkilidir." şeklinde yer verilmektedir. Bu yetki Kanun ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (Kurum)'na verilmiştir. Bu hüküm, kullanım hakkını mevzuata uygun şekilde elinde bulundurmak suretiyle hizmet sunmaya yetkili işletmecilerin kullanım hakkı sınırlarına uymamalarına yönelik olmakla birlikte, bir kamu malı-

nın izinsiz ve yetkisiz kullanımının yaptırımı ceza hukuku alanına gireceğinden, bu hususa ilişkin düzenlemeler 5809 sayılı Kanun'un "Cezai hükümler" başlıklı 63'üncü maddesinde "Bu Kanunun 9 uncu maddesine aykırı olarak kullanım hakkı olmadan elektronik haberleşme hizmeti verenler, tesisi kuranlar ve/veya işletenler hakkında altı aya kadar hapis ve beş bin günden on beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur." şeklinde ifade edilmiştir.

Öte yandan, AYM kararlarında zikredilen; tabii kaynakların genellik, eşitlik ve serbestlik ilkeleri doğrultusunda herkesin ortak kullanımına açık bulunmaları ilkesi gereğince frekans kaynağından elektronik haberleşme hizmet sunmak üzere yararlanmak isteyenlerin ödeyecekleri ücretler, 5809 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinde yer alan "Kullanım hakkı ücretlerinin asgari değerleri, Kurumun önerisi ve Bakanlığın teklifi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından belirlenir." hükmü çerçevesinde önceden herkes için eşit şekilde belirlenmektedir. Bu ücretler, toplumda bu kaynaktan doğrudan yararlanmayanların da bulunduğu gözetilerek ve 5809 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinin "Kullanım hakkı ücretleri, 5369 sayılı Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla Hazineye gelir kaydedilmek üzere ilgili muhasebe birimine yatırılır." hükmüyle, toplumda adil bir paylaşımın gereği olarak Hazine'nin geliri şeklinde düzenlenmiştir.

Benzer şekilde, 5809 sayılı Kanun'da frekansın bir kıt kaynak olduğunun ve etkin ve verimli kullanılmasının vurgulanması, bunların eşit ve genel bir şekilde paylaşımını da zorunlu kılmaktadır. Anılan Kanun'un "Frekans planlama, tahsis ve tescili" başlıklı 36 ncı maddesiyle, telsiz yayınlarının birbirleri üzerinde elektromanyetik girişim oluşturmaması ve frekans bantlarının etkin ve verimli şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla milli frekans planlaması yapma ve tahsisi, uluslararası koordinasyon ile tescil işlemleri yetkisi Kuruma verilmiştir.

5809 sayılı Kanun'un "Haczedilmezlik ve haberleşme hizmetlerinin sürekliliği" başlıklı 34'üncü maddesiyle; tahsis edilen frekans kullanım haklarının ve işletmecilerin yetkilendirmelerinin hiçbir şekilde haczedilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Kamu mallarının devredilmezliği ve haczedilmezliği ilkesini kamu hizmetlerinin devamlılığına bağlayan görüşün (Bilgen, 1995, s. 92) madde başlığında benimsendiği görülmektedir. AYM'ye göre de; "Zor kullanılması Devlete tanınmış bir yetki olduğundan bunu Devletin kendisine karşı kullanması düşünülemez. Kamu hizmetlerinin aksatılmadan ve kesintiye uğramadan sağlanması ve bütçenin getirdiği esasların cebri icra sonunda tahmin dışı ihlallere uğratılma-

ması esastır.” (AYM, E.1992/13, K.1992/50, 21/10/1992).

