



T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

DOKTORA
TEZİ

ELEKTRİK PİYASASINDA DAĞITIM FAALİYETİNE
İLİŞKİN LİSANSLAMA REJİMİ VE DENETİMİ

HACI YUSUF ÇINAR

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İDARE HUKUKU BİLİM DALI

NİSAN 2018



**ELEKTRİK PİYASASINDA DAĞITIM FAALİYETİNE İLİŞKİN
LİSANSLAMA REJİMİ VE DENETİMİ**

Hacı Yusuf ÇINAR

**DOKTORA TEZİ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İDARE HUKUKU BİLİM DALI**

**GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

Nisan 2018

Hacı Yusuf ÇINAR tarafından hazırlanan "Elektrik Piyasasında Dağıtım Faaliyetine İlişkin Lisanslama Rejimi ve Denetimi" adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından ~~OY BİRLİĞİ~~ / OY ÇOKLUĞU ile Gazi Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalında DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman-Başkan: Prof. Dr. E. Ethem ATAY
Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Gazi Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



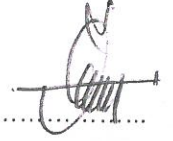
Üye : Prof. Dr. İlyas DOĞAN
Kamu Hukuk Anabilim Dalı, Gazi Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



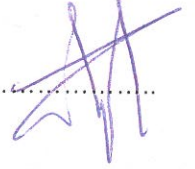
Üye : Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Gazi Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Üye : Prof. Dr. Ali AKYILDIZ
Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Başkent Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Üye : Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kırıkkale Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Tez Savunma Tarihi: 16/04/2018

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Doktora Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.



Prof. Dr. Hilmi ÜNSAL
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ETİK BEYAN

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasında; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmasında yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Hacı Yusuf ÇINAR
16.04.2018

ELEKTRİK PİYASASINDA DAĞITIM FAALİYETİNE İLİŞKİN LİSANSLAMA REJİMİ VE DENETİMİ

(Doktora Tezi)

Hacı Yusuf ÇINAR

GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Nisan 2018

ÖZET

Elektrik sektöründeki özelleştirme uygulamaları neticesinde bugün itibarıyla 21 özel elektrik dağıtım şirketi elektrik dağıtım faaliyetini yürütmektedir. Söz konusu şirketler, işletme hakkı devri sözleşmesi ve elektrik dağıtım lisansına dayalı olarak kamu hizmeti niteliğini haiz dağıtım faaliyetini görmektedir. Bu çalışmada, genel olarak elektrik piyasasında verilen lisansların ve özel olarak da dağıtım lisansının, doktrindeki ve yargı kararlarındaki hakim görüşün aksine, kamu hizmeti gördürme usulü olmadığı savunulmaktadır. 4628 ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunları ile elektriğin; üretim, iletim, dağıtım, toptan satış ve perakende satışı faaliyetlerinin ayrıştığı bir piyasada nihai tüketiciye ucuz, sürekli ve kaliteli sunulması hedeflenmektedir. Lisans, bu piyasada faaliyet gösterilebilmesi için alınması gerekli bir izin niteliğindedir. Dağıtım lisansına konu faaliyetin dağıtım şirketi tarafından yürütülmesine ilişkin irade lisans dışında ve lisans öncesinde işletme hakkı devri sözleşmesiyle birlikte oluşmakta, lisans; faaliyetin düzenlenmesi, izlenmesi ve denetlenmesine ilişkin kamusal müdahalelerin bir aracı olmaktadır. Diğer taraftan, kanaatimizce, geline nokta, dağıtım şirketlerinin mevzuata uygun hareket edip etmediklerinin denetimi ve kabahat niteliğindeki ihlallerin idari yaptırımlara tabi tutulması, elektrik piyasasındaki regülasyon faaliyetinin en önemli boyutunu oluşturmaktadır. Bu doğrultuda, nihai yaptırım kararının EPDK tarafından verilmesi ve idarenin kanuniliği ilkesine riayet edilmesi şartıyla dağıtım şirketlerinin denetimi hususunda özel sektörden faydalanılmasının Anayasaya aykırı olmadığı savunulmaktadır. Denetim süreçlerinin sağlıklı bir şekilde kurgulanması halinde özel sektörden faydalanılması hususundaki çekincelerin de giderilebileceği düşünülmektedir. Bu minvalde, ETKB'nin denetim mevzuatının ve EPK'nın idari yaptırımlara ilişkin 16 ncı maddesinin tadil edilmesinin uygun olduğu değerlendirilmektedir.

Bilim Kodu : 501
Anahtar : Dağıtım lisansı, kamu hizmeti, regülasyon, işletme hakkı
Kelimeler : devri, denetim, idari yaptırım
Sayfa Adedi : 253
Tez Danışmanı : Prof. Dr. E. Ethem ATAY

LE RÉGIME DE L'OCTROI DE LICENCE ET LE CONTROL RELATIF AUX ACTIVITÉS DE DISTRIBUTION DANS LE MARCHÉ DE L'ÉLECTRICITÉ

(Thèse de Doctorat)

Hacı Yusuf ÇINAR

UNIVERSITÉ GAZI
INSTITUT DES SCIENCES SOCIALES

Avril 2018

RÉSUMÉ

À la suite des pratiques de privatisation dans le secteur de l'électricité, 21 sociétés privées de distribution d'électricité gèrent des activités de distribution, qui ont une qualité de service public, avec une basée sur le contrat de transfert du droit d'exploitation et la licence de distribution d'électricité à ce jour. Il est soutenu, contrairement à l'opinion dominante dans la doctrine et les décisions judiciaires rendu, dans cette étude que les licences, en particulier la licence de distribution, accordées sur le marché de l'électricité ne sont pas l'une des modes de gestion des services publics. Les lois du marché de l'électricité Nr. 4628 et 6446 visent à assurer la prestation de l'électricité aux consommateurs d'une manière continue, de bonne qualité, avec des couts bas, dans un marché où les activités de production, de transport, de distribution, de vente en gros et de vente au détail sont séparées. La licence est une autorisation requise pour opérer sur ce marché. La volonté et le droit d'exercer l'activité soumise à la licence de distribution par la société de distribution se produit en dehors de la licence et devant la licence avec le contrat de transfert du droit d'exploitation. La licence est un instrument d'intervention publique pour la régulation de l'activité soumise à la licence. D'un autre côté, selon nous, le control des sociétés de distribution et la soumission desdites entreprises aux sanctions administratives pour leurs contraventions constituent la dimension la plus importante de l'activité de régulation du marché de l'électricité. À cet égard, il est fait valoir que l'utilisation du secteur privé dans le controle des sociétés de distribution n'est pas contraire à la Constitution à condition que la décision de sanction finale soit donnée par IRME et le principe de légalité soit respecté. On pense que si les processus de controle sont structurés de manière saine, les inconvénients de bénéficier du secteur privé peuvent être éliminés. Dans ce cas, il est jugé approprié de modifier le règlement du MENR et le 16ème article de l'LME sur les sanctions administratives.

Code de science : 501

Mots clés : licence de distribution, service public, regulation, transfert du droit d'exploitation, controle, sanction administrative

Nombre de Page : 253

Sous la direction de : Prof. E. Ethem ATAY

TEŞEKKÜR

Bu tez, kuru bir teşekkürden fazlasını hak eden birçok değerli insanın katkılarıyla hayatımın zor bir döneminde hazırlanmıştır. Verilen desteğin niteliği ve niceliğine bakıldığında ortaya çıkan eser beklentileri tam anlamıyla karşılamamaktadır. Ancak, ileride yapılacağı düşünülen daha kaliteli çalışmalar için kapı aralayan bir tez olduğu ümit edilmektedir.

Tezin hazırlanmasında, sabrı ve yol göstericiliğiyle başta saygıdeğer danışman Hocam Prof. Dr. E. Ethem ATAY'a; eleştiriyile tezin olgunlaşmasına katkıda bulunan jürinin değerli üyelerine; gerek yüksek lisans ve doktora derslerindeki akademik bilgi ve tecrübe aktarımındaki özverisi, gerekse ders saatleri dışındaki insancıl yaklaşımıyla Prof. Dr. İlyas DOĞAN'a teşekkür ederim.

Doktora eğitimi sırasında kendisini tanıma imkanı bulduğum ve ileride çok değerli çalışmalara imza atacağını düşündüğüm Dr. M. Balkan DEMİRDAL'a verdiği desteklerden ötürü teşekkür borçluyum.

Kaynaklara ulaşmamdaki katkılarıyla BULUT ailesine her zaman borçlu kalacağım.

Maddi ve manevi destekleriyle her daim yanımda olan kıymetli Anneme ve Babama sevgi ve saygılarımı sunarım.

Elektrik piyasasının genel işleyişi ve tez konusuyla ilgili düşünce ve önerileriyle tezin esasına, yazım klavuzuna uygun hale getirme yönündeki yardımlarıyla da tezin şekline ilişkin katkıları bir yana verdiği maddi ve manevi desteği hiç unutmayacağım değerli dostum İbrahim Etem ERTEN'e minnetarım.

Doktora eğitimimin her aşamasında daima sevgi ve sabırla destek olan Sevgili Eşime teşekkür için bir paragraf kâfi değildir. Birçok kez bırakma noktasına geldiğim lisansüstü eğitimimi devam ettirmemi cesaret ve fedakârlığıyla kendisine borçluyum. Bu çalışma, yüreğindeki yanını da görmek ayrıcalığı ile yazılmıştır.

Sevgili kızlarıma ayıramadığım vakit ve dolayısıyla gösteremediğim ilgi, teze ilişkin hatırlamak istemeyeceğim bir husus olmakla birlikte bu çalışmanın küçük emektarları olarak fedakârlıklarının büyüklüğü izahtan varestedir. Bu tez, zor zamanlarımda sevgi dolu iki küçük kalbin alamadan verdiği sıcaklık ve sevgiyle yazılmıştır.

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ÖZET.....	v
RÉSUMÉ	vi
TEŞEKKÜR.....	vii
İÇİNDEKİLER.....	viii
ŞEKİLLERİN LİSTESİ	x
KISALTMALAR.....	xi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ELEKTRİK DAĞITIM FAALİYETİNE İLİŞKİN LİSANSLAMA REJİMİ VE
DAĞITIM LİSANSININ HUKUKİ NİTELİĞİ

1.1. Elektrik Piyasasının Genel Yapısı ve Lisansa Tabi Faaliyet Türleri	5
1.2. Dağıtım Faaliyetinin Özellikleri ve Kamu Hizmeti Niteliği	10
1.2.1. Tekel Niteliğinde Görülme	10
1.2.2. Yoğun Regülasyona Tabi Olma	13
1.2.3. Nesnellik ve Eşitlik İlkeleri Çerçevesinde Sürekli, Düzenli ve Kaliteli Görülme Zorunluluğu	22
1.2.4. Yürüten Kişinin Ayrıcalıklarının Olması	28
1.2.5. Kamu Hizmeti Niteliği	32
1.3. Dağıtım Faaliyetine İlişkin Serbestleşme ve Özelleştirme	46
1.3.1. 4628 Sayılı Kanun Öncesi Dönemde Serbestleşme ve Özelleştirme	48
1.3.2. 4628 Sayılı Kanun Sonrası Dönemde Serbestleşme ve Özelleştirme ...	55
1.4. Dağıtım Faaliyetine İlişkin Lisanslama Rejimi	61
1.4.1. Lisanslama Süreci	61
1.4.2. Dağıtım Lisansı Verilmesine Esas Şartlar	64
1.4.2.1. Genel şartlar	65
1.4.2.2. Dağıtım lisansına özgü şart: İşletme hakkının tevsiki	66
1.4.2.2.1. İşletme hakkı devri sözleşmesinin hukuki niteliği	67
1.5. Dağıtım Lisansının Hukuki Mahiyeti	92
1.5.1. EPDK'nın Ekonomik Kolluk Makamı Hüviyeti	92
1.5.2. Lisansın Niteliğiyle İlgili Doktrindeki Görüşler	99
1.5.3. Değerlendirme	106

İKİNCİ BÖLÜM

DAĞITIM FAALİYETİNİN DENETİMİ

2.1. Denetimin Tanımı ve Türleri	112
2.2. Denetim Faaliyetinin Hukuki Niteliği	114
2.3. Denetim Faaliyetinin Özel Hukuk Kişilerine Gördürülebilmesi	117
2.3.1. Doktrindeki Görüşler	117
2.3.2. AYM Kararları	125
2.3.3. Değerlendirme	132

2.4. Elektrik Dağıtım Faaliyetini Denetleme Yetkisinin	
Özel Hukuk Kişilerine Devri	135
2.4.1. Konuya İlişkin AYM Kararları	135
2.4.1.1. AYM'nin 05.07.2012 tarihli kararı	135
2.4.1.2. AYM'nin 27.09.2012 tarihli kararı	138
2.4.1.3. AYM'nin 27.12.2012 tarihli kararı	141
2.4.1.4. AYM'nin 22.05.2014 tarihli kararı	145
2.4.2. Değerlendirme	148
2.5. İdari İşlemin Unsurları Açısından Elektrik Piyasasında	
Dağıtım Faaliyetinin Denetimi	153
2.5.1. Yetki	154
2.5.1.1. Denetim Konusunda Yetkili Makam	154
2.5.1.2. ETKB'nin denetime ilişkin mevzuatının değerlendirilmesi	166
2.5.2. Konu	171
2.5.3. Şekil	173
2.5.4. Sebep	174
2.5.5. Amaç	175

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DAĞITIM ŞİRKETLERİ HAKKINDA

EPK'DA YER ALAN İDARİ YAPTIRIMLAR

3.1. İdari Yaptırım Kavramı ve Özellikleri	177
3.2. İdari Yaptırım Türleri	181
3.3. EPK Kapsamında Dağıtım Şirketleriyle İlgili	
İdari Yaptırımlar ve Kabahatler	183
3.3.1. İdari Para Yaptırımı	185
3.3.1.1. İdari para yaptırımına neden olan kabahatler	187
3.3.1.1.1. Bilgi ve yerinde inceleme imkânının verilmemesi	187
3.3.1.1.2. Elektrik piyasasına ilişkin ilgili mevzuata aykırılık	189
3.3.1.1.3. Lisans verilmesine esas şartların yokluğu	193
3.3.1.1.4. İştirak ilişkisi yasağına aykırılık	195
3.3.1.1.5. Lisans kapsamı dışında faaliyet gösterme	196
3.3.1.1.6. Genel aydınlatma kapsamında yanmayan, yerinde	
olmayan armatür ve/veya direklere ilişkin eksikliklerin	
giderilmemesi	198
3.3.2. Lisans İptali	198
3.3.2.1. Lisans iptaline neden olan kabahatler	199
3.3.2.1.1. Lisans verilmesine esas şartların yokluğu	199
3.3.2.1.2. Kanuna karşı hile veya gerçek dışı beyandabulunulması	199
3.3.2.1.3. Lisans sahibinin gayrisafi gelirin yüzde onuna	
ulaşan idari para yaptırımı uygulanması	200
3.3.3. Yönetim Kuruluna Üye Atama ile Diğer Mali Yaptırımlar	
ve Bunlara İlişkin Kabahatler	201
3.3.4. Yasaklılık	203
SONUÇ VE ÖNERİLER	207
KAYNAKLAR	211
EKLER	233
ÖZGEÇMİŞ	253

ŞEKİLLERİN LİSTESİ

Şekil	Sayfa
Şekil 1.1. Elektrik piyasasının işleyişi.....	7
Şekil 1.2. Elektriğin tüketicilere ulaştırılması.....	9



KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar

Açıklamalar

a.g.e.	Adı geçen eser
AJDA	Actualité Juridique de Droit Administratif
a.g.m.	Adı geçen makale
AMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜEHFD	Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
BİO	Bağımsız İdari Otorite
BTHAE	Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	Cilt
EDF	Electricité de France
DPT	Devlet Planlama Teşkilatı
EPDK	Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
EPK	6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu
ETKB	Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı
İHD	İşletme Hakkı Devri
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
OSB	Organize Sanayi Bölgesi
RFDA	Revue Française du Droit Administratif
RG	Resmi Gazete
RKHK	4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	sayı
SPK	6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
TAPDK	Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu
TEAŞ	Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi
TEDAŞ	Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi
TEİAŞ	Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi
TEK	Türkiye Elektrik Kurumu
vd	Ve devamı

GİRİŞ

Dünyada ve Türkiye’de serbestleşme ve özelleştirme hareketlerinin yoğun şekilde yaşandığı alanlardan biri elektrik enerjisi sektörüdür. Uzun yıllar boyunca dikey bütünleşik bir yapıda kamu tarafından görülen faaliyetlerin özel hukuk kişileri eliyle görülmesi için Anayasa değişikliklerine kadar uzanan sancılı süreçler yaşanmıştır.

Özellikle 2001 yılında yayımlanan 4628 sayılı –yayımlandığı tarihteki adıyla- Elektrik Piyasası Kanunu’ndan sonra bugün itibariyle gelinen noktada, sadece iletim faaliyetinin kamunun tekelinde kaldığı, üretim, dağıtım, toptan satış ve perakende satış faaliyetlerinin ise özel hukuk tüzel kişileri tarafından da yürütüldüğü görülmektedir. Öyle ki, özelleştirmelerin tamamlanmasıyla birlikte dağıtım faaliyeti tamamen özel hukuk kişileri tarafından yürütülür hale gelmiştir.

Ülkemizde elektriğin, bir piyasa yapısı içerisinde tüketicilere sunulması, tüketicilerin zaten alışık olmadıkları bir durum olmakla birlikte aslında piyasayı yasal ve/veya ikincil mevzuat kapsamında şekillendirenlerin de yabancıları oldukları bir husustur. Ancak bu “yabancılığın” bir an önce giderilmesi gerekmektedir. Zira, elektriğin tüketicilere sürekli, ucuz ve kaliteli bir şekilde ulaştırılması için işleyen ya da işlemesi istenilen bir piyasa vardır.

Bu Tez, anılan yabancılığı, dağıtım faaliyetine odaklanarak gidermeye katkıda bulunmayı hedeflemektedir. Bu amaca ulaşmak için de dağıtım faaliyetinin niteliği, regülasyon, lisans, işletme hakkı devri sözleşmesi ve denetim faaliyetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi kavram ve hususlarına, mümkün olduğunca Fransız Hukukuna da yer verilmek suretiyle, değinilmeye çalışılmıştır.

Bu çerçevede Tezin birinci bölümünde dağıtım faaliyetinin, mevzuat kapsamında nasıl bir çerçevede yürütülmesinin öngörüldüğüne ve dağıtım faaliyetinin kamu hizmeti niteliğine değinilmiş, bu yapılırken de regülasyon hususuna kapı aralanmıştır.

Daha sonra, elektrik sektöründe mihenk taşı olan 4628 sayılı Kanun'dan önceki ve sonraki özelleştirme uygulamalarına ve yasal düzenlemelere değinilerek dağıtım sektörüne ilişkin özelleştirmeler kapsamında imzalanan işletme hakkı devri sözleşmelerine giriş yapılmıştır.

Anılan sözleşmelerin hukuki niteliğini tespit edebilmek için idari sözleşme kavramı irdelenerek idari sözleşme keyfiyetini haiz olup olmadıkları sorgulanmıştır. Yapılan değerlendirmede işletme hakkı devri sözleşmelerinin idari sözleşme vasfına sahip oldukları neticesine varılmıştır.

İşletme hakkı devri sözleşmeleriyle ilgili değerlendirmelerin hemen sonrasında, dağıtım faaliyetinin lisansa dayalı olarak yürütülmesi zorunluluğu nedeniyle, dağıtım lisansı verilmesine ilişkin sürece kısaca değinilmiştir. Akabinde, dağıtım lisansının –doktrinde yaygın görüş olan- kamu hizmeti gördürme usulü olup olmadığı hakkında değerlendirmelerde bulunulmuş ve yaygın görüşün aksine bir sonuca ulaşılmıştır.

Tezin ikinci bölümünde ise öncelikle, denetim faaliyetinin kamu hizmeti-kolluk çerçevesinde niteliği ile özel hukuk kişilerine gördürölüp gördürülemeyeceği hususu, özellikle Anayasa Mahkemesi kararlarıyla birlikte incelenmiştir. Bu kapsamda, kolluk faaliyetinin niteliği ve özellikleri üzerinde ayrıca durulmuştur.

Daha sonra, elektrik piyasasında dağıtım faaliyetinin özel hukuk kişilerine gördürülebilmesine ışık tutan AYM kararları ayrıntılarıyla ortaya konmuş ve tahlil edilmeye çalışılmıştır. Tahlilden çıkarılan tespitler ile konuya ilişkin doktrin görüşleri birlikte değerlendirilerek 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun özel hukuk kişilerinden hizmet alımına izin veren 15 inci maddesinin, yasama yetkisinin devredilmezliği ve belirlilik ilkeleri bakımından hukuka uygunluğu irdelenmiştir.

İkinci bölümde son olarak, dağıtım faaliyetinin denetimi hususunda ikincil mevzuat hükümlerinden bahsedilerek anılan mevzuatların hukuka aykırı olduğu düşünülen kısımlarına gerekçeleriyle birlikte değinilmiştir. Bu kısımda maalesef yargı kararlarına yer verilememiştir. Zira, gerek yasal ve ikincil mevzuatın yeni olması, gerekse denetim raporlarının oluşturulması ve karara bağlanmasındaki

gecikmeler yargıya intikal eden uyuşmazlıkların çok az olmasına neden olmuş, intikal edenlerde ise kesinleşen mahkeme kararına ulaşamamıştır. Bu nedenle daha çok teorik bir inceleme yapılmak durumunda kalınmıştır.

Tezin üçüncü ve son bölümünde ise doktrinde yeterince irdelenmediğini ve başlı başına ayrı bir çalışma konusu olması gerektiğini düşündüğümüz dağıtım şirketleri hakkındaki idari yaptırımlar ve kabahatler genel hatlarıyla incelenmiştir. Yukarıdaki paragrafta da belirtildiği üzere, yargı kararlarının son derece yetersiz olması bölümle ilgili daha nitelikli bir çalışma yapılmasına engel olmakla birlikte 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 16 ncı maddesinin bu haliyle yetersiz olduğu ve mutlaka tadil edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

ELEKTRİK DAĞITIM FAALİYETİNE İLİŞKİN LİSANSLAMA REJİMİ VE DAĞITIM LİSANSININ HUKUKİ NİTELİĞİ

1.1. Elektrik Piyasasının Genel Yapısı ve Lisansa Tabi Faaliyet Türleri

2001 yılında yayımlanan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'yla¹ elektriğin²; üretimi, iletimi, dağıtımı, piyasa işletimi, toptan satışı, perakende satışı, ithalat ve ihracatı faaliyetlerinden müteşekkil ve lisans sahibi tüzel kişilerin oyuncusu olduğu bir piyasanın oluşturulması ile bu piyasada tüketiciye³ sunulması öngörülmüştür. Diğer bir deyişle, elektriğin üretiminden tüketiciye ulaştırılmasına kadar olan aşamaların her biri için faaliyet tanımlamaları ve bu faaliyetlerin adlarıyla anılan lisanslardan oluşan bir lisanslama rejimi öngörülmüştür.⁴ 2013 yılında yayımlanan

¹ 14.03.2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'yla 4628 sayılı Kanunun adı "Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun" şeklinde değiştirilmiştir. İnternet: <http://www.epdk.org.tr/TR/DokumanDetay/Elektrik/Mevzuat/Kanunlar/6446> adresinden 25.01.2017 tarihinde alınmıştır.

² Elektriğin, enerji türleri arasındaki müstesna yeri için bkz. Rumeli, A. (2010). Elektrik Enerjisi ve Türkiye, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, 311-312; ayrıca elektrik sektörü hakkında tarihi ve istatistiki bilgiler için bkz. Babalıoğlu, M. (2013). *Türkiye'de Elektrik Sektörüne Genel Bakış*, Ankara: Elektrik Üreticileri Derneği Yayınları.

³ 4628 sayılı Kanun ve EPK ile öngörülen piyasa yapısında tüketici, elektriği hangi amaçla (mesken, ticarethane, sanayi, tarımsal sulama, aydınlatma) olursa olsun kendi kullanımı için alan kişiyi ifade etmektedir. Tüketicilerin bir kısmına belli miktarda elektrik tükettikleri, iletim sistemine doğrudan bağlı oldukları ya da OSB tüzel kişiliğini haiz oldukları için elektriği istedikleri tedarikçiden alma hakkı tanınmıştır. Anılan tüketiciler serbest tüketici niteliğini haizdir. Bu grubun dışında kalan tüketiciler ise tedarikçisini seçme hakkına sahip olmayıp elektriği bulundukları dağıtım bölgesinde faaliyet gösteren görevli tedarik şirketinden almak zorundadır. Söz konusu tüketiciler de serbest olmayan tüketici sınıfını oluşturmaktadır.

⁴ Belirtilen rejimin istisnaları olduğunu ifade etmek gerekir. Örneğin üretim faaliyeti için lisans alma zorunluluğu bulunmakla birlikte 6446 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinde sayılan üretim faaliyetleri lisans alma ve şirket kurma yükümlülüğünden muaftır. Söz konusu maddenin birinci fıkrası " (1) Lisans alma ve şirket kurma yükümlülüğünden muaftır faaliyetler şunlardır:

a) İmdat grupları ve iletim ya da dağıtım sistemiyle bağlantı tesis etmeyen üretim tesisi
b) Kurulu gücü azami bir megavatlık yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisi
c) Belediyelerin katı atık tesisleri ile arıtma tesisi çamurlarının bertarafında kullanılmak üzere kurulan elektrik üretim tesisi
ç) Mikrokojenerasyon tesisleri ile Bakanlıkça belirlenecek verimlilik değerini sağlayan kojenerasyon tesislerinden Kurulca belirlenecek olan kategoride olanları
d) Ürettiği enerjinin tamamını iletim veya dağıtım sistemine vermeden kullanan, üretimi ve tüketimi aynı ölçüm noktasında olan, yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisi" hükmünü içermektedir.

Diğer taraftan, ihracat ve ithalat faaliyetleri için faaliyet adıyla anılan lisans bulunmamaktadır. Söz konusu faaliyetler tedarik lisansı kapsamında yürütülebilir.

6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu (EPK) ile de bazı değişikliklerle birlikte söz konusu piyasa yapısı ve rejim devam ettirilmiştir.

EPK'nın amacı; hangi saikle olursa olsun elektrik kullanan tüm tüketicilerin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu elektrik tüketmelerini sağlamaktır. Bu amaca ulaşmak için de rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren elektrik piyasasının oluşturulması hedeflenmiştir. Diğer bir deyişle, rekabet ortamında işleyen elektrik piyasası, nihai amaca ulaşmada araç konumundadır.

Piyasa, satıcı ve alıcılardan oluşan mübadele ağıdır.⁵ Elektrik piyasası ise; elektriğin üretim, iletim, dağıtım, piyasa işletimi, toptan satış, perakende satış, ithalat ve ihracatı faaliyetleri ile bu faaliyetlere ilişkin iş ve işlemlerden oluşmaktadır.⁶ 4628 sayılı Kanun ve devamında EPK'yla öngörülen piyasa yapısının temel hedeflerinden biri doğal tekellerin, daha önce birlikte yürüttükleri şebeke faaliyetleri ile rekabetçi yapıda sunulmaları öngörülen ticari faaliyetlerini ayrıştırarak farklı tüzel kişiler bünyesinde yürütölmelerini sağlamaktır.⁷ Zira, dikey ayrıştırmanın bir türü olarak belirtilen dağıtım ve perakende/toptan satış faaliyetlerinin ayrıştırılması, öngörülen rekabetçi piyasa yapısına ulaşmak için elzem addedilmektedir.⁸

Böylelikle de rekabetin mümkün olduğu alanlardaki fiyatın alıcı ve satıcıların rekabet koşulları altında olduğu bir yapıda (piyasada) belirlenmesi öngörölmüştür. Rekabetin mümkün olmadığı faaliyetler içinse kamu otoritesi (EPDK) tarafından fiyatın belirlenmesi yoluna gidilerek hukuki altyapı kurgulanmıştır. Nihayetinde rekabet yoluyla oluşacak faydanın tüketiciye yansıtılması hedeflenmiştir.

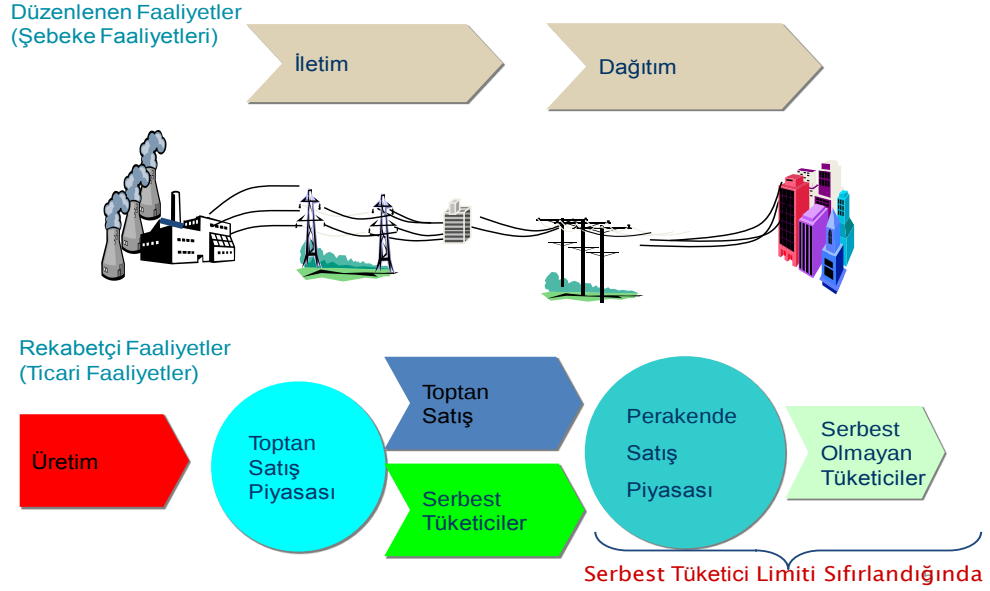
⁵ Dinler, Z. (2002). *İktisada Giriş* (8. Baskı), Bursa: Ekin Kitabevi, 71

⁶ Bkz. EPK m.3

⁷ Nitekim, altyapı özelleştirmelerinin aşamalarından biri olarak dikey entegre sektörlerin ayrıştırılması suretiyle rekabetin tesis edilmesi (rekabete açılacak olan kısımlarda) sayılmaktadır. Bkz. Emek, U. (2001). "İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine", Ulusoy, A. (Editör). *Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Ankara: Liberte Yayınları, 28-29.

⁸ Ayrıntılı bilgi için Şahin, S. Y. (2012). *Enerji Sektöründe Ayrıştırma*, Ankara: Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi Yayın No:296, 5 v.d.; Şahin, S. Y. (2012). "Enerji Sektöründe Ayrıştırma Ve Türkiye Elektrik Piyasası Bakımından Bir Değerlendirme", *Enerji Piyasa ve Düzenleme Dergisi*, 1-61; Yavuz, M. (2008). "Elektrik Piyasasında Piyasa Faaliyetleri, Ayrıştırma ve Çapraz Sübvansiyon Yasağı", *Ankara Barosu Dergisi*, (2008/4), 39-77.

Aşağıdaki şekil elektrik piyasasının işleyişini basit bir biçimde göstermektedir:



Şekil 1.1. Elektrik piyasasının işleyişi⁹

EPK;

- a) Üretim faaliyeti
- b) İletim faaliyeti
- c) Dağıtım faaliyeti
- ç) Toptan satış faaliyeti
- d) Perakende satış faaliyeti
- e) Piyasa işletim faaliyeti
- f) İthalat faaliyeti
- g) İhracat faaliyeti

şeklinde sıraladığı elektrik piyasası faaliyetlerinin yürütülebilmesi için lisans almanın şart olduğunu belirtmektedir.¹⁰

⁹ Erten, İ.E. (2010). "Elektrik Piyasası ve Organize Sanayi Bölgeleri", 4. OSB Enerji Zirvesi sunumu.

¹⁰ Bkz. EPK m.4/1 İnternet: <http://www.epdk.org.tr/TR/DokumanDetay/Elektrik/Mevzuat/Kanunlar/6446> adresinden 01.09.2016 tarihinde alınmıştır. Ayrıca 4628 sayılı Kanundan farklı olarak üretim faaliyeti için üretim lisansı almadan önce önlisans alınması zorunluluğu bulunduğunu belirtmek gerekmektedir. Lisans türleri

Üretim; rüzgar ve güneş gibi yenilenebilir enerji kaynakları ile petrol ve doğalgaz gibi geleneksel (yenilenebilir olmayan) enerji kaynaklarının, elektrik üretim tesislerinde elektrik enerjisine dönüştürülmesini ifade etmektedir.¹¹ EPK'nın öngördüğü piyasa yapısında kamu ve özel sektör üretim şirketleri ile OSB tüzel kişilikleri elektrik üretim faaliyetinde bulunabilirler. Üretim şirketlerinin, elektrik üretim faaliyetiyle birlikte tedarik şirketlerine, serbest tüketicilere ve özel direkt hat tesis ettiği kişilere elektrik enerjisi veya kapasitesi satışı yapma hakkına sahip olduklarını da belirtmek gerekmektedir.

Elektrik enerjisi depolanamadığından anlık olarak tüketilmesi gerekmektedir. Elektrik üretim tesisleri de genel olarak elektriğin tüketildiği kullanım yerlerinden uzak alanlarda kurulduğundan üretilen elektriğin hemen tüketim noktalarına ulaştırılması gerekmektedir. İşte, elektriğin, bir şebeke vasıtasıyla 36 kV gerilim seviyesi üzerinden tüketim bölgelerine nakledilmesi iletim, anılan bölgelerde 36 kV ve altındaki hatlar üzerinden tüketicilere ulaştırılması da dağıtım olarak adlandırılmaktadır. Diğer bir deyişle, üretilen elektrik, yüksek, orta ve alçak gerilim hatlarıyla iletilmekte ve dağıtılmaktadır.¹² Yüksek gerilimli elektriğin nakliyesi iletim iken orta ve alçak gerilimli elektriğin kullanım yerlerine ulaştırılması ise dağıtım kapsamındadır.¹³ EPK'nın öngördüğü piyasa yapısında dağıtım faaliyeti bölgesel bazda tekel konumunda olan 21 dağıtım şirketi tarafından yürütülmektedir. İletim faaliyeti ise kamu tüzel kişiliğini haiz TEİAŞ tarafından ülke çapında tekel olarak görülmektedir.

İletim ve dağıtım şebekesi vasıtasıyla kullanım yerlerine nakledilen elektriğin tüketicilere satışı perakende satıştır. Elektrik enerjisinin ve/veya kapasitesinin tekrar satış için satışı ise toptan satış olarak tanımlanmaktadır. Her iki faaliyet ayrı

bazında yapılabilecek faaliyetlere ilişkin olarak bkz. Alma, H. (2013). "Elektrik Piyasasında Lisanslar ve Faaliyetler: 6446 Sayılı Kanun Sonrası Durum", *Enerji Piyasası Bülteni*, (27-28), 5-8.

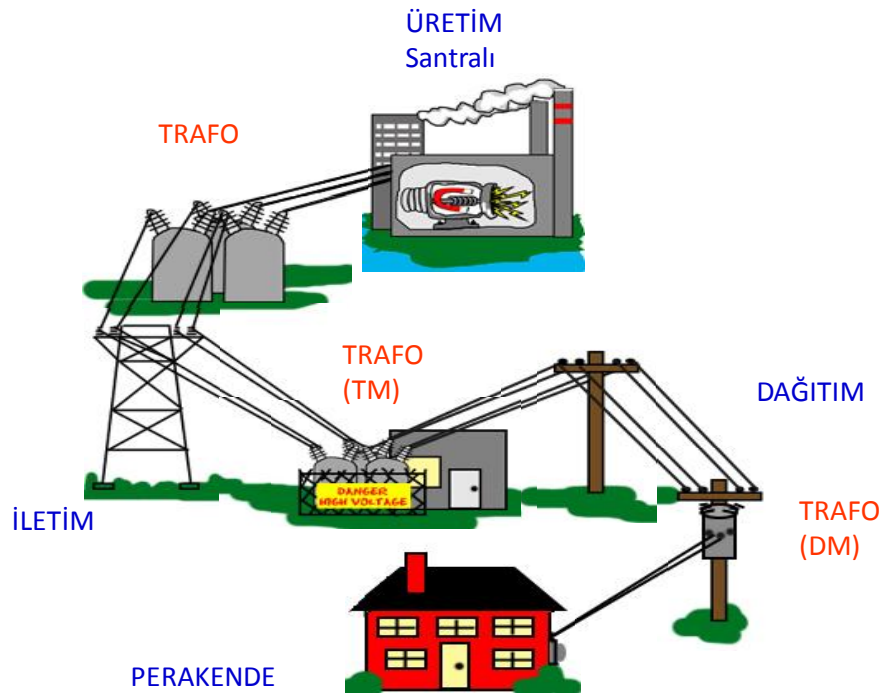
¹¹ Bkz. Turan, E. (2012). "Elektrik Enerjisi ve Jeneratörler", Demir, S. (Editör). *Elektrik Enerjisi Üretimi*, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını No:2506, 3-4

¹² Bkz. Uyaroğlu, Y. (2013). "Elektrik Enerjisi İletim ve Dağıtım Şebekeleri", Demir, S. (Editör). *Elektrik Enerjisi İletimi ve Dağıtımı*, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını No:2786, 34-35; ayrıca iletim ve dağıtım tanımları için bkz. EPK m.3

¹³ Akcollu, F.Y. (2003). *Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayın No:117, 6-7

ayrı elektriğin tedariki anlamına da gelmektedir.¹⁴ Elektrik, bugün itibariyle kamu tüzel kişiliğini haiz TETAŞ ile tedarik şirketleri tarafından tedarik edilmektedir.

Aşağıdaki şekilde elektriğin üretiminden nihai tüketiciye ulaştırılmasına kadar olan aşamalar, diğer bir deyişle de faaliyetler gösterilmektedir.



Şekil 1.2. Elektriğin tüketicilere ulaştırılması.¹⁵

Yukarıda belirtilen faaliyetler için alınması gerekli lisans türleri ise Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği¹⁶ (Lisans Yönetmeliği)'nde toplu halde sayılmıştır. Anılan Yönetmeliğin "Lisans türleri" başlıklı 8 inci maddesine göre faaliyet bazında EPDK'dan alınabilecek lisanslar aşağıdaki gibi sıralanmıştır:

a) Üretim lisansı

b) OSB üretim lisansı

¹⁴ Bkz. EPK m.3

¹⁵ Erten, "Elektrik Piyasası ve Organize Sanayi Bölgeleri", 4. OSB Enerji Zirvesi sunumu; İletim sisteminden bağlı tüketicilere şekilde yer verilmediğini belirtmek gerekir.

¹⁶ Bkz. RG Tarih - Sayı: 02.11.2013-28809.

- c) İletim lisansı
- ç) Piyasa işletim lisansı
- d) Dağıtım lisansı
- e) OSB dağıtım lisansı
- f) Tedarik lisansı

Tez konumuz açısından değerlendirme yapıldığında, dağıtım faaliyetinin de lisans almaksızın yürütülemeyecek bir faaliyet olduğu görülmektedir. Nitekim EPK'nın "dağıtım faaliyeti" başlıklı 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi "(1) *Dağıtım faaliyeti, lisansı kapsamında, dağıtım şirketi tarafından lisansında belirlenen bölgede yürütülür.*" hükmüyle lisans alınmadan yürütülemeyecek faaliyetlerin sıralandığı 4 üncü maddeyi teyit etmiştir.

Dağıtım lisansının hukuki mahiyeti hakkında değerlendirmede bulunabilmek ve niteliğini tespit edebilmek için öncelikle lisansa konu dağıtım faaliyetinin, EPK ve ikincil mevzuatta yer verilen özelliklerinden yola çıkılarak çerçevesini çizmek gereklidir.

1.2. Dağıtım Faaliyetinin Özellikleri ve Kamu Hizmeti Niteliği

1.2.1. Tekel Niteliğinde Görülme

Dağıtım faaliyeti elektrik piyasasında teknik açıdan ne anlama gelmektedir? Dağıtım "*Elektrik enerjisinin 36 kV ve altındaki hatlar üzerinden naklini*" ifade eder. Dağıtım sistemi "*Bir dağıtım şirketinin, lisansında belirlenmiş dağıtım bölgesinde işlettiği elektrik dağıtım tesisleri ve şebekesini*", dağıtım tesisi ise "*İletim tesislerinin ve dağıtım gerilim seviyesinden bağlı üretim ve tüketim tesislerine ait şalt sahalarının bittiği noktadan sonraki nihayet direğinden, alçak gerilim seviyesinden bağlı tüketicilerin yapı bina giriş noktalarına kadar, bina giriş ve sayaç arası hariç, elektrik dağıtım için teçhiz edilmiş tesis ve teçhizat ile dağıtım şirketince teçhiz edilen ya da devralınan sayaçları*" ifade eder.¹⁷

¹⁷ Paragraftaki tanımlar için bkz. EPK m.3 İnternet: <http://www.epdk.org.tr/TR/DokumanDetay/Elektrik/Mevzuat/Kanunlar/6446> adresinden 01.09.2016 tarihinde alınmıştır.

Diğer bir deyişle “dağıtım, alçak gerilimli elektriğin (tüketicilere) nakliyesidir. Alçak gerilimli elektrik taşıyan kablolardan oluşan yeni bir hattın çekilmesi hem fiziksel açıdan zordur, hem de yüksek yatırım maliyetleri barındırdığı için doğal tekel özellikleri taşımaktadır.”¹⁸ Dağıtım faaliyetiyle elektrik meskenlere, ticarethanelere, sanayicilere, aydınlatma noktalarına ve tarımsal sulama alanlarına ulaştırılmaktadır.

Doğal tekel; “bir endüstrideki ölçek ekonomilerinin sadece tek bir firmanın faaliyetini sürdürmesine olanak sağlayacak nitelikte olması halinde ortaya çıkan tekeldir.”¹⁹ Çağdaş görüş olarak adlandırılan diğer bir görüşe göre “ölçek ya da kapsam ekonomisi yerine, bir firmanın üretim maliyetlerinin birden fazla firmanın maliyetleri toplamından daha az olması”²⁰ halinde doğal tekel oluşur. Çok sayıda alıcı ve satıcının bulunduğu tam rekabet piyasalarının aksine doğal tekelin olduğu eksik rekabet piyasalarında tek satıcı bulunur.²¹ Özellikle sermaye yoğun, sabit maliyetleri yüksek elektrik, su ve doğal gaz gibi şebeke (ağ) endüstrilerinde²² doğal tekel haline rastlanır.²³ Nitekim, doğal tekelin özellikleri;

- Değişken talepli ve stoklanamıyor olması,
- Yerleşim rantı yaratan özelliği,
- Gereklilik veya toplum için zorunluluğu,
- Tüketiciyle doğrudan bağlantısının olması,
- Yüksek batık maliyetlere yol açması,

¹⁸ Akcollu, a.g.e., 7.

¹⁹ Özer, M. (2008). “Eksik Rekabet Piyasaları”, Şıklar, İ. (Editör). *İktisada Giriş* (6.Baskı), Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını No:1472, 192.

²⁰ Çakal, R. (1996). *Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon*, Ankara: DPT Yayın No: 2455, 17; “Ekonomi literatüründe genel kabul görmüş “doğal tekel” tanımı şöyledir: Doğal tekel, tek bir firmanın birden fazla firmanın var olduğu duruma kıyasla tüm piyasa talebini daha düşük bir maliyetle karşılayabildiği durumdur.” şeklindeki tanım için bkz. Erdoğan, E. (2006). *Türkiye Enerji Piyasası Reformları: Ekonomik Analiz*, EPDK Uzmanlık Tezi, Ankara, 4.

²¹ Özer, a.g.e., 190; Dinler, a.g.e., 195 v.d.

²² Atiyas bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: “Buna karşılık iletim ve dağıtım hizmetleri ise doğal tekel niteliklerini korumaya devam etmektedir, ölçek ekonomileri bu bölümlerde birden fazla şirketin barınmasını imkansız kılar, dolayısıyla bu faaliyetler ulusal veya bölgesel tekeller biçiminde örgütlenmeye devam edecektir” Atiyas, İ. (2006). *Elektrik Sektöründe Serbestleşme Ve Düzenleyici Reform*, İstanbul: TESEV Yayınları, 30; ayrıca bkz. Ardiyok, Ş. (2002). *Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli*, Ankara: Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:9, 34.

²³ Özkaya, A. (2012). *Elektrik Piyasasında Etkin Regülasyon ve Piyasa İzleme*, EPDK Uzmanlık Tezi, Ankara, 9.

şeklinde sayılmaktadır.²⁴ Ardıyok, doğal tekellerde yüksek sabit maliyetten bahsettikten sonra,

“doğal tekellerde hizmetler genellikle tüketiciye bir boru hattı, yol ya da teller vb. fiziki altyapılar aracılığıyla ulaştırıldığından, tüketicinin birden fazla hat üzerinden bu hizmeti alması tercih edilebilecek bir çözüm tarzı değildir. Bu sebeplerle, birden fazla hat veya şebekenin varlığını doğuracak yaklaşımlar kaynakların israfına sebep olur. Şebekenin dublikasyonundan doğan kaynak israfı ve aşırı maliyet artışlarından kaçınmak için bu hizmetler tek bir firma tarafından yani tekel olarak sağlanmaktadır.”²⁵

ifadelerine yer vermektedir.

Netice itibariyle, doktrinde de belirtildiği üzere, toplum için zorunlu nitelikte, tüketiciyle doğrudan bağlantısı olan, yüksek sabit maliyetlere yol açan, bölgesel ya da ulusal bazda sadece bir firma tarafından yürütülen elektrik dağıtım faaliyeti doğal tekel kabul edilmektedir.²⁶

Diğer taraftan, dağıtım faaliyetinin ülkemizde uzun bir dönem (2013 yılının başına kadar) perakende satış faaliyeti ile birlikte görüldüğünü, nitekim kamuoyunda ve özellikle tüketicilerde dağıtım şirketlerinin her iki faaliyeti beraber yürüttükleri yönünde yanlış bir bilgilenmenin ve/veya intibanın hala mevcut olduğunu belirtmek gerekmektedir. Oysa, 4628 sayılı Kanunun ilk halinde her iki faaliyetin dağıtım şirketleri bünyesinde yürütülmesi öngörülmele birlikte anılan Kanunda 2008 yılında yapılan değişiklikle²⁷ söz konusu faaliyetlerin farklı tüzel kişiler tarafından icra edilmesi hüküm altına alınmış ve aynı piyasa yapısı EPK’da

²⁴ Berg, S., Tschirhart, J. (1988), *Natural Monopoly Regulation*, Cambridge University Press, New York (Aktaran: Tarakçı, A. (2010). *Elektrik Dağıtım Faaliyetinde Tarife Düzenlemelerinin İncelenmesi*, EPDK Uzmanlık Tezi, Ankara, 4).

²⁵ Ardıyok, a.g.e, 34.

²⁶ Tarakçı, a.g.e., 3.

²⁷ 5784 sayılı Kanun değişikliği ile 4628 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (3) numaralı alt bendinin beşinci paragrafının sonuna koyu renkli cümle eklenmiş olup paragrafın nihali hali; “Dağıtım şirketleri, tanımlanan bu faaliyetler dışında piyasada başka bir faaliyette bulunamaz. (Ek cümle : 9/7/2008-5784/3 md.) **Dağıtım şirketleri, üretim ve perakende satış faaliyetlerini, 1/1/2013 tarihinden itibaren ancak ayrı tüzel kişilikler altında yürütürler.** (Ek cümle: 22/1/2013-6408/1 md.) Dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin ayrıştırılması işlemleri, bu Kanuna istinaden belirlenen usul ve esaslar dâhilinde, kayıtlı değerler üzerinden yapılması şartıyla, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu kapsamında yapılan bölünme işlemi sayılır.” hükmünü içermiştir. Kanun metni için bkz. İnternet: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4628-20130213.pdf> adresinden 01.09.2016 tarihinde alınmıştır.

da muhafaza edilmiştir. Dolayısıyla her iki faaliyet birbirinden ayrıştırılmış ve farklı tüzel kişiler tarafından yürütülmeye başlanmıştır.

1.2.2. Yoğun Regülasyona Tabi Olma

Dağıtım faaliyetindeki regülasyonun niceliğine ilişkin açıklamalara geçmeden önce regülasyon üzerine değerlendirmelerde bulunulması yerinde olacaktır.

Doktrinde ve yargı kararlarında regülasyon konusunda bir çok tanım verilmektedir. Doktrinde regülasyonu; kamu hizmeti, kolluk, özendirme-destekleme ve planlama faaliyetlerini içeren kendine özgü melez bir görev²⁸ olarak nitelendirenler bulunduğu gibi, kamu hizmetinin sağlanması amacıyla hak ve özgürlüklere müdahale edilmesinden ya da piyasanın organizasyonu amacıyla müdahaleden yola çıkarak kolluk²⁹, özel idari kolluk³⁰ veya kolluğu aşan faaliyet³¹ şeklinde nitelendirenler de bulunmaktadır. Diğer bir görüşte ise regülasyon ile kolluk kavramlarının farklı olduğu, kollukta dış maddi düzen korunurken regülasyonda yoğun içsel denetim yapıldığı ayırıcı unsur olarak belirtilmektedir.³² Aynı yöndeki bir görüşte ise kolluk ile regülasyonun benzer hukuki araçları kullanmasına karşın regülasyonun kolluğa nazaran daha yoğun müdahaleyi içerdiği ile düzenleme ve denetleme konusu faaliyet kamu hizmeti ise kamu düzenini sağlama amacı dışında hareket edileceğinden kolluğun söz konusu edilemeyeceği ifade edilmekte, diğer bir deyişle, faaliyetin konusu kamu hizmeti

²⁸ Ayanaoğlu, T. (2000). "Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 13 (1), 68-69.

²⁹ Oder, B. (2008). "Regülasyon Kavramı Üzerine Bir Deneme", *Ali Ülkü Azrak 75. Yaş Armağanı* İstanbul: Çizgi Basım Yayınevi, 239-254.

³⁰ Özay, İ. H. (2008). "Hukuk-Ekonomi İlişisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı" konulu oturumda sunulan bildiri, *Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008*, Ankara: Ankara Barosu Yayını, c.4, 23; Tan, T. (2000). *Bağımsız İdari Otoriteler (Perşembe Konferansları 4)*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 12; Aslan, Z., Berk K. (2000). *Rekabet Kurumu'nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi*, İstanbul: Alfa Yayınları, 50-51; Günday, M. (1999). *Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu*'nda sunulan tebliğ, *Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 61.

³¹ Berkarda, K. (2000). "Amerika'da İdare Hukuku Var mı?", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (Prof. Dr. Pertev Bilgen'e Armağan)*, 13 (1-3), 98.

³² Ulusoy, A. (2005). *Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış*, Ankara: ELDER Yayını, 85-86; "Öyleyse idarenin hem kolluk yetkisi kapsamında ruhsat usulü çerçevesinde faaliyet gösteren özel teşebbüsleri, dış yani maddi düzen bakımından denetlemesi mümkün hem de kamu hizmeti alanlarında ruhsat yöntemiyle faaliyet gösteren özel teşebbüsleri, içkin yani faaliyetin her noktasına nüfuz eden bir denetime tabi tutması mümkündür." Bkz. Tiryaki, R. (2008). *Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa*, Ankara: Yetkin Yayınları, 280.

ise idarenin regülasyon faaliyetinden, değilse kolluktan bahsedilebileceği belirtilmektedir.³³

Atay, “özel idari bir misyon” olduğunu belirttiği regülasyonun “bir kamu tüzel kişiliğinin piyasanın organizasyonu amacıyla müdahalede bulunmasını ifade etmek için”³⁴ kullanıldığını ifade etmektedir. Yazar, görüşlerinin devamında kavramın dar anlamının daha önce kamu teşekküllerince sürdürülen faaliyetlerin rekabete açılması ile ilgili olduğunu ve bu alanlara ilişkin piyasaya giriş de dahil münferit düzenlemeleri içerdiğini, geniş anlamının ise özel bir piyasadan öte bütün ekonomik faaliyetlere uygulanan kuralları kapsadığını belirtmektedir.³⁵

Şahin, regülasyonun Amerikan Hukukunda biri geniş ve soyut diğeri dar ve teknik olmak üzere iki anlamı bulunduğunu, dar ve teknik anlamdaki regülasyonun;

*“Devletin, Anayasa ve İdare hukuku kural ve prensipleri çerçevesinde özel hukuk kişilerinin yürüttüğü faaliyetlere müdahale ederek bunların nasıl ve hangi şartlarla yerine getirileceğini belirleyip bunun için gerekli önlemleri alması, izin vermesi ve yaptırımlarda bulunması, diğer bir ifadeyle bireylerin çeşitli faaliyetlerine ilişkin hak ve özgürlüklerinin nasıl kullanılacağını belirlemesi ve buna göre bu faaliyetlere yön vermesi”*³⁶ni

ifade ettiğini belirtmektedir. Yazar, Amerikan hukukunda regülasyonun kapsam ve sınırının kamu yararı kavramına göre şekillendiğini, kamu yararı ve kamu düzeni ile bireylerin hak ve özgürlüklerinin dengelenmesine dayandığını,

³³ Yıldırım, E. (2013). *İdari Kolluk Faaliyetinin Özel Hukuk Kişilerince Görülmesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 24-26.

³⁴ Atay, E. E. (2016). *İdare Hukuku* (5. Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi, 387.

³⁵ Atay, *İdare Hukuku*, 387-388; Yazar, diğer bir çalışmada da şu tespitte bulunmaktadır: “Regülasyon kavramı en yalın ifadeyle yöneten devletten kabul edilir nitelikte kararlar vermek amacıyla kendi kendini sınırlandırmış tarafsız bir devlet olan, güvence sağlayan devlet anlayışına geçişi açıklamaktadır.” Bkz. Atay, E. E. (2008). “Normlar Hiyerarşisi, Erklar Hiyerarşisi İkilemi ve Düzenleyici Denetleyici Kurumlar”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VI*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Rekabet Kurumu, 332; Yazar, regülasyon kurumları olarak bilinen bağımsız idari otoriteleri de regülasyon hakkındaki “özel bir idari misyon” tanımıyla aynı eksende şu şekilde tanımlamaktadır: “BİO’lar, kamusal hayatın hassas olarak nitelendirilen belli hürriyetler, ekonomik, mali ve iletişim alanında düzenleme ve denetleme faaliyeti gösteren, tek bir hukuki rejimi bulunmayan, icrai karar alma yetkisi ile donatılmış, kararları yargı denetimine tâbi, bağımsız, kamu tüzel kişiliğini haiz, klasik idari birimlerin dışında, üzerlerinde hiyerarşik ve vesayet yetkisinin kullanılmadığı nevi şahsına münhasır (kendine özgü, sui generis) kuruluşlardır.” Bkz. Atay, E. E. (2006). “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, X (1,2), 271.

³⁶ Şahin, C. (2010). *Amerikan Federal İdare Hukukunda “Regülasyon” (Ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları)* (1.Baskı), İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 1

piyasanın kendi haline bırakılması ve kamu yararının gerçekleşmemesi halinde piyasaya müdahale edildiğini ve bu müdahalenin regülasyon aracılığıyla yapılabileceğini, emretme-yasaklama-yaptırım uygulama ile sınırlı klasik kolluk faaliyetlerini aşan, kamu hizmeti alanına da dahil edilmeyen kendine özgü bir yapı hüviyetinde bulunduğunu belirtmektedir.³⁷

Berkarda'ya göreyse "Amerikan idare hukukunda regülasyon, "kolluk çıkışı ama ondan ibaret olmayan, daha geniş kapsamlı bir idari etkinliktir. Bu etkinlik, İdarenin, önce düzenleyici işlemler yapmasını -yani nasıl hareket edileceğini göstermesini- sonra bu düzenlemelere hem uyanlar hem uymayanlar için ruhsat verme (licence), yaptırım uygulama (sanction) gibi birel işlemler yapmasını gerektirmektedir."³⁸

Ayanoğlu, melez karaktere sahip olarak nitelendirdiği regülasyonu "düzenleyici ve denetleyici kurumların piyasaları düzenlemesi faaliyetidir."³⁹ şeklinde tanımlamaktadır.

Ulusoy'a göre regülasyon "belli bir faaliyete ilişkin olarak oyunun kurallarının belirlenmesi (düzenleme) ve bu kurallara riayetin sağlanması (denetim) olarak tanımlanabilir"⁴⁰

Tekinsoy ise regülasyon kavramının "düzenleme", "denetim", "yönlendirme" ve "yaptırım uygulama"yı kapsadığını belirtmektedir.⁴¹

³⁷ Şahin, a.g.e., 106 v.d.

³⁸ Berkarda, a.g.m., 98.

³⁹ Ayanoğlu, T. (2007). "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Düzenleme Yetkisi ve TAPDK Örneği", *İÜHF*, 65 (1), 53.

⁴⁰ Ulusoy, A. (2000). "Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme", *Ankara Barosu Dergisi*, (2), 46; Ulusoy, A. (1999), "Türk İdare Sistemi İçerisinde Rekabet Kurumunun Yeri", *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, Ankara: Rekabet Kurumu, 3-30; aynı yönde Yayla, A. (2012). *İdarenin Doğal Gaz Piyasasını Düzenleme Faaliyeti*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 5; Ulusoy'un diğer bir çalışmasında regülasyon işlevine, piyasayı rekabet ortamına sevk etme anlamında "yönlendirme"de dahil edilmektedir. Bkz. Ulusoy, A. (2003). *Bağımsız İdari Otoriteler*, Ankara: Turhan Kitabevi, 21.

⁴¹ Tekinsoy, M. A. (2007). "Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı-Tartışmalar, Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, 65 (2), 129.

Tan, regülasyonun, ekonomik alana kamunun “neo-moderne” müdahalesi olarak nitelendirildiğini belirterek regülatör devletin de piyasanın işleyişinin güvencesi görüldüğünü ifade etmektedir.⁴²

Tansuğ, regülasyonu maddi ve yapısal (kurumsal) açılardan ele almakta ve kullanmakta olup maddi bakış açısıyla regülasyonun rekabete açılan piyasalarda ekonomik amaç ve değerlerle ekonomik olmayanlar arasında uzlaşmayı hedeflediğini; kurumsal yönüyle regülasyonun ise siyasi güçlerle regülasyon işlevini sağlamak için kurulan otoriteler arasında paylaşılan bir etkinliğe büründüğünü belirtmektedir.⁴³ Yazara göre özellikle ağa dayalı kamu hizmetlerinde regülasyonun en önemli yönü ekonomik olan-olmayan çıkarlar arasında uzlaşma sağlamak olup bu hedefin kaynağında, söz konusu hizmetlerde içkin olan kamu yararını koruma ve tatmin etme yatmaktadır.⁴⁴

Türk hukukunda regülasyon kavramı her ne kadar 1980 sonrası sayıları hızla artan bağımsız idari otoritelerle birlikte dillendirilmeye ve doktrinin ilgisini çekmeye başlamış olsa da aslında Türk hukukunda uzun süredir yer edinen bir kavramdır. Zira regülasyon; kural koymanın, yasaklamanın, izlemenin, yönlendirmenin⁴⁵, denetimin ve yaptırım uygulamanın içinde yer aldığı özü itibarıyla bir düzenleme faaliyetidir. Elektrik sektörünün regülasyonu kapsamındaki anılan işlevler bugün çoğunlukla EPDK ve kısmen de ETKB tarafından yerine getirilmekle birlikte EPDK olmadan önce de yerine getirilen faaliyetlerdi. Diğer bir deyişle geniş anlamda elektrik sektörü ve dar anlamda elektrik dağıtım faaliyeti EPDK’dan önce de düzenlenmekte idi.⁴⁶

⁴² Tan, T. (2010). *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Ankara: Turhan Kitabevi, 23; diğer bir çalışmada, Anglo-Sakson Hukuk Sistemine tabi sermayenin gerçekleştirmeyi hedeflediği yatırımları güvence altına alma talebinden bahisle kendi hukuk sistemlerini uygulamak istedikleri belirtilerek her iki hukuk sistemi arasındaki etkileşim neticesinde bağımsız idari otoritelerin Kara Avrupası Hukuk Sistemince ithal edildiği ifade edilmektedir. Bkz. Güveyi, N. (2017). “Anglo-Sakson Hukuk Sistemi ve Kara Avrupası Hukuk Sistemi Boyutuyla Ekonomik İdare Hukuku Üzerine Bazı Düşünceler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21 (1), 111-112; Bu görüşte regülasyon, dolaylı olarak yatırımların hukuki güvenliğini sağlama hedefine bağlanmaktadır.

⁴³ Tansuğ, Ç. (2009). *La Régulation Des Services Publics De Réseau En France Et En Turquie*, Paris: L’Harmattan, 25-26.

⁴⁴ Tansuğ, a.g.e., 155-156.

⁴⁵ Yereli, Anayasa’nın 48 inci maddesini eleştirerek, “kamu hukukunun piyasa sürecinde yönlendirici değil, ekonomik özgürlükleri sağlayacak fırsat eşitliğine dayalı bir adalet sisteminin teminatı ol(ması)” gerektiğini belirtmektedir. Yereli, A. B. (2003). *Ekonomik Özgürlükler ve Türkiye’de Devlet- Birey İlişkisi*, Ankara: Gazi Kitabevi, 142

⁴⁶ Çal, S. (2010). *Türk İdare Hukukunda Ruhsat* (1. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 64-65.

Frison-Roche, regülasyon hukukunun tanımının arka planında pazar ekonomisi ve küreselleşmenin yattığını, pazar ekonomisinin hiçbir zaman hukukun olmaması anlamına gelmediğini, aksine piyasanın, sözleşme özgürlüğü, mülkiyet hakkı, piyasaya giriş özgürlüğü gibi hususlara dayanan bir mübadele sistemi olduğunu, hukuka dayandığını ve hukukla çerçevelendiğini, regülasyonun rekabete açık ve kendi başına bırakılmamış sektörler inşa etmeyi amaç edindiğini ve anılan sektörlerde rekabet ile diğer heterojen gereklilikler arasında denge kurduğunu belirtmektedir.⁴⁷ Yazar yine bir başka makalesinde, regülasyon hukukunun, hukuk ve ekonomi arasındaki ilişkiyi yansıtan yeni bir hukuk dalı olduğunu belirterek kendi kendine denge sağlayamayan sektörlerin düzenlenmesine ilişkin kuralları bir araya getirdiğinden bahsetmekte, söz konusu sektörlerde dengeyi sağlayan, sürdüren ve gözeten gücün hukukunu temsil ettiğini ifade etmektedir.⁴⁸

Diğer bir çalışmada, doğal tekellerin bulunduğu ağ sektörlerinde regülasyonun, özellikle hakim durumun kötüye kullanılmasını engelleme, rekabeti sürdürme ve piyasaya yeni girişleri sağlama amacına vurgu yapılmaktadır. Bu amacı sağlamak için regülasyon faaliyetiyle, üçüncü kişilerin (kullanıcıların) ağa erişiminin sağlanması ve kontrol edilmesi, tarifelerin kontrolü, ayrımcılığın engellenmesi, çapraz sübvansiyon yasağı gibi hususlara riayet edilmesinin temin edildiği belirtilmektedir. Bu çerçevede, regülasyonun işlevinin, birbiri ile çatışan amaçlar arasında uzlaşma sağlamak ve rekabet ile özellikle de kamu hizmeti arasında dengeyi temin etmek olduğu ifade edilmektedir.⁴⁹ Benzer nitelikte diğer bir tanımda da regülasyon, herkesin hakları ve yükümlülükleri arasında kanunun istediği nitelikte bir dengenin sağlanması işi şeklinde nitelendirilmektedir.⁵⁰

⁴⁷ Frison-Roche, M.-A. (2004). "Définition Du Droit De La Régulation Économique", *Recueil Dalloz*, 126.

⁴⁸ Frison-Roche, M.-A. (2001). "Le Droit De La Régulation", D. 2001. Chron. 610; Guédon, BİO'ların sosyal ve ekonomik hayatla ilgili sektörlerin düzgün işlemlerini gözetmek ve bu sektörlerdeki çıkarlar arasında dengeyi temin etmek şeklinde iki misyonla görevli olduklarını belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Guédon, M.-J. (1991). *Les Autorités Administratives Indépendantes*, Paris: LGDJ, 99.

⁴⁹ "Vers Une Régulation Européenne Des Réseaux". (2003). Rapport Du Groupe De Réflexion Présidé par M. Christian Stoffaës, 8-9.

⁵⁰ Cannac, Y., Gazier F., "Etudes Sur Les Autorités Administratives Indépendantes", in *E.D.C.E.* 1983/1984 n° 35, 7.

Marcou, Fransız doktrinin de çoğunluğun, regülasyonun sadece hukuki bir kapsamının bulunmadığını kabul ettiğini belirterek kimi yazarların regülasyonu, ekonomik alanlardaki kolluk usullerinin kullanımına atıf yapan betimleyici bir kavram şeklinde ya da özel bir rekabet kolluğu / rekabete açıklığı sağlayan ekonomi kolluğu niteliğinde gördüğünü, bazı yazarların hukuki terimlerle değil sosyo politik / ekonomi politik terimlerle tanımladığını ya da soyut hukuktan somut hukuka geçişteki değişimi gösterdiğini ifade etmektedir. Söz konusu çalışmanın devamında, on Avrupa ülkesi ile Avrupa dışındaki birkaç ülkenin pozitif hukuklarının incelenmesi neticesinde regülasyon konusunda bir çok farklı hukuk sistemlerinin mevcut olduğunun tespit edildiği belirtilmektedir. Yazar, regülasyon kavramının devlet tarafından yürütülen sektörlerin rekabete açılması ile ya da rekabete açık olmakla birlikte ekonomik olmayan etmenlerin gözetilmesi üzerine yayıldığını, rekabete açık bir pazarda ekonomik amaçlar ve değerler ile ekonomik olmayan amaçlar ve değerler arasında uzlaşma-orta yol bulmayı hedefleyen kamu gücü fonksiyonu olduğunu ve ortak ihtiyaçların rekabete dayalı bir sistemde giderilmesinin hedeflendiğini belirtmektedir. Ekonomik olmayan amaçlar ve değerler ise tüketicilerin korunması, temel hakların gerçekleştirilmesi, kamu hizmetinin temini ve sürdürülebilir gelişmeye bağlı kamu yararı hedefleri şeklinde sayılmaktadır.⁵¹

Chevallier, regülatör devletin, kesinlikle liberal devlet anlamına gelmediğini, tersine sosyal bakımdan aktif devlete denk geldiğini, sosyal uyumu sağlayan, sosyal gelişmenin anahtarı niteliğinde ve ekonomik düzende hakem rolü üstlenen yeni bir devlet modeli olduğunu belirtmektedir.⁵² Dolayısıyla regülasyon, bu özellikleri içeren ve anılan amaçlara hizmet eden bir kavram haline gelmektedir.

Regülasyon, özü itibariyle düzenleme faaliyetini içermekle birlikte yargısal benzeri karar alma, lisanslama, gözetim ve denetim ile yaptırım uygulama faaliyetlerini de içeren bir işleve sahiptir.⁵³ Birel ve düzenleyici işlemlerin birlikte yer aldığı geniş kapsamlı bir muhtevaya ve fonksiyona sahiptir.

⁵¹ Marcou, G. (2006). "La Notion Juridique De Régulation", *AJDA*, 347.

⁵² Chevallier, J. (2004). "L'État Régulateur", *RFDP* (2004/3) (no.111), 473-482.

⁵³ Şahin, a.g.e., 41 v.d.

Bu minvalde, kanaatimizce regülasyon, kamu hizmeti olsun ya da olmasın bir faaliyetin, faaliyetin yürütülmesine ilişkin temel hak ve özgürlüğe halel getirilmeden kamu yararı doğrultusunda işlemlerini sağlayan kolluk eksenli işlemdir.⁵⁴ Bu işlev, esas itibariyle düzenleme olarak tezahür eder. Ancak, düzenlemeyi üst kavram⁵⁵ olarak ele aldığımızda denetleme, planlama ve özendirme-teşvik faaliyetlerini de bünyesinde barındırır. Zira söz konusu faaliyetler de esas itibariyle regülasyona konu etkinliğin kamu yararı doğrultusunda işlemesi için “düzenleme” kapsamına dahil edilebilecek türdendir. Bu çerçevede, hemen belirtmek gerekir ki regülasyon bir faaliyetin kamu hizmeti niteliği taşıyıp taşıyamaması ile ilgilenmez. Faaliyetin kamu yararı doğrultusunda düzenlenmesi temel amaç olduğundan faaliyetin yürütülmesine ilişkin temel hak ve özgürlük ile kamu yararı arasında dengeyi/uzlaşmayı sağlar.⁵⁶ Bu denge bazen yoğun düzenlemelerle bazen hiç müdahale edilmeyerek sağlanır. Buradaki müdahalenin kaynağı ve sınırı, idarenin düzenleme yetkisinin türevliği göz önünde bulundurulduğunda, kanundur. Dolayısıyla “regülasyon, faaliyetin rekabete açık olması halinde yoktur” şeklinde bir tespitte bulunulması da mümkün değildir.

“Regülasyon” kavramından bahsettikten sonra dağıtım faaliyeti-regülasyon ilişkisine değinebiliriz.

Öncelikle ve özellikle belirtmek gerekir ki; dağıtım faaliyeti, elektriğin dağıtım sistemine girişinden tüketim noktalarına ulaştırılmasına kadar olan tüm aşamalarda yoğun düzenlemeler altında yürütülmek durumundadır. Tespitin doğruluğunu göstermek babında -örnek kabilinden olmak üzere- bu düzenlemelere aşağıda değinilmektedir.

⁵⁴ Nitekim bağımsız idari otoritelerin, düzenledikleri piyasada kamu yararı-özel yarar dengesini sağladıkları belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yaşar, H. N., Cabioğlu Güler, S. S., (2016). “Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Yetkileri Kapsamında Kamu Gücü İlişkisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XX (4), 67-68; diğer bir çalışmada da bağımsız idari otoritelerin temel hak ve özgürlükler ile ekonomik düzeni koruduğu ve güvence altına aldığı belirtilmektedir. Bkz. Duran, L. (1997). “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, *Amme İdaresi Dergisi*, 30 (1), 5.

⁵⁵ Çal, a.g.e., 67.

⁵⁶ Nitekim, yakın tarihli bir AYM kararındaki şu ifadeler bu tespiti doğrular niteliktedir: “EPDK’nın tarifeler açısından tüketiciler ile tedarikçilerin çıkarlarının dengelenmesi, rekabetin teşvik edilmesi, ekonomik verimliliğin teşvik edilmesi gibi sorumlulukları bulunmaktadır. EPDK, tarife düzenlemelerinde elektriğin düşük maliyetli şekilde kullanıcıya sunulmasının yanında elektrik sektörünün mali açıdan sürdürülebilir olmasını da göz önünde bulundurmaktadır.” Bkz. E. 2016/150, K. 2017/179, T. 28.12.2017, R.G. Tarih – Sayı: 15.2.2018 – 30333.

Elektrik Piyasası Dağıtım Yönetmeliği (Dağıtım Yönetmeliği)'nde dağıtım şirketi ile dağıtım sistemi kullanıcılarının yükümlülükleri, uymaları gereken tesis tasarım ve işletme kuralları, dağıtım sisteminin planlanması ve işletilmesi hususlarında ilgili taraflara uygulanacak usul ve esaslar düzenlenmektedir. Söz konusu Yönetmelik; dağıtım sistemine bağlantı, dağıtım tesis ve/veya teçhizatı ile dağıtım sistemine bağlanacak tesis ve/veya teçhizatın projelendirme ve tesis tasarım esasları, enerji akışının gerçek zamanlı olarak izlenmesi, sisteme ilişkin ihbarların alınması ve sonuçlandırılması ve koruyucu bakım onarım hizmetlerinin planlanması ile uygulanması konularında gerekli iletişim alt yapısının kurulması, planlama esasları, dağıtım sisteminin işletilmesi, erişim ve çalışma güvenliği, acil durum yönetimi, numaralandırma ve adlandırma hususlarında ayrıntılı hükümler içermektedir.⁵⁷

Elektrik Piyasası Bağlantı ve Sistem Kullanım Yönetmeliği (Bağlantı Yönetmeliği) ile gerçek ve tüzel kişilerin elektrik dağıtım sistemine bağlanmaları ile bu sistemi kullanmalarına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir. Anılan Yönetmelikte bağlantı ve sistem kullanım hakları, dağıtım tesisi sınırı, bağlantı başvurusu, sisteme bağlantı yapılması, kullanıcı tarafından tesis edilen dağıtım varlıkları gibi çok önemli konularda hükümlere yer verilmektedir. Öyle ki söz konusu Yönetmelik kapsamında tarafların imzalamaları gereken bağlantı ve sistem kullanım anlaşmaları Kurul tarafından standart sözleşme şeklinde düzenlenmektedir. Tüketicilerin ve lisans sahiplerinin sisteme bağlantısı ve sistem kullanımı hakkındaki temel düzenleme olması nedeniyle elektrik piyasası regülasyonundaki ana düzenlemelerden birini teşkil etmektedir.⁵⁸

Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği (Tüketici Yönetmeliği) ile de özellikle dağıtım faaliyeti kapsamında yer alan sayaç okuma faaliyetinin nasıl yerine getirileceğine ilişkin ayrıntılı hükümler yer almaktadır. Ayrıca sayaçların arızalı olması halinde tüketim miktarının tespiti, kaçak ve usulsüz elektrik tüketimine ilişkin hükümler, elektriğin bağlanması ve kesilmesinde uyulması

⁵⁷ Dağıtım Yönetmeliği için bkz. İnternet: <http://www.epdk.org.tr/TR/DokumanDetay/Elektrik/Mevzuat/Yonetmelikler/Dagitim> adresinden 01.09.2016 tarihinde alınmıştır.

⁵⁸ Yönetmelik ve standart sözleşmeler için bkz. İnternet: <http://www.epdk.org.tr/TR/DokumanDetay/Elektrik/Mevzuat/Yonetmelikler/BaglantiSistemKullanim> adresinden 01.09.2016 tarihinde alınmıştır.

gereken süreler, ihbar ve şikayet başvuruları gibi ayrıntılı hususlar da Yönetmelik kapsamında düzenlenmektedir.⁵⁹

Yukarıda yer verilen düzenlemeler dışında da dağıtım faaliyetini ilgilendiren birçok düzenleme EPDK tarafından yürürlüğe konmuştur. Söz konusu düzenlemeler kapsamında iki hususun altını çizmek gerekmektedir: İlk olarak, düzenleme yapılması gereken hususta, idarenin düzenleme yetkisinin ikincilliği çerçevesinde, EPK'da temel ilkelerin belirlenmiş olması halinde bu ilkelerin gözetilerek tali mevzuatın hazırlanması gerekmektedir.⁶⁰ İkinci olarak, herhangi bir düzenleme olmaması halinde ise kamu yararı ile özel teşebbüs özgürlüğü ve yararı arasındaki denge/uzlaşma göz önünde bulundurulmalıdır. Dağıtım faaliyeti kapsamında kamu yararından kastın çoğunlukla tüketici yararı olduğunun altını çizmek gerekmektedir. Nitekim EPK'nın birinci maddesi de bu amacı açıkça ifade etmektedir.⁶¹

Konuyu örneklerle açıklamak gerekirse ilk hususa EPK'nın *"Bir dağıtım bölgesinin onaylı sınırları içerisinde yapılan bağlantı taleplerinin karşılanmasının teknik ve/veya ekonomik olmaması durumunda, söz konusu bağlantı taleplerinin başka bir dağıtım bölgesince karşılanması hususu Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir..."* hükmünü içeren 9 uncu maddesinin onüçüncü fıkrasını örnek verebiliriz. Anılan hüküm çerçevesinde, Bağlantı Yönetmeliği'nin 11 inci maddesi ile teknik veya ekonomik olmama ilkesi göz önünde bulundurularak düzenleme yapılmıştır.⁶²

⁵⁹Yönetmelik için bkz. İnternet: <http://www.epdk.org.tr/TR/DokumanDetay/Elektrik/Mevzuat/Yonetmelikler/TuketiciHizmetleri> adresinden 01.09.2016 tarihinde alınmıştır.