Esasen bir kamu malı olan frekans, özel mülkiyete konu olamayacağından bunlara ilişkin kullanım haklarının da haczedilemez nitelikte olması doğal bir sonuçtur. Nitekim, yargının da elektronik haberleşme hizmet sunumu için kaynakların kullanım hakkının verilmesiyle işletmecilerin bu kaynaklar üzerinde özel mülkiyet hakkının bulunmadığı (AYM, E.2008/115, K.2011/86, 2.6.2011; Işıklar, 2023, s.749) ve bunlara ilişkin yapılacak ücretlendirmeler yönünden işletmecilerin kazanılmış hak iddiasında bulunamayacakları yönünde kararlar verdiği görülmektedir (Danıştay 13. D., E.2005/6622, K.2005/6264, 30.12.2005). Yasa koyucu anılan hükümle, kaynaklara ilişkin kullanım haklarının ekonomik değerleri olduğundan bahisle, hacze konu olabileceği yönündeki tereddütleri ortadan kaldırmış ve kamu malı niteliğindeki frekansların tahsisinin özel mülkiyet sonucunu doğurmayacağı gerçeğinden hareketle bunların haczedilemez olduğunu isabetli bir şekilde açıkça düzenlemiştir.

Öte yandan, 5809 sayılı Kanun kapsamında yapılan değerlendirmeler sonucu alınan yargı kararlarında (Danıştay 13. D., E.2019/1485, K.2020/3038, 09.11.2020) yapılan; Devlete ait kaynakların özel hukuk kişilerine hizmet sunumu amacıyla kullandırıldığı değerlendirilmesi yerinde olmakla birlikte frekansların yalnızca hizmet sunumu için işletmecilere ayrılmış bir kaynak olduğunu düşünmek eksik olacaktır. Frekanslar, devletin çeşitli kurumlarınca uydu teknolojilerinden kablosuz erişim sistemlerine kadar birçok iletişim teknolojisi ihtiyaçları için kullanılan ve bu kapsamda Kurum tarafından ilgili kurumlara tahsisi yapılan önemli bir kaynaktır. Örneğin, 5809 sayılı Kanun’un “Frekans planlama, tahsis ve tescili” başlıklı 36’ncı maddesine göre frekans tahsislerinde Dışişleri Bakanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı ile Sahil Güvenlik Komutanlığı ihtiyaçları da dahil Türk Silahlı Kuvvetlerine, Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığına ve Emniyet Genel Müdürlüğüne öncelik tanınmaktadır. Öte yandan, kamu kurumlarına yapılan tahsislerde milli güvenliğin sağlanmasına öncelik verilmesinin nedeni, bu kaynağın kamu yararına en iyi şekilde kullandırılmak istenmesidir. Frekans kaynağının bir çok paydaş tarafından etkin ve verimli kullanımı ve bu paydaşlar arasındaki kullanımın, birbirlerinin haberleşmelerini olumsuz yönde etkilemeyecek (elektromanyetik girişim/enterferans yaşanmaması) şekilde düzenlenmesi için ise Kurum; milli frekans planlaması, tahsisi, uluslararası koordinasyon ile tescil işlemleri için yetkili kılınmıştır. Hemen burada tahsis kelimesinin, işletmecilere frekans kullanım hakkı verilmesini de kapsayan ama bundan daha geniş bir

anlamda, ilgili mevzuata göre frekans kullanmaya yetkili olanlara frekansın kullanılması için verilen izni ifade ettiğini belirtelim. Nitekim, “Tahsis” kelimesi için 5809 sayılı Kanun’da ayrıca bir tanım yer almamakla birlikte bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Spektrum Yönetimi Yönetmeliği’nin “Tanımlar” başlıklı 4’üncü maddesinin (1) bendinde “Frekans tahsisi (Assignment): Detay frekans planına uygun olarak Kurum tarafından bir telsiz istasyonuna frekans veya frekans kanalları, çıkış gücü, yayın süreleri de dâhil belirli şartlar altında kullanmak üzere izin verilmesi” şeklinde tanımlanmıştır.

Frekansların devletin yetki ve sorumluluğu altında olmasına bağlanan bir sonuç olarak, Kurum frekans planlamasındaki gereklilikler neticesinde tahsis edilen frekans kaynaklarında iptal dahil her türlü değişikliği yapabilmeye yetkili kılınmıştır. Hatta Kurumun bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceği de açıkça kanunda ifade edilmiştir. Fakat Kurum bu yetkisini, Devlet güvenlik ve istihbaratında zafiyet yaratmayacak şekilde kullanmakla yükümlü kılınmıştır. Frekansların, haberleşmedeki millî güvenlik ve kamu düzeni yönünden önemine istinaden Kuruma bu yetkinin verildiği görülmektedir. Söz konusu hükmü yorumlayan AYM de Kurumun kamu gücüne dayanan tek taraflı iradesiyle işlem yapması durumunda yükümlülük altına girmeyeceğine; bununla birlikte Kurumun bu şartlara uygun olarak işlem tesis edip etmediği hususunun idari yargı denetimine tabi olduğunu belirtmiştir. AYM, bu değerlendirmesinde öncelikle benzer düzenlemeyi “numara kaynağı” bakımından içeren 5809 sayılı Kanun’un “Ulusal numaralandırma planı” başlıklı 31’inci maddesinin “Kurum, numara tahsis ve kullanımını koşullara bağlayabilir, kamu düzeni ve millî güvenliğin gerektirdiği durumlar, numara kapasitesi ihtiyacı, üye olunan uluslararası kuruluşların düzenlemeleri veya taraf olunan uluslararası anlaşmalar doğrultusunda veya Kurum düzenlemelerine uygun olarak kullanılmadığı durumlarda tahsisli numaralarda değişiklik yapılabilir ve tahsisli numaralar geri alınabilir. Bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum herhangi bir yükümlülük altına girmez.” hükmü yönünden yapmış olup, frekans kaynağı bakımından da burada yaptığı yorumlara aynen atıfta bulunarak gerek numara gerekse de frekans kaynağı bakımından Kurumun değişiklik yapma yetkisi sonrasında herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceği yönündeki hükmü Anayasa’ya aykırı bulmamış ama hükmün nasıl anlaşılması gerektiğini yorumlayarak red kararı vermiştir (AYM, E.2008/115, K.2011/86, 02/06/2011). AYM’nin bu kararında, frekans kaynağının Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulundu-

ğu yönündeki saptamasıyla birlikte Devlete ait yetkileri daha önce bahsettiğimiz kararlarında olduğu gibi diğer kamu mallarına nazaran daha geniş yorumladığı sonucuna varabiliriz.

3.2. FREKANS KAYNAĞININ YENİ DÜZENLEMELERE DUYACAĞI İHTİYAÇ

5809 sayılı Kanun'un "Spektrum izleme ve denetimi" başlıklı 40'inci maddesinin "Kurum, spektrum planlaması, frekans tahsis ve tescili, ücretlendirilmesi dahil spektrum yönetimi ile frekansların etkin ve verimli kullanımı için gerektiğinde tahsis edilen frekansın geri alınması ve yeniden satışı dahil spektrum ticareti ile spektrumun izlenmesi ve denetiminin gerektirdiği düzenlemeleri yönetmelikle yapmaya yetkilidir." hükmünde spektrum ticaretinden bahsedilmekle birlikte, bu hususa ilişkin detaylı bir düzenleme yer almamakta; Kurum bu hususta ikincil düzenlemeleri yapmak bakımından yetkili kılınmaktadır.

Spektrum ticareti; kıt nitelikteki frekans kaynaklarının en verimli şekilde kullanılabilmesini sağlamak için, kaynağı kullanma yetkisine sahip olanların, kullanım haklarını birbirlerine, ihtiyaçlarına göre devretme esnekliğine sahip olmaları gerektiği fikrine dayanmaktadır. ITU, hazırladığı bir raporda, kullanım hakkı sahipliğinin el değiştirmesine ilaveten, bu kaynağın kiralama veya paylaşımı şeklindeki modellerle de el değiştirmesine imkan verilmesi olarak spektrum ticaretinin kapsamını belirlemektedir. Kaynağın kiralama veya paylaşımı şeklindeki modellerle paylaşımı, genellikle bir kullanım hakkı sahibinin spektrum kaynağının bir kısmını belirli bir süreliğine başka birine devretmesi şeklinde olmaktadır. Örneğin, bir çok bölgeyi kapsayan bir kullanım hakkı altında, belli bir bölgede geçici olarak yayın hakkının devredilmesi buna örnektir. Bu tür esnek düzenlemeler, özellikle kiracının ihtiyacının küçük ya da kısa süreli olduğu durumlar için yarar sağlamaktadır. Ayrıca kullanım hakkı sahipleri, o an için kullanmadıkları spektrum bölümlerini kiraya vererek gelir elde edebilirler. Böylece atıl durumdaki spektrum piyasaya kazandırılır ve kullanım hakkı sahipleri ellerindeki spektrumu daha verimli kullanmaya teşvik edilmiş olur. Ancak bu tür kiralama ya da paylaşım durumlarında, özellikle bir sorun çıkıp düzenleyici kurum devreye girmek zorunda kalırsa, tarafların hak ve sorumluluklarının açıkça belirlenmiş olması önemlidir (ITU, 2004).