⁶⁰ Fransa da kanun koyucu tarafından yetkilendirilmedikleri takdirde bağımsız idari otoritelerin yeni bir hüküm yürürlüğe koyamayacakları ve mevcut hükümleri yorumlamakla sınırlı kararlar alabilecekleri aksi takdirde idari yargıcın anılan kararları iptal ettiği belirtilmektedir. Bkz. Guillaume, E., Coudray, L. (2016). *Autorités de Régulation (Contentieux des), Répertoire de Contentieux Administratif*, Dalloz.

⁶¹ "MADDE 1 – (1) Bu Kanunun amacı; **elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için**, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin yapılmasının sağlanmasıdır."

⁶² Söz konusu maddeye Ek-3'te yer verilmiştir.

İkinci hususa ise “...*Dağıtım şirketi, lisansında belirlenen bölgede sayaçların okunması, bakımı ve işletilmesi hizmetlerinin yerine getirilmesinden sorumludur....*” hükmünü amir olan EPK’nın 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi örnek gösterilebilir. Söz konusu hükümle sayaç okumanın dağıtım faaliyeti kapsamında yer aldığı düzenlenmekle birlikte söz konusu okumanın hangi sürelerde yapılması gerektiği, istisnaların neler olduğu, serbest tüketici sayaçlarına ilişkin yapılması gerekenler gibi hususlarda herhangi bir ifade yer almamaktadır. Söz konusu hususlar Tüketici Yönetmeliği’nin 11 inci maddesi ile düzenlenmektedir.⁶³ Anılan düzenlemelerin gerekçesine bakıldığında da piyasanın gelişimi ile tüketicilerin yararı gözetilerek düzenleme yapıldığı belirtilmektedir.⁶⁴ Nitekim söz konusu maddede yapılan kapsamlı değişikliklerde, tüketicilerden gelen yoğun şikayetler göz önünde bulundurulmakla birlikte tüketicilerin her talebine cevaz veren ve bu talepleri doğrudan hükümlere yansıtan bir tutum sergilenmemiştir.

1.2.3. Nesnellik ve Eşitlik İlkeleri Çerçevesinde Sürekli, Düzenli ve Kaliteli Görülme Zorunluluğu

Öncelikle elektriğin, niteliği gereği depolanamaması-saklanamaması nedeniyle anlık olarak tüketilmesi gerektiğini ve bunun da arz-talep dengesinin sağlanması suretiyle gerçekleştirilmek zorunda olduğunu belirtmek gerekmektedir.⁶⁵ Söz konusu niteliğe karşın tüketicilerin elektriğe günün 24 saati ulaşmalarını sağlayabilmek için elektriğin kesintisiz sunulması mecburiyeti bulunmaktadır. Bu kapsamda, üretilen elektriğin iletim ve dağıtım sistemleri vasıtasıyla tüketiciye ulaştırılması zorunludur. Nitekim EPK’nın amaç başlıklı birinci maddesi “*Bu Kanunun amacı; elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren, mali açıdan*

⁶³ Söz konusu maddeye Ek-4’te yer verilmiştir.

⁶⁴ İnternet: <http://www.trthaber.com/haber/ekonomi/elektrikte-sayac-okumaya-gun-limiti-260071.html>, adresinden 01.09.2016 tarihinde alınmıştır.

⁶⁵ Atiyas, *Elektrik Sektöründe Serbestleşme Ve Düzenleyici Reform*, 27; “Evrensel hizmet olması, hem nihai hem de ara mal olması, stoklama imkanının (çok yüksek maliyetli olmasından dolayı) neredeyse imkansız olması, tam ikamesinin bulunmaması, elektrik talebinin fiyat ve gelir esnekliklerinin kısa dönemde düşük olması gibi özellikleri elektriği diğer ürünlerden farklı kılmaktadır” Akcollu, a.g.e., 1-3; Selçuk, O. (2006). *Rekabetçi Elektrik Piyasalarında Arz Güvenliği*, EPDK Uzmanlık Tezi, Ankara, 8.

güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin yapılmasının sağlanmasıdır.” hükmünü içermekte olup anılan maddede “sürekli” ve “kaliteli” sunulma nitelikleri açıkça zikredilmektedir. Aynı minvalde, 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun (Teşkilat Kanunu)’nun 5 inci maddesinin altıncı fıkrasının (c) bendi *“Tüketicilere güvenilir, kaliteli, kesintisiz ve düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti verilmesini teminen gerekli düzenlemeleri”* yapmayı Kurulun görevleri arasında saymaktadır.

Alt düzenleyici işlemlerden Lisans Yönetmeliği’nin 10 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendi; *“(3) İletim ve dağıtım lisansına;*

a) Sistem işletmeciliğinden kaynaklanan ve elektrik enerjisinin kalitesizliğinden veya kesintilerinden doğan zarar ve hasarların tazmin edileceği hususu,

.....

dercedilir.” hükmünü, aynı Yönetmeliğin 33 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (j) bendi *“İlgili mevzuat çerçevesinde, sistem işletmeciliğinden kaynaklanan ve elektrik enerjisinin kalitesizliğinden ve/veya kesintilerinden doğduğu tespit edilen zarar ve hasarları tazmin etmek”* hükmünü içermektedir.

Diğer taraftan, Tüketici Yönetmeliği’nin 19 uncu maddesinin beşinci fıkrası da dağıtım şirketlerini programlı kesintiler hakkında tüketicileri yazılı, işitsel veya görsel basın yayın kuruluşları aracılığıyla, internet sitelerinde ve ek olarak isteyenlere kısa mesaj ve/veya elektronik posta gönderilmesi suretiyle kesintinin tarih, başlangıç ve sona erme zamanını, kesintinin başlama zamanından en az kırk sekiz saat önce bilgilendirmekle yükümlü kılmıştır.

Öte yandan, elektrik enerjisinin tedarik sürekliliği, ticari ve teknik kalitesine ilişkin olarak dağıtım şirketleri, görevli tedarik şirketleri ve kullanıcılar tarafından uyulması gereken kurallar ile uygulamaya ilişkin esas ve usulleri düzenleyen Elektrik Dağıtım ve Perakende Satışına İlişkin Hizmet Kalitesi Yönetmeliği (Kalite Yönetmeliği)’nin 7 nci maddesi *“Tedarik sürekliliği kalitesi, dağıtım sistemi kullanıcılarına ekonomik olarak kabul edilebilir maliyetlerle ve mümkün olan asgari kesinti süresi ve sıklığı ile elektrik enerjisi sunabilme kapasitesidir.”* hükmünü

içermekte, söz konusu kalitenin eksikliği ya da yokluğu halinde dağıtım şirketlerinin tüketicilere kalite tazminatı ödemesi zorunluluğu getirmektedir.⁶⁶

Görüldüğü üzere, anılan hükümlerle Kanunlarda yer verilen elektriğin kesintisiz sunulma zorunluluğu amacı somutlaştırılmakta ve yaptırıma bağlanmak suretiyle teminat altına alınmaktadır. Dağıtım şirketlerinin mümkün olduğunca elektriği kesintisiz ve kaliteli bir şekilde tüketicilere sunmaları esas olmakla birlikte söz konusu faaliyetin bir ağ faaliyeti niteliği taşıması ve işletmeciliğin bir gereği olarak kesintisiz ve/veya kaliteli sunulmaması halinde de tazminat yükümlülüğü öngörülmektedir.

Dağıtım faaliyetinin en önemli özelliklerinden biri de eşitlik ve nesnellik ilkeleri çerçevesinde yürütülmesi zorunluluğudur.

“Eşitlik, iki veya daha çok şey arasında herhangi bir özellik yönünden yapılan karşılaştırma sonucu... iki veya daha çok şeyin yapı, değer, boyut, nicelik ve nitelik bakımından birbirinden ne artık ne eksik olmaması (nı)... ifade eder.”⁶⁷
“Kişiler arasında eşitliğe aykırı olarak gerçekleştirilen her türlü ayrımcı muamelelerin yasaklanması devletin temel görevidir. Dolayısıyla devlet kendisi ayrımcı muamele yapmayacağı gibi kişiler arasında gerçekleşen ayrımcı muamelelere de göz yumamaz. Bu hem insan hakları sözleşmeleri hem de Anayasa ile devlete yüklenen bir görevdir.”⁶⁸ *“Ancak, Anayasa bununla da yetinmeyip Anayasa hükümlerinin kamu organları dışında diğer kuruluş ve kişileri de bağladığını düzenleyerek sadece dikey etki bakımından değil, yatay olarak da özel hukuk kuruluş ve kişiler arasındaki ilişkilerde de eşitlik ilkesinin geçerli olacağını kabul etmektedir.”⁶⁹*

Donnier, kamu hizmetinin görülmesinde uyulması gereken ilkeler (Rolland Kanunları⁷⁰)’in klasik anlamda süreklilik, değişkenlik ve eşitlik olduğunu, ancak son yıllarda topluluk hukukunun etkisiyle bu ilkelere yenilerinin eklendiğini belirtmektedir. Yazar, anılan ilkelerden birinin de tarafsızlık olduğunu zikrederek

⁶⁶ Alma, H. (2012). “Elektrik Dağıtımında İlave Kalite Sözleşmeleri”, *Enerji Piyasası Bülteni*, (23), 55-56; Bağdadioğlu, N. (2009). “Türk Elektrik Dağıtım Sektöründe Hizmet Kalitesine Yönelik Özendirici Bir Düzenleme Uygulaması”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*, 11 (1), 23-44.

⁶⁷ Öden, M. (2003). *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 17-18.

⁶⁸ Ünlü, T. (2009). *Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Konya, 99.

⁶⁹ Ulucan, D. (2014). “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (Özel Sayı), 372.

⁷⁰ Guettier bu ilkelerin temelinde kamu yararının bulunduğunu belirtmektedir. bkz. Guettier, C. (2000). *Droit Administratif*. (2. Édition) Paris: Editions Montchrestien, 225.

söz konusu ilkenin, kamu hizmetinden yararlananların ve kamu görevlilerinin her türlü dini, politik, etnik, felsefik ve kültürel aidiyetlerinden ari olarak idarenin, objektifliği ve taraf tutmaması anlamına geldiğini ifade etmektedir.⁷¹ Konumuz bağlamında tarafsızlık ilkesi, eşitlik ilkesinin bir gereği olarak dağıtım sistemine bağlanma ve sistem kullanımı konusunda dağıtım şirketinin ilgili olduğu kullanıcılara öncelik tanımaması ya da o kullanıcılara farklı muamele yapmamasının teminatı niteliğindedir.

Üçüncü taraf erişimi⁷² 4628 sayılı Kanun ve devamında EPK'nın temel hedeflerinden biridir.⁷³ Nitekim Avrupa Birliği Elektrik Piyasasına İlişkin İlkelerden biri de ağa erişimin sağlanmasıdır.⁷⁴ Zira,

“İletim ve dağıtım şebekelerini elinde tutan hakim durumdaki teşebbüsler, elektriğin ve doğal gazın tüketicilere ulaştırılması imkanını kontrol ettiklerinden, şebekeye erişim konusu, en önemli pazara giriş engellerinden birini teşkil etmektedir....Enerji şebekeleri, alt ve üst pazarlarda faaliyet gösteren enerji şirketleri için olmazsa olmaz öneme sahip olduğundan, rekabetçi piyasaların oluşması, enerji arz zincirinin doğal tekel niteliğindeki halkalarını kontrol eden şirketlerin ayrımcı şekilde davranmamasına bağlıdır.”⁷⁵

⁷¹ Donier, V. (2006), “Les Lois Du Service Public : Entre Tradition Et Modernité”, *RFDA*, 1219.

⁷² “AB düzeyinde, etkin ve serbestleşmiş elektrik ve doğal gaz piyasaları oluşturmak için aşağıdaki koşulların yerine getirilmesi gereklidir:

- Üye devletlerde enerji ve doğal gaz sektörlerini yöneten mevzuatın uyumunun sağlanması,
- Piyasalar arasında arabağlantıya olanak sağlayacak altyapının oluşturulması,
- Tedarikçi piyasasının yoğunlaşmanın azalması,
- İletim ve dağıtım sistemleri işletmecilerinin ayrıştırılması,
- **Özellikle tarihi uzun dönemli sözleşmelerin sahiplerine tanınan tercihli erişim açısından, şebekeye ayrımcı üçüncü taraf erişiminin ortadan kaldırılması,**

• Yeni piyasa oyuncularının girişini önleyen düzenlenmiş fiyatların ortadan kaldırılması.

Avrupa Birliği'nin düzenleyici çerçevesi bu ihtiyaçları ele almakta ve düzenli olarak karşılaşılan yeni, ya da eskiden kalan engellerin ışığında uyarlanmaktadır.” Bkz. İnternet: Atiyas, İ, Nunez Ferrer, J, *Enerji Sektörü Raporu, İkinci Kuşak Yapısal Reformlar: Altyapı Sektörlerinde De-regülasyon ve Rekabet*, İnternet: <http://edam.org.tr/document/enerji%20sekt%20raporu%2085-127.pdf>, adresinden 19.01.20017'de alınmıştır; İnternet: Kayıkçı, M. S. “Elektrik Piyasasında Sistem Kullanım Anlaşmalarının Hukuki Niteliği”, İnternet: <http://www.lbfpartners.com/dosyalar/015429.pdf>, adresinden 26.01. 2017'de alınmıştır.

⁷³ “Nihai hedef özel sektör yatırımlarını çekebilen ve rekabet yoluyla verimliliği arttırabilen rekabetçi bir piyasa ortamı oluşturmaktır. Bunun için idari ve düzenleyici çerçevede önemli değişiklikler yapılması, kamuya ait şirketlerin yeniden yapılandırılması ve ayrıştırılması, ticaret düzenlemelerinde önemli değişiklikler yapılması, birden fazla alıcının ve satıcının etkileşim içinde olabileceği rekabetçi bir piyasanın oluşturulması, ve iletim ve dağıtım şebekelerine ayırım gözetmeyen bir erişim için bir açık erişim rejiminin oluşturulması gerekiyordu.” Ayrıntılı bilgi için bkz. Türkiye Enerji Sektöründe Dönüşüm Önemli Aşamalar ve Zorluklar. (2015). *Dünya Bankası Rapor No: ACS14951*, 23-24.

⁷⁴ Gönen, Y. (2011). *Türkiye’de Elektrik Kamu Hizmetinin Yürütülmesi ve Lisans Usulü* (1.Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, 84.

⁷⁵ Şahin, a.g.m., 2-3.

Netice itibariyle açık ağ erişimi, rekabetin tesisi ve tüketicilerin tedarikçi seçimi için esaslı bir unsur olarak görülmektedir.⁷⁶

Elektrik piyasasına ilişkin ortak kurallar içeren 2009/72/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin dağıtım sistem operatörlerinin görevlerini düzenleyen 25 inci maddesinin ikinci fıkrası⁷⁷ söz konusu operatörlerin sistem kullanıcıları arasında hiçbir durumda ayrımcılık yapamayacağını kesin dille belirtmektedir. Aynı şekilde, üçüncü taraf erişimi başlıklı 32 maddesi⁷⁸ ise üye ülkelerin şartları uygun tüm müşterilerin erişimine açık bir dağıtım sistemi kurmalarını, bu sistemin yayınlanmış tarifelere dayanmasını ve kullanıcılar arasında objektif ve tarafsız uygulanmak zorunda olduğunu, ağa erişimin kapasite yokluğu nedeniyle reddedilebileceğini, ancak bu reddetmenin teknik ve ekonomik nedenlere dayalı objektif gerekçelerinin bulunması gerektiğini belirtmektedir.⁷⁹

EPK'nın 9 uncu maddesinin ikinci fıkrası *“(2) Dağıtım şirketi, lisansında belirtilen bölgedeki dağıtım sistemini elektrik enerjisi üretimi ve satışında rekabet ortamına uygun şekilde işletmek, bu tesisleri yenilemek, kapasite ikame ve artırım yatırımlarını yapmak, dağıtım sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan tüm dağıtım sistemi kullanıcılarına ilgili mevzuat hükümleri doğrultusunda eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin hizmet sunmakla yükümlüdür.”* hükmünü⁸⁰, Teşkilat Kanunu'nun 5 inci maddesinin yedinci fıkrasının (o) bendi *“o) Lisans*

⁷⁶ Albers, M. (2001). “Energy Liberalisation and EC Competition Law”, *Fordham 28th Annual Conference of Antitrust Law and Policy*, 15.

⁷⁷ “2. Dağıtım sistemi operatörü, hiçbir şekilde, sistem kullanıcıları ya da kullanıcı sınıfları arasında, özellikle kendisiyle ilgili teşebbüsler lehine ayrımcılık yapmamalıdır.” İnternet: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-FR/TXT/?uri=CELEX:32009L0072&from=EN> adresinden 03.03.2017 tarihinde alınmıştır.

⁷⁸ “1. Üye ülkeler, şartları sağlayan tüm müşteriler için üçüncü taraf erişimine açık dağıtım ve iletim sistemi kurmalıdır. Bu sistem, önceden yayımlanan tarifelere dayanmalı ve sistem kullanıcılarına objektif ve ayrımcılık yapmadan uygulanabilir olmalıdır...”

2. Dağıtım ve iletim sistemi operatörü, yetersiz kapasite nedeniyle sisteme erişim talebini reddedebilir. Reddetmenin, 3 üncü madde göz önünde bulundurularak teknik ve ekonomik açıdan objektif kriterlere dayalı olması gerekir...”. İnternet: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-FR/TXT/?uri=CELEX:32009L0072&from=EN> adresinden 03.03.2017 tarihinde alınmıştır.

⁷⁹ Gönen, a.g.e., 84-85.

⁸⁰ Aynı şekilde Kanunun 5 inci maddesinin dördüncü fıkrası” (4) Tarifesi düzenlemeye tabi lisans sahibi tüzel kişiler için aşağıda belirtilen hususlara ilişkin hükümler Kurum tarafından çıkarılan yönetmelikte yer alır:

a) Lisans kapsamında hizmet verilecek gerçek ve tüzel kişiler ile yürütülecek faaliyet türlerini belirleyen hükümler
b) Bir dağıtım ya da iletim lisansı sahibinin, gerçek ve tüzel kişilere, eşitler arasında ayırım gözetmeksizin sisteme erişim ve sistemi kullanım imkânını sağlayacağına dair hükümler” hükmünü içermektedir.

sahibi tarafların, iletim sistemi ya da bir dağıtım sistemine bağlantı ve sistem kullanımına ilişkin anlaşmaların hükümleri üzerinde mutabakata varamamaları halinde, ihtilafları bu Kanunun ve tarafların ilgili lisanslarının hükümlerine göre çözmek.” hükmünü, Lisans Yönetmeliği’nin 33 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendi “d) Dağıtım sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan tüm dağıtım sistemi kullanıcılarına ilgili mevzuat hükümleri doğrultusunda **eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin** hizmet sunmak,” hükmünü, Dağıtım Yönetmeliği’nin 6 ncı maddesinin ikinci fıkrası “(2) Dağıtım şirketi; bölgedeki yük karakteristiğine göre, kullanıcının hangi gerilim seviyesinden sisteme bağlanacağını belirlenmesinde ve kullanıcı bağlantılarının tesis ve tahsis edilmesi veya değiştirilmesi yönündeki taleplerinin karşılanmasında **eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin** hareket eder.”, Bağlantı Yönetmeliğinin 4 üncü maddesinin birinci fıkrası “1) Gerçek veya tüzel kişilerin, iletim ve dağıtım sistemine bağlantı ve sistem kullanım talepleri, TEİAŞ ve dağıtım şirketi tarafından **eşit taraflar arasında ayırım gözetilmeksizin** karşılanır.” hükmünü, aynı maddenin 4 ila 6 ncı fıkraları “4) TEİAŞ ve dağıtım şirketinin sisteme bağlantı ve sistem kullanımı hakkındaki olumsuz görüşlerinin gerekçelendirilmesi zorunludur. Sisteme bağlantı ve sistem kullanımı hakkındaki olumsuz görüş gerekçelerinin Kurum tarafından yapılan veya yaptırılan inceleme sonucunda Kurul tarafından uygun bulunmaması halinde, TEİAŞ veya dağıtım şirketi, başvuru sahibi ile bağlantı ve sistem kullanım anlaşmalarını imzalamakla yükümlüdür.

(5) Sisteme bağlantının, bağlantı yapılması talep edilen nokta itibarıyla bu maddede yer alan koşullardan herhangi biri nedeniyle mümkün olmaması durumunda, TEİAŞ veya dağıtım şirketi tarafından bir başka bağlantı noktası teklif edilebilir.

(6) İletim veya dağıtım sistemine bağlantı yapmak isteyen gerçek veya tüzel kişilerin, TEİAŞ veya dağıtım şirketi tarafından kendilerine iletim veya dağıtım sistemine bağlantı ve sistem kullanımı konusunda;

- a) Adil koşulların teklif edilmediği,
- b) **Ayrımcılık yapıldığı,**
- c) Gösterilen gerekçelerin yetersiz olduğu,

*gibi hususlardaki itirazları Kurum tarafından incelenerek, başvuru tarihinden itibaren azami altmış gün içerisinde sonuca bağlanır. Üretim tesislerine ilişkin itirazlar Kurul kararıyla sonuçlandırılır.” hükümlerini içermektedir.*⁸¹

Söz konusu düzenlemeler ile dağıtım şirketinin, bağlantı ve sistem kullanımı hakkında eşit taraflar arasında ayrımcılık yapamayacağı, bu konulardaki talepler için adil koşullar teklif edeceği, talepleri yeterli gerekçe olmaksızın reddedemeyeceği, talep sahiplerinin itirazlarını EPDK'ya yapabileceği, itiraz neticesinde ret gerekçelerinin uygun bulunmaması halinde dağıtım şirketinin kullanıcılarla gerekli anlaşmaları imzalayacağı ve bu çerçevede bağlantı ve sistem kullanım taleplerini karşılayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, dağıtım sistemine bağlı olanlara ayrımcılık yapılmadan hizmet sunulması zorunluluğu da açıkça düzenlenmiştir.

Eşitlik ve tarafsızlık ilkeleri, hukuka dayalı bir piyasanın oluşması için bir yandan düzenleyici kurum olan EPDK'ya, diğer yandan da özellikle doğal tekel niteliğinde faaliyetleri yürüten piyasa oyuncularına yükümlülükler tahmil etmektedir. Söz konusu ilkeler bilhassa hukuki ayrıştırmanın ardından daha da önem kazanmıştır. Zira, dağıtım şirketlerinin perakende satış faaliyeti yapmalarının yasaklanarak bu faaliyetin, dağıtım şirketinden kısmi bölünme suretiyle oluşturulan ve aynı kontrol yapısına sahip perakende satış şirketleri vasıtasıyla yürütülmesinin öngörülmesi ile birlikte anılan şirketlerin eşit ve tarafsız davranmakla yükümlü oldukları tüzel kişilerin arasına kendi bünyelerinden çıkan görevli tedarik şirketleri eklenmiştir. Dağıtım şirketlerinin, sistemi tekel nitelikleriyle işleten olması hasebiyle ellerinde bulundurdıkları gücün -şirketler nezdindeki bilgiler bağlamındaki- büyüklüğü de göz önünde bulundurulduğunda, anılan ilkeler daha da değer kazanmaktadır.

1.2.4. Yürüten Kişinin Ayrıcalıklarının Olması

Dağıtım faaliyetinin, yürüten kişi tarafından ayrıcalıklara sahip bir şekilde yürütüldüğünü gösteren ilk husus, tarifesinin makul getiriye⁸² içerecek şekilde

⁸¹ Kalın yazı tipine dönüştürme tarafımızca yapılmıştır.

düzenlemeye tabi olmasıdır.⁸³ EPK'nın 17 nci maddesinin altıncı fıkrasında düzenlemeye tabi tarifeler *“Bağlantı tarifeleri, iletim tarifesi, toptan satış tarifesi, dağıtım tarifeleri, perakende satış tarifeleri, piyasa işletim tarifesi ve son kaynak tedarik tarifesi”* şeklinde tadad edilmiştir.

Söz konusu maddenin altıncı fıkrasının (ç) bendi *“ç) (Değişik: 4/6/2016-6719/21 md.) Dağıtım tarifeleri: Dağıtım şirketleri tarafından hazırlanacak olan dağıtım tarifeleri, elektrik enerjisinin dağıtım sistemi üzerinden naklinden yararlanan tüm gerçek ve tüzel kişilere eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin uygulanacak hizmetlere ilişkin fiyatları, hükümleri ve şartları içerir. Dağıtım tarifeleri; dağıtım sistemi yatırım harcamaları, sistem işletim maliyeti, teknik ve teknik olmayan kayıp maliyeti, kesme-bağlama hizmet maliyeti, sayaç okuma maliyeti, reaktif enerji maliyeti gibi dağıtım faaliyetinin yürütülmesi kapsamındaki tüm maliyet ve hizmetleri karşılayacak bedellerden oluşur. Dağıtım şirketlerinin tarifelerine esas alınacak teknik ve teknik olmayan kayıplara ilişkin hedef oranlar bu kayıpları düşürmeyi teşvik edecek şekilde Kurul tarafından belirlenir. Kurulca belirlenen hedef oranlarını geçmemek kaydı ile teknik ve teknik olmayan kayıplara ilişkin maliyetler dağıtım tarifelerinde yer alır ve tüketicilere yansıtılır. Teknik ve teknik olmayan kayıplara ilişkin hedef oranlarının tespiti ve değiştirilmesi ile oluşacak maliyetin tarifelerde yer alması ve tüketicilere yansıtılmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından düzenlenir.”* hükmünü içermektedir. Anılan hükme dayalı olarak çıkarılan Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği, Dağıtım Sistemi Gelirinin Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ ve düzenleyici nitelikteki Kurul Kararları ile de dağıtım tarifesi hakkında ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.⁸⁴

⁸² Makul getiri, Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği'nin “tanımlar ve kısaltmalar” başlıklı dördüncü maddesinde, “yatırım harcamalarının finansmanında kullanılan kaynakların alternatif maliyetleri ve piyasa riskleri dikkate alınarak hesaplanan getiriyi” şeklinde tarif edilmiştir. Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun 18/11/2015 tarihli ve 5875-9 sayılı Kararı ile; elektrik dağıtım şirketlerinin 01/01/2016 tarihinde başlayacak III. Uygulama döneminde dikkate alınacak olan Reel Makul Getiri Oranı'nın % 12,66 (reel ve vergi öncesi) olarak belirlenmesine ve Düzeltilmiş Reel Makul Getiri Oranı'nın % 11,91 (reel ve vergi öncesi) olarak uygulanmasına, karar verilmiştir. Anılan oranlar 07.12.2017 tarihli ve 7501-12 sayılı Kurul Kararıyla 2018-2020 yılları için revize edilmiştir. Bkz. İnternet: <http://www.epdk.org.tr/TR/Dokumanlar/Elektrik/Mevzuat/KurulKararlari> adresinden 01.01.2018 tarihinde alınmıştır.

⁸³ Camadan, E. (2012). Elektrik Piyasasında Yeni Dönem ve Tarifeler, *Enerji Piyasası Bülteni*, (21), 30-34; Camadan, E. (2012). Elektrik Tarifeleri ve Gelir Farkı Düzeltme Bileşeni Uygulaması, *Enerji Piyasası Bülteni*, (23), 36-41; Camadan, E. (2012). Elektrik Tarifeleri ve Fiyat Eşitleme Mekanizması, *Enerji Piyasası Bülteni*, (22), 9-12.

⁸⁴ Türkmen, E. (2014). *Elektrik Piyasası ve Tarifeler*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 92 v.d.

Söz konusu mevzuat kapsamında dağıtım şirketinin gelir ve giderlerinin yoğun düzenlemelere tabi tutulduğu ve dağıtım tarifesinin ve tarifeye tabi unsurların EPDK tarafından belirlendiği söylenebilir. Öyle ki yatırım harcamaları ile yatırım harcamalarına ilişkin makul getiri, işletme giderleri, teknik ve teknik olmayan kayıp enerji tedarik maliyetleri ve iletim tarifesini kapsamında ödenen tutarlar dağıtım tarifesinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulmakta ve söz konusu bedeller Kurul tarafından tespit edilmektedir. Bu meyanda, tüketicilerin dağıtım şirketine ödemesi gereken bedellerin dağıtım şirketinin iradesiyle belirlenmediği, elektrik faturalarına yansıyan dağıtım faaliyetiyle ilgili dağıtım bedellerinin ve kesme-bağlama bedeli gibi özel bedellerin EPDK tarafından kararlaştırıldığı ifade edilebilir.⁸⁵

Bu çerçevede, dağıtım şirketleri, mevzuat kapsamında sayılan bedeller haricinde kullanıcılara hiçbir bedel uygulayamamakta, dağıtım faaliyetinin yürütülmesi için gerekli bedeller elektrik tüketen abonelerden karşılanmakta, diğer bir deyişle faaliyetin yürütülmesine ilişkin maliyet ve makul getiri tüketiciler tarafından finanse edilmektedir.⁸⁶

Ayrıcalıklardan bir diğeri ise dağıtım şirketleri lehine kamulaştırma yapılması hususudur. EPK'nın "Kamulaştırma" başlıklı 19 uncu maddesinin bir, üç, yedi ve sekizinci fıkraları⁸⁷ çerçevesinde;

- Dağıtım faaliyetinde bulunan lisans sahibi özel hukuk tüzel kişilerinin, dağıtım faaliyeti için gerekli olan kişilerin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlara ilişkin kamulaştırma talepleri EPDK tarafından değerlendirilmekte ve uygun görülmesi hâlinde Kurul tarafından kamu yararı

⁸⁵ AYM'nin yakın tarihli kararında "Dağıtım tarifeleri kapsamında bulunan bedeller ise dağıtım şirketlerinin dağıtım faaliyetlerini yürütebilmesi için gerekli olan maliyetlerden hareketle belirlenmektedir. Bu bağlamda dağıtım sisteminin kullanımına ilişkin bedellerin belirlenmesinde dağıtım faaliyetinin yürütülmesi kapsamında gerekli olan yatırım harcamaları ile yatırım harcamalarına ilişkin makul getiri, sistem işletim maliyeti, teknik ve teknik olmayan kayıp maliyeti, kesme-bağlama hizmet maliyeti, sayaç okuma maliyeti, reaktif enerji maliyeti ve iletim tarifesini kapsamında ödenen tutarlar gibi tüm maliyet ve hizmetler dikkate alınmaktadır." ifadelerine yer verilmektedir. Bkz. E. 2016/150, K. 2017/179, T. 28.12.2017, R.G. Tarih – Sayı: 15.2.2018 – 30333.

⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Korkutata, N. (2015). "Dağıtım Faaliyeti Bedelsiz Olabilir Mi?", *Enerji Piyasası Bülteni*, (41), 4-8; Alma, H. (2015). *Elektrik Dağıtım ve Perakende Satış Özelleştirmeleri: Şirket Değerlerinin Analizi*, Ankara: Tenva Yayınları, 54 v.d.

⁸⁷ Söz konusu fıkralara Ek-1'de yer verilmiştir.

kararı verilmekte olup kamulaştırma işlemleri TEDAŞ tarafından yapılmaktadır.

- Dağıtım faaliyeti için gerekli Hazineye ait taşınmazlar dışındaki kamu kurum veya kuruluşlarına ait taşınmazlar, Kurul tarafından verilecek kamulaştırma kararı uyarınca TEDAŞ tarafından, 2942 sayılı Kanunun 30 uncu maddesi uygulanarak temin edilmektedir.

- Dağıtım faaliyeti için gerekli Hazinesinin mülkiyetindeki veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlar üzerinde irtifak hakkı tesisi, kullanma izni verilmesi veya kiralama yapılabilmesi için EPDK'dan talepte bulunulmasını müteakiben bu talebin Kurulca uygun görülmesi hâlinde, Maliye Bakanlığı ile lisans sahibi dağıtım şirketi arasında lisans süresi ile sınırlı olmak üzere irtifak hakkı tesisi, kullanma izni veya kiralama sözleşmesi düzenlenmektedir.

Netice itibariyle, dağıtım faaliyetinin yürütülmesi için gerekli taşınmazların edinilmesi hususunda özel hukuk kişisi olan dağıtım şirketi lehine ayrıcalık tanınmıştır.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, yararına kamulaştırma hak ve yetkisi tanınan "idare"lerin kapsamına kamu kurum ve kuruluşları ile kamu tüzel kişilerinin yanında özel hukuk kişilerini de dahil etmekte, aynı Kanunun 5 inci ve 6 ncı maddeleri de bu kişiler lehine kamulaştırma yapılabileceğini hüküm altına almaktadır.⁸⁸

Gürsel, Kamulaştırma Kanunu'nun 2 nci maddesinin gerekçesinden bahsederek özel kişiler lehine kamulaştırma yapılabilmesi için buna imkan tanıyan özel yasal düzenlemenin bulunmasının zorunlu olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, özel düzenleme şartına ek olarak kamu yararının varlığı da gereklidir. Zira, esasında kamu hizmeti niteliğinde bulunan ve daha önce devlet tarafından görülen faaliyetler sadece özel hukuk kişileri tarafından yürütülmekte, kamulaştırma işlemi de özel hukuk kişisi yararına değil kamu yararına yapılmaktadır.⁸⁹

⁸⁸ Kanunun anılan maddeleri için bkz. İnternet: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2942.pdf> adresinden 27.01.2018 tarihinde alınmıştır.

⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kutlu Gürsel, M. (2012). *Kamulaştırma Hukuku* (Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 63-68.

Nitekim, EPK'nın kamulaştırma ile ilgili 19 uncu maddesi, kamulaştırma taleplerinin uygun görülmesi halinde Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun kamu yararı kararı alacağını hüküm altına almıştır. Zira, dağıtım şirketi, her ne kadar özel hukuk tüzel kişisi olsa da yürütülen faaliyet nedeniyle, dağıtım şirketinin ihtiyaç duyacakları taşınmazların kamu gücü kullanılarak elde edilmesine imkan tanınmıştır. Gürsel'in de ifade ettiği üzere, özel hukuk kişisi lehine kamulaştırma yapılmakla birlikte yürütülen faaliyetin kamu hizmeti niteliğini haiz olması ve kamu yararı içermesi nedeniyle esasında özel yarar değil kamu yararı gözetilmektedir.

1.2.5. Kamu Hizmeti Niteliği

Bu başlık altında dağıtım faaliyetinin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığı hususu ayrıntılı olarak incelenecektir. Elektriğin bir piyasa yapısıyla tüketicilere sunulması sonrasında piyasadaki tüm faaliyetlerin kamu hizmeti niteliğini haiz ve lisansın da kamu hizmeti gördürme usulü olduğu yönünde –kanaatimizce- yanlış değerlendirmeler yapıldığından dağıtım lisansı özelinde sağlıklı tespitlerde bulunmak için anılan lisansa tabi dağıtım faaliyetinin niteliği irdelenmiştir. Böylelikle de elektrik piyasasındaki her faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde olmadığı, hangi türde olursa olsun lisansın da kamu hizmeti gördürme usulü şeklinde nitelendirilemeyeceği hususundaki görüşümüze kapı aralanmıştır. Diğer bir deyişle, lisans ile kamu hizmeti arasındaki varolduğu zikredilen hukuksal bağın bulunmadığı yönündeki savımızın ilk adımı atılmıştır.

Devletin iktisat politikasındaki değişimlere paralel bir şekilde kamu hizmeti de tartışma konusu olmaktadır.⁹⁰ Ekonomik yaşamdaki üreten devlet ya da düzenleyen devlet konumu kamu hizmeti tanımındaki tartışmanın boyutunu ve yoğunluğunu değiştirmektedir. Örneğin özelleştirme ile ilgili tartışmalarda ve yargı kararlarında kamu hizmeti ve kamu yararı merkezi konumdadır.⁹¹ Özellikle doğal

⁹⁰ “İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra ortaya çıkan refah devleti uygulamaları devleti fonksiyonel anlamda büyütmüş, geniş ve yaygın bir kamu yönetimi örgütünü ortaya çıkarmıştır. 1970’li yıllardan sonra refah devletinin karşılaştığı kriz, neo-liberal politikalarla aşılırmaya çalışılmış, bu ise devletin çoğunlukla iktisadi alandan çekilmesi sonucunu doğurmuştur” bkz. Altın, A. (2013). “Kamu Hizmeti Anlayışında Değişim”, *Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 1 (2), 101-118.

⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Atiyas, İ., Oder, B. (2007). *Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi*, Ankara: TEPAV Yayınları.

tekellerin ya da rekabetin eksik olduğu piyasalardaki özelleştirme, yeniden yapılanma ve serbestleşme tartışmalarında kamu hizmeti önemli yer tutmaktadır.

Kamu hizmeti konusunda görüş birliği bulunmadığı idare hukuku doktrininde ve hatta yargı kararlarında sıklıkla dile getirilen bir husustur.⁹² Ancak yine de bir tanım verilmeye çalışılmaktadır. Zira idare hukukundaki bir çok müessese kamu hizmeti kavramı etrafında tanımlanmaya çalışılmaktadır.⁹³

Kamu hizmeti doktrinde genel olarak organik, şekli ve maddi ölçüte göre tanımlanmaktadır.

Organik ölçüte göre bir faaliyet, idare tarafından yürütülmesi halinde kamu hizmeti niteliğini haiz olabilir. Maddi ölçüte göre ise faaliyetin kim tarafından yürütüldüğü değil ortak ve genel bir ihtiyacı karşılaması ve bu yolla kamu yararını sağlaması halinde kamu hizmeti söz konusudur.⁹⁴ Şekli ölçüte göre ise kamusal yetki ve usuller kullanılarak yerine getirilen faaliyetler kamu hizmetidir.⁹⁵

Duguit ve Jeze'nin içinde yer aldığı kamu hizmetinin kurucusu olan Bordeaux Ekolünde, *"İdare hukuku kamu hizmeti kavramı üzerine inşa edilmiştir."*⁹⁶ Toplumun iyiliğine çalışmak ve bu doğrultuda da toplum için gerekli ve faydalı faaliyetleri yerine getirmek devletin varlık sebebidir.⁹⁷ *"Kavram hem idarenin ve onun örgütlenmesi ve faaliyetlerini kurallara tabi kılan idare hukukunun varlık sebebini hem de içeriğini belirler."*⁹⁸

⁹² Kamu hizmetini devletin varlık sebebi olarak kabul eden Uler'e göre ise "kamu hizmetinin belirsiz kavram olduğu doğru değildir....kamu hizmetleri belirsiz değildir, gördüğümüz zaman tanırınız." Bkz. Uler, Y. (1998). "Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti", *Anayasa Yargısı*, c.15, 254.

⁹³ Yılmaz, D. (2008). "Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XII (1-2), 1217.

⁹⁴ Uz, A. (2011). *Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Devri Bakımından Anayasal Sınırlar* (1. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, 9; Valette, J.-P.. (2013). *Droit Des Services Publics* (2. Édition), Paris: Ellipses Édition, 50-52.

⁹⁵ Valette, a.g.e., 52-53; Tiryaki, R. (2014). "Ekonomik Özgürlüklerin Kamu Hizmetinin Görülüş Usulleriyle İlişkisi", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (1), 79.

⁹⁶ Atay, *İdare Hukuku*, 585.

⁹⁷ Eroğlu, H. (1985). *İdare Hukuku* (5. Baskı), Ankara: Işın Yayıncılık, 16.

⁹⁸ Atay, *İdare Hukuku*, 585.

Doktrinde objektivisit⁹⁹ kamu hizmeti anlayışı olarak nitelendirilen görüşlerin sahibi olan Duguit'de *"kamu hizmetleri, toplumsal dayanışmanın, toplumsal işbölümü sonucu zor kullanma tekelini elinde tutanlara yüklediği görevler olarak algılanmaktadır."*¹⁰⁰ Duguit, kamu hizmetini; *"toplumsal dayanışmanın gerçekleşmesi ve gelişmesi için yönetenler tarafından sağlanmaları, düzenlenmeleri ve denetlenmeleri gereken ve doğası gereği ancak yönetici gücün devreye girmesiyle tamamıyla yerine getirilmeleri mümkün olan faaliyetlerdir."*¹⁰¹ şeklinde tanımlamaktadır.¹⁰²

Karahanoğulları, Duguit'nin tanımında iki unsurun bulunduğunu, birincisinin faaliyetin toplumsal dayanışma için kaçınılmaz nitelik taşıması, ikincisinin ise faaliyetin ancak devlet gücü kullanılarak yerine getirilmesi ve bunun da piyasa yetersizliğinin farklı bir ifadesi olduğunu belirtmektedir.¹⁰³ Nitekim Ulusoy'a göre de *"Duguit'inin mutlakçı kamu hizmeti anlayışına göre eğer ortada toplumsal yaşam için mutlaka gerekli bir faaliyet varsa ve bu faaliyet özel girişim tarafından düzenli ve sürekli bir şekilde yürütülmüyorsa, o faaliyet doğası gereği kamu hizmetidir ve idare tarafından üstlenmesi gerekir."*¹⁰⁴

Subjektivist anlayışın kurucusu olan Jeze'ye göre "sadece ve sadece belirli bir zamanda, belirli bir ülkede yönetenlerin kamu hizmeti usulüyle karşılamaya

⁹⁹ Karahanoğulları ise Duguitinin salt objektivist olarak nitelendirilemeyeceğini şu görüşleri ile dile getirmektedir. "Toplumsal dayanışmanın gerçekleşmesi ve gelişmesi için kaçınılmaz olan ve gerçekleştirilebilmeleri yönetenlerin gücünü gerektiren faaliyetlerin neler olduğu yine yönetilenlerce belirtilecektir. Elbette toplumsal dayanışmanın gerekleriyle sınırlı ve toplumsal dayanışmanın aksamamasının doğuracağı olumsuz sonuçlarla yaptırıma bağlanmış olarak yapılacaktır bu belirleme." Bkz. Karahanoğulları, O. (2004). *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)* (2. Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi, 33.

¹⁰⁰ Karahanoğulları, a.g.e., 27; aynı yönde diğer bir değerlendirme için bkz. Mısır, M. B. (2013). "Hukuk ve Devlet Özdeşliğinin Ötesinde Kamu Hukuku", *Ankara Barosu Dergisi*, S.2013/3, 227-228

¹⁰¹ Duguit, L. (1928). *Traité De Droit Constitutionnel* (3.Édition), 61 (internet: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57261436/f69.image.r=.langEN>); Karahanoğulları da benzer bir tanım yapmaktadır: "Kamu hizmeti, karşılıklı toplumsal bağımlılığın (toplumsal dayanışmanın-OK) gerçekleşmesi ve gelişmesi için kaçınılmaz ve niteliği gereği tam olarak gerçekleşmesi ancak yönetici gücün devreye girmesiyle mümkün olması nedeniyle yönetenlerce sağlanması, düzenlenmesi ve denetlenmesi gereken faaliyetlerdir." Bkz. Karahanoğulları, a.g.e., 31.

¹⁰² Hukuk ve devletin kökenini sosyal olguya bağlayan akımın öncülerinden sayılan Duguit'de hukukun kökeninde sosyal dayanışma vardır. Ayrıca devlet, "hukuka tabi bir hizmet kurumu" olarak sosyal dayanışmayı gerçekleştirir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öktem, N., Türkbağ, A.U. (2012). *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet* (5. Baskı), İstanbul: Der yayınları, 307-315.

¹⁰³ Karahanoğulları, a.g.e., 31.

¹⁰⁴ Ulusoy, A. (2004). *Kamu Hizmeti İncelemeleri* (1.Baskı), İstanbul: Ülke Kitapları, 12.

karar verdikleri ortak ihtiyaçlar kamu hizmetleridir.”¹⁰⁵ Truchet'e göre de kamu hizmetleri siyasi iktidar tarafından belli faaliyetlere yapııştırılan etiketten ibarettir.¹⁰⁶

Ramu de Bellescize, Fransız Danıştay ile Anayasa Mahkemesi'nin Fransa gaz şirketi ile otoyol şirketinin özelleştirmeleri ile ilgili verdiği kararlarından yola çıkarak söz konusu mahkemelerin anılan kişilerin faaliyetlerinin anayasal kamu hizmeti olmadığı yönünde kararlar verdiğini nakletmektedir. Yazar, bu faaliyetlerin anayasal kamu hizmeti niteliğinde değerlendirilmesinin de mümkün görülebilebileceğini belirtmekte ve bu durumun kamu hizmeti kavramının değişken bir kavram olduğu fikrini güçlendirdiğini ve kamu hizmetinin hukuki mülahazalardan çok siyasi tercihlere göre evrildiğini gösterdiğini belirtmektedir.¹⁰⁷

Lachaume, Fransız Danıştay'ının “Narcy” kararında, özel hukuk kişilerinin yürüttüğü bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için üç şart öngördüğünü belirterek bunları, faaliyetin doğrudan kamu yararını tatmine yönelmesi (*concourir directement à la satisfaction de l'intérêt général*), faaliyeti yürütenin kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olması ve idarenin denetimine tabi bulunması şeklinde sıralamaktadır.¹⁰⁸ Aşağıda da değinileceği üzere, Fransız Danıştay'ının sonraki kararlarında, kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olma kriteri zorunlu kriter olmaktan çıkmıştır.¹⁰⁹

Foillard, kamu hizmetinin, her ne kadar teşebbüs özgürlüğü gibi bireysel özgürlüklerin sınırlandırılmasına neden olsa da, özellikle sosyal dayanışmanın sağlanmasına katkıda bulunduğunu, gelişimi ve sınırlandırılmasının ekonomik faktörlerden ziyade siyasi tercihlere dayandığını ileri sürmektedir. Yazar, bir faaliyetin kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi için gereken kamu yararı kriterinin kamu otoritesi tarafından belirlendiğini ve bu nedenle kamu hizmetinin kurulmasının subjektif bir konu olduğunu, bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde tereddüt varsa faaliyeti yürütmekle yetkili otoritenin söz konusu etkinliğe kamu

¹⁰⁵ Karahanoğulları, a.g.e., 39.

¹⁰⁶ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 13.

¹⁰⁷ De Bellescize, R. (2006). “Grandeur Et Servitude De La Notion De Service Public Constitutionnel”, *RFDA*, 1163.

¹⁰⁸ Lachaume, J.-F. (1999). *Les Grandes Décisions De La Jurisprudence*, Presses Universitaires De France, 209 v.d.

¹⁰⁹ Esplugas, P. (2012). *Le Servis Public* (3. Édition), Paris: Dalloz, 55; Houser, M., Donier, V., Droin, N. (2015), *Le Droit Administratif Aux Concours*, Paris: La Documentation Française, 20-21.

hizmeti payesi verme amacının (niyetinin) bulunup bulunmadığına bakılması gerektiğini belirtmektedir.¹¹⁰

Janicot, Fransız Danıştay'ının geçmişten bugüne kadar verdiği kararlardan yola çıkarak, kanun koyucunun bir faaliyeti açıkça kamu hizmeti şeklinde nitelendirmesi ya da nitelendirmemesi hali dışında, özel hukuk kişisi tarafından yürütülen faaliyet kamuya yararlı bir faaliyetse ve idarenin kontrolü altında yürütülüyorsa bu faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi için ya yürüten kişinin kamu gücü ayrıcalıklarına sahip bulunması ya da aşkın yükümlülüklerle tabi olması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre yürütülen faaliyetin kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesinde kamu gücü ayrıcalıklarına sahip bulunmak zorunlu unsur olmaktan çıkmıştır. Aşkın yükümlülüklerle kastedilen ise faaliyetin icrasıyla ilgili örneğin sosyal, ekonomik ya da çevresel yapma ya da yapmama yükümlülükleri ile hizmetin sürekliliğine, değişkenliğine ve hizmetten faydalanmaya ilişkin yükümlülüklerdir. Yazar, "kontrol" tabiri ile idarenin, hizmeti yürütecek özel hukuk kişisinin kurulması, teşkilat yapısı ve işleyişi ile finansmanındaki rolünün kastedildiğini, örneğin bir kamu tüzel kişisi tarafından kurulma, yönetim kurulunda üyenin bulunması, veto hakkının varlığı gibi hususların bu anlama geldiğini belirtmektedir.¹¹¹

Sıddık Sami Onar kamu hizmetini; "*Devlet veya diğer amme hükmi şahısları tarafından veya bunların nezaret ve murakabaları altında umumi ve kollektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, amme menfaatini sağlamak için icra edilen ve umuma arzedilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetler*"¹¹² olarak tanımlamaktadır. Onar'a göre;

"...hususî hukuktakinden ayrı bir usûl ile görülmesini âmme hizmetinin umumî bir karakteri ve unsuru saymak, âmme hizmeti olduğunda bugün şüphe edilemeyen sınaî ve iktisadî âmme hizmetleri adı altında toplanan bir çok faaliyetlerin bu mahiyetini inkara müncer olur...Amme usulünün amme hizmetinin bir unsuru sayılması...hakimiyet telakkisinin bir devamından başka bir şey değildir...Esasen amme hukukundaki usullerin idare için bir imtiyaz teşkil ettiği, idarenin böyle bir hizmeti tamamen veya kısmen hususî hukuk

¹¹⁰ Foillard, P. (2011). *Droit Administratif*, Orléans: Éditions Paradigme, 227.

¹¹¹ Janicot, L. (2008). "L'identification Du Service Public Géré Par Une Personne Privée", *RFDA*, 67.

¹¹² Onar, S. S. (1960). *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul: Hak Kitabevi, c.I, 13.

usul ve vasıtaları ile de görebileceği müellifler tarafından...kabul edilmektedir. Bu itibarla âmme hukukuna mahsus usuller ve üstün salâhiyetlerle görülmesini âmme hizmetinin mahiyetinden çıkan bir netice ve âmme hizmetlerinde ekseriyetle tesadüf edilen ve âmme hizmetine mahsus olan bir vasıf olarak kabul etmekle beraber bunu amme hizmetinin ayrılmaz bir unsuru ve zarurî bir vasfı olarak saymıyoruz.”¹¹³

Özay’a göre ise, kamu hizmetleri kısaca su üç öğeden oluşmaktadır:

- “1. Ortak, genel yani kollektif ve karşılanmamış bir gereksinimin bulunması;*
- 2. Bu ihtiyacın bir kere giderilmekle tükenmeyip süreklilik göstermesi ve*
- 3. Giderilmediği, daha doğrusu topluma haz vererek giderilmediği, yani tatmin edilmediği takdirde de bir huzursuzluğun başgöstereceği ve böylece kamu düzeninin bozulabileceği öngörüsü.”¹¹⁴*

Görüldüğü üzere, Onar ve Özay’ın görüşlerinde bir faaliyeti kamu hizmeti olarak nitelendirebilmek için *“faaliyetin kamusal usullerle yürütülüp yürütülmemesi başlı başına belirleyici bir faktör değildir.”¹¹⁵* Diğer bir deyişle anılan yazarlarda faaliyetin kamu hizmeti niteliğinin tespitinde şekli ölçüte değer atfedilmemektedir.

Duran’a göre *“Kamu hizmetleri, Devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin toplumun, halkın veya umumun ya da toplulukların genel ortak ihtiyaçlarını gereği gibi karşılamak amacıyla ele alıp doğrudan doğruya ifa ettiği, ya da buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı her türlü faaliyetlerdir.”¹¹⁶* Duran, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesinde amaç (gereği gibi karşılamak) ve sorumlu organın niteliğini ön plana çıkarmakta,¹¹⁷ şekli ölçütü ise kriter olarak kabul etmemektedir.

Akyılmaz-Sezginer-Kaya ise kamu hizmeti niteliğinin tespitinde yasama organının iradesini öne çıkararak şu ifadelere yer vermektedirler: *“...o halde neyin kamu hizmeti olduğu yolunda organik, maddi ve şekli bakış açılarından çok yasama organının iradesi önemlidir. ...kamu hizmeti, yasama organınca kamu*

¹¹³ Onar, a.g.e., 23.

¹¹⁴ Özay, İ. H. (1998). “Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yasa” ya da “A Tes Amour”, *İÜHF*, 56 (1-4), 295.

¹¹⁵ Özay, “Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı...”, 295.

¹¹⁶ Duran, L. (1982). *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 307.

¹¹⁷ Çal, S. (2007). “Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XI (1-2), 607.

hizmeti olarak nitelendirilen idare ya da onun denetim ve gözetimi altında özel kişilerce, kamu yararı amacıyla, kamusal bir ihtiyacı tatmin için yapılan faaliyete verilen isimdir."¹¹⁸

Gülan'a göre kamu hizmeti, *"toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyettir."*¹¹⁹ Gülan ayrıca, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesinde kanun koyucunun iradesinin esas teşkil ettiğini belirtmekte ve fakat organik kriterle beraber diğer kriterlerin kamu hizmeti keyfiyetini doğrulamadığı bir faaliyetin kanun koyucu tarafından kamu hizmeti şeklinde düzenlenmesinin kabul görmeyeceğini savunmaktadır.¹²⁰

Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk kamu hizmetini, *"giderilmesinde kamu yararı bulunan bir toplumsal gereksinmeyi karşılamak amacıyla, kamu tüzel kişileri ya da onların gözetim ve denetimi altında özel girişim tarafından, özel bir hukuk düzeni içinde yürütülen etkinlikler"*¹²¹ olarak tanımlamıştır. Söz konusu tanımda öne çıkan unsur ise özel bir hukuk düzeni (özel hukuki rejim) kavramıdır.

Günday ise kamu hizmetini, *"Siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetler"*¹²² şeklinde tanımlamaktadır. Söz konusu tanımda öne çıkan unsur ise bir faaliyetin kamu hizmeti vasfıyla nitelendirilebilmesinin siyasal organların iradesine bağlı bulunduğu hususudur.¹²³ Günday, ayrıca, faaliyetin niteliğine ilişkin olarak kanunda açıklık olmadığı hallerde kamulaştırma, ceza kesme veya tekel kurma gibi kamusal yetki ve usullerin yanı sıra, faaliyetin yürütülmesine ilişkin sözleşmelerde özel hukuku aşan kayıt ve

¹¹⁸ Akyılmaz, B., Sezginer, M., Kaya, C. (2011). *Türk İdare Hukuku* (Güncellenmiş 2. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 469.

¹¹⁹ Gülan, A. (1988). "Kamu Hizmeti Kavramı", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 9 (1-3), 148.

¹²⁰ Gülan, a.g.m., 154.

¹²¹ Giritli, İ., Bilgen, P., Akgüner, T., Berk, K. (2012). *İdare Hukuku* (Güncellenmiş 5. Baskı), İstanbul: Der Yayınları, 1048.

¹²² Günday, M. (2011). *İdare Hukuku* (10. Baskı), Ankara: İmaj Yayınevi, 332.

¹²³ Kır, A. (2013). *Kamu Hizmetinin Görülme Usullerinden Ruhsat Usulü ve Elektrik Piyasası Örneği*, Ankara: Yetkin Yayınları, 29.

şartların bulunması gibi ölçütlere bakılarak kanun koyucunun iradesinin tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir.¹²⁴

Gözler'e göre kamu hizmeti, *"bir kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararı amacına yönelik faaliyetlerdir. Diğer bir ifadeyle kamu hizmeti, kamu tüzel kişisi tarafından sağlanan veya üstlenilen kamu yararı amacına yönelik bir faaliyettir."*¹²⁵ Söz konusu tanımda öne çıkan unsur kamu yararı kavramıdır. Nitekim Gözler, özel hukuku aşan rejimin bir faaliyeti kamu hizmeti olarak nitelendirmek için gerekli olmadığını belirtmektedir.¹²⁶

Atay, yasama organının iradesi ile spesifik hukuksal rejim kriterlerini öne çıkardığı kamu hizmeti tanımını *"...özel bir hukuki rejime uygun olarak idare örgütü tarafından bizzat ve/veya bunların yakın denetim ve gözetimi altında yürütülen, yürütülmesinde kamu yararı bulunan ve bu hususun da siyasal karar almaya yetkili devlet organınca öngörüldüğü faaliyetlerdir."*¹²⁷ şeklinde yapmaktadır.

Ulusoy'a göre *"Kamu yararı içermesi ve özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmasının mümkün olamaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olamayacak bir ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine (spesifik hukuki rejim) tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen faaliyet kamu hizmetidir"*¹²⁸ Söz konusu tanımda ayırıcı unsurlar özel faaliyet olarak gereği gibi sunulamama ve spesifik hukuki rejim kriterleridir. Ulusoy ayrıca, hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı hususunda siyasi iktidar/yasama organının iradesine bakmak gerektiğini, söz konusu iradenin kanunda varlığı aşıkâr ise buna göre hareket edilmesini ileri sürmektedir. Açıklığın bulunmadığı durumda o faaliyet için öngörülen hukuksal

¹²⁴ Günday, *İdare Hukuku*, 333.

¹²⁵ Gözler, K. (2009). *İdare Hukuku* (Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 2. Baskı), c.2, Bursa: Ekin Yayınevi, 253.

¹²⁶ Yazar, konuya ilişkin şu ifadeleri kullanmaktadır: *"... kamu hizmetlerinin bir kısmı kamu hukuku rejimine tabidir. Bu tür kamu hizmetlerini yürüten kamu tüzel kişileri ve onun kontrolü altındaki özel hukuk tüzel kişileri özel hukuku aşan bir takım kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülüklerine tabi kılınmışlardır. Ancak kamu hizmetleri(nin) diğer bir kısmı (sınai ve ticari kamu hizmetleri) kural olarak özel hukuka tabidir. Dolayısıyla bir faaliyete özel hukuk uygulansa bile, o faaliyet kamu hizmeti niteliğinde olabilmektedir. O nedenle, özel hukuku aşan hukuki rejim şartı kamu hizmetinin tanımında olmazsa olmaz bir şart değildir. Bu şartı yerine getirmese bile bir faaliyet kamu hizmeti olarak nitelendirilebilir."* Gözler, a.g.e., c. 2, 268.

¹²⁷ Atay, *İdare Hukuku*, 590.

¹²⁸ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 13.

rejime itibar edilmesi gerektiğini belirterek anılan rejimin, kamu hizmeti için klasik anlamda kabul edilmiş hukuksal rejim olması halinde faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde kabul edilmesini, kuşkada kalınması durumunda ise kamu hizmeti olmadığının değerlendirilmesini iddia etmektedir. Zira, Yazar, *“kamu hizmeti olarak kabul edilen her faaliyet(in), temel hak ve özgürlükleri (örn.girişim özgürlüğü) sınırlayıcı etki doğurduğu gibi, kamu harcamalarını ve dolaylı veya doğrudan vergileri artıracığı için sosyo-ekonomik sonuçları da”*¹²⁹ bulunabileceğini savlamaktadır.

Tiryaki ise yasama organının iradesi ile spesifik hukuksal rejim kriterlerini öne çıkardığı tanımını şu şekilde yapmaktadır: *“(K)endine özgü bir hukuksal rejim içinde idare veya onun sorumluluğunda özel hukuk kişilerince yürütülmesiyle kamu yararı elde edileceği yetkili organlarca kararlaştırılan faaliyetler kamu hizmetleridir”*¹³⁰

Karahanoğulları'na göre *“kamu hizmeti, siyasal alanın örgütünce (devletçe) kısmen veya tamamen üretim ilişkileri alanının zorunluluklarından bağışık kılınarak üstlenilen ve kamusal (siyasal) alana dahil edilen faaliyetlerdir.”*¹³¹ Yazar ayrıca, kamu hizmetinin kurulmasında kurucu rolün devlete ait olduğunun kabulünü zorunlu addetmekte ve fakat devletin kurucu iradesinin keyfi biçimde ortaya çıkamayacağını belirtmektedir. Zira, anılan iradenin, varlığını güvence altına almayı üstlendiği üretim biçimlerinin ve kendi varlığının gerekleri ile belirlendiğini ve sınırlandığını ifade etmektedir.¹³²

Rivero'da kamu hizmetinin yegane amacının kamu yararını tatmin olduğunu belirterek kamu hizmeti kurmanın, idarenin müdahale etme zorunluluğunu kabul etmeyi gerektirdiğini belirtmektedir.¹³³

Çal ise rekabet, ekonomik hak ve özgürlükler ile kamusal korunma gereksiniminden yola çıkarak kamu hizmetini *“Toplumdaki bir gereksinimin rekabet*

¹²⁹ Ulusoy, A. (2002). *Telekomünikasyon Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 15-16; Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 29-30.

¹³⁰ Tiryaki, a.g.e., 235.

¹³¹ Karahanoğulları, a.g.e., 54.

¹³² Karahanoğulları, a.g.e., 58.

¹³³ Rivero, J. (1980). *Droit Administratif* (9. Édition), Paris: Dalloz, 439.

içerisinde gerektiği gibi tam olarak tatmin edilemediği takdirde, kamusal güvenlik gerekçeleriyle rekabet unsurunun aranmayacağı haller kapsama dahil edilmek üzere, idarenin yürüttüğü veya kendi denetim, gözetim ve sorumluluğu altında özel kişiler eliyle sözleşme ilişkisi içerisinde yürütülmesi yoluna gidebildiği faaliyetlerdir.” şeklinde tanımlamaktadır. Yazar, doktrindeki bazı yazarların tanımlarıyla benzerliğini belirttiği tanımının ayırıcı yönünü ise şu ifadelerle açıklamaktadır: “...tanımlardan ayrılan yönü, kamu hizmeti sayılabilmeyi teminen idarenin bir faaliyeti yürütmesinde, idarenin tek yanlı iradesiyle yürütmeye karar vermesi olasılığının açık biçimde bertaraf edilmesi ve bu bağlamda rekabet içerisinde yerine getirilememe unsurunu idarenin yürütmeye yönelik üstlenme kararında bir önkoşul olarak öne çıkarması, giderek bunun bir istisnası olarak da kamusal güvenlik unsurunu tanım içerisine yerleştirmesi olarak belirtilebilir.”¹³⁴

Özeke, diğer kamu hizmetlerinden hukuki rejiminin farklı olması gerektiğini belirttiği ekonomik nitelikli kamu hizmetlerini, “*toplumsal ihtiyaçların giderilmesi için (ağırlıklı olarak) özel hukuk kişilerince ve / veya gerektiğinde doğrudan idare tarafından (genel idare esasları dışında) özel idare esaslarına göre yürütülen, ekonomik yönü ağır basan ve yeterli ölçüde rekabete açık olmadığı (ya da rekabet arzu edilen sonuçları sağlamakta yetersiz kaldığı) için ekonomik (fiyat/meccanilik), teknik (kalite /süreklilik) ve sosyal (evrensel hizmet ve sosyal adalet / yararlanmada eşitlik) yönlerden yoğun idari düzenlemeye (ve denetime) tabi tutulan faaliyetlerdir.*”¹³⁵ şeklinde tanımlamaktadır.

Yukarıda yer verilen tanımlardan yola çıkıldığında, Türk doktrininde genel olarak kamu hizmetinin organik ve maddi kriteri açısından bir oydaşmadan söz edilebilmesi mümkün iken şekli kriter açısından aynı şeyi söylemenin mümkün olmadığıdır.¹³⁶

¹³⁴ Çal, *Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi*, 615; Yazarın diğer tanımı ise “*Toplumdaki bir gereksinimin rekabet içerisinde gerektiği gibi tam olarak tatmin edilemediği takdirde, kamusal güvenlik gerekçeleriyle rekabet unsurunun aranmayacağı haller kapsama dahil edilmek üzere, idare tarafından yürütülen faaliyetlerdir.*” şeklindedir. Bkz. Çal, *Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi*, 622.

¹³⁵ Özeke, E. (2004). *Ekonomik Nitelikli Kamu Hizmetlerinin İdari Düzenlenmesi*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 74.

¹³⁶ Kır, a.g.e., 33; Tiryaki, a.g.m., 76.

AYM'nin kamu hizmetine yaklaşımı 09.12.1994 tarihli kararında aşağıdaki gibi ifade edilmiştir:

"Kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır. Bununla birlikte kamu hizmeti çeşitli biçimlerde tanımlanmaya çalışılmıştır. En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.

Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturmuştur. Çünkü, bunun yokluğu toplum yaşamını altüst eder. Bir kamu hizmeti, ülke çapında, tüm halkın gereksinmesine yanıt verebileceği gibi; belli bir yörede belli bir topluluğun gereksinmesini de karşılayabilir. Başka bir anlatımla, hizmetin ülkesel, yöresel veya toplumun bir kesimi için söz konusu olması onun kamu hizmeti olma niteliğini etkilemez. "Kamu hizmeti kavramı"nın gerek öğretide gerekse uygulamalarda Devletçe ve öteki kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamın da gittikçe genişlediği bir gerçektir. Çağdaş kamu hizmeti kavramına giren hizmetler yalnızca devlet etkinlikleri ile sınırlandırılmaz.

Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 26.3.1974 günlü, Esas 1973/32, Karar 1974/11 sayılı kararında, "...kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindendir" denilerek, elektrik hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu açıkça vurgulanmıştır.

Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımıyla bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasakoyucunun istenci rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur.

Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez. Nitekim, Anayasa'nın 47. maddesinde, "kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler....

devletleştirilebilir" denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir.¹³⁷

Yüksek Mahkeme yukarıda yer verilen ifadelerinden de anlaşılacağı üzere, objektivist kamu hizmeti anlayışını benimsemiştir. Diğer bir deyişle kamu hizmetini kurma yönünde yasa koyucunun adeta hakkını teslim etmekte ve fakat –bu hakkın sınırsız olmadığını belirterek- değerlendirme yapma hakkını saklı tutmakta, anılan değerlendirmeyi de niteliği gereği kamu hizmeti anlayışına dayandırmaktadır. AYM, 28.06.1995 tarihli bir diğer kararında da aynı anlayışı devam ettirmiştir.¹³⁸

AYM'nin yakın tarihli bir kararında yer verdiği *"Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmetinin ..."*¹³⁹ ifadeleriyle, yine yakın tarihli bir kararındaki *"Kamu hizmeti, geniş tanımıyla, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir."*¹⁴⁰ ifadeleri, objektivist kamu hizmeti anlayışını devam ettirdiğini göstermektedir.¹⁴¹

Danıştay'ın yakın tarihli bir kararında da *"...Bu itibarla, her ne kadar temyize konu Mahkeme kararında, davalı şirketin özel hukuk tüzel kişisi ve dava konusu işlemlerin de özel hukuk işlemi olduğu ifade edilmişse de, özel faaliyetler için söz konusu olamayacak üstün ayrıcalıklara sahip olan, yükümlülükler rejimine tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından*

¹³⁷ E. 1994/43, K. 1994/42-2, T. 9.12.1994 RG Tarih-Sayı: 24.01.1995-22181; Kalın yazı tipine dönüştürme tarafımızca yapılmıştır.

¹³⁸ E. 1994/71, K. 1995/23, T. 28.6.1995, RG Tarih-Sayı: 20.03.1996-22586.

¹³⁹ E. 2011/27, K. 2012/101, T. 5.7.2012, RG Tarih-Sayı: 06.10.2012-8433.

¹⁴⁰ E. 2005/10, K. 2008/63, T. 21.2.2008 ,RG Tarih-Sayı: 07.11.2008-27047.

¹⁴¹ AYM'nin objektivist kamu hizmeti anlayışı doktrinde eleştirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, a.g.e., c.2, 262; Ulusoy, A. (1999). "Fransız ve AB Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 48 (1-4),165-176.

*üstlenilen kamu hizmeti niteliğindeki elektrik dağıtım faaliyetini yürüten...*¹⁴²
ifadeleriyle elektrik dağıtım faaliyetinin kamu hizmeti niteliğine vurgu yapılmıştır.

Yukarıda yer verilen kararlardan bahsedilmesini gerektiren diğer bir önemli husus ise elektrik dağıtım faaliyetinin kamu hizmeti niteliğinde olduğunun yargı organları tarafından kabulüdür.

Nitekim doktrinde de elektrik dağıtım faaliyeti kamu hizmeti niteliğinde görülmektedir. Örneğin Ergün, elektrik piyasası faaliyetlerinin kamu hizmeti olup olmadıkları hususunda genel bir değerlendirme yapılamayacağını, zira, kanun koyucunun faaliyetler için değişik hükümler ve amaçlar öngördüğünü, her ne kadar ortak vasıflar olsa da faaliyetlerin hukuki niteliklerini etkileyebilecek önemli farklılıklar bulunduğunu, netice itibarıyla sadece iletim ve dağıtım faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliğini tazammun ettiğini belirtmektedir.¹⁴³

Gönen de kamu hizmetinin organik, şekli ve maddi ölçütünden yola çıkarak iletim ve dağıtım faaliyetlerini kamu hizmeti kabul etmektedir.¹⁴⁴

Sonuç olarak dağıtım faaliyeti, gerek doktrindeki kamu hizmetine ve dağıtım faaliyetine ilişkin görüşler, gerekse de yargı kararları çerçevesinde kamu hizmeti kabul edilmektedir.¹⁴⁵

Kanaatimizce;

- rekabet içerisinde sağlanması mümkün olmayan ve doğal tekel halinde yürütülen stratejik önemi haiz kamu yararı içeren bir faaliyet olması, EPDK ve

¹⁴² D. 13. D. E. 2016/898 K.2016/4091, T. 05.12.2016; aynı ifadelerin geçtiği diğer bir karar için bkz. 13.D. E.2012/1871, K.2013/276, T.06.02.2013, her iki karar da İnternet: <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/> adresinden 01.11.2017 tarihinde alınmıştır.

¹⁴³ Ergün, Ç. E. (2010). *Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti* (1. Baskı), Ankara: Çakmak Yayınevi, 87.

¹⁴⁴ Gönen, a.g.e., 36.

¹⁴⁵ Tansuğ, elektrik sektöründe kamu hizmetine ilişkin yaklaşımların Fransız ve Türk Hukukunda farklı olduğunu, Türk Hukukunda elektrik hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğinin doktrin ve yargı kararlarıyla tanındığını, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nda bir kez dahi "kamu hizmeti" teriminin kullanılmadığını, anılan Kanunun genelinde elektrik hizmetlerinin ticarileştirilmesi bakış açısının hakim bulunduğunu belirtmektedir. bkz Tansuğ, a.g.e., 235-236.

ETKB'nin yoğun düzenleme, gözetim ve denetimi altında bulunması, tarifesinin makul getiriye içerecek şekilde EPDK tarafından belirlenmesi ve lehine kamulaştırma yapılması, eşitlik ve nesnellik ilkeleri altında sürekli ve kaliteli gördürülmek zorunluluğu gibi belli ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine tabi tutulması,

- dağıtım şirketinin, mevzuat ihlallerinin dağıtım faaliyetini Kurum tarafından hazırlanan ikincil mevzuatta belirlenen usul ve esaslara uygun biçimde yerine getirmesini kabul edilemeyecek düzeyde aksattığının veya mevzuat ihlallerinin dağıtım faaliyetinin niteliğini ya da kalitesini kabul edilemeyecek düzeyde düşürdüğünün belirlenmesi durumunda lisans iptaline varan yaptırımların uygulanması¹⁴⁶, lisans iptali yaptırımının uygulandığı her durumda, eş zamanlı olarak işletme hakkını devreden ve hizmetin asıl sahibi TEDAŞ'a lisans verilmesi¹⁴⁷, EPDK tarafından tüketicilerin korunması ve hizmetlerin aksamaması için, lisansı sona erdirilen dağıtım bölgesi için başka bir tüzel kişiye dağıtım lisansı verilene kadar her türlü önlemin alınabilmesi¹⁴⁸

hususları dağıtım faaliyetinin kamu hizmeti niteliğinin göstergeleridir. Kısaca söylemek gerekirse, tatmininde kamu yararı vardır,¹⁴⁹ rekabet altında yürütülmesi mümkün değildir, ağ faaliyeti olması hasebiyle elektrik piyasasında hayati önemi haizdir, belli ayrıcalıklar ve yükümlülüklerden oluşan bir rejime tabidir ve yoğun bir regülasyon faaliyeti altında yürütülmektedir.

¹⁴⁶ Bkz. EPK.m.16.

¹⁴⁷ Elektrik Piyasasında Dağıtım ve Tedarik Lisanslarına İlişkin Tedbirler Yönetmeliği'nin "(2) Kanunun 16 ncı maddesinin;

a) Birinci fıkrası çerçevesinde dağıtım veya tedarik lisansı sahibi tüzel kişilerin lisansının iptal edilmesine ilişkin koşulların oluşması halinde, ilgili tüzel kişinin lisansı iptal edilerek;

b) İkinci fıkrası çerçevesinde dağıtım veya tedarik lisansı sahibi tüzel kişilerin lisansının iptal edilmesine ilişkin koşulların oluşması durumunda, Kurul tarafından ilgili tüzel kişinin lisansının iptal edilmesine karar verilmesi halinde,

bu Yönetmeliğin 10 uncu maddesi kapsamında TEDAŞ'a lisans verilir." hükmünü içeren 5 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca dağıtım şirketine verilmiş olan lisansın iptali halinde TEDAŞ'a eşzamanlı dağıtım lisansı verilir.

¹⁴⁸ Bkz. EPK.m.16.

¹⁴⁹ 2015 yılı sonu itibariyle dağıtım sistemini kullanan tüketici sayısı 39,72 milyon olmuştur. Ayrıca, 2015 yılı sonu itibariyle dağıtım şirketlerinin bölgelerindeki toplam tüketim miktarı 156.166.853 MW'tir. Ayrıntılı bilgi için bkz. EPDK. (2016). *Elektrik Piyasası 2015 Yılı Piyasa Gelişim Raporu*, Ankara: EPDK, s.VI.

1.3. Dağıtım Faaliyetine İlişkin Serbestleşme ve Özelleştirme

“Devletin ekonomik alandan çekilmesi serbestleştirme olarak adlandırılmaktadır.”¹⁵⁰ “Serbestleşme, sektöre giriş ve çıkışlardaki yasal engelleri kaldırma ve sektörü rekabete açma süreci olarak tanımlanabilir.”¹⁵¹ Diğer bir tanıma göre de “rekabete kapalı olan sektörlerin rekabete açılması, yeni girişlere izin verilmesi ve rekabeti özendirecek hukuki altyapının kurulması (düzenleme/regülasyon)”¹⁵² dır.

Özelleştirme dar ve geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamıyla özelleştirme; devlet uhdesindeki varlıkların mülkiyetinin bir bölümünün veya tamamının özel hukuk kişilerine devredilmesi, diğer bir deyişle varlık satışı şeklinde tanımlandığı gibi¹⁵³, *“Kamu İktisadi Teşebbüslerinin (KİT) mülkiyet ve yönetiminin özel kesime devredilmesi ya da kamu mülkiyetindeki işletmelerin kısmen veya tamamen özel sektöre satılması olarak (da) tanımlanır.”¹⁵⁴ “Bazı yazarlar, dar anlamda özelleştirme için mutlak bir mülkiyet devrinin gerçekleşmesi ve sermayenin %51’inden fazlasının özel sektöre geçmesi gerektiğini belirtmektedir. Bazı yazarlar ise; devredilecek sermaye payının çok önemli olmadığını, daha küçük boyutlarda bir pay devrinin de özelleştirme niteliğinde kabul edilebileceğini ileri sürmektedir. Geniş anlamda özelleştirme ise; “serbest piyasa ekonomisini güçlendirmek için ulusal ekonomi içinde kamunun etkinliğinin en aza indirilmesidir ya da bu etkinliği tümüyle ortadan kaldırmaya yönelik düzenleme ve uygulamaların bütünüdür.”¹⁵⁵ Diğer bir tanıma göre de geniş anlamda özelleştirme “sadece varlık satışı değil, devlet tarafından üretilen/sunulan mal ve hizmetlerin (kısaca hizmetler) özel kesim aktörleri tarafından sunulmasını amaçlayan veya buna izin veren tüm sözleşme biçimlerini de kapsa(maktadır).”¹⁵⁶ Geniş ve dar manaları içeren nihai bir tanım yapmak gerekirse özelleştirme “kamu sektörünce finanse edilen mal ve hizmetlerin üretiminin özel sektöre devredilmesi,*

¹⁵⁰ Akıllıoğlu, E. (2005). “Avrupa Topluluğu Kamu Hizmeti Yükümlülükleri İle Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri Kavramları Üzerine Notlar”, *Rekabet Dergisi*, (21), 33.

¹⁵¹ Kulalı, İ. (1997). *Elektrik Sektöründe Özelleştirme ve Türkiye Uygulaması*, Ankara: DPT Uzmanlık Tezi Yayın No:2479, 18.

¹⁵² Atiyas, Oder, a.g.e., 1.

¹⁵³ Atiyas, Oder, a.g.e., 16.

¹⁵⁴ Afşar, M. (1999). *Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri’nde Özelleştirme ve Verimlilik İlişkisi*, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Yayınları No:159, 132-133

¹⁵⁵ Afşar, a.g.e., 132-133.

¹⁵⁶ Atiyas, Oder, a.g.e., 16.

mal ve hizmet üretiminde özel sektörü sınırlayan kuralların kaldırılması veya serbestleştirilmesi ve kamu iktisadi teşebbüslerinin mülkiyetinin ve yönetiminin tamamen veya kısmen özel sektöre devredilmesi”¹⁵⁷ dir.

Elektrik dağıtım sektöründe yapılan özelleştirmelerin gerekçeleri “*kayıp-kaçaklar, elektrik enerjisinde ve hizmet sunumunda kalite eksikliği, yatırım ihtiyacı ve finansmanın temini, tekelci yapının ve rekabet eksikliğinin olumsuzlukları*”¹⁵⁸ şeklinde sıralanmaktadır. Bu çerçevede, özelleştirmenin temel amaçları -genel hatlarıyla- verimlilik artışı, yatırım ihtiyacının karşılanması ve kalitenin artırılması ana başlıkları altında ifade edilmektedir.

Aşağıda ayrıntılı yer verileceği üzere, 17.3.2004 tarihli Elektrik Enerjisi Sektörü Reformu ve Özelleştirme Strateji Belgesi¹⁵⁹ ile 18.5.2009 tarihli Elektrik Enerjisi Piyasası ve Arz Güvenliği Stratejisi Belgesinde¹⁶⁰ de aynı hedeflerin tekrarlandığı görülmektedir.

¹⁵⁷ Kilci, M. (1994). *KİT’lerin Özelleştirilmesi ve Türkiye Uygulaması*, Ankara: DPT Uzmanlık Tezi Yayın No:2340, 7.; klasik tanımlardan farklı olarak özelleştirmenin piyasa riski/ ticari risk üzerinden tanımlanması hakkında bkz. Çal, S. (2001). “Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Kurumu”, *Ankara Barosu Dergisi*, (3), 100; yine farklı bir yaklaşımda da “genel refahın artırılmasının gerekli kıldığı ekonomik değişimin bir aracı olarak; toplumun sosyal, hukuki ve kurumsal yapısında önemli sonuçlara neden olan ve ancak demokrasi ve hukuk kuralları içinde gerçekleştirilebilecek bir değişim hareketi” şeklinde kabul edilmektedir. Bkz. Baytan, İ. (2009). *Özelleştirme Hukuku ve Uygulamaları* (2. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, 27.

¹⁵⁸ Oğuz İrkiçatal, B. (2009). *Elektrik Dağıtım Sektöründe Özelleştirme Ve Regülasyon Çerçevesinde Dünya Örnekleri İle Türkiye Uygulaması*, EPDK Uzmanlık Tezi, Ankara, 69 v.d.; Kulalı, a.g.e., 32-34; “Günümüzün en önemli tartışma konularından biri olan özelleştirme en geniş anlamı ile “ekonomik aktivitelerde kamu sektörünün payını azaltan her türlü süreç” olarak tanımlanabilir. Bu tanımlama şu üç unsuru içermektedir: 1- Kamu sektörü varlıklarının satışı, 2- Serbestleştirme (deregulation)- Mevzuatla özel sektörün girişinin sınırlandırıldığı alanlara giriş engellerinin devlet tarafından kaldırılması,

3- İmtiyaz sözleşmesi yapılması- Kamu hizmetlerinin sermaye, kar, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ait olarak idarenin gözetimi ve denetimi altında özel hukuk kişilerince yürütülmesi.” Ayrıntılı bilgi için bkz. İnternet: Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Rekabet Hukuku Ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu,

<http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/zet%20htisas%20Komisyonu%20Raporlar/Attachments/149/oik522.pdf> adresinden 26.01.2017 tarihinde alınmıştır.; elektrik enerjisi sektöründeki reformların gerekçelerinin gelişmekte olan ve gelişmiş ülkelerde farklılık gösterdiğine ilişkin olarak bkz. Bölük, G. (2010). “Türkiye Elektrik Piyasasında Düzenleyici Reform ve Performans”, *Rekabet Ekonomisi Ve Politikası Sempozyumu* – III, Türkiye Rekabet Kurumu ve Pamukkale Üniversitesi İİBF, Denizli.

¹⁵⁹ İnternet: <http://www.enerji.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FBelge%2FElektrikEnerjisiSektoruReformuVeOzellestirmeStratejiBelgesi.pdf> adresinden 01.10.2016 tarihinde alınmıştır.

¹⁶⁰ İnternet: <http://www.enerji.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FBelge%2FArzGuvenligiStratejiBelgesi.pdf> adresinden 26.01.2017 tarihinde alınmıştır.

1.3.1. 4628 Sayılı Kanun Öncesi Dönemde Serbestleşme ve Özelleştirme

*“Birinci (1963-1967) ve İkinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1968-1972) dönemlerinde, Türkiye’deki elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaretine ilişkin faaliyetlerin entegre bir sistem içerisinde ve bir kamu kurumu çatısı altında birleştirilmesi Plan hedefi olarak öngörülmüştür. Bu hedef ve strateji doğrultusunda, 15.07.1970 tarih ve 1312 sayılı Kanunla Devletin genel enerji ve ekonomi politikasına uygun olarak, yurdun ihtiyacı bulunan elektriğin üretim, iletim, dağıtım ve ticaretini yapmak amacıyla, kamu iktisadi kuruluşu statüsünde, Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) kurulmuştur.”*¹⁶¹ TEK’e rağmen dağıtım faaliyetinde belediyelerin ve İller Bankasının da yer aldığı çok başlılık devam etmiştir. 1982 yılında çıkarılan 2705 sayılı Kanun¹⁶² ile belediyeler ile mahalli idare birliklerinin elektrik dağıtımını yapma haklarına son verilerek uhdelerindeki tesisler TEK’e devredilmiştir.

1970’li yıllardan itibaren büyüyen ekonominin gerektirdiği enerji ihtiyacını karşılamak için gerekli yatırımları sağlayacak finansmanı bulma, kamunun bütçe üzerindeki yükünü hafifletme ile ekonomide liberal eğilimlerin güçlenmesi özel sektöründe elektrik faaliyetlerini yürütmesi konusunda kararlar alınmasına ve serbestleşme-özelleştirme sürecinin başlamasına neden olmuştur. Bu minvalde, “Türkiye Elektrik Kurumu dışındaki özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketleri statüsüne sahip yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtım ve ticareti ile görevlendirilmesini düzenlemek” amacıyla 4.12.1984 tarihli ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım Ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanunla Bakanlar Kurulu’nun, sermaye şirketlerini, Kanuna dayalı olarak çıkarılacak yönetmelikle belli edilmiş görev bölgelerinde, elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin yaptırılması hususlarında görevlendirebileceği ve anılan karar üzerine ETKB’nin, ilgili görevli şirketle sözleşme imzalayacağı, sözleşme süresinin 99 yıla kadar olabileceği hüküm altına

¹⁶¹ İnternet: <http://www.teias.gov.tr/Kurulus.aspx> adresinden 01.12.2016 tarihinde alınmıştır.

¹⁶² Kanunun Adı, 1312 Sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, İki Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması, Bazı Madde, Bent Ve Fıkra Eklenmesi Hakkında Kanun’dur. İnternet: <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Kanunlar.aspx> adresinden 27.12.2016 tarihinde alınmıştır.

alınmıştır. Aynı şekilde Bakanlar Kurulu tarafından görev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınca (KİT'ler dahil) yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesine de karar verilebileceği düzenlenmektedir. Sözleşme süreleri sonunda süre uzatımı talep edilmediği takdirde, sözleşmenin son bulacağı, bu takdirde de tüm tesisler ile taşınır ve taşınmaz malların her türlü borç ve taahhütlerden arı olarak Devlete bedelsiz olarak geçeceği hüküm altına alınmıştır.¹⁶³ Böylelikle, dağıtım faaliyetini de tazammun eden tüm elektrik piyasası faaliyetlerinin, özel hukuk kişileri ile yapılacak sözleşmeler yoluyla gördürülebilmesine imkân tanınmıştır.

Öte yandan, yeniden yapılanma çalışmaları kapsamında 1993 tarihli ve 93/4789 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile TEK; üretim ve iletim faaliyetlerini yürütmek üzere TEAŞ ve dağıtım faaliyetlerini yürütmek üzere de TEDAŞ adlarıyla iki ayrı iktisadi devlet teşekkülüne ayrılmıştır.¹⁶⁴

1994 tarihli ve 3974 sayılı Kanunla¹⁶⁵ özel hukuk kişileri ile yapılacak sözleşmelerin niteliğine ilişkin hüküm getirilmiştir. Kanunun *"EK MADDE 5.- Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadî Devlet Teşekküllerinin bu Kanuna dayanarak veya diğer kanunların özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutların işletme haklarını devir almalarını öngören hükümlerine göre üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olup, imtiyaz teşkil etmezler."* hükmü ile imzalanacak sözleşmelerin idari sözleşme teşkil etmeyeceği, özel hukuk sözleşmesi olacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Ancak söz konusu hüküm, 3096 sayılı Yasada düzenlenen yap-işlet-devret yönteminin kamu hizmeti imtiyazı teşkil ettiği, anılan Yasa'ya göre yapılan görevlendirme ve işletme hakkının devri

¹⁶³ Bkz. 3096 sayılı Kanun, İnternet:<http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Kanunlar.aspx> adresinden 01.09.2016 tarihinde alınmıştır.

¹⁶⁴ Gönen, a.g.e., s.106.

¹⁶⁵ Kanunun adı: 1211 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu, 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu, 7.11.1985 Tarihli ve 3238 Sayılı Kanun, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve 1177 Sayılı Tütün Tekeli Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Kamu İktisadî Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanuna Ek Maddeler Eklenmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun'dur. İnternet: <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Kanunlar.aspx> adresinden 27.12.2016 tarihinde alınmıştır.

sözleşmelerinin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olduğundan bahisle AYM'nin 9.12.1994 tarihli Kararı ile iptal edilmiştir.¹⁶⁶

3096 sayılı Kanun yürürlükteyken “Kamu kurum ve kuruluşlarınca (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) ifa edilen, ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılmasını sağlamak” amacıyla 1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun yayımlanmıştır. Söz konusu Kanunun “*Bu Kanun, ... enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, ... ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsar.*” hükmünü içeren 2 nci maddesi; elektrik dağıtım faaliyetinin de yap-işlet-devret modeli çerçevesinde özel hukuk kişilerine gördürülebileceğini düzenlemektedir. Anılan Kanun’da Yap-İşlet-Devret Modeli¹⁶⁷ ise “*İleri teknoloji ve yüksek maddî kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini*” şeklinde tanımlanmıştır.

Söz konusu Kanun’un “*Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir.*” hükmünü içeren 5 inci maddesindeki “*... imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte ...*” sözcükleriyle, “*Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir.*” cümlesi AYM'nin 28.06.1995 tarihli kararı ile iptal edilmiştir.¹⁶⁸ Mahkeme, 3996 sayılı Kanun ile düzenlenen yap-işlet-devret yönteminin kamu hizmeti imtiyazı teşkil ettiğini, Kanunda öngörülen yatırım ve hizmetlerin yaptırılmasına, işletilmesine ve devredilmesine ilişkin sözleşmelerin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olduğunu ifade etmektedir.

¹⁶⁶ RG Tarih-Sayı: 24.01.1995-22181, anılan kararın ilgili kısımlarına EK-5’te yer verilmiştir.

¹⁶⁷ Anılan modelin 3096 ve 3996 sayılı Kanunlarla ilgili süreci de içeren tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pekgüçlü Karabulut, G. (2007). *Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi*, Ankara: BTHAE, 5-30

¹⁶⁸ RG Tarih-Sayı: 20.03.1996-22586, anılan kararın ilgili kısımlarına EK-6’da yer verilmiştir.

Söz konusu mahkeme kararları üzerine elektrik üretim sektöründe özel hukuk sözleşmelerinin uygulanmasına imkan tanımak ve tahkim usulüne yer verebilmek için Yap-İşlet (Yİ) modeli geliştirilmiş ve 16.7.1997 tarih ve 4283 sayılı “Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması Ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun” çıkarılarak yasal altyapı oluşturulmuştur.¹⁶⁹

Yasama-yürütme ile yargı arasındaki süreç nihayetinde 1999 yılında Anayasanın 47, 125 ve 155 inci maddelerinde değişikliğe gidilmesine neden olmuştur. Söz konusu değişikliklerle;

- idare tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleri ile yaptırılabilmesi veya devredilebilmesine kanun koyucunun izin verebileceği,
- kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülebilmesi,
- kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında Danıştay’ın iki ay içinde düşüncesini bildireceği,

hususları Anayasada düzenleme altına alınmıştır. Anayasa değişikliklerini müteakiben Danıştay Kanunu’nda da değişiklik yapılarak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini inceleme görevi düşünce bildirmeye dönüşmüştür.

Yukarıda, Anayasa değişikliklerine kadar varan sürecin yaşandığını belirttiğimiz elektrik dağıtım sektöründeki özelleştirme uygulamaları 1984 öncesi dönemde “Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun” hükümlerine dayalı olarak verilen imtiyazlara konu teşkil etmiştir. 1984 sonrası dönemde ise 3096 sayılı Kanuna dayalı uygulamalar görülmektedir. Bu kapsamda, aşağıdaki paragraflarda, dört farklı şirketle ilgili yaşanan süreçlere kısaca değinilecektir.

¹⁶⁹ İnternet: Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Modeli Kapsamında Yaptırılan Enerji Projeleri Hakkında Sayıştay Raporu (Enerji Raporu) Hakkında Özet Bilgi, <http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der52m8.pdf> adresinden 01.10.2016 tarihinde alınmıştır.

İlk olarak, 18.08.1926 tarih ve 4022 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesine istinaden imzalanan 11.09.1926 tarihli imtiyaz sözleşmesiyle kurulan Kayseri ve Civarı Elektrik T.A.Ş (KCETAŞ)'a, Kayseri ve civarındaki yerleşim birimleri ile bu bölgede kurulması düşünülen sanayi tesislerinin ihtiyacı olan elektrik enerjisinin, üretim, iletim, dağıtım ve ticaretini yapmak üzere 50 yıl süreli imtiyaz hakkı verilmiştir. İmtiyaz süresinin sona ermesi ile 1312 sayılı Kanun'un geçici 6 ncı maddesi gereği 01.11.1982 tarihinde KCETAŞ'ın bölgesinde yer alan tesisler, bedelsiz olarak TEK'e devredilmiştir.¹⁷⁰

3096 sayılı Kanun'un yayınlanmasından sonra, Şirket, ETKB'ye söz konusu faaliyetleri yürütme talebini içeren başvurusunu yapmıştır. Anılan başvurunun uygun bulunması üzerine 27.11.1988 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile gerekli izin verilerek 12.01.1989 tarihinde "Görev Verme Sözleşmesi", 08.01.1990 tarihinde "İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi" ve 09.02.1990 tarihinde "Enerji Satış Anlaşması" imzalanmıştır. Nihai olarak da 01.03.1990 tarihinde işletme hakkı Şirkete devir edilmiştir.¹⁷¹

4628 sayılı Kanun'un yayımlanmasından sonra, Şirkete, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu kararıyla, 15.07.2009 tarihinden itibaren 15.07.2039 tarihine kadar yürürlükte olacak dağıtım lisansı verilmiştir.¹⁷²

İkinci olarak Çukurova Elektrik A.Ş.(ÇEAŞ) ve Kepez ve Antalya Havalisi Elektrik Santralleri Türk Anonim Şirketi (Kepez Elektrik)'den bahsedilecektir. Bakanlar Kurulu Kararına istinaden 1953 tarihinde yapılan imtiyaz sözleşmesi¹⁷³ gereğince, Adana ve İçel illerinin enerji üretimi, nakli ve satış imtiyazı 49 yıllığına ÇEAŞ'a verilmiştir. 1956 tarihli imtiyaz sözleşmesi gereğince de aynı imtiyaz

¹⁷⁰ Oğuz İrkiçatal, a.g.e., 78; Yiğitgüden, H. Y. (1999). *Türkiye'de Elektrik Enerjisi Sektöründe Özelleştirme Politikaları ve Çalışmaları*, İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayın No:1999-57, 70; Türk, Y. Z. (2014). *Türkiye'de Özelleştirme Uygulamalarının Analizi*, Ankara: Kalkınma Bakanlığı Uzmanlık Tezi Yayın No:2885, 100.

¹⁷¹ İnternet: <http://www.kcetas.com.tr/giris.asp?kanal=tarihce> adresinden 27.01.2017 tarihinde alınmıştır.

¹⁷² Bkz. İnternet:<http://lisans.epdk.org.tr/epvys-web/faces/pages/lisans/elektrikDagitim/elektrikDagitimOzetSorgula.xhtml> adresinden 01.09.2016 tarihinde alınmıştır.

¹⁷³ İmtiyaz sözleşmesinin tam adı "Seyhan Barajı Hidroelektrik Santralında Enerji Üretilmesi, Bunun İstihlak Merkezlerine Nakli Ve Toptan Satışına Dair İmtiyaz Sözleşmesi"dir. Sözleşme için bkz. RG Tarih-Sayı: 19.08.1953-8488.

Antalya İli için Kepez Elektrik'e 60 yıllığına verilmiştir.¹⁷⁴ “Gerek ÇEAŞ gerekse de Kepez Elektrik'e, imtiyaz sözleşmelerinde belirtilen bölgelerde santral kurma ve bu santrallerde üretilen elektriği belediyelere ve belediyelere bağlı işletmelere toptan satış yoluyla verme ve imtiyaz bölgeleri içinde faaliyet gösteren ve kurulu gücü 500 kW'ı aşan tesislere doğrudan elektrik satma imtiyazı verilmiştir. Diğer yandan, imtiyaz sözleşmelerinde idareye imtiyaz başlama tarihinden 25 yıl sonra tesisleri satın alma ve devir hakkı tanınmıştır. Ayrıca, imtiyaz süresi sonunda tesisler her türlü borç ve taahhütlerden arî olarak hükümete devir ve teslim edilecektir.”¹⁷⁵

3096 sayılı Kanun'un yayımlanmasının ardından Şirketlerin görevli şirkete dönüşme taleplerini ETKB'ye iletmeleri üzerine anılan Kanun kapsamında her iki şirketle, Danıştay incelemesinden geçen “Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmeleri” 09.03.1998 tarihinde imzalanmıştır.¹⁷⁶ Böylelikle, daha önce imzalanan sözleşmeler çerçevesinde 2002 ve 2016 yıllarında sona erecek olan imtiyaz süreleri de yeni sözleşmeyle birlikte 2058 yılına kadar uzatılmıştır.

Ancak, söz konusu sözleşmeler ETKB tarafından,

- Tarifeye esas Enerji Satış Anlaşmalarının tüm uyarılara rağmen imzalanmaması,
- Şirketlerin görev bölgelerindeki dağıtım tesislerinin fiili devrini gerçekleştirmemesi,
- Görev bölgelerindeki taahhüt edilen ve yapılması gereken yatırımların yapılmaması, yatırımların gerçekleşme yüzdelerinin olması gerekenden çok düşük seviyelerde kalması,
- Kamulaştırma neticesinde edinilen taşınmazların Hazine adına tescilinin yapılmaması,

¹⁷⁴ Akgül Şen, A. (2007). *Özelleştirme Sürecindeki Tedaş'ın (Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi) Yeniden Yapılandırılması*, Afyonkarahisar Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Afyonkarahisar, 78; imtiyaz sözleşmesinin tam adı: “Antalya'da Kepez Mevkiinde Bir Hidro - Elektrik Santrali Kurulması, Enerji Üretilmesi, Bunun İstihlak Merkezlerine Nakli Ve Toptan Satışına Dair İmtiyaz Mukavelesnamesi” dir. Sözleşme hükümleri için bkz. RG Tarih-Sayı: 18.9.1956-9410.

¹⁷⁵ Akgül Şen, a.g.e., 78.

¹⁷⁶ Başçıl, A. (2008). *Elektrik Dağıtım Şirketlerinin Özelleştirilmesi Öncesi ve Sonrası Yükümlülükleri*, İstanbul: Babıali Kültür Yayınları, 24; Oğuz İrkıçatal, a.g.e., 80; Sözleşmelerin imzalanmasından önce Bakanlar Kurulunun 26/9/1988 tarihli ve 88/13314 sayılı kararı ile ÇEAŞ'ın, 7/10/1988 tarihli ve 88/13344 sayılı kararı ile Kepez Elektrik'in elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti yapma ile görevlendirildiğini, 23/6/1989 tarihli ve 89/14305 sayılı Kararname ile de görev bölgelerinde olup kamu kurum ve kuruluşlarına ait elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesislerinden, üzerinde mutabakata varılanların işletme haklarının anılan şirketlere verilmesinin kararlaştırıldığını belirtmek gerekmektedir.

- Görev bölgelerindeki tüketiciler ile üçüncü şahıslar arasında uyumsuzluklara neden olunması,
- Su Kullanım Hakkı Bedeli ile EPDK Payının ödenmemesi,
- Şirketlerin hakim ortaklarının sahibi bulundukları grup şirketlerine kaynak aktarımı yapılması,
- Mevzuatta meydana gelen değişikliklere uyulmaması, bu kapsamda, rekabete dayalı bir piyasa yapısı öngören 4628 sayılı Kanun ile getirilen piyasa yapısına geçişin engellenmesi,¹⁷⁷

gerekçeleriyle 12.06.2003 tarihinde feshedilmiştir.¹⁷⁸ Ayrıca, sözleşme kapsamında yürütülen tüm faaliyetlere aynı gün el koymuştur.¹⁷⁹ Ardından Bakanlar Kurulu, 17.06.2003 tarihli ve 2003/5712 sayılı kararıyla; ÇEAŞ'ın görevlendirilmesine ilişkin 26/9/1988 tarihli ve 88/13314 sayılı Kararnameyi, Kepez Elektrik'in görevlendirilmesine ilişkin 7/10/1988 tarihli ve 88/13344 sayılı Kararnameyi ve 23/6/1989 tarihli ve 89/14305 sayılı Kararnamenin (a) ve (b) bölümlerindeki Şirketlerle ilgili hükümleri yürürlükten kaldırmıştır.¹⁸⁰

Son olarak Aktaş Elektrik A.Ş.(AKTAŞ)'den bahsedilecektir. Anılan Şirket, 3096 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine dayalı olarak çıkarılan Bakanlar Kurulu'nun 24.8.1989 tarihli ve 89/14393 sayılı kararı kapsamında İstanbul ili Anadolu yakası, batıda Boğaziçi, kuzeyde Karadeniz, doğuda İzmit ili sınırları, güneyde Marmara Denizi sahilleri ile Büyükkada ve diğer adalarda 30 yıl süre ile elektrik üretim, iletim dağıtım ve ticareti yapmak üzere görevlendirilmiştir. Görevlendirme kararının ardından dağıtım faaliyeti için üç adet sözleşme imzalanmış olup bunlar; Şirket ile ETKB arasında 24.11.1989 tarihinde imzalanan "İstanbul Anadolu Yakası Görev Şirketi Sözleşmesi"; şirket ile TEK arasında imzalanan 30.03.1990 tarihli "İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi" ve 01.07.1990

¹⁷⁷ Karamustafaoglu, M. (2007). *Elektrik Üretimi Pazarındaki Mevcut Sözleşmelerin Pazarın Rekabetçi Yapısı Üzerindeki Etkileri*, Ankara: Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi Yayın No:84, 61-65; Can, M. E. (2006), *Hukuki Açıdan Elektrik Piyasasında Rekabet*, Ankara: Turhan Kitabevi, 391.

¹⁷⁸ Aslan, E. (2010). *Enerji Sektöründe İmtiyaz Sözleşmesi Çukurova-Kepez Örneği*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 164-200; Başçıl, a.g.e., 24-26; Oğuz Irkçıatal, a.g.e., 81.

¹⁷⁹ Aslan, a.g.e., 160.

¹⁸⁰ ÇEAŞ özelinde süreç hakkında bilgi için bkz. Türkoğlu, G. (2003). Çukurova Elektrik A.Ş. (ÇEAŞ), *Elektrik Mühendisliği Dergisi*, (419), 61-65; Bakanlar Kurulu Kararı için bkz. RG. Tarih-Sayı: 17.06.2003-25141.

tarihli “Enerji Satış Anlaşması”dır. Söz konusu İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi’nin imtiyaz sözleşmesi niteliği olduğu ve Danıştay incelemesinden geçmediğinden bahisle Danıştay tarafından iptali üzerine anılan şart yerine getirilerek 3096 sayılı Kanun’un 5 inci maddesine göre 28.12.1994 tarih ve 94/6544 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’yla Şirkete işletme hakkı verilmiştir.¹⁸¹

Ancak yaşanan mahsuplaşma sorunlarının ardından AKTAŞ ile Bakanlık arasında imzalanmış olan imtiyaz sözleşmesi, kamu yararına uygun olmadığı gerekçesi ile Danıştay’da açılan dava üzerine iptal edilmiştir. Yargı kararı gereğince elektrik dağıtım tesisleri 02.04.2002 tarihi itibarıyla TEDAŞ’a fiilen devredilmiştir.¹⁸²

1.3.2. 4628 Sayılı Kanun Sonrası Dönemde Serbestleşme ve Özelleştirme

Elektrik piyasasındaki çok önemli reformlardan biri 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile gerçekleşmiştir. Söz konusu Kanunun amacı;

“Elektrik enerjisi sektöründeki faaliyetlerin düzenli, hızlı ve etkin bir biçimde yürütülmesini sağlamak üzere, sosyoekonomik gelişmenin temel girdisi olan elektrik enerjisinin üretimi, iletimi, dağıtımı ile tüketicilere kesintisiz, güvenli ve düşük maliyetli olarak sunulmasına yönelik düzenlemenin, yerli ve yabancı özel sektör yatırımcılarının ağırlıklı olduğu yeni bir piyasa yapısı dahilinde gerçekleştirilebilmesi için gerekli alt yapının hazırlanmasıdır.”¹⁸³

şeklinde ifade edilmiştir.

Anılan Kanun’un genel amacı bu olmakla birlikte dağıtım faaliyeti bakımından özel amacı ise *“Elektrik enerjisinin nakli açısından doğal tekel konumu arz eden iletim ve dağıtım hizmetlerinden tüm kullanıcıların ayırım gözetilmeksizin faydalanabilmeleri için gereken düzenlemelerin yapılmış olmasıdır.”¹⁸⁴*

¹⁸¹ Oğuz Irkıcıtal, a.g.e., s.82.

¹⁸² Oğuz Irkıcıtal, a.g.e., s.82.

¹⁸³ İnternet: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss597m.htm> adresinden 01.10.2016 tarihinde alınmıştır.

¹⁸⁴ İnternet: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss597m.htm> adresinden 01.10.2016 tarihinde alınmıştır.

Yiğitgüden, 4628 sayılı Kanun'un çıkarılması nedenlerini aşağıdaki gibi özetlemektedir:

- Piyasa için rekabet yerine piyasa içinde rekabetin sağlanması.
- Hazine garantisi olmayan sisteme geçilmesi.
- Gerçek maliyetlerin belirlenmesi, çapraz sübvansiyonun kaldırılması.
- Şeffaf ve adil bir piyasa yapısının oluşturulması.
- İdari ve mali açıdan özerk bir kurum tarafından piyasanın düzenlenmesi ve denetlenmesi.¹⁸⁵

4628 sayılı Kanun; ETKB'nin, TEDAŞ, Elektrik Üretim Anonim Şirketi, bunların müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri ile varlıklarının özelleştirilmesine yönelik öneri ve görüşlerini Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na bildireceğini, özelleştirme işlemlerinin, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun hükümleri dairesinde Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından yürütüleceğini hüküm altına almıştır.¹⁸⁶ Nitekim anılan Kanun'un 6446 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki 2 nci maddesinin dördüncü fıkrasının (c) bendi; dağıtım faaliyetinin, dağıtım şirketleri tarafından lisanslarında belirlenen bölgelerde yürütüleceğini, dağıtım şirketlerinin, dağıtım tesislerinin yenileme, ikame ve kapasite artırım yatırımlarını yapacağını, dağıtım sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan tüm sistem kullanıcılarına, dağıtım lisanslarının ve ilgili yönetmelik hükümleri doğrultusunda ve yönetmelikte belirlenecek süreler içinde eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin elektrik enerjisi dağıtım ve bağlantı hizmeti sunmakla yükümlü olduğunu düzenlemektedir. Diğer bir deyişle Kanun dağıtım faaliyetinin bölgeler bazında TEDAŞ tarafından değil dağıtım şirketleri tarafından icra edilmesinin esas olduğunu öngörmektedir. Bu minvalde, Kanunun geçici 5 inci maddesi de işletme hakkı özel sektöre devredilmemiş ya da sair şekillerde özelleştirilmemiş dağıtım bölgelerinde, dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin TEDAŞ tarafından yürütülmesine devam olunacağını düzenlemektedir.

¹⁸⁵ Yiğitgüden, H. Y. (2001). Regülasyon ve Rekabet Sempozyumunda sunulan bildiri, *Regülasyon ve Rekabet*, Ankara: Rekabet Kurumu, 152.

¹⁸⁶ 4628 sayılı Kanunun EPK ile değiştirilmeden önceki 14. Maddesi.

4628 sayılı Kanun'un dağıtım faaliyeti bakımından öngördüğü sistemin hayata geçirilmesi için yapılacak özelleştirmelerde mülkiyet satışı mı yoksa işletme hakkı devri mi yapılabileceği hususunda tereddüt oluşmuştur. Oluşan tereddütleri gidermek adına Başbakanlık tarafından Danıştay'ın istişari görüşüne başvurulmuştur. Danıştay 1. Dairesi'nin 05.03.2004 tarih ve E.2004/17, K. 2004/24 sayılı İstişari Kararında;

"....3096 sayılı Kanunla elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımına ilişkin hizmetlerin Bakanlar Kurulunca önceden belirlenen bölgelerde görevlendirilen şirketlerce yürütüleceği öngörülmüştür. 4628 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin dördüncü fıkrasının (c) bendinde, elektrik enerjisi dağıtım faaliyetlerinin, dağıtım şirketleri tarafından lisanslarında belirlenen bölgelerde yürütüleceği, 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (4) numaralı alt bendinde, lisansların bir defada en çok kırkdokuz yıl için verileceği hükme bağlanmış, Elektrik Piyasası Dağıtım Yönetmeliğinde de dağıtım bölgesinin, bir dağıtım lisansında tanımlanan bölgeyi ifade ettiği belirtilmiştir. Bu hükümlere göre, elektrik dağıtım hizmetinin götürüleceği bir alan olarak tanımlanan dağıtım bölgesinin ve bu bölgede yürütülen hizmetin mülkiyete konu olabilecek taşınır veya taşınmaz mal olarak nitelendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Kaldı ki malikin mülkiyet konusu şey üzerinde herhangi bir süre kısıtlaması olmadan her türlü tasarruf hakkı da bulunmaktadır. 4628 sayılı Kanunun yukarıda açıklanan hükümleri uyarınca dağıtım bölgesinin belirlendiği lisansın dağıtım şirketine verilme süresinin bir defada en çok kırkdokuz yıl olması zorunluluğu nedeniyle lisansa bağlı olarak belirlenen dağıtım bölgesinin mülkiyete konu teşkil etmeyeceği, ancak, 4046 sayılı Kanunun 18 inci maddesi uyarınca TEDAŞ'a ait dağıtım bölgelerinde işletme hakkının verilmesi suretiyle dağıtım hizmeti yapma hakkının özelleştirilmesinin mümkün olduğu..."¹⁸⁷

¹⁸⁷ Ergün, lisans süresinin mülkiyet devrini engelleyen geçerli bir sebep olmadığını, zira, mülkiyetin lisans süresiyle sınırlandırılması ve süresinin sonunda da piyasa değerinin lisans sahibine verilmesi koşuluyla Anayasa da düzenlenen mülkiyet hakkına aykırı olmadığını belirtmektedir. Yazar ayrıca, istişari görüşün Kanunun "Dağıtım bölgeleri için lisansın iptal edilmesinin zorunlu hale gelmesi durumunda Kurul hizmetin aksamaması için gerekli tedbirleri önceden almak suretiyle lisansı iptal eder. Tesislerin mülkiyetini elinde bulunduran lisans sahibinin nam ve hesabına yüz yirmi gün içerisinde ilgili tesisin satışı için ihaleye çıkılır. Uygulamaya ilişkin usul ve esaslar yönetmeliklerde belirlenir." hükmünü amir olan 11 inci maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırı olduğunu ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ergün, a.g.e., 241; Atiyas ve Oder ise mülkiyet devrinin teorik olarak mümkün olduğunu ancak istişari görüşün olduğu dönemde yasal altyapının yetersiz olduğunu şu ifadelerle belirtmektedir: "İkinci gerekçeye bakıldığında ise; mülkiyet hakkının niteliği nedeniyle ortaya çıkacak bir sorun söz konusudur. Şöyle ki; mülkiyet hakkı sınırsız bir tasarruf imkânı vermektedir ve mülkiyet hakkının kısıtlanması ancak kanunla olanaklıdır. Halbuki dağıtım lisansı süreli ve sona erdiğinde, ağın sahibinin ağı kullandırma yükümlülüğü doğacağını veya ağın onun nam ve hesabına satılmasını hükme bağlayan yasal bir düzenleme yoktur. Bu durumda, dağıtım ağı ve dağıtım bölgesi ayrıştırılmasının da yapılmadığı dikkate alınınca, ağa sahip olmak süresiz veya sonsuz kısmen veya tamamen bir işletme hakkına sahip olmak anlamına gelecektir. Bu durumda tek çözüm ise, ağın yeniden devletleştirilmesi ve/veya kamulaştırılması olacaktır. Danıştay, bu sorunların ortaya çıkmaması için, işletme hakkı devri yönteminin uygulanması gerektiğini söylemiştir. Baştan mülkiyet devrini öngören bir çözüm düşünülecek olsa idi, bu durumun ortaya çıkmasını önlemek için, hem yasada dağıtım ağı ve bölgesinin açık ve kesin

ifadelerine yer verilmiştir.

Anılan istişari görüş üzerine, 17.03.2004 tarihli Yüksek Planlama Kurulunun hazırlamış olduğu Elektrik Enerjisi Sektörü Reformu ve Özelleştirme Strateji Belgesi (Strateji Belgesi) ile dağıtım faaliyetlerinin de dahil olduğu elektrik sektöründe yeniden yapılanma, serbestleşme ve özelleştirmenin temel ilke ve esasları ortaya konulmuştur.¹⁸⁸ Söz konusu Belge’de “*Sektörde gerekli reformların yapılmasını teminen, kamu mülkiyetindeki elektrik işletmelerinin yeniden yapılandırılması suretiyle elektrik enerjisi üretim ve dağıtım varlıklarının özelleştirilmesi*”^{189, 190} nin gerçekleştirileceği belirtilmektedir.

Strateji Belgesi’nde elektrik dağıtım özelleştirmelerden beklenen faydalar şu şekilde sayılmaktadır:

- “*Elektrik üretim ve dağıtım varlıklarının etkin ve verimli bir şekilde işletilmesi suretiyle maliyetlerin düşürülmesi,*

şekilde ayrıştırılması hem de lisans süresinin bitiminde altyapının akıbetinin ne olacağı, dağıtım faaliyetinin nasıl bir çerçeve altında kim tarafından devam ettirileceği konularında açık bir yasal düzenlemenin olması gerekirdi. Bir başka ifadeyle, dağıtım özelleştirmelerinde şebekenin mülkiyetinin devri teorik olarak mümkündü, ancak bunun yapılabilmesi için yasal zeminin daha tutarlı bir biçimde hazırlanması gerekirdi.” Atiyas, Oder, a.g.e., 123 ve 146.

¹⁸⁸ Gönen, a.g.e., 147.

¹⁸⁹ İnternet: http://www.enerji.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FBelge%2FElektrik_Enerjisi_Sektoru_Reformu_ve_Ozellestirme_Strateji_Belgesi.pdf adresinden 01.10.2016 tarihinde alınmıştır. Strateji Belgesinde özelleştirme sürecinde aşağıdaki ilkelerin esas alınacağı belirlenmektedir:

- Özelleştirmeler, ÖİB tarafından 4046 sayılı Kanun çerçevesinde yapılacaktır,
- Özelleştirme uygulamalarında sadece gelire odaklı bir yaklaşım sergilenmeyecektir,
- Özelleştirmeler sonrasında elektrik enerjisi fiyatlarında kalıcı artışlara yol açılmamasına dikkat edilecektir,
- Özelleştirmelere serbest bir elektrik piyasası amaç ve hedeflerini gerçekleştirme kabiliyetine sahip ve mali açıdan güçlü şirketlerin katılımları özendirilecektir,
- Zaruri işletme ve bakım faaliyetleri ile zaruri yatırımlar, özelleştirme sürecinden bağımsız olarak aksatılmaksızın sürdürülecektir,
- Kapsama alınan elektrik enerjisi üretim ve dağıtım varlıkları, söz konusu varlıkların özel sektöre devredilmesinden kısa bir süre önce özelleştirme programına alınacaktır. Üretim ve dağıtım varlıklarının özelleştirilmesinin hızlandırılması ve kolaylaştırılması açısından ÖİB tarafından ihtiyaç duyulması halinde bu belge kapsamında gerekli görülen yasal düzenlemeler yapılacaktır,
- Serbestleşmiş bir piyasada perakende satış lisansı sahibi dağıtım şirketlerinin üretim faaliyeti gösteren veya gösterecek yatırımcılara güven verecek bir yapıda olması gerektiğinden özelleştirmelere dağıtım sektöründen başlanacaktır,
- Elektrik enerjisi üretiminde rekabetçi bir yapı oluşturulmasını teminen üretim varlıkları uygun bir şekilde gruplandırılarak özelleştirilecektir,
- Özelleştirme uygulamalarında, mevcut kamu yükümlülüklerinin dikkate alındığı ve Devlet garantilerinin gerekmediği bir sistem oluşturulacaktır.

¹⁹⁰ Nitekim dağıtım özelleştirmelerinin tamamlanmaması öngörülen piyasa yapısına geçişte bir engel olarak belirtilmektedir. Bkz. Özercan, M. (2007). *Elektrik Endüstrisinin Yeniden Yapılandırılması ve Deregülasyonu Sürecinde Perakende Satış Rekabeti*, Ankara: Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi Yayın No:78, 77.

- *Elektrik enerjisi arz güvenliğinin sağlanması ve arz kalitesinin artırılması,*
- *Dağıtım sektöründeki teknik kayıpların OECD ülkeleri ortalamalarına indirilmesi ve kaçakların önlenmesi,*
- *Gerekli yenileme ve genişleme yatırımlarının kamu tüzel kişilerine herhangi bir yükümlülük getirilmeden özel sektörde yapılabilmesinin sağlanması,*
- *Elektrik enerjisi üretimi ve ticareti faaliyetlerinde oluşacak rekabet yoluyla ve hizmet kalitesinin düzenlenmesiyle sağlanan faydanın tüketicilere yansıtılması”¹⁹¹*

Anılan Belge’de ülkenin coğrafi yapısı, işletme koşulları, enerji bilançosu, teknik/mali özellikler ve mevcut sözleşmelerin varlığı ile mevcut hukuki süreç dikkate alınarak en fazla 21 dağıtım bölgesinin oluşturulmasına karar verilmiş ve bu bölgeler belgenin ekinde belirlenmiştir. Nitekim 21 dağıtım bölgesinden 20’sinin sahibi olan TEDAŞ, 4046 sayılı Kanun çerçevesinde Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun 02.04.2004 tarih ve 2004/22 sayılı kararı¹⁹² ile özelleştirme programına alınmıştır. İşletme hakkı 1990 da devredilen KCTEAŞ ise dışarıda bırakılmıştır. Aşağıda da açıklandığı üzere, özelleştirme programına alınan bölgelerde %100 hissesi TEDAŞ’a ait olan şirketler oluşturulmuştur.¹⁹³

Diğer taraftan, Başbakanlığın 10.9.2004 günlü ve 4301 sayılı yazısına ekli Özelleştirme İdaresi Başkanlığı’nın 26.8.2004 günlü ve 8076 sayılı yazısıyla “Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketine ait dağıtım bölgelerinin dağıtım şirketi

¹⁹¹ İnternet: http://www.enerji.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FBelge%2FElektrik_Enerjisi_Sektoru_Reformu_ve_Ozellestirme_Strateji_Belgesi.pdf adresinden 01.09.2016 tarihinde alınmıştır. 18.5.2009 tarihli Elektrik Enerjisi Piyasası ve Arz Güvenliği Stratejisi Belgesinde de aynı hedeflerin tekrarlandığı görülmektedir.

İnternet: http://www.enerji.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FBelge%2FArz_Guvenligi_Strateji_Belgesi.pdf adresinden 26.01.2017 tarihinde alınmıştır.

¹⁹² İnternet: <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/04/20040403.htm#6> adresinden 01.09.2016 tarihinde alınmıştır.

¹⁹³ “Strateji Belgesinde yer alan eylem planı çerçevesinde 21 adet görev bölgesinin şirketleştirilmesi ile ilgili olarak 4046 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi çerçevesinde 14 adet şirket kurulmuş, koordinatörlük olarak faaliyet gösteren İstanbul Anadolu Yakası anonim şirkete dönüştürülmüştür. TEDAŞ’ın mevcut bağlı ortaklıklarından Karaelmas Elektrik Dağıtım A.Ş. ile müesseselerinden Kastamonu Elektrik Dağıtım Müessesesi, Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş bünyesinde birleştirilmiş; Körfez Elektrik Dağıtım A.Ş, Sakarya Dağıtım A.Ş. bünyesinde tek bir şirket olarak yapılandırılmış; Kırşehir, Nevşehir, Niğde, Aksaray Elektrik Dağıtım Müesseseleri Meram Elektrik Dağıtım A.Ş.’ye bağlanmıştır. KCETAŞ hariç her bir dağıtım bölgesinde Mart 2005 tarihi itibarıyla %100 hissesi TEDAŞ’a ait olan şirketlerin oluşumu tamamlanmıştır.” Bkz. Oğuz Irkıcıtal, a.g.e., 92.

haline dönüştürülerek bu bölgede 49 yıl süre ile elektrik dağıtım faaliyetinde bulunması için lisans hakkı tanınmasını müteakip, bu bölge sınırları dahilindeki doğrudan dağıtım faaliyeti içinde tanımlanmayacak olan duran varlıkların, adlarına tescil edilmesi suretiyle oluşturulacak dağıtım şirketlerinin, hisselerinin satılması suretiyle özelleştirilmelerinin mümkün olup olmadığı hususunda düşülen duraksamanın giderilmesine” ilişkin olarak Danıştay’a görüş sorulmuştur. Danıştay’ın 26.11.2004 tarih ve 2004/409 sayılı kararında;

“4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin 4 numaralı alt bendinde, lisansların bir defada en çok kırk dokuz yıl için verileceği, 14 üncü maddesinde, özelleştirme işlemlerinin 4046 sayılı Kanun hükümleri dairesinde Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından yürütüleceği hükmü yer almış, 4046 sayılı Kanunun 18 inci maddesinde, mülkiyetin devri sonucunu doğuran satış yönteminin yanında işletme hakkının verilmesi de özelleştirme yöntemleri arasında gösterilmiş, 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde de, tabii kaynakların belli bir süre için sadece işletme hakkının verilmesi suretiyle özelleştirileceği ilkesine yer verilmiştir.

.... Bu durumda, belirlenen dağıtım bölgesi sınırları içinde dağıtım hizmetlerini görmek üzere dağıtım şirketi kurularak bu şirkete 49 yıl süreyle dağıtım lisansı ve işletme hakkı verilmesinin, dağıtım tesisleri dışında kalan duran varlıkların (arsa, bina, taşıt, demirbaş vb) da bu şirkete devir edilmesinin ve söz konusu şirketin hisselerinin satışı suretiyle özelleştirilmesinin mümkün olduğu”¹⁹⁴

ifade edilmiştir.

Anılan görüşü müteakiben, 4628 sayılı Kanunun "özelleştirme" başlıklı 14 üncü maddesine 10.05.2006 tarih ve 5496 sayılı Kanun ile 2 nci fıkra olarak *"TEDAŞ'ın faaliyet alanında yer alan ve dağıtım faaliyeti için gerekli olan işletme ve varlıklar üzerinde, mülkiyeti saklı kalmak kaydı ile TEDAŞ ile belirlenen dağıtım bölgelerinde faaliyet göstermek üzere kurulan elektrik dağıtım şirketleri arasında işletme hakkı devir sözleşmesi düzenlenebilir."* hükmü eklenmiştir.¹⁹⁵

Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 07.11.2005 tarih ve 2005/125 sayılı kararıyla da; sermayesinin % 100'ü TEDAŞ'a ait ve elektrik dağıtım bölgelerinde dağıtım lisansı ile TEDAŞ'ın uhdesinde bulunan dağıtım sistemini işletme hakkına sahip

¹⁹⁴ İnternet: Kazancı İçtihat Bankası (01.09.2016).

¹⁹⁵ Ayanoğlu, T. (2007). "İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri", *İÜHFM*, 65 (1), 13.

olan veya ileride sahip olacak dağıtım şirketlerinin hisselerinin blok satış yöntemi ile özelleştirilmesine karar verilmiştir.

Dağıtım sektörünün özelleştirilmesinde “İşletme Hakkı Devrine Dayalı Hisse Satış Modeli” uygulanmıştır. Söz konusu Model, Türkiye Elektrik Dağıtım Sektörü Özelleştirmesi Bilgi Dökümanı'nda şöyle açıklanmaktadır:

"Dağıtım özelleştirilmesinde İşletme Hakkı Devri ("İHD")ne dayalı Hisse Satış Modeli uygulanacaktır ("İHS modeli"). Bu modele göre yatırımcı, özelleştirilen ve ilgili bölgedeki tek elektrik dağıtım lisansının sahibi olan dağıtım şirketinin hisselerinin sahibi olacaktır; ancak, yatırımcının işletme hakkını devraldığı dağıtım tesisleri ve bu tesislerin işletilmesinde varlığı zorunlu unsurlarının mülkiyeti TEDAŞ'ın uhdesinde kalmaya devam edecektir. Yatırımcı, dağıtım şirketinin hisselerinin sahibi olarak, TEDAŞ ile imzalanmış olan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi ("İHD Sözleşmesi") çerçevesinde dağıtım varlıklarının işletme hakkını elde etmektedir."¹⁹⁶

Anılan Belgelerde yer verilen şirketlerin oluşumunu müteakiben TEDAŞ ile şirketler arasında İHD Sözleşmeleri imzalanmıştır. Söz konusu sözleşmelerin niteliğini tespit etmek, lisansın hukuki niteliği konusunda yapacağımız değerlendirme için önem arz etmektedir. Bu çerçevede, Tezin ilerleyen kısımlarında anılan sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.

1.4. Dağıtım Faaliyetine İlişkin Lisanslama Rejimi

1.4.1. Lisanslama Süreci

EPK; lisans başvurusu, lisanslama süreci, lisans verilmesi ve tadili gibi bir çok hususta EPDK'ya yönetmelikle düzenleme yapma hususunda geniş yetkiler vermiştir.¹⁹⁷ Nitekim lisans genel esaslarının düzenlendiği EPK'nın 5 inci

¹⁹⁶ İnternet: http://www.oib.gov.tr/2009/dosyalar/TEDAS%20Teaser_tur_2009.pdf adresinden 11.11.2016 tarihinde alınmıştır.

¹⁹⁷ Söz konusu yetkilere ilişkin olarak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 04.10.2007 tarihli kararında şu ifadeler yer verilmektedir: "...Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun; lisansların tabi olacağı usul ve esasları, üretim lisansı alınma usul ve esaslarını ve buna bağlı olarak lisans başvurusunda bulunacaklarla ilgili tüm düzenlemeleri yapmakla görevlendirildiği anlaşılmaktadır...Bu durumda, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun 4628 sayılı Yasa'nın verdiği düzenleme yapma yetkisine dayanarak ve piyasanın sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlamak için lisans başvurusunda bulunacaklarda aranacak koşulları tespit etmesinde ve bu koşullara uymayan

maddesinin birinci fıkrası “...11 inci maddenin onuncu fıkrasında belirtilen piyasalara ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, lisanslara ilişkin olarak aşağıdaki hususlar Kurum tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir:

a) Başvuru ve değerlendirme usul ve esasları ile lisansların verilmesi, tadili, sona erdirilmesi, iptali, süreleri, süre uzatımı, yenilenmesi ve lisans kapsamındaki hak ve yükümlülüklerin belirli bir süre askıya alınmasına ilişkin usul ve esaslar

b) Faaliyetin türü ve işin niteliğine göre belirlenecek lisans bedelleri

c) Lisans sahibi tüzel kişilerin lisansları kapsamında sahip oldukları hakları, yükümlülükleri, görevleri, sermaye yeterlilikleri, istihdam edilmesi gereken nitelikli personele ilişkin hükümler ile tarifesi düzenlemeye tabi lisans sahiplerinin haklarının temlikine ilişkin usul ve esaslar”

hükümünü içermektedir. Anılan hükme dayalı olarak çıkarılan Lisans Yönetmeliği lisans başvurusu, başvuruların incelenmesi, değerlendirilmesi ve sonuçlandırılması, lisans tadili, lisans yenileme, lisansın sona ermesi, lisans sahiplerinin hak ve yükümlülükleri, yükümlülüklerin ertelenmesi, askıya alınması ve kaldırılması gibi bir çok konuda ayrıntılı hükümlere yer vermektedir.

Mevcut dağıtım lisansları, özelleştirmelerin ve lisanslama süreçlerinin EPK'nın yürürlüğe girmesinden önce tamamlanması nedeniyle EPK'ya dayalı çıkarılan Lisans Yönetmeliği'ne göre değil 4628 sayılı Kanuna dayalı olarak yürürlüğe konan mülga Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği¹⁹⁸ (Mülga Lisans Yönetmeliği) çerçevesinde verilmiştir. Buna karşılık, gerek lisanslama süreçleri gerekse lisans başvurusunda sunulması gereken bilgi ve belgeler birkaç istisna dışında aynı kalmıştır.

Dağıtım lisanslarının verildiği dönemde yürürlükte olan 4628 sayılı Kanun ve ikincil mevzuat çerçevesinde EPDK nezdinde yürütülen dağıtım faaliyetine ilişkin lisanslama süreci aşağıdaki gibi özetlenebilir:

1. İHD sözleşmesi tarafın lisans başvurusu

tüzelkişilerin başvurularının reddedilmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir...” (aktaran Daştan, D. (2010), *Elektrik Piyasasında Üretim Lisanslarının Hukuki Rejimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 46-47)

¹⁹⁸ Bkz. RG Tarih-Sayı: 04.08.2002-24836

2. Kurum tarafından gerekli incelemenin yapılması
3. Eksik evrak bildirimi (eksikliklerin bulunması halinde)
4. Eksiklerin tamamlanmasını müteakiben başvurunun değerlendirmeye alınması
5. Değerlendirmeye alınan lisans başvurusuna ilişkin bilgilerin Kurum internet sayfasında duyurulması
6. Lisans verilmesinin uygun bulunması
7. Uygun bulma kararında belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi
8. Lisans verilmesi

Dağıtım lisansı, mülkiyeti kamuda olan bir şebekeyle ilgili olması nedeniyle İHD sözleşmesi ile yakın ilişki içerisindedir. Aralarında öncelik sonralık ilişkisi mevcut olup söz konusu ilişki kapsamında lisans başvurusu, sadece işletme hakkı devrine ilişkin özelleştirme ihalesini kazanan kişi tarafından yapılabilir.

Lisans başvurusuyla birlikte başlayan lisanslama süreci, EPDK tarafından sunulan belgelerin incelenmesiyle devam eder. Her iki Lisans Yönetmeliği lisans başvurusunun incelenmesi için on iş günü süre öngörmekte olup anılan sürede incelemenin tamamlanarak eksikliklerin başvurana bildirilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Lisans başvurusunda eksiklik tespit edilmesi halinde başvuru sahibine süre verilerek eksiklikleri tamamlaması talep edilir. Mülga Lisans Yönetmeliği'ne göre başvuru sahibine eksiklikleri tamamlaması için iki defa on iş günü¹⁹⁹ süre verilmesi hüküm altına alınmışken Lisans Yönetmeliği'nde bir kez ve on beş iş gününü²⁰⁰ içeren süre verilmesi gerekmektedir.

Söz konusu süreler içerisinde eksiklerin tamamlanması halinde lisans başvurusu değerlendirmeye alınır. Yapılan değerlendirmede temel olarak aşağıdaki hususlar dikkate alınır:

¹⁹⁹ Bkz. Mülga Lisans Yönetmeliği m.7/9.

²⁰⁰ Bkz. Lisans Yönetmeliği m.21/1.

a) Tüketici haklarının korunması ile rekabetin ve piyasanın gelişimine olan etki,

b) Başvuruda bulunan tüzel kişi ile tüzel kişilikte yüzde on ve üzerinde, halka açık şirketlerde yüzde beş ve üzerinde doğrudan veya dolaylı pay sahibi olan kişilerin varsa, piyasadaki deneyim ve performansları,

c) Başvuru hakkında ilgili kuruluştan alınan görüşler ve/veya ilgili tüzel kişi hakkında yürütülmekte olan veya sonuçlandırılmış olan işlemler.²⁰¹

Mülga Lisans Yönetmeliği'ne göre, yukarıda belirtilen kriterlere göre Kurumun yaptığı değerlendirme Kurula sunulmakta ve Kurul tarafından başvuru sahibine lisans verilmesi uygun bulunmaktaydı. Uygun bulma kararı, lisans verilmesi anlamına gelmemekteydi. Zira, lisans verilmesi uygun bulunan tüzel kişinin, uygun bulma kararında yer verilen yükümlülükleri 90 gün içerisinde yerine getirmesi halinde kendisine Kurul kararıyla lisans verilebilmekteydi. İşte, Mer'i Lisans Yönetmeliği, uygun bulma aşamasını ortadan kaldırmakta ve lisanslama sürecini hızlandırmaktadır. Diğer bir deyişle, lisans başvurusu değerlendirilen tüzel kişiye ya doğrudan lisans verilmekte ya da lisans başvurusu reddedilmektedir.²⁰² Lisanslama vetiresindeki kısalmanın temel nedeni ise daha önce lisans başvurusunun uygun bulunması aşamasında istenen belgelerin, lisans başvurusu sırasında sunulması zorunluluğunun getirilmesinde yatmaktadır.

Son olarak, değerlendirmesi Kurula sunulan tüzel kişiye Kurul Kararı ile lisans verilmektedir.

1.4.2. Dağıtım Lisansı Verilmesine Esas Şartlar

Elektrik piyasasında, lisans almak isteyen tüzel kişilerin EPK ve ikincil mevzuatta yer alan şartları yerine getirmeleri gerekmektedir. Söz konusu şartlar, tüm lisans türleri için geçerli olan genel şartlar ve dağıtım lisansına özgü şart olan işletme hakkının tevsiki başlıkları altında incelenecektir.

²⁰¹ Bkz. Lisans Yönetmeliği m.22/1.

²⁰² Bkz. Lisans Yönetmeliği m.23.

1.4.2.1. Genel şartlar

Dağıtım lisansı verilmesine esas genel şartlar temel olarak Lisans Yönetmeliği'nin "Lisans Başvurusu" başlıklı 20 nci maddesinde yer almaktadır. Ayrıca söz konusu maddeye dayalı olarak çıkarılan 21.11.2013 tarihli ve 4709-7 sayılı Kurul Kararıyla düzenlenen "Önlisans ve Lisans İşlemleri ile İlgili Başvurularda Sunulması Gereken Bilgi ve Belgeler Listesi"²⁰³nde yer alan bilgi ve belgelerin de Kuruma sunulması gerekmektedir. Bu çerçevede, anılan şartları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Lisans başvurusunda bulunan tüzel kişinin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri doğrultusunda anonim şirket ya da limited şirket türünde kurulmuş olması,
- Başvuruda bulunan anonim şirketlerin sermaye piyasası mevzuatına göre borsada işlem görenler dışındaki paylarının nama yazılı olması,
- Şirket anasözleşmesinin elektrik piyasası mevzuatına uygun olması
- Başvuruda bulunan tüzel kişi ile tüzel kişinin;
 - o Doğrudan veya dolaylı payına sahip olan gerçek veya tüzel kişi veya kişilerin,
 - o Yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile limited şirketlerde müdürlerin,
- Kanunun 5 inci maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında yasaklı olmaması,
- Asgari sermaye yeterliliğine sahip olunması
- Lisans alma bedelinin Kurum hesabına yatırılması
- 21.11.2013 tarihli ve 4709-7 sayılı Kurul Kararıyla düzenlenen "Lisans Başvurusunda Sunulması Gereken Bilgi Ve Belgeler Listesi"nde yer alan belgelerin sunulması

Lisans Başvurusunda Sunulması Gereken Bilgi Ve Belgeler Listesi'nde lisans başvurusunda bulunacak olanlardan lisans türü bazında hangi belgelerin isteneceği ayrıntılı şekilde belirtilmiştir. Söz konusu belgelerden bir kısmı yukarıda açıklanan şartları başvuru sahibinin taşıyıp taşımadığını ya da yerine getirip

²⁰³ İnternet: <http://www.epdk.org.tr/TR/Dokumanlar/Elektrik/Mevzuat/KurulKararlari> adresinden 18.11.2017 tarihinde alınmıştır.

getirmediğini tevsik eder niteliktedir. Bu kapsamda, lisans alma bedelinin ödendiğine ilişkin belgenin talep edilmesi zikredilebilir. Ayrıca söz konusu Liste başvuru sahiplerini aydınlatıcı açıklamalar da içermektedir. Örneğin, Şirket anasözleşmesinin elektrik piyasası mevzuatına uygun hale getirilmesi için hangi hususların anasözleşmeye dercedilmiş olması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

1.4.2.2. Dağıtım lisansına özgü şart: İşletme hakkının tevsiki

Öncelikle belirtmek gerekir ki dağıtım faaliyeti açısından işletme hakkının elde edildiğinin tevsiki ve bu kapsamda İHD sözleşmesinin mevcudiyeti lisans verilebilmesi için temel şarttır. Nitekim İHD sözleşmelerinin imzalandığı tarihlerde yürürlükte olan Mülga Lisans Yönetmeliği'nin eki "Tüzel Kişilerin Lisans Başvurusunda Sunmaları Gereken Bilgi Ve Belgeler" listesinde "16) Mevcut dağıtım ya da üretim tesisleri için yapılan lisans başvurularında lisansa konu olan tesisin mülkiyet, kullanım veya işletme hakkının tesis edilmiş olduğunu gösterir belge"²⁰⁴ nin talep edileceği açıkça düzenlenmiştir.

Aynı minvalde, EPK'nın 5 inci maddesinin dokuzuncu fıkrası da "(9) Dağıtım lisansı, başvuru sahibinin bu Kanun uyarınca öngörülen yükümlülükleri yerine getirmesi ve ilgili dağıtım sisteminin işletme hakkını tevsiki hâlinde verilebilir." hükmünü içermekte olup işletme hakkının belgelendirilmesini açıkça düzenlemekle alt düzenleyici işlemlerin içeriğini kanuni hüküm haline getirmiştir.²⁰⁵

²⁰⁴ İnternet: www.epdk.org.tr adresinden 01.09.2016 tarihinde alınmıştır.

²⁰⁵ 6446 sayılı Kanunla açıkça tevsik etme şartı aranmakla birlikte 4628 sayılı Kanun'un çeşitli hükümlerinde de işletme hakkı devrine ilişkin ifadeler yer almaktadır. Örneğin, anılan Kanun'un 14 üncü maddesinin ikinci fıkrası "TEDAŞ'ın faaliyet alanında yer alan ve dağıtım faaliyeti için gerekli olan işletme ve varlıklar üzerinde, mülkiyeti saklı kalmak kaydı ile TEDAŞ ile belirlenen dağıtım bölgelerinde faaliyet göstermek üzere kurulan elektrik dağıtım şirketleri arasında işletme hakkı devir sözleşmesi düzenlenebilir." geçici m.3 "....b) Dönem sonu itibarıyla;

1. Elektrik Üretim Anonim Şirketi, Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi, Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi, TEDAŞ ve üretim ve dağıtım tesislerini işletmekte olan veya mevcut sözleşmeleri ile üretim ve dağıtım tesislerini işletme hakkı elde etmiş olan özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişiler, ilgili yönetmeliklerin çıkarılmasını takiben, yönetmeliklerde belirtilen lisans başvurusuna ilişkin bilgi ve belgeleri, yönetmeliklerde belirtilen süreler içinde Kurula sunar. Bu Kanun kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getiren tüzel kişilere Kurum tarafından, başvuru tarihlerinden itibaren bir ay içinde lisansları verilir. Söz konusu tüzel kişiler, lisansların verilmesine kadar, piyasa faaliyetlerini yürürlükteki usul ve esaslar uyarınca yürütürler." hükmünü içermektedir.

Bu çerçevede, mevcut dağıtım lisansları, işletme hakkının elde edildiğini gösteren İHD sözleşmelerine dayanarak verilmiş olup yeni bir dağıtım lisansı da ancak bu hakkın elde edildiğinin tevsiki halinde verilebilir.

Söz konusu sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi, lisansın hukuki tavsifi hakkında yapacağımız açıklamalara da esas teşkil edeceğinden müteakip başlık altındaki açıklamalar anılan hususa hasredilmiştir.

1.4.2.2.1. İşletme hakkı devri sözleşmesinin hukuki niteliği

İHD Sözleşmelerine göre İşletme Hakkı; *“Şirket (İşletme hakkını devralan A.Ş)’in, Dağıtım Tesisleri ve Dağıtım Tesislerinin işletilmesinde kullanılması gerekli diğer ilave unsurlar üzerinde bu Sözleşme’de yer alan hükümlerle sınırları belirlenen hakkı ve bu hakkın tanınması nedeniyle yürürlükteki mevzuattan ve bu Sözleşme’den doğan bütün sorumlulukları”, İşletme Hakkının Devri ise “Dağıtım Tesisleri ve Dağıtım Tesisleri’nin işletilmesinde kullanılması gerekli diğer ilave unsurlar üzerindeki İşletme Hakkının bu Sözleşme hükümleri kapsamında devrini” ifade etmektedir. Sözleşmenin konusunu ise “Sözleşme’de yer alan kapsam ve şartlar dahilinde, Dağıtım Bölgesindeki mevcut ve yeni yapılacak elektrik Dağıtım Sisteminin, Dağıtım Tesislerinin ve Dağıtım Tesislerinin işletilebilmesi için varlığı zorunlu diğer taşınır ve taşınmazların Dağıtım Faaliyeti için İşletme Hakkının Devri, bu tesislerin iyileştirilmesi ve güçlendirilmesi ile ihtiyaç duyulan yeni dağıtım hat ve tesislerinin yapımı ve Sözleşmenin herhangi bir şekilde sona ermesinde söz konusu bütün tesislerin TEDAŞ’a veya TEDAŞ’ın belirleyeceği kuruluşa geri devredilmesi ile bu konularda Tarafların her türlü hak ve yükümlülüklerinin tespit edilmesi” oluşturmaktadır.*²⁰⁶

İşletme hakkı dar anlamda “mevcut bir işletmeyi kazanç sağlamak üzere işletme ve çalıştırma hakkı”, geniş anlamda ise “ekonomik bir değeri bulunan bir varlığın semerelerinden yararlanma hakkı” olarak tanımlanabilir.²⁰⁷

²⁰⁶ Ayanoğlu, *İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri*, 22 v.d.

²⁰⁷ Ayanoğlu, *İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri*, 4.

*“İşletme hakkı devir sözleşmesi, ..., hem özel hukuk kişilerinin, hem de kamu tüzel kişilerinin sahip oldukları işletme ve hakların devrinde kullanılması mümkün olan bir yöntemdir.”*²⁰⁸

İdari sözleşme kriterleri

*“İdari sözleşme, bir kanunla idarî sözleşme olarak nitelendirilen veya taraflardan en az birisinin bir kamu tüzel kişisi olması şartıyla kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olan veya özel hukuku aşan hükümler içeren sözleşmedir.”*²⁰⁹

İdarenin yaptığı bir sözleşmenin, idari sözleşme mi özel hukuk sözleşmesi mi olduğu kanunda;

- sözleşmenin niteliği açıkça belirtilmek ya da
- sözleşmenin kamu hukukuna ya da özel hukuka tabi olduğu belirtilmek veyahutta
- sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlığın hangi yargı kolunda çözümleneceği gösterilmek suretiyle

belirlenebilir.²¹⁰ Kanun koyucu tarafından doğrudan ya da dolaylı bir nitelendirme²¹¹ yapılmadığı takdirde ise çeşitli kriterlerden faydalanılmak suretiyle sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığı tespit edilmektedir.

²⁰⁸ Ayanoğlu, *İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri*, 5.

²⁰⁹ Gözler, a.g.e., c.2, 34.

²¹⁰ Vedel, G., Delvolvé, P. (1992). *Droit Administratif* (12. Édition), Tome 1, Paris: Presses Universitaires De France, 372; Günday, *İdare Hukuku*, 185; Tokalı, M. (2010). *İdari Sözleşmeler ve Yargısal Denetimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 10; nitekim Duran'a göre, “herşeyden önce mukaveleyi öngören ve düzenleyen bir kanun hükmü varsa, ona bakılır ve açık bir nitelemde bulunmuşsa buna itibar edilir”. Duran, L. (1964). “Türk Hukukunda İdari Mukaveleler”, *İÜHF*, (1-2), 430; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk'e göre “kimî durumlarda sözü edilen küme görevli yargı yeri gösterilerek ya da sözleşmelerin özel ya da kamu hukukuna bağlı olduğu açıkça belirtilerek, kanunlar tarafından saptanmıştır.” Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk, a.g.e., 1133 ifadeleriyle; Gözler, “...anayasasında idari sözleşmenin tanımı konusunda bir hüküm bulunmayan bir ülkede, kanun koyucu, bir sözleşmenin idari nitelikte mi, yoksa özel hukuk sözleşmesi niteliğinde mi olduğunu serbestçe belirleme yetkisine sahiptir. Keza, kanun koyucu bu belirlemeyi doğrudan doğruya yapmayıp, sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejimi veya yargı düzenini göstererek de yapabilir. Kanun koyucu, bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümleneceğini öngörmüş ise, bundan o sözleşmeyi “idari sözleşme” olarak nitelendirdiği sonucu çıkar. Aynı şekilde kanun koyucu bir sözleşmeyi özel hukuk hükümlerine bağlamış ise, bu o sözleşmenin “özel hukuk sözleşmesi” olduğu anlamına gelir.” Gözler, a.g.e., c.2, 14-15 ifadeleriyle bu hususa işaret etmektedirler. Gülan ise 1999 yılında yapılan anayasa değişiklikleriyle, içeriği bakımından esasında idari sözleşme şartlarını taşıyan bir

Lombard, bir sözleşmede kamu ihale kanununa yapılan atfın o sözleşmeyi idari sözleşme şeklinde nitelendirmeye yetip yetmeyeceği hususundaki soruya, yargı kararlarına yer vererek sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesi olmaması ve sözleşmede aşkın hükümlere yer verilmemesi halinde anılan atfın tek başına yetersiz kalacağını belirtmektedir.²¹²

Didriche, kanun koyucunun son yıllarda idari sözleşme niteliğini haiz kendine özgü bir hukuki rejimi olan sözleşme türlerini kabul ettiğini ve bu sözleşmelere özgü hükümleri yasalaştırdığını ifade ederek kanun koyucunun sözleşmelerin hukuki niteliğini doğrudan kanunla belirleme yoluna gittiğini, örneğin kamu ihale sözleşmeleri konusunda daha önce yaşanan tartışmalardan sonra kanunla bu sözleşmelerin idari sözleşme vasfını kesbettiğini belirtmektedir.²¹³

Yukarıda da belirtildiği üzere İHD sözleşmelerinin dayanağı 4628 sayılı Kanun'un "*TEDAŞ'ın faaliyet alanında yer alan ve dağıtım faaliyeti için gerekli olan işletme ve varlıklar üzerinde, mülkiyeti saklı kalmak kaydı ile TEDAŞ ile belirlenen dağıtım bölgelerinde faaliyet göstermek üzere kurulan elektrik dağıtım şirketleri arasında işletme hakkı devir sözleşmesi düzenlenebilir.*" hükmünü içeren 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasıdır. Söz konusu hükümde ya da anılan Kanunda İHD sözleşmelerinin niteliğine ilişkin herhangi bir ibare yer almamaktadır. Bu çerçevede doktrin ve yargı kararları çerçevesinde, sözleşmenin içeriğinden yola çıkılarak değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Doktrinde idari sözleşmenin²¹⁴ nitelikleri; sözleşmenin taraflarından birisinin idare olması, konusunun bir kamu hizmetinin yürütülmesi ve sözleşmenin

sözleşmenin kanun koyucunun iradesiyle özel hukuk sözleşmesi haline getirildiğini belirtmekte ve bu durumu eleştirmektedir. Bkz. Gülan, A. (2001). "Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği", Ulusoy, A. (Editör). *Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Ankara: Liberte Yayınları, 147-148.

²¹¹ Tekinsoy'a göreyse kanun koyucunun nitelemesi doğrudan ya da dolaylı bir niteleme şeklinde olabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinsoy, M.A. (2006). "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55 (2), 185.

²¹² Lombard, M. (2001). *Droit Administratif* (4. Édition), Paris: Dalloz, 232.

²¹³ Didriche, O. (2016). "Les Évolutions Récentes Des Contrats Administratifs", *AJ Collectivités Territoriales*, 132 v.d.

²¹⁴ Duguit'ye göre "...artık kamu hukuku sözleşmesinin sözü edilemez... Kamu hukuku sözleşmeleri vardır demek, kamu hukuku alanında olduğumuz vakit sözleşme bağı mecburî değildir demektir, yani devlet taraflardan biri olunca teahhütleriyle ilzam edilemez, ilzam edilebilmesi için sözleşmenin özel kişiler arasında yapılmış olması gerektir demek isteniyor. Halbuki sözleşme devlet taraflardan

amacının kamu yararı olması, idareye üstün veya ayrıcalıklı yetkiler tanınması veya özel hukuku aşan yetkiler veren hükümler içermesi ya da kamusal rejimin uygulanması şeklinde sıralanmaktadır.²¹⁵

Sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesi ve amacının kamu yararı olması

Bir sözleşmenin idari sözleşme keyfiyetini haiz kabul edilebilmesi için karşı tarafın kamu hizmetini yürütmesi ya da yürütmesine katılmasını öngörmesi gerekmektedir.²¹⁶ Sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması o sözleşmeyi idari sözleşme yapmaz. Konunun, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin bulunması lüzumu vardır.²¹⁷ Gözler'in ifade ettiği üzere, "...sözleşme, bir kamu hizmetinin yürütülmesi görevini bir özel kişiye veriyorsa; ikinci olarak, sözleşme, sözleşmecî özel kişinin bir kamu hizmetinin yürütülmesine katılmasını öngörüyorsa ve üçüncü olarak, sözleşmenin bizzatı kendisi, bir kamu hizmetinin yürütülme usulünü oluşturuyorsa, sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olduğu söylenmektedir."²¹⁸

Fransa'da en yaygın idari sözleşme türlerinden birini kamu hizmetinin devri sözleşmeleri oluşturmaktadır. Anılan ülkede, 29 Ocak 1993 tarihli ve 93-122 sayılı Yolsuzluğun Önlenmesi İle Ekonomik Yaşamın Ve Kamusal Prosedürlerin

biri olsa da olmasa da sözleşmedir; ve sözleşmede taraf olan devlet teahhütleriyle, en küçük bir uyruğu gibi bağlıdır ve bağlı olmalıdır" bkz. Duguit, L. (1954). *Kamu Hukuku Dersleri*. (Çev. S. Derbil), Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 157.

²¹⁵ Özay, İ. H. (2002). *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul: Alfa Yayınları, 432; Atay, *İdare Hukuku*, 553 vd.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 423; Odyakmaz, Z. (1998). "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1-2); Sezginer, M. (2013). "İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli "Birleşme" Sözleşmeler)", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XVII (1-2), 1590 v.d.; Gözübüyük, A. Ş., Tan, T. (2011). *İdare Hukuku* (Güncelleştirilmiş 8. Baskı), c.1, Ankara: Turhan Kitabevi, 482; Sancakdar, O. (2014). *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* (4. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 593-594.

²¹⁶ Günday, *İdare Hukuku*, 185; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 424; Azrak, Fransa'da idari sözleşme kavramı ile kamu hizmeti arasında sıkı bir bağın olduğunu belirtmektedir. bkz. Azrak, A. Ülkü. (1963). "İdari Mukavele Kavramının Teori Ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme", *İÜHFİM*, 29 (3), 523; Yayla'ya göre de "idari sözleşmelerin konusu kamu hizmetleriyle doğrudan ilişkilidir." Bkz. Yayla, Y. (2010). *İdare Hukuku* (2. Baskı), İstanbul: Beta Yayınevi, 166.

²¹⁷ Gözler, a.g.e., c.2, 25.

²¹⁸ Gözler, a.g.e., c.2, 25; Fransa'da kamu hizmetinin yürütülmesinin devri ile kamu hizmetinin yürütülmesine ve işletilmesine katılmanın birbirinden farklı değerlendirildiğini ve özellikle sözleşmenin karşı tarafının seçiminde aleniyet ve rekabetin temini ilkelerine tabi olma açısından farklılıklar bulunduğunu belirtmek gerekmektedir. Bkz. Dreyfus, J.-D. (2002). "Associations Et Délégation De Service Public", *AJDA*, 894.