Ülkemizde, 28.05.2009 tarihli ve 27241 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan

Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin "Kullanım hakkı sahibi işletmecilerin hak ve yükümlülükleri" başlıklı 20'nci maddesi-nin "Kullanım hakkı çerçevesinde hak ve yükümlülük devri" başlıklı alt bendin-de spektrum ticaretine ilişkin birtakım düzenlemeler yer almaktadır. Halihazırda mevzuatımızda spektrum ticaretinin, işletmecilerin sahip oldukları frekans kulla-nım haklarını birbirlerine kısmen veya tamamen devretmelerine olanak tanıyan bir husus olarak düzenlendiği görülmektedir. Buna göre, 5809 sayılı Kanun ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki fiziksel olmayan kaynakların özel kişilere, kamu hizmetini üçüncü kişilere sunmalarına yönelik olarak tahsis edilmesi idare hukuku bağlamında bir yenilik olmakla birlikte, devlet tarafından işletmecilere tahsis edilen (kullanım hakkı verilen) kaynakların yine işletmeciler tarafından birbirlerine bu kullanım haklarının devrinin sağlanması da önemli bir yenilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumun, kamu mallarının kiraya verilmesi-nin özel bir türünü oluşturduğunu söyleyebiliriz.

5809 sayılı Kanun'un gerekçesinde (TBMM, 2008) kaynak olarak gösterilen Avrupa Birliği mevzuatı da (2018/1972 sayılı Avrupa Elektronik Haberleşme Kanunu) spektrum ticaretini "kiralama" ile birlikte zikretmektedir (European Union, 2018, Önsöz paragraf 127). Spektrum ticareti olarak adlandırılan bu uy-gulamada, belirli bir hizmete ait kaynakların bir veya birkaç işletmecinin elinde toplanmaması ve böylece rekabet etkinliğinin sağlanması devletin gözetim ve denetim yetkileri bakımından önem arz etmektedir. Benzer şekilde 2018/1972 sayılı Avrupa Elektronik Haberleşme Kanunu (European Union, 2018, Önsöz paragraf 133), spektrum ticareti kapsamında kaynakların devrine bağlı olarak frekans kullanım haklarının belirli bir yerde kümelenmesinin engellenmesine ve böylece rekabetin korunmasına yönelik olarak tahsislerin geri alınması da dahil olmak üzere idarelerin yetkili kılınması gerektiğini belirtmektedir. Avrupa Bir-liği'nin bu yaklaşımının temelinde, ülkemizde olduğu gibi frekansın bir kamu malı olarak görülmesi yatmaktadır. Nitekim, 2018/1972 sayılı Avrupa Elektronik Haberleşme Kanunu frekansın piyasa değeri olan ve kıt bir kamu malı oldu-ğunu açıkça belirtmektedir (European Union, 2018, Önsöz paragraf 107 ve 127; md.45).