Şeffaflığına İlişkin Kanun (Sapin Kanunu)'la kamu hizmetinin devri, alenilik ve rekabetin sağlanması ilkelerine tabi bir sözleşme kategorisi olarak kabul edilmekle birlikte Kanunda anılan sözleşme hakkında herhangi bir tanımlamaya gidilmemiştir. 2001 tarihli Ekonomik ve Mali Reformlar Hakkındaki Acil Önlemlere İlişkin Kanun (MURCEF Kanunu), söz konusu sözleşmeyi; bir kamu tüzel kişinin sorumluluğundaki bir kamu hizmetinin işletilmesini bir kamu veya özel hukuk kişisine bıraktığı ve hizmetin finansmanın (işletenin ücretlendirilmesinin) temel olarak hizmetin işletilmesinin neticelerine bağlı bulunduğu sözleşme şeklinde tanımlamıştır. Tanım kapsamında kamu hizmetinin devrinden söz edebilmek için;

- öncelikle bir sözleşmenin varlığı,
- sözleşmenin devreden tarafının kamu tüzel kişisi, devralan tarafının ise kamu ya da özel hukuk kişisi olması,
- kamu hizmetinin varlığı ile sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin işletilmesinin devri olması,
- devralan tarafın ücretlendirilmesinin esas olarak hizmetin işletilmesine bağlı bulunması

unsurları aranmıştır.²¹⁹

Ancak, 2016 yılında çıkarılan düzenlemelerle birlikte kamu hizmetinin devri, imtiyaz sözleşmesi niteliğinde kabul edilmektedir. Bu anlamda, kamu hizmetinin devri sözleşmesi; kamu hizmetinin işletilmesinin bir ya da birden fazla iktisadi işletene, sadece işletme hakkı ya da işletme hakkına ek bir ücret karşılığında, hizmetin işletilmesinden kaynaklanan risklerle birlikte verildiği sözleşme şeklinde tanımlanmaktadır. “Risk” unsuru ile pazarın risk ya da fırsatlarına gerçek bir açıklığın varlığı, bu anlamda işleten tarafından katlanılabilecek potansiyel zararın itibari ya da ihmal edilebilir nitelikte olmaması, normal işletme koşullarında yapılan yatırım ve harcamalara ilişkin giderlerin amorti edilmesinin garanti edilmemesi kastedilmektedir. Yeni düzenlemelerle birlikte kamu hizmetinin devri sözleşmelerinde ayırt edici unsurun hizmetin işletilmesine bağlı ücretlendirmeden

²¹⁹ Dreyfus, J.-D. (2002). “La Définition Légale Des Délégations De Service Public”, *AJDA*, 38; Richer, L. (2014). *Droit Des Contrats Administratifs* (9.Édition), Paris: LGDJ Lextenso Éditions, 488-496.

hizmetin işletilmesine bağlı riskin transfer edilmesine kaydığı belirtilerek yeni hukuksal durumun eskisinden çok farklı olmadığı, zira riskin transfer edilmesinin sadece işletmeye bağlı ücretlendirmeyi değil imtiyaz veren idare tarafından kısmen de olsa ücretlendirmeyi içeren karma durumu da dışlamadığı ifade edilmektedir.²²⁰

Kamu hizmetinin devri sözleşmesinin imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirildiğini belirtmiştik. İmtiyaz sözleşmesi de diğer sözleşme ile benzer biçimde tanımlanmaktadır. 29 Ocak 2016 tarihli ve 2016-65 sayılı Ordonans ile imtiyaz sözleşmesi;

- Yazılı şekle sahip,
- Ordonans kapsamındaki otoritelerin iktisadi işletenlerle yaptığı,
- Konusu bayındırlık eserinin yapımını (yapım işinin ifası) ya da hizmetin işletilmesini devretmek olan,
- Hizmetin ya da bayındırlık eserinin işletilmesine bağlı risklerin, sadece işletme hakkı ya da işletme hakkına ek bir ücret karşılığında iktisadi işletene devredildiği,

sözleşme türünü ifade etmektedir. Böylelikle imtiyaz sözleşmelerinin bir nevini oluşturan kamu hizmetinin devri sözleşmesinden bahsedebilmek için -daha önceki düzenlemelerde sadece ücretlendirme üzerinden yapılan ve fakat yargının ortaya çıkardığı ve kullandığı- “ekonomik riskin”de sözleşmenin karşı tarafına transfer edilmesinin gerektiği belirtilmektedir.²²¹ Ayrıca şu hususu da eklemek gerekir: Ordonansta, işletilmesi devredilecek faaliyetler sadece “kamu hizmeti” niteliğindeki faaliyetlerle sınırlanmamıştır. Bilakis kamu hizmeti niteliğinde olmayan faaliyetler için de imtiyaz sözleşmesi yapılabilecektir.²²²

²²⁰ İnternet: Délégation de Service Public (Nouveau Régime), Fiches d'Orientation, <http://www.dalloz.fr> adresinden 01.12.2016 tarihinde alınmıştır.

²²¹ Dreyfus, J.-D. (2016). “Le Champ D'application Matériel De L'ordonnance Du 29 Janvier 2016 Sur Les Contrats De Concession”, *AJ Collectivités Territoriales*, 236.

²²² Dreyfus, *Le Champ D'application Matériel De L'ordonnance Du 29 Janvier 2016 Sur Les Contrats De Concession*, 237 v.d.; eklenmesi gereken çok önemli bir husus da ordonans kapsamına giren imtiyaz sözleşmelerinin yapılmasından önce aleniyet ve yarışma ilkelerine uyulması gerektiğinin açıkça düzenlenmiş olmasıdır. İlkeler ve istisnaları için bkz. Verrier, O. (2016). “Les Contrats Conclus Entre Entités Appartenant Au Secteur Public : L'exception Au Principe De Publicité Et De Mise En Concurrence”, *AJ Collectivités Territoriales*, 240; Didriche, O. (2016). “Les Nouvelles Règles En Matière De Passation Des Contrats De Concession”, *AJ Collectivités Territoriales*, 243; Ordonans hükümleri için Bkz.

Thurière, 1996 tarihli makalesinde, kamu hizmetinin devri konusunda imza ya da yetki devri gibi kavramlardan faydalanmanın uygun olmayacağını, zira kamu hizmetinin devrinden bahsedebilmek için basit bir birliktelik ya da katılımın yeterli görülemeyeceğini, belli bir özerklik ve süre için sorumluluğun üstlenildiği bir katılımın gerektiğini belirtmektedir.²²³ *“Kamu hizmetini devralanın sahip olduğu özerklik belli göstergelerin varlığına bağlıdır. Buna göre; kamu hizmetini devralan, hizmeti kullananlara uygulanacak düzenlemeleri yapabilmeli, kamu hizmetini yerine getiren görevliler üzerinde doğrudan yetkiye sahip olmalı ve onların ücretlerini ödemeli, kamu hizmetinin gereği gibi yerine getirilmesi için gerekli tesisleri inşa etmeli ve kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmalı, son olarak kamu hizmetini kullananların tek muhatabı olmalıdır.”*²²⁴

Didriche, 1993 tarihli Sapin Kanunu ile idari sözleşme türleri arasına kamu hizmetinin devrine ilişkin sözleşme türünün girdiğini ve bu sözleşme türlerinin imtiyaz, iltizam, müşterek emanet ve isimsiz sözleşmeler olduğunu zikretmektedir. Yazar, kamu hizmetinin devrinden bahsedebilmek için sözleşmenin karşı tarafının kamu hizmetini, yükümlülüklerini üstlenerek işletmesi gerektiğini ve bu anlamda basit bir katılımın yetersiz kaldığını belirterek kamu gücü ayrıcalıklarına iyeliğin ise zorunlu olmadığını ileri sürmektedir. Nitekim, Fransız Danıştay’ının bir festivalin organizasyonuna ilişkin “Commune de Six-Fours-les-plages” kararında festival programı ile gösteri ücretlerinin yerel idarenin kontrolünde bulunmaması nedeniyle kamu hizmetinden söz edilemeyeceğini belirttiğini aktarmaktadır. Diğer taraftan, sözleşmenin karşı tarafının finansmanının büyük oranda hizmetin işletilmesinden kaynaklanması gerektiğini, bunun temelinde de işletmenin risklerini üstlenmenin yattığını belirterek Fransız Danıştay’ının 2010 tarihli kararında finansmanın, sözleşmenin karşı tarafının riski üstlenmesini sağlaması kaydıyla, sabit ve değişken parametrelerin birlikteliğini içerecek şekilde de belirlenebileceğine karar verdiğini ifade etmektedir.²²⁵

İnternet: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031939947&categorieLien=id> adresinden 01.09.2016 tarihinde alınmıştır.

²²³ Thurière, F. (1996). “Problématique Du Sujet Pour Le Juge Administratif”, AJDA, 582.

²²⁴ Guettier, C. (2008). *Droit Des Contrats Administratifs*. (2.Édition). Paris: P.U.F, 226 (aktaran Yıldız Akgül, Ş. (2011). *İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik*, Ankara: Adalet Yayınevi, 21).

²²⁵ Didriche, O. (2011). “Délégation De Service Public Et Contentieux: Les Enseignements Récents De La Jurisprudence Administrative”, *AJ Collectivités Territoriales*, 490.

Mondou, mali ölçüte ilişkin değerlendirmesinde, kamu hizmetinin devrinden bahsedilebilmesi için sözleşmenin karşı tarafına ekonomik riskin de transferinin gerektiğini, bunun da her halükarda ödüllendirmenin/ücretlendirmenin olması anlamına gelmediğini ve zararlar (incidence) birlikte ücretlendirmeyi kapsadığını, sözleşmecinin finansmanının temel olarak hizmetin kullanıcılarından alınan ücretle sağlandığını belirtmektedir. Yazara göre, sözleşmecinin aldığı risk ve özgürlüğe göre (sözleşmecinin konumu) katılım çeşitlenmekte, özellikle tekel konumunda yürütülen faaliyetlerde kullanıcıların tek şirketten hizmet alma zorunluluğu nedeniyle ekonomik risk hiç olmamakta ya da düşük olmakta, ancak bu durumlarda faaliyetin ekonomik çerçevesinin göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmektedir.²²⁶

Le Roy, 1993 tarihli Sapin Kanunu'nu tamamlayan 2001 tarihli MURCEF Kanunu'nun kamu hizmetinin devri sözleşmesini, bir kamu tüzel kişinin sorumluluğundaki bir kamu hizmetinin işletilmesini bir kamu hukuku veya özel hukuk kişisine bıraktığı ve hizmetin finansmanın (işletenin ücretlendirilmesinin) temel olarak hizmetin işletilmesinin neticelerine bağlı olduğu sözleşme olarak nitelendirdiğini ve fakat doktrinin tanım konusunda bir çok zorlukla karşılaştığını belirtmektedir. Zira, tanım kendi içinde kamu hizmeti gibi belirsiz (tanımlanması zor) kavramlardan oluşmakta ve Fransız Danıştay'ının kamu hizmeti konusunda verdiği iki karar da zaten karmaşık olan kavramı daha da karmaşık hale getirmiştir. Yazar, APREI (CE sect. 22 févr.2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés) kararı ile kamu hizmetini işletenin kamu gücü ayrıcalıklarına da sahip olmasının zorunlu olmadığına hükmedildiğini, diğer bir deyişle işleten kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olmasa da kamu hizmetinin varlığından söz edilebileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, kamu hizmetinin varlığı için faaliyette kamu yararının bulunması elzem olmakla birlikte kamu gücü ayrıcalığına sahip olunması zorunlu değildir. Zira, Fransız Danıştay, kamu hizmetinden söz edilebilmesi için kamu gücü ayrıcalıkları olmasa da yürütülen faaliyetin idare tarafından kamu hizmeti niteliğinde görülmesine ilişkin niyetin varlığına da değer atfetmektedir. Netice itibarıyla, kamuya yararlı ve idarenin denetimi altında yürütülen bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğini haiz olabilmesi için

²²⁶ Mondou, C. (2011). "L'association, Délégataire De Service Public", *AJ Collectivités Territoriales*, 503.

ya faaliyeti yürüten kişinin kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olması ya da yürütülen faaliyetin idare tarafından kamu hizmeti niteliğinde görüldüğüne ilişkin iradenin / niyetin bulunması gerekir. “Commune d'Aix-en-Provence” kararıyla da yargının, kamu hizmetinden bahsedebilmek için daha önce faaliyetin kamu tarafından kurulmasını zorunlu tutmadığını, ancak devirden bahsedebilmek için bunun varlığını aradığını belirtmektedir. Yazar ayrıca, kamu hizmetinin devrinin söz konusu olduğu durumlarda, ücretlendirmenin yargı kararlarıyla geniş algılandığını, bu kapsamda sadece kullanıcılardan alınan ücretin değil örneğin reklam gelirleri ya da performansla bağlı ödemelerin de bu minvalde değerlendirildiğini belirtmektedir.²²⁷

Gartner, kamu yararının idari sözleşmenin esas kriterlerinden olmaktan çıkarak ek bir kriter halinde geldiğini ve ekonomik ya da pragmatik kaygıların gölgesinde kaldığını ifade etmektedir. Yazara göre kanun koyucu ve yargı sözleşmeleri nitelendirirken daha basit bir çözüm (kriter) bulamadıkları takdirde kamu yararına başvurmaktadır. Örneğin kanun koyucu, bazı sözleşmeleri idari sözleşme olarak nitelendirirken kamu yararından öte başka amaçlarla hareket etmektedir. Aynı minvalde, kamu yararı, idari sözleşme rejimini kurma açısından da artık yeterli değildir. Zira, idare, “idari kamu yararı” ile “ekonomik kamu yararı” arasında denge sağlamak zorundadır. Diğer bir deyişle, sözleşmelerde daha çok piyasanın işleyişine uygun kurallara yer verilmekte ve örneğin uygulanagelen mevcut bir sözleşmeden, kamu yararı açısından bakıldığında memnun olunsa dahi, sözleşmenin hitamında yeniden yarışma yapılması ve yeni bir sözleşme imzalanması gerekmektedir.²²⁸

*Sözleşmenin taraflarından birinin idare olması (organik kriter)*²²⁹

Bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için taraflarından en az birinin mutlaka idare olması gerekmektedir.²³⁰ Sözleşmenin diğer tarafı idare olabileceği gibi özel hukuk kişisi de olabilir.²³¹

²²⁷ Le Roy, M. (2008). “L'Imperfection Croissante Des Critères D'identification De La Délégation De Service Public”, *AJDA*, 2268.

²²⁸ Gartner, F. (2006). “Des Rapports Entre Contrats Administratifs Et Intérêt Général”, *RFDA*, 19.

²²⁹ Vedel, Delvolvé, a.g.e., 374.

İki tarafın da kamu tüzel kişisi²³² olduğu durumda sözleşme doğrudan idari sözleşme şeklinde nitelendirilebilir mi?

Gözler'e göre bir sözleşmenin iki tarafı da kamu tüzel kişisi ise, o sözleşmenin idari sözleşme olduğu yolunda bir karine vardır, yeter ki sözleşme taraflar arasında bir özel hukuk ilişkisine vücut vermesin.²³³

Tekinsoy ise sözleşmenin taraflarından birinin idare olması ölçütünü gerçek bir ölçüt kabul etmemektedir. Zira, anılan ölçütün yalnızca sözleşmeyle idare arasındaki bağı ortaya koymaya yönelik olduğunu ve kamu tüzelkişilerinin her türlü faaliyet ve işlemlerinin kamu hukukuna tâbi tutulmadığını belirterek "İki özel hukuk kişisi arasında yapılan sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu yönünde güçlü bir karinenin var olduğu kabul edilebilirse de, iki kamu tüzelkişisinin yaptığı sözleşmenin idari sözleşme olduğu yönünde bir karine söz konusu olamaz. Bu tür sözleşmelerde ancak organik unsurun gerçekleştiği kabul edilebilir ki bu durum, idari sözleşmenin saptanmasında ilk aşama olmaktan öteye bir belirleyicilik taşımaz."²³⁴ ifadeleriyle böyle bir karinenin varlığını reddetmektedir.

Türk hukukunun aksine Fransa'da, "Entreprise Peyrot" içtihatıyla, kamu hizmeti yürütmek üzere sözleşme yapılan bir özel hukuk kişinin, idare hesabına hareket ederek üçüncü bir kişiyle imzaladığı sözleşmenin idari sözleşme olabileceği kabul edilmiştir.²³⁵

²³⁰ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 423; Tekinsoy, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, 192; De Laubadère, A., Venezia, J.-C., Gaudemet, Y. (1996). *Traité De Droit Administratif*, (14. Édition), Tome 1, LGDJ, 739.

²³¹ Günday, *İdare Hukuku*, 185; Gözler, a.g.e., c.2, 19 v.d.

²³² Kamu tüzel kişileri, Anayasa'nın 123 üncü maddesi çerçevesinde kanunla ya da kanunun verdiği yetkiye dayalı olarak kurulan kamu yararı amacına hizmet eden ve özel hukuku aşan ayrıcalıklara ve yükümlülöklere tabi mal ya da kişi topluluklarıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlayan, R. (2016). Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (7), 373-398; Gözler, a.g.e., c.2, 159 v.d.

²³³ Gözler, a.g.e., c.2, 23; Vedel, Delvolvé, a.g.e., 382; Zarka, J.- C. (2016). *Le Droit Public*, Paris: Gualino Lextenso Édition, 31; Nitekim Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 21 Mart 1983 tarihli Union Des Assurances De Paris (UAP) kararında, iki kamu tüzelkişisi arasında yapılan sözleşmenin, konusu itibarıyla taraflar arasında özel hukuk ilişkilerine vücut vermemesi kaydıyla, ilke olarak idari nitelik taşıdığını kabul etmiştir. İnternet: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007606873> adresinden 10.11.2016 tarihinde alınmıştır.

²³⁴ Tekinsoy, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, 193.

²³⁵ Gözler, a.g.e., c.2, 21-22; Nitekim, özel hukuk kişileri tarafından yapılan sözleşmelerin de idari sözleşme olabileceği, idarenin özel hukuk kişisini kendi adına/hesabına hareket etmeye yetkilendirdiği haller ile ulusal karayolu yapımı imtiyazına sahip şirketin yaptığı sözleşmelerin bu

Didriche, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2015 tarihli kararıyla²³⁶ uzun süredir uygulanan "Peyrot İctihadı"²³⁷ndan vazgeçtiğini belirtmektedir. Söz konusu kararda Mahkeme, otoyol imtiyazına sahip olan özel hukuk tüzel kişisi ile üçüncü bir kişinin yaptığı otoyolun yapımı, işletimi ve bakımına ilişkin sözleşmenin idari sözleşme değil özel hukuk sözleşmesi olduğuna hükmetmiştir. Zira, Yüksek Mahkemeye göre imtiyazcının devlet hesabına hareket ettiğini söylemek mümkün değildir.²³⁸

Sözleşmede aşkın hükümlere²³⁹ yer verilmesi

"Özel sözleşmelerde idarelerin durumu, gerçek ve tüzel kişilerden farklılık göstermemekte, ancak idari sözleşmelerde, taraflara tanınan olağan haklar dışında kamu gücünü kullanan idarelerin ayrıcalıklı üstün hak ve yetkileri bulunmaktadır."²⁴⁰ Özel yarardan üstün olan kamu yararının temsilcisi idare, kamu yararını gözetebilmek ve koruyabilmek için²⁴¹ idari sözleşmelerde ayrıcalıklı ve üstün yetkilere sahip kılınmıştır. "Özel hukuku aşan hükümler veya kayıtlar, bir özel hukuk sözleşmesinde tarafların serbest iradeleriyle kabul etmeyecekleri nitelikteki kayıt ve şartlar"²⁴² olup taraflar arasında eşitsizliğe yol açan bir ilişki ortaya çıkarırlar."²⁴³

Vedel-Delvolvé, özel hukuku aşan hükümler kriterinin, tarafların kamu gücü rejimi altında bulunduklarını gösterir nitelikte olduğunu, tek bir hükmün dahi bazen sözleşmeye idari nitelik verebileceğini belirtmektedir.²⁴⁴

Tekinsoy'a göre;

kapsamda olduğu belirtilmekte ve son halde niteliği itibarıyla devlete ait olan bir faaliyetin söz konusu olması fikrinden hareket edildiği belirtilmektedir. Vedel, Delvolvé, a.g.e., 379.

²³⁶ T. confl. 9 mars 2015, n° 3984, Mme R. c/ Sté Autoroutes du Sud de la France, Lebon.

²³⁷ İctihatla ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz. Long. M., Weil, P., Braibant, G., Delvolvé, P., Genevois, B. (1996). *Les Grands Arrêts De La Jurisprudence Administrative* (11. Édition), Paris: Dalloz, 606-617.

²³⁸ Didriche, *Les Évolutions Récentes Des Contrats Administratifs*, 132 v.d.

²³⁹ Gözler, a.g.e., c.2, 28.

²⁴⁰ Danıştay 10. Daire E. 1991/1 K. 1993/1752 T. 29.4.1993 İnternet: www.kazanci.com.tr adresinden 01.10.2016 tarihinde alınmıştır.

²⁴¹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 426.

²⁴² Gözler, a.g.e., c.2, 29-30.

²⁴³ İnternet: <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Clause-exorbitante.htm> adresinden 21.11.2016 tarihinde alınmıştır.

²⁴⁴ Vedel, Delvolvé, a.g.e., 379 v.d.

“Conseil d’Etat kararlarında, idarenin alacağını yargısal yollara başvurmaksızın tahsil edebilmesi, uyuşmazlıkları çözüme bağlamak için re’sen hareket etme yetkisi, diğer âkit üzerinde kontrol, yönlendirme ve denetim yetkisi, karşı tarafın kamu yararına yönelik yükümlülükler üstlenmesi, idarenin çalıştırılacak personelle ilgili yetkilere (örneğin bunların çıkarılmasını isteme) sahip olması, tek yanlı değişiklik yapma yetkisi, idarenin (kira verildiği salonda) oynanacak oyunların belirlenmesinde yetki sahibi olması ve oyunlardan gösteri vergisi alınmayacağı kaydı, idare ajanları tarafından tutulan tutanakların geçerli olacağı kaydı, (restaurant işletilmesinde) idareye çalıştırılacak personel ve tarife üzerinde yetki tanınması konularındaki sözleşme hükümlerinin özel hukuku aşan şart kapsamında görüldüğü belirtilmektedir”²⁴⁵

Ancak doktrinde de belirtildiği üzere özel hukuku aşan şart kriteri yeterince açık bir kriter değildir.²⁴⁶ Hatta Balta’ya göre,

“Bu çeşit şartlar, şüphesiz ki özel hukukun dışında kalırlar ve kamu hukuku alanına girerler...İdarenin sözleşmede bu çeşit şartlara geçerli bir şekilde yer verebilmesi de kanunun kendisine bu hususta yetki tanımasına bağlıdır. Ancak bir sözleşmede kamu hukukuna bağlı bu tür şartların bulunması ona idari nitelik veremez. Çünkü sözleşmenin idari oluşu onun bütünü ile idare hukukuna bağlı olması sonucu doğurur. Sözleşmede kamu hukukuna aid bir kısım şartların bulunuşu böyle bir sonuç çıkarmaya yetmez. Nitekim benzer şartlar özel hukuk sözleşmelerinde de yer alabilir. Böyle bir durum sadece ilgili sözleşmenin kamu hukukuna bağlı bir takım şartları kapsadığı anlamına gelir.”²⁴⁷

Özel hukuku aşan şart kriteri ile ilgili olarak Tekinsoy ile Akyılmaz-Sezginer-Kaya’nın Fransız Danıştay’ının 19 Ocak 1973 tarihli “Rivière du Saint” kararından yola çıkarak açıkladıkları özel hukuku aşan rejim kriteri de bahsedilmeye değerdir. Yazarlarca bahsedilen karara konu sözleşme, EDF (Electricité de France-Fransa Elektrik Kurumu) ile özel bir elektrik üreticisi arasında yapılmıştır ve EDF’in bu üreticiden elektrik satın almasına ilişkindir. Sözleşme, kamu hizmeti ile ilgili olmadığı gibi özel hukuku aşan şartlar da içermemektedir. Buna karşın “sözleşme dışındaki düzenleyici işlemlerden gelen özel hükümler (elektrik satın alınması mecburiyeti, bazı uyuşmazlıkları çözme yetkisinin bakana verilmesi)²⁴⁸ bir bütün

²⁴⁵ Tekinsoy, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, 203; özel hukuku aşan şart örnekleri için bkz. Keskin, B. (2008). *Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim* İstanbul: Arıkan Yayınevi, 75.

²⁴⁶ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 427; Tekinsoy, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, 204; Çal, S. (2010). “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu Ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XIV (1), 224-274.

²⁴⁷ Balta, T. B.. (1970). *İdare Hukukuna Giriş I*, Ankara: TODAİE Yayınları No:117, 190

²⁴⁸ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 426.

olarak değerlendirildiğinde özel hukuk aşan rejimden bahsetmek zorunluluğu doğmaktadır. Özel hukuku aşan rejimde kurallar sözleşme içinde değil, sözleşme için çerçeve oluşturan önceden düzenlenmiş hükümler içinde²⁴⁹ yani taraf iradelerinden bağımsız objektif düzen içinde bulunmaktadır.²⁵⁰

Ancak Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin, EDF ile “Green Yellow Şirketi” arasındaki uyuşmazlıkla ilgili verdiği 2010 tarihli kararında; ki uyuşmazlık Green Yellow Şirketinin elektrik satış sözleşmesi imzalama talebini EDF’ye iletmesine rağmen EDF’nin cevap vermemesi üzerinedir, iki özel hukuk kişisi arasındaki sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu, ancak taraflardan birinin kamu tüzel kişisi adına veya hesabına hareket etmesi halinde sözleşmenin idari sözleşme kabul edilebileceği belirtilmektedir. Mahkeme, EDF’nin özel hukuk kişisi niteliğine vurgu yaparak sözleşmenin hiçbir tarafının kamu tüzel kişisi adına bir görev yüklenmediğini belirtmektedir. Söz konusu kararı değerlendirmek açısından şu hususu eklemek gerekir ki EDF önceleri kamu kurumu statüsünde iken yapılan değişiklikle ticari şirkete dönüşmüştür.²⁵¹ Diğer taraftan, son olarak, 2010 tarihli “Grenelle II Kanunu” ile söz konusu sözleşmelerin açıkça idari sözleşme vasfını kesbettiğini de ifade etmek gerekmektedir.

Gözler, Fransız hukukunda maddi şartların alternatif nitelikte olduğunu²⁵² ve fakat Türk hukukunda her iki şartın da bulunması gerektiğini belirterek bu durumu, idari sözleşme alanının fazlasıyla daralmasına yol açması nedeniyle eleştirmektedir.²⁵³

²⁴⁹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 426.

²⁵⁰ Tekinsoy, A. (2002). *İdari Sözleşme Rejiminin Temel İlkeleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 119-121; Tekinsoy, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, 205.

²⁵¹ Rapp, L. (2010). “Electrique!”, *AJDA*, 1337; İnternet: <http://www.arnaudgossement.com/archive/2010/12/28/le-tribunal-des-conflitsstatue.html#more> adresinden 01.09.2016 tarihinde alınmıştır.

²⁵² Lombart, P. (1992). *QCM de Droit Administratif*, Paris: Les Editions D’Organisation Universite, 146; Legrand, A., Wiener, C. (2017). *Le Droit Public* (Édition 2017), Paris: La Documentation Française, 109.

²⁵³ Gözler, a.g.e., c.2, 47-48; Tekinsoy “Türk uygulamasının Fransız uygulamasından farklılık içerdiği açık olmakla birlikte, yargı kararlarındaki bu tür formülasyonlar, ölçütlerin her zaman birlikte kullanıldığı anlamına gelmemektedir” ifadelerine yer vermektedir. Bkz. Tekinsoy, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, 206.

Yukarıda bahsedildiği üzere, idari sözleşme, kendileri de tartışmalı olan iki kritere bağlanmış durumdadır: Kamu hizmeti ve özel hukuku aşan şart kriteri. Bu durum idari sözleşme olduğu tereddütsüz kabul edilebilecek sözleşmeler dışındakiler için sorun teşkil etmektedir. Nitekim Tekinsoy,

“Sözleşmenin, idari sözleşme kabul edilmesi aslen, bir biçim olarak sözleşmeye ilişkin değil, sözleşmeyle kurulan, sözleşmenin düzenlediği ilişkinin niteliğine dair bir saptamadır. Sözleşmenin niteliğinin saptanmasında temel ve yalın soru şu olmalıdır: Sözleşmenin düzenlediği ilişki bir idare hukuku ilişkisi midir?”

Sorun bu biçimde ortaya konulduğunda, sözleşmenin konusunu, hükümlerini ve sözleşmeyi ilgilendiren, düzenleyen sözleşme dışı kuralları bu ilişkiyi nitelermemize yarayan “belirtiler demeti” olarak görüp bunların bir bütün olarak değerlendirilmesiyle sonuca varılmalıdır.”²⁵⁴

ifadeleriyle sözleşmenin iki tarafı arasındaki ilişkinin niteliğinden yola çıkılarak bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedir.²⁵⁵

Foillard, özel hukuku aşan şartlara çeşitli şekillerde rastlanılabileceğini, özel hukuk sözleşmelerinde bulunması olağan olmayan şartların bu şekilde nitelendirilebileceğini, anılan şartların tarafların sözleşmeyi özel hukuk kurallarından çıkararak kamu hukukuna tabi kılma iradelerini yansıttığını ileri sürmektedir. Yazar, idareye kontrol hakkı, yaptırım hakkı ya da tek taraflı sona erdirmeye hakkı tanıyan hükümlerin anılan nitelikte hükümler olduğunu belirtmektedir. Ayrıca, özel hukuku aşan rejimin ise sözleşmenin hukuki çerçevesinden yola çıkarak anlaşılabilirliğini, sözleşmeyi çevreleyen hukuki rejimin kamu hukuku olması halinde idari sözleşmeden bahsedilebileceğini ifade etmektedir.²⁵⁶

Didriche, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 2014 tarihli kararına²⁵⁷ değinerek anılan kararda idareye, kamu yararı içerisinde, özellikle sözleşmenin

²⁵⁴ Tekinsoy, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, 224.

²⁵⁵ Aynı yönde Kalabalık’da “sözleşmenin konusu veya sözleşme ile kurulmak istenen ilişki, özel hukuk dışında idareye özgü bir düzenlenişe ihtiyaç gösteriyorsa, bu taktirde ortada bir idari sözleşme” olduğunu belirtmektedir. Bkz. Kalabalık, H. (2014). *İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları* (Güncellenmiş 5. Baskı), Konya: Sayram Yayınları, 425.

²⁵⁶ Foillard, a.g.e., 203.

²⁵⁷ T. confl. 13 oct. 2014, n° 3963, Sté Axa France IARD, *Lebon*.

uygulanması aşamasında ayrıcalıklar tanımak suretiyle, bir sözleşmeyi idari sözleşmelerin aşkın rejimine dahil eden hükümlerin özel hukuku aşan hükümler şeklinde tanımlandığını belirtmektedir. Karara konu olayda, bir belde ile şirket arasında kürek sporu faaliyeti için taşınmazın kiralanması sözleşmesi imzalanmış, taşınmazın yanması üzerine beldenin sigorta şirketi tarafından beldeye ödeme yapılmış ve ardından sigorta şirketi tarafından kiracı şirketin sigortacısına dava açılmıştır. Mahkeme, taşınmaz, her ne kadar sportif faaliyetlerin yapılması için kiralansa da, bu özelliğinin onu kamu malı statüsüne sokmayacağını ve kamunun doğrudan kullanımına ya da kamu hizmetine tahsis edilme anlamına gelmeyeceğini, zira, söz konusu taşınmazdan sadece abonelerin faydalandığını, beldenin şirket üzerinde kontrol yetkisinin bulunmadığını ve şirkete belde tarafından kamu hizmetinin ifası anlamına gelebilecek spesifik yükümlülükler tahmil edilmediğini ifade etmiştir. Yazar, bu kararla Uyuşmazlık Mahkemesi'nin özel hukuku aşan hüküm kriterini yeniden tanımladığını, daha önce “özel hukukta olağan olmayan, mümkün bulunmayan” şeklinde negatif anlam yüklenerek açıklanan kavramın pozitif şekilde tanımlanmaya başlandığını, aşkınlığın temeline kamu yararı kavramının yerleştirildiğini ve yeni tanımın idari sözleşme alanında daralmaya yol açacağını belirtmektedir.²⁵⁸

Çal ise bir faaliyetin kamu hizmeti ve bir sözleşmenin de idari sözleşme vasfıyla nitelendirilmesinde asıl belirleyici kriterin “kamusal korunma gereksinimi” olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, idari sözleşmeyi tespit için kullanılan kriterler, idari sözleşme niteliğinde kuşku duyulmayacak kimi sözleşmeleri nitelendirmede yetersiz kalmaktadır. Söz konusu yetersizliğin görüldüğü alanlarda kamusal korunma gereksinimine başvurulmasının mümkün olduğunu belirten Yazar, anılan kriterin kamu yararı gibi müphem bir hususu çağrıştırmakla birlikte idari sözleşme kriterlerine ek bir kriter getirmekle sakıncası bulunmadığını savunmaktadır.²⁵⁹ Yazar, diğer bir çalışmada da kamu hizmeti ile imtiyaz arasında zorunlu bir bağ bulunmadığını belirterek herhangi bir faaliyet kapsamında imtiyazdan söz edebilmek için faaliyetin tekel niteliğini taşıyıp taşımadığına, rekabetin kısıtlanıp kısıtlanmadığına ve uzun süreli bir sözleşmeye yer verilip

²⁵⁸ Didriche, *Les Évolutions Récentes Des Contrats Administratifs*, 132.

²⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu Ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*, 224-274.

verilmediğine bakılması gerektiğini ileri sürmektedir.²⁶⁰ Dolayısıyla, sözleşme tahtında imtiyazın varlığı, sözleşmenin idari sözleşme addedilmesini gerektirmektedir.

Devolvé, kamu hizmetini, özel bir rejim altında idare tarafından sorumluluğu üstlenilen kamuya yararlı faaliyet şeklinde tanımlamaktadır. Yazar, kamu hizmetinin sözleşmeyle özel hukuk kişilerine gördürebileceğini ve bunun ilk modelini imtiyazın teşkil ettiğini, idari kamu hizmetleri için de imtiyaz yöntemine başvurulabildiğini, kamu hizmetinin sözleşmeyle özel hukuk kişisine gördürüldüğü her durumda idari sözleşmenin olacağını ifade etmektedir. Yazar, idari sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisi, sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi gibi yetkilerin sözleşmenin konusunun kamu hizmetiyle mevcut sıkı bağılılığından kaynaklandığını ve özel hukuku aşan rejim teşkil ettiğini belirtmektedir. Kamu hizmetinin rejimini ise hizmetin kurulması ve organizasyonun düzenleyici bir işlemle gerçekleşmesi, hizmetin işleminin de eşitlik, değişkenlik ve sürdürülebilirlik ilkelerine tabi olması (Yazar, eşitlik ve sürdürülebilirliğin anayasal değerlerde ilkeler olduğunu da belirtmektedir.) şeklinde ifade etmektedir. Ayrıca, kamu hizmetinin işleminin tamamen idari hukuka tabi olmadığını, idari kamu hizmetleri ile sinai ve ticari kamu hizmetleri arasında ayrım yapıldığını ancak bunun da mutlak olmadığını, örneğin, idari kamu hizmetiyle ilgili ihtiyaçları karşılamak için yapılan bir sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içermiyorsa özel hukuka tabi olduğunu da görüşlerine eklemektedir.²⁶¹

İHD sözleşmelerinin yukarıdaki başlıklar altında yer verilen kriterler ve görüşler bakımından değerlendirilmesi aşağıdaki başlık altında toplu bir şekilde yapılacaktır.

İHD sözleşmesinin idari sözleşme kriterleri açısından değerlendirilmesi

Ayanoğlu'na göre TEDAŞ ile dağıtım şirketleri arasında imzalanan İHD sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir. Yazara göre, anılan sözleşmeler, 3096 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinde öngörülen işletme hakkı

²⁶⁰ Çal, S. (2008). *Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, Ankara: TOBB Yayını, s.43.

²⁶¹ Delvolvé, P. (1998). *Le Droit Administratif* (2. Édition), Paris: Dalloz, 43-52.

devri sözleşmelerinden unsurları ve hukuki rejimi bakımından büyük oranda farklılık göstermektedir. Yazar, gerekçelerini aşağıdaki şekilde ifade etmektedir:

“3096 sayılı Kanun uyarınca yapılmış bulunan işletme hakkı devir sözleşmelerinde, hem dağıtım tesislerini işletme hakkı, hem dağıtım faaliyetinde bulunma hakkı ve izni, hem de elektriğin perakende ticareti hakkı verilmektedir. Halbuki, 4628 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinin atfıyla 4046 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan işletme hakkı devir sözleşmelerinde sadece TEDAŞ’a ait dağıtım tesislerinin işletme amacıyla kullanılması söz konusudur. Bu sözleşmeler, elektrik piyasası faaliyetlerinden olan "dağıtım faaliyeti" yapma hak ve yetkisinin devrini içermemektedir. Çünkü, 4628 sayılı Kanunun 3. maddesine göre, "belirli bir bölgede dağıtım faaliyetinde bulunulabilme" hak ve yetkisini, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunca (EPDK) verilen "dağıtım lisansı" sağlamaktadır. Nitekim 4628 sayılı Kanunun Geçici 3/B-I maddesinde, dönem sonu itibarıyla dağıtım faaliyetinde bulunabilmesi için TEDAŞ’a da dağıtım lisansı alması yükümlülüğü getirilmiştir. Diğer taraftan, TEDAŞ, 12.08.1993 tarih ve 93/4789 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla, Türkiye Elektrik Kurumu'nun Türkiye Elektrik Üretim, İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi unvanlı iki ayrı iktisadi devlet teşekkülü şeklinde teşkilatlandırılmasıyla oluşturulmuş bir iktisadi devlet teşekkülüdür. Dolayısıyla 4046 sayılı Kanunun 15/2 maddesi kapsamında TEDAŞ'ın mülkiyetindeki dağıtım tesislerinin hizmet üretiminin imtiyaz sayılması da olanaklı değildir. Görülüyor ki, TEDAŞ ile dağıtım şirketleri arasında imzalanan sözleşmeler idari sözleşme niteliğinden yoksundur.”²⁶²

Görüldüğü üzere Yazar savını iki hususa dayandırmaktadır:

- İHD sözleşmeleri, devralan şirkete dağıtım faaliyetinde bulunma hak ve yetkisini vermemektedir, şirketin dağıtım faaliyeti yapabilmesi için ayrıca lisans alması zarurietidir.
- TEDAŞ, iktisadi devlet teşekkülüdür, 4046 sayılı Kanun'un 15 inci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında imtiyaz niteliğinde bir hizmet üretmemektedir.

Akın ise, 3096 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinde öngörülen işletme hakkı devri usulünü gerçekleştirmek için yapılan sözleşmelerle elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesislerini işletme haklarının devrinin kamu hizmeti imtiyazı teşkil ettiğini, bu nedenle anılan sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi ve idari sözleşme niteliği taşıdığını ileri sürmektedir. Yazar, anılan sözleşmelerle özel kişilere devredildiğini

²⁶² Ayanoğlu, *İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri*, 20-21.

belirttiği elektrik üretim, dağıtım ve iletim faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliğini haiz olduğunu, idareye özel hukuku aşan yetkiler tanındığını ve karşı tarafa bazı kamusal hak ve ayrıcalıkların sağlandığını ifade etmektedir.²⁶³

Kanaatimizce işletme hakkı devir sözleşmesi, idari sözleşme niteliğindedir. Önceki bölümde dağıtım faaliyetinin kamu hizmeti niteliğini haiz olduğuna ilişkin gerekli açıklamalar yapıldığından aşağıda İHD sözleşmelerinin idari sözleşme kriterleri açısından değerlendirilmesi yapılacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki kanaatimizce İHD sözleşmesinin konusu, doktrinde ve yargı kararlarında kamu hizmeti olarak nitelendirilen dağıtım faaliyetini yürütmek üzere işletme hakkı verilmesidir. Nitekim, İHD sözleşmesi hükümleri²⁶⁴ incelendiğinde,

- sözleşmenin, dağıtım faaliyetinin yapılabilmesi için gerekli tüm unsurların işletme hakkının, mülkiyet hakkı TEDAŞ'ta kalmak şartıyla, taraf şirkete devredilmesini içerdiği, öyle ki dağıtım sisteminin, dağıtım tesislerinin ve dağıtım tesislerinin işletilmesi için zorunlu diğer taşınır ve taşınmazların işletme hakkının sözleşmenin imza tarihi itibarıyla devredilmiş sayıldığı, işletme hakkının yanında devam etmekte olan yatırım projelerinin de devralan şirket tarafından tamamlanmasının öngörüldüğü,
- sözleşmenin imza tarihinden sonra dağıtım tesisleri ile dağıtım tesislerinin işletilmesinden kaynaklanan her türlü hukuki ve cezai sorumluluk ile dağıtım faaliyetinin şirket tarafından yürütüldüğü dönemde bu faaliyet kapsamında gerçekleştirilen her türlü iş ve işlemlerin sorumluluğunun devralan şirkete ait olduğu,

²⁶³ Yazar, bu kapsamda, şirketin faaliyeti, kamu hizmetine egemen olan ilkelere göre idarenin denetimi ve gerektiğinde yaptırım uygulama yetkisi altında bizzat yerine getirmek zorunda olduğunu, hizmetten yararlanacaklardan alınacak bedelin serbestçe belirlenmediğini, acze düşülmesi veya sözleşme şartlarının ihlali halinde süresinden önce sözleşmenin feshedilebileceğini, şirketin sigorta ettirme yükümlülüğünün bulunduğunu ve şirket lehine kamulaştırma yapılabileceğini zikretmektedir. Bkz. Akın, Ü. (2000). "Elektrik Üretim, İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri", *Danıştay Dergisi*, (102), 29-46.

²⁶⁴ İHD Sözleşmesi hükümleri için bkz. Ayanoğlu, *İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri*, 22 v.d.

yönündeki hükümler sözleşmenin amacının ve içeriğinin TEDAŞ tarafından görülen kamu hizmetinin, işletme hakkı devri suretiyle, devralan şirket tarafından yürütülmesini sağlamak olduğunu göstermektedir. Diğer bir deyişle, işletme hakkı devri, dağıtım faaliyetinin şirket tarafından yürütülmesi için araç konumunda bulunmakta, daha önce TEDAŞ tarafından yürütülen dağıtım faaliyetinin, şirket tarafından bizzat yürütülmesine vesile olmaktadır.

Diğer taraftan, İHD sözleşmesinde taraflardan biri TEDAŞ diğeri ise TEDAŞ'ın yüzde yüz hissesine sahip olduğu bir anonim şirkettir. 12/8/1993 tarih ve 93/4789 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla, Türkiye Elektrik Kurumu; Türkiye Elektrik Üretim, İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi ünvanlı iki ayrı iktisadi devlet teşekkülü şeklinde teşkilatlandırılmıştır. TEDAŞ, 233 sayılı KHK'nın ekinde iktisadi devlet teşekkülü olarak belirtilmektedir. Kamu tüzel kişiliği bulunmaktadır.²⁶⁵ Dolayısıyla organik kriter açısından değerlendirme yaptığımızda, İHD sözleşmeleri için taraflardan en az birinin idare olması şartının gerçekleştiği görülmektedir.

İHD sözleşmesinde yer alan bazı hükümlerin sözleşmenin aşkın hükümler kriterine göre değerlendirilmesi açısından önemi vardır. Bu çerçevede bazı hükümlere yer verelim:

“5.6 ...TEDAŞ, bu Sözleşme kapsamında İşletme Hakkının devrine konu hiçbir varlığa ilişkin olarak nitelik, nicelik, kalite, özellik, vasıf ve benzeri taahhüt ve garantide bulunmaz. Şirket İşletme Hakkını devraldığı varlıkların, herhangi birinin taahhüt ve garanti edilen ve/veya normal şartlarda bulunması gereken ve/veya konuya ilişkin standartlara göre taşınması gereken nitelik, nicelik, vasıf, kalite, özellik ve sair hususlara sahip olmadığını ileri sürmeyeceğini, TEDAŞ'dan zapt ve/veya ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde hak ve/veya talepte bulunmayacağını beyan, kabul ve taahhüt eder.

12.11. Sözleşmenin 11.1. maddesinde (Şirketin Sözleşmeye Aykırı Davranışları Nedeniyle Fesih) belirtilen nedenlerden dolayı sona ermesi halinde Şirket tarife yoluyla geri alınmamış yatırım bedelleriyle ilgili haklarını kaybeder ve TEDAŞ Şirket'e hiçbir ödemede bulunmaz.

13.1. Şirket bu Sözleşme'den doğan İşletme Haklarını kısmen veya tamamen bir başka kişiye devir, temlik ve rehin edemez.

18.2. Dağıtım Tesislerinin işletilmesi ve işletilmeye hazır tutulması, uygulanacak tarifelerin belirlenmesi, yatırımların yapılması, yeni yatırımlar

²⁶⁵ İsbir, K.B. (2017). *Kamu Tüzel Kişiliği*, Ankara: Turhan Kitabevi, 598.

üzerindeki hak sahipliği, yatırımlar nedeniyle kamulaştırma yapılması, yatırımların muhasebesi, mücbir sebep ve sonuçları, Dağıtım Tesislerinin güvenliğinin sağlanması, yatırımlar ve hizmet kalitesinin denetlenmesi konuları yürürlükteki mevzuata tâbidir. Dağıtım Sistemi ve Dağıtım Tesisleri başta olmak üzere işletme Hakkı Devrinin kapsamına giren malvarlığı değerleri yürürlükteki mevzuata göre denetlenir.

Ayrıca, TEDAŞ malik sıfatıyla bir ay öncesinden haber vermek şartıyla yılda bir defa dağıtım tesislerinde kontrol gerçekleştirebilir. Bu kontrol sonucunda TEDAŞ tarafından tespit edilen eksiklikler bir tutanakla Kuruma bildirilir.”

18.6. Şirket, yürürlükteki mevzuata göre kurulmuş ve faaliyetlerini yürüten bir anonim şirket olduğunu, TEDAŞ'ın ayrı ve bağımsız bir tüzel kişiliği bulunduğunu, TEDAŞ hisselerinin kamuya ait olmasının, başka bir kamu kurum veya kuruluşunun fiillerinin TEDAŞ'a izafe edilmesi neticesini doğurmayacağını, Kurum ve/veya Kurul kararlarından TEDAŞ'ın hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağını, bu kararlar gerekçe gösterilerek TEDAŞ'dan talepte bulunulamayacağını, genel olarak Türkiye Cumhuriyeti Devleti de dahil olmak üzere herhangi bir kamu kurum veya kuruluşunun iş ve işleminden TEDAŞ'ın sorumlu tutulamayacağını, bu Sözleşmeye dayanarak Türkiye Cumhuriyeti Devleti de dahil olmak üzere başkaca bir kamu kurum veya kuruluşundan talepte bulunulamayacağını, TEDAŞ'ın belirli iş ve işlemlerinin idari yargının denetimine tâbi olmasından ve bunun sonucu idari yargıda verilecek bir yürütmeyi durdurma veya iptal kararı neticesinde TEDAŞ'ın Sözleşmeden doğan yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirememesinden, bu Sözleşme'nin veya Sözleşme'nin dayanağını oluşturan herhangi bir işlemin yürütmesinin durdurulması veya iptalinden dolayı herhangi bir sorumluluğu bulunmadığını, TEDAŞ'tan masraf, zarar veya herhangi bir isim altında hiçbir talepte bulunmayacağını gayrikabili rücu ve kayıtsız şartsız olarak beyan, kabul ve taahhüt eder.

20.1. İşletme Hakkı Devir bedeli'dir.

Bu Sözleşme'nin, herhangi bir nedenle, öngörülen süreden önce sona ermesi, Şirket'e kısmen veya tamamen bir bedel iadesi hakkı vermez.²⁶⁶

Söz konusu hükümler çerçevesinde, İdare tarafını teşkil eden TEDAŞ'ın hak ve yetkilerini incelediğinde, sözleşmenin, doktrinde ve yargı kararlarında “özel hukuku aşan şartlar” şeklinde nitelendirilen ve nitelendirilebilecek hükümleri ihtiva ettiği görülmektedir. Bu şartlar aşağıdaki gibi sayılabilir:

- TEDAŞ'ın yılda bir kez denetim yapma ve rapor düzenleme yetkisi.
- Şirketin işletme haklarını kısmen veya tamamen bir başka kişiye devir, temlik ve rehin edememesi, dolayısıyla dağıtım faaliyetini bizzat ifa yükümlülüğü altında olması.

²⁶⁶ Ayanoğlu, İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri, 22 v.d.

- Sözleşme'nin, herhangi bir nedenle, öngörülen süreden önce sona ermesi halinde, işletme hakkı devir bedelinin Şirket'e kısmen veya tamamen iadesinin mümkün olmaması.
- Şirketin TEDAŞ'tan zapt ve/veya ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde hak ve/veya talepte bulunmayacağını beyan, kabul ve taahhüt etmesi.
- Sözleşmeye aykırı davranışları nedeniyle sözleşmenin sona ermesi halinde Şirketin tarife yoluyla geri alınmamış yatırım bedelleriyle ilgili haklarını kaybetmesi ve TEDAŞ'ın Şirket'e hiçbir ödemede bulunmaması.
- TEDAŞ'ın idari yargıda verilecek bir yürütmeyi durdurma veya iptal kararı neticesinde Sözleşmeden doğan yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirememesinden ve Sözleşme'nin veya Sözleşme'nin dayanağını oluşturan herhangi bir işlemin yürütmesinin durdurulması veya iptalinden dolayı herhangi bir sorumluluğu bulunmadığının, TEDAŞ'tan masraf, zarar veya herhangi bir isim altında hiçbir talepte bulunmayacağını Şirket tarafından gayrikabili rücu ve kayıtsız şartsız beyan, kabul ve taahhüt edilmesi

Özel hukuk aşan şartlara ek olarak sözleşme tahtındaki ilişki için özel hukuku aşan rejimin bulunduğu da savlanabilir. Zira, sözleşmenin “*Dağıtım Tesislerinin işletilmesi ve işletilmeye hazır tutulması, uygulanacak tarifelerin belirlenmesi, yatırımların yapılması, yeni yatırımlar üzerindeki hak sahipliği, yatırımlar nedeniyle kamulaştırma yapılması, yatırımların muhasebesi, mücbir sebep ve sonuçları, Dağıtım Tesislerinin güvenliğinin sağlanması, yatırımlar ve hizmet kalitesinin denetlenmesi konuları yürürlükteki mevzuata tâbidir. Dağıtım Sistemi ve Dağıtım Tesisleri başta olmak üzere işletme Hakkı Devrinin kapsamına giren malvarlığı değerleri yürürlükteki mevzuata göre denetlenir.*” hükmünü içeren 18.2 inci maddesine göre dağıtım faaliyeti, tarifieden yatırıma, kamulaştırmadan denetlenmeye kadar tamamen sözleşme dışındaki objektif düzende yer alan yürürlükteki mevzuata göre yürütülmek zorundadır. “Yürürlükteki mevzuat” ifadesi ise esasen, alınacak dağıtım lisansı çerçevesinde EPDK mevzuatına karşılık gelmektedir. Şirket dağıtım faaliyetini, işletme, tarife, yatırım, kalite gibi unsurlar açısından EPDK mevzuatı çerçevesinde yürütmek zorundadır. Aynı zamanda,

özellikle Bakanlığın yayımladığı düzenleyici işlemler de Şirketin faaliyeti sırasında uymakla zorunlu olduğu işlemlerdendir. Her iki mevzuatın öngördüğü rejim ise - önceki sayfalarda ifade edildiği üzere- dağıtım şirketinin, EPDK ve ETKB'nin yoğun düzenleme, gözetim ve denetimi altında bulunduğu, tarifesinin makul getiriyi içerecek şekilde EPDK tarafından belirlendiği ve bu kapsamda hizmetin finansmanının tüketicilerden alınan bedellerle sağlandığı, lehine kamulaştırma yapıldığı, dağıtım faaliyetini eşitlik ve nesnellik ilkeleri altında sürekli ve kaliteli gördürülmek zorunda olduğu kısacası belli kamusal ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine tabi tutulduğu bir rejimdir. Dolayısıyla faaliyetin her alanına sirayet eden sözleşme dışındaki düzenleyici rejim TEDAŞ ve şirket için bağlayıcı biçimde uygulanacaktır.

Diğer taraftan, TEDAŞ'ın iktisadi devlet teşekkülü olduğundan bahisle gördüğü faaliyetin 4046 sayılı Kanunun 15 inci maddesi gereğince imtiyaz sayılmadığı ve dolayısıyla imzalanan sözleşmenin idari sözleşme olmadığı iddiası da dayanaktan yoksundur. Zira Gözler'in de belirttiği üzere "idarenin kamu hizmetinin yürütülmesi konusunda imtiyaz sözleşmesinden başka bir tipte sözleşme yapamacağı"²⁶⁷ şeklinde bir düşünce ortaya çıkmış giderek de doktrine ve yargı kararlarına hakim olmuştur."²⁶⁸ Oysa yukarıda da belirtildiği üzere bir sözleşme maddi ve organik kriterlere uygunsa idari sözleşme olarak adlandırılabilir.²⁶⁹ Nitekim Fransız Danıştayının "Epoux Bertin" kararında idarenin özel kişilerle bir kamu hizmetinin yürütülmesi konusunda istediği tipte idari sözleşme yapabileceğine karar verilmiştir.²⁷⁰ Önemli olan sözleşmenin adından öte idari sözleşme karakterine sahipliği, diğer bir deyişle idari sözleşme özelliklerini taşıyıp taşımadığıdır.²⁷¹ Dolayısıyla, 4046 sayılı Kanunda iktisadi devlet teşekküllerinin faaliyetinin imtiyaz olarak nitelendirilmemesi, bu kişilerin yürüttükleri faaliyetin gördürülmesine ilişkin sözleşmelerin idari sözleşme sayılmaması neticesini doğurmaz. İdare, kamu hizmetini yürütmek için imtiyaz sözleşmesi dışında da sözleşme yapabilir. Önemli olan sözleşmenin içeriğidir.

²⁶⁷ Gözler, a.g.e., c.2, 85.

²⁶⁸ Gözler, a.g.e., c.2, 85.

²⁶⁹ Gözler, a.g.e., c.2, 86.

²⁷⁰ Gözler, a.g.e., c.2, 86; Thurière'de yeni ekonomik ve teknik veriler ya da yasama organının müdahaleleri neticesinde kamu hizmetinin devrine ilişkin yeni ve karma sözleşmelerin ortaya çıktığını belirtmektedir. bkz. Thurière. a.g.m., 582.

²⁷¹ Gözler, a.g.e., c.2, 86.

İkinci olarak, Çal'ın görüşlerinden yola çıkarak değerlendirme yapılması mümkündür. Bu çerçevede, konusu doğal tekel niteliğindeki bir kamu hizmetinin gördürülmesini içeren ve bir tarafta iktisadi devlet teşekkülü niteliğinde bir KİT, diğer tarafta ise KİT'in yüzde yüz sermayesine sahip olduğu bir tüzel kişinin bulunduğu bir sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesinin "kamusal korunma gereksinimi"²⁷² ve giderek de kamu yararı açısından da sorgulanmaya değer ve hatta sorgulanması gerektiği düşünülebilir. Özellikle işletme hakkı devredilen şirketlerin hisselerinin, özelleştirmeler neticesinde tamamının özel hukuk kişilerince iktisap edildiği, anılan kişilere 30-36 yıl süreli lisans verildiği ve işletme hakkı devir sözleşmesinin süresinin de lisans süresine bağlandığı, tarifenin makul getiriye garanti edecek şekilde düzenlendiği düşünüldüğünde, anılan sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi kabul etmenin kamusal korunma gereksinimi açısından kabul edilebilir bir tarafı bulunmamaktadır. Özetle, sözleşme ve devamındaki lisans rejimi ile imtiyaz niteliğindeki ayrıcalıkların tanınması söz konusudur.²⁷³

Yukarıdaki paragrafla ilintili olarak Fransa'da yakın tarihli bir Danıştay kararında sözleşmenin devamının kamu yararının varlığına bağlandığını belirtmek gerekmektedir. Mahalli idarenin kamp işletmeciliği için sözleşme yaptığı özel hukuk kişinin kusuru nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesi üzerine açılan davanın temyizinde Fransız Danıştay, sözleşme yapılan kişinin kampın güvenliği, temizliği hususundaki eksiklikleri, gerekli yatırımları yapmaması, idare tarafından belirlenen tarifeyi uygulamayı reddetmesi gibi sebeplerin devletin ilgili birimleri ve kullanıcıların tanıklıkları ile doğrulandığını belirterek sözleşmenin karşı tarafının kusurunun sözleşmenin sona erdirilmesine yol açacak kadar ağır olmasa da sözleşmenin devamı kamu yararına ağır bir aykırılık teşkil ederse sona erdirilebileceğini ifade etmiştir.²⁷⁴

3096 sayılı Kanun uyarınca yapılan İHD sözleşmelerinde, hem dağıtım tesislerini işletme hakkı, hem dağıtım faaliyetinde bulunma hakkı ve izni verilmesi

²⁷² Çal, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu Ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*, 224-274.

²⁷³ Çal, *Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, 38 v.d.

²⁷⁴ Poupea, D. (2016). "Référé-Suspension Et Jurisprudence Béziers II", CE 16 nov. 2016, req. n° 401321, *Dalloz Actualité*.

söz konusu iken 4628 sayılı Kanuna dayalı İHD'lerde dağıtım faaliyeti hak ve yetkisinin verilmediği, anılan yetkinin dağıtım lisansı ile verildiğinden bahisle sözleşmelerin idari sözleşme sayılamayacağı iddiasına ilişkin olarak ise şu hususların belirtilmesi gerekmektedir: Öncelikle, ilerleyen kısımlarda da değinileceği üzere, **kanaatimizce lisans bir piyasaya giriş iznidir. Kamu hizmeti gördürme usulü değildir. Kamu hizmetini gördürme iradesini yansıtan (içeren) hukuki işlem, lisansa da dayanak teşkil eden İHD sözleşmesidir.**

Kamu hizmetinin asıl sahibi olan TEDAŞ, kamu hizmetini, yürürlükteki EPDK ve ETKB mevzuatına göre gördüreceği kişiyle İHD sözleşmesi imzalamaktadır. Bu kişinin lisans alması, faaliyetine başlaması, diğer bir deyişle kamu hizmetini görmeye başlaması için sadece şart niteliğindedir. Kamu hizmetini gördürme iradesi lisanstan önce oluşmakta ve idari sözleşme kimliğine bürünmektedir. İHD sözleşmesi olmadan bir kişinin dağıtım lisansı alması mümkün değildir. Dağıtım faaliyeti açısından lisans ve İHD sözleşmesi iç içe geçmiş durumdadır. Biri olmadan diğerinin ayakta kalması mümkün değildir. Nitekim, İHD sözleşmesinin 4 üncü maddesi *“Sözleşme'nin süresi, Sözleşme'nin imzalandığı tarihten Şirketin sahibi olduğu Dağıtım Lisansının süresinin sonuna kadardır. Söz konusu Dağıtım Lisansının süresinin bitmesi veya Dağıtım Lisansı'nın süresinden önce herhangi bir sebeple iptal edilmesi halinde Sözleşme herhangi bir ihbar veya ihtara gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer.”* hükmünü içermektedir. EPK'nın 5 inci maddesinin dokuzuncu fıkrası da *“(9) Dağıtım lisansı, başvuru sahibinin bu Kanun uyarınca öngörülen yükümlülükleri yerine getirmesi ve ilgili dağıtım sisteminin işletme hakkını tevsiki hâlinde verilebilir.”* hükmünü amirdir. Söz konusu hükümle İHD sözleşmesi lisans şartına bağlanmaktadır. Her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde idarenin kamu hizmetini gördürecek kişiye seçmesi, söz konusu kişinin İHD bedelini ödemesi, akabinde İHD sözleşmesi imzalaması ve bu kişinin de lisans başvurusunda bulunduktan sonra lisans alması söz konusudur. Dağıtım faaliyetini görmekle yükümlü olan, diğer bir deyişle kamu hizmetinin asıl sorumlusu TEDAŞ, dağıtım faaliyetinin yürütüleceği tesis, araç, gereç, taşınır ve taşınmaz malları İHD sözleşmesiyle kaşı tarafa sağlamaktadır. Diğer bir deyişle, kamu hizmetinin gördürüleceği tesis ve araçlar TEDAŞ tarafından İHD sözleşmesiyle teslim edilmektedir. Böylece sözleşmeyle faaliyette bulunabilmeye

hazır hale gelinmektedir. Araç-gereç ve tesis temini lisansla yapılmamaktadır. Lisans, faaliyete başlayabilmek için gerekli bir şarttır. Faaliyet izni lisansla verilmekle birlikte bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığının kriterleri doktrinde ve yargı kararlarında bellidir. Söz konusu kriterler açısından değerlendirme yapıldığında, İHD sözleşmeleri idari sözleşme niteliğindedir. Lisans alma zorunluluğunun varlığı anılan sözleşmeleri, özel hukuk sözleşmesi niteliğine büründürmemekte sadece Şirketin faaliyette bulunmaya ehil olduğunu göstermek açısından değer ifade etmektedir. **İHD sözleşmesi imzalanan şirketin Lisans Yönetmeliği'nde yer alan yükümlülükleri yerine getirmesi halinde söz konusu kişiye lisans vermesi gerekmektedir. EPDK'nın bu konudaki yetkisi bağlı yetki olup herhangi bir seçim veya takdir hakkı bulunmamaktadır.**

Son olarak İHD sözleşmesinde mündemiç bulunan yöntem;

- hizmetin gördürülmesinin sözleşme ile yapılması,
- kurulmuş bir hizmetin işletilmesi,
- işletme hakkını alan şirketin işletme hakkı karşılığında İdare (TEDAŞ)'ye bedel ödemesi,
- hizmetin finansmanının kullanıcılarından alınacak ücret olması,
- işletme hakkını alan şirketin, hizmeti kendi kar ve zararına işletmesi,

yönleriyle iltizam usulüne²⁷⁵;

- hizmetin gördürülmesinin sözleşme ile yapılması,
- işletme hakkını alan şirketin yatırım yapmak zorunda olması,
- hizmetin finansmanının kullanıcılarından alınacak ücret olması,
- işletme hakkını alan şirketin, hizmeti kendi kar ve zararına işletmesi,
- süresinin, lisans süresiyle bağlı olması nedeniyle uzun olması,

yönleriyle imtiyaz usulüne²⁷⁶ benzediğini belirtmek gerekmektedir.

²⁷⁵ Bkz. Gözler, a.g.e., 363-364.

²⁷⁶ Bkz. Gözler, a.g.e., 370 v.d.

Özel hukukta sözleşme sınıflarından birini kanun tarafından düzenlenmeyen atipik (isimsiz) sözleşmeler oluşturmaktadır. Bu sözleşmeler birleşik, karma ve sui generis sözleşmeler şeklinde üç gruba ayrılmaktadır. Karma sözleşmeler; kanun tarafından düzenlenip düzenlenmediğine bakılmaksızın çeşitli sözleşme türlerinin esaslı unsurlarının biraraya getirildiği sözleşmelerdir. Anılan sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı hususunda çeşitli görüşler bulunmaktadır.²⁷⁷

İdare hukukunda ise sözleşmenin türünden ziyade idari sözleşme olup olmadığı önem taşımaktadır. Zira sözleşme, idari sözleşme ise idare hukuku kurallarının uygulanması ve idari yargının görevli olması söz konusudur.²⁷⁸ Ayrıca idare, özel hukuk sözleşmeleri akdederken dahi özel hukuk kişilerinin sahip olduğu özgürlüğe sahip değildir. İdare, bu kategoriye giren sözleşmeler imzalarken sözleşmenin karşı tarafını serbestçe belirleyemez. Mevzuatın öngördüğü kurallara bağlılık söz konusu olduğu gibi, kısmen de olsa kamu hukuku kuralları uygulanır.²⁷⁹

1.5. Dağıtım Lisansının Hukuki Mahiyeti

1.5.1. EPDK'nın Ekonomik Kolluk Makamı Hüviyeti

Doktrinde -farklı ayrımlarda bulunulmasına karşın- idarenin faaliyetleri temel olarak kamu hizmeti ve kolluk başlıkları altında ele alınmaktadır. “İdarenin kamu düzenini sağlama, koruma ve bu düzenin bozulması halinde eski haline getirme için bireysel ve toplumsal davranışları düzenlemesi ve de toplum düzenine aykırı eylemleri kuvvet kullanarak önlemesi amacıyla oluşturduğu teşkilata, yürüttüğü faaliyete ve bu faaliyeti yerine getiren personele kolluk adı verilir.”²⁸⁰

²⁷⁷ Antalya, O. G. (2013). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2.Baskı), c.1, İstanbul: Beta Yayınevi, 151-152.

²⁷⁸ Gözler, *İdare Hukuku*, c.2, 85-86.

²⁷⁹ Atay, *İdare Hukuku*, 563.

²⁸⁰ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 482; Guettier'e göre kolluk, kamu düzenini korumak amacıyla idarenin bireylerin faaliyetlerini düzenlemesi ve gözetlemesidir. Bkz Guettier, a.g.e., 168; ayrıca kamu ve özel hukuk kapsamında kamu düzeni kavramı hakkında bkz. Atakan, A. (2007). Kamu Düzeni Kavramı, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 13 (1-2), 59-136.

Her ne kadar kamu hizmetinin edimde bulunma, kolluğun ise emir ve yasaklar²⁸¹ vermek suretiyle kamu düzenini sağlama ve koruma için yerine getirildiği ifade edilse de doktrindeki genel kabul görmüş noktalardan bir diğeri de kolluğun esasında “çok sıkı kurallara ve usullere bağlanmış”²⁸² nitelikli bir kamu hizmeti olduğu hususudur.²⁸³

AYM’nin bir kararında “...Uygulamada ve öğretide de kabul edildiği gibi; ister “bağlı yetki” ister “takdir yetkisi” şeklinde kullanılsın “ruhsat verme” idarenin, kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır...”²⁸⁴ ifadeleriyle izin verme yetkisi kolluk faaliyeti kapsamında değerlendirilmiştir.

Söz konusu karara atıf yapılan diğer bir kararda da aynı görüşün devamı niteliğinde ifadeler kullanılmıştır: “...ruhsat ve izin verme yetkisinin idari bir kamu hizmeti niteliği açıktır. Bu tür idari kamu hizmetleri bir tür kolluk gücü olarak nitelense de adli kolluk güçlerinde ya da ulusal güvenlik güçlerinde olduğu gibi, devletin egemenliği ile doğrudan bağlantılı değildir...Anayasa Mahkemesi’nin 11.12.1986 günlü, E.1985/11, K.1986/29 sayılı kararında da belirtildiği gibi, ister bağlı yetki ister takdir yetkisi biçiminde kullanılsın “yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verme” ve “denetleme” görev ve yetkisi idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer almakta olup, bu konuda yapılacak denetim de asli ve sürekli bir kamu hizmetidir.

²⁸¹ Gözler, a.g.e., 422; Ricci, J.-C. (2004). *Le Droit Administratif* (4. Édition). Paris: Hachette Supérieur, 99.

²⁸² Gülan, a.g.m., 152, Atay kolluğun “kendine özgü ve çok özel yöntemlerle gerçekleştirilen bir kamu hizmeti etkinliği” olduğunu belirtmekte ve “Kolluk alanında etkinliklerde bulunma ve düzenleme yapma ile kamu hizmeti ve bu hizmetlerin yerine getirilmesi usulleri arasında ayırım yapılmaktadır. Ancak idarenin bu iki tip etkinlik ve işlemleri arasında yapılan ayırım kesin hatlarıyla çizilememiştir. Gerçekten de, idari kolluk uygulamaları bir etkinliğin sunulması usulüne ilişkindir. Bu da, kamu düzeninin sağlanmasına yönelik kamu hizmetidir. Diğer yandan kamu hizmeti etkinlikleri sadece norm koyma düzenlemede bulunma anlamına gelmez. Bu iki tür etkinlik birbirine sıkı sıkıya bağlıdır” ifadelerine yer vermektedir. Bkz. Atay, *İdare Hukuku*, 649; Özay da kolluğun çok özel usullerle yürütülen kamu hizmeti niteliğinde olduğunu belirtmektedir. İnternet: Özay, İ. H. (2002), Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri, 2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Yansımaları konulu bilimsel toplantıda sunulan bildiri, 276, İnternet: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/ozay.pdf adresinden 27.11.2016 tarihinde alınmıştır.

²⁸³ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 482; Kamu hizmeti ve kolluğu kompleks ve değişken bağları olan bir çifte benzeterek her ikisinin de kendi varlıklarını yönetme hakkını kazandığından bahseden bir çalışma için bkz. Vandermeeren, R. (2004). “Police Administrative et Service Public”, *AJDA*, 1916; diğer bir çalışmada ise kolluk, saf kamu hizmeti olarak değil sosyal devletin kamusal faaliyetleri kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. Pektaş, Z., Derdiman, R. C. (2016), Kamu Hizmetlerinin Özel Teşebbüslere Gördürülmesi Açısından Sosyal Devlet Anlayışının İçeriği ve Değeri, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2), 42.

²⁸⁴ E.1985/11, K.1986/29, T.11.12.1986, RG Tarih-Sayı:18.04.1987-19435.

Başka bir anlatımla yapı ruhsatı ve buna bağlı olarak yapı kullanma izni vermek, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindendir.”²⁸⁵

İdare, kolluk faaliyetiyle kamu düzenini sağlamayı ve korumayı amaç edinmektedir. Nitekim idari kolluğun, kamu düzenini koruma dışında başka amaçlarla hareket edemeyeceği, idari kolluk önlemlerinin kamu düzeninin somut tehditi halinde alınabileceği, böylelikle de özgürlükler ile kamu düzeni arasında uzlaşmanın sağlanacağı ifade edilmektedir.²⁸⁶ Aynı yönde diğer bir çalışmada da idari kolluk yetkisi, idarenin temel görevlerinden biri olarak nitelendirilerek anılan yetkinin özel faaliyetler ile kamu yararına saygıyı uzlaştırmayı amaç edindiği ve bireylerin faaliyetlerini düzenlediği ileri sürülmektedir.²⁸⁷ De Laubadère, idari kolluğun, kamu düzenini korumayı amaç edinen ve idare edilenlerin özgürlüklerini sınırlandıran müdahalelerden oluştuğunu belirtmektedir.²⁸⁸

Klasik anlayış kamu düzenini, toplumun maddi ve dış düzeni olarak tanımlar.²⁸⁹ Bu anlayışa göre kamu düzeni, bozulduğunda kamu yararını olumsuz yönde etkileyen ve bozulmasının önlenmesiyle de kamu yararı gerçekleşen bir düzendir.²⁹⁰ Onar’ın ifadesiyle “*polis fonksiyonunu alakalandıran amme nizamı ve menfaati, ammeye taalluk eden ve gayri muayyen menfaatlere müstenid bulunan nizam*”dır.²⁹¹ Gözler ise kamu düzenini; bireylerin güvenlik, huzur ve sağlık içinde yaşamaları durumu olarak nitelendirmektedir.²⁹²

AYM bir kararında; kamu düzeninin “*toplumun huzur ve sükunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının korunmasını amaç alan her şeyi ifade ettiğini, bir başka deyişle, toplumun her alandaki düzeninin temelini oluşturan*

²⁸⁵ E. 2001/383, K. 2003/92, T. 16.10.2003, RG Tarih-Sayı: 19.01.2006-26054.

²⁸⁶ Gervier, P. (2016). “Concilier L'ordre Public Et Les Libertés, Un Combat Continu”, AJDA, 2122.

²⁸⁷ Chalvidan, P.-H., Houteer, C. (1991). *Manuel Pratique De Droit Administratif*, Paris: Editions Eyrelles, 86.

²⁸⁸ De Laubadère, A. (1963). *Droit Administratif Special*, Paris: Presses Universitaires De France, 59.

²⁸⁹ Gözler, a.g.e., c.2, 472; De Laubadère, a.g.e., 59.

²⁹⁰ Günday, *İdare Hukuku*, 246.

²⁹¹ Onar, S. S., *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul: Hak Kitabevi, c.3, 1479.

²⁹² Gözler, a.g.e., c.2, 472-473; Tan da benzer bir tanımda bulunmaktadır. Bkz. Tan, T. (1984). *Ekonomik Kamu Hukuku*, Ankara: TODAİE Yayınları No:210, 126.

bütün kuralları kapsadığını” ifade etmiştir.²⁹³ Danıştay ise 1994 tarihli bir kararında kamu düzeninin *“toplumun sağlık, güven içerisinde yaşamasını sağlayan ve genel ahlaka aykırı davranışların olmadığı bir toplum düzenini ifade ettiğini*” belirtmiştir.²⁹⁴

Mahkeme kararlarından ve tanımlardan da anlaşılacağı üzere, klasik anlayış kamu düzeninin kamu güvenliği, kamu sağlığı ve kamu huzuru unsurlarından oluştuğunu kabul etmektedir.²⁹⁵ Modern anlayış ise kamu düzeninin bu üç unsuruna -bazı yazarlarda değişmekle birlikte- genel ahlak, kamusal estetik, insan onuru, ekonomik istikrar/ekonomik kamu düzeni ve bireylerin kendilerine karşı korunması unsurlarını da eklemektedir.²⁹⁶ Modern anlayışın eklediği unsurlardan

²⁹³ E. 976/27, K. 976/51, T.22.11.1976, AMKD, (14), 363.

²⁹⁴ D.10.D., E. 1993/278 K. 1994/4838 T.13.10.1994, İnternet: www.kazanci.com.tr adresinden 11.10.2016 tarihinde alınmıştır.

²⁹⁵ Günday bu unsurları; güvenlik, sağlık, dirlik ve esenlik olarak saymaktadır. Yazar ayrıca anılan unsurları içeren şöyle bir tanımda bulunmaktadır: *“...yollar, parklar, meydanlar gibi umumi yerlerde ve gazino, kahvehane, tiyatro, sinema, han, hamam, otel, lokanta gibi umuma açık yerlerde geçerli bulunan düzeni ifade etmektedir ve de bu gibi umumi veya umuma açık yerlerde bireylerin güvenlik, dirlik ve esenlik içinde ve de sağlıklı olarak yaşamalarının sağlanması anlamına gelmektedir.”* Bkz. Günday, *İdare Hukuku*, 290; Fransız Danıştay’ının 2010 tarihli raporunda kamu düzeni, maddi ve maddi olmayan şeklinde ikiye ayrılmakta, klasik unsurlar maddi kamu düzeni içerisinde, genel ahlak ve insan onuru ise maddi olmayan kamu düzeni içerisinde sayılmaktadır. Bkz. “Etude Relative Aux Possibilités Juridiques D’interdiction Du Port Du Voile Intégral”, Rapport Adopté Par L’assemblée Générale Plénière Du Conseil D’etat, http://www.conseil-etat.fr/content/download/1731/5221/version/1/file/etude_vi_30032010.pdf adresinden 01.09.2016 tarihinde alınmıştır.

²⁹⁶ Gözler, a.g.e., c.2, 473-476; Cindemir, H. (2006). *Ekonomik Kolluk Faaliyetleri ve Yargısal Denetimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 24-25; Ulusoy ise ekonomik kamu düzeni kavramının kullanılmasını doğru bulmadığını *“Ekonomik kamu düzeni”* terimi bizde uzunca bir süredir kullanılıyor. Bu terimin doğru bir terim olduğunu düşünmüyorum. *“Ekonomik kamu düzeni”* yerine *“ekonomik düzen”* teriminin kullanılmasını daha uygun olduğunu düşünüyorum. Çünkü *“düzen”* teriminden, belli bir yerde, alanda veya konuda mevcut kurallarla oluşturulmuş bir organizasyonu kastediyoruz. Örneğin kamu düzeni, en çok kullanılan kavramlardan biri. Anayasal düzen, ekonomik düzen, kurumsal düzen, herhangi bir kurumun kendi iç düzeninden bu anlamda bahsedebiliriz. Hatta başka bir boyutta düşünersek, *“ekolojik düzen”* terimini örnek olarak verebiliriz. Kamu düzeni ise çok özetlersek, bildiğimiz gibi idare hukukunun en önemli kavramlarından biridir ve esas olarak genel güvenlik, huzur ile toplum sağlığının korunmasını ifade eden bir kavramdır. Hatta Batıda son günlerde kamu düzeni kavramının dar algılanması yönünde bir eğilim var. Örneğin daha eskilerde genel ahlakın korunması da kamu düzeninin bir parçası kabul edilebiliyordu, ama günümüzde artık genel ahlakın korunması boyutu, kamu düzeninin bir unsuru olmaktan çıkmış durumda ve esas olarak kamu düzeni, sadece genel güvenliğin, asayişin ve toplum sağlığının korunmasıyla sınırlı bir kavram olarak algılanıyor. Bu anlamda ekonomi kavramının kamu düzeni kavramının içinde yer alması gerektiğini düşünmüyorum. Ekonomik düzenin kamu düzeni kavramından ayrı bir kavram olduğunu düşünüyorum ve bu anlamda ekonomik kamu düzeni teriminin çelişkili bir terim olduğunu düşünüyorum. Ekonomik düzenden de kastettiğimiz, yine çok genelleştirirsek, bir ülkede ekonominin meşru kurallara göre işleyen bir organizasyonu, yani bir ülkedeki *“ekonominin genel organizasyonu”*(dur.) ifadeleriyle belirtmektedir. Ulusoy, A. (2008). Hukuk-Ekonomi İlişkisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı konulu oturumda sunulan bildiri, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*, c.4 (Ekonomi ve Hukuk), 26.

konumuz açısından önemli olan ekonomik düzen kavramına kısaca değinmek gerekmektedir.

Kamu düzenini tehdit eden ve bozan birçok unsur vardır. Günümüzde kamu düzenini korumanın en etkin yolu; *“kamu düzenini tehdit eden ya da etme riski taşıyan olayların nedenlerine inilerek, kamu düzenini bozma riski taşıyan olayların önüne geçilmesidir.”*²⁹⁷ Ekonomik düzenin bozulması riski en başta önlem alınması gereken risklerden biridir. Zira ekonomik düzenin bozulması, kamu düzeninde bozulma yönünde kısa ve uzun vadede derin etkiler doğurur.²⁹⁸

Okay Tekinsoy, Fransa’da ekonomik kamu düzeninin, yönlendirici ve korumacı ekonomik kamu düzeni şeklinde iki ayrı kategoride incelendiğini, tüketici, işçi ya da sigorta yaptıran gibi sözleşmenin zayıf tarafını koruyan düzenlemelerin korumacı ekonomik kamu düzeni kapsamında olduğunu belirtmektedir.²⁹⁹

*“Ekonomik kamu düzeni, neyin yapılmaması gerektiğini gösteren klasik kamu düzeni anlayışından farklı olarak neyin yapılması gerektiğini de belirten pozitif ve düzenleyici bir niteliğe sahiptir.”*³⁰⁰ Nitekim pozitif kamu düzeninin amaçları; ortak ihtiyaçların karşılanması, özgürlüklerin korunması ve bireyin kendini gerçekleştirme şeklinde sıralanmaktadır.³⁰¹

1982 Anayasası’nın 167 nci maddesi *“Devlet; para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler”*, 48 inci maddesi *“Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”* ve 5 inci maddesi de *“Devletin temel amaç ve görevleri,*

²⁹⁷ Çolak, N. İ. (2003). *Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve A.B.D Örneği*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 37-38.

²⁹⁸ *“Kamu düzeninin birçok unsurunu önemli ölçüde etkileme gücüne sahip ekonomik istikrar önemli bir kamu düzeni unsurudur. Zira bir toplumun bel kemiği ekonomisidir. Bir toplumun ekonomisi sorunsuz işliyorsa o toplumda kamu düzeni rahatlıkla sağlanabilir. Ekonomi istikrarsız ise, kamu düzeni ağır ama büyük hasar göstererek bozulacaktır.”* Bkz. Cindemir, a.g.e., 24.

²⁹⁹ Okay Tekinsoy, Ö. (2011). *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı* (1.Baskı), İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 150.

³⁰⁰ Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, 129.

³⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Okay Tekinsoy, a.g.e., 34-39.

Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.” hükümlerini amir olup devlete, ekonomik kamu düzenini sağlamak için ekonomiye müdahalelerde bulunma yetkisini tanımıştır. Özellikle anılan hükümlerde yer alan “sağlıklı ve düzenli işleme” ile “güvenli ve kararlılık içinde çalışma” ibareleri ekonomik düzenin sağlanması gerekliliğine işaret etmektedir.

Devlet, ekonomiye çeşitli yöntemler kullanarak müdahalelerde bulunur. Bu yöntemler; dolaylı müdahaleler ve doğrudan müdahaleler şeklinde kendisini gösterir.³⁰² Dolaylı müdahale yöntemleri; planlama, özendirici tedbirler ve maliye politikalarıyla müdahale iken doğrudan müdahale yöntemleri; devlet girişimciliği ve ekonomik kolluk denetimidir.³⁰³

Anayasanın yukarıda belirtilen maddeleri çerçevesinde devlet, ekonomik kamu düzenini sağlamak için ekonomik kolluk faaliyetlerinde bulunur. Bu faaliyetlerin amacı yukarıda da belirtildiği üzere özelde ekonomik istikrarı ve düzeni sağlama, genelde ise kamu düzenini tesis etmedir.

³⁰² Çolak, a.g.e., 103.

³⁰³ ABD’de devletin ekonomik hayata müdahale yöntemlerinden bir olarak regülasyon başlığı altında ekonomik kolluk, izin sistemi, fiyat denetimi, üretim sınırlaması, mali denetim sayılmaktadır. Vlachos, G.S. (1969). Aspects Juridiques De L’intervention Economique De L’etat Aux Etats Units, Revue de Droit Public, No:4 (aktaran: Tan, T. (1972). “Ekonomik Hukuk ve Ekonomik Kamu Hukuku”, *Amme İdaresi Dergisi*, S.5/1, 35-36); Akıncı’ya göre; “piyasa ekonomisinden kaynaklanan olumsuz dışsallıkları bertaraf etmek amacıyla sosyal devlet tezi yenilenerek, “sosyal piyasa ekonomisi” kavramının ileri sürülmesi, devletin kamu yararı ile ekonomi sektörüne müdahalesine olanak tanınmıştır....piyasada faaliyette bulunan girişimcilerin kar hırsıyla gücünü kötüye kullanma eğilimlerini frenleyecek, rakip firmalar arasındaki rekabetin yok etme savaşına dönüşmesini engelleyecek denetim ve gözetim mekanizması, aynı zamanda oyunun kurallarına göre oynanmasını sağlayacaktır. Bununla tüketici konumundaki bireylerin ekonomik ve toplumsal yararları korunduğu gibi üretici konumunda bulunan aktörlerin de hak ve özgürlükler korunmakta; rekabetten doğan çatışkılar demokratik toplumsal düzenin gerekleriyle dengelenmektedir. ” Akıncı, M. (2001). “Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu”, *Rekabet Dergisi*, (5), 3-5; Nitekim Atay’da Fransa’da bağımsız idari otoritelerin temel olarak “Yönetilenlerin hakları, serbest pazar ekonomisinin kurallara uygun bir biçimde işlemesi, bilgilendirme ve iletişim” olmak üzere üç faaliyet alanının bulunduğunu belirtmektedir. Atay, E. E. (2000). “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO’lar): Rekabet Konseyi”, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, 70.

Bağımsız idari otoritelerden³⁰⁴ bazılarının bu anlamda ekonomik kolluk faaliyetlerinde bulunduğunu açıkça söyleyebiliriz.³⁰⁵ Günday’a göre;

“Bağımsız idari otoriteler olarak adlandırılan kuruluşların temel işlevi, toplumsal ve ekonomik yaşamın temel hak ve özgürlükler ile yakından ilişkili alanlarındaki kamusal ve özel kesim etkinliklerini, bir takım kurallar koyarak düzenlemek, koyulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemek ve denetlemek ve bu kurallara uyulmaması halinde de ya doğrudan doğruya yaptırım uygulamak veya bazen de kuruluş kanunlarında öngörülen yaptırımların uygulanması için adli mercileri harekete geçirmektir. Bu kuruluşlar, temel işlevlerini yerine getirerek, bireylerin ve topluluklarının hak ve özgürlüklerini koruduklarından, bunların haiz oldukları yetkiler de özel kolluk yetkileri niteliğindedir.”³⁰⁶

Azrak ise bu hususu; “...Şu halde burada söz konusu görevler idare hukuku açısından değerlendirilecek olursa, denebilir ki devlet yönetiminde bu kuruluşlar eliyle ekonomik yaşamda düzenleyici, yasaklayıcı ya da izin verici, denetleyici ve gerektiğinde uygulanacak yaptırımlarla düzene uymaya zorlayıcı nitelik taşıdıklarından, bir çeşit ekonomi kolluğu görevleri olarak ortaya çıkmaktadır.”³⁰⁷ şeklinde ifade etmektedir.

³⁰⁴ Fransız Danıştay’ının 2001 tarihli raporunda bağımsız idari otoriteler; devlet adına hareket eden hükümete bağlı olmayan, görevlerini layıkıyla ve herhangi bir engellemeye ya da yönlendirmeye tabi olmadan yerine getirmek için teminatlarla (tam bir özerklik için de hareket etmelerini sağlayan) sahip olan otoriteler şeklinde nitelendirilmiştir. Bkz. *Rapport Public*, 2001, Doc. fr., 257; benzer şekilde; “...ekonomik ve sosyal yaşamın hassas sektörlerini düzenlemek için belli bir özerkliğe sahip olan komisyonlardır.” Bkz. Dieckhoff, E.. (1991). *Les Autorites Administratives Independantes* (sous la direction de Michel GENTOT), CE, 1; 3046 sayılı Kanuna 8.8.2011 tarihli KHK ile eklenen “Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dâhil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir.” hükmü sonrasında bağımsızlığın artık sözde kaldığını belirtmek gerekir. Nitekim Akıncı anılan hükümden bahsederek bağımsız idari otoriteler üzerinde “yoğunlaştırılmış bir vesayet”in bulunduğunu ve bu tip yapılara “bağımsız” demenin son derece güç olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Akıncı, M. (2017). *Danıştay Kararları Işığında İdarenin Gözetim ve Denetim Görevi*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 96.

³⁰⁵ Özkan, A. F. (2009). “Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:67, S: 4, 88.

³⁰⁶ Günday, M. (2001). “Bağımsız İdari Otoriteler” konulu sempozyumda sunulan bildiri, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 75; aynı yönde bkz. Sever, D. Ç. (2015). “Türkiye’de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64 (1), 232; Fransız Danıştay’ına göre bağımsız idari otoritelerin beş temel görevinin olduğu belirtilerek bunlar, arabuluculuk, regülasyon, özgürlüklerin korunması, kamu gücünün tarafsızlığını sağlama, bilirkişilik (uzmanlık) ve değerlendirme başlıkları altında sıralanmaktadır. Bkz. Viel, M.-T. (2014). “Les Organismes Administratifs Experts”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (1), 49.

³⁰⁷ Azrak, A.Ü. (2001). “Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayını, 26.

Aslan, ekonomik kolluğun, ekonomik faaliyetin kamu yararı amacına uygun yürütülmesini temin etmek amacıyla, izin verme ve yasaklama yöntemleriyle ekonomiye müdahalede bulunduğunu ve yaptırımlar uyguladığını belirtmektedir.³⁰⁸

Gündelik yaşamın, ticaret ve sanayinin en önemli unsurlarından biri olan elektriğe ilişkin piyasada meydana gelecek aksaklıkların ekonomi üzerinde dolayısıyla da kamu düzeninde meydana getireceği etkileri belirtmeye gerek yoktur. Bu çerçevede EPDK'nın, sahip olduğu lisans verme, düzenleme, izleme, denetim ve yaptırım uygulama yetkileri³⁰⁹ de göz önünde bulundurulduğunda ekonomik kolluk makamı hüviyetiyle faaliyet gösterdiğini açıkça söyleyebiliriz.

EPK'nın nihai amacı serbest olsun ya da olmasın elektrik kullanan tüm tüketicilerin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu elektrik tüketmelerini sağlamaktır. Bu amaca ulaşılabilmesi için rekabet ortamında işleyen mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması öngörülmüştür.³¹⁰ İşte EPDK -kolluk makamı niteliğiyle- bu piyasa yapısı içerisinde faaliyet gösteren kişilerin Anayasa ve EPK ile öngörülen hak ve yükümlülükleri ile nihai hedef olan tüketici yararı arasındaki dengeyi ve uzlaşmayı sağlar. Anılan kişilerin faaliyetlerini tüketici yararı doğrultusunda sürdürmeleri için de gerektiğinde niteliği ve niceliği değişik müdahalelerde bulunur. Piyasa yapısı içerisindeki müdahalenin yoğunluğu faaliyet bazında değiştiği gibi aynı faaliyet için farklı zamanlarda farklı yoğunlukta müdahalede bulunulabilir.

1.5.2. Lisansın Niteliğiyle İlgili Doktrindeki Görüşler

Lisans doktrinde genel olarak kolluk usulü lisans ve kamu hizmeti gördürme usulü lisans başlıkları altında iki kategoride incelenmektedir.³¹¹ Kamu hizmeti gördürme usulü olan lisansta basit bir idari izinden öte faaliyetin her alanına sirayet

³⁰⁸ Aslan, Z. (1996). Devletin Ekonomiye Müdahalesi ve İktisadi Kolluk Faaliyeti İçinde Rekabetin Korunması, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, (14), 3.

³⁰⁹ Sayılan yetkilere ek olarak EPDK'nın diğer yetki ve görevleri hakkında bkz. Çakmak, Z. (2011). *Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu*, Ankara: Çakmak Yayınevi, 171-228.

³¹⁰ Daştan, S. A., Selçuk, O. (2016). "Review of The Security of Supply in Turkish Energy Markets: Lessons From The Winter Shortages", *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, (59), 959

³¹¹ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 38.

eden içsel bir denetimin bulunduğu belirtilmektedir.³¹² Kolluk usulü lisansta ise faaliyet üzerinde içsel denetim ölçüsüne varmayan dışsal bir denetimin söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşte, bir ruhsatın kolluk ruhsatı mı kamu hizmeti ruhsatı mı olduğunun tespitinde kamu düzeni hedefini aşar şekilde yönlendirmeye ve yerindeliğe gidilip gidilmediğine bakılması gerektiği belirtilmektedir.

Gözler lisansı, mevcut bir özel hukuk kişinin kamu hizmetini yürütmek üzere söz konusu kişinin talebiyle tek taraflı bir işlemle görevlendirilmesi olarak nitelendirilmektedir.³¹³ Yazar lisansta kişinin talebi de bulunsa işlemin tek taraflı varlığının devam edeceğini ve sözleşme olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmektedir.³¹⁴

Günday da ruhsat usulünü, kamu hizmeti gördürme usulü olarak kabul etmektedir. Yazar, diğer usullerin aksine ruhsat usulünde idare ile özel kişi arasında herhangi bir sözleşme imzalanmadığını ve tek yanlı izin verildiğini, elektrik hizmetlerinin gördürülmesinde 4628 sayılı Kanun'la sözleşme yönteminin terk edilerek ruhsat usulüne geçiş yapıldığını belirtmektedir.³¹⁵

Karahanoğulları, ruhsatın, kolluk yetkisinin kullanılma yöntemlerinden birini teşkil ettiğini ve kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesi usulü kabul edilemeyeceğini belirterek ruhsattaki tek yanlılığın faaliyetin yapılmasına izin verme şeklinde tezahür ettiğini, ruhsatın özgürlüklerin düzenlenmesi yöntemlerinden biri niteliğini taşıdığını ve söz konusu alanın kamu hizmeti alanına dahil olmadığını gösterdiğini ifade etmektedir. Yazar, elektrik üretiminden tüketimine kadarki aşamalarda toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimini yerine getirecek özel girişimcilerin tekel hakkı, kamulaştırma, alım

³¹² Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 38; Yıldırım, T., Yasin, M., Karan, N., Özdemir, H. E., Üstün, G., Okay Tekinsoy, Ö. (2012). *İdare Hukuku* (4. Baskı), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 667; Ergün, a.g.e., 65-66; Özay, a.g.e., 228; Gözübüyük, Tan, a.g.e., 690.

³¹³ Gözler, a.g.e., c.2, 394.

³¹⁴ Gözler, a.g.e., c.2, 394; aynı yönde bkz. Kent, B. (2012). *Türk ve Alman Hukukunda Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi ve Düzenleyici Kurumları*, Ankara: Adalet Yayınevi, 109-110.

³¹⁵ Günday, *İdare Hukuku*, 362-363; aynı yönde bkz. Sarısu, A., Yalova, Y., Topuz, G., Atay, Ö. (2016). *Elektrik ve Türkiye Örneğinde Elektrik Dağıtım Hizmetlerinin Özelleştirilmesi*, Sarısu, A. (Editör), Ankara: Detay Yayıncılık, 271; diğer bir tanımda ise faaliyetin tekel niteliğine vurgu yapılmaktadır: "Tekel niteliğinde olmayan bir kamu hizmetinin, idare tarafından verilen izin üzerine özel kişilerce de görülebilmesi usulüne ruhsat usulü adı verilmektedir." Bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 474.

güvencesi, tek yanlı fiyat belirleme gibi kamusal ayrıcalıklardan faydalandığını, dolayısıyla özel girişim hürriyeti alanından bahsedilemeyeceğini, netice itibarıyla ruhsatın burada kural olarak geçerli görülmemesi gerektiğini belirtmektedir.³¹⁶

Tiryaki, kolluk usulü ruhsat ile kamu hizmetinin görülme usulü ruhsatın ayrılması gerektiğini ve ruhsat usulünün kamu hizmeti görülme usulü olmadığını savlamaktadır. Yazara göre, kamu hizmetlerinin yürütümüne özel kişilerin katılımının, anılan kişilerin iradeleriyle ve dolayısıyla da sözleşme usulüyle olması beklenir. Yazar, görüşlerinin devamında, “ruhsatın idarenin kamu düzenini sağlamak amacıyla özel hukuk alanında kullandığı genel nitelikli gözetim ve denetim yetkilerine çerçeve oluşturan bir kolluk işlemi”³¹⁷ niteliğinde tezahür ettiğini belirterek idarenin ruhsata tabi faaliyetlere ilişkin yetkisinin toplumun dış ve olağan hayat düzeninin bozulmasını engelleme amacına yönelik yetkilerden olduğunu, ancak son yıllarda ruhsat usulünün kamu hizmetlerinin görülmesi için de kullanıldığını ifade etmektedir.³¹⁸

Atay, kamu hizmetinin tek taraflı görevlendirme ile bir özel hukuk kişisi tarafından işletilmesi usullerinden biri şeklinde yer verdiği lisans yönteminde; özel hukuk kişisine kamu hizmetini yerine getirme hususunda yetki verildiğini, izin verilen kişinin talebinin lisansın tek taraflı işlem özelliğine hâlel getirmediğini belirterek idarenin, lisans kapsamındaki kamu hizmetleri üzerinde, müdahalede bulunmaya kadar varabilen denetim yetkisi bulunduğunu ifade etmektedir.³¹⁹

Ergün, dağıtım faaliyetinin kamu hizmeti niteliğini haiz bulunduğunu belirttikten sonra kamu hizmetine uygun içsel bir denetim öngörülmesi nedeniyle dağıtım lisansının kamu hizmeti ruhsatı olduğunu ifade etmektedir.³²⁰

Gönen’e göre *“böyle bir ölçütle, bu iki tür ruhsatı sınıflandırmanın kolay olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu belirsiz ayırım yerine daha açık kriterler*

³¹⁶ Karahanoğulları, a.g.e., 324-325.

³¹⁷ Tiryaki, a.g.e., 278.

³¹⁸ Tiryaki, a.g.e., 278.

³¹⁹ Atay, *İdare Hukuku*, 625-626.

³²⁰ Ergün, a.g.e., 66.

getirilmesi gerekmektedir.”³²¹ Yazar, kamu hizmetinin yürütülmesi için verilen lisanslarda ilgili tarafın idareye başvuru yaptığını, idarenin lisansa genel şartlar ilave ettiğini, şartnameli ruhsat olarak isimlendirilen bu işlemi idari sözleşme niteliğinde kabul etmenin mümkün görüldüğünü, elektrik iletim ve dağıtım lisanslarının kamuya ait bir tekel hakkının bedel karşılığında belli bir süre için devrini içerdiğini, kamu hizmetlerinin tek taraflı bir işlemle özel hukuk kişisine gördürülmesinin “istimval” olarak değerlendirilmesi gerektiği noktasından hareketle iletim ve dağıtım lisanslarının idari sözleşme şeklinde nitelendirilebileceğini belirtmektedir.³²²

Özcan ise, ruhsat dahil kamu hizmetlerinin gördürülmesinde kamu hukuku usulünün baskın bir şekilde uygulanmasına karşın kamu hizmeti anlayışında yaşanan değişimin, kamu hizmetlerinin hukuki rejiminde kamu hukuku aleyhine bir daralma meydana getirdiğini³²³ belirterek “*elektrik hizmetini klasik kamu hizmetlerinden biri olarak nitelendirme(k) oldukça güç(tür)*”³²⁴ tespitinde bulunmaktadır. Yazar, ruhsat usulünde, idarenin artık hizmetin asli sahibi ya da sorumlusu olmaktan çok hizmetin düzenleyicisi ve denetleyicisi konumuna geçtiğini, bu çerçevede, idarenin yetkileri ve bu yetkileri kullanma biçiminin, idari kolluk yetkisinin varlığına delil teşkil ettiğini belirtmektedir. Yazar ayrıca, elektrik piyasasındaki lisansların, EPDK’nın yerine getirdiği kolluk faaliyeti çerçevesinde verdiği ruhsata yaklaştığını ifade ederek, ex post denetim niteliğindeki yaptırımların, ilgili faaliyet dolayısıyla ortaya çıkabilecek birtakım zararları önlemek ya da karşılamakta yetersiz kalabileceğinden bahisle ex ante denetim niteliğindeki lisans uygulamasının tercih edildiğini savlamaktadır.³²⁵

³²¹ Gönen, a.g.e., 273.

³²² Gönen, a.g.e., 224 ve 273-274; aksi yöndeki görüşlerden biri için bkz. Aslan, İ.Y., Katırcıoğlu, E., Altınay, G., Ardiyok, Ş., Ilıcak, A., Gültekin, B., Önal, E., Akçaoğlu, C. (2007). *Enerji Hukuku*, c.1, Bursa: Ekin Yayınevi, 305.

³²³ Özcan, E. E. (2010). *İdare Hukuku Açısından Türkiye’de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve Avrupa Birliği, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları*, Ankara: Turhan Kitabevi, 16.

³²⁴ Özcan, a.g.e., 75.

³²⁵ Özcan, a.g.e., 75; Anılan hususun idarenin tüm izinleri için geçerli olduğu savlanabilir. Nitekim Yıldırım, ruhsat verilmeden önce, bireylerin faaliyetlerinin kamu düzenini bozma istidadı açısından incelendiğini ve akabinde izin verildiğini belirtmektedir. Yıldırım, R. (2012). *İdare Hukuku Dersleri II*, Konya: Mimoza Yayınları, 174

Kalabalık, lisansı, idarenin tek taraflı bir işlemi şeklinde nitelendirmekte ve tekel niteliğindeki bir kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülme usulü olarak kabul etmektedir.³²⁶

BDDK'nın 5411 sayılı Bankacılık Kanunu çerçevesinde verdiği izinlerin hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmelerde bulunan Uran'a göre, bankacılık faaliyetleri kamu hizmeti niteliği taşımamakla birlikte BDDK'nın bankalar üzerindeki denetimi kolluk denetimini aşar şekilde içsel denetim hüviyetindedir. Bu kapsamda, kamu hizmeti niteliği taşımayan bir alanda içsel denetime imkan tanıyan izin söz konusu olduğundan kolluk usulü izin/ kamu hizmeti gördürme usulü izin dışında üçüncü bir tür izin kategorisi doğmaktadır.³²⁷

Çal ise kamu hizmeti ruhsatı / kolluk ruhsatı şeklindeki sınıflandırmayı reddetmekte, ilkinde içerik denetimine gidildiği, ikincisinde ise böyle bir denetimin bulunmadığından bahisle yapılan ayrımı isabetsiz görmektedir. Zira, kamu hizmeti niteliğinde kabul edilmeyen alanlarda da içerik denetimine gidilmekte, faaliyetin niteliğinin gerektirdiği oranda bu tarz denetim yapılmakta ve fakat anılan faaliyetler kamu hizmeti olarak addedilmemektedir. Yazar, kolluğun sadece yapmama yükümlülükleriyle sınırlı bir faaliyet şeklinde anlaşılmasının mümkün bulunmadığını, kanuna dayalı olarak ruhsat tahtında yapma yükümlülüklerinin de öngörülebileceğini belirtmektedir.³²⁸ Yazara göre; “...kolluk, kolluktur. İdari denetimin yoğunluk derecesine bağlı olarak “az kolluk” ve “çok kolluk” türü ayrımlar, ancak bir fantezi olarak görülebilir...”³²⁹

De Laubadère-Venezia, izin müessesesinin son yıllarda sıklıkla kullanıldığını, amacının bir faaliyetin kamu yararına uygun biçimde yürütülmesini sağlamak olduğunu, idareye bir faaliyetin yürütülüp yürütülmemesi konusunda değerlendirme

³²⁶ Kalabalık, H. (2016). *İdare Hukuku Dersleri* (2. Baskı), c.2, Konya: Sayram Yayınları, 223

³²⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Uran, E. (2008). “BDDK'nın 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesinde Verdiği İzinlerin Hukuki Niteliği: Türk İdare Hukuku Sisteminde Yeni Bir İzin Türü”, *BDDK Bankacılık ve Finansal Piyasalar Dergisi*, 2 (1), 109-130

³²⁸ Çal, a.g.e., 146-148.

³²⁹ Çal, a.g.e., 146.

özgürlüğü tanıdığını, bu meyanda özgürlükleri sınırlandırıcı ve önleyici teknikler içeren bir niteliği bulunduğunu belirtmektedir.³³⁰

Singer, ilke olarak, herhangi bir düzenleme bulunmadığı müddetçe, hiçbir ticari ve endüstriyel faaliyetin yürütülmesinin / yapılmasının idarenin iznine tabi kılınmayacağını, zira ticaret ve endüstri özgürlüğü bulunduğunu belirtmektedir. Yazar, ayrıca emir ve yasakların gerçekten zorunlu ise tesis edilmelerinin icap ettiğini, kolluk önlemlerinin amacı ortaya koyması ve fakat bu amaca ulaşacak araçlara müdahalede bulunmaması gerektiğini, yasaklamaktansa düzenlemenin daha uygun olduğunu ifade etmektedir.³³¹

Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk idarenin, üçüncü kişilere kamu hizmetini gördürmesi neticesinde, piyasaları “kurullar” eliyle düzenleme yoluna gittiğini, anılan organların da piyasaları kolluk faaliyetiyle düzenlediğini belirterek “*Bu nedenle, kurullardan “lisans” veya “izin” alınması gerekliliği*”nin ortaya çıktığını ifade etmektedir.³³² Görüşlerin devamında, lisansın hukuki mahiyetine ilişkin olarak;

“Lisans olarak adlandırılan idari işlem, kolluğa ilişkin bir izin olup piyasada etkinlikte bulunma, kurallara uyma, “yeterlilik” ve Elektrik Piyasası Kurulu ile kurulan hukuksal ilişkinin temelini oluşturur. Aksinin düşünülmesi durumunda, yani lisansın kamu hizmetine ilişkin bir izin olduğunun kabulü halinde, Elektrik Piyasası Kurulunun kamu hizmetini sunma ile görevli olması ve bu görevi bir başkasına devir etmesi anlamına gelecektir. Oysa, Kurul tarafından verilen lisans piyasada etkinlikte bulunmaya ilişkin şirket, tesis ve etkinliğe ilişkin yeterli olma belgesidir.”³³³

ifadelerine yer verilmektedir.

Enerji özelleştirmelerinde özel hukuk sözleşmesi kullanılmasıyla ilgili sorunlara değinen Ataay ise sektöre giriş çıkışların denetim altına alınması,

³³⁰ De Laubadère, A., Venezia, J.-C. (1993). *Traité De Droit Administratif*, (5. Édition), Tome 3, Paris: LGDJ, 22.

³³¹ Singer, J. (1960). *Le Maire et Ses Pouvoirs de Police*, Édition Sirey; Erkut “Özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna” olmasını teminen, Fransız Danıştay’ının özgürlüklerin güvence altına alınması ile “kolluk hizmetlerinin gerekleri arasında” uzlaştırmacı bir denge olduğunu belirtmektedir. Erkut, C. (1996). *Hukuka Uygunluk Bloku*, İstanbul: Kavram Yayınları, 70.

³³² Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, a.g.e. 1073-1074.

³³³ Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, a.g.e. 1074.

kamulaştırma, fiyat ve kalite kontrolü ve yaptırım uygulama gibi kamu gücüne özgü yetki ve ayrıcalıkların, hizmetin, kamu hizmeti niteliğinden ayrılamayacağından bahisle devletin gözetim ve denetim yetkilerinin kolluk çerçevesinde değil, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi çerçevesinde ele alınması gerektiğini savlamaktadır. Yazara göre, özel hukuk sözleşmesiyle gördürülen kamu hizmetlerinde idare, kişi üzerinde kolluk denetimini aşan bir gözetim ve denetim yetkisi kullanmakla birlikte hizmetin sosyal devlet ilkelerine uygun biçimde gerçekleşmesi için gerekli kamusal yetkiler önemli ölçüde ortadan kalkacaktır.³³⁴

Brenet, kamu hizmetinin devri söz konusu olduğunda sözleşme ile tek yanlı idari işlemler arasında sıkı sıkıya bir bağlılığın, üst üste gelmenin, bazen de öncelik-sonralık ilişkisinin doğduğunu ifade etmektedir. Yazar, kamu hizmetinin sözleşme ile devrinin tek yanlı idari işlem, tek yanlı işlemle gördürmenin de sözleşme olmaksızın mümkün görülemeyeceğini belirtmekte ve

- kamu hizmetinin devrine ilişkin sözleşmelerin diğer idari sözleşmelerde olduğu gibi sözleşmenin yapılması ve uygulanması aşamasında tek yanlı idari işlemlerin yapılmasını ve düzenleyici hükümlerin sözleşmelere dercedilmesini netice verdiğini, örneğin sözleşmede yer alan hizmetin düzenlenmesi ve işlemesine ilişkin hükmün idarenin bu yönde karar almasını gerektirdiğini, ancak bu hükmün kamu hizmetinin işletilmesinin devrini konu edinmediğinden kamu hizmetinin tek taraflı devrinden bahsedilemeyeceğini, ikinci olarak sözleşmesel devrin tek taraflı yetkilendirmeye bağlı olduğu hallerde yani kamu hizmetinin sözleşme ile devrinin sonuçlandırılabilmesinin idarenin vereceği diğer bir izin ya da rızayı gerektiği hallerde sözleşme ile tek yanlı idari işlem arasında bir öncelik sonralık ilişkisi ya da ilavelik ilişkisinin (cette imbrication des actes unilatéraux et contractuels atteint parfois un degré supplémentaire) oluştuğunu, örneğin otoyolda tamir hizmeti sunulmasının sözleşme ile devrinde sözleşmeci tarafın sözleşmeye ek olarak Ulaştırma Bakanlığı'nın iznini de alması gerektiğini,

³³⁴ Ataay, F. (2007). "Enerji Özelleştirmelerinde "Özel Hukuk Sözleşmesi" Kullanılması Sorunu", *EMO Enerji Dergisi*, (2), 100-105.

- tek yanlı idari işlemin sözleşmeyi takip ettiği yukarıdaki hallerin tam tersinin yani sözleşmenin tek yanlı idari işlemi takip ettiği hallerin de görülebileceğini, bu durumda kamu hizmetinin tek yanlı idari işlemle gördürülmesinin bir ya da birden fazla sözleşme yapılması ile çevrelendiğini, bu durumlarda kamu hizmetinin işletilmesinin tek taraflı işlemle verilmekle birlikte sonrasında hizmetin düzenlenmesine ve mali hükümlere ilişkin olarak sözleşme yapıldığını,

ifade etmektedir.³³⁵

Diğer bir Yazar tarafından da idarenin üçüncü kişiyi, yetkisinin bulunması ve bu kişinin de talebi halinde, kamu hizmetini gördürme konusunda doğrudan yetkilendirebileceği, diğer bir deyişle üçüncü kişi ile sözleşme ilişkisine girmeksizin kamu hizmetinin gördürülebileceği, bu durumda kamu hizmetinin gördürülmesinin / yetkilendirmenin temelini tek taraflı işlemin teşkil edeceği ifade edilmektedir. Diğer taraftan, nihayetinde tek taraflı işlem bulunmakla birlikte üçüncü kişinin sözleşmesel bir prosedürle belirlendiği hallerde ise kamu hizmetini gördürme konusunda idarenin seçimini somutlaştıran işlemin sözleşmesel prosedür olduğundan bahisle yetkilendirmenin temelini tek taraflı işlemin değil öncesindeki sözleşmenin teşkil edeceği belirtilmektedir.³³⁶

1.5.3. Değerlendirme

Elektrik piyasasında “lisans” müessesesi ile ilgili görüşlerimiz ve değerlendirmelerimiz aşağıdaki paragraflarda ifade edilmektedir.

Öncelikle yukarıda yer verilen ve lisansın ekinde yer alan hükümlerden yola çıkılarak yapılan değerlendirmeler kanaatimizce yerinde değildir. Özellikle de anılan hususun, lisansın, sözleşme olarak nitelendirilmesinde gerekçe olarak kullanılması mümkün değildir. Zira, şartname olarak nitelendirilen söz konusu hükümler EPK ve ikincil düzenlemelerde yer alan hükümlerin tekrarı niteliğindedir. Mevzuatta yer almayan bir hükme lisansın genel hükümlerinde yer

³³⁵ Brenet, F. (2013). “La Délégation Unilatérale De Service Public”, *AJDA*, 1435.

³³⁶ Guglielmi, G. J., 2001. “Habilitation Unilatérale, Délégation Contractuelle Et Consistance Du Service Public”, *RFDA*, 353.

verilmemektedir. Diğer bir deyişle malumun ilanından başka bir değeri bulunmamaktadır. Hukuk âleminde yenilik getiren hükümler yoktur. Söz konusu ekten yola çıkılarak değerlendirme yapılması mümkün değildir. Bu kapsamda, şartnameli lisansın şartnamesiz lisanstan hukuki anlamda hiçbir farkı yoktur. Nitekim, EPK'nın yürürlüğe girmesinden sonra EPDK tarafından yeniden düzenlenen lisans formatlarında belirtilen hükümlere yer verilmesi uygulamasından vazgeçilmiştir.

Bu minvalde, lisansın sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. EPDK tarafından verilen lisansların tamamında tüzel kişilerin talebi üzerine tek yanlı birel işlem tesis edilmektedir. Kamu hizmetinin asıl sahibi TEDAŞ ile İHD sözleşmesi imzalayan taraf, kamu hizmeti görmeye anılan sözleşme imzalanmadan önce talip olmaktadır. İşletme hakkını devralacak kişi, sözleşme imzalanmadan önce tesisin idare tarafından dağıtım faaliyetinde bulunmak için sağlanacağını ve faaliyeti yürütebilmek için lisans almak zorunda olduğunu bilmektedir. Zira, dağıtım faaliyetinin de yer aldığı elektrik piyasasında faaliyette bulunmak lisans koşuluna bağlanmıştır. Ancak dağıtım lisansı da İHD sözleşmesi imzalanan tüzel kişiye verilebilmektedir. Diğer bir deyişle, nihayetinde tek taraflı bir idari işlem (lisans) bulunmakla birlikte dağıtım faaliyetini görececek kişi sözleşmesel bir usulle belirlenmekte ve kendisiyle sözleşme imzalanmaktadır. Dağıtım faaliyetini görececek kişi ile ilgili seçim lisans öncesinde hizmetin asıl sahibi olan TEDAŞ tarafından yapılmaktadır. Kısacası, faaliyeti görececek kişi EPDK tarafından seçilmemektedir. Hizmetin asıl sahibi olan idare tarafından belirlenmektedir. Hizmet, asıl sahibi tarafından görülürken de lisans alma koşulu mevcuttu ve dolayısıyla TEDAŞ'ın lisans alma zorunluluğu vardı. TEDAŞ lisans kapsamında EPDK ve ETKB düzenlemelerine yine tabi idi. Dağıtım şirketine lisans verilmekle birlikte TEDAŞ'ın yerini anılan şirket almaktadır.

Bu doğrultuda ifade etmek gerekir ki lisans, bir tüzel kişinin talip olduğu faaliyeti görmesi için ehil olup olmadığını gösteren tek yanlı birel işlem niteliğinde bir kolluk işlemidir. Faaliyetin o tüzel kişi tarafından yürütülmesine ilişkin irade lisans dışında ve lisans öncesinde oluşmakta, lisans, faaliyetin düzenlenmesi, izlenmesi ve denetlenmesine ilişkin kamusal müdahalelerin bir aracı olmaktadır. Lisans olmasaydı, faaliyet hizmetin asıl sahibinin talimatları çerçevesinde

yürütülecekken lisansla birlikte EPDK tarafından verilen talimatlar üzerine yürütülmektedir.

EPK, her faaliyet için hak ve yükümlülüklerden oluşan bir rejim öngörmektedir. Bu rejim faaliyetin niteliğine göre bazen yoğun düzenleme yapılmasını bazen bu yoğunluk da olmasa da daha az düzenleme yapılmasını ya da hiç düzenleme yapılmamasını öngörmektedir. Dağıtım faaliyeti için sisteme bağlantıdan tarifelerin belirlenmesine kadar birçok konu EPDK'nın düzenlemelerine tabi iken üretim faaliyetinde örneğin tarife düzenlemesine gidilmemektedir. Kanunun temel amacı tüketiciye ucuz, kaliteli, sürekli elektrik sağlanmasını temin etmektir. Bu amacı gerçekleştirmek için de her faaliyet az ya da çok düzenlemeye tabi kılınmaktadır. Düzenleme yapılırken bazı faaliyetler için kamusal rejimi andıran ayrıcalıklar sağlanmaktadır. Örneğin kamu eliyle yapılamayan yatırımların bir an evvel hayata geçirilmesi için kamulaştırma yapılması hem üretim hem de dağıtım lisansı için öngörülmüştür. Üretim faaliyeti, - arz güvenliğini sağlamak açısından yatırımların bir an evvel hayata geçirilmesi için- üretim tesisi işletmeye alınana kadar yoğun düzenleme ve denetim altındayken işletmeye almadan sonra daha serbest bir rejime tabi tutulmaktadır.

Yukarıdaki paragrafta yer verilen görüşler doğrultusunda, şu hususların da altını özellikle çizmek gerekir: Lisans rejiminde, lisansa konu faaliyetin kimin tarafından yürütüldüğüyle ilgilenilmemektedir. Anılan rejimde önemli görülen husus faaliyetin kendisidir. O faaliyetin mevcut piyasa yapısı içerisinde kamu yararına uygun olarak hangi şekilde yürütülmesi gerekiyorsa onunla ilgilenilmektedir. Bu kapsamda, faaliyetin kamu yararına en uygun şekilde yürütülmesini sağlamak için hak ve yükümlülüklerden müteşekkil bir kurguya gidilmektedir. Diğer bir deyişle, faaliyetin kamu tüzel kişisi veya özel hukuk tüzel kişisi tarafından yürütülmesi ya da kamu hizmeti niteliğiyle ilgilenilmemekte, lisans bu faaliyetleri gördürmenin bir aracı ya da usulü olmamaktadır.

Bu çerçevede, üretim lisansı göz önünde bulundurulduğunda, üretim tesisi işletmeye alınana kadar “yapma yükümlülükleri” kapsamında değerlendirilebilecek içsel denetim niteliğinde bir idari faaliyet mevzubahisken, doktrinde, üretim lisansının kolluk lisansı olarak nitelendirilmesi çelişkilidir. Zira, EPK'nın 4628 sayılı

Kanundan farklı olarak; üretim faaliyeti için önlisans yükümlülüğü getirmesi, önlisans süresince üretim tesisinin yatırımına başlanması için gerekli yükümlülüklerin yerine getirilmesini müteakiben lisans verilmesi, lisansa dercedilen tesis tamamlanma süresinde tesisin faaliyete geçirilmesinin zorunlu kılınması, aksi taktirde lisansın iptal edilecek olması hususları yapma yükümlülükleriyle tanımlanacak içkin denetimin en saf halidir. Nitekim Çal'ın belirttiği üzere *“kolluk etkinliğini sadece “yapmama” yükümlülükleriyle kısıtlı bir biçimde değerlendirmenin doğru olmadığı da söylenebilir. İdare, yasal düzenlemelerde cevaz veren hükümler bulunmak kaydıyla ruhsat / lisans verirken “yapma” yükümlülüklerini öngörebilir ve bu durumda da yine ekonomik kolluk niteliği bulunmaktadır.”*³³⁷

³³⁷ Çal, a.g.e., 148



İKİNCİ BÖLÜM

DAĞITIM FAALİYETİNİN DENETİMİ

Özelleştirmelerin tamamlanmasıyla birlikte 21 dağıtım bölgesinde farklı tüzel kişilikler altında 21 dağıtım şirketinin faaliyet gösterdiği bir piyasa yapısı oluşmuştur. Söz konusu şirketler, uzun süre devlet tarafından sürdürülen ve tüketiciyi günün 24 saati ilgilendiren bir faaliyeti bölgesel bazda tekel konumunda yürütmeleri, tedarik şirketlerinden ayrışmalarının henüz anlaşılamaması, finansal büyüklükleri ile kamusal ayrıcalıklardan faydalanmaları ve yükümlülöklere tabi olmaları gibi saikler neticesinde kamoyunda sürekli yer edinmektedirler. Tüketici hakem heyetleri ile mahkemelere yapılan başvurular ve açılan davaların niteliğı ve niceliğı ise bu sürecin bir başka boyutunu oluşturmaktadır.

Bu kapsamda, dağıtım şirketlerinin denetlenmesi gerektiğı sıklıkla dile getirilmektedir. Özellikle tüketiciler tarafından yargı yoluna başvurulmadan önce EPDK ve ETKB'ye şikayet ve itirazlar iletilmekte ve yerinde denetim yapılması ile çözüm bulunması talep edilmektedir.

EPK'nın "Denetim" başlıklı 15 inci maddesi ile "Dağıtım faaliyeti" başlıklı 9 uncu maddesinin altıncı fıkrası dağıtım şirketlerinin denetimiyle ilgili temel kanun hükümleridir. Bu hükümlere, önemine binaen yer vermek gerekmektedir:

*"MADDE 15 – (1) 11 inci maddenin onuncu fıkrası uyarınca Borsa İstanbul Anonim Şirketi tarafından işletilecek olan piyasalara ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri saklı olmak üzere, **dağıtım şirketleri hariç elektrik piyasası faaliyetleri ile lisanssız faaliyet gösteren kişilerin bu Kanun kapsamındaki inceleme ve denetimi Kurum tarafından yapılır. Bu Kanun kapsamında tanımlanan elektrik dağıtım şirketlerinin denetimi ise Bakanlık tarafından yapılır. Bakanlık, elektrik dağıtım şirketlerinin denetimini, bu konuda ihtisas sahibi olan kamu kurum ve kuruluşlarıyla birlikte yapabilir veya bu kuruluşlara yetki devretmek suretiyle yaptırabilir. Bakanlığın ihtisas sahibi kamu kurum ve kuruluşlarından bu konuya ilişkin olarak yapacağı talepler süresinde karşılanır. Bakanlık tarafından düzenlenen veya karara bağlanan denetim raporları Kuruma***

bildirilir. Denetim raporu sonucuna göre gerekli yaptırım ve işlemler Kurul tarafından karara bağlanır.

.....

(3) Bakanlık ve Kurum bu Kanun kapsamındaki denetim yükümlülükleri ile ilgili olarak, sonuçları itibarıyla Bakanlık ve Kurum açısından bağlayıcı olmayacak ve yaptırım içermeyecek şekilde inceleme, tespit ve raporlama yapmak üzere yetkilendirecekleri şirketlerden ilgili mevzuatına uygun bir şekilde hizmet satın alabilir. Bu şirketlerin nitelikleri, yetkilendirilmesi ve yetkili şirketlerle denetlenecek şirketlerin hak ve yükümlülükleri ile diğer usul ve esaslar ilgisine göre Bakanlık ve Kurum tarafından çıkarılan yönetmeliklerle düzenlenir.”³³⁸

*“MADDE 9 – (6) 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde yapılan özelleştirme sonrası elektrik dağıtım tesislerinin iyileştirilmesi, güçlendirilmesi ve genişletilmesi için yapılan yatırımların mülkiyeti kamuya aittir. Özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım planlaması ve uygulamasında onay ve değişiklik yetkisi Kurula aittir. Dağıtım hizmetinin bu Kanunda öngörülen nitelikte verilmesini sağlayacak yatırımların yapılması esastır. **Kurum dağıtım faaliyetlerini yönlendirir, izler ve denetler.** Kurul tarafından onaylanmış yatırımlar, belirlenen sürede ve nitelikte gerçekleştirilmediği takdirde 16 ncı madde hükümleri uygulanır.”³³⁹*

Bu bölümde, söz konusu maddeler çerçevesinde, dağıtım faaliyetini denetleme konusunda yetkinin kimde olduğu, denetim yetkisinin özel hukuk kişilerine devredilebilirliğinin Anayasaya uygunluğu ile ikincil mevzuatın hukukiliği hususları incelenecektir.

2.1. Denetimin Tanımı ve Türleri

“Denetim, iktisadi faaliyet ve olaylarla ilgili iddiaların, önceden saptanmış ölçütlere uygunluk derecesini araştırmak ve sonuçları ilgi duyanlara bildirmek amacıyla, tarafsızca kanıt toplayan ve bu kanıtları değerleyen sistematik bir

³³⁸ Kalın yazı tipine dönüştürme tarafımızca yapılmıştır.

³³⁹ Kalın yazı tipine dönüştürme tarafımızca yapılmıştır.

süreçtir.”³⁴⁰ Diğer bir tanıma göre denetim; “ekonomik faaliyetler ve olaylar hakkındaki beyanlarla ilgili delillerin tarafsızca sağlanması ve belirlenmiş kriterler çerçevesinde değerlendirilerek, sonuçların ilgili kişilere iletilmesine ilişkin sistematik bir süreçtir.”³⁴¹

Tanımlardan yola çıkıldığında denetimin, sistematik bir süreç olduğuna vurgu yapılarak ekonomik faaliyet ve olaylara müteallik savlar / beyanlar hakkında kanıtların toplanması ve sonuçların ilgililere iletilmesinin önemli unsurlardan görüldüğü tespit edilmektedir.³⁴²

Denetimle, belli bir amaca yönelik belli işlevlerle oluşturulmuş bir yapının amaç ve işlevlerine uygunluğu saptanarak önlem alınması ve çözüm üretilmeye çalışılması hedeflenir.³⁴³ Ayrıca, meydana gelmiş hukuka aykırı sonuçların zararları giderilip, muhtemel hukuka aykırılıklar ise önlenmeye çalışılarak söz konusu yapının hukuk düzenine uygunluğu sağlanır.³⁴⁴

Literatürde denetim, çeşitli açılardan sınıflandırılmakla birlikte konumuzu ilgilendiren yönüyle amacına göre denetim türleri; mali tabloların denetimi, uygunluk denetimi, faaliyet denetimi ve özel amaçlı denetimler şeklinde sayılmaktadır.³⁴⁵

Uygunluk denetimi; “işletme faaliyetlerinin gerek işletme yönetimince ve gerekse yetkili kurum ve kuruluşlarca konulmuş kurallara ne ölçüde uygun olarak yapıldığını tespiti yönelik denetimdir.”³⁴⁶ Uygunluk denetiminin genel olarak devlet ya da bağımsız denetçiler tarafından yapıldığı belirtilerek anılan denetimle, denetlenen kişinin mevzuata uyup uymadığı ile mevzuat kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin araştırıldığı ifade edilmektedir.³⁴⁷

³⁴⁰ Güredin, E. (1999). *Denetim*, İstanbul: Beta Yayınevi, 5.

³⁴¹ Maliye Hesap Uzmanları Derneği. (2013). *Denetim İlke ve Esasları* (5. Baskı), c.1, İstanbul: Maliye Hesap Uzmanları Derneği, 9.

³⁴² Erdoğan, M. (2006). *Denetim (Kavramsal ve Teknolojik Yapı)* (Güncelleştirilmiş 3. Baskı), Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, 1-2.

³⁴³ Akıncı, *Danıştay Kararları Işığında İdarenin Gözetim ve Denetim Görevi*, 1.

³⁴⁴ Akıncı, *Danıştay Kararları Işığında İdarenin Gözetim ve Denetim Görevi*, 3-4.

³⁴⁵ Aksoy, T. (2006). *Tüm Yönleriyle Denetim* (Genişletilmiş 2. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, 63.

³⁴⁶ Bakır, M. (2007). *Denetim* (5. Baskı), Trabzon: Dilara Yayınevi, 20.

³⁴⁷ Aksoy, a.g.e., 65.

Tez konusunu ilgilendiren denetim türü yukarıda kısaca açıklaması yapılan uygunluk denetimidir. Dolayısıyla bu bölümde yapılacak değerlendirmelerin ekseninde yalnızca uygunluk denetimi yer almakta olup diğer denetim türleri kapsam dışında bırakılmıştır.

2.2. Denetim Faaliyetinin Hukuki Niteliği

Önceki bölümde kamu hizmeti ve kolluk faaliyeti hakkında kısa açıklamalarda bulunulmuştur. Bu bölüm dağıtım faaliyetinin denetlenmesine hasredildiğinden konu, kolluk bağlamında daha ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

Kolluk faaliyetinin niteliğinin tespit edilmesi tez konusu açısından önemlidir. Zira, kolluk da bir kamu hizmeti kabul edildiği taktirde Anayasanın *“Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırabileceği veya devredebileceği kanunla belirlenir.”* hükmünü içeren 47 nci maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında özel sektöre devri mümkün olabilecektir-tartışılabilir. Ancak kamu hizmeti olarak değerlendirilmediği taktirde ise ilke olarak devredilemediğinden özel sektöre devri düşünülemeyecektir.

Kolluk faaliyetinin kamu düzenini sağlamayı temel amaç edindiği³⁴⁸, kamu düzeninin de toplumun dışsal ve maddi düzeni ile çerçeveslendiği ve kolluk faaliyetinin kamu gücüne dayalı bir faaliyet olduğu yukarıda ifade edilmiştir. AYM'nin 1964 tarihli kararında belirtildiği üzere kamu düzeninin *“toplumun huzur ve sükûnunun sağlanması, devletin ve devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı”*³⁴⁹ görülmektedir.

³⁴⁸ Fransız Danıştay'ının 2014 ve 2015 yıllarında bir komedyenin yasaklanan gösterisi ile ilgili verdiği kararlarda; idari kolluğun da suçun işlenmesini önlemek için harekete geçebileceğine ve fakat önlenmek istenen fiillerin kamu düzenini bozabilecek nitelikte fiiller olmasının arandığına, idari kolluk tarafından alınacak önlemlerin ise ölçülülük ilkesine ve onun elverişlilik, gereklilik ve orantılılık şeklindeki alt ilkelerine uygun olması gerektiğine karar verildiği belirtilmekte ve bu husus idari kolluğun yeni amacı şeklinde adlandırılmaktadır. Bkz. Bon, P. (2016). “Le But De La Police Administrative Générale Après L'affaire Dieudonné” (Conseil d'État, 9 novembre 2015, Alliance générale contre le racisme et le respect de l'identité française et chrétienne et SARL Les productions de la Plum et M. D. M'Bala M'Bala, n° 376107), RFDA, 791.

³⁴⁹ E.1963/128, K.1964/8, T.28.01.1964, RG Tarih-Sayı: 17.04.1964-11685.

Kolluk daha önce ifade edildiği üzere doktrinde “kendine özgü” bir kamu hizmeti olarak nitelendirildiği gibi kamu hizmetinden ayrı kapsamda da nitelendirilebilmektedir.³⁵⁰

Kolluk ile kamu hizmeti arasındaki temel farklar şu şekilde sıralanmaktadır: Kolluğun konusunu ve amacını “kişileri belli yönde davranmaya ya da davranmamaya iten emir ve yasaklar koymak ile bunlara aykırı davrananlar hakkında yaptırım uygulamak suretiyle kamu düzenini sağlamak ve korumak teşkil ederken kamu hizmetinde, ortak ve genel ihtiyaçları edim sunarak karşılamak oluşturmaktadır.³⁵¹ Diğer bir deyişle kolluk faaliyetinin amacı kamu düzeni iken kamu hizmetinde amaç kamu yararadır. Bu minvalde, kolluk faaliyeti izin verme, ruhsat, lisans, emir ve yasaklar gibi tek yanlı idari işlemlerle kişilerin rızasına bağlı olunmaksızın yerine getirilirken kamu hizmetinde yararlanma rıza ile olmaktadır.³⁵²

Kolluk, kamu gücüne dayanan kamusal yönetim biçimine göre gerçekleştirilebilirken kamu hizmetinde özel yönetim biçimi de söz konusu olabilmektedir.³⁵³ *“Bu bakımdan da kolluk faaliyetleri, doğrudan idare tarafından yerine getirilme zorunluluğu, devredilmez ve vazgeçilmez oluşu, iki taraflı idari işlemlere konu olmama ve ücretli ya da gelir sağlamak amacıyla kullanılamama gibi özelliklerinin yanı sıra kolluk alanındaki idari işlemler diğer idari işlem türlerinden farklı özelliklere sahip olabilmektedir.”*³⁵⁴

Delvolvé, idari kolluğun kamu düzenini koruma amacının anayasal değerde bir amaç olduğunu ve kamu düzenini esas olarak buyruklarla sağladığını, idari kolluğun önleyici ve iyileştirici yönü bulunduğunu, kamu hizmetinin ise idare edilenlere ihtiyaçlarını karşılayacak edimler sunmak suretiyle ifa edildiğini

³⁵⁰ Tan, T. (1991). “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, c.8, 241-242.

³⁵¹ Duran, a.g.e., 245; “Kolluk faaliyetleri ile kamu hizmetleri arasında niteliksel bir fark olduğunu savunan görüşe göre, kamu hizmetleri kullanıcılar bakımından yararlandırıcı sonuçlar doğururken kolluk alanında idare genellikle kamu gücünü sınırlandırıcı/yükümlendirici yönde kullanan konumundadır.” Sever, D. Ç. 2013. *Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik Ve Özel Sağlık*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 184; Karahanoğulları, a.g.e., 73-74.

³⁵² Duran, L. (1987). “Peştemallık ve Ulufe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi”, *AİD*, 20 (1), 12.

³⁵³ Duran, *Peştemallık ve Ulufe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi*, 12.

³⁵⁴ Sever, *Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık*, 186.

belirtmektedir. Ancak, bu ayrımın genel hatlarıyla doğru olmakla birlikte istisnaları da bünyesinde barındırdığını, edim sunma suretiyle kamu düzeninin sağlanabileceği (örneğin sokakların aydınlatılmasının güvenliğe katkı sağlaması gibi) haller bulunduğu gibi kamu hizmetinin buyruklarla temin edildiği hallerin (örneğin evsel atıkların toplanması hususunda düzenleme yapılması) de görüldüğünü, kamu düzeninin sağlanması görevinin de bir kamu hizmeti olduğunu ifade etmektedir.³⁵⁵

Kolluk ile kamu hizmeti arasındaki belirtilen farklara karşın her iki faaliyetin de amacının neticede kamu yararı olması, 1982 Anayasasında kolluğun ayrı bir faaliyet şeklinde nitelendirildiğini gösteren bir hüküm bulunmaması ile bilhassa sosyal devlet uygulamaları sonucunda her iki faaliyet arasındaki ayrımın belirginliğini kaybettiği ifade edilmektedir.³⁵⁶ Özellikle kamu düzeninin sağlanmasının esasında kamu yararına hizmet ettiği, diğer bir deyişle kolluk faaliyetinin kamu düzenini sağlamaya yönelik kamu hizmeti olduğu belirtilmektedir.³⁵⁷ Yıldız Akgül'e göre;

"...Ancak belirtmek gerekir ki kolluk faaliyetlerinin ayrı bir idari faaliyet olmadığını, idari faaliyetin kamu yararı kavramı çerçevesinde tekliğini savunan görüşe göre kolluk faaliyetinin amacı olan kamu düzeni kavramı, kamu yararı kavramının bir unsuru olarak ele alınmalıdır. Bu görüşe göre kolluk faaliyetinin amacı kamu hizmetinde olduğu gibi kamu yararının sağlanmasıdır. Kolluk alanında kamu yararı kavramı ise kamu düzeni kolluğu, ekonomik kolluk, estetik kolluk gibi görünümlemlerle somutlaşır ve kamu düzeni kolluğu amaçlar arasında "eşitler arası birinci" konumundadır..."³⁵⁸

Nitekim AYM'ye göre "...denetleme görev ve yetkisi idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer alan, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu

³⁵⁵ Delvolvé, a.g.e., 35-38.

³⁵⁶ Sever, a.g.e., 186; Yıldız Akgül, a.g.e., 85.

³⁵⁷ Sever, a.g.e., 185 v.d.; Yıldız Akgül, a.g.e., 88; aksi yönde görüşlerin de bulunduğunu belirtmek gerekmektedir. Bu minvalde, kamu hizmetinin, sokakların temizlenmesi, çöplerin toplanması gibi faaliyetlerle idarenin kamu düzeninin üç unsurunu doğrudan sağlamasına imkan sağladığı belirtilerek kamu hizmetinin, idari kolluğun, kamu düzenini önleyici tedbir olarak sağlayan bir görünümü olduğunun ifade edildiği belirtilmektedir. Bkz. Troabas, L., Isoart, P. (1982). *Manuel de Droit Public et Administratif* (20. Édition). Paris: LGDJ, 261.

³⁵⁸ Yıldız Akgül, a.g.e., 88.

*hizmeti(dir)...*³⁵⁹ Danıştay da “...Bir kamu hizmet olduğu tartışmasız olan kolluk görevinin...”³⁶⁰ ifadeleriyle aynı görüştedir.

Egemenliğe ilişkin yetkilerden biri olan ve kamu gücüne dayalı icra edilen kolluk faaliyeti, icrası için karşı tarafın rızası aranmadan tek yanlı yerine getirilir. Kolluk faaliyetinin tek yanlılığı ve sözleşmeye konu edilememesi³⁶¹ olarak nitelendirilen bu ilke gereğince kolluk yetkilerinin devri ve bu kapsamda devri içeren sözleşme yapılması mümkün değildir.³⁶² Bu meyanda;

*“Sözleşme yasağı üç tip sözleşme için geçerliliğini korumaktadır. Bu sözleşmeler; kolluk faaliyetlerinin devrini öngören sözleşmeler, kolluk makamları tarafından tek yanlı bir işlemle alınması gerektiği halde sözleşme konusu yapılan kararlar (bu durumda hukuka aykırılık alınan kararın içeriğinden doğabileceği gibi kararın içeriği hukuka aykırı olmadığı durumlarda sözleşme yasağı ilkesinin ihlalinin kaynaklanabilir) son olarak gelecekte alınacak kararlar üzerinde yapılan anlaşmalardır.”*³⁶³

2.3. Denetim Faaliyetinin Özel Hukuk Kişilerine Gördürülebilmesi

2.3.1. Doktrindeki Görüşler

Türk Hukukunda kolluk faaliyetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülebilmesine ilişkin görüşleri iki başlık altında toplamak mümkündür.

İlk görüş Anayasanın 47 nci maddesinde yapılan değişiklikten hareket ederek konuyu ele almaktadır. Buna göre kolluk faaliyeti de kamu hizmeti niteliğinde olup Anayasanın 47 nci maddesi çerçevesinde iktisadi-idari kamu hizmeti ayrımı yapılmadığına, bu doğrultuda tüm kamu hizmetlerinin özel sektöre devri mümkün

³⁵⁹ E.2007/2, K.2011/13, T.13.01.2012, RG Tarih-Sayı: 23.07.2011-28003.

³⁶⁰ 10.D, E.1994/4934, K.1995/5487, T.13.11.1995, İnternet: Kazancı İçtihat Bankası (01.09.2016).

³⁶¹ Delvolvé, kolluk önlemlerinin tek taraflı işlemler olduğunu, kolluk alanında idarenin idare edilenlerle alınacak hükümler konusunda anlaşmasını içeren sözleşme yapması gibi bir durumun olamayacağını, kolluk alanında sözleşmeye yer olmadığını, özgürlüğün kural, sınırlamanın ise istisna olduğunu belirtmektedir. bkz. Delvolvé, a.g.e., 40.

³⁶² Duran, *Peştemallık ve Ulufe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi*, 11; Yıldız Akgül, a.g.e., 133.

³⁶³ Petit, J. (2003). “Nouvelles d’un Antinomie: Contrat et Police”, *Les Collectivites Locales, Melanges en L’Honneur de Jacques Moreau*, Jacques Petit (Ed.), Paris: Economica, 347-349’dan aktaran Yıldız Akgül, a.g.e., 157.

olduğuna ve devri yasaklayan bir hüküm de Anayasa da bulunmadığına göre kolluk faaliyetleri özel hukuk kişilerine devredilebilir.³⁶⁴ Nitekim Ulusoy’a göre;

“Anayasada kamu hizmeti olarak yürütülmesi zorunlu tutulan hizmetlerin mutlaka devlet veya diğer idari birimlerce bizzat yürütüleceğini söylemek pozitif hukukumuz açısından mümkün görünmemektedir. Örneğin en birincil kamu hizmetlerinden sayılabilecek ulusal güvenlik (m.5), kamu düzeninin sağlanması (m.5) ve adalet (m.41) hizmetlerini zorunlu tutan anayasal hükümlerden bile devletin bu hizmetleri mutlaka bizzat yerine getireceği yönünde bir hüküm çıkarmak mümkün görünmemektedir. Zaten aksi düşünce, halen uygulamadaki bazı ulusal güvelik hizmetlerinin (köy korucuları), kamu düzeninin sağlanması ( zel güvenlik kuruluşları, banka kollukları vs) ve adalet hizmetlerinin (tahkim)  zel kişilere g rd r l yor olmasını açıklayamayacaktır”³⁶⁵

 al’a göre de;

“1. ve 2. maddeler birlikte değerlendirildiğinde ise çok temel bir eksikliğe tesadüf edilmektedir: Anayasa değişikliği, kamu tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerin hangilerinin özel sektöre yaptırılabilenine ilişkin bir ayrıma gitmemektedir. Böylece iktisadi mahiyetteki kamu hizmetlerinin devri veya özel sektör eliyle "yaptırılması" gündeme gelebileceği gibi, gayri iktisadi mahiyetteki hizmetlerin de kapsam içinde bulunduğu düşünülebilecektir.”³⁶⁶

Diğer bir çalışmada ise mevzuatta, özel hukuk kişilerinin kamu gücünü kullanmasına olanak tanıyan düzenlemelerin varlığına karşın kural olarak *“nihai işlem yapma yetkisi idarede kalmaya devam ettiğinden”³⁶⁷*  zel kişilerin kolluk faaliyetlerine katıldığından bahsedilebileceği belirtilmektedir.³⁶⁸

 kinci görüş ise hizmetin niteliği ile Anayasa’nın 128 inci maddesi ekseninde konuya yaklaşmakta ve kolluk faaliyetinin özel hukuk kişilerine devredilemeyeceğini savlamaktadır.

³⁶⁴ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 48-49; Yasin de Anayasanın 47 nci maddesinde yapılan değişiklikten sonra kamu gücü ve kamusal yönetim usulleri uygulanan hizmetler de dahil olmak üzere  zelleştirme konusunda anayasal sınırlama bulunmadığını ve fakat bu durumun çeşitli sorunlara yol açabileceğini belirtmektedir. Yasin, M. (2007). *Uygulama ve Yargı Kararları Işığında  zelleştirmenin Hukuki Rejimi* (2. Baskı), İstanbul: Beta Yayınevi, 205-206.

³⁶⁵ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, 48-49.

³⁶⁶  al, S. (2002). “Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 51 (2), 191; diğer bir çalışmada hangi hizmetlerin söz konusu madde kapsamına girdiğinin belirsiz olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz. Sızlı Erol, G. (1999). *Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması*, Ankara: DPT Uzmanlık Tezi Yayın No:2487, 143-144.

³⁶⁷ Yıldırım, a.g.e., 34.

³⁶⁸ Yıldırım, a.g.e., 34.

Ruhi, sert çekirdekli kamu hizmetleri niteliğini haiz adalet, milli savunma, dışişleri ve kolluk gibi hizmetlerin özelleştirilmeyeceğini zikrederek özelleştirme yasasının kapsamının hemen hemen tüm iktisadi ve ticari varlık ve değerleri kapsayacak kadar geniş olmasına karşın anılan hizmetlerin yer almadığını zımnen belirtmektedir.³⁶⁹

Özay, *“adalet ve milli savunma gibi bazı hizmetler vardır ki bunlar oldum olası devletin tekelinde sayıldığından bu alandaki bir özelleştirme için anayasal ya da yasal olmasa bile meta jüridik/hukuk ötesi bir sınırın varlığından söz edilebilir.”*³⁷⁰ ifadeleriyle pozitif düzenlemelerde hüküm bulunmasa dahi sınırların varlığından bahsetmektedir.

Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, Anayasanın, sosyal kamu hizmetlerinin özelleştirme suretiyle kaldırılmasına izin vermediğini, zira anılan hizmetlerin yerine getirilmesi ve sosyal devlet ilkesinin gerçekleşebilmesi için devletin etkin olması ve edimlerde bulunması gerektiğini ifade etmektedir.³⁷¹

Tiryaki de kıyılardan yararlanmanın özelleştirilmesini yasaklayan bir Anayasanın adalet, milli güvenlik, kolluk, dış ilişkiler v.b. idari kamu hizmetlerinin özelleştirilebileceğini kabul etmesinin ilginç bir sonuç doğuracağını, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesinin ayırıcı kriterinin özelleştirme sonrası tabi kılınacak hukuk rejimi olduğunu savlamaktadır. Yazar, söz konusu kamu hizmetlerinin özel hukuka tabi tutulabilip tutulamayacağına göre karar vermek gerektiğini, bu anlamda, anılan hizmetlerin özel hukukla bağdaşabilirliğini savunmanın güç görüldüğünü ve “meta jüridik/hukuk ötesi” bir sınırdan ya da “kamusal mal” gibi iktisadi bir terimden hareket edilebileceğini belirterek kolluğun da yer aldığı söz konusu hizmetlerin özelleştirilmesinin mümkün görülemeyeceğini ifade etmektedir.³⁷²

³⁶⁹ Ruhi, M. E. (2005). “Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuki Boyutu”, *AÜEHFD*, 9 (3–4), 273-275.

³⁷⁰ Özay, *Günüşünde Yönetim*, 576.

³⁷¹ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk, a.g.e., 434-435; anılan görüşlerin eleştirisi için bkz. Yıldırım ve diğerleri, a.g.e., s.679-680.

³⁷² Tiryaki, a.g.e., 336-337.

Uz ise Anayasa'nın 47 inci maddesi kapsamında bir değerlendirme yapabilmek için 128 inci maddeyi mutlaka göz önünde bulundurmak gerektiğini, aksi taktirde Anayasada birbiri ile çelişen iki hükmün varlığını kabul etmek gerekeceğini, her iki hükmün birlikte değerlendirilmesi neticesinde genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetlerinin 47 nci maddenin sınırını teşkil ettiğini ve bu meyanda özel hukuk sözleşmeleri ile gördürülmesi veya devrinin mümkün olmadığını belirtmektedir.³⁷³

Sever ise Anayasanın 128 inci maddesinin yasama organının istediği her alanı kamu hizmeti alanından çıkarmasına engel teşkil ettiğini, 47 nci madde hükmünün bu çerçevede yorumlanması ve uygulanması gerektiğini belirtmektedir.³⁷⁴ Yazara göre Anayasa,

*“başta kolluk faaliyetleri olmak üzere ve özellikle insan haklarına duyarlı kamu hizmetleri ile özel hukuk ilişkisinden farklı biçimde kamu yararını gerçekleştirmek üzere kamu gücü kullanımını içeren faaliyetler bakımından kamu görevlisiyle ve dolayısıyla da kamu hukuku ilişkisiyle gördürmeyi öngörmüştür. Bu doğrultuda madde yorumlanırken de hizmetin kamu yararı-kamu gücü ilişkisiyle söz konusu faaliyetin içeriği değerlendirilmelidir.”*³⁷⁵

Sever, yukarıda sınırları çizilen kavramsal çerçevede, genel idare esasları ile kastedilenin işlem kurma olarak anlaşılamayacağını ve kamu gücü kullanımının kastedildiğini belirtmektedir.³⁷⁶ Yazar, görüşlerinin devamında, kolluk faaliyetlerinin ekseriyetle denetimlerden oluştuğunu, bu alandaki işlemlerin çoğunun da denetim raporlarının doğrudan sonucunu teşkil ettiğini, bu minvalde rapora rağmen idarenin aksi yönde işlem kurmasının işlemi sakatlayabileceğini, zira aksi yönde işlem kurabilmek için raporun yanlış, geçersiz ya da eksik görüldüğüne ilişkin bir iradenin icap ettiğini ifade etmektedir. Sever, teknik içerik taşıyan bu raporların geçersizliği veya yanlışlığının denetimin yeniden idare tarafından yapılmasıyla tespit edilebileceğini, oysa özel sektörden faydalamanın en önemli gerekçesinin de idarenin bu tür denetimler yapamaması olduğunu, dolayısıyla idarenin sayıları çok

³⁷³ Uz, a.g.e., 200; Yazarın, doktrinde kolluk faaliyetlerinin de kamu hizmeti olarak kabul edildiğini ve bunun aksine görüş beyan etmediğini belirtmek gerekmektedir. Uz, a.g.e., 184.

³⁷⁴ Sever, D. Ç. (2013). “Kamu Hizmetlerinde Biçimsel Ölçütte Çözülme ve Anayasa'nın 128. Maddesinin I. Fıkrası”, *Ankara Barosu Dergisi*, (2013/3), 263.

³⁷⁵ Sever, a.g.m., 266.

³⁷⁶ Sever, a.g.m., 258.

fazla olan bu raporlar doğrultusunda işlem kuracağını,³⁷⁷ ileri sürerek *“Bu bakımdan, çoğu zaman işlemin sebep unsurunu da oluşturan ve idari işlemin yönünü belirleyen etkili hazırlık işlemlerinin fiilen idare tarafından denetlenmesi veya bu hazırlık işleminin aksi yönde işlem kurması mümkün olmayacağından bu işlemlerin de kamu hukuku ilişkisi gerektirdiğinin kabul edilmesi gerekir.”*³⁷⁸ ifadelerine yer vermektedir.

Ayaydın, idare tarafından tesis edilen nihai işlemde önceki öndenetim, kontrol, onay gibi hazırlık işlemlerinin kamu gücünün kullanımı anlamına gelebileceğini, zira, nihai işlem ile hazırlık işlemi arasında sıkı bir bağ bulunduğunu belirterek 128 inci madde çerçevesinde kamu görevlilerinin denetim yapmaları gerektiğini belirtmektedir.³⁷⁹ Yazar, diğer bir çalışmada da hiç kimsenin kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisine sahip olamayacağını, bu yetkinin devlet organları ve Anayasa'nın 128 inci maddesi çerçevesinde kamu görevlileri tarafından kullanılabileceğini, bu kapsama girmeyen özel hukuk kişilerinin –Anayasanın istisnai birkaç hükmü dışında- kamu kudreti usullerine başvurmayacağını savlamaktadır. Görüşlerinin devamında da, idareyi hukuken ya da fiilen bağlayıcı nitelikteki öndenetim, kontrol, onay gibi hazırlık işlemlerinin özel hukuk kişilerince yapılmasının kamu kudretinin fiilen kullanılması anlamına geleceğini, hazırlık işlemi ile nihai işlem arasında sıkı bir bağ bulunduğundan bu işlemlerin genel idare hukuku esaslarına göre yürütülmesi gereken işlemlerden

³⁷⁷ Sever, a.g.m., 258.

³⁷⁸ Sever, a.g.m., 258.

³⁷⁹ Yazar görüşlerini şu şekilde ifade etmektedir: *“Kanımca; hazırlık işlemi-idari işlem ayrımı, özel kişilerin yapabileceği işlemleri belirleme açısından her zaman doğru sonuç vermeyebilmektedir. Örneğin; bir disiplin soruşturmasında, disiplin soruşturmacısının raporu bir hazırlık işlemidir; ancak bu raporun (ve soruşturmayı yürütme faaliyetinin) özel kişiler tarafından yapılabilmesi mümkün değildir (olmamalıdır). Aslında; idari işlemlerin hazırlık işlemlerinin hepsi, idare bünyesinde yapılmaktadır. Çünkü bu işlemler, nihai işlemin ne yönde olacağının belirlenmesinde oldukça önemli bir rol oynamaktadırlar. Hatta bazen bu işlemler, nihai işlemi yapacak makamı fiilen ve bazı hallerde, hukuken de bağlamaktadır. Örneğin; özellikle, çok ciddi araştırmalar sonucu önerilen bir hareket tarzı, mesela bir barajın hangi bölgede yapılacağı konusunda idare içindeki çeşitli birimlerce yürütülmüş araştırmalar sonucunda ortaya çıkan rapor (öneri), bu derece yoğun ve kapsamlı bir araştırmayı inceleyememek veya tekrar yaptıramayacak olan yetkili kişiyi fiilen bağlayacaktır. Diğer taraftan, özellikle kanunların başka idari mercilerden görüş alınmasını öngördüğü durumlarda, kararı almaya yetkili merci, işlemin hazırlık safhasında alınan bu görüşlere aykırı bir karar almak istemesi durumunda, çok sağlam gerekçeler göstermek zorunda kalabilecek veya bu konuda bir dava açılması durumunda, bu gerekçeler İdari Yargı Mercileri tarafından sorulacaktır.”* Bkz. Ayaydın, C. (1998). 82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 426.

addedildiğini ve 128 inci madde uyarınca kamu görevlileri tarafından yapılmasının şart olduğunu ifade etmektedir.³⁸⁰

Yıldız Akgül ise genel kolluk ile özel kolluk arasında ayırım yapmakta ve genel kolluğun egemenlikle ilgili olması hasebiyle devredilemeyeceğini belirtmektedir. Yazar, özel idari kolluk için ikili ayırmada bulunmakta ve sahil güvenlik gibi egemenliğe ilişkin özel idari kollukta da devredilmezlik ilkesinin geçerli olduğunu belirterek³⁸¹ *“egemenliğe ilişkin olmayan özel idari kolluk yetkilerinin ise hizmetin düzenlenmesi ve karar alma yetkileri devredilmeksizin kanun koyucu tarafından izin verilmesi halinde özel hukuk kişilerine gördürülebil(eceğini)...”*³⁸² ileri sürmektedir.

Delaunay, Fransa’da, gerek doktrin gerekse mahkeme kararlarında ilke olarak idari kolluk alanında sözleşme tekniğinin kullanılamayacağını kabul edildiğini belirterek sözleşme yasağının temelinde kolluğun, devletin egemenliğe ilişkin yetkileri arasında yer alması ilkesi ile bu yetkilerin idarenin devredilemez yetkilerinden sayılmasının yattığını, nitekim yargının, plajdakilerin güvenliğini temin etme, kamuya açık yollarda ve otoyollarda denetimi ve güvenliği sağlama hizmetlerinin devredilmesini hukuka aykırı bulduğunu ifade etmektedir. Ancak, Yazar, son yıllarda ölçülü biçimde kolluk alanında da sözleşme ilişkisine yer verildiğine değinerek saf maddi eylemlerin sözleşmeyle özel hukuk kişilerine gördürülebildiğini belirtmektedir. Bu kapsamda, doktrin, idari kolluk alanında hukuki aktivite ile maddi aktivite ayırımında bulunmakta olup kolluk gücünün merkezinde hukuki aktivite yer alırken maddi aktivite kamu hizmeti alanına

³⁸⁰ Ayaydın, C. (2006). “5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Erden Kuntalp’e Armağan)*, c.2, İstanbul: Beta Yayınevi, 113-268.

³⁸¹ Yıldız Akgül, a.g.e., 153-154.