Öte yandan, Avrupa Birliği'nde özellikle gelişen mobil teknolojiler ile birlikte frekans kaynağına duyulacak ihtiyaçların artacağı ifade edilmekte ve frekansla-rın etkin kullanımı kapsamında işletmecilerin frekansları paylaşımlı kullanma-sına yönelik politikalar geliştirilmektedir. Örneğin, Avrupa düzeyinde spektrum

(frekans) yönetimi politikalarına yön vermek ve Avrupa Komisyonu'na tavsiyelerde bulunmakla görevli Radyo Spektrum Politika Grubu, 6G mobil teknolojileri ile hedeflenen duyuşal esaslı, gerçek zamanlı iletişim hizmetleri için mevcut spektrumun yeterli olmadığını, geniş banda ihtiyaç duyulduğunu ve özellikle kapasite ve kapasite-kapsama dengesi için orta ve yüksek frekansların erken planlanmasının zorunlu olduğunu belirtmektedir (European Commission Radio Spectrum Policy Group, 2025,s.16 vd.). Örneğin; Bir cerrahın başka bir kıtada bulunan bir hastayı uzaktan robotik kollarla ameliyat etmesi, elindeki baskı hissini anlık alabilmesi; bir işçinin tehlikeli bölgede (nükleer alan, uzay) bir robotu kontrol ederken robotun temas ettiği objelerin direncini, basıncını hissetmesi; veya bir piyano öğrencisinin, uzak bulunan hocasının bastığı piyano tuşlarını kendi piyanosunda hissederek öğrenmesi gibi hizmetler için çok büyük miktarda veri taşınması (yüksek çözünürlüklü 3D görseller, geri bildirim verileri vb.) ve gecikmelerin milisaniyenin altında olması gerekmektedir. Bu nedenle, 6G gibi ultra hızlı ve düşük gecikmeli teknolojiler, geniş spektrumlu sistemlere ihtiyaç duymaktadır. Bu noktada, frekansların işletmeciler arasında paylaşımlı ve esnek kullanımı için yeni modeller tartışılmakta ve böylece frekansların yeni teknolojilerin ihtiyaç duyduğu hız ve gönderim veri büyüklüğüne en uygun şekilde imkan sağlaması amaçlanmaktadır.

Bu çerçevede, gelişen teknolojiler ve frekansın kıt bir kaynak olması göz önüne alındığında, devletin hüküm ve tasarrufu altında kendine özgü bir kamu malı olduğu tespitinde bulunduğumuz frekanslar bakımından özellikle kamu mallarının kiraya verilmesine bağlı ilke ve kurallar ile devletin bu husustaki denetim ve gözetim yetkisine ilişkin hususların gelecekte daha fazla gündeme geleceğini öngörmek mümkündür.

SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

5809 sayılı Kanun'un isabetli olarak frekansların "Devletin yetki ve sorumluluğu altında" olduğunu belirtmesi ve AYM'nin bu ifadeyi, anayasal düzeyde yorumlayarak Anayasa'nın 168'inci maddesinde yer alan "Devletin hüküm ve tasarrufu altında" ile eş değer belirlemiş olması doktrin ve yargı kararları çerçevesinde yapılan tahlil sonucunda, frekans kaynağının yasa koyucu tarafından kamu malı olarak nitelendirilmiş olduğunu ortaya koymaktadır. Bu durumda kamu malları için yargı kararları ve doktrinde kabul edildiği üzere frekansların düzenlenmesinde de, kamu hukukuna özgü ilke ve kuralların geçerli olması beklenmektedir.

5809 sayılı Kanun'da frekans kaynağının kamu malı niteliği gözetilerek, kaynağın etkin ve verimli kullanımı için devlete bir takım üstün yetkiler tanındığı veya kaynakların toplumun ihtiyaç duyan her kesimi için kullanılmasına imkan sağlayacak şekilde kapsayıcı nitelikte düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Bununla birlikte, özellikle gelişen mobil teknolojiler ile birlikte frekans kaynağının ülkemizde yakın gelecekte daha yoğun kullanılacak olması göz önüne alındığında, frekans kaynağının etkin ve verimli kullanımına yönelik yeni düzenlemelerin yürürlüğe konulması mümkün görünmektedir. Ülkemizde, gelişen teknolojilerin zorunlu kılacağı ihtiyaç ile birlikte ileride gerçekleşmesi muhtemel bu düzenlemelerde, frekansın bir kamu malı olduğu gerçeğinden hareketle hukuksal çerçevenin belirlenmesi ve başta işletmeciler arasında etkin rekabetin tesisi olmak üzere, kamu yararının en üst düzeyde sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

Akyılmaz, B., Sezginer, M., Kaya, C. (2017), Türk idare hukuku. Seçkin Yayıncılık.