³⁸² Yıldız Akgül, a.g.e., 154; Karahanoğulları’na göre de *“İdari işlev iki öğeden oluşur. Kolluk ve kamu hizmeti. Kolluk işlevi esas olarak sözleşmeye konu olamaz ve idarece yerine getirilir.”* Bkz. Karahanoğulları, O. (1998). “Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale”, *Çağdaş Yerel Yönetimler*, 7 (1), 106; *“Bireylerin özgürlüklerine müdahale niteliği taşımasından dolayı esas olarak kolluk faaliyeti, idarenin yerine getirdiği diğer faaliyetlerden farklılık arz eder. Şöyle ki, kolluk yetkisi kamu gücü kullanılarak yerine getirilir. Bireylerin rıza gösterip göstermemesi herhangi bir önem taşımaz. İdare, kolluk faaliyetinde bulunurken bir yaptırım yetkisiyle donatılmıştır. Bu nedenle kolluk faaliyetinin konusu olan davranışta bulunmayanlar hakkında bir takım müeyyideler, örneğin idari para cezası, işyeri kapatma cezası vb. uygulanabilir. Kamu gücünü içermesi sonucu, idare kolluk yetkisini kullanmaktan vazgeçemez ya da kamu hizmetlerinin görülmesini özel teşebbüslere bırakabildiği gibi kolluk yetkisini özel kişilere devredemez. Bunun bir sonucu olarak idare, kolluk faaliyetini salt kamu düzenini sağlama ve koruma amacıyla gerçekleştirir, bunun dışında başka bir amaç, örneğin kâr elde etme amacı güdemez”* bkz. Özkan, a.g.e., 78.

girmektedir. Böylelikle de tek taraflı işlemlerle yerine getirilmek zorunda olmamakta ve sözleşmeyle gördürülebilmektedir. Yazara göre, sözleşmeyle, kolluk yetkisi değil bu yetkinin maddi ifası diğer bir deyişle kamu hizmeti gördürülmektedir. Nitekim, 2011 tarihli “Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c. Jonnet” kararında, bulaşıcı hayvan hastalıkları ile mücadele kapsamındaki sağlık kolluğuna ilişkin olarak dezenfeksiyon yapmak için özel sektörle sözleşme yapılması ile ilgili uyuşmazlıkta, mahkemenin sağlık kolluğuna müteallik maddi işlerin devletin sorumluluğu ve kontrolü altında özel sektöre gördürülebileceğine hükmettiğini, bunun da kolluk alanında maddi eylemin icrasının sözleşmeyle gördürülmesi anlamına geldiğini belirtmektedir.³⁸³

Delvolvé, faaliyetin doğasından hareket edildiğinde devletin temel fonksiyonlarına sıkı şekilde bağlı ve kamu gücünün kullanıldığı egemenliğe ilişkin kamu hizmetlerinin devrinin mümkün olmadığını kabul etmektedir. Ancak ilkenin istisnalarının bulunduğunu, örneğin belediyelerin vergi toplama için iltizam sözleşmesi yaptığını belirterek diğer kamu hizmetlerinde devir yapılması imkan dahilinde görülmekle birlikte Fransız Danıştay'ının iskan gibi bazı konuları devir kapsamının dışına çıkardığına değinmektedir. Diğer taraftan, faaliyetin karakterinden (idari, ticari) yola çıkıldığında ise sadece ticari nitelikteki faaliyetlerin devredilebileceğini, ancak bu ilkenin de katı olmadığını, örneğin kültürel faaliyetlerde devir yapılabilirdiğini belirtmektedir.³⁸⁴

Chevallier, hukuk devletinde devletin rolüyle ilgili temel ilkenin “müdahale etmemek” olduğunu, devletin hareket alanının istisnai ve sınırlı bir alanı kapsadığını ve bunun da egemenlikle ya da kamu düzeniyle ilgili bulunduğundan sadece devletçe yerine getirilebilecek faaliyetleri ihtiva ettiğini belirtmektedir.³⁸⁵

Diğer taraftan, Fransa'da Grenoble İdare Mahkemesi tarafından verilen bir karara değinmek gerekir. Karara konu olayda bir belediye, belediye sınırları içerisinde “video gözetim, klavuzluk ve uyarı” sistemi kurulması ve işletilmesi için

³⁸³ Delaunay, B. (2012). “Attribution Par Contrat D'une Activité De Police À Une Personne Privée Et Responsabilité Publique, Note Sous Conseil d'État, 10 Octobre 2011, Ministre De L'alimentation, De L'agriculture et De La Pêche c. Jonnet, n° 337062”, *RFDA*, 481.

³⁸⁴ Delvolvé, P. (1996). “Les Contradictions De La Délégation De Service Public”, *AJDA*, 685.

³⁸⁵ Chevallier, J. (2010). *Hukuk Devleti*. (Çev. E. C. Gürcan). Ankara: İmaj Yayınevi, 56.

2006 yılında özel hukuk kişisi ile sözleşme imzalar. Sözleşmenin temel amacı belediyenin bir çok noktasında izleme yapmak ve yasalara aykırı davranışlardan kamu güçlerini haberdar etmektir. Sözleşmenin imzalanması kararının iptali için mahkemeye başvurulur. Mahkeme ise sözleşmenin sadece video gözetim sisteminin kurulması ve bakımı için yapılmadığını, yollara döşenen kameralarla görüntülerin iletilmesi ve bu görüntülerin sözleşmecisi şirketin personeli tarafından kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünde değerlendirilmesi ve değerlendirmenin olumlu olması halinde olaya müdahale edecek birimlerin uyarılmasını da içerdiğini, böylelikle şirketin belediyeye ait idari kolluk kapsamındaki bir göreve katılımını öngördüğünü, oysa Mahalli İdareler Kanunu'nun ilgili maddesine göre belediye huzur, güvenlik ve sağlığın belediye kolluğunun yetkileri arasında sayıldığını belirterek, doğası gereği bu yetkilerin özel sektöre sözleşme ile gördürülemeyeceğine karar vermiştir.³⁸⁶

Yine Fransa'da yakın tarihli bir mahkeme kararında, belediyenin kamu binaları önünde sabit koruma sağlama ve kamuya açık yollarda dolaşarak kamu düzenine aykırı olabilecek durumları ilgili mercilere bildirme için gönüllülerden oluşan bir birim kurma kararıyla ilgili olarak mahkeme, istisnai durumlar hariç olmak üzere, belediye başkanına, belediye kolluğu kapsamındaki bir görevi ifa edecek servis kurulmasına izin veren yasal ya da düzenleyici hiçbir hükmün bulunmadığını belirtmektedir. Mahkeme, İç Güvenlik Kanunu ile Mahalli İdareler Kanunu'nun ilgili hükümlerinden yola çıkarak sadece belediye başkanı ve onun otoritesi altındaki kamu görevlilerinin bu yetkiyi kullanabileceğini belirtmektedir. Söz konusu mahkeme kararını bahsedilmeye değer kılan husus, mahkemenin, faaliyetin doğası gereği devredilemeyeceğinden değil devre izin veren yasal dayanağın bulunmamasından hareket ederek karar vermesidir.³⁸⁷

Fransa'da, Enerji Kanunu'na göre Enerji Regülasyonu Komisyonu dağıtım şirketleri üzerinde denetim yetkisini haizdir. Kanunun 135-2 ve 3 inci maddesine göre anılan Komisyon soruşturma yürütebilir ve soruşturma sırasında uzman

³⁸⁶ "Vidéosurveillance: Le Contrat Avec Une Société Privée Ne Doit Pas Lui Déléguer Des Missions De Police Administrative", Jugement Rendu Par Tribunal Administratif De Grenoble 17-12-2010 n° 0705134, AJDA, 2011, 750.

³⁸⁷ Une Commune Ne Peut Confier Des Missions De Police Municipale À Une « Garde » Bénévole Ordonnance Rendue Par Tribunal Administratif De Montpellier, 19-01-2016 n° 1506697, AJ Collectivités Territoriales, 275.

kişilerden destek alabilir. Söz konusu kişiler Komisyon başkanı tarafından belirli bir süre için ve münferit bir görev kapsamında belirlenirler.³⁸⁸

Konu hakkında -doktrindeki görüşlerde yer verilen Anayasanın 128 inci maddesi ile 47 nci maddesi arasındaki ilişkiyi de kapsayacak şekilde- AYM'nin kararlarına aşağıda ayrı ayrı değinilecektir.

2.3.2. AYM Kararları

AYM'nin ilk önemli kararı 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 8., 21., 22., 24., 25., 26., 27., 44., 46., 47., 48 inci maddeleri ile Geçici 5 inci ve 7 nci maddelerinin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptaline karar verilmesi istemi ile açılan iptal davası üzerine verdiği 11.12.1986 tarihli karardır. Konumuzu ilgilendirmesi açısından özellikle iptali istenen 21 ve 22 inci maddelere yer vermek gerekmektedir:

“Madde 21- Bu Kanunun kapsamına giren bütün yapılar için 26 ncı maddede belirtilen istisna dışında belediye veya valiliklerden veya yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarından yapı ruhsatıyesi alınması mecburidir....

Madde 22-

*Belediyeler veya valiliklerce veya **yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarınca ruhsat ve ekleri incelenerek eksik ve yanlış bulunmuyorsa müracaat tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde yapı ruhsatıyesi verilir.***³⁸⁹

*Eksik veya yanlış olduğu takdirde; müracaat tarihinden itibaren onbeş gün içinde müracaatçıya ilgili bütün eksik ve yanlışları yazı ile bildirilir. Eksik ve yanlışlar giderildikten sonra yapılacak müracaattan itibaren en geç onbeş gün içinde yapı ruhsatıyesi verilir.”*³⁹⁰

³⁸⁸ İnternet: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000023983208&dateTexte=20170223> adresinden 01.12.2016 tarihinde alınmıştır.

³⁸⁹ Kalın yazı tipine dönüştürme tarafımızca yapılmıştır.

³⁹⁰ E. 1985/11, K. 1986/29, T.11.12.1986, RG Tarih-Sayı:18.04.1987-19435

Görüldüğü üzere, söz konusu maddeler ile belediyeler ve valilikler dışında, idare teşkilatı içerisinde yer almayan, çalışanları kamu görevlisi statüsünde olmayan yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına da yapı ruhsatı verme yetkisi tanınmaktadır.

AYM ise;

“.....Uygulamada ve öğretide de kabul edildiği gibi; ister "bağlı yetki" ister "takdir yetkisi" şeklinde kullanılsın "ruhsat verme" idarenin, kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır. Bu nedenle ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin, aslî ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur. Bu durum karşısında, bu hizmetin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekir.”³⁹¹ Esasen Anayasa'nın 128. maddesi ile benimsenen ilke de bu doğrultudadır. İnşaat ruhsatı ve yapı kullanma izninin hukuki niteliği ve bunun sonucu olarak bu hizmetin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yürütülebileceğinin kabulü yeminli büro elemanlarının hukuki statüsünün belirlenmesini gerektirmektedir. Memur olmadıkları konusunda duraksamaya yer bulunmayan yeminli büro elemanları bakımından önemli olan ve açıklığa kavuşturulması gereken husus, Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen "diğer kamu görevlilerinden sayılıp sayılmayacaklarıdır. Yasanın 24. maddesine göre, gerektiğinde belediye ve valiliklerin yanı sıra yapı ruhsatı ile ilgili görevleri yürütmek üzere kurulacak olan yeminli bürolar ve görevlilerinin imar planı ve proje hazırlayamayacakları, fennî sorumluluk üstlenemeyecekleri, müşavirlik ve müteahhitlik yapamayacakları belirtilmektedir. Bu büro elemanlarının görevlerini yerine getirirken Devlet memuru sayılacakları ve işledikleri suçlar dolayısıyla Devlet memuru gibi cezalandırılacakları, görev sürelerinin tespiti ve denetiminin ise Bakanlığa ait olduğu hüküm altına alınmaktadır. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı gibi bürolar esas itibarıyla serbest meslek faaliyet icra etmekte, ancak görevlerini kötüye kullanmaları olasılığına karşı bir önlem olarak bazı cezai yaptırımlarla karşı karşıya bırakılmaktadırlar. Yeminli bürolar, bu özellikleri nedeniyle merkezi idarenin gözetim ve denetimi altında onun bir birimi durumunda olan kuruluşlar değildir. Sözü edilen kanun maddesinde yer alan büro elemanlarının, "bu görevlerini ifa ederken Devlet memuru sayılacakları" ve "işledikleri suçlar dolayısıyla da Devlet memuru gibi cezalandırılacakları" biçimindeki hükmü de, yalnız başına bu elemanlara "memur" veya "Anayasa'nın 128. maddesinde nitelikleri belirtilen kamu görevlisi" sıfatını ve bu bürolara da kamu kuruluşu niteliğini kazandıramaz. Bu durumda, büro elemanları ile merkezi idare arasında statüer bir ilişki de yoktur. Bir başka deyişle memurlar ve diğer kamu görevlileri için Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen niteliklerinin, atamalarının, aylık ve ödeneklerinin ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceğine ilişkin kuralın yeminli büro elemanları yönünden uygulama olanağı bulunmamaktadır.

³⁹¹ Kalın yazı tipine dönüştürme tarafımızca yapılmıştır.

Yukarıda yapılan açıklamalardan, yapı ruhsatı ve buna bağlı olarak yapı kullanma izni vermenin, belediyelerin ve valiliklerin genel idare esaslarına göre, yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerden olduğu, bu itibarla yeminli büro elemanlarının, Anayasa'nın 128. maddesinde nitelikleri belirtilen "kamu görevlileri" deyimini kapsamına girmedeği anlaşılmaktadır.”³⁹²

ifadelerine yer vermek suretiyle iptal kararı vermiştir.

Kararda dikkat çeken husus ruhsat vermenin, idarenin kolluk yetkileri arasında sayılması ile asli ve sürekli kamu hizmeti niteliğinde görülmesi ve bu yetkinin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle kullanılabileceğinin belirtilmesidir. Ruhsat işlemi, ruhsat başvurusu üzerine verilen ve başvuranın hukuki statüsünde değişiklik meydana getiren icrai işlemdir.

AYM'nin diğer bir önemli kararı ise 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un çeşitli maddelerinin iptali talebiyle ilgili vermiş olduğu 26.6.2002 tarihli karardır. Söz konusu Kanunla, Kanun kapsamına giren her türlü yapının; Bakanlıktan aldığı izin belgesi ile çalışan ve münhasıran yapı denetimi ile uğraşan tüzel kişiliğe sahip yapı denetim kuruluşlarının denetimine tabi olması öngörülmüştür. Anılan kuruluşların yetkileri ise Kanunun 2 nci maddesinde şu şekilde sıralanmıştır:

“Yapı denetim kuruluşları aşağıda belirtilen görevleri yerine getirmekle yükümlüdür:

- a) Proje müelliflerince hazırlanan, yapının inşa edileceği arsa veya arazinin zemin ve temel raporları ile uygulama projelerini ilgili mevzuata göre incelemek, proje müelliflerince hazırlanarak doğrudan kendilerine teslim edilen uygulama projesi ve hesaplarını kontrol ederek, ilgili idareler dışında başka bir kurum veya kuruluşun vize veya onayına tabi tutulmadan, ilgili idareye uygunluk görüşünü bildirmek.*
- b) Yapı denetimini üstlendiğine dair ilgili idareye taahhütname vermek, yapı ruhsatının ilgili bölümünü imzalamak, bu yapıya ilişkin bilgileri yapı ruhsatı düzenleme tarihinden itibaren yedi gün içinde Bakanlığa bildirmek.*
- c) Yapının, ruhsat ve ekleri ile mevzuata uygun olarak yapılmasını denetlemek.*

³⁹² E. 1985/11, K. 1986/29, T.11.12.1986, RG Tarih-Sayı:18.04.1987-19435.

- d) Yapım işlerinde kullanılan malzemeler ile imalatın proje, teknik şartname ve standartlara uygunluğunu kontrol etmek ve sonuçlarını belgelendirmek, malzemeler ve imalatla ilgili deneyleri yaptırmak.
- e) Yapılan tüm denetim hizmetlerine ilişkin belgelerin bir nüshasını ilgili idareye vermek, denetimleri sırasında yapıda kullanılan malzeme ve imalatın teknik şartname ve standartlara aykırı olduklarını belirledikleri takdirde, durumu bir rapor ile ilgili idareye ve il sanayi ve/veya ticaret müdürlüklerine bildirmek.
- f) İş yerinde, iş güvenliği ve işçi sağlığı konusunda gerekli tedbirlerin alınması için yapı müteahhidini yazılı olarak uyarmak, uyarıya uyulmadığı takdirde durumu ilgili bölge çalışma müdürlüğüne bildirmek.
- g) Ruhsat ve eklerine aykırı uygulama yapılması halinde durumu üç iş günü içinde ilgili idareye bildirmek.
- h) Yapının ruhsat eki projelerine uygun olarak kısmen veya tamamen bitirildiğine dair ilgili idareye rapor vermek.
- ı) Zemin, malzeme ve imalata ilişkin deneyleri, şartname ve standartlara uygun olarak laboratuvarlarda yaptırmak”

Anılan maddeden de anlaşılacağı üzere yapı denetim kuruluşları proje denetimi, yapı ruhsatı alınması ve yapım aşaması olmak üzere üç farklı aşamada yetkilidirler.³⁹³ Söz konusu yetkiler çerçevesinde yetkili idareye uygun görüş vermek, rapor vermek, yapıyı denetlemek gibi çok önemli görevleri bulunmaktadır.

AYM'nin konuya ilişkin kararında;

“İmar kolluğu 3194 sayılı İmar Yasası ile yerel yönetimlerin görev ve yetki alanında kabul edilerek özel idari kolluk şeklinde düzenlenmiştir.

Dava konusu kurallarla, 3194 sayılı İmar Kanunu'nda yer alan fenni mesul müessesesinin yerine tüzelkişiliğe sahip "yapı denetim kuruluşları" ikame edilmektedir. Bu kuruluşlar merkezi yönetimden aldıkları izin belgesi ile faaliyet gösterecekler, faaliyetleri merkezi yönetim tarafından denetlenecektir. Kamu güvenliği ve kamu yararı amacıyla yapılan bu düzenleme ile yapı denetim kuruluşlarına yerel yönetimlerin yerine geçme ve karar alma yetkisi verilmemiş, mahalli nitelikteki müşterek ihtiyaçların karşılanması için teknik destek sağlanmış, 3194 sayılı İmar Kanunu'nda var olan yapı denetim yetkileri de kaldırılmamıştır.

³⁹³ Yıldırım, a.g.e., s.85.

.....

İmar kolluğu faaliyetleri içinde yer alan ve yapı ruhsatı verme, vermeme ya da yapıyı durdurma, yıkma işlemleri yerel yönetimlerin yetkisinde olup, dava konusu düzenlemeyle yapı denetim kuruluşlarına idari işlem yapma yetkisi verilmiş değildir. Başka bir anlatımla, yapı denetim kuruluşları, kamu gücü kullanmadan teknik inceleme yapmak ve bu konuda ilgili yerlere rapor, görüş ve bilgi vermekle görevlendirilmişlerdir.³⁹⁴

Buna göre, yapı denetim kuruluşlarının hizmetleri Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler arasında bulunmamaktadır.³⁹⁵

ifadelerine yer vererek anılan maddelere ilişkin iptal istemini reddetmiştir. Kararın karşı oy gerekçesinde ise;

“Yapı denetimi, idarenin yaptırım gücüne dayanarak yürüttüğü kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır. Ruhsat ise yapılan denetimin, mevzuata uygun olduğunu gösteren bir izin belgesidir. Bu nedenle ruhsatın denetimden ayrı düşünülmesine olanak yoktur.

.....

İdare, kolluk faaliyetleri arasında yer alması nedeniyle yapı denetimi ve bunun sonucu olan ruhsat verme yetkisini özel kişilere devredemeyeceğinden devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bu kamu hizmetini, ancak memurlar ve diğer kamu hizmetlileri eliyle görebilir.

Dava konusu düzenlemeyle İdare'nin 3194 sayılı İmar Yasası'na göre kullandığı yapı denetim yetkisi kaldırılmamış ise de yalnız memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülebilecek bir hizmetin özel kişilerce de görülmesine olanak tanınması, Anayasa'ya aykırılığını kabulü için yeterlidir. Kaldı ki, yapı denetimine ilişkin özel kurallar getiren dava konusu düzenlemeden sonra, imar konusunda genel hükümler içeren İmar Yasasının ilgili kurallarının zımnen yürürlükten kaldırılıp kaldırılmadıkları da tartışmaya açıktır.

Öte yandan, Anayasa'nın 47. maddesine göre bir hizmetin "özelleştirme"ye konu olabilmesi için 128. maddesi kapsamından çıkarılmış olması gerekir. İdarenin yapının inşaatı ve kullanımıyla ilgili "ruhsat" adı altında kullandığı izin yetkisini elinde bulundururken bu iznin dayanağını oluşturan denetim yetkisini tümüyle özel kişilere devretmesi veya onlarla paylaşması olanaklı değildir.”³⁹⁶

³⁹⁴ Kalın yazı tipine dönüştürme tarafımızca yapılmıştır.

³⁹⁵ E.2001/377, K.2002/59, T.26.06.2002, RG Tarih-Sayı: 09.11.2002/24931.

³⁹⁶ E.2001/377, K.2002/59, T.26.06.2002, RG Tarih-Sayı: 09.11.2002/24931.

ifadelerine yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere AYM, yapı denetim kuruluşlarının yetkisini teknik destek sağlama niteliğinde hazırlık işlemleri yapma olarak görmüş, anılan kuruluşlara idari işlem tesis etme yetkisi verilmediğinden bahisle de iptal talebini reddetmiştir. Diğer bir deyişle idari yaptırım uygulama yetkisinin hazırlık aşamasını teşkil eden denetim yetkisinin kamu gücü kullanılmayan teknik inceleme olduğunu ve idari işlem niteliği taşımayan rapor, görüş ve bilgi verme niteliğinde işlemleri içerdiğini belirtmektedir. Kararın karşıoy gerekçesinde ise ruhsat ile denetimin bütünlük arzettiği ile her ikisinin de kolluk faaliyeti niteliğine vurgu yapılmakta ve bu nedenle özel hukuk kişilerine devredilemeyecek yetkilerden oldukları ifade edilmektedir.

AYM'nin diğer bir önemli kararı ise 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun 4 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü cümlesindeki "Arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler yönetici şirket tarafından verilir ve denetlenir" hükmüyle ilgili verdiği karardır. Söz konusu kararda Mahkeme;

"İster bağlı yetki ister takdir yetkisi biçiminde kullanılsın "yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verme" ve "denetleme" görev ve yetkisi idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer almakta olup, bu konuda yapılacak denetim de asli ve sürekli bir kamu hizmetidir. Başka bir anlatımla yapı ruhsatı ve buna bağlı olarak yapı kullanma izni vermek, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindendir. Anayasa'nın 128. maddesine göre de, belirtilen nitelikteki görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur."³⁹⁷

4691 sayılı Kanun'un 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinde, belirtilen ruhsat ve izinlerin yönetici şirket tarafından verileceği öngörülmüştür.

.....

Bu durumda, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verilmesi ve denetlenmesinin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli bir kamu hizmeti olması nedeniyle memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle gerçekleştirilmesi gerekirken, dava konusu kuralla, ruhsat ve izinlerin bir özel

³⁹⁷ Kalın yazı tipine dönüştürme tarafımızca yapılmıştır.

hukuk tüzel kişisi olan yönetici şirket tarafından verilir denetleneceğinin öngörülmesi, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.”³⁹⁸

gerekçelerine yer vermek suretiyle iptal kararı vermiştir.

Anılan kararın Karşı oy gerekçesinde;

*“Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında bulunmakla beraber devredilebilir nitelikteki kamu hizmetlerinin saptanabilmesi ancak, devri öngören yasal düzenlemenin kapsamına ve amacına bakılarak mümkün olabilir. Bu çerçevede içinde değerlendirildiğinde iptali istenen kuralda yönetici şirketlere teknoloji bölgeleriyle sınırlı olarak inşaat ve kullanıma ilişkin ruhsat ve izin verme yetkisinin idari bir kamu hizmeti niteliği açıktır. **Bu tür idari kamu hizmetleri bir tür kolluk gücü olarak nitelense de adli kolluk güçlerinde ya da ulusal güvenlik güçlerinde olduğu gibi, Devletin egemenliği ile doğrudan bağlantısı olmaması nedeniyle özel kişilere özel hukuk kuralları ya da imtiyaz sözleşmeleriyle gördürülmesi mümkündür. Başka bir ifadeyle belirtilen idari kamu hizmeti, mutlaka kamu görevlileri eliyle yerine getirilmesi gereken hizmet olarak nitelendirilemez.**”³⁹⁹*

Kaldı ki devredilen yetkinin teknoloji bölgeleriyle sınırlı olması, yönetici şirket içinde kurucu olarak kamu kurumlarının bulunması Yasa'nın 5. ve 6. maddelerinde belirtilen Bakanlığın yönetici şirket üzerindeki denetim ve gözetim yetkisinin birlikte değerlendirilmesinden, bu tür hizmetin özel kişilerce görülmesinin hukuken mümkün olmadığı biçimindeki görüşe ulaşmaya elverişli olmadığı sonucu çıkmaktadır.”⁴⁰⁰

ifadelerine yer verilmiştir.

Söz konusu kararda, AYM, “yapı ruhsatı” ve “yapı kullanma izni verme” ve “denetleme” yetkilerini kolluk kapsamında değerlendirmiş, anılan yetkilerle birlikte kolluğun genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmeti niteliğinde olduğunu belirtmiş ve bu hizmetin Anayasanın 128 inci maddesi çerçevesinde kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunluluğuna vurgu yapmıştır. Karşıoyda ise;

- kolluğun da içinde yer aldığı idari kamu hizmetleri için ikili ayırmda bulunulmakta, anılan hizmetlerden adli kolluk ve milli savunma gibi

³⁹⁸ E. 2001/383, K. 2003/92, T.16.10.2003 R.G Tarih-Sayısı: 19.01.2006 - 26054

³⁹⁹ Kalın yazı tipine dönüştürme tarafımızca yapılmıştır.

⁴⁰⁰ E. 2001/383, K. 2003/92, T.16.10.2003 R.G Tarih-Sayısı: 19.01.2006 - 26054

devletin egemenliği ile doğrudan bağlantılı olanların özel hukuk kişilerine gördürülemeyeceği,

- devletin egemenliği ile doğrudan bağlantısı bulunmayanların ise özel hukuk kişilerine gördürülebileceği belirtilmekte, teknoloji bölgeleriyle sınırlı ruhsat verme yetkisinin de egemenlikle doğrudan bağlantılı bir idari kamu hizmeti olmadığı,

ileri sürülmektedir.

2.3.3. Değerlendirme

Doktrinde ve yargı kararlarında sıklıkla vurgulandığı üzere, kolluk yetkileri ile kamu düzeninin sağlanması amaçlanmaktadır. Pozitif bir kamu düzeninin amaçları ise ortak ihtiyaçların karşılanması, özgürlüklerin korunması ve bireyin kendini gerçekleştirmesine imkân tanınmasıdır.⁴⁰¹ Kolluk yetkileri kullanılırken kişinin özgürlüklerine hâlel getirmeden kamu düzeninin korunması sağlanmalı ve ikisi arasındaki denge muhafaza edilmelidir.⁴⁰² Nitekim kolluk faaliyetinde de bulunması gereken *“kamu yararı ile bireysel çıkar ilişkisinde, kamu yararı temelde ya bireysel çıkarlara dayanmalı, ya bireysel çıkarlara uygun olmalı ya da görünüşte bireysel çıkarlara aykırı olsa da en azından bireysel çıkarın yöneldiği gayelerle bir şekilde bağdaşarak bireysel otonominin gerçekleşmesinin önünde engel teşkil etmemelidir.”*⁴⁰³ Bu minvalde, kanaatimizce kolluk alanında özel hukuk kişilerinden faydalanmada temel ölçüt, “kamu gücü”nden ziyade kolluk faaliyetinin de nihai amacı olan kamu yararı olmalıdır.

Mevzuya pozitif hukuk açısından bakıldığında, denetim faaliyetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesinin Anayasa’ya aykırı olmadığı söylenebilir. Delaunay’ın da belirttiği üzere, hukuki aktivite-maddi aktivite ayrımı yapılarak denetim faaliyetinin saf maddi eylemleri alanında özel hukuk kişilerinden

⁴⁰¹ Okay Tekinsoy, a.g.e., 34 vd.

⁴⁰² Okay Tekinsoy, a.g.e., 38; Nitekim Fransa’da “burkini yasağı” ile ilgili olarak Fransız Danıştay’ının verdiği iptal kararına ilişkin değerlendirmede konu özgürlüklerin sınırlandırılması ile kamu düzeninin korunması bağlamında ele alınmaktadır. Bkz. Le Chatelier, G. (2016). “Annulation Par Le Conseil D’etat Des Arrêtés « anti-burkini »”, *AJ Collectivités Territoriales*, 508.

⁴⁰³ Uyanık, H. (2013). *Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 195.

faaydalanmada Anayasaya aykırılık bulunmadığı düşünölmektedir. Kişinin statüsünde değışiklik yapacağı işlem idare tarafından tesis edildiğı müddetçe hazırlık işlemlerinin özel sektör tarafından yapılması hukuka uygundur. Kolluk faaliyeti de bir kamu hizmeti olduğı ve Anayasa'nın 47 nci maddesinde özel hukuk kişilerine gördürme açısından herhangi bir ayırım yapılmadığına göre söz konusu neticeye varılması mümkün görölmektedir.

Elektrik piyasası özelinde, pek tabidir ki özel sektörden faydalanma için "İdarenin dağıtım faaliyetini denetlemesinin mümkün olmayacağı" şeklinde bir gerekçeye sığınılmaz. İdarenin denetim hizmetinde özel sektörden faydalanmasının gerekçesi kamu yararı olmalıdır. Bu yarar da elektrik piyasası olması hasebiyle genel olarak ekonomik kamu yararı ve özelde de tüketici yararı şeklinde tezahür eder. Kanun koyucunun özel sektörden faydalanmasının, tüketici yararına olması ve kişi özgürlüklerine de hâlel getirmemesi halinde mümkün olduğı düşünölmektedir.

*"Ekonomi – hukuk ilişkisinde ekonomik kamu yararının yeri, ekonomideki temel amaç olan verimliliğin sağlanması gayesi ile hukuktaki temel amaç olan adaletin sağlanması arasındadır."*⁴⁰⁴ EPK'da denetimin özel hukuk kişilerine gördürölmesinde güdülen ekonomik kamu yararı, denetlenen kişi açısından, faaliyetlerinin hukuka uygun (adaletli) bir şekilde denetlenerek nihai işlemin tekemmül ettirilmesiştir. Anılan yarar, İdare açısından, dağıtım şirketinin verimli ve hukuka uygun olarak denetlenerek tüketici yararının tesis edilmesi şeklinde tezahür eder. Dolayısıyla, dağıtım şirketlerinin denetiminin –nihai idari yaptırım kararını tesis etme yetkisi EPDK'da kalmak şartıyla- özel hukuk kişileri tarafından yapılması halinde tüketici yararının elde edilmesi söz konusu ise bu yarara üstünlük tanınmalıdır.

EPK'nın temel amacı, tüketici yararının sağlanması olup anılan yararın rekabet içerisinde işleyen mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir piyasa yapısı içerisinde elde edilmesi öngörölmüşür. Piyasada faaliyet gösteren dağıtım şirketlerinin denetiminde özel hukuk kişilerinden faydalanılması, nihai hedef olan

⁴⁰⁴ Uyanık, a.g.e., 196-197.

tüketici yararını sağlaması ve anılan şirketlerin Anayasa ve EPK'yla öngörülen hak ve özgürlüklerine halel getirmemesi halinde mümkün olmalıdır.

Diğer taraftan, denetim yetkisi kamu gücü içeren bir faaliyettir. Örneğin, kişinin yapı denetim kuruluşu tarafından denetlenmesine engel olması söz konusu değildir. Kişi, yapısının denetlenmesine katlanmak zorundadır. Diğer bir deyişle her denetim faaliyeti, ister idare tarafından doğrudan, isterse de özel hukuk kişileri eliyle yapılsın, bünyesinde bir gücü, denetlenen için de katlanma yükümlülüğünü içerir. Bu güç ve katlanma yükümlülüğü olmaksızın denetim faaliyetinin yürütülmesi mümkün değildir. Ancak asıl mesele denetim faaliyetinin kamu gücü içerip içermemesi değil, bu faaliyetin kişinin statüsünde bir değişiklik yapıp yapmaması, kişi hakkında icrai nitelikte netice doğurup doğurmamasıdır. Zira denetim faaliyeti kamu gücü olmadan yürütülemez. Kişinin statüsünde değişiklik yapan husus denetim faaliyeti neticesinde yetkili idare tarafından verilen karardır.

Nitekim Günday, Anayasa'nın 128 inci maddesi kapsamında genel idare esaslarından anlaşılması gerekenin kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim usulleri olduğunu, kamu hukuku rejimi ve kamusal usullerin de kamu gücü kullanılarak tek yanlı idari işlemler tesis etmek ve idari kararlar almak olduğu belirtmektedir.⁴⁰⁵

Konuya elektrik piyasası açısından baktığımızda, ikincil mevzuat⁴⁰⁶ gereğince denetim raporları hakkında nihai işlem tesis edilmeden önce denetlenen kişinin mutlaka savunması alınmakta ve hatta denetim raporu oluşturulurken maddi bulgular hakkında şirketin görüşü ve varsa itirazlarına yer verilmektedir. Diğer bir deyişle, denetim raporu doğrudan nihai işlem olarak neticelendirilmemekte mutlaka denetlenen kişinin savunması ve itirazlarına değinilmektedir. Savunma ve itirazlar hakkında da her zaman tekrar inceleme yapılması icap etmemektedir. Zira itirazlar, maddi gerçeğin rapora yansıdığı şekinden daha çok raporda yapılan nitelendirmenin doğru olmadığına yöneliktir. Dolayısıyla tekrar inceleme yapılmasını gerektiren durumlar yukarıda yer verilen görüşlerde belirtildiği kadar

⁴⁰⁵ Günday, *İdare Hukuku*, 582.

⁴⁰⁶ Bkz. Elektrik Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik.

sıkıntı doğurucu ya da tekrar denetim yapılmasını gerektirecek yoğunlukta değildir. Denetim kurgusunun, İdarenin karar alma aşamasında, yalın ve katışıksız maddi gerçeğe karşı karşıya kalmasını sağlayacak şekilde yapılması halinde EPDK'nın da hukuka uygun karar vermesi temin edilmiş olacaktır.

Diğer taraftan, “çoğunlukla denetim raporları doğrultusunda işlem tesis edileceği” hususu, denetimi yapacak kişi ya da organlardan öte idari yaptırım sürecindeki kurgudan kaynaklanmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, idari yaptırım tesis etme sürecinin sağlıklı bir şekilde kurgulanması ya da kurgulanmaması halinde denetim ister idare, isterse özel sektör tarafından yapılsın aynı netice ile karşılaşılabilir. Diğer bir deyişle, idari yaptırımın tesis edilmesine kadar olan sürecin; denetim ilke ve esasları, raporlama ve savunma alınması gibi hususlar açısından doğru ve hukuka uygun bir şekilde kurgulanması halinde nihai karar da o derece sağlıklı ve hukuka uygun tezahür edecektir.

2.4. Elektrik Dağıtım Faaliyetini Denetleme Yetkisinin Özel Hukuk Kişilerine Devri

2.4.1. Konuya İlişkin AYM Kararları

2.4.1.1. AYM'nin 05.07.2012 tarihli kararı

Her ne kadar üretim tesisleri ve üretim lisansları ile ilgili olsa da denetim yetkisinin devrine ilişkin olması hasebiyle AYM'nin 05.07.2012 tarihli kararına değinmek gerekmektedir. Karara konu olayda; 6094 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanuna eklenen 6(C) maddesinin son fıkrasının “(...) veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir” bölümünün, Anayasaya aykırılığı iddia edilerek iptal davası açılmıştır. AYM;

“5346 sayılı Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretim ve dağıtım yapılan diğer tesislerin lisansı kapsamındaki incelenmesi ve denetlenmesi işlemlerinin kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. Nitekim, bu inceleme ve denetlemenin EPDK tarafından yapılacağı veya gerektiğinde EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılabilceği belirtilmiştir.

Hizmet satın alınarak yaptırılacak denetimde, denetim şirketlerinin yetkilerinin sınırları, söz konusu denetim sonuçlarının EPDK yönünden bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı ve bu aşamada EPDK'nın denetim yetkisinin ayrıca devam edip etmediği, lisans kapsamında yapılan inceleme ve denetimlerde denetlenen şirket ile denetleyen şirketin yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmediğinin ya da usulsüzlük yapıldığının tespiti halinde uygulanacak yaptırım ve sonuçları, denetimin tekrarlanabilirliği hususlarında dava konusu kuralda bir açıklık bulunmamakta, denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğinin belirtilmesi ile yetinilmektedir.

Denetim şirketlerinin yetkileri ve nitelikleri ile bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkeler belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, yürütme organına düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturur.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri 'belirlilik'tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması gereklidir.

Denetim şirketlerince yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkelerin belirlenmemesi, söz konusu kuralın belirsizliğine de yol açmakta ve bu belirsizlik, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturduğu gibi dava konusu kural yönünden Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğini öngören Anayasa'nın 128. maddesi yönünden yapılacak denetime de engel oluşturmaktadır...”⁴⁰⁷

ifadelerine yer vermek suretiyle iptal kararı vermiştir.

AYM'nin söz konusu kararından çıkarılabilecek sonuçları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Lisans kapsamında, üretim ve dağıtım tesislerinin inceleme ve denetimi kamu hizmeti niteliğini haizdir.

⁴⁰⁷ E. 2011/27, K. 2012/101, T.05.07.2012, RG Tarih-Sayı: 06.10.2012-28433.

- İnceleme ve denetim, kanunda yer almak kaydıyla, hizmet satın alınarak özel sektöre yaptırılabilir, yeter ki, hizmet satın alınacak denetim şirketlerinin yetkileri ve nitelikleri ile bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkeler ve çerçeve kanun koyucu tarafından çizilmiş olsun, diğer bir deyişle **yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık teşkil eden bir düzenleme söz konusu olmasın.**

Orak ise belirtilen kararda AYM'nin, denetim hizmetlerinin özel kişilere gördürülemeyeceğine ilişkin bir tespitte ve Anayasanın 128 inci maddesi yönünden açık bir değerlendirmede bulunmadığını, denetim hizmetlerinin bir yasa hükmüyle dahi özel kişilere gördürülemeyeceğine ve belirlilik ilkesinden hareketle tam ve eksiksiz bir yasa hükmü olduğunda, anılan madde çerçevesinde inceleme yapabileceğine ilişkin izlenimler verdiğini belirtmektedir.⁴⁰⁸

Ancak, aynı düşünceyi paylaşmadığımızı belirtmek gerekmektedir: Anayasanın 128 inci maddesi kapsamında kamu görevlileri tarafından mutlaka gördürülmesi gerekli olan bir hizmet söz konusu olsaydı, AYM, *“Hizmet satın alınarak yaptırılacak denetimde, denetim şirketlerinin yetkilerinin sınırları, söz konusu denetim sonuçlarının EPDK yönünden bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı ve bu aşamada EPDK'nın denetim yetkisinin ayrıca devam edip etmediği, lisans kapsamında yapılan inceleme ve denetimlerde denetlenen şirket ile denetleyen şirketin yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmediğinin ya da usulsüzlük yapıldığının tespiti halinde uygulanacak yaptırım ve sonuçları, denetimin tekrarlanabilirliği hususlarında dava konusu kuralda bir açıklık bulunmamakta, denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğinin belirtilmesi ile yetinilmektedir.”* ifadelerine yer verme gereği duymadan doğrudan kesin ifadeler kullanmak suretiyle aykırılığı tespit ederdi. Oysa AYM, kanun koyucuya bundan sonra yapacağı düzenlemede adeta yol gösteren bir paragrafa yer vermek suretiyle bu konuda tutumunun katı olmadığını göstermiştir.

⁴⁰⁸ Orak, C. Ç. (2015). “Elektrik Üretim Ve Dağıtım Tesislerinin Denetlenmesine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları Üzerine”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XIX (1), 281.

Bu çerçevede, kararda yer alan diğer bir husus denetim şirketlerinden hizmet satın alınmasına izin veren kanunda;

- Denetim şirketlerinin yetkilerinin sınırları,
- Denetim sonuçlarının EPDK yönünden bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı,
- EPDK'nın denetim yetkisinin ayrıca devam edip etmediği,
- Denetlenen şirket ile denetleyen şirketin yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmedeğinin ya da usulsüzlük yapıldığının tespiti halinde uygulanacak yaptırım ve sonuçları,
- Denetimin tekrarlanabilirliği,

hususlarının da yer alması gerektiğine ilişkin tespittir. Zira böylelikle, anılan yetkinin aslında devrine ilişkin sınırlar belirlenmekle birlikte devredilen yetkinin ne olduğunun da kanunda açıkça zikredilmesine temas edilmektedir.

2.4.1.2. AYM'nin 27.09.2012 tarihli kararı

Diğer önemli karar ise doğrudan EPDK'nın denetim yetkisi ile ilgili olmamakla birlikte konumuz açısından değinmekte fayda bulunan bir karardır. AYM'nin 27.09.2012 tarihli kararına konu olayda, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun geçici 14. maddesinin birinci fıkrasına, 13.2.2011 günlü, 6111 sayılı Kanun'un 204. maddesi ile eklenen (f) bendinin "...veya gerektiğinde yetkilendirilecek denetim şirketlerine yaptırılması sağlanır. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, ilgili bakanlıkların görüşü alınmak kaydıyla DSİ tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." bölümünün Anayasa'nın 128. maddesine aykırılığı savıyla iptali istenerek dava açılmıştır.⁴⁰⁹

AYM ise;

⁴⁰⁹ 6111 sayılı Kanun'un 204 üncü maddesiyle 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun Geçici 14 üncü maddesinin birinci fıkrasına eklenen (f) bendi ile "20.02.2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve Su Kullanım Hakkı Anlaşması çerçevesinde elektrik enerjisi üretmek maksadıyla yapılacak olan üretim tesislerinin su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının inceleme ve denetimi, masrafları ilgililerine ait olmak üzere DSİ tarafından yapılır veya gerektiğinde yetkilendirilecek denetim şirketlerine yaptırılması sağlanır. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, ilgili bakanlıkların görüşü alınmak kaydıyla DSİ tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." hükmü getirilmiştir.

“Elektrik enerjisi üretmek için yapılacak olan üretim tesislerinin su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının incelenmesi ve denetlenmesi işlemlerinin kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. Nitekim itiraz konusu kuralda bu inceleme ve denetlemenin DSİ tarafından yapılacağı veya gerektiğinde DSİ tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerine yaptırılabilceği belirtilmiştir.

Denetim şirketlerine yaptırılacak denetimde, bu şirketlerin yetkilerinin sınırları, söz konusu denetim sonuçlarının DSİ yönünden bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı ve bu aşamada DSİ'nin denetim yetkisinin ayrıca devam edip etmediği, inceleme ve denetimlerde denetlenen şirket ile denetleyen şirketin yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmediğinin ya da usulsüzlük yapıldığının tespiti halinde uygulanacak yaptırım ve sonuçları, denetimin tekrarlanabilirliği hususlarında dava konusu kuralda bir açıklık bulunmamakta, denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların bakanlıkların görüşü alınmak kaydıyla DSİ tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğinin belirtilmesi ile yetinilmektedir.

Denetim şirketlerinin yetkileri ve nitelikleri ile bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkeler belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, yürütme organına düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturur.

.....

Denetim şirketlerince yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkelerin belirlenmemesi, itiraz konusu kuralın belirsizliğine de yol açmakta ve bu belirsizlik, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturduğu gibi dava konusu kural yönünden Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğini öngören Anayasa'nın 128. maddesi yönünden yapılacak denetime de engel oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”⁴¹⁰

kararını vermiştir.

AYM'nin söz konusu kararından çıkarılacak sonuçlar:

- Elektrik enerjisi üretmek maksadıyla yapılacak üretim tesislerinin su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa

⁴¹⁰ E. 2012/6, K. 2012/131 T. 27.09.2012, RG Tarih-Sayı: 13.02.2013-28558.

edilecek suyla ilgili yapıların inşasının inceleme ve denetimi kamu hizmeti niteliğini haizdir.

- Kanunda yer almak kaydıyla inceleme ve denetim, hizmet satın alınarak özel sektöre yaptırılabilir, yeter ki denetim şirketlerinin yetkileri ve nitelikleri ile bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkeler ve çerçeve kanun koyucu tarafından çizilmiş olsun, diğer bir deyişle **yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık teşkil eden bir düzenleme söz konusu olmasın.**

Vurgulamak gerekir ki kararda yer alan diğer bir husus, denetim şirketlerinden hizmet satın alınmasına izin veren kanunda;

- denetim şirketlerinin yetkilerinin sınırları,
- denetim sonuçlarının idare yönünden bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı,
- İdare'nin denetim yetkisinin ayrıca devam edip etmediği,
- denetlenen şirket ile denetleyen şirketin yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmedeğinin ya da usulsüzlük yapıldığının tespiti halinde uygulanacak yaptırım ve sonuçları,
- denetimin tekrarlanabilirliği

hususlarının da yer alması gerektiğine ilişkin tespittir.

Daha sonraki AYM kararlarında kullanılan gerekçeleri içermesi nedeniyle söz konusu kararın karşıoy gerekçesinde⁴¹¹ zikredilen tespitlere kısaca değinilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, karşıoy gerekçelerini özetle aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

- Anayasada, egemenliğe ilişkin olanlar da dahil olmak üzere, kamu hizmetinin bizzat idare tarafından yerine getirilmesini zorunlu tutan bir hüküm bulunmamaktadır.
- Denetim icrai bir işlem değildir. Denetim sonucunda idare tarafından alınacak cezai, hukuki ve idari tedbirler icraidir.

⁴¹¹ Anılan Kararın karşıoy gerekçesine EK-7'de yer verilmiştir.

- Denetim yetkisinin devri değil, kamu hizmetinin gördürülmesi mevzu bahistir. Hatta, idarenin, denetim hizmeti için özel hukuk kişilerinden faydalanması şüpheli olduğundan ya da faydalansa dahi süreklilik ve düzenlilik ilkelerinden yoksunluk nedeniyle kamu hizmetinin değil, “hizmetin” gördürülmesi söz konusudur.
- Kanun koyucunun kamu hizmetlerini özel hukuk rejimine tabi tutarak özel hukuk kişilerine gördürme konusunda takdir yetkisi vardır. Takdir yetkisinin kapsamına, denetim şirketlerinin yetkilerinin kapsam ve niteliği ile denetimin usul ve esaslarının belirlenmesini yürütme organına bırakıp bırakmama da girer.
- Belirlilik ilkesinin ihlalinden bahsedebilmek için konuyla ilgili diğer tüm kanunların da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Orak, 05.07.2012 tarihli karar için yaptığı değerlendirmeleri 27.09.2012 tarihli karar için de yapmaktadır. Anılan değerlendirmeye ilişkin görüşlerimize yukarıda değinildiğinden burada tekrardan kaçınılmıştır.

2.4.1.3. AYM’nin 27.12.2012 tarihli kararı

AYM’nin diğer önemli kararı ise 4.7.2012 günlü, 6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un; 22 nci maddesiyle değiştirilen, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun 2 nci maddesinin dördüncü fıkrasının (c) bendinin sekizinci paragrafının beşinci cümlesinde yer alan *“ veya yetkilendireceği denetim şirketlerine hizmet satın almak suretiyle ”* ibaresi ile *“Denetim şirketlerinin nitelikleri, yetkilendirilmesi, seçimi, yetkili denetim şirketleri ve denetime tabi şirketlerin hak ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”* hükmünü içeren son cümlesinin iptali talebiyle açılan davaya ilişkin kararıdır.

6353 sayılı Kanunla 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun 2 nci maddesinin dördüncü fıkrasının (c) bendinin sekizinci paragrafı aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

“4046 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan özelleştirme sonrası elektrik dağıtım tesislerinin iyileştirilmesi, güçlendirilmesi ve genişletilmesi için yapılan yatırımların mülkiyeti kamuya aittir. Özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım plânlaması ve uygulamasında onay ve değişiklik yetkisi Kurula aittir. Kurul, hizmetin verilmesini sağlayacak yatırımların teklif edilmemesi halinde talep eder ve onaylanmış yatırımlar gerçekleştirilmediği takdirde lisans iptal edilerek yeniden ihale yapılır. Kanun kapsamında tanımlanan elektrik dağıtım şirketlerinin her türlü denetimi Bakanlık tarafından yapılır. Bakanlık bu denetimi bu konuda ihtisas sahibi olan kamu kurum ve kuruluşlarına yetki devri suretiyle **veya yetkilendireceği denetim şirketlerine hizmet satın almak suretiyle yaptırabilir.** Bu kapsamda düzenlenecek denetim raporları Kuruma bildirilir. Denetim raporu sonucuna göre gerekli yaptırım ve işlemler Kurul tarafından karara bağlanır. **Denetim şirketlerinin nitelikleri, yetkilendirilmesi, seçimi, yetkili denetim şirketleri ve denetime tabi şirketlerin hak ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.**”⁴¹²

AYM, “veya yetkilendireceği denetim şirketlerine hizmet satın almak suretiyle” ifadesi ile ilgili olarak aşağıdaki kararı vermiştir:

“...6353 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle söz konusu sekizinci paragrafta yapılan değişiklikle, Kanun kapsamında tanımlanan elektrik dağıtım şirketlerinin denetimi yetkisi ve görevi EPDK'dan alınarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına verilmiştir.

Dava konusu ibareyi de içeren beşinci cümleyle, Bakanlığın, denetimi bu konuda ihtisas sahibi olan kamu kurum ve kuruluşlarına yetki devri suretiyle veya yetkilendireceği denetim şirketlerinden hizmet satın almak suretiyle yaptırabilmesine olanak tanınmıştır. Denetim yetkisi Bakanlıkta olmakla birlikte denetim sonucu düzenlenen raporların EPDK'ya gönderilmesi ve rapor sonucuna göre gerekli yaptırım ve işlemlerin EPDK tarafından karara bağlanması öngörülmektedir.

Genel olarak kurum ve kuruluşların işlemlerinin ve bu işlemleri yapanların veya iktisadi faaliyet ve olaylarla ilgili olarak ileri sürülen iddiaların önceden belirlenmiş standartlara, ölçütlere ve kurallara uygun olup olmadığını tarafsızca kanıt toplayarak araştıran, değerlendiren ve ilgililere raporlayan sistematik bir süreç olarak tanımlanan denetim faaliyeti, başlı başına icrai sonuç doğuran bir işlem veya karar niteliğinde değildir. **Denetim sonucu düzenlenen raporlar idari işlem kuramı uyarınca hazırlık işlemi**

⁴¹² Kalın yazı tipine dönüştürme tarafımızca yapılmıştır.

niteliğinde olup bu raporların hazırlanması, denetlenen kişinin hukukunda değişiklik yaratmamaktadır. Asıl icrai işlem, denetim sonucunda yetkili makamlarca alınan cezai ve idari kararlar ile başvurulmuş diğer hukuki tedbirlerdir. İcrai kararları almakla yetkili idari makam, hazırlık işlemi niteliğindeki denetim raporundaki tespit ve değerlendirmelerle bağlı değildir. Bu nedenle kural olarak denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesi Anayasa'ya aykırı olmaz.⁴¹³

Dava konusu kuralla, Bakanlığın, elektrik dağıtım şirketlerinin her türlü denetimini yetkilendireceği denetim şirketlerine, hizmet satın almak suretiyle yaptırmasına olanak tanınmakla birlikte bu kapsamda düzenlenecek denetim raporlarının EPDK'ya bildirilmesi ve denetim raporu dikkate alınarak gerekli yaptırım ve işlemlerin Kurul tarafından karara bağlanması öngörülmüştür. Denetim sonucu Kanun'da öngörülen hukuki, cezai ve idari tedbirleri uygulama yetkisi EPDK'da kalmaya devam ettiğinden, teknik destek sağlamaktan ibaret, hazırlık işlemi niteliğinde bir görev olduğu anlaşılan dağıtım şirketlerinin denetlenmesi görevinin memur ve diğer kamu görevlisi niteliğinde olmayan üçüncü kişilere gördürülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 128. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”⁴¹⁴

AYM, karara konu paragrafın son cümlesi hakkında;

“...Anayasa'nın 7. maddesinde, 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.' denilmektedir. Buna göre, kanun ile yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilebilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Kanun ile yetkilendirme Anayasa'nın öngördüğü biçimde kanun ile düzenleme anlamını taşımamaktadır. Temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralı ile sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın yönetimin düzenlemesine bırakılması, Anayasa'nın belirtilen maddesine aykırılık oluşturur.

Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında ise 'İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.' hükmü yer almaktadır. Bu maddede yer alan düzenleme, idarenin kanuniliği ilkesine işaret etmektedir. İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde, açık bir biçimde kanunla düzenlenmesini gerekli kılar.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 48. maddesinde, denetim faaliyeti, danışmanlık hizmeti olarak kabul edilmiş ve bu suretle denetim faaliyetinin

⁴¹³ Kalın yazı tipine dönüştürme tarafımızca yapılmıştır.

⁴¹⁴ E.2012/102, K. 2012/207, T.27.12.2012, RG Tarih-Sayı: 02.04.2013-28606 mük.

danışmanlık hizmeti satın alınması yoluyla üçüncü kişilere gördürülmesine olanak tanınmıştır. Anılan Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre, genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihalelerin bu Kanun hükümlerine göre yürütülmesi zorunlu olduğundan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının denetim hizmeti satın alması da anılan Kanun hükümleri uyarınca yerine getirilecektir. Dolayısıyla denetim şirketlerinin niteliklerinin belirlenmesi, seçimi ve yetkilendirilmesinin, 4734 sayılı Kanun'da yer alan hükümler çerçevesinde gerçekleştirileceği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, dağıtım şirketlerini denetmekle yetkilendirilecek şirketlerin Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulmuş şirketler olacaklarında kuşku bulunmamaktadır. Ayrıca Bakanlığın bu şirketlerden hizmet satın alması bir özel hukuk sözleşmesiyle olacağından, şirketlerin hak ve yükümlülükleri ile sözleşmeye aykırılık durumunda uygulanacak yaptırımlar, 4734 sayılı Kanun, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca belirlenecektir.

Konunun genel çerçevesi, 4734 sayılı Kanun, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu ile belirlendikten sonra denetim şirketlerinin nitelikleri, yetkilendirilmesi, seçimi, yetkili denetim şirketleri ve denetime tabi şirketlerin hak ve yükümlülükleriyle ilgili idari ve teknik ayrıntılara ilişkin usul ve esasların düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılması yasama yetkisinin devri anlamına gelmez.⁴¹⁵

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir."

şeklinde karar vermiştir.⁴¹⁶

AYM'nin söz konusu kararından çıkarılacak sonuçlar:

- Elektrik dağıtım şirketlerinin denetimi başlı başına icrai sonuç doğuran bir işlem veya karar niteliğinde olmayan teknik destek sağlamaktan ibaret hazırlık işlemi niteliğinde bir görevdir.
- Kanunda yer almak kaydıyla denetim, hizmet satın alınarak özel sektöre yaptırılabilir, yeter ki denetim şirketlerinin yetkilendirilmesi, seçimi, nitelikleri ve hak ve yükümlülüklerine ilişkin temel ilkeler ve çerçeve kanun koyucu tarafından **aynı kanunda olmasa dahi diğer kanunlarda belirlenmiş ve çizilmiş olsun.**

⁴¹⁵ Kalın yazı tipine dönüştürme tarafımızca yapılmıştır.

⁴¹⁶ E.2012/102, K. 2012/207, T.27.12.2012, RG Tarih-Sayı: 02.04.2013-28606 mük.

Kanaatimizce karar, bir önceki kararın karşılığında belirtilen gerekçelerin derin izlerini taşımaktadır. Zira, kamu hizmeti ifadesine yer verilmekten dahi kaçınılmıştır. Bu kapsamda, Anayasanın 47 nci maddesi çerçevesinde bir değerlendirme yapılmamıştır. Denetimin, 4734 sayılı Kanun çerçevesinde bir danışmanlık hizmeti olduğu ve Borçlar Kanunu İle Ticaret Kanununda yeterli hükümlerin bulunduğu belirtilerek iptal istemi reddedilmiştir.

2.4.1.4. AYM'nin 22.05.2014 tarihli kararı

AYM'nin diğer kararı ise EPK'nın "(1) 11 inci maddenin onuncu fıkrası uyarınca Borsa İstanbul Anonim Şirketi tarafından işletilecek olan piyasalara ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri saklı olmak üzere, dağıtım şirketleri hariç elektrik piyasası faaliyetleri ile lisanssız faaliyet gösteren kişilerin bu Kanun kapsamındaki inceleme ve denetimi Kurum tarafından yapılır. Bu Kanun kapsamında tanımlanan elektrik dağıtım şirketlerinin denetimi ise Bakanlık tarafından yapılır. Bakanlık, elektrik dağıtım şirketlerinin denetimini, bu konuda ihtisas sahibi olan kamu kurum ve kuruluşlarıyla birlikte yapabilir veya bu kuruluşlara yetki devretmek suretiyle yaptırabilir. Bakanlığın ihtisas sahibi kamu kurum ve kuruluşlarından bu konuya ilişkin olarak yapacağı talepler süresinde karşılanır. Bakanlık tarafından düzenlenen veya karara bağlanan denetim raporları Kuruma bildirilir. Denetim raporu sonucuna göre gerekli yaptırım ve işlemler Kurul tarafından karara bağlanır.

(2) Bu Kanun ve su kullanım hakkı anlaşması çerçevesinde elektrik enerjisi üretmek maksadıyla yapılacak olan üretim tesislerinin su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılacak baraj, gölet ve regülatör gibi su yapılarının inşasının inceleme ve denetimi DSİ tarafından yapılır.

(3) **Bakanlık, Kurum ve DSİ bu Kanun kapsamındaki denetim yükümlülükleri ile ilgili olarak, sonuçları itibarıyla Bakanlık, Kurum ve DSİ açısından bağlayıcı olmayacak ve yaptırım içermeyecek şekilde inceleme, tespit ve raporlama yapmak üzere yetkilendirecekleri şirketlerden ilgili mevzuatına uygun bir şekilde hizmet satın alabilir. Bu şirketlerin nitelikleri, yetkilendirilmesi ve yetkili şirketlerle denetlenecek şirketlerin hak ve yükümlülükleri ile diğer usul ve esaslar ilgisine göre Bakanlık, Kurum ve DSİ**

tarafından çıkarılan yönetmeliklerle düzenlenir.” hükmünü amir olan 15 inci maddesinin üçüncü fıkrası hakkında verdiği iptal isteminin reddine ilişkin karardır.

Söz konusu kararda;

“Genel olarak kurum ve kuruluşların işlemlerinin ve bu işlemleri yapanların veya iktisadi faaliyet ve olaylarla ilgili olarak ileri sürülen iddiaların önceden belirlenmiş standartlara, ölçütlere ve kurallara uygun olup olmadığını tarafsızca kanıt toplayarak araştıran, değerlendiren ve ilgililere raporlayan sistematik bir süreç olarak tanımlanan denetim faaliyeti, başlı başına icrai sonuç doğuran bir işlem veya karar niteliğini haiz değildir. Denetim sonucu düzenlenen raporlar idari işlem kuramı uyarınca hazırlık işlemi niteliğinde olup bu raporların hazırlanması, denetlenen kişinin hukukunda değişiklik yaratmamaktadır. Asıl icrai işlem, denetim sonucunda yetkili makamlarca alınan cezai ve idari kararlar ile başvuru alan diğer hukuki tedbirlerdir. Bu nedenle kural olarak denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesi Anayasa'ya aykırı olmaz.

Dava konusu kuralla, Bakanlık, Kurum ve DSİ'nin Kanun kapsamındaki denetim yükümlülükleri ile ilgili olarak, her türlü denetimini yetkilendireceği denetim şirketlerine, hizmet satın almak suretiyle yaptırmasına olanak tanınmakla birlikte sonuçları itibarıyla anılan denetim raporlarının bağlayıcı olmayacağı ve yaptırım içermeyeceği ifade edilmiştir. Bu kapsamda düzenlenecek denetim raporlarının bildirilmesi üzerine denetim raporu dikkate alınarak gerekli yaptırım ve işlemlerin Bakanlık, Kurum ve DSİ tarafından karara bağlanacağı açıktır. Denetim sonucu Kanun'da öngörülen hukuki, cezai ve idari tedbirleri uygulama yetkisi Bakanlık, Kurum ve DSİ'de kalmaya devam ettiğinden, teknik destek sağlamaktan ibaret, hazırlık işlemi niteliğinde bir görev olduğu anlaşılan Kanun kapsamındaki denetim yükümlülükleri ile ilgili olarak denetim görevinin memur ve diğer kamu görevlisi niteliğinde olmayan üçüncü kişilere gördürülmesinde de Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Kanun'un 15. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde denetim şirketlerinin nitelikleri, yetkilendirilmesi, seçimi, yetkili denetim şirketleri ve denetime tabi şirketlerin hak ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esasların Bakanlık, Kurum ve DSİ tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüştür.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 48. maddesinde, denetim faaliyeti, danışmanlık hizmeti olarak kabul edilmiş ve bu suretle denetim faaliyetinin danışmanlık hizmeti satın alınması yoluyla üçüncü kişilere gördürülmesine olanak tanınmıştır. Bu bağlamda Bakanlığın, Kurumun ve DSİ'nin denetim şirketlerini yetkilendirmesi, 4734 sayılı Kanun çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Anılan Kanun'un 2. maddesine göre genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ve bağımsız bütçeli kuruluşların kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceği için Bakanlık,

Kurum ve DSI tarafından denetim hizmeti satın alınması da anılan Kanun hükümleri uyarınca yerine getirilecektir. Dolayısıyla denetim şirketlerinin niteliklerinin belirlenmesi, seçimi ve yetkilendirilmesinin, 4734 sayılı Kanun'da yer alan hükümler çerçevesinde gerçekleştirileceği anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan Bakanlık, Kurum ve DSI tarafından yetkilendirilecek şirketlerin 6102 sayılı Kanun'a göre kurulmuş şirketler olacaklarında kuşku bulunmamaktadır. Ayrıca Bakanlık, Kurum ve DSI'nin bu şirketlerden hizmet satın alması bir özel hukuk sözleşmesiyle olacağından, şirketlerin hak ve yükümlülükleri ile sözleşmeye aykırılık durumunda uygulanacak yaptırımlar, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 4734 sayılı Kanun ve 6102 sayılı Kanun hükümleri uyarınca belirlenecektir.

Konunun genel çerçevesi, 6098 sayılı Kanun, 4734 sayılı Kanun ve 6102 sayılı Kanun ile belirlendikten sonra denetim şirketlerinin nitelikleri, yetkilendirilmesi, seçimi, yetkili denetim şirketleri ve denetime tabi şirketlerin hak ve yükümlülükleriyle ilgili idari ve teknik ayrıntılara ilişkin usul ve esasların düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılması yasama yetkisinin devri anlamına gelmez.⁴¹⁷

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”⁴¹⁸

AYM'nin söz konusu kararından çıkarılacak sonuçlar:

- Elektrik dağıtım şirketlerinin denetimi başlı başına icrai sonuç doğuran bir işlem veya karar niteliğinde olmayan teknik destek sağlamaktan ibaret hazırlık işlemi niteliğinde bir görevdir.
- Kanunda yer almak kaydıyla denetim, hizmet satın alınarak özel sektöre yaptırılabilir, yeter ki denetim sonucu öngörülen hukuki, cezai ve idari tedbirleri uygulama yetkisi İdarede kalmaya devam etsin ve denetim şirketlerinin yetkilendirilmesi, seçimi, nitelikleri ve hak ve yükümlülüklerine ilişkin temel ilkeler ve çerçeve kanun koyucu tarafından aynı kanunda olmasa da diğer kanunlarda belirlensin ve çizilsin.

AYM'nin bir önceki kararıyla ilgili yapılan değerlendirmeler işbu karar için de geçerlidir.

⁴¹⁷ Kalın yazı tipine dönüştürme tarafımızca yapılmıştır.

⁴¹⁸ E.2013/65, K. 2014/93, T. 22.5.2014, RG Tarih-Sayı: 24.6.2015-29396

Sonuç olarak, AYM'nin iki yıl içerisindeki dört kararı, Yüksek Mahkemenin çelişkili kararlar verdiğini göstermekle birlikte birbiriyle uyumlu son iki kararında şu iki temel neticeye vardığı da söylenebilir:

- **Elektrik dağıtım şirketlerinin denetimi hazırlık işlemi niteliğini haizdir.**
- **Denetim, temel ilkeler ve çerçeve kanun koyucu tarafından çizilmek kaydıyla, özel sektöre yaptırılabilir.**

Elektrik dağıtım faaliyetinin denetiminin özel hukuk kişilerine yaptırılması hususunda AYM kararlarından bahsettikten sonra konuya ilişkin görüşlerimize aşağıdaki başlıkta değinilecektir.

2.4.2. Değerlendirme

Orak, ilk iki Yüksek Mahkeme kararında AYM'nin yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık nedeniyle iptal kararı verdiğini, oysa norm lehine davranma ilkesinin harekete geçirilebilmesinin mümkün olduğunu, diğer bir deyişle kanun değişikliklerinin anayasaya uygunluğu hususundaki değerlendirmeyi, değişikliklerin eklendiği kanunların “anlamı, içeriği ve amacı ile kurduğu sistem, dolayısıyla söz konusu sistemin dayandığı temel ilke ve esaslar ölçü alınarak” yapması gerekirken yapmadığını ifade etmektedir. Yazar, Mahkemenin daha önceki kararlarından yola çıkarak *“Anayasa Mahkemesi, özel kanunlar ile zaten asgari ve yeter ölçüde düzenlemeye tabi tutulan sektörlerle özgü idari düzenlemelerin yine bu özel kanunlar şemsiyesi altında değerlendirilmesi gerektiğini isabetle belirt(t)iğini)”*⁴¹⁹ de görüşlerine eklemektedir.

Norm lehine davranma ilkesinin uygulama alanından bahsedebilmek için hizmet alımına konu olan denetim faaliyeti hakkında, özel hukuk kişilerinden faydalanmaya imkan tanıyan kanun ile ve diğer kanunlardaki ilgili hükümlerin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede, öncelikle denetim sonucu öngörülen hukuki, cezai ve idari tedbirleri uygulama yetkisinin İdarede olduğuna ilişkin bir ifadenin varlığı; denetim

⁴¹⁹ Orak, a.g.m., 235.

şirketlerinin yetkilendirilmesi, seçimi, nitelikleri ve hak ve yükümlülüklerine ilişkin temel ilkeler ve çerçeve hakkında, sadece hizmet alımına izin veren kanunla sınırlı olmamak üzere, yasal hükümlerin bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir.

İlk olarak belirtmek gerekir ki EPK'nın

- “...Denetim raporu sonucuna göre gerekli yaptırım ve işlemler Kurul tarafından karara bağlanır.” hükmünü amir olan 15 inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi,
- “Kurul, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilere aşağıdaki yaptırım ve cezaları uygular:” hükmünü amir olan 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi,
- “Bir dağıtım bölgesinde lisansı kapsamında faaliyet gösteren dağıtım şirketinin, mevzuat ihlallerinin dağıtım faaliyetini Kurum tarafından hazırlanan yönetmelikte belirlenen usul ve esaslara uygun biçimde yerine getirmesini kabul edilemeyecek düzeyde aksattığının veya mevzuat ihlallerinin dağıtım faaliyetinin niteliğini ya da kalitesini kabul edilemeyecek düzeyde düşürdüğünün veya mevzuata aykırılıkları itiyat edindiğinin veya acze düşmesi ya da acze düşeceğinin Kurul kararıyla belirlenmesi durumunda aşağıdaki yaptırımlar ayrı ayrı veya birlikte uygulanabilir:” hükmünü amir olan 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrasının ilk cümlesi,
- “Kurum, tüketicilerin korunması ve piyasa faaliyetlerinin aksamaması için lisansların sona erdirilmesi veya iptali durumlarında gerekli tedbirleri alır.” hükmünü amir olan 5 inci maddesinin onbirinci fıkrası,

denetim sonucu öngörülen idari yaptırım ve tedbirleri uygulama yetkisinin EPDK’da olduğunu açıkça düzenlemektedir.

Diğer taraftan, 4734 sayılı Kanun’un 48 inci maddesi “Mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, her ölçekte imar planı, imar uygulama, ÇED raporu hazırlanması, plan, yazılım geliştirme, tasarım, teknik şartname hazırlanması, denetim ve kontrolörlük gibi teknik, mali, hukuki veya benzeri alanlardaki hizmetler, danışmanlık hizmet sunucularından alınır.

Danışmanlık hizmetleri, bu bölümde yer alan hükümlere uygun olarak sadece belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale edilir. (Değişik son cümle: 31/3/2012-6288/6 md.) Ancak yaklaşık maliyeti 13 üncü maddenin (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde hizmet alımları için öngörülen üst limit tutarının dört katının altında kalan danışmanlık hizmetleri, hizmet alımı ihalesiyle gerçekleştirilebilir.” hükmünü içermektedir. Söz konusu hüküm çerçevesinde denetim hizmetine ilişkin alımların kamu ihale mevzuatı çerçevesinde yapılabileceğini, dolayısıyla, denetim şirketlerinin seçiminin anılan kanuna tabi olduğunu, bu nedenle de hizmet alımı öngören kanunda bu hususun belirtilmesine gerek olmadığını düşündüğümüzü belirtelim. Ancak denetim hizmeti nitelikli bir kamu hizmetidir, diğer bir deyişle kendine özgü hususları olan bir hizmettir ve bu hizmetin her tür şirketten alınması mümkün olmamalıdır. Uzmanlık gerektiren bir hizmet olması nedeniyle -limit sınırı olmaksızın- belli istekliler arasında ihale usulünün uygulanması gerekir ki bu yönde kanunda ifade olması uygun olurdu.

Öte yandan, asıl önemli konu ise 4734 sayılı Kanunun kapsamının konumuza bakan yönü ile ilgilidir. Bilindiği üzere, 4734 sayılı Kanun “*kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde*” uygulanır. Anılan Kanun ihalelere ilişkin esas ve usulleri belirlemekte ve bu doğrultuda danışmanlık hizmet ihaleleri ile ilgili özel hükümler içermektedir. Ayrıca yasak fiil ve davranışları saymakta ve idari yaptırımları düzenlemektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere, Kanun kapsamında bir danışmanlık hizmeti alımı yapılabilmesi ve dolayısıyla da mezkur hükümlerin uygulanabilmesi için kamu kaynağının kullanılması gereklidir. Oysa, 05.07.2012 tarihli AYM kararına konu kanun değişikliğinde “masrafların ilgililer” tarafından (dağıtım şirketleri) karşılanacağı öngörülmektedir. Bu kapsamda, kamu kaynağının kullanılmaması nedeniyle yetkilendirilecek şirket seçiminin de 4734 sayılı Kanuna tabi olma zorunluluğu ortadan kalkmaktadır. Diğer bir deyişle şirket seçimi konusunda “kararın karşılığında” belirtildiği şekilde bir açıklıktan bahsetmek de mümkün değildir. Seçimle ilgili bu açıklığın olmaması aynı zamanda denetim şirketlerinin nitelikleri ile hak ve yükümlülüklerine ilişkin temel ilkeler ve çerçeve hakkında belirsizliğe yol açmaktadır. Bu minvalde, örneğin, yetkilendirilecek denetçilerin görevlerindeki kusur ya da diğer nedenler nedeniyle kendilerine uygulanacak yaptırımlar hususu

kanuni düzenlemeden yoksun hale gelmektedir. Dolayısıyla denetim hizmeti alımına ilişkin finansmanın idare ya da denetlenenler tarafından karşılanması değerlendirmelerimiz için mihenk taşı oluşturmaktadır. Bu anlamda, ikili ayrımda bulunulduğunda;

- **Denetim hizmeti satın alınacak şirketin finansmanın nasıl sağlanacağı hususunda kanun koyucunun susması halinde idarenin masrafları denetlenen dağıtım şirketlerinden alması mümkün değildir. Diğer bir deyişle İdare, hizmet alımına ilişkin ihaleyi kendisi yaptıktan sonra bedeli kendisi ödemeli ve denetlenen şirketten finansman sağlamamalıdır. Bu halde, 4734 sayılı Kanun kapsamına giren bir hizmet alımından bahsedilme zorunluluğu doğmakta, temel ilkeler ve çerçeve belli olduğundan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.**
- **Finansmanın denetlenen şirketlerden sağlanacağı hususunda kanunda hüküm bulunması halinde ise 4734 sayılı Kanunun uygulanması zorunluluğu ortadan kalktığından hizmet alımına ilişkin temel ilkelerin belirlenmemesi yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık teşkil edebilir.**

Değinilmesi gereken diğer bir nokta ise, idarenin, hizmet alımı konusunda bölge, süre, iş bazında bir ayrımda bulunarak ihale yapma hususunda serbest olup olmadığıdır. Diğer bir deyişle idare, örneğin dağıtım bölgeleri bazında mı yoksa tüm Türkiye çapında mı ihale yapacaktır; ihalenin kapsamı denetim konusu işe göre değişecek midir yoksa “elektrik piyasası mevzuatı çerçevesinde denetim” şeklinde genel mi olacaktır? **Kanaatimizce burada kanun koyucunun susması halinde dikkat edilmesi gereken en önemli olan husus denetim hizmeti alınırken tekelleşmeden kaçınmayı sağlamaktır.**⁴²⁰ Zira, Anayasanın 167 nci maddesinin birinci fıkrası “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.”

⁴²⁰ Tiryaki, a.g.m., 84.

hükmünü tazammun etmekte olup söz konusu hüküm çerçevesinde dağıtım faaliyetine ilişkin denetim hizmetinin tek bir şirkete imtiyaz verircesine ihale edilmesi mümkün değildir. Bu kapsamda da denetim hizmetinin özel sektöre gördürülmesine izin veren kanunda Anayasanın 167 nci maddesindeki yasağı içeren bir hükme yer verilmesine gerek olmamakla birlikte geçmiş yargı kararlarından- özellikle araç muayene hizmeti⁴²¹- yola çıktığımızda bu hususta bir ifadenin yer almaması da kanaatimizce belirsizliğe yol açmaktadır.

Netice itibariyle, kanun koyucunun denetçi şirketlerin finansmanının dağıtım şirketlerinden sağlanmasını öngörmesi ve / veya tekelleşmeyi önlemeye yönelik bir hükmün olmaması norm lehine davranma ilkesinin uygulanmasına engel teşkil etmekte ve giderek de yasama yetkisinin devredilmezliği ve belirlilik ilkelerine aykırılık oluşmaktadır.

Nitekim EPK'nın denetimle ilgili "*Bakanlık ve Kurum bu Kanun kapsamındaki denetim yükümlülükleri ile ilgili olarak, sonuçları itibarıyla Bakanlık ve Kurum açısından bağlayıcı olmayacak ve yaptırım içermeyecek şekilde inceleme, tespit ve raporlama yapmak üzere yetkilendirecekleri şirketlerden ilgili mevzuatına uygun bir şekilde hizmet satın alabilir. Bu şirketlerin nitelikleri, yetkilendirilmesi ve yetkili şirketlerle denetlenecek şirketlerin hak ve yükümlülükleri ile diğer usul ve esaslar ilgisine göre Bakanlık ve Kurum tarafından çıkarılan yönetmeliklerle düzenlenir.*" hükmünü amir olan 15 inci maddesinin üçüncü fıkrası bedel konusunda suskun kalmakta ve "ilgili mevzuatına uygun bir şekilde" hizmet alınacağını düzenlemek suretiyle yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından belirttiğimiz ilk çekinceyi gidermektedir.

⁴²¹ Konuya ilişkin yargı kararlarını ve eleştirileri içeren ayrıntılı değerlendirme için bkz. Çal, S. (2008). Araç Muayene Hizmetinin "Özelleştirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57 (2), 63-113.

2.5. İdari İşlemin Unsurları Açısından Elektrik Piyasasında Dağıtım Faaliyetinin Denetimi

EPK ve Elektrik Dağıtım Şirketleri Denetim Yönetmeliği⁴²² (Denetim Yönetmeliği) dağıtım şirketinin denetimi neticesinde denetim raporu hazırlanacağını ve hazırlanan raporun karara bağlanmak üzere EPDK'ya gönderileceğini öngörmektedir. Söz konusu rapor, bağlayıcı nitelikte olmayıp denetim faaliyeti neticesinde mevzuata aykırılıkları da kapsar şekilde elde edilen bulguları, tespitleri, değerlendirmeleri ve görüşleri içeren ve denetlenen dağıtım şirketi hakkında hukuki sonuç doğurmayan hazırlık işlemi niteliğindedir.⁴²³ Nitekim Denetim Yönetmeliği'nin 4 üncü maddesinde denetim raporu "*Denetim heyetinin denetim faaliyeti ve sonuçlarına ilişkin belirli formatta hazırladığı raporu,*" şeklinde tanımlanmaktadır.⁴²⁴ İdari işlem niteliğini haiz olmamakla beraber, rapora dayalı olarak EPDK tarafından idari yaptırım kararı tesis edilmesi halinde, nihai işlem olan idari yaptırım kararına karşı açılacak davada hukuka aykırılığının iddia edilmesi mümkündür. Diğer bir deyişle denetim faaliyeti neticesinde ETKB'nin hazırladığı rapor, nihai halkasını EPDK'nın idari yaptırım kararının teşkil ettiği ve birbirini takip eden bir dizi işlemler bütünü'nün başlangıç halkasını oluşturur. Zincir işlemler nitelendirmesiyle doktrinde adlandırılan bu işlemler, nihai sonuca ulaşmak amacıyla aralarında hukuki bağ olan ve birbirini takip eden bir dizi işlem şeklinde tanımlanmaktadır.⁴²⁵ İşte, idari işlem niteliğini haiz bulunmamakla birlikte idarenin bir işlemi olması ve nihai işlem kimliğindeki idari yaptırım kararına karşı açılan davada irdelenmek durumunda kalınabilecek olunması nedeniyle işbu başlık altında denetim raporu yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları bakımından incelenmektedir.

⁴²² RG Tarih-Sayı: 02.12.2017-30258; anılan Yönetmelikle, 13.04.2013 tarihli ve 28617 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Elektrik Dağıtım Şirketlerinin Faaliyetlerinin İncelenmesi Ve Denetlenmesine Dair Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴²³ Hukuki etki kriteri ve icrai nitelikte olmayan işlemlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gündüz, M. (2016), *Türk İdare Hukukunda İcrai Nitelikte Olmayan İşlemler*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara; Yılmaz, D. (2014). *İdari İşlemin İcrailik Özelliği*, Ankara: Astana Yayınları, 65 v.d.

⁴²⁴ Oysa, mülga Yönetmelikte herhangi bir tanıma yer verilmemiştir.

⁴²⁵ Erkut, C. (1990). *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara: Danıştay Matbaası, 122; Sezginer, M. (2000). *İptal Davasının Uygulanma Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 56-57.

2.5.1. Yetki

İdari işlemin unsuru olarak yetki, idari işlemin hangi makam tarafından yapılacağıyla ilgili⁴²⁶ bir kavram olup kamu düzenine ilişkindir.⁴²⁷ İdare hukuku alanında işlem yapma ya da eylemde bulunabilmek için belirli kişi, kurul, organ ve makamların anayasa ve yasalarla yetkili kılınmış olması gerekir.⁴²⁸

Bir idari işlemin hukuka uygunluğundan bahsedebilmek için söz konusu işlemin kişi, konu, yer ve zaman bakımlarından yetki hususlarında sağlıklı bir işlem olması gerekir. Kişi bakımından yetki, kanuni idare ilkesinin bir gereği olarak idari işlemin kanunla belirlenmiş kişi ya da kurul tarafından yapılmasını⁴²⁹; konu bakımından yetki, idari makamın idari işlemi tesis etmeye yetkilendirildiği konuyu⁴³⁰; yer bakımından yetki, idari makamın konu itibarıyla sahip olduğu yetkiyi kullanabileceği coğrafi alanı⁴³¹; zaman bakımından yetki, idari makamların yetkilendirildikleri konuda işlem tesis edebilecekleri süreyi ifade eder.⁴³²

Bir idari makamın diğer bir idari makamın ya da işlem yapıcısının yetkisindeki işlemi tesis etmesi idari işlemi sakat kılar. Bu sakatlık hali, doktrinde yetki tecavüzü olarak adlandırılmaktadır.⁴³³

2.5.1.1. Denetim Konusunda Yetkili Makam

Doktrinde ve yargı kararlarında kamu düzenine ilişkin olduğu belirtilen yetki hususu, EPK'nın iki hükmüyle ilgili sıkça tartışılmaktadır. Zira, EPK, elektrik

⁴²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ulu, G. (2011). *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 56-60.

⁴²⁷ Foillard, a.g.e.,177; Atay, *İdare Hukuku*, 465; “Yetki kurallarının, dar ve özel anlamda kamu düzenine ilişkin hükümlerden olduğu, idari işlemlerin en önemli unsurları arasında yer aldığı, yetki unsurundaki sakatlıkların sonradan verilecek onay ya da izinle giderilemeyeceği, bu nedenle idarenin yetki kurallarına sıkı bir şekilde uymak zorunda bulunduğu ve yetki kurallarının dar yorum ve uygulama yöntemlerine bağlı tutulması gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindendir.” Bkz. D. 2.D. 24.01.2013 gün ve E:2011/7505, K:2013/205 (aktaran: Erdoğan, U. (2016). *Yargı Kararları Işığında İdare Hukukunda Yetki Devri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 23).

⁴²⁸ Atay, *İdare Hukuku*, 465.

⁴²⁹ Atay, *İdare Hukuku*, 467.

⁴³⁰ Ulu, a.g.e., 160.

⁴³¹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 397.

⁴³² Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 398.

⁴³³ Bkz. Ulu, a.g.e., 312.

dağıtım şirketlerinin denetimine ilişkin olarak iki ayrı hüküm barındırmaktadır. Kanunun 9 uncu maddesinin altıncı fıkrası “...Kurum dağıtım faaliyetlerini yönlendirir, izler ve denetler....” hükmünü içermekte iken aynı Kanunun 15 inci maddesinin birinci fıkrası “...Bu Kanun kapsamında tanımlanan elektrik dağıtım şirketlerinin denetimi ise Bakanlık tarafından yapılır.” hükmünü tazammun etmektedir.

Yukarıda anılan iki hüküm çerçevesinde birçok tartışma yaşanmış dağıtım şirketlerinin denetimi konusunda yetkinin Bakanlıkta mı yoksa EPDK’da mı olduğu hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.⁴³⁴

Kanunda yer alan söz konusu hükümler, EPDK ve ETKB tarafından çıkarılan alt düzenleyici işlemlere nasıl yansımıştır?

Lisans Yönetmeliği’nin 54 üncü maddesinin üçüncü fıkrası “(3) Kanun kapsamında tanımlanan elektrik dağıtım şirketlerinin ilgili mevzuat kapsamındaki faaliyetleri ile uygulamalarının periyodik inceleme ve denetimi, Bakanlık tarafından yapılır. Ancak, periyodik inceleme ve denetim dışında, Kurum tarafından gerekli görülmesi halinde, Kanunun 9 uncu ve 16 ncı maddeleri çerçevesinde, dağıtım şirketlerinin ilgili mevzuat kapsamındaki faaliyetleri ile uygulamalarının inceleme ve denetimi, Kurum tarafından yapılabilir.” hükmünü,

Elektrik Piyasasında Dağıtım Ve Tedarik Lisanslarına İlişkin Tedbirler Yönetmeliği⁴³⁵ (Tedbirler Yönetmeliği)’nin 6 ncı maddesi ise “(1) Başkan, resen ya da Daire Başkanının talebi üzerine, 5 inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen hususların gerçekleşip gerçekleşmediğinin veya gerçekleşebileceğinin araştırılması için inceleme yapılmak üzere Daire’yi görevlendirir. İnceleme, Kurum personeli vasıtasıyla yürütülür. İhtiyaç duyulması halinde diğer kamu kurum veya kuruluşlarından, yapılacak incelemede görevlendirilmek üzere personel talep edilebilir.

⁴³⁴ Örneğin Camadan, Kanunun iki hükmünün açıkça çeliştiğini belirterek kanun değişikliği yapılması gerektiği görüşündedir. Bkz. Camadan, E. (2013). “6446 Sayılı Elektrik Piyasası Kanununda Elektrik Dağıtım Şirketlerinin Denetimi Üzerine Bir Yorum”, *Enerji Piyasası Bülteni*, (27-28), 56-59.

⁴³⁵ RG Tarih-Sayı: 02.08.2013-28726.

.....

(4) *Bu madde kapsamında yürütülecek olan soruşturmanın sonuçlanmasına kadar, hizmetin durdurulmasına yol açabilecek herhangi bir durumla karşılaşılması veya kaynak ya da varlık aktarımı gibi telafisi imkansız bir durumla karşılaşılması riskinin tespit edilmesi halinde, durum rapora bağlanır ve söz konusu rapor ivedilikle Kurula sunulur. Kurul tarafından, soruşturmanın sonuçlanmasına kadar geçici olarak her türlü tedbir alınmasına karar verilebilir.*” hükmünü,

Denetim Yönetmeliği’nin 5 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkraları “(1) *Şirketlerin periyodik olarak denetimi belirli sürelerde, belirlenmiş konularda ve yılda en az bir kez yapılır.*

(2) *Gerek görülmesi durumlarında veya başvuru üzerine kısmi denetimler yapılabilir.*” hükmünü ve aynı Yönetmeliğin 7 nci maddesinin birinci fıkrası “(1) *Şirketlerin denetimi yetkisi Bakanlığa aittir....*” hükmünü,

içermektedir.⁴³⁶

Anayasanın 124 üncü maddesi⁴³⁷ gereğince yönetmelikler, kanunların uygulanmasını sağlamak ve göstermek üzere çıkarılırlar. İdari işlem olmaları hasebiyle de hukuka uygunluk karinesinden faydalanırlar. Bu kapsamda, yukarıda sayılan ikincil mevzuattaki hükümler incelendiğinde çıkan sonuçları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Genel sonuç: Elektrik dağıtım şirketlerinin denetimi konusunda ETKB ve EPDK ayrı ayrı yetkilidir. Zira hem ETKB hem EPDK ikincil mevzuatta kendini yetkili gören hükümlere yer vermiştir.
- Alt sonuçlar: 1) Elektrik dağıtım şirketlerinin periyodik denetimi konusunda ETKB yetkilidir.

⁴³⁶ Mülga Denetim Tebliği’nin 25 inci maddesinin birinci fıkrası “ (1) *Bakanlık tarafından EPDK’ya gönderilen inceleme ve denetim raporu makul bir süre içerisinde EPDK tarafından ilgili mevzuat kapsamında değerlendirilerek sonuçlandırılır. Raporun sonuçlandırılmasına ilişkin olarak ilave incelemeye gerek görülmesi halinde, bu inceleme EPDK tarafından ayrıca gerçekleştirilir.*” hükmünü içermektedir.

⁴³⁷ Madde 124 – (1) Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.

2) Elektrik dağıtım şirketlerinin periyodik olmayan kısmi denetimi konusunda ETKB yetkilidir.

3) EPDK, elektrik dağıtım şirketlerini her zaman inceleyebilir ve denetleyebilir.⁴³⁸

Netice itibarıyla ikincil mevzuatta yer alan hükümler çerçevesinde elektrik dağıtım şirketlerini inceleme ve denetim konusunda, Bakanlık ve EPDK'nın, ayrı ayrı yetkili olduklarını hüküm altına aldıkları görülmektedir. Nitekim uygulamada dağıtım şirketlerinin yıllık denetimleri ile kısmi denetimleri Bakanlık tarafından yapılmakta, bununla birlikte EPDK da konu bazlı denetimlerde bulunmakta ve raporlar hazırlamaktadır.

EPK'ya esas teşkil eden Elektrik Piyasası Kanunu Tasarısı'nın⁴³⁹ 9 uncu maddesinin yedinci fıkrası *“Dağıtım hizmetinin bu Kanunda öngörülen nitelikte verilmesini sağlayacak yatırımların yapılması esastır. Kurum dağıtım faaliyetlerini yönlendirir, izler ve denetler. Kurul tarafından onaylanmış yatırımlar, belirlenen sürede ve nitelikte gerçekleştirilmediği takdirde 16 ncı madde hükümleri uygulanır.”* hükmünü içermektedir. Anılan hükmün gerekçesini ise *“Yedinci fıkra ile, dağıtım hizmetinin sağlıklı olarak verilmesinin devamını temin etmek üzere en önemli şartlardan biri olan dağıtım yatırımlarının yapılması garanti altına alınmaya çalışılmış, onaylı yatırımların yapılmaması yaptırım gerektiren durum olarak düzenlenmiştir.”* ifadeleri teşkil etmektedir. Tasarının 15 inci maddesi ise *“(1) 11 inci maddenin onuncu fıkrası uyarınca ilgili piyasaların işleticisi olan İstanbul Menkul Kıymetler Borsasına ilişkin düzenlemeler saklı olmak üzere, elektrik piyasası faaliyetleri ile lisanssız faaliyet gösteren kişilerin bu Kanun kapsamındaki inceleme ve denetimi, denetim hizmeti masrafları ilgililerine ait olmak üzere Kurum tarafından yapılır. Bu Kanun kapsamında tanımlanan elektrik dağıtım şirketlerinin her türlü denetimi, denetim hizmeti masrafları ilgililerine ait olmak üzere Bakanlık tarafından yapılır. Bakanlık elektrik dağıtım şirketlerinin denetimini, bu konuda ihtisas sahibi olan kamu kurum ve kuruluşlarına yetki devri suretiyle yaptırabilir.*

⁴³⁸ Çınar, H. Y. (2014). “Elektrik Dağıtım Şirketlerini İnceleme ve Denetleme Yetkisi”, *Enerji Piyasası Bülteni*, (36), 11-12.

⁴³⁹ Tasarı metni, Tasarının görüşüldüğü bileşimler ve havale edilen komisyonların raporları için bkz İnternet: https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.durumu?kanun_no=6446 adresinden 01.09.2016 tarihinde alınmıştır.

Bakanlık ve Kurum denetim yükümlülükleri ile ilgili olarak, bağlayıcı olmayacak şekilde inceleme, tespit ve raporlama yapmak üzere yetkilendirecekleri şirketlerden hizmet satın alabilir.” hükmünü içermektedir. Hükmün gerekçesi ise “Madde ile, Kurum, Bakanlık ve DSİ tarafından yapılacak denetimin usul ve esasları düzenlenmiştir” şeklinde ifade edilmiştir.

Tasarının havale edildiği Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporunda *“Dağıtım yatırımların gerçekleştirilmemesi halinde uygulanacak yaptırımlar konusunda (6) ve (7) numaralı fıkralarda öngörülen düzenlemeler arasındaki çelişkinin giderilmesi ve uygulanacak yaptırımlar hakkında hukuki belirliliğin sağlanması amacıyla (6) numaralı fıkrasının değiştirilmesi, (6) numaralı fıkra yapılan değişiklik doğrultusunda (7) numaralı fıkrasının madde metninden çıkarılması ve diğer fıkraların teselsül ettirilmesi,”* gerekçesi gösterilerek nihai metin *“(6) 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde yapılan özelleştirme sonrası elektrik dağıtım tesislerinin iyileştirilmesi, güçlendirilmesi ve genişletilmesi için yapılan yatırımların mülkiyeti kamuya aittir. Özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım planlaması ve uygulamasında onay ve değişiklik yetkisi Kurula aittir. Dağıtım hizmetinin bu Kanunda öngörülen nitelikte verilmesini sağlayacak yatırımların yapılması esastır. Kurum dağıtım faaliyetlerini yönlendirir, izler ve denetler. Kurul tarafından onaylanmış yatırımlar, belirlenen sürede ve nitelikte gerçekleştirilmediği takdirde 16 ncı madde hükümleri uygulanır” şeklinde kabul edilmiştir.”* ifadelerine yer verilmiştir.⁴⁴⁰

4628 sayılı Kanun’un 2 nci maddesinin dördüncü fıkrasının (c) bendinin sekizinci paragrafı *“4046 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan özelleştirme sonrası elektrik dağıtım tesislerinin iyileştirilmesi, güçlendirilmesi ve genişletilmesi için yapılan yatırımların mülkiyeti kamuya aittir. Özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım plânlaması ve uygulamasında onay ve değişiklik yetkisi Kurula aittir. Kurul, hizmetin verilmesini sağlayacak yatırımların teklif edilmemesi halinde talep eder ve onaylanmış yatırımlar gerçekleştirilmediği*

⁴⁴⁰ İnternet: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss426.pdf> adresinden 01.09.2016 tarihinde alınmıştır.

takdirde lisans iptal edilerek yeniden ihale yapılır. Kanun kapsamında tanımlanan elektrik dağıtım şirketlerinin her türlü denetimi Bakanlık tarafından yapılır. Bakanlık bu denetimi bu konuda ihtisas sahibi olan kamu kurum ve kuruluşlarına yetki devri suretiyle veya yetkilendireceği denetim şirketlerine hizmet satın almak suretiyle yaptırabilir. Bu kapsamda düzenlenecek denetim raporları Kuruma bildirilir. Denetim raporu sonucuna göre gerekli yaptırım ve işlemler Kurul tarafından karara bağlanır. Denetim şirketlerinin nitelikleri, yetkilendirilmesi, seçimi, yetkili denetim şirketleri ve denetime tabi şirketlerin hak ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir”⁴⁴¹ hükmüne yer vermek suretiyle dağıtım şirketlerinin denetiminin Bakanlık tarafından yapılacağını öngörmüştür. Söz konusu madde 04.07.2012 tarihli ve 6353 sayılı Kanun değişikliği ile yukarıda belirtilen hale gelmiştir. Söz konusu kanun değişikliğine esas kanun teklifinin gerekçesinde;

“4046 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan özelleştirme sonrası elektrik dağıtım şirketlerinin sayısı artmış ve görev alanları genişlemiştir. Bu şirketlerin yatırım ve işletme faaliyetleri açısından denetlenmesi konusunda bir boşluk olduğu, geçen süre zarfındaki bir takım uygulamalar; sokak ve caddelerin aydınlatma bedellerinin ödenmesinde yaşanan sorunlar ile dağıtım bölgelerinden gelen tüketici şikâyetlerinden anlaşılmaktadır. Elektrik Dağıtım Şirketleri yatırım harcamalarını EPDK’nın belirlediği tarifeler ile vatandaşın doğrudan toplamaktadırlar. Bu durum bu şirketlerin dolaylı olarak kamu kaynağı kullandığı anlamına gelmektedir. Elektrik Dağıtım Şirketlerinin 2011 yılı ile başlayan 5 yıllık süre içerisinde 20 milyar TL’nin üzerinde işletme ve yatırım bütçelerinin olacağı tahmin edilmektedir. Söz konusu bu harcamaların, gerçek ihtiyaçlar çerçevesinde ve teknik açıdan yeterli seviyede yapıp yapılmadığı büyük önem arz etmektedir. Yatırım maliyetlerinin gerçekçi oluşması ve batık maliyetlere sebebiyet verilerek dolaylı kamu zararının önüne geçilmesi açısından zamanında etkin, verimli ve gereğince denetim yapılması amacıyla Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının müdahil olması gerektiği değerlendirilmektedir. Ayrıca, 3154 sayılı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 2/D maddesinde belirtilen “Kamu ihtiyaç, güvenlik ve yararına uygun olarak enerji ve tabii kaynaklar ile enerjinin üretim, iletim, dağıtım, tesislerinin etüt, kuruluş, işletme ve devam ettirme hizmetlerinin genel politikasını tespit çalışmalarının koordinasyonunu temin etmek ve denetlemek,” hükmüne de paralellik arz etmesi bakımından söz konusu denetim sürecinin Bakanlık kontrolünde yapılması sağlanmaktadır.”

ifadelerine yer verilmiştir.

⁴⁴¹ İnternet: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4628-20130213.pdf>
01.09.2016 tarihinde alınmıştır.

Kanun teklifinin görüldüğü komisyonda söz konusu maddeye ilişkin olarak EPDK ile ETKB'nin denetleyeceği tüzel kişiliklerin aynı olduğu göz önünde bulundurulduğunda ETKB'ye de denetim yetkisinin verilmesinin, dağıtım şirketlerinin denetimi açısından karışıklığa yol açabileceği şeklinde eleştiriler dile getirilmiştir. Anılan eleştirilere; ***“Elektrik dağıtım işlerinin denetiminin EPDK'nın elinden alınmamakla birlikte özelleştirilen enerji dağıtım şirketlerinin denetimine ilişkin sıkıntılar yaşanabileceğinin düşünülmesi nedeniyle Bakanlığa denetim yetkisi verilmesine ihtiyaç duyulduğu, Bakanlığın bu yetkisini EPDK üzerinden veya denetim şirketlerinden hizmet almak suretiyle daha etkin ve verimli şekilde yerine getireceği”***⁴⁴² şeklinde cevap verilmiş ve madde aynen kabul edilmiştir.⁴⁴³

Görüldüğü üzere, kanun hükümlerini tarihsel yoruma tabi tuttuğumuzda dağıtım faaliyetinin denetimiyle yetkili idare konusunda bir sonuca ulaşmak mümkün görünmemektedir. Hatta yukarıdaki paragrafta verilen bilgilerden yola çıktığımızda çelişki daha da derinleşmektedir. Zira bir yandan “EPDK'nın elinden” denetim yetkisinin alınmadığı ifade edilirken diğer taraftan, Bakanlığın denetim yetkisini EPDK üzerinden kullanacağı belirtilmektedir. Madde metninde ise EPK'nın 9 uncu maddesinin altıncı fıkrası benzeri bir hükmün olmadığını da eklemek gerekir. 4628 sayılı Kanununda, EPK'nın 9 uncu maddesinin altıncı fıkrasındaki ifadenin bir benzerinin bulunmaması ve fakat EPK'da böyle bir ifadeye yer verilmesi, Bakanlıkla birlikte EPDK'ya da denetim yetkisinin verildiğine delil olarak gösterilebilir.

Her iki hükmün EPK'daki yerine baktığımızda 15 inci madde, 9 uncu maddeyi adeta düzeltiyor gibidir. Ayrıca lafzi yoruma tabi tuttuğumuzda her iki madde birbiri ile çelişiyor gözükmemektedir. Zira 15 inci maddede açıkça dağıtım şirketleri hariç denetim yetkisinin EPDK'da olduğu belirtilmekte iken 9 uncu maddede ise EPDK'nın dağıtım faaliyetini de denetleyeceği açıkça belirtilmektedir.

⁴⁴² Kalın yazı tipine dönüştürme tarafımızca yapılmıştır.

⁴⁴³ İnternet: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss302.pdf> adresinden 01.09.2016 tarihinde alınmıştır.

Öte yandan, idare hukukunda yetkiler, anayasal ve kanuni dayanak gerektirmeleri nedeniyle verilmiş yetkililerdir. İstisnai nitelikleri nedeniyle de dar yoruma tabi tutulurlar.⁴⁴⁴ Ancak EPK'da, yetki veren tek bir hüküm söz konusu olmayıp iki farklı hükümle ETKB ve EPDK'ya ayrı ayrı yetki verilmiştir.

Karayalçın'a göre iki hükmün birbiriyle çelişmesi halinde anılan hükümlerin birbirini yok ettiğinin kabul edilmesi ve kanun boşluğu bulunduğundan hareketle de Medeni Kanunun 1 inci maddesine dayanarak yeni bir kural koyulması gerekmektedir.⁴⁴⁵ Gözler'e göre ise böyle bir boşluğun bulunması halinde kamu hukukunda hakimin hukuk yaratması mümkün olmadığından hakim karar vermez, mevcut durum olduğu gibi bırakılır.⁴⁴⁶

Kanaatimizce, konuya ilişkin olarak her bir hukuk kuralının münferiden anlamlandırılmasından ziyade, tüm hukuk kurallarının tutarlı bir bütün oluşturacak şekilde yorumlanmasını öneren sistematik yorum yapılması gerektiği düşünülmelidir.⁴⁴⁷ Ayrıca, söz konusu hükümler ile anılan hükümlerin yer aldığı EPK'nın amacı, zamanın ihtiyaçları ve devrin telakkileri göz önünde tutulmalı, EPK, uygulandığı zamanın ihtiyaçlarına göre yorumlanmalıdır.^{448, 449} Dolayısıyla,

⁴⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ulu, a.g.e., 186.

⁴⁴⁵ Karayalçın, Y. (1994). *Hukukta Öğretim, Kaynaklar, Metod* (4. Baskı) Ankara: BTHAE, 115.

⁴⁴⁶ Gözler, K. (2013). *Hukuka Giriş* (10. Baskı), Bursa: Ekin Yayınevi, 351-353; Sözer ise çatışma halinde özel kural-genel kural ölçüsünün uygulanmasını, sorun çözülmiyorsa her iki hükmün birbirini yok ettiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Sözer, A. N. (2013). *Hukukta Yöntembilim* (4. Baskı), İstanbul: Beta Yayınevi, 122.

⁴⁴⁷ Anılan yorum yöntemine ilişkin olarak bkz. Gözler, K. (1998). *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara: Us-A Yayıncılık, 169; Atay, E. E. (2016). *Hukuk Başlangıcı* (4. Baskı), Ankara: Gazi Kitabevi, 252-254; Demir, A. (2012). "Hukukta Yorumda Kullanılan Külli Kaideler (Genel Hukuk Prensipleri, Legal Maxim)", *Hukuk Biliminin Güncel Sorunları 3. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı*. Abdulhakimoğulları, E., Yolçiyev, M., Şahinkaya, Y. (Editörler), c.1, Ankara: Adalet Yayınevi, s.180-181; Anayurt'a göre sözel, tarihsel ve amaçsal yorum yöntemleriyle birlikte yoruma konu olan kuralın yalnızca içinde yer aldığı hukuk kurallarıyla değil, bu kuralla ilgisi bulunan diğer hukuk kurallarıyla da bağlantısını kurmak gerekmektedir. Bkz. Anayurt, Ö. (2012). *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları* (12. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 235-240.

⁴⁴⁸ Aybay, A., Aybay, R. (2012). *Hukuka Giriş* (8. Baskı), İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 310; Atay, *Hukuk Başlangıcı*, 251; Güriz, A. (2013). *Hukuk Başlangıcı* (15. Baskı), Ankara: Siyasal Kitabevi, 67-68; Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği Ve Yorumu Sorunu*, 171, Gözübüyük yorumun başarılı olması için lafzi, tarihsel ve amaçsal yorum yöntemlerinin hepsinden faydalanılması gerektiğini belirtmekte ve bunu karma yorum olarak adlandırmaktadır. Bkz. Gözübüyük, Ş. A. (2012). *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları* (34. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, 76; aynı yönde Aydın, N. (2009). *Hukuka Giriş* (2. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, 133; Deryal, Y. (2011). *Hukukun Temel Kavramları (Hukuka Giriş)* (7. Baskı), Trabzon: Derya Kitabevi, 78-79.

⁴⁴⁹ Amaca uygun yorum yönteminin sosyolojik yoruma gereksinim duyduğu belirtilerek normun sosyolojik arka planının tebarüz ettirilmesi, bunun için de hukuk normunun oluşmasında hangi

anılan hükümlerin, EPK'nın amacı, uygulanma zamanı ve kanunun diğer hükümleri ile kanuna dayalı kurulan elektrik piyasasının genel yapısı göz önünde bulundurulmak suretiyle anılan yapı içerisinde tutarlı bir bütün oluşturacak şekilde tefsir edilmeleri gerektiği değerlendirilmektedir.

Bu çerçevede, dağıtım şirketlerinin denetimi hususunda EPDK ve ETKB'nin birlikte yetkili olduğu düşünülmektedir. ETKB'nin yetkisi, dağıtım şirketlerinin Kanun ve ikincil mevzuattaki tüm periyodik diğer bir deyişle rutin ve genel denetimiyle sınırlıdır. EPDK ise periyodik ve genel inceleme ve denetim yapmakla yükümlü olmayıp ETKB'den gelen raporlar hakkında tekrar inceleme ve denetim ihtiyacı doğduğunda bu inceleme ve denetimleri yapabilir. Diğer bir deyişle ETKB'den kuruma intikal eden raporların eksik, yetersiz olduğu ya da diğer bir gerekçeyle denetim yapılması ihtiyacı doğduğunda bu ihtiyaca binaen denetim yapılması hususunda tartışmaları engellemek için EPDK'ya da denetim yetkisi verilmiştir. Nitekim AYM'nin önceki sayfalarda yer verilen kararlarında görüldüğü üzere denetimin tekrarlanabilirliği hususunun da yetki veren kanunda yer alması gerektiği belirtilmiştir.

Öte yandan, EPK'nın 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendi *“Lisans sahibi tüzel kişiler; tesislerini, yasal defter ve kayıtlarını Kurum denetimine hazır bulundurmak, Kurum tarafından talep edildiğinde denetime açmak ve Kurumun faaliyetlerini yerine getirebilmesi için ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi zamanında, tam ve doğru olarak Kuruma vermek zorundadır.”* hükmünü ve Teşkilat Kanunu'nun Kurulun görevlerini sayan 5 inci maddesinin yedinci fıkrasının (t) bendi *“Bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, konusuna ilişkin olarak gerekli gördüğü her türlü bilgi ve belgeyi, tüm kamu ve özel kuruluşlardan ve kişilerden istemek ve/veya yerinde incelemek.”* hükmünü içermektedir. Anılan hükümler, lisans türleri arasında ayırım yapmaksızın EPDK'ya bilgi-belge talep etme, inceleme ve denetim yapma yetkisi vermektedir. Üstelik - üçüncü bölümde ayrıntılı olarak işleneceği üzere- lisansı sahiplerinin anılan hükümlere aykırı davranışları EPK'nın 16 ncı maddesiyle idari yaptırıma tabi

tutulmuştur. Dolayısıyla, EPDK'ya bütün lisanslar kapsamında inceleme ve denetim yetkisi tanınarak yetkinin kullanılmasına engel olunması halinde idari yaptırım öngörülmesi, dağıtım şirketlerini denetleme konusunda da EPDK'nın yetkili olduğuna delil teşkil etmektedir.

Diğer taraftan, EPK'da ve Teşkilat Kanunu'nda bazı konularda EPDK'ya da inceleme ve denetim yetkisi verildiğinden söz konusu hususlarda ayrıca inceleme ve denetim yetkisine sahip olduğunu vurgulamak adına da 9 uncu maddeye yer verildiği savlanabilir. Öte yandan, genel kapsamda olmayan münferit konularda inceleme ve denetim ihtiyacının hasıl olduğu durumlarda, inceleme ve denetim talebinin ETKB'ye intikal etmesi ve ETKB'nin denetim yapması, rapor hazırlamasını beklemeksizin EPDK'nın konu hakkında işlem tesis etmesini sağlamak adına da EPDK'ya bu yetki verilmiş olabilir. Zira, elektrik piyasasında tüm piyasayı izleyen, gözetleyen özel kolluk makamı olan EPDK'nın inceleme ve denetim yetkisi olmaksızın kolluk görevini yapması mümkün değildir. Ayrıca tedbir ya da yaptırım uygulanmasını gerektiren acil hallerin varlığı halinde, diğer bir deyişle kamu düzeninin varlığını tehdit eden hususların bulunması durumunda konunun Bakanlığa intikal ettirilerek rapor hazırlanmasının beklenmesi kolluk faaliyetinin özüyle çelişir.

Yukarıda yer verilen gerekçelerimize dayanak olarak gösterilebilecek örneklere aşağıda yer verilmektedir:

Örneğin Teşkilat Kanunu'nun 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi;
“Kurumun hizmet birimleri ile görev ve yetkileri şunlardır:

a) Elektrik Piyasası Dairesi Başkanlığı: Bu Kanun ve diğer kanunlarla Kuruma verilen elektrik piyasası ile ilgili düzenleme, rekabet şartlarını oluşturma, tüketici haklarının korunması ile tüketici şikâyetlerinin incelenmesi çalışmalarını yapmak, her türlü lisans, sertifika, izin ve belgelendirmeye ilişkin iş ve işlemleri yürütmek.” hükmünü içermektedir. Söz konusu hüküm çerçevesinde Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliğinin 18 inci maddesinin ilk üç fıkrası ise;

“MADDE 18 – (1) Arıza bildirimleri ile kaçak ve usulsüz elektrik enerjisi kullanım ihbarları şahsen, telefonla veya internet aracılığıyla yapılabilir. Bunların

dışındaki başvurular, ilgili tüzel kişinin tüketici hizmetleri merkezine internet aracılığıyla veya yazılı olarak yapılır.

(2) Tüketici hizmetleri merkezi tarafından kaydedilen başvurular, onbeş iş günü içerisinde sonuçlandırılarak öngörülen işlem, başvuru sahibinin talebine uygun olarak; telefon veya internet aracılığıyla ya da yazılı olarak bildirilir.

(3) Tüketici hizmetleri merkezine yapılan başvuruya ilişkin olarak, ilgili tüzel kişi tarafından öngörülen işlem hakkında başvuru sahibi ile ilgili tüzel kişi arasında bir anlaşmazlığın söz konusu olması halinde; başvuru sahibi tarafından Kuruma, ancak öngörülen işlemin ilgili mevzuata aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla başvurulabilir. Kurum, gerekli gördüğü hallerde inceleme yapar veya yaptırır.

.....”

hükmünü amirdir.

Görüldüğü üzere, EPDK'ya tüketici şikayetlerini incelemeye ilişkin verilen görevin tam olarak yerine getirilebilmesi için saha inceleme ve denetimlerine ihtiyaç vardır. Zira tüketici şikayetlerinin bir çoğu belge üzerinde inceleme yapılması ile anlaşılabilir ve çözülebilecek nitelikte değildir. Örneğin, dağıtım şirketinin kaçak uygulamaları ya da bağlantı başvuruları hakkındaki işlemlerine ilişkin şikayet ya da itirazların yerinde inceleme ve denetim yapılmadan çözümlenmesi mümkün olmayabilmektedir. Ayrıca bir konuda tüketici şikayetlerinde yoğunlaşma olması halinde her tüketici şikayeti ile münferiden ilgilenmek yerine, yerinde yapılacak inceleme ve denetimle şikayetleri çözmek de icap edebilmektedir.

Diğer taraftan, dağıtım şirketlerine özgü bir hüküm olan EPK'nın 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrası *“(3) Bir dağıtım bölgesinde lisansı kapsamında faaliyet gösteren dağıtım şirketinin, mevzuat ihlallerinin dağıtım faaliyetini Kurum tarafından hazırlanan yönetmelikte belirlenen usul ve esaslara uygun biçimde yerine getirmesini kabul edilemeyecek düzeyde aksattığının veya mevzuat ihlallerinin dağıtım faaliyetinin niteliğini ya da kalitesini kabul edilemeyecek düzeyde düşürdüğünün veya mevzuata aykırılıkları itiyat edildiğinin veya acze düşmesi ya da acze düşeceğinin Kurul kararıyla belirlenmesi durumunda aşağıdaki yaptırımlar ayrı ayrı veya birlikte uygulanabilir.”* hükmünü içermektedir.

Söz konusu hüküm çerçevesinde dağıtım şirketlerine yaptırım uygulanıp uygulanmaması hususunun bahis mevzusu olması halinde yaptırıma esas kabahat niteliğindeki fiillerin ETKB denetim raporları ile tespiti mümkün olmayabilir. Ayrıca dağıtım şirketinin acze düşme ya da acze düşeceği tespit, ETKB denetim raporları ile tespit edilebilecek bir husus değildir. Nitekim, anılan hükme dayalı olarak çıkarılan Tedbirler Yönetmeliği'nin 6 ncı maddesinde *“tedbirler ile yaptırımların uygulanmasını gerektiren hallerin tespiti”*⁴⁵⁰ düzenlenmiş olup, buna göre; EPK'nın anılan maddesinde yer alan tedbir veya yaptırımların uygulanmasını gerektiren hallerin tespiti EPDK'nın kendi personeli ile yapılacaktır. Özellikle de dağıtım bölgesinde verilen hizmetin durdurulmasına yol açabilecek herhangi bir durumun veya kaynak ya da varlık aktarımı gibi telafisi imkansız bir durumla karşılaşılması riskinin bulunması hallerinde Kurum personelinin hazırlayacağı raporun konu hakkında karar alınmak üzere ivedilikle Kurula intikal ettirileceği hüküm altına alınmıştır.

Netice itibariyle konu bazlı denetim hususunda EPDK'nın yetkisizliğinin gündeme gelmemesi, özel kolluk makamı olarak kanunla kendisine verilen görevleri kamu düzeni bozulmadan bir an evvel yerine getirmesi için EPDK'ya da denetim yetkisinin verildiğinin kabulü gerekir.

⁴⁵⁰ Anılan madde *“Tedbirler ile yaptırımların uygulanmasını gerektiren hallerin tespiti*
MADDE 6- (1) Başkan, resen ya da Daire Başkanının talebi üzerine, 5 inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen hususların gerçekleşip gerçekleşmediğinin veya gerçekleşebileceğinin araştırılması için inceleme yapılmak üzere Daire'yi görevlendirir. İnceleme, Kurum personeli vasıtasıyla yürütülür. İhtiyaç duyulması halinde diğer kamu kurum veya kuruluşlarından, yapılacak incelemede görevlendirilmek üzere personel talep edilebilir.
(2) Birinci fıkra kapsamında inceleme yapmakla görevlendirilen personel, görevlendirildiği tarihten itibaren en geç onbeş gün içinde elde ettiği bilgileri, delilleri, ilgilinin açıklamalarını ve konu hakkındaki kendi görüşlerini içeren inceleme raporunu, Daire'ye iletir. Gerek görülmesi halinde bu süre, Daire Başkanı tarafından onbeş gün daha uzatılabilir. Hazırlanan rapor, Daire tarafından gerekli görülmesi halinde, ilgili mevzuat kapsamında işlem yapılmak üzere Denetim Dairesine gönderilir.
(3) Başkan, gerekli görmesi halinde, birinci ve ikinci fıkra hükümleri uygulanmaksızın doğrudan soruşturma açılması için Denetim Dairesini yetkilendirebilir.
(4) Bu madde kapsamında yürütülecek olan soruşturmanın sonuçlanmasına kadar, hizmetin durdurulmasına yol açabilecek herhangi bir durumla karşılaşılması veya kaynak ya da varlık aktarımı gibi telafisi imkansız bir durumla karşılaşılması riskinin tespit edilmesi halinde, durum rapora bağlanır ve söz konusu rapor ivedilikle Kurula sunulur. Kurul tarafından, soruşturmanın sonuçlanmasına kadar geçici olarak her türlü tedbir alınmasına karar verilebilir.” hükmünü içermektedir.

2.5.1.2. ETKB'nin denetime ilişkin mevzuatının değerlendirilmesi

Bakanlığın dağıtım şirketlerini denetimine ilişkin temel düzenlemeleri Denetim Yönetmeliği ile 09.01.2018 tarihine kadar yürürlükte kalan Mülga Denetim Tebliği'dir. Söz konusu Yönetmelik ve Tebliğ çerçevesinde dağıtım şirketleri periyodik olarak her yıl incelenmekte ve denetlenmektedir. Denetim sürecinin nasıl işleyeceğine ilişkin tablo ise Mülga Tebliğ ekinde yer almaktadır.

Bakanlık dağıtım şirketlerinin denetimini, ihtisas sahibi kurum olarak belirlediği TEDAŞ'la birlikte yapmaktadır.

Dağıtım şirketleri her yıl denetlenmekte ve hazırlanan rapor, karar verilmek üzere Bakanlık tarafından EPDK'ya gönderilmektedir. EPDK ise Elektrik Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (Denetim-Ön Araştırma-Soruşturma Yönetmeliği) çerçevesinde dağıtım şirketi hakkında soruşturma yapmakta, bu kapsamda Şirketten savunma almakta ve raporu neticeye bağlamaktadır.

Denetim Yönetmeliği ve Tebliği incelendiğinde dağıtım şirketlerinin şu alt başlıklar çerçevesinde denetlendiği görülmektedir.⁴⁵¹

a) **Yatırımla ilgili iş ve işlemler**, bu kapsamda; yatırımların önceliği ve yerindeliği ile yatırım planlarına ve projelerine uygunluğu, söz konusu yatırımlara ilişkin fiziki, mali, elektriksel gerçekleştirmeler ve kamulaştırma işlemleri, yatırımların ilgili mevzuata uygunluğu ile yatırım ihalelerine ilişkin işlemler.

b) **Kullanıcılar ile ilgili iş ve işlemler**; bu kapsamda, kullanıcı ve tüketici şikâyetlerine ve tüketici hizmetlerine ilişkin uygulamalara ilişkin iş ve işlemler.

c) **İşletme ve bakım faaliyetleri**; işletme ve bakım faaliyetlerinin EPK ile EPK'ya dayalı olarak çıkarılan ikincil mevzuata ve 3154 sayılı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve anılan Kanuna dayanılarak çıkarılan ikincil mevzuata uygunluğu.

⁴⁵¹ Bkz. Denetim Yönetmeliği'nin 6 ncı maddesi ve Mülga Denetim Tebliği'nin ikinci bölümü.

ç) **Genel aydınlatma faaliyetleri**; genel aydınlatma kapsamında giren iş ve işlemlerin ilgili mevzuata uygunluğu ve bu meyanda, dağıtım bölgelerinde aydınlatma yükümlülüklerinin ifasına ilişkin iş ve işlemler.

d) **Mali konular**; özellikle tarife kapsamında olmak üzere kullanıcılardan tahsil edilen her türlü bedelle ilgili yapılan uygulamalar ve gelir, gider hesapları, yatırım hesapları, yükümlü olunan fon, pay ve benzeri kesintilerle ilgili hesaplar ve sigorta uygulamalarına ilişkin iş ve işlemler.

e) **Satınalma ve satış işlemleri ile ilgili faaliyetler**; bu kapsamda, yapılan her türlü mal ve hizmet alımlarına veya satışlarına ve yatırım ihalelerine ilişkin iş ve işlemler.

f) **Bilişim ve şebeke işletim sistemleri ile ilgili iş ve işlemler**, bu kapsamda; coğrafi bilgi sistemi gibi alt yapı bilgi sistemlerinin kurularak işletilmesi ile güncellenmesi ve bu sistemlerdeki yedeklemeye ilişkin hususlar.

g) **Hizmet kalitesine ilişkin iş ve işlemler**; EPDK tarafından ikincil mevzuatla belirlenen tedarik sürekliliği, teknik ve ticari hizmet kalitesinin sağlanıp sağlanmadığı ile bölgede gerçekleşen kesintilerin sayısı ve süresi ile tüketici hizmetlerinin yerine getirilmesine ilişkin iş ve işlemler.

ğ) **Hukuki süreçler**; şirketin yürüttüğü dağıtım faaliyeti kapsamındaki uygulamalar nedeniyle lisans sahibi tüzel kişiler, tüketiciler, kullanıcılar, kamu kurumları ve diğer kuruluşlar ile oluşan hukuki süreçlerin durumları ve konuların tespiti.

h) **Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretimine İlişkin Yönetmelik kapsamındaki iş ve işlemler.**

Öncelikle söz konusu Yönetmeliğin hukuka aykırı olduğu değerlendirilmektedir. Zira, ETKB'nin dağıtım şirketlerini EPK kapsamında denetim yetkisi -konu bakımından- EPK ve ikincil mevzuatla sınırlıdır. Oysa, Yönetmeliğin ilgili maddeleri çerçevesinde denetim raporlarına konu olan ve şirketlerin mevzuata aykırı davrandıklarını düşündükleri işlemlerden bazıları EPK ve ikincil mevzuata değil de Bakanlığın kendi mevzuatına aykırılık teşkil etmektedir. Diğer bir deyişle EPK'nın 15 inci maddesi ile dağıtım şirketlerinin, EPK ve bu kanuna dayalı olarak çıkarılan ikincil mevzuat çerçevesinde, faaliyetlerin incelenmesi ve denetlenmesi görevi ETKB'ye verilmiştir. ETKB, EPK kapsamında dağıtım şirketlerini, uymakla yükümlü oldukları her alanda ve dolayısıyla mevzuat kapsamında değil, sadece

EPDK'nın görev alanına giren hususlarda denetlemekle yetkilidir. Nitekim EPK'nın 16 ncı maddesi incelendiğinde yaptırıma neden olan kabahat niteliğindeki fiillerin EPK, ikincil mevzuat ve lisans hükümlerine aykırılık olduğu görülecektir.⁴⁵²

Yukarıdaki paragrafı açmak adına örneğin, genel aydınlatma hususunda da EPDK'nın karar alması mümkün değildir. Zira, EPK'nın geçici 6 ncı maddesinin 4 ila 6 ncı fıkralarına⁴⁵³ göre TEDAŞ, belirli dönemler itibarıyla dağıtım şirketleri tarafından gönderilen faturalardaki tüketim miktarı ve bedellerinin gerçek durumu gösterip göstermediğine ilişkin olarak dağıtım şirketleri nezdinde gerekli denetimleri yapmakla yükümlüdür. Ayrıca aydınlatmayla ilgili ölçüme ilişkin teknik esaslar ile ödemeye, kesinti yapılmasına, uygulamaya ve denetime ilişkin usul ve esasların ETKB tarafından yürürlüğe konulacak yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Nitekim söz konusu hükme dayalı olarak çıkarılan Genel Aydınlatma Yönetmeliği; *“genel aydınlatma tüketimlerinin ölçülmesine ilişkin teknik esaslar ile ödemeye, kesinti yapılmasına, uygulamaya, denetime ve aydınlatma komisyonunun oluşturulması ve çalışmasına ilişkin usul ve esasları”* kapsamaktadır. Aynı Yönetmeliğin 13 üncü maddesinin birinci fıkrası ise “TEDAŞ tarafından; *“Bakanlıkça onaylanan inceleme ve denetim programları çerçevesinde, dağıtım şirketleri tarafından gönderilen faturalardaki tüketim miktarı ve bedellerinin gerçek durumu gösterip göstermediğine, aydınlatılan bölgenin 6446 sayılı Kanunda belirtilen genel aydınlatma bölgelerine dahil olup olmadığına ilişkin*

⁴⁵² Aynı doğrultuda, Mülga Denetim Tebliği'nin 7 nci maddesinin beşinci fıkrasına da değinmek gerekir. Anılan fıkra; *“(5) Acil durum ve iş güvenliği önlemlerinin incelenmesi ve denetimi;*

a) Sistemin istem dışı enerjisiz kalması durumunda kademeli olarak enerjilendirilmesine yönelik acil durum yönetim planlarının hazırlanması,

b) Dağıtım sisteminde normal işletme koşulları dışında bir çalışma şeklinin kontrollü olarak yapılması, etki ve sonuçlarının incelenmesi amacıyla yapılacak testler için test programı hazırlanması,

c) Saha emniyeti ve çevrenin korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınması,

ç) Dağıtım sistemi veya kullanıcı tesis/teçhizatı üzerinde çalışan personelin sağlığı ve can güvenliğinin korunmasına ilişkin usul ve esasları kapsayan iş güvenliği yönetim sisteminin oluşturulması,

d) Dağıtım sistemi veya kullanıcı tesis/teçhizatı üzerinde çalışan personele işe başlamadan önce ve istihdam süresince ilgili mevzuata göre iş güvenliği yönetim sistemi eğitimi verilmesi,

e) İş güvenliği yönetim sisteminden sorumlu tam zamanlı çalışan uzman kişi/kişiler istihdam edilmesi ya da ilgili mevzuata uygun olarak hizmet alınması,

hususlarını içerir.” hükmünü içermekte olup incelenecek ve denetlenecek konular arasında anılan fıkranın c, ç, d, e bentlerine aykırılıklar da gösterilmektedir. Oysa söz konusu konular idare teşkilatı içerisinde başka bir kamu kurumunu ilgilendirmekte olup aykırılıklar konusunda yaptırım uygulama yetkisi de anılan kuruma aittir.

⁴⁵³ Söz konusu hükümlere Ek-1'de yer verilmiştir.

dağıtım şirketleri nezdinde gerekli inceleme ve denetimler yapılır.” hükmünü içermektedir.

Yukarıda yer verilen hükümler çerçevesinde şu tespitin yapılması mümkündür: Genel aydınlatma, kendine has bir mevzuat çerçevesinde gerçekleştirilmekte, incelenmekte ve denetlenmekte olup Denetim Yönetmeliği ve Tebliği kapsamında incelenmesi, denetlenmesi ve raporlanması ile EPDK’nın konuya ilişkin karar alması mümkün değildir.⁴⁵⁴

Dağıtım şirketlerinin dağıtım faaliyetini yürütürken uymakla yükümlü oldukları mevzuat sadece EPK ve EPDK tarafından yayımlanan ikincil mevzuat değildir. ETKB; Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’a dayalı olarak elektrik dağıtım şirketlerine de uygulanan birçok düzenlemeyi yürürlüğe koymuştur. Örneğin, Elektrik Kuvvetli Akım Tesisleri Yönetmeliği⁴⁵⁵ ve Elektrik İç Tesisleri Yönetmeliği⁴⁵⁶ni bu kapsamda hemen sayabiliriz. İşte, ETKB, dağıtım şirketlerini, kendi yayımladığı ve anılan şirketlerin uymakla yükümlü oldukları mevzuat kapsamında elbetteki inceleme ve denetleme yetkisine sahip olup bu kapsamda yapılan denetimler için yaptırım uygulama yetkisini de haizdir. Bu doğrultuda, anılan düzenlemeler kapsamındaki inceleme ve denetimin, EPK kapsamında yapılan denetimler ile birleştirilerek yapılması ve raporlanarak EPDK’ya gönderilmesi hukuka uygun değildir.

Netice itibariyle EPDK, dağıtım şirketlerini, uymakla yükümlü oldukları her düzenleme kapsamında inceleyen, denetleyen ve bu düzenlemeler kapsamında anılan şirketlere yaptırım uygulayan genel yetkili idari merci değildir. Görev ve yetkileri EPK ve ikincil mevzuatla sınırlıdır. Nitekim EPDK, Kurumun görev alanına

⁴⁵⁴ Söz konusu tespiti istisna teşkil eden bir hüküm 28.11.2017 tarihli ve 7061 sayılı Kanun değişikliği ile EPK’nın 16 ncı maddesine sekizinci fıkra olarak eklenmiştir. Buna göre, dağıtım şirketinin olağan denetimi haricinde, genel aydınlatma kapsamında yanmayan, yerinde olmayan armatür ve/veya direklere ilişkin eksiklerin tespit edilmesi halinde söz konusu eksikliklerin giderilmesi için dağıtım şirketine süre verilir. Belirlenen sürede eksikliklerin giderilmemesi halinde ETKB’nin bildirmesini müteakiben her bir direk veya armatür için beş yüz Türk lirası idari para cezası verilir.

⁴⁵⁵ İnternet:Yönetmelik metni için bkz. <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin.aspx?MevzuatKod=7.5.9949&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=kuvvetli%20ak%C4%B1m> adresinden 01.09.2016 tarihinde alınmıştır.

⁴⁵⁶ İnternet:Yönetmelik metni için bkz. <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin.aspx?MevzuatKod=7.5.10391&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=i%C3%A7%20tesis> adresinden 01.09.2016 tarihinde alınmıştır.

girmeyen konularda ETKB tarafından gönderilen raporlarda yer verilen hususlara ilişkin olarak karar almamaktadır. Bu çerçevede, Yönetmelikte değişiklik yapılması gerekmektedir.

Değinilmesi gereken diğer bir husus ise Mülga Elektrik Dağıtım Şirketlerinin Faaliyetlerinin İncelenmesi Ve Denetlenmesine Dair Yönetmeliğin inceleme ve denetim raporlarının sonuçlandırılması başlıklı 16 ncı maddesidir. Söz konusu madde;

“İnceleme ve denetim raporunun sonuçlandırılması

MADDE 16 – (1) Bakanlık tarafından EPDK’ya gönderilen inceleme ve denetim raporu makul bir süre içerisinde EPDK tarafından ilgili mevzuat kapsamında değerlendirilerek sonuçlandırılır. Raporun sonuçlandırılmasına ilişkin olarak ilave incelemeye gerek görülmesi halinde, bu inceleme EPDK tarafından ayrıca gerçekleştirilir.

(2) EPDK tarafından yapılacak ilave inceleme işlemleri ile elde edilen bulgular ayrıca Bakanlığa da sunulur.

(3) İlave inceleme işlemleri de dahil raporun EPDK tarafından sonuçlandırılması, raporun teslim alındığı tarihten itibaren 90 günü geçemez.

(4) Söz konusu inceleme ve denetime ilişkin EPDK kararı, kararın gerekçeleri, gerekli yaptırım ve işlemler karar tarihinden itibaren 5 iş günü içinde Bakanlığa sunulur.”

hükmünü içermekte olup inceleme ve denetim raporlarının 90 gün içerisinde sonuçlandırılmasını emredici ifadelerle düzenlemektedir.

Hukuka aykırı olduğunu düşündüğümüz anılan hüküm, söz konusu Yönetmelik, Denetim Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılana kadar uygulanmıştır. Denetim Yönetmeliği’nde ise benzeri bir hükme, isabetli bir şekilde, yer verilmemiştir. Söz konusu hükmün hukuka aykırılığına ilişkin olarak şu hususları belirtebiliriz: EPK’da, denetim raporlarının kaç gün içerisinde sonuçlandırılacağı hususunda EPDK’yı bağlayıcı herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Kanun koyucunun bu konuda susması, Bakanlığa takdir yetkisi tanıdığı şeklinde anlaşılamayacağı gibi Yönetmelikle kısıtlayıcı hüküm getirilmesine de imkân tanımaz. Kanun koyucunun bu hususta susması bilinçli bir susma olup EPDK’yı

anılan hususta bağlamadığı şeklinde yorumlanmalıdır. Daha da önemlisi ETKB'nin bu konuda EPDK'yı bağlayıcı bir hüküm getirmesi EPDK'nın bağımsız idari otorite kimliğiyle de uyumsuz. 4628 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi *“Kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip ve bu Kanun ile kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu kurulmuştur.”* hükmüyle EPDK'nın özerkliğini açıkça düzenlemektedir. Öte yandan Denetim Yönetmeliği konu açısından da hukuka aykırı hale gelmektedir. Zira anılan hüküm, söz konusu Yönetmelikte yer alabilecek bir hüküm değildir. Yönetmeliğin amacı; dağıtım lisansı sahibi şirketlerin faaliyetlerinin ilgili mevzuat ve lisansları kapsamında izlenmesi ve denetimine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi ⁴⁵⁷, kapsamı ise dağıtım lisansı sahibi şirketlerin denetiminin Bakanlık tarafından yapılması veya yaptırılması, denetim konularının belirlenmesi, denetim heyeti, denetim personeli, denetime tabi şirketlerin hak ve yükümlülükleri ile yetkili şirketlerin nitelikleri, yetkilendirilmesi, hak ve yükümlülüklerine ilişkin usul esaslardır. ⁴⁵⁸ Netice itibarıyla, denetim raporu hazırlandıktan sonra EPDK'da yürütülecek sürecin anılan Yönetmelikte yer alması hukuka aykırıdır.

2.5.2. Konu

İdari işlemin hukuk âleminde etkisinin anlaşılmasını sağlayan konu unsuru, işlemin doğurduğu sonuçtur. ⁴⁵⁹ İdari işlemi tesis etmeye yetkili makam, daha önce mevzuatla belirlenmiş mümkün ve meşru bir konuda işlem tesis edebilir. ⁴⁶⁰

EPK'nın 15 inci maddesinin birinci fıkrası *“...Bakanlık tarafından düzenlenen veya karara bağlanan denetim raporları Kuruma bildirilir. Denetim raporu sonucuna göre gerekli yaptırım ve işlemler Kurul tarafından karara bağlanır.”* hükmünü içermektedir.

Denetim Yönetmeliği'nin “Denetim raporunun hazırlanması” başlıklı 12 nci maddesi ise,

⁴⁵⁷ Denetim Yönetmeliği m.1.

⁴⁵⁸ Denetim Yönetmeliği m.2.

⁴⁵⁹ Yayla, *İdare Hukuku*, 132.

⁴⁶⁰ Atay, *İdare Hukuku*, 507.

“(1) Denetim heyeti tarafından denetim faaliyeti sonucunda, hazırlanan raporda asgari olarak;

- a) Denetlenen şirkete ilişkin genel bilgiler,*
 - b) Daha önceki denetimlerde tespit edilmiş hususların güncel durumları,*
 - c) İnceleme ve denetime tabi hususlar ve bunlara ilişkin Bulgu Formları, (Ek-1)*
 - ç) Bulguların ilgili mevzuata olan aykırılıkları,*
 - d) Bulguların taşıdığı riskler,*
 - e) Bulgulara ilişkin değerlendirmeler,*
 - f) Bulgulara ilişkin şirket görüşleri,*
 - g) Bulguların oluşturduğu mali tablolar,*
- yer alır.*

(2) Denetim heyeti hazırladığı rapora esas bilgi, belge, kayıt, tutanak ve benzeri dokümanlar ile inceleme ve tespitlere ilişkin formları ve tabloları rapor ekinde bulundurur.” hükmünü amirdir. Aynı Yönetmeliğin 13 üncü maddesine göre denetim raporunun, dağıtım şirketinin denetiminin tamamlanmasından itibaren 30 gün içerisinde ETKB’ye sunulması gerekmektedir.

Mülga Denetim Tebliği’nin “İnceleme ve Denetim Raporu” başlıklı 23 üncü maddesi *“(1) İnceleme ve denetim raporu, inceleme ve denetim elemanlarınca inceleme ve denetim konuları çerçevesinde yapılan incelemeler ve tespit edilen bulgular bağlamında denetim elemanları görüşlerinin açıklandığı metindir. Raporun ekinde; İnceleme ve Denetim Süreçleri Listesi (EK-2), bulgu formları, önemli olay bildirimleri, yapılan kontrollere ilişkin listeler, açıklayıcı notlar, gerektiğinde dijital fotoğraf ve/veya dijital video çekimleri yer alır.*

(2) İnceleme ve denetim raporu, şirketçe alınacak tedbirleri de içerecek şekilde Bakanlık tarafından belirlenen esaslar çerçevesinde hazırlanır. Raporda asgari olarak; inceleme ve denetimin amacı, kapsamı ve elde edilen sonuçlar ile inceleme ve denetim heyetinin kanaati belirtilir. Raporda ifadeler; tam, doğru, açık, anlaşılır olarak yazılır.

(3) Yapılan inceleme ve denetimler sonucunda ilgili mevzuata aykırı hususların tespiti halinde, mevzuat uyarınca olması gereken ile mevcut durum arasındaki aykırılıkların raporda açıkça belirtilmesi gerekir.

(4) *Bulgularla ilgili olarak inceleme ve denetim heyeti ile şirket yöneticileri arasında anlaşmazlık varsa, inceleme ve denetim heyeti bu duruma ilişkin değerlendirmesini raporuna dahil eder.*” hükmünü içermektedir.

Yukarıdaki hükümler birlikte değerlendirildiğinde, dağıtım şirketinin denetimi neticesinde rapor hazırlanacağı, söz konusu raporun denetim konuları çerçevesinde yapılan incelemeler ve tespit edilen bulgular bağlamında denetim elemanları görüşlerinin açıklandığı metin niteliği taşıdığı, mevzuata aykırı olduğu düşünülen hususların varlığı halinde söz konusu hususların rapora dercedileceği görülmektedir.

Bu çerçevede, denetim raporu, varsa mevzuata aykırılıkları da içeren ve denetlenen dağıtım şirketinin hukuki durumunda herhangi bir değişiklik doğurmayan icrai nitelikte olmayan bir işlemdir. Zira, denetim raporunu karara bağlama, diğer bir deyişle denetim raporuna dayalı olarak dağıtım şirketi hakkında idari yaptırım kararı alma ya da almama yetkisi EPDK’nındır.

2.5.3. Şekil⁴⁶¹

*“Şekil, ilk olarak işlemi oluşturan iradenin dış dünyaya yansımaları ve ikinci olarak da işlemin yapılması sırasında izlenen usulü gösterir.”*⁴⁶²

Yukarıda yer verilen EPK, Denetim Yönetmeliği ve Mülga Tebliğ çerçevesinde, Tebliğ Ekinde yer verilen “İnceleme ve Denetim Süreçleri” sonucunda, Yönetmelik ile Tebliğ’de yer alan hususları içeren denetim raporu hazırlanır. Söz konusu denetim raporunun hazırlanmasına ve EPDK’ya sunulmasına kadar olan süreci şu şekilde sıralayabiliriz:

1. İnceleme ve Denetim Bildirim Mektubunun hazırlanarak denetlenecek şirkete gönderilmesi.
2. Görevlendirme Belgesinin hazırlanması.

⁴⁶¹ Şekil konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Can, E. (2016). *İdari İşlemin Şekil Unsuru*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

⁴⁶² Atay, *İdare Hukuku*, 493.

3. Görevlendirme Belgesinin denetlenecek şirkete tutanakla teslim edilmesi.
4. Denetlenecek Şirket ile Açılış Toplantısı yapılması.
5. Çalışma Planı hazırlanması
6. İnceleme ve Denetim Heyeti Başkanı tarafından belediye yetkilileri ve mülki idare amirleri ile Tüketici Hakem Heyetlerinin ziyaret edilmesi.
7. Sahada inceleme ve denetimler yapılması.
8. Bulgu Formlarının düzenlenmesi ve bir nüshasının şirkete verilmesi.
9. Bulgu formlarının paylaşıldığı ve rapor taslağının görüşüldüğü Kapanış Toplantısı yapılması.
10. Denetim Raporunun hazırlanarak Bakanlığa sunulması.
11. Kesinleşen İnceleme ve Denetim Raporunun sonuçlandırılmak üzere Bakanlık tarafından EPDK'ya gönderilmesi.

2.5.4. Sebep

İdari makamı, idari işlemi yapmaya sevkeden maddi ve hukuki olaylar sebep unsurunu oluşturur.⁴⁶³

EPK'da yer alan dağıtım şirketlerinin denetleneceğine ilişkin hükümler ile Denetim Yönetmeliğinin 5 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkraları denetim faaliyetinin hukuki dayanaklarını teşkil eder. Anılan fıkralar *“(1) Şirketlerin periyodik olarak inceleme ve/veya denetimi belirli sürelerde, belirlenmiş konularda ve yılda en az bir kez yapılır.*

(2) Bakanlığın gerek gördüğü durumlarda veya başvuru üzerine kapsamı Bakanlık tarafından belirlenen kısmi incelemeler ve denetimler yapılabilir.” hükmünü içermekte olup denetimin yılda en az bir kez, re'sen ya da başvuru üzerine yapılacağını ifade etmektedir.

⁴⁶³ Yayla, *İdare Hukuku*, 130; Atay, *İdare Hukuku*, 506.

2.5.5. Amaç

İdari işlemin amacı, ulaşmak istenilen nihai sonuç olup genel veya özel bir kamu yararı şeklinde ifade edilmektedir.⁴⁶⁴ Yetkinin ve kamu gücünün verilmesinin hedefi bu amacı gerçekleştirmektir.⁴⁶⁵

Kamu hizmeti niteliğini haiz olan dağıtım faaliyetinin denetlenmesi ve neticesinde varsa elektrik piyasası mevzuatına aykırılıkların tespit edilerek raporlanması, devamında idari yaptırım kararının verilmesini ve bu yolla EPDK'nın kolluk işlevini yerine getirmesini sağlayacaktır. Nitekim denetim faaliyeti neticesinde tesis edilen işlemlerde genel olarak kamu yararı ve kamu düzeninin birlikte tezahür ettiği ve bu nedenle de sebep-amaç unsurlarının beraberliğinden söz etmenin mümkün olduğu ifade edilmektedir.⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ Atay, *İdare Hukuku*, 509.

⁴⁶⁵ Yayla, *İdare Hukuku*, 140.

⁴⁶⁶ Akıncı, *Danıştay Kararları Işığında İdarenin Gözetim ve Denetim Görevi*, 212.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DAĞITIM ŞİRKETLERİ HAKKINDA EPK'DA YER ALAN İDARİ YAPTIRIMLAR

3.1. İdari Yaptırım Kavramı ve Özellikleri

*“Bir hukuku olmadan bir topluluğun yaşamasına imkân yoktur. Her topluluğun bir objektif hukuku yani topluluk üyelerine belirli bir davranış emreden ve az çok mükemmel bir surette teşkilâtlandırılmış müeyyedelere dayanan bir takım hukuk kuralları vardır.”*⁴⁶⁷ İnsanların bir arada yaşamalarına imkan tanıyan toplumsal düzeni ayakta tutan din ve ahlak kuralları gibi kurallar da bulunmakla birlikte uyulması devlet zoruna bağlanan hukuk kuralları⁴⁶⁸ düzeni sağlamada en etkili yoldur. Zira söz konusu kurallar sadece emir ve yasaklar içermez, aynı zamanda bunlara uyulmamasını yaptırıma bağlarlar.⁴⁶⁹

Yaptırım, *“bir hukuk kuralına aykırı davranıldığında, o davranışta bulunan kişinin karşılaşması hukuk düzenince öngörülen sonuçtur.”*⁴⁷⁰ Diğer bir deyişle yaptırım, uygulanmasına neden olan hukuka aykırılığın karşılığında öngörülen netice olup mevcut kurallara uyulmamasına düzenin verdiği tepkidir.⁴⁷¹

⁴⁶⁷ Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, 26.

⁴⁶⁸ Anayurt'a göre hukuk düzeninin sağlanması ve sürdürülmesi amacıyla bireylerin devlet gücü aracılığıyla zorlanması, hukuk kuralını diğer toplumsal kurallardan ayıran en önemli özelliktir. Bkz. Anayurt, a.g.e., 72; Oğuzman, K. (1994). *Medeni Hukuk Dersleri* (7. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi, 1.

⁴⁶⁹ Karabulut M. (2008). *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 7.

⁴⁷⁰ Öztan, B. (2002). *Medeni Hukukun Temel Kavramları* (9. Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi, 25; Atay'a göre yaptırım, sosyal düzen kurallarının ihlali neticesinde, ihlal eden hakkında kamu otoritesince uygulanan hukuki sonuçtur. Bkz. Atay, *Hukuk Başlangıcı*, 279-280.

⁴⁷¹ Özay, İ. H. (1985). *İdari Yaptırımlar*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını, No: 3326, 20; Kütük, L. (2008). *İdarenin Parasal Yaptırımları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 10; Anayurt yaptırım ile hukuksal yaptırım ayrımında bulunmakta, ilkinin “sosyal düzen kuralına aykırılığa bağlanmış sonuçlardır.” şeklinde, hukuksal yaptırımı ise “hukuk kurallarına aykırı davranışlara, hukuk düzeninin bağladığı sonuçlar” ifadesiyle tanımlamaktadır. Bkz. Anayurt, a.g.e., 72.

Yaptırım türleri temelde özel hukuk ve kamu hukuku yaptırımları şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Özel hukuk yaptırımları genel anlamda cebri icra, tazminat ve hükümsüzlük (yokluk, butlan, tek taraflı bağlamazlık) olarak sayılmaktadır.⁴⁷²

Kamu hukuku yaptırımları ise her hukuk dalının kendine özgü yaptırımlarından oluşmakta ve doktrinde, yaptırımın uygulandığı süjeye göre;

- İhtar ve zor kullanma gibi kişilere uygulanan tedbir niteliğindeki yaptırımlar
- İzin, lisans veya ruhsatın geri alınması ya da faaliyetin durdurulması gibi faaliyete ilişkin yaptırımlar
- elkoyma, müsadere ve parasal yaptırımlar gibi malvarlığına yönelik yaptırımlar
- ölüm cezası ve hürriyeti bağlayıcı cezalar gibi bireysel yaptırımlar
- yokluk ve iptal şeklinde işlemlere uygulanan yaptırımlar

şeklinde beşe ayrılmaktadır.⁴⁷³

Kamu hukuku yaptırımları arasında gündelik yaşamda sıklıkla karşılaşılan ve dava konusu olan yaptırım türleri adli cezalar ve idari yaptırımlardır. Devlet, suç politikası aracılığıyla kimi hukuka aykırılıkları suç kapsamında nitelendirerek ceza yaptırımı uygular. Kimilerini ise bu ağırlıkta görmeyerek kabahat⁴⁷⁴ olarak nitelendirir ve idari yaptırıma maruz bırakır.⁴⁷⁵ Bu minvalde, hemen belirtelim ki doktrinde hakim görüş; suçlar ile kabahatler arasında nitelik farkının olmadığı ve hukuka aykırılığın haksızlık içeriği yönünden, diğer bir deyişle nicelik açısından

⁴⁷² Çağlayan, R. (2006). *İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu)* (1.Baskı), Ankara: Asil Yayınları, 12-15.

⁴⁷³ Oğurlu Y. (2001). *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma* (2.Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 23-24.

⁴⁷⁴ Kabahatler Kanunu'nun ikinci maddesine göre "Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır."

⁴⁷⁵ Akbulut, B. (2014). *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi* (2. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, 122; "Gerçekten ceza hukuku alanında sosyal düzeni bozucu hareketler, icra ve ihmâl şeklinde ihlaller, diğer hukuk dallarına göre daha vahim nitelik gösterir. Bunlardan doğan zararlar, diğer hukuk dallarını ihlâl eden fiil ve hareketlerin sebebiyet verdiği zararlara göre çok daha ağırdır. Ağır derecede zarar vermeleri veya gerçekte zarar vermemiş olsalar bile ağır derecede zarar verme tehlikesini bünyelerinde taşımaları itibarıyla, söz konusu hukuki ihlallere hukukta ayrı bir isim verilmiş ve bunlara suç denilmiştir." Bkz. Dönmezer, S., Erman, S. (1997). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku* (11.Baskı), İstanbul: Beta Yayınevi, c.1, 4.

fark bulunduğu yönündedir.⁴⁷⁶ Nitekim Anayasa Mahkemesi 15.03.2007 tarihli kararında “...Yasa koyucu, suçların niteliği, işlenme biçimi, içerik ve yoğunluğu, kamu düzenini ihlal derecesi ve cezaların caydırıcılığı gibi nedenleri gözetererek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde, hangi eylemlerin suç sayılacağını ve bunlara verilecek cezaların tür ve miktarını saptayabileceği gibi toplumsal sonuçları bakımından doğurduğu tehlikenin ağırlığına göre, kimi eylemlere hürriyeti bağlayıcı cezalar dışında, idari yaptırımlar uygulanmasını da öngörebilir.”⁴⁷⁷ ifadelerine yer vermiştir.

İşte suça nazaran daha hafif nitelikteki hukuka aykırılıklarla ceza mahkemelerini uğraştırmamak ve suçlulukla daha etkin ve az maliyetli mücadelede etmek amacıyla çeşitli suçlar ceza kanunlarının kapsamından çıkarılmıştır. Suç olmaktan çıkarma eğiliminin neticesindeki bu süreçte kabahatlerin ve dolayısıyla da idari yaptırımların uygulanma sahasında genişleme ve sayısında artış meydana gelmiştir.⁴⁷⁸

Nitekim Kabahatler Kanunu’nun genel gerekçesinde yer alan şu ifadeler de aynı eğilimin benimsendiği göstermektedir: “...Kabahatleri suç olmaktan ve ceza kanunlarının kapsamı dışına çıkarma eğiliminin bir sonucu olarak; çeşitli

⁴⁷⁶ Akbulut, a.g.e., 105 v.d.; Özgenç, İ. (2010). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5.Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 99-101; Kangal, suç ile kabahat arasındaki ayrımın nitelik-nicelik kriterinin esas alınması gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre, yağma, öldürme, dolandırıcılık gibi bazı haksızlıkların ihlal ettiği değerler, anayasal boyutta korunmaları gerektiğinden ceza hukuku kapsamında kalırlar. Bkz. Kangal, Z. T. (2011). *Kabahatler Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 34-35; aksi görüşteki bir çalışmada idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasında nitelik ya da nicelik yönünden ayrıma gidilemeyeceği ifade edilerek şekli ve organik ölçütün esas alınması gerektiği belirtilmektedir. Anılan kriter gereği “idari ceza, idari makamlar tarafından idari işlemlerle ve idari usuller uygulanarak verilirken, adli cezalar bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından yargılama usulleri uygulanarak verilir.” Ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, H. (2015). *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi*, Ankara: Adalet Yayınevi; diğer bir çalışmada da kabahatlerin, idare hukuku alanında kalmasından ve idari yaptırımların idari işlem ile uygulanmasından bahisle suç ile kabahat arasında nitelik farkı olduğu belirtilmektedir. Bkz. Erdinç, B. (2012). “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012 (2), 239-276.

⁴⁷⁷ E. 2003/92, K. 2007/25, T. 15.3.2007, RG Tarih-Sayısı: 26.05.2007-26533.

⁴⁷⁸ Ulusoy, A. (2013). *İdarî Yaptırımlar*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 46-48; Mahmutoğlu, F. S. (1993). *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda Yaptırım Rejimi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, 13; Yalçın, İ. (2007). *Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 22 v.d.

*hususlarda düzenleme getiren özel kanunlarda bazı fiiller karşılığında idari yaptırımlar öngörülmektedir.*⁴⁷⁹

Diğer taraftan, bağımsız idari otoritelerin Türk idare teşkilatındaki sayılarının artmasına paralel şekilde idari yaptırımların uygulama alanlarında da bir artış gözlemlenmektedir.⁴⁸⁰ Ulusoy, regülasyon otoriteleri tarafından uygulanan idari yaptırımların adli ceza niteliğinde öngörülmemesinin “çabukluk, pratiklik ve uzmanlaşma” gerekçelerinden kaynaklandığını belirtmektedir.⁴⁸¹

İdari yaptırımların kabahat niteliğindeki hukuka aykırılıkların karşılığında öngörüldüğü belirtilmekle birlikte hem cezalardan farkını ortaya koymak adına hem de hukuki mahiyetinin daha iyi anlaşılabilmesi için ek kriterlere /niteliklere ihtiyaç duyulmaktadır.⁴⁸² Bu doğrultuda öncelikle AYM'nin şu tanımına yer vermek gerekmektedir: “....idarenin, bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlarla, verdiği cezalara “idarî yaptırım” denilmektedir.”⁴⁸³ Aynı doğrultuda Uyuşmazlık Mahkemesi de “ kanunun öngördüğü bir ceza idarenin bir organı eliyle uygulanabiliyorsa bu genel ceza hukukunun değil, idare hukukunun bir müeyyidesidir. Bu tür cezalar, uygulama alanı itibariyle, idarenin kamu düzeninin sağlanması ve korunması görev ve

⁴⁷⁹ Bkz. Kabahatler Kanunu Genel Gereğesi, İnternet: http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.durumu?kanun_no=5326 (10/02/2009); Yalçın, a.g.e., 211 v.d.

⁴⁸⁰ Karabulut, a.g.e., 1.

⁴⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, 47-48, yazar diğer bir çalışmasında da bağımsız idari otoritelere idari yaptırım yetkisinin tanınmasının baskın amacının “pratiklik ve etkinlik” olduğunu belirtmektedir. Ulusoy, “Türk İdare Sistemi İçinde Rekabet Kurumu’nun Yeri”, 27-28; aynı yönde Uran, E. (2012). *Türkiye’deki Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 133.

⁴⁸² Bkz. Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, 45-46; Sinoplu, E. B. (2009). *Sermaye Piyasası Kurulu’nun Uyguladığı İdari Yaptırımlar Ve Yargısal Denetimi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 7-21.

⁴⁸³ E.1996/48, K.1996/41, T. 23/10/1996, RG Tarih-Sayı:18.09.1997-23114; Özay’a göre idari yaptırımlar “yasaların açıkça yetki verdiği veya yasaklamadığı durumlarda, araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan doğruya, bir işlemi ile ve İdare Hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalar...”dır. Bkz. Özay, *İdari Yaptırımlar*, 35; Zanobini’ye göre idari yaptırım; idarenin vecibelerini yerine getirmesini sağlamak amacıyla ortaya çıkmış idari müesseseler tarafından yerine getirilen, müeyyide kavramı (ceza değil) kapsamında değerlendirilmesi gereken yaptırımlardır. Zanobini, G. (1964), *İdari Müeyyideler*, (Çev.: H. Y. Günel), Ankara: Sevinç Matbaası, 26 (aktaran Kütük, 27) Fransız Danıştay idari yaptırımları; tüzük ve yönetmelik gibi düzenleyici işlemlere aykırı eylem ve davranışlar için öngörülen ve bir idari makamın tek taraflı bir kararla kamu gücünü kullanarak uyguladığı yaptırımlar olarak nitelendirmektedir. Bkz. Tezcan D. (2008). “AlHS Açısından Vergi Cezaları ve Adil Yargılanma Hakkı”, *Danıştay ve İdari Yargı* 138. Yıl, Ankara: Danıştay Matbaası.

yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacına yönelik bir hukuki müeyyide niteliğini taşımakta olup; idari ceza uygulaması, konusu olan suçun niteliği, uygulayan merci ve uygulanan usul ile hukuki sonuçları itibariyle adli ceza uygulamasından farklılık göstermekte ve hukuki müeyyideler, esasen gerçek anlamda bir ceza sayılmamaktadırlar.”⁴⁸⁴ görüşünde olup, idari yaptırımların adli cezalardan çeşitli yönlerden ayrıldığını belirtmektedir.