AYM, E.1966/19, K.1968/25, 19/06/1968 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

AYM, E.1990/23, K.1991/29, 18/09/1991 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

AYM, E.1992/13, K.1992/50, 21.10.1992 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

AYM, E.1994/49, K.1994/45, 07/07/1994 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

AYM, E.1996/66, K.1997/7, 31.1.1997 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

AYM, E.2004/85, K.2009/69, 02/06/2009 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

AYM, E.2008/115, K.2011/86, 02/06/2011 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

AYM, E.2009/31, K.2011/77, 12.5.2011 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

yasa.gov.tr/

AYM, E.2016/49, K.2016/200, 28/12/2016 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

AYM, E.2016/192, K.2017/160, 29.11.2017 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

AYM, E.2019/35, K.2019/53, 26/06/2019 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

AYM, E.2020/42, K.2023/99, 18/5/2023 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

AYM, (2021), Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Gerekçeli, Anayasa Mahkemesi Yayınları https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf

Bilgen, P. (1995). İdare hukuku ders notları idare malları. İ.Ü.S.B.F. yayınları no. 19

Bilgen, P. (1994). Türk hukukunda idarenin taşınmaz malları (bir deneme). İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi(9). 23-38

Danıştay 13. D., E.2005/6622, K.2005/6264, 30.12.2005 <https://corpus.com.tr/>

Danıştay 13. D., E.2019/1485, K.2020/3038, 09.11.2020 <https://corpus.com.tr/>

Duran, L. (1984). Kamusal malların ölçütü. İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi. 5(1-3), 35-48.

Düren, A. (1975). İdare malları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

European Commission Radio Spectrum Policy Group, (2025), 6G strategic vision, RSPG Report, radio-spectrum-policy-group.ec.europa.eu/document/download/89457260-ab6b-495a-9a10-437711cbe831_en?filename=RSPG25-006final-RSPG_Report_on_6G_strategic_vision.pdf

European Union. (2018). Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code. Official Journal of the European Union. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2018/1972/oj/eng>

Gözler, K. (2009). İdare hukuku, C.2, Ekin Kitabevi.

Gözübüyük Ş.ve Tan, T. (2008), İdare hukuku, C.1, Genel esaslar, Turhan Kitabevi

Gülan A. (1995), Kamu mallarından yararlanma usullerinin tâbi olduğu hukuki rejim, (Doktora tezi, İstanbul Üniversitesi). nek.istanbul.edu.tr/ekos/TEZ/25871.pdf

International Telecommunication Union. (2014). Recommendation ITU-R TF.686-3: Glossary of terms and definitions. https://www.itu.int/dms_pubrec/itu-r/rec/tf/R-REC-TF.686-3-201312-I!!PDF-E.pdf

International Telecommunication Union.(2004). Technology-focused and Market-based Reforms in Spectrum Management. https://www.itu.int/ITU-D/treg/Events/Seminars/GSR/GSR04/documents/Technology-Market_ELie.pdf

İşıklar, C. (2023). İdare ile kamu malları arasındaki hukuki ilişki bağlamında devletin hüküm ve tasarrufu altında olma. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 31(2), 703–753.

Onar, S.S. (1966), İdare hukukunun umumi esasları, İsmail Akgün Matbaası

TBMM, (2008), Elektronik Haberleşme Kanunu Tasarısı ile Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Tezkeresi ve Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Raporları, Esas Komisyon Raporu, Sıra sayısı:255 <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D23/Y2/T1/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/75cf9317-9958-4ea2-b9c7-625e1adb7ee0.pdf>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2022/751, K.2023/1094, 15.11.2023 <https://corpus.com.tr/>

Yayla, Y. (1988). Kamu malı üzerinde irtifak tesisi. İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 9(1-3), 357-364.