İdari yaptırımların özelliğini ve bir bakıma da ceza yaptırımlarından farkını ortaya koyan ilk husus; idari yaptırımların kabahat niteliğindeki hukuka aykırı fillerin neticesinde idare tarafından herhangi bir yargı kararı olmadan doğrudan uygulanmasıdır.⁴⁸⁵ İdari yaptırım kararı, organik anlamda idare kapsamında yer alan makamlar tarafından alınabileceği gibi idare işlevi çerçevesinde yasama ve yargı organları tarafından da alınabilir.⁴⁸⁶

Diğer taraftan, idari yaptırımlar, idari işlem niteliğini haiz bir hukuki işlemle ve idari usuller kullanılarak muhataplarına uygulanırlar. Diğer bir deyişle yargısal bir faaliyete ve karara ihtiyaç duyulmaksızın idare tarafından idari işlem kimliğini haiz bir işlemle hukuka aykırılık yaptırıma tabi tutulur.⁴⁸⁷

Doktrinde⁴⁸⁸ idari yaptırımların özellikleri ve ceza yaptırımlarından farkları açısından tali nitelikte başka özelliklerden de bahsedilmekle birlikte işbu tezin hacmini genişletmemek adına anılan hususlara yer verilmemiştir.

3.2. İdari Yaptırım Türleri

Doktrinde idari yaptırımlar çeşitli sınıflandırmalara tabi tutularak incelenmektedir. Söz konusu sınıflandırmalardan- EPK’da düzenlenen idari yaptırımları açıklamak adına daha faydalı gördüğümüz- Ulusoy tarafından yapılan

⁴⁸⁴ E. 2003/22, K.2003/25, T. 28.4.2003, RG Tarih-Sayı: 7.7.2003-25161.

⁴⁸⁵ Karabulut, a.g.e., 16; Oğurlu, Y. (1999), “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1),165; Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, s.46.

⁴⁸⁶ “İdari nitelikteki bir yaptırımın idarece uygulanması söz konusudur.” Bkz. AYM, E. 1969/46, K. 1970/2, T. 6/1/1970, RG Tarih/Sayı:15.12.1970/13695.

⁴⁸⁷ Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, 46.

⁴⁸⁸ Bkz. Çağlayan, a.g.e., 24 v.d.; Sinoplu, a.g.e., 15 v.d.

sınıflandırmaya uygun olarak konumuz inceleneceğinden anılan sınıflandırmadan kısaca bahsetmek gerekmektedir.

Ulusoy, idari yaptırımları; idari cezalar ve idari tedbirler şeklinde iki başlık altında toplamakta, idari cezaların caydırma-bastırma-cezalandırma amacı ile uygulanan yaptırımlar olmasına karşın idari tedbirlerin giderme-onarma-engelleme amacına hizmet eden yaptırımlar olduğunu belirtmektedir. Yazar, regülatif cezalar, kabahat cezaları ve disiplin cezalarını idari ceza başlığı altında saymakta, idari tedbirleri ise geçici engelleme, idari iznin geri alınması, eşyaya geçici el koyma ve atipik tedbirler şeklinde sıralamaktadır. Ayrıca regülatif cezaların özel bir alandaki ya da sektördeki regülasyonu sağlamaya yönelik yaptırımlar olduğu da ifade edilmektedir.⁴⁸⁹

Söz konusu sınıflandırmanın önemi ise şu şekilde ifade edilebilir: İdari ceza niteliğindeki yaptırımlar bakımından hem idari işlemler için öngörülen genel hukuka uygunluk ölçütleri ve idari usul kuralları hem de ceza hukukundaki “çekirdek” hukuki güvencelerin uygulanacağı kabul edilmişken idari tedbirlerde, temel ceza hukuku ilke ve güvencelerinin uygulanmasına gerek yoktur.⁴⁹⁰ İdari cezalar için uygulanacak ceza hukuku güvenceleri ise;

- Soruşturma yapılması ve savunma alınması
- Geçmişe yürütme yasağı⁴⁹¹
- Lehe Kanun’un uygulanması
- Yasallık⁴⁹²
- Şüpheden sanık yararlanır ilkesi ve masuniyet karinesi
- Mükerrer cezalandırma yasağı
- Cezalandırmada şahsılık ilkesi

⁴⁸⁹ Ulusoy, *İdarî Yaptırımlar*, 11 v.d.

⁴⁹⁰ Ulusoy, *İdarî Yaptırımlar*, 25-26.

⁴⁹¹ Söz konusu ilkenin olay bazında incelendiği bir çalışma için bkz. Çağlayan, R., Doğan, B. F. (2008). “Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Verdiği Para Cezalarının Uygulanması Sorunu Üzerine”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XII (1-2), 565-583.

⁴⁹² Anayasa’nın, kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasında ayırım yapmadığı, anılan ilkenin gerçek anlamda uygulanabilmesi için idari suç ve idari ceza arasında farklılaştırmaya gidilmeyerek “eşanlı” uygulama yapılması gerektiğinden bahisle Kabahatler Kanunu’nun eleştirisi için bkz. Dursun, H. (2017). İtalya’da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi ve Alınacak Dersler, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (10), 219-257.

- Cezalandırmada ölçülülük ve belirlilik

şeklinde sıralanmaktadır.⁴⁹³

3.3. EPK Kapsamında Dağıtım Şirketleriyle İlgili İdari Yaptırımlar ve Kabahatler

Elektrik piyasasında faaliyet gösteren dağıtım şirketlerini bir topluluk olarak düşündüğümüzde bu topluluğun mevzuata uygun faaliyet göstermesini temin etmek amacıyla hukuka aykırı fiil ve işlemlerin yaptırıma tabi tutulması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, EPK ile öngörülen piyasa yapısının işlerlik kazanabilmesi için denetim faaliyeti neticesinde ortaya çıkarılan hukuka aykırılıkların ortadan kaldırılması ve tekrar işlenmesinin önlenmesi gerekmektedir.⁴⁹⁴ EPDK'nın kanunlarla verilen görevlerini tam anlamıyla yerine getirebilmesi yaptırım yetkileri ile donatılmış olmasına bağlıdır.⁴⁹⁵ Bu anlamda, denetim faaliyeti neticesinde rapora bağlanan hususlar hakkında karar verme yetkisinin Enerji Piyasası Düzenleme Kuruluna ait olduğunu belirtmek gerekmektedir.⁴⁹⁶

Bu çerçevede, dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerin denetimi neticesinde tespit edilen hukuka aykırılıkların ortadan kaldırılması, tekrar edilmesinin önlenmesi ve anılan kişilerin cezalandırılması için EPK'da çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür. Kurul tarafından kararlaştırılabilecek idari yaptırımlar ile yaptırımlara neden olan kabahatler EPK'nın 16 ncı maddesinde⁴⁹⁷ zikredilmiştir.

EPK'nın 16 ncı maddesi çerçevesinde lisans sahibi şirketler hakkında uygulanabilecek yaptırımları;

⁴⁹³ Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, 48-129; İçel, K. (2016). "Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (7), 621-635.

⁴⁹⁴ İdarenin denetim faaliyeti salt hukuka aykırılıkları tespit etme süreci değildir. Hukuka aykırılıkların bir sonraki denetim faaliyeti zamanına kadar ortadan kaldırılması da temel hedeflerden biridir.

⁴⁹⁵ Nitekim Günday'a göre idari yaptırımlar, idarenin üstlenmiş bulunduğu görevleri etkili bir biçimde ve ivedilikle yerine getirebilmesi için öngörülen yaptırımlardır. Günday, *İdare Hukuku*, 232.

⁴⁹⁶ Bkz. EPK m.15 f.1 "...Bakanlık tarafından düzenlenen veya karara bağlanan denetim raporları Kuruma bildirilir. Denetim raporu sonucuna göre gerekli yaptırım ve işlemler Kurul tarafından karara bağlanır." İnternet: www.epdk.org.tr adresinden 11/11/2017 tarihinde alınmıştır.

⁴⁹⁷ Anılan maddeye Ek-1'de yer verilmiştir.

- idari para yaptırımı,
- lisans iptali,
- lisansın geri alınması⁴⁹⁸,
- yönetim kurulu üyelerine görevden el çektirme ve yerlerine atama yapma,
- yerine getirilmeyen hizmetlerin ve yatırımların mali karşılıklarının şirketin diğer faaliyetlerinden elde ettiği gelirlerden, yetmemesi hâlinde mevcut ortakların temettü gelirlerinden ve nihayet hisseleri nama yazılı ortakların malvarlıklarından temin edilmesi

şeklinde sıralayabiliriz.

Öte yandan 16 ncı maddede zikredilmemekle birlikte EPK'nın 5 inci maddesinin sekizinci fıkrasında düzenlenen ve lisans iptalinin bir sonucu olarak öngörülen, idari tedbir niteliğinde bir yaptırım niteliğini taşıyan yasaklılığın (piyasaya giriş engeli) da yukarıdaki sıralamaya eklenmesi gerekmektedir.

Söz konusu idari yaptırımlardan idari para yaptırımı, lisans iptali, yasaklılık ve lisansın geri alınması bütün lisans sahipleri için uygulanan yaptırımlardır. Yönetim kurulu üyelerine el çektirme ve yerlerine atama yapma yaptırımı, dağıtım lisansı sahipleri ile görevli tedarik şirketleri için öngörülmüştür. Yerine getirilmeyen hizmetlerin ve yatırımların mali karşılıklarının dağıtım şirketinin diğer faaliyetlerinden elde ettiği gelirlerden, yetmemesi hâlinde mevcut ortakların temettü gelirlerinden ve nihayet hisseleri nama yazılı ortakların malvarlıklarından temin edilmesi ise sadece dağıtım lisansı sahiplerine özgü idari yaptırım olarak göze çarpmaktadır.

Aşağıda, anılan yaptırımlar ve yaptırımlara sebebiyet veren kabahatler hakkında açıklamalarda bulunulacaktır. Açıklamalar yapılırken kanunda belli bir miktar paranın ödenmesi şeklindeki para yaptırımları “idari para yaptırımı” başlığı

⁴⁹⁸ Kanaatimizce, lisansın geri alınması, idari yaptırım niteliğinde değildir. Zira, ileride de açıklanacağı üzere, lisans sahibinin kusuruyla işlenmiş kabahat niteliğinde bir fiil bulunmamaktadır. Ancak, Ulusoy tarafından yapılan sınıflandırmaya sadık kalmak adına ve EPK'nın 16 ncı maddesinde –lisans iptali tabiri kullanılmak suretiyle- yer verilmesi nedeniyle idari yaptırım türleri arasında sayılmıştır.

altında, mali nitelikteki bir yaptırım olan ve sadece dağıtım şirketlerine özgü olduğu belirtilen “yerine getirilmeyen hizmetlerin ve yatırımların mali karşılıklarının dağıtım şirketinin diğer faaliyetlerinden elde ettiği gelirlerden, yetmemesi hâlinde mevcut ortakların temettü gelirlerinden ve nihayet hisseleri nama yazılı ortakların malvarlıklarından temin edilmesi yaptırımı” ise ayrı başlık altında incelenecektir.

3.3.1. İdari Para Yaptırımı

İdari para yaptırımları, idarenin, kabahat niteliğindeki bir fiil nedeniyle yargı kararına ihtiyaç duymaksızın uyguladığı ve bir miktar paranın alınması niteliğindeki mali yaptırımlardır.⁴⁹⁹ 2001 yılında yürürlüğe giren 4628 sayılı Kanun ve devamında EPK’da idari para yaptırımları maktu olarak belirlenmiştir.⁵⁰⁰ Oysa RKHK ve SPK gibi kanunlar incelendiğinde maktu idari para yaptırımlarından öte nispi ya da alt ve üst sınırları olan idari para yaptırımlarına yer verildiği görülmektedir. Bu husus, aynı kabahati işleyen tüm dağıtım şirketlerine, tüzel kişilerin kusuru, fiilin haksızlık içeriği, failin ekonomik durumu, fiilin işlendiği zaman v.b. kıstaslar göz önünde bulundurulmaksızın aynı yaptırımın uygulanması neticesini doğurmaktadır. Dolayısıyla idari yaptırımların şahsileştirilmesi mümkün olamamaktadır. Nitekim AYM’nin 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu’yla ilgili verdiği yakın tarihli bir kararında konu adalet ve hakkaniyet ilkeleri bağlamında ele alınarak değerlendirilmektedir:

“28. Kanun’un 7. maddesinin dördüncü fıkrasının üçüncü cümlesinde bayilere sözleşme yaptığı yeni dağıtıcının ürünlerini pazarladığı anlaşılacak şekilde faaliyetlerine devam etme yükümlülüğü getirilmiş, itiraz konusu kuralla da bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlerin altı yüz bin Türk Lirası idari para cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

29. Akaryakıt tüketicilerinin istedikleri dağıtıcıya ait akaryakıt ürünlerine kolaylıkla ulaşmalarını sağlamak ve dağıtıcıların kendi müşteri çevrelerine akaryakıt ürünlerini pazarlama noktasında sıkıntı yaşamalarını önlemek amacıyla kanun koyucunun bayilere bu şekilde yükümlülük getirmesi ve bu yükümlülüğü yerine getirmeyen bayileri idari para cezası ile sorumlu tutması

⁴⁹⁹ Bkz. AYM, E. 2001/232 K. 2001/89 T. 23.5.2001 RG Tarih-Sayı:19.01.2002-24645; söz konusu kararda “İdarî para cezaları, toplumsal düzene aykırılık oluşturan eylemler nedeni ile yasanın açıkça izin verdiği durumlarda idarenin yargı organına başvurmada kendisinin bizzat uyguladığı ve bir miktar paranın alınması biçiminde gerçekleşen malî nitelikli yaptırımlardır. İdarî para cezasının yasada belirtilmesi ve bunu uygulama yetkisinin idareye bırakıldığının açıkça yasada öngörülmesi gerekir.” ifadelerine yer verilmektedir.

⁵⁰⁰ Ulusoy, A. (2010). “EPDK Uygulamaları ve Yargı Kararları” konulu oturumda sunulan bildiri, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 186.

takdir hakkı kapsamında kalmaktadır. Bununla birlikte kanun koyucunun, takdir hakkı kapsamında öngördüğü yaptırımın, adil ve hakkaniyete uygun olması gerekmektedir.

30. İtiraz konusu kuralda, öngörülen idari para cezası belli bir sektörü düzenlemek için öngörülmüş “regülatif idari para cezası” niteliğinde olup maktu olarak düzenlenmiştir. Bu idari para cezası maktu düzenlendiği için uygulanırken işlenen fiilin haksızlık içeriği, bayinin kusur durumu bir başka deyişle fiilin kasten veya taksirle işlenip işlenmediği hususları dikkate alınamadığı gibi bayilerin işletmelerinin ekonomik büyüklüğü, cirosu, kârı gibi kriterler de değerlendirilememektedir. Buna göre, tek pompa ile faaliyet gösteren ve uygulanan idari para cezası miktarı kadar yıllık cirosu bulunmayan bir akaryakıt istasyonu ile büyük ölçekteki akaryakıt istasyonunu işletenler açısından bu yükümlülüklerin ihlali halinde verilecek ceza miktarı aynı olmakla birlikte para cezasının miktarının yüksek olması göz önünde bulundurulduğunda tek pompa ile faaliyet gösteren ve cirosu yüksek olmayan akaryakıt bayisi için verilen ceza daha ağır sonuçlar doğurabilmektedir.

31. Bu itibarla bayilerin bağlı bulundukları dağıtıcıya ait ürünleri pazarladıklarının anlaşılması için istasyonlarında dağıtıcıya ait marka ve logoları bulundurmamaları hâlinde, işlenen fiilin haksızlık içeriği, bayilerin kusur durumu dikkate alınmadan, ekonomik büyüklüklerine ve sınıflarına göre adil bir denge gözetilmeden, itiraz konusu kuralla ölçülü ve makul olmayan idari para cezası ile cezalandırılmaları, hukuk devletinin gereği olan “adalet” ve “hakkaniyet” ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.”⁵⁰¹

Diğer taraftan, 4628 sayılı Kanun ve devamında EPK’da, idari para yaptırımına neden olan kabahat hangi tüzel kişi tarafından işlendiyse sadece o kişi hakkında idari para yaptırımı uygulanmaktadır. Örneğin “Teşebbüs veya teşebbüs birliklerine üçüncü fıkra da belirtilen idarî para cezaları verilmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idarî para cezası verilir.” hükmünü içeren RKHK’nın 16 ncı maddesinin dördüncü fıkrasına benzer bir düzenleme EPK’da yer almamaktadır. **Dağıtım şirketlerinin, kamu döneminde kurulmuş ve hisse devri yapılmak suretiyle özel hukuk kişilerine devredilmiş şirketler olduğu ve tüzel kişilerin iradelerinin organlar, yöneticiler ve çalışanlar aracılığıyla dış dünyaya yansıdığı düşünüldüğünde, RKHK m.16/4 benzeri bir hükme EPK’da yer verilmesi uygun olacaktır.**

⁵⁰¹ E. 2015/109 K. 2016/28 T. 7.4.2016 RG Tarih-Sayı: 03.05.2016-29701.

3.3.1.1. İdari para yaptırımına neden olan kabahatler

3.3.1.1.1. Bilgi ve yerinde inceleme imkânının verilmemesi⁵⁰²

Bağımsız idari otoritelerin kanunla kendilerine verilen düzenleme-izleme-denetleme-yaptırım uygulama gibi temel görevlerini yapabilmeleri için mümkün olduğunca çok bilgi ve belgeye herhangi bir engelleme ile karşılaşmadan ulaşmaları gerekmektedir.⁵⁰³ Nitekim EPK'nın 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendi *“Lisans sahibi tüzel kişiler; tesislerini, yasal defter ve kayıtlarını Kurum denetimine hazır bulundurmak, Kurum tarafından talep edildiğinde denetime açmak ve Kurumun faaliyetlerini yerine getirebilmesi için ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi zamanında, tam ve doğru olarak Kuruma vermek zorundadır.”* hükmünü ve Teşkilat Kanunu'nun Kurulun görevlerini sayan 5 inci maddesinin yedinci fıkrasının (t) bendi *“Bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, konusuna ilişkin olarak gerekli gördüğü her türlü bilgi ve belgeyi, tüm kamu ve özel kuruluşlardan ve kişilerden istemek ve/veya yerinde incelemek.”* hükmünü içermektedir.

Öte yandan, diğer bir dikkat çekici hüküm de Denetim-Ön Araştırma-Soruşturma Yönetmeliği'nin “delillerin toplanması” başlıklı 19 uncu maddesinde yer almaktadır. Anılan maddeye göre; *“Soruşturma yapmakla görevlendirilen Kurum personeli, konu ile ilgili gerekli bilgileri isteme ve yerinde inceleme yapma yetkisine sahip olup; gerekli her türlü bilgi ve belgenin verilmesini ilgili kişi, kurum ve kuruluşlardan isteyebilir, bunların aslı ve/veya örneklerini alabilir, gerekli tutanakları düzenleyebilir, konu ile ilgili yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir.*

İlgili kişi, kurum ve kuruluşlar kendilerinden talep edilen her türlü defter, belge ve bilgiyi vermekle yükümlüdür. Gizlilik ve sır saklama hükümleri ileri sürülerek bilgi ve belge vermekten imtina edilemez....”

⁵⁰² Ekinci, M. (2014). 6446 sayılı Yeni Elektrik Piyasası Kanununa Göre İdari Yaptırımlar, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 55.

⁵⁰³ Güzel, BİO'ların “bilmek yetkisi”ni haiz olduğunu ve bu yetkinin dinleme, yerinde inceleme ve bilgi-belge istemeyi kapsadığını belirtmektedir. Güzel O. (2007). *Bağımsız İdari Otoritelerde İdari Usul ve Yargısal Denetimi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 50.

Öncelikle şu hususun altını çizmek gerekir: Yukarıda zikredilen Kanun hükümleri ile EPDK'ya tanınan yetki Denetim-Ön Araştırma-Soruşturma Yönetmeliği'nin 19 uncu maddesinde mündemiç yetkiyi de kapsamaktadır. Zira Denetim-Ön Araştırma-Soruşturma Yönetmeliğindeki bilgi-belge isteme ve yerinde inceleme yapma yetkileri sadece soruşturma kapsamında sahip bulunulan yetkililerdir. Oysa, Kanun hükümleri ile tanınan yetkiler soruşturma olup olmadığına bakılmaksızın kullanılabilir türden yetkililerdir.

İkinci olarak belirtilmesi gereken husus, EPK'nın 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde “Kurum” kelimesi kullanılırken aynı Kanunun yaptırımları düzenleyen 16 ncı maddesinde “Kurul” kelimesine yer verilmesidir. Bağımsız idari otoritelerin teşkilat yapısında Kurum, Kurulu da içine alan tüzel kişiliği ifade ederken Kurul, Kurumun temsil ve karar organıdır. Bu çerçevede, sadece Kurul tarafından yapılan bilgi-belge istemlerinin ve yerinde incelemelerin yaptırıma tabi tutulması anlamına gelen 16 ncı maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde değişiklik yapılması gerekmektedir.⁵⁰⁴

Öte yandan, Denetim-Ön Araştırma-Soruşturma Yönetmeliği'nin 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi; *“Denetim yapmakla görevlendirilen Kurum personeli ;*

.....

d) Görevinin gerektirdiği durumlarda, mülkiye amirleri ve emniyet güçleri ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarından yardım istemeye, yetkilidir.” hükmünü içermektedir. Anılan hüküm, yerinde incelemenin zor kullanarak yerine getirebileceğini ifade etmekte olup yasal dayanaktan yoksun bulunması nedeniyle sorunludur. Nitekim yerinde inceleme yetkisi ile ilgili RKHK'nın 15 inci maddesinde yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakiminin kararı ile yerinde inceleme yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde, SPK'nın 45 inci maddesinin dördüncü fıkrası da *“Denetimle görevlendirilen uzmanlar tarafından istenecek defter, evrak, dosya, kayıt ve diğer belgelerin ibraz veya teslim edilmemesi*

⁵⁰⁴ Aynı yönde bkz. Ekinci, a.g.e., s.58.

halinde, ihraççılar, sermaye piyasası kurumları, bunların iştirak ve kuruluşları nezdinde arama yapılabilir. Arama, Kurulun gerekçeli bir yazı ile arama kararı vermeye yetkili sulh ceza hakiminden talepte bulunması üzerine, sulh ceza hakiminin istenilen yerlerde arama yapılmasına karar vermesi halinde yapılabilir.” hükmünü içermekte olup aramanın ancak sulh ceza hakiminin kararı üzerine yapılacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla EPK’da ya da Teşkilat Kanunu’nda anılan iki kanundakine benzer bir hükme yer verilmesi uygun olacaktır.

Diğer taraftan, yerinde inceleme yapılması sırasında mühürleme yapıp yapılamayacağı hakkında da EPK’da ve Teşkilat Kanunu’nda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Rekabet Kurumu uygulamalarında, RKHK’da açık bir düzenlemeye yer verilmemesine karşın mühürleme yapılması yoluna gidildiği belirtilmektedir.⁵⁰⁵ Anılan hususla ilgili EPK’da ya da Teşkilat Kanunu’nda bir hükme yer verilmesinin ya da en azından ikincil mevzuatta bu hususun düzenlenmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.

3.3.1.1.2. Elektrik piyasasına ilişkin ilgili mevzuata aykırılık⁵⁰⁶

Anılan kabahat, EPK’nın 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde *“Bu Kanun, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerine, Kurul kararlarına ve talimatlara aykırı hareket edildiğinin saptanması hâlinde, aykırılığın niteliğine göre aykırılığın otuz gün içinde giderilmesi veya tekrarlanmaması ihtar edilir ve yapılan yazılı ihtarla rağmen aykırı durumlarını devam ettiren veya tekrar edenlere beş yüz bin Türk Lirası idari para cezası verilir”* şeklinde düzenlenmiştir.

Lisans, lisans sahibi tüzel kişinin hangi bölgede, hangi tesiste, ne kadar süre ile v.b. faaliyette bulunabileceğini gösteren genel ve özel hükümlerden müteşekkil bir belgedir. Dağıtım lisansı özelinde belirleme yapmak gerekirse dağıtım şirketinin elektrik dağıtım faaliyetini hangi il ya da illerde, ne kadar süreyle, hangi ortaklık yapısında v.b. yürütebileceği lisansa dercedilmiştir. Dağıtım şirketi, genel ve özel hükümleri ile bir bütün olan lisansa, EPK’ya, Teşkilat Kanunu’na,

⁵⁰⁵ Kekevi, H. G. (2008). *ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No:213, 120.

⁵⁰⁶ “İlgili mevzuat” ifadesi Lisans Yönetmeliği’nin 4 üncü maddesinde “Elektrik piyasasına ilişkin kanun, yönetmelik, lisans, tebliğ, genelge ve Kurul kararlarını” şeklinde tanımlanmıştır.

ikincil mevzuata, Kurul kararlarına ve talimatlara uygun hareket etmek ve işlem tesis etmek zorundadır. İlgili mevzuata aykırı davranması halinde ise ilk önce ihtar edilmesi, ihtarla verilen sürede aykırılığın giderilmemesi ya da tekrar edilmesi halinde idari para yaptırımı uygulanması gerekmektedir.

Suçlar ve cezalar için kat'i biçimde uygulanan kanunilik ilkesi, suçların ve cezaların tüm unsurları ile birlikte kanunda düzenlenmesi anlamına gelmektedir. Anılan ilke “kanunsuz suç ve ceza olmaz” şeklinde ifade edilmekte ve hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsurlarından biri kabul edilmektedir.⁵⁰⁷ Kanunilik ilkesi, idari yaptırımlar bakımından da aynı şekilde uygulanmakla birlikte kabahatler açısından yumuşatılmıştır. Nitekim Kabahatler Kanunu’nun “kanunilik ilkesi” başlıklı 4 üncü maddesi “(1) *Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeveye hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.* (2) *Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.*”

hükmünü içermektedir.

Anılan hükmün gerekçesinde, kabahatler açısından, kanunilik ilkesinin ceza hukuku uygulamasına nazaran daha esnek bir sistemin kabul edildiği, bununla birlikte, idari yaptırımlar açısından ise cezada kanunilik ilkesine paralel bir hükme yer verildiği belirtilmiştir.⁵⁰⁸ Bu kapsamda, kabahatler açısından kanunla mutlaka

⁵⁰⁷ Bostancı, G. (2007). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1.

⁵⁰⁸ Çağlayan, a.g.e., 132; AYM’nin yakın tarihli bir kararında kanunilik ilkesinin kabahatler ve idari yaptırımlar bakımından nasıl uygulanması gerektiğine ilişkin şu ifadelere yer verilmektedir: “... Anayasa’nın 38. maddesinde idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından, her ikisi de bu maddede öngörülen ilkelere tabidir. Adli ve idari suçlarda davranış normlarına aykırı ve haksızlık teşkil eden bir fiille, kanun koyucunun koruma altına aldığı bir hukuki değer ihlali söz konusu olup adli ve idari cezaların her ikisi de cebir içermektedir.

Korunan hukuki değer ile ihlalin neden olduğu hukuki sonuçların aynı olmaması ise, idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasındaki temel farklılığı oluşturmaktadır. Adli para cezalarından daha yüksek miktarlarda idari para cezalarının verilebilmesine olanak tanıyan düzenlemeler de bulunmakla birlikte adli suçlar için öngörülen cezaların idari suçlar için öngörülen cezalardan genellikle daha ağır olması, hürriyeti bağlayıcı cezaların kural olarak adli suçlar yönünden geçerli olabilmesi, idari suçlarda kanun koyucunun daha az önem attığı bir hukuki değer ihlal edilmesi ve öngörülen yaptırımın da genellikle idari bir makam tarafından idari usuller izlenerek uygulanması nedeniyle Anayasa’nın 38. maddesindeki ilkelerin aynı boyut ve kapsamıyla idari suçlara da uygulanması, işin mahiyetine uygun düşmemektedir. Bu bağlamda, yasama organının ağır işleyen

çerçeve niteliğinde bir hükme yer verilmesinin zorunlu olduğunu ve idarenin düzenleyici işlemleriyle çerçeve hükmü somutlaştırabileceğini belirtmek gerekmektedir.⁵⁰⁹

Ulusoy, Danıştay 13. Daire uygulamalarından bahsederek özellikle regülatif cezalarda çerçevenin kanunla geniş bir biçimde çizilmesinin sorun teşkil etmediğini ve bağımsız idari otoritelerin kanunla ayrıntılı bir şekilde belirlenen görev ve yetkilerinin kabahatlerin de genel çerçevesini çizdiğini ifade etmektedir.⁵¹⁰

Diğer taraftan, (b) bendine benzerliği nedeniyle EPK'nın 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinden bahsedilmesi gerekmektedir. Anılan bende göre *"Bu Kanun, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerine aykırılık yapılmış olduktan*

yapısı ile ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözetilerek, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar yönünden daha esnek uygulanması gerekmektedir.

Buna karşılık, "suçta ve cezada kanunilik" ilkesinin daha esnek uygulandığı idari suçlar yönünden de suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin yalnızca kanun metninde yer alması yeterli değildir. Anayasa Mahkemesinin 14.1.2015 tarihli ve E.2014/100, K.2015/6 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, söz konusu düzenlemelerin içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir..." Karar metni için bkz. E. 2015/85, K. 2016/3, T.13.1.2016, RG Tarih-Sayı: 29.1.2016 – 29608.

⁵⁰⁹ Çetintürk, kimi idari yaptırımların kişiler üzerindeki ağır etkisi, idari yaptırım kararının tesis edilmesi vetiresindeki idarenin geniş takdir yetkisi ve yaptırımlara ilişkin davalardaki güçlükler nedeniyle kanunilik ilkesinin –tüm kabahatler için olmasa da- kural olarak katı bir şekilde uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Çetintürk, E. (2017). "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulamaz İlkesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (9), 172; diğer bir çalışmada da özellikle yüksek miktarlara para cezalarından bahsedilerek kanunilik ilkesinin kabahatler bakımından da katı biçimde uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Bekri, M. N. (2010). *Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Türk Hukukundaki Uygulanması*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 174 v.d.; ayrıca Kabahatler Kanunu'nun 4 üncü maddesinde değişiklik yapılması teklifini de içeren daha kapsamlı bir değerlendirme için bkz. Kaşka, H. (2013). "Kabahatlerin Beyaz Hüküm Niteliğindeki Normlarla Düzenlenebilmesi Meselesi (Kabahatler Kanunu Madde 4/1 Üzerine Bir İnceleme)", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3 (2), 168-249; Evren, Ç. C. (2011). "Kabahatlerde Kanunilik İlkesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 69 (1-2), 967-1002.

⁵¹⁰ Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, 86-87; ayrıca Danıştay'ın yakın tarihli bir kararında şu ifadeler yer verilmektedir: "5015 sayılı Kanun'da "ilgili diğer mevzuat"ın ne olduğuna ilişkin bir tanıma yer verilmemiş olmakla birlikte; 4628 sayılı Kanun'un 5/B maddesinin (h) bendi ile dağıtım şirketlerine verilen lisansların genel hükümler bölümündeki 2/a maddesi dikkate alındığında, petrol piyasasındaki faaliyetlere ilişkin düzenleme getiren Kurul kararlarının 5015 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen "ilgili diğer mevzuat" kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve piyasada faaliyet gösteren kişilerin bu faaliyetlerinin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından alınan kararlara aykırı olduğunun tespiti hâlinde, bu kişilere 5015 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlali nedeniyle Kanun'un 19. maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinin (3) numaralı alt bendi uyarınca idarî para cezası verilebileceği..." Bkz. 13.D., E.2014/1213, K.2014/2380, T.11.06.2014, Danıştay Dergisi, (137), 295-301.

sonra niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olmayacak şekilde aykırı davranılması durumunda ihtarla gerek kalmaksızın beş yüz bin Türk Lirası idari para cezası verilir.” Söz konusu bent 4628 sayılı Kanunun önceki halinde yer verilen bir düzenleme değilken ilk defa EPK’yla öngörülmüştür.

Dağıtım şirketi tarafından ilgili mevzuata aykırı işlenen bir fiilin, (b) ve (c) bentlerinden hangisinin kapsamına girdiği, tespit edilmesi gereken önemli bir husustur. Zira, işlenen kabahat (b) bendi kapsamında değerlendirildiği takdirde dağıtım şirketinin idari para yaptırımına maruz kalabilmesi için önce ihtar mekanizması işletilerek uyarılması gerekir. Oysa (c) bendi kapsamında dağıtım şirketinin idari para cezası ile yaptırıma tabi tutulması için ihtar mekanizmasına gerek ve ihtiyaç yoktur. Zira hukuka aykırılığın düzeltilmesi imkan dahilinde değildir. Bu çerçevede, söz konusu bentler arasında ayırım yapılırken dikkat edilmesi gereken en önemli husus ihtarla verilen sürede aykırılığın giderilip giderilemeyeceğidir.

Elektrik piyasasına ilişkin “ilgili mevzuat” kapsamında dağıtım şirketlerinin birçok yükümlülüğü bulunmaktadır.⁵¹¹ Kanaatimizce, anılan yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde oluşan hukuka aykırılığın giderilip giderilemeyeceği her yükümlülük bazında ayrıca incelenerek değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin süresi içerisinde yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerden bazılarının sonradan düzeltilmesi mümkün iken bir kısmının ise düzeltilmesi imkan dahilinde değildir. Bu kapsamda, birçok yükümlülüğün ihlali halinde meydana gelen hukuka aykırılığın düzeltilmesi mümkün olduğundan, (c) bendi kapsamındaki uygulamaların sınırlı olacağı düşünülmektedir.

Elektrik Piyasası Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliği’nin 15 inci ve 81 inci maddeleri kapsamında, dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerin kendilerine PMUM tarafından bildirilen okuma listesinde yer alan sayaçlara ilişkin tüketim değerlerini süresi içerisinde PYS vasıtasıyla PMUM’a bildirmek zorunda oldukları hüküm altına alınmış olmakla birlikte dağıtım şirketinin söz konusu yükümlülüğü süresi

⁵¹¹ Dağıtım şirketlerinin yükümlülüklerini içeren bir çok düzenleme bulunmakla birlikte anılan yükümlülüklerle Lisans Yönetmeliği’nin 33 üncü maddesi toplu bir şekilde yer vermektedir. Söz konusu madde hükümlerine EK-2’den bakılabilir.

içerisinde yerine getirmemesi üzerine ilgili mevzuatın ihlal edildiğinden bahisle EPDK tarafından idari para cezası uygulanmış olup anılan cezaya karşı ilk derece mahkemesinde açılan dava reddedilmiştir.⁵¹² Mahkeme, aynı yükümlülüğün farklı zamanlarda ihlali halinde, ihlalin niteliğini göz önünde bulundurarak lisans sahibinin daha önce ihtar edilmiş olmasını yeterli görmüş ve her defasında ihtar edilmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

3.3.1.1.3. Lisans verilmesine esas şartların yokluğu

EPK'nın 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendine göre “ç) *Lisans müracaatında veya lisans yürürlüğü sırasında, lisans verilmesinde aranan şartlar konusunda, gerçek dışı belge sunulması veya yanıltıcı bilgi verilmesi veya lisans verilmesini etkileyecek lisans şartlarındaki değişikliklerin Kurula bildirilmemesi hâlinde, sekiz yüz bin Türk Lirası idari para cezası verilir. Anılan gerçek dışı belge veya yanıltıcı bilgi veya lisans şartlarındaki değişikliğin düzeltilmesinin mümkün olmaması veya otuz gün içinde düzeltilmesi için yapılacak yazılı ihtara rağmen aykırı durumlarını devam ettirenlerin lisansı iptal edilir.*”, aynı fıkranın (f) bendine göre “f) *Lisans verilmesine esas olan şartların lisansın yürürlüğü sırasında ortadan kalktığına veya bu şartların baştan mevcut olmadığına saptanması hâlinde lisans iptal edilir.*”

Elektrik piyasasında faaliyet göstermek isteyen tüzel kişiler lisans alabilmek için Lisans Yönetmeliği'nin ekinde yer alan belgeler ile bu Yönetmeliğe dayalı olarak çıkarılan “Lisans Başvurusunda Sunulması Gereken bilgi ve Belgeler Listesi”nde yer verilen belgelerle birlikte EPDK'ya başvuruda bulunmak zorundadır. Başvuru aşamasında sunulması gereken belgeler, Şirketin sermayesi ve ortaklık yapısı ile Şirketi temsil ve ilzama yetkili şahıslara ilişkin yetki gibi hususları tevsik eder niteliktedir.

Dağıtım lisansı, birel işlem niteliğinde olup dağıtım şirketinin statüsünde değişiklik yapmaktadır. Dağıtım şirketinin, lisanslı şirket statüsüne girebilmesi için lisans verilirken gerekli şartları taşıması ve söz konusu şartları lisans aldıktan

⁵¹² Ankara 12. İdare Mahkemesi, E.2014/762, K.2014/1506, T. 20.11.2014.

sonra da muhafaza etmesi gerekmektedir. İşte yukarıda bahsedilen (ç) ve (f) bentleri bu kapsamdaki hukuka aykırılıklara ilişkin hükümler içermektedir.

Her iki bendin birlikte değerlendirilmesi neticesinde şu tespitlerde bulunulabilir:

- (ç) bendi kapsamındaki fiiller kabahat niteliğinde iken (f) bendi kapsamındaki fiiller kabahat niteliğini haiz değildir. Zira (ç) bendinde idari yaptırımların uygulanmasına sebebiyet veren lisans şartlarının eksikliği ya da yokluğu, başvuruda bulunan ve halihazırda lisanslı olan tüzel kişinin kusurundan kaynaklanmaktadır. Oysa, (f) bendi kapsamında her ne kadar “lisans iptali” ifadesi kullanılsa da kabahat niteliğinde bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Hukuka aykırılık teşkil eden fiiller halihazırda lisanslı olan tüzel kişinin kusurundan kaynaklanmamaktadır. Dolayısıyla lisans iptali yaptırımı yerine lisansın geri alınması/kaldırılması işlemleri söz konusudur.⁵¹³
- (ç) bendi, kabahatler hukukunda da geçerli kanunilik ilkesinin bir alt ilkesi olan “belirlilik” ilkesi açısından incelendiğinde sorunlu bir madde niteliğinde gözükmemektedir. Zira, bendin ilk cümlesi ile ikinci cümlesi birbiriyle uyumlu değildir. Şöyle ki; lisans verilmesinde aranan şartlar konusunda, gerçek dışı belge sunulması veya yanıltıcı bilgi verilmesi veya lisans verilmesini etkileyecek lisans şartlarındaki değişikliklerin Kuruma bildirilmemesi hallerinde mutlaka idari para yaptırımı uygulanacak mıdır? Yoksa düzeltilmesi mümkün olan - olmayan şart ayrımı yapıldıktan sonra düzeltilmesi mümkün olanlarda idari para yaptırımı uygulanarak mı ihtar mekanizması işletilecek ve yine de düzeltme yapılmadığı takdirde lisans iptal edilecektir? Diğer bir deyişle düzeltilmesi mümkün olmayan ya da ihtara rağmen düzeltilmeyen şartın bulunduğu durumlarda sadece lisans iptali mi yoksa idari para yaptırımı ile birlikte lisans iptali mi uygulanacaktır?

⁵¹³ Uran, a.g.e., 171-173; Ulusoy ise ruhsatın veya lisansın geri alınması niteliğindeki işlemlerin yaptırım uygulanan kişiler aleyhine olumsuz sonuç doğurmaları ve dolaylı mevzuat ihlalinin kaynaklanmaları nedeniyle idari yaptırımlar için gerekli özellikleri taşıdığını belirterek idari ceza olmasa da idari iznin geri alınması kategorisinde değerlendirilebilecek idari yaptırımlardan olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, 178-179.

- Diğer bir husus da (ç) bendi kapsamında kabahat niteliğinde fiil işleyen tüzel kişiye hukuka aykırılığı düzeltme imkanı tanınmışken (f) bendi kapsamında bu imkanının tanınmamış olmasıdır.

Bu çerçevede, belirlilik ilkesine aykırı olduğunu düşündüğümüz (ç) bendinde mutlaka tadil yapılması gerekmektedir.

3.3.1.1.4.İştirak ilişkisi yasağına aykırılık

İştirak, EPK'nın 3 üncü maddenin birinci fıkrasında *“Kamu iktisadi teşebbüsü olanlar hariç olmak üzere; doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya başka şirket ve şirketler veya gerçek kişi ve kişilerle birlikte piyasada faaliyet gösteren herhangi bir tüzel kişiyi kontrol eden şirket veya doğrudan ya da dolaylı olarak, tek başına veya birlikte, başka herhangi bir şirket ve şirketler veya gerçek kişi ve kişiler tarafından kontrol edilen, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişiyi ve bu şirketlerin ve/veya piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin birinin diğeriyle veya birbirleriyle olan doğrudan veya dolaylı ilişkisi...”* şeklinde tanımlamıştır.

İştirak tanımı, “kontrol”ü içeren bir tanımlama getirdiğinden “kontrol”ün ne ifade ettiğini de belirlemek gerekmektedir. Nitekim EPK kontrolü *“Bir tüzel kişi üzerinde ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan hakları, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir tüzel kişinin malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir tüzel kişinin organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan hakları veya sözleşmelerle meydana getirilen hakları,”* şeklinde tanımlamıştır.

Yukarıdaki tanımlar çerçevesinde iştirak, hem piyasada faaliyet gösteren tüzel kişileri, hem bu kişileri kontrol eden kişileri, hem de bu kişilerin aralarındaki doğrudan veya dolaylı ilişkiyi ifade etmektedir.

EPK'nın 9 uncu maddesinin birinci fıkrasında dağıtım şirketlerinin iştirak ilişkisi hakkında *“...Piyasa faaliyeti gösteren tüzel kişiler bir dağıtım şirketine ve dağıtım şirketi piyasa faaliyeti gösteren tüzel kişilere doğrudan ortak olamaz...”*

hükmüne yer verilmiştir. Aynı şekilde dağıtım şirketinin yükümlülüklerinin sayıldığı Lisans Yönetmeliği'nin 33 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (t) ve (u) bentleri dağıtım şirketlerinin *“t) Piyasa faaliyeti gösteren diğer tüzel kişilere doğrudan ortak olmamak,*

u) Piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilere, ortaklık yapısında doğrudan pay sahibi olarak yer vermemek,” ile yükümlü olduklarını belirtmektedir.

Diğer taraftan, önemli bir hükümde Lisans Yönetmeliği'nin 33 üncü maddesinin beşinci fıkrasında yer almaktadır. Bu fıkra göre *“(5) Dağıtım şirketi ile dağıtım şirketiyle aynı kontrol ilişkisine sahip üretim ve görevli tedarik şirketlerinin yönetim kurulu üyesi, genel müdür ve genel müdür yardımcısı unvanları ile başka unvanlarla istihdam edilseler dahi yetki ve görevleri itibarıyla genel müdür yardımcısına denk veya daha üst makamlarda imza yetkisini haiz diğer yöneticilerin farklı kişilerden oluşturulması zorunludur. Dağıtım şirketinde görevli olan söz konusu yöneticiler, ilgili ana şirketin dağıtım ile perakende satış ve/veya üretim faaliyetlerini birlikte izlemek, koordine etmek, yönetmek, denetlemek gibi amaçlarla veya bu etkileri doğurabilecek şekilde, ilgili ana şirket bünyesinde veya kontrolünde olan şirketlerde oluşturulan; kurul, yönetim kurulu ve benzeri yapılanmalarda görev alamaz.”*

Anılan hükümler çerçevesinde ilgili mevzuatın izin verdiği iştirak ilişkisinin kapsamı dışındaki bir ilişkinin varlığı halinde şirketin ihtar edilmesi gerekmektedir. İhtara rağmen iştirak ilişkisinin düzeltilmemesi halinde ise idari para yaptırımı öngörülmüştür.

3.3.1.1.5. Lisans kapsamı dışında faaliyet gösterme

Söz konusu kabahat, EPK'nın 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi düzenlenmiş olup önceki bentlere göre daha ağır idari para yaptırımına tabi tutulmuştur.⁵¹⁴

⁵¹⁴ Anılan bent “Piyasada lisans kapsamı dışında faaliyet gösterildiğinin saptanması hâlinde, on beş gün içinde kapsam dışı faaliyetin veya aleyhte faaliyetin durdurulması ihtar edilir. Yapılan yazılı ihtara rağmen aykırı durumlarını devam ettirenlere bir milyon Türk Lirası idari para cezası verilir.” hükmünü içermektedir.

EPK, her lisans türü için lisans sahibinin hak ve yükümlülüklerinden oluşan bir rejim öngörmüştür. Lisans sahipleri, lisansa konu faaliyeti lisansın izin verdiği ölçüde yerine getirebilirler. Bu minvalde, EPK'nın 9 uncu maddesinin birinci fıkrasına göre dağıtım şirketinin gerek elektrik piyasasında gerekse elektrik piyasası dışında iştigal edebileceği tek faaliyet dağıtım faaliyetidir. Ancak dağıtım faaliyetiyle birlikte yürütüldüğü taktirde verimlilik artışı sağlayacak piyasa dışı bir faaliyetle iştigal edilebilmesi imkanı da tanınmıştır. Öte yandan, genel aydınlatma, dağıtım sistemi teknik ve teknik olmayan kayıplarını karşılamak amacıyla kullanılmak üzere elektrik enerjisi satın alınması ile sistem teknik ve teknik olmayan kayıplarını karşılamak için sözleşmeye bağlanan enerjinin gerçekleştirmeler nedeniyle fazlasının satışı, iştigal yasağının istisnası şeklinde EPK'da düzenlenmiştir.

Lisans kapsamı dışında faaliyet gösterme yasağı ile dağıtım şirketinin, sınırları çizilen faaliyet alanı dışına çıkmasına izin verilmemiştir. Söz konusu kabahat EPK'da ayrı bentte idari para yaptırımına tabi tutulmasaydı dahi torba bent olan (b) bendi kapsamında cezalandırılabilirdi. Zira lisans kapsamı dışında faaliyet gösterme yasağı, aynı zamanda "ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık" teşkil etmektedir.

Lisans kapsamı dışında faaliyet gösterme ile lisanssız faaliyet gösterme birbirinden farklı fiillerdir. İlkinde tüzel kişi elektrik piyasasında lisansa dayalı faaliyet göstermekte ve fakat sınırlarını aşmakta, ikincisinde ise faaliyete esas teşkil eden bir lisans bulunmamaktadır.

Nitekim, 5015 sayılı Kanun kapsamında lisanssız faaliyet gösterildiğinden bahisle verilen idari para yaptırımına ilişkin davada Danıştay "...Olayda, bayilik lisansı sahibi olan davacı şirketin, sadece kullanıcılara akaryakıt satışı yapmasına izin verilmesine karşın, bayilik lisansı ile faaliyet gösteren firmalara akaryakıt satışı gerçekleştirdiği hususunun sabit olduğu, bu durumun sahip olunan lisansın verdiği haklar dışında faaliyet gösterilmesi kapsamında olduğu ve bu nedenle lisans almaksızın lisansa tabi faaliyetlerin yapılmasının olayda söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, bayilik lisans sahibi davacı şirkete, 5015 sayılı Kanun'un 19. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin (2) numaralı alt bendi

kapsamında ve anılan maddenin dördüncü fıkrası hükmü göz önünde bulundurularak idarî para cezası uygulanması gerekmekte iken, 5015 sayılı Kanun'un 19. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendi uyarınca ve anılan maddenin dördüncü fıkrası hükmü göz önünde bulundurulmaksızın 739.666-TL idari para cezası verilmesine ilişkin uyuşmazlık konusu Kurul kararının bu kısmında ve davanın reddine ilişkin mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.”⁵¹⁵ şeklinde karar vermek suretiyle anılan farkı gözeterek hüküm tesis etmiştir.

3.3.1.1.6. Genel aydınlatma kapsamında yanmayan, yerinde olmayan armatür ve/veya direklere ilişkin eksikliklerin giderilmemesi

Anılan kabahat, 28.11.2017 tarihli ve 7061 sayılı Kanun değişikliği ile EPK'nın 16 ncı maddesine sekizinci fıkra olarak eklenen madde ile düzenlenmiştir. Buna göre, dağıtım şirketinin olağan denetimi haricinde, genel aydınlatma kapsamında yanmayan, yerinde olmayan armatür ve/veya direklere ilişkin eksiklerin tespit edilmesi halinde söz konusu eksikliklerin giderilmesi için dağıtım şirketine süre verilir. Belirlenen sürede eksikliklerin giderilmemesi halinde ETKB'nin bildirmesini müteakiben her bir direk veya armatür için beş yüz Türk lirası idari para cezası verilir.

3.3.2. Lisans iptali

Lisans iptali yaptırımı ağır bir yaptırım türü olup lisans sahibinin artık elektrik piyasasında faaliyet gösteremeyeceğini ifade eder. Anılan yaptırım, özellikle de dağıtım lisansı söz konusu olduğunda, tüketicileri ilgilendirmesi ve şebeke faaliyetinde bulunulması hasebiyle sadece lisans sahibini etkilememektedir. Zira, lisansın iptal edilmesi halinde lisansa dayanak teşkil eden İHD sözleşmesi de kendiliğinden sona ermektedir.⁵¹⁶ Ayrıca, ilerleyen kısımlarda açıklanacağı üzere

⁵¹⁵ D. 13. D. E. 2014/3551, K.2015/976, T.11.03.2015.

⁵¹⁶ İHD Sözleşmesinin ilgili maddesine göre “4.1. Sözleşme'nin süresi, Sözleşme'nin imzalandığı tarihten Şirketin sahibi olduğu Dağıtım Lisansının süresinin sonuna kadardır. Söz konusu Dağıtım Lisansının süresinin bitmesi veya Dağıtım Lisansı'nın süresinden önce herhangi bir sebeple iptal edilmesi halinde Sözleşme herhangi bir ihbar veya ihtara gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer.”

EPK'nın 5 inci maddesinin sekizinci fıkrası çerçevesinde yasaklılık yaptırımını da kendiliğinden uygulanacaktır.

3.3.2.1. Lisans iptaline neden olan kabahatler

3.3.2.1.1. Lisans verilmesine esas şartların yokluğu

Lisans müracaatında veya lisans yürürlüğü sırasında, lisans verilmesinde aranan şartlar konusunda, gerçek dışı belge sunulması veya yanıltıcı bilgi verilmesi veya lisans verilmesini etkileyecek lisans şartlarındaki değişikliklerin Kurula bildirilmemesi hâlinde;

- gerçek dışı belge veya yanıltıcı bilgi veya lisans şartlarındaki değişikliğin düzeltilmesinin mümkün olmaması ya da
- düzeltilmenin mümkün olmasına karşın yapılacak yazılı ihtarla rağmen aykırı durumlarını devam ettirenlerin

lisansı iptal edilir. EPK lisansın, hukuka aykırılığın fark edildiği güne kadar yürürlükte olduğunu göz önünde bulundurarak hemen iptal edilmesi yerine hukuka aykırılıklar arasında ikili bir ayırmada bulunmuş ve düzeltilmesi mümkün olanlar için ihtar mekanizması öngörmüştür.

Yukarıda da açıkladığımız üzere her ne kadar (f) bendinde lisans iptali tabiri kullanılmış olsa da kanaatimizce lisansın geri alınması/kaldırılması söz konusudur.

3.3.2.1.2. Kanuna karşı hile veya gerçek dışı beyanda bulunulması

“Kanuna karşı hile” ile “gerçek dışı beyanda bulunma” ağır bir yaptırım olan lisans iptali neticesini doğurmaktadır. Bu kadar ağır bir yaptırım netice veren kanuna karşı hile, emredici bir hükmün amacına aykırı bir sonuca varmak için kanunun başka hükümlerinden yararlanılması⁵¹⁷, diğer bir deyişle de kanunun yasakladığı sonuca yasaklamadığı bir yoldan ulaşılmasıdır.

⁵¹⁷ Oğuzman, a.g.e., 146-147.

Anılan kabahat ilk defa EPK ile elektrik piyasasında yaptırıma tabi tutulmuştur. Ancak (ç) bendi göz önünde bulundurulduğunda, lisans şartları konusunda gerçek dışı belge sunulması veya yanıltıcı bilgi verilmesi halinde dahi mümkünse ihtar mekanizması işletilirken bu bentte ihtar mekanizmasının işletilmemesi anlaşılır değildir. Bu meyanda, lisans iptali yaptırımı ölçülülük ilkesi bakımından da tartışmaya açık bir hale gelmektedir.

3.3.2.1.3. Lisans sahibinin gayrisafi gelirinin yüzde onuna ulaşan idari para yaptırımı uygulanması

EPK'nın 16 ncı maddesinin ikinci fıkrasına göre, idari para yaptırımı gerektiren fiilin iki yıl içinde tekerrürü halinde uygulanacak idari para yaptırımlarının yaptırıma muhatap tüzel kişinin bir önceki mali yılına ilişkin bilançosundaki gayrisafi gelirinin yüzde onuna ulaşması halinde lisans iptal edilebilir.

EPK'nın 16 ncı maddesinin birinci fıkrası kapsamında idari para yaptırımı uygulanan tüzel kişilerin aykırılığı gidermediği hallerde, söz konusu tüzel kişi tekrar ihtar edilmek suretiyle süre verilerek aykırılığın giderilmesi gerektiği bildirilir. İhtara rağmen aykırılık giderilmezse idari para yaptırımı, bir öncekinin iki katı oranında arttırılarak uygulanır. Bu şekilde, aykırılık giderilene kadar yaptırım uygulanmaya devam edilmekle birlikte, nihai idari para yaptırımı miktarının, aykırılıkta ısrar eden tüzel kişinin bir önceki mali yılına ilişkin bilançosundaki gayrisafi gelirinin yüzde onuna ulaşması halinde lisans iptal edilebilir. Burada, şu hususu da eklemek gerekir ki aykırılık, ihtarla verilen sürelerden herhangi birinde giderilmekle birlikte son uygulanan idari para yaptırımının verildiği tarihten itibaren iki yıl içerisinde tekrarlanırsa yine iki katı oranında arttırılarak idari para yaptırımı uygulanır.

Yukarıda belirtilen şekilde tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için yaptırıma muhatap tüzel kişinin, iki yıl içinde aynı fiili işlemesi gerekir. Bu husus özellikle torba bent olan (c) bendi kapsamında önem arz etmektedir. EPK'nın açıkça "aynı fiil" terimini kullanmış olması hususu göz önünde bulundurulduğunda aynı bendin ihlali tekerrür hükümlerinin uygulanması için yeterli değildir.

Değinilmesi gereken diğ er bir husus da idari para yaptırım ı miktarının, yaptırıma muhatap tüzel kişinin bir önceki mali yılına ilişkin bilançosundaki gayri safi gelirinin % 10'una ulaşması halinde, Kurulun lisans iptaline doğrudan hükmetmesinin zorunlu olmaması, diğ er bir deyişle lisans iptaline karar vermede bağlı yetkinin değil takdir hakkının bulunmasıdır.

3.3.3. Yönetim Kuruluna  ye Atama İle Diğ er Mali Yaptırımlar Ve Bunlara İlişkin Kabahatler

EPK'nın en önemli yeniliklerinden biri de ilk defa dağıtım şirketlerine özgü yaptırımlara kanunda yer vermesidir. EPK'nın 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında yaptırımlara neden olan kabahatler tahdidi olarak zikredilmiş, ardından kabahatler karşılığında uygulanacak yaptırımlar, yaptırımın ağırlığına göre sırasıyla sayılmıştır.

EPK'nın 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrasına göre “ (3) *Bir dağıtım bölgesinde lisansı kapsamında faaliyet gösteren dağıtım şirketinin, mevzuat ihlallerinin dağıtım faaliyetini Kurum tarafından hazırlanan yönetmelikte belirlenen usul ve esaslara uygun biçimde yerine getirmesini kabul edilemeyecek düzeyde aksattığının veya mevzuat ihlallerinin dağıtım faaliyetinin niteliğini ya da kalitesini kabul edilemeyecek düzeyde düşürdüğünün veya mevzuata aykırılıkları itiyat edindiğinin veya acze düşmesi ya da acze düşeceğinin Kurul kararıyla belirlenmesi durumunda aşağıdaki yaptırımlar ayrı ayrı veya birlikte uygulanabilir:*

- a) Lisans sahibi tüzel kişinin yönetim kurulu üyelerinin bir kısmına veya tamamına görevden el çektirilerek yerlerine Kurul tarafından atama yapılır.*
- b) Dağıtım lisansı sahibi tüzel kişi tarafından tarife kapsamında yerine getirilmesi gerekirken getirilmeyen hizmetlerin ve yatırımların mali karşılıkları öncelikle şirketin diğ er faaliyetlerinden elde ettiği gelirlerden, yetmemesi hâlinde mevcut ortakların temettü gelirlerinden ve nihayet hisseleri nama yazılı ortakların malvarlıklarından temin edilir.*
- c) Dağıtım sistemini işletme hakkına sahip tüzel kişinin tespiti için gereken iş ve işlemler 18 inci maddenin birinci fıkrası çerçevesinde gerçekleştirilir.*
-  ) İlgili dağıtım sistemini işletme hakkını elde ettiğini tevsik eden ve bu Kanun uyarınca öngörülen yükümlülükleri yerine getiren tüzel kişiye yeni lisans verilir.*

d) Kurum tarafından tüketicilerin korunması ve hizmetlerin aksamaması için, lisansı sona erdirilen dağıtım bölgesi için başka bir tüzel kişiye dağıtım lisansı verilene kadar her türlü önlem alınır.”

Anılan hükmün uygulanmasını sağlamak üzere Tedbirler Yönetmeliği yayımlanmıştır. Söz konusu Yönetmelik, temel olarak, Kanunda yer verilen yaptırımların uygulanmasını gerektiren hallerin nasıl tespit edileceğini, yönetim kuruluna atanacak üyelerin niteliklerini, dağıtım lisansının iptaline karar verilmesi halinde TEDAŞ'a eşzamanlı lisans verilmesini ve yeni lisans sahibi şirketin belirlenme sürecine ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir.

EPK'nın 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrasının ilk cümlesinde kabahat niteliğindeki fiiller sayılmış, devamında ise yaptırımlar ağırlıklarına göre sıralanmıştır. Buna göre dağıtım lisanslarına özgü kabahat türleri şu şekilde sıralanabilir:

- mevzuat ihlallerinin, dağıtım faaliyetinin Kurum tarafından hazırlanan yönetmelikte belirlenen usul ve esaslara uygun biçimde yerine getirilmesini kabul edilemeyecek düzeyde aksatması
- mevzuat ihlallerinin, dağıtım faaliyetinin niteliğini ya da kalitesini kabul edilemeyecek düzeyde düşürmesi
- mevzuata aykırılıkların itiyat edinilmesi,
- acze düşülmesi ya da acze düşüleceğinin Kurul kararıyla belirlenmesi

Anılan kabahatler incelendiğinde, son kabahat dışındaki her bir kabahatin, hukuka aykırılıkları çerçeve niteliğinde çizdiği görülmektedir. Zira, “kabul edilemeyecek düzeyde aksatma/düşürme” ve “itiyat edinme” ifadeleri ancak ikincil mevzuatla içeriği doldurulabilecek ifadelerdir.

Yukarıda belirtilen kabahatler karşılığında öngörülen yaptırımlar ise şu şekilde sıralanabilir:

- dağıtım şirketinin yönetim kuruluna üye atama

- yapılmayan yatırım ve hizmetlerin mali karşılığının şirketin diğer gelirlerinden / ortakların temettü gelirinden / ortakların malvarlığından temin edilmesi
- lisansın iptal edilmesi

Öncelikle şu hususun belirtilmesi gerekmektedir: 16 ncı maddenin üçüncü fıkrasının (c) bendinde her ne kadar açıkça lisans iptalinden bahsedilmese dahi “Dağıtım sistemini işletme hakkına sahip tüzel kişinin tespiti için...” ifadesinden anlaşılması gereken husus, mevcut dağıtım şirketinin dağıtım lisansının iptal edileceğidir. Zira, anılan bentte yaptırımın adı konmadan yaptırımın bir sonraki aşamasından bahsedilmiştir.

Diğer taraftan, söz konusu fıkranın (a) ve (b) bendinde yer alan yaptırımlar ile (c) bendi kapsamındaki iptal yaptırımının da farklı nitelikleri haiz olduğu değerlendirilmektedir. Zira (a) ve (b) bendindeki yaptırımlar idari tedbir niteliğinde iken (c) bendinde idari ceza niteliğinde iptal yaptırımına yer verilmiştir. (a) ve (b) bentlerinde kamu hizmeti niteliğindeki dağıtım faaliyetinin mevzuata uygun bir şekilde nitelikli ve kaliteli olarak sürekli biçimde görülmesini sağlamak üzere dağıtım lisansı iptal edilmeksizin ihlali durdurma-önleme-engelleme amacıyla tedbirler alınmaktadır. Nitekim Tedbirler Yönetmeliği’nin 8 inci maddesinin ikinci fıkrası “(2) Kurul tarafından birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde yer alan tedbir ve/veya yaptırımların uygulanmasına karar verilmesinden sonra, gerekli görülmesi halinde alınan tedbir ve/veya yaptırımların kaldırılmasına veya diğer tedbir ve/veya yaptırımların uygulanmasına karar verilebilir.” hükmünü içermekte olup yaptırımın geçiciliğine ve aykırılığı durdurma amacına vurgu yapmaktadır.

3.3.4. Yasaklılık

EPK’nın 5 inci maddesinin sekizinci fıkrası “(8) *Lisansı iptal edilen tüzel kişi, bu tüzel kişilikte yüzde on veya daha fazla paya sahip ortaklar ile lisans iptal tarihinden önceki bir yıl içerisinde görevden ayrılmış olanlar dâhil, yönetim kurulu başkan ve üyeleri, lisans iptalini takip eden üç yıl süreyle lisans alamaz, lisans başvurusunda bulunamaz, lisans başvurusu yapan tüzel kişiliklerde doğrudan*

*veya dolaylı pay sahibi olamaz, yönetim kurullarında görev alamaz.” hükmünü içermektedir.*⁵¹⁸

Yasaklılık, lisans iptali halinde-Kurumun karar vermesine bağlı olmaksızın-kanun tarafından öngörülen ek bir tedbirdir. Lisans iptali gibi ağır bir yaptırıma neden olacak kabahatleri işleyen lisans sahiplerinin ve bunlarla ilgili kişilerin piyasanın oyuncusu olmaları belli bir süre engellenmektedir.

Yasaklılık, bütün lisans türlerinin -hangi nedenle olursa olsun- iptali halinde uygulanabilir. Zira, yasaklılığa ilişkin hükmün yer aldığı fıkra, “Lisansı iptal edilen tüzel kişi...” ifadesiyle başlamaktadır.

Söz konusu yaptırım sadece lisansı iptal edilen tüzel kişi hakkında uygulanmaz. Lisansı iptal edilen tüzel kişi ile birlikte,

- Lisansı iptal edilen tüzel kişilikte yüzde on veya daha fazla paya sahip gerçek ve tüzel kişiler,
- Lisansı iptal edilen tüzel kişilikte son bir yıl içerisinde görev yapmış tüm yönetim kurulu başkan ve üyeleri

de anılan yaptırıma tabi tutulan gerçek ve tüzel kişiler kapsamına girmektedir.

4628 sayılı Kanunda yer alan düzenleme çerçevesinde ortakların yasaklı olabilmesi için yüzde ondan fazla pay sahibi olmaları ve Kurumca sorumluluklarının tespit edilmesi gerekli iken EPK’da objektif sorumluluk ilkesi benimsenerek sorumluluğun tespiti şartı kaldırılmış ve yüzde on oranında pay sahipleri de yasaklı sayılmıştır. Dolayısıyla yasaklılık bir yandan yüzde on oranında pay sahibi ortakları da kapsamıyla, bir yandan da sorumluluğun

⁵¹⁸ Yasaklılık yaptırımı EPK’dan önce içeriği farklı olmak üzere 4628 Kanunda da yer almaktaydı. Anılan Kanunun 3 üncü maddesinin altıncı fıkrası “Üretim tesisi yatırımını ilgili mevzuat çerçevesinde belirlenen süreler içerisinde gerçekleştiremeyen tüzel kişilerin ilgili lisansı iptal edilir. Lisansı iptal edilen tüzel kişi ile Kurumca sorumlulukları tespit edilmiş bulunmak kaydıyla; bu tüzel kişilikte yüzde ondan fazla paya sahip ortaklar ile görevden ayrılmış olan veya halen görevde bulunan yönetim kurulu başkan ve üyeleri lisans iptalini takip eden üç yıl süreyle lisans başvurusunda bulunamaz, lisans başvurusu yapan tüzel kişiliklerde doğrudan veya dolaylı pay sahibi olamaz.” hükmünü içermekteydi.

mevcudiyetine gerek duyulmaksızın ortak olmanın yeterli görülmesiyle genişletilmiştir.⁵¹⁹

Üretim lisansı iptali ve yasaklama kararına karşı açılan bir davada yerel mahkeme, lisansı iptal edilen tüzel kişilikte dolaylı yüzde on ve üzeri paya sahip ortakların yasaklı olamayacağını, zira bu hususta, EPK'nın anılan maddesinde açık bir düzenleme bulunmadığını belirterek işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar vermiştir.⁵²⁰

Eski düzenlemede piyasaya girişin engellenmesinin sadece ortaklık bazında düşünülerek hüküm altına alındığı görülmektedir. Zira, lisans iptalinde sorumluluğu bulunan ve lisansı iptal edilen tüzel kişilikte görevden ayrılmış veya halen görevde bulunan yönetim kurulu başkan ve üyelerinin sadece ortak olarak pay sahibi olduğu tüzel kişiler lisans başvurusunda bulunamayacaktır. Oysa, bu kişilerin yönetim kurulu başkanı, üyesi, denetçi veya müdür sıfatıyla görev aldığı tüzel kişilerin lisans başvurusunda bulunmasına bir engel yoktu. Yeni Kanunda ise yasaklı olan kişilerin yönetim kurullarında görev almaları da engellenmiştir.⁵²¹

⁵¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bkz. Çınar, H.Y. (2014), "Elektrik Piyasasında Yasaklılık:4628 Ve 6446 Sayılı Kanunlar Arasındaki Farklar", *Enerji Piyasası Bülteni*, (34-35), 39-41.

⁵²⁰ Ankara 3. İdare Mahkemesi, E.2015/2229, T.15.10.2015.

⁵²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bkz. Çınar, "Elektrik Piyasasında Yasaklılık:4628 Ve 6446 Sayılı Kanunlar Arasındaki Farklar", 39-41.



SONUÇ VE ÖNERİLER

Tezde varılan sonuçlar şu şekilde sıralanabilir:

1. Regülasyon, idarenin kolluk eksenli faaliyeti olup kamu hizmeti olsun ya da olmasın bir faaliyetin, faaliyetin icra edilmesine ilişkin temel hak ve özgürlüğe halel getirilmeden kamu yararı doğrultusunda yürütülmesini amaçlar. Bu amaç doğrultusunda regülasyon, esas itibariyle düzenleme olarak tezahür eder. Ancak, düzenlemeyi üst kavram olarak ele aldığımızda denetleme, planlama ve özendirme-teşvik faaliyetlerini de bünyesinde barındırır. Bu anlamda belirtmek gerekir ki regülasyon bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde olup olmaması ile ilgilenmez. Faaliyetin kamu yararı doğrultusunda yürütülmesi temel amaç olduğundan faaliyetin icra edilmesine ilişkin temel hak ve özgürlük ile kamu yararı arasında dengeyi/uzlaşmayı temin etmeye çalışır. Bu denge bazen yoğun düzenlemelerle bazen hiç müdahale edilmeyerek sağlanır. Buradaki müdahalenin kaynağı ve sınırı, idarenin düzenleme yetkisinin türevliği göz önünde bulundurulduğunda, kanundur. Dolayısıyla “regülasyon, faaliyetin rekabete açık olması halinde yoktur” şeklinde bir tespitle bulunulması da mümkün değildir.
2. EPK’nın nihai amacı serbest olsun ya da olmasın elektrik kullanan tüm tüketicilerin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu elektrik tüketmelerini sağlamaktır. Bu amaca ulaşılabilmesi için elektriğin üretimi, iletimi, dağıtımı, piyasa işletimi, toptan satışı, perakende satışı, ithalat ve ihracatı faaliyetlerinden müteşekkil ve lisans sahibi tüzel kişilerin oyuncusu olduğu, rekabet ortamında işleyen, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi bir piyasanın oluşturulması öngörülmüştür. İşte, bir regülasyon kurumu olarak EPDK, bu piyasa yapısı içerisinde faaliyet gösteren kişilerin Anayasa ve EPK ile öngörülen hak ve yükümlülükleri ile nihai hedef olan tüketici yararı arasındaki dengeyi ve uzlaşmayı sağlar. Anılan kişilerin faaliyetlerini tüketici yararı doğrultusunda sürdürmeleri için de gerektiğinde niteliği ve niceliği değişik müdahalelerde bulunur. Piyasa yapısı içerisindeki müdahalenin

yoğunluğu faaliyet bazında değiştiği gibi aynı faaliyet için farklı zamanlarda farklı yoğunlukta müdahalede bulunulabilir.

3. Elektrik piyasası faaliyetlerinden biri olan dağıtım faaliyeti; kamu yararı içeren, rekabet altında icra edilemeyen, ağ faaliyeti olması hasebiyle elektrik piyasasında hayati önemi haiz, belli ayrıcalıklar ve yükümlülüklerden oluşan bir rejime tabi ve yoğun regülasyon faaliyeti altında yürütülen bir kamu hizmetidir.
4. Dağıtım hizmeti özel hukuk kişileri olan dağıtım şirketleri tarafından İHD Sözleşmelerine dayalı olarak görülmektedir. Anılan sözleşmeler idari sözleşme niteliğini haizdir. Zira, sözleşmenin bir tarafında kamu tüzel kişiliği haiz olan TEDAŞ yer almakta, sözleşmenin amacı ve içeriği TEDAŞ tarafından görülen dağıtım kamu hizmetinin, işletme hakkı devri suretiyle, devralan şirket tarafından yürütülmesini sağlamak olmakta, sözleşme özel hukuku aşan şartlar içermekte ve hatta lisans alınmasını müteakiben tabi olunan mevzuatla birlikte değerlendirdiğimizde kamusal ayrıcalık ve yükümlülüklerden oluşan özel hukuku aşan bir rejimden ve imtiyaz tanınmasından bahsedilebilmektedir.
5. Lisans, bir tüzel kişinin talip olduğu faaliyeti görmesi için ehil olup olmadığını gösteren tek yanlı birel işlem niteliğinde bir kolluk işlemidir. Bir kamu hizmeti gördürme usulü değildir. Dağıtım faaliyeti özelinde konu irdelendiğinde, faaliyetin İHD sözleşmesi imzalanan dağıtım şirketi tarafından yürütülmesine ilişkin irade lisans dışında ve lisans öncesinde oluşmakta, lisans; faaliyetin düzenlenmesi, izlenmesi ve denetlenmesine ilişkin kamusal müdahalelerin bir aracı olmaktadır. Bu minvalde, lisans rejiminde, lisansa konu faaliyetin kimin tarafından görüldüğüyle ilgilenilmemektedir. O faaliyetin mevcut piyasa yapısı içerisinde kamu yararına uygun olarak hangi şekilde icra edilmesi gerekiyorsa onunla ilgilenilmektedir. Bu kapsamda faaliyetin kamu yararına en uygun şekilde yürütülmesini sağlamak için hak ve yükümlülüklerden oluşan bir kurguya gidilmektedir.
6. Kolluk alanında özel hukuk kişilerinden faydalanmada temel ölçüt, “kamu gücü”nden ziyade kamu yararı olmalıdır. Bu yarar da elektrik piyasası olması hasebiyle genel olarak ekonomik kamu yararı ve özelde de tüketici

yararı şeklinde tezahür eder. Kanun koyucunun özel sektörden faydalanmasının, tüketici yararına olması ve kişi özgürlüklerine de halel getirmemesi halinde mümkün olduğu düşünülmektedir. Kişinin statüsünde değişiklik yapacağı işlem idare tarafından tesis edildiği müddetçe hazırlık işlemlerinin özel sektör tarafından yapılması Anayasa'ya aykırı değildir.

7. Bugün itibariyle elektrik piyasasında regülasyonun en önemli boyutunu denetim faaliyeti oluşturmaktadır. Dağıtım şirketlerinin mevzuata uygun hareket edip etmediklerinin tespiti ve kabahat niteliğindeki ihlallerin idari yaptırımlara tabi tutulması ihtiyacı, düzenleme ihtiyacının önüne geçmiştir. Diğer bir deyişle kolluk faaliyetinin en işlevsel biçimde kullanılması gereklidir.
8. Elektrik dağıtım şirketlerinin denetimine ilişkin olarak denetim hizmeti satın alınacak şirketin finansmanın nasıl sağlanacağı hususunda, hizmet satın alınmasına izin veren kanunda hüküm bulunmaması halinde idarenin masrafları denetlenen dağıtım şirketlerinden alması mümkün değildir. Diğer bir deyişle İdare, hizmet alımına ilişkin ihaleyi kendisi yaptıktan sona bedeli kendisi ödemeli ve denetlenen şirketten finansman sağlamamalıdır. Zira, bu halde, 4734 sayılı Kanun kapsamına giren bir hizmet alımı bahis mevzu olacağından ve anılan Kanunla temel ilkeler ve çerçeve belli edildiğinden yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık söz konusu olmamaktadır. Finansmanın denetlenen şirketlerden sağlanacağı hususunda kanunda hüküm bulunması halinde ise 4734 sayılı Kanun'un uygulanması zorunluluğu ortadan kalktığından hizmet alımına ilişkin temel ilkelerin belirlenmemesi yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık teşkil edebilir.
9. Dağıtım şirketlerinin denetimi hususunda EPDK ve ETKB birlikte yetkilidir. ETKB'nin yetkisi, dağıtım şirketlerinin Kanun ve ikincil mevzuattaki tüm periyodik diğer bir deyişle rutin ve genel inceleme ve denetimiyle sınırlıdır. EPDK ise periyodik ve genel inceleme ve denetim yapmakla yükümlü olmayıp ETKB'den gelen raporlar hakkında tekrar inceleme ve denetim ihtiyacı doğduğunda bu inceleme ve denetimleri yapabilir. Diğer bir deyişle ETKB'den kuruma intikal eden raporların eksik, yetersiz olduğu ya da diğer bir gerekçeyle denetim yapılması ihtiyacı doğduğunda bu

ihtiyaca binaen denetim yapılması hususunda tartışmaları engellemek için EPDK'ya da denetim yetkisi verilmiştir. Diğer taraftan, EPK'da ve Teşkilat Kanununda bazı konularda EPDK'ya da inceleme ve denetim yetkisi verildiğinden söz konusu hususlarda ayrıca inceleme ve denetim yetkisine sahip olduğunu vurgulamak adına da EPK m.9/6'ya yer verildiği savlanabilir.

10. Denetim Yönetmeliği'nin bazı maddelerinin hukuka aykırı olduğu değerlendirilmektedir. Zira, ETKB'nin EPK kapsamında dağıtım şirketlerini denetim yetkisi EPK ve ikincil mevzuatla sınırlıdır. Oysa Yönetmeliğin ilgili maddeleri çerçevesinde denetim raporlarına konu olan ve şirketlerin mevzuata aykırı davrandıkları düşünülen işlemlerden bazıları EPK ve ikincil mevzuata değil de Bakanlığın kendi mevzuatına aykırılık teşkil etmektedir. EPDK, dağıtım şirketlerini, uymakla yükümlü oldukları her düzenleme kapsamında inceleyen, denetleyen ve bu düzenlemeler kapsamında anılan şirketlere yaptırım uygulayan genel yetkili idari merci değildir. Görev ve yetkileri EPK ve ikincil mevzuatla sınırlıdır. Nitekim EPDK, Kurumun görev alanına girmeyen konularda ETKB tarafından gönderilen raporlarda yer verilen hususlara ilişkin olarak karar almamaktadır. Bu çerçevede, Yönetmelikte değişiklik yapılması gerekmektedir.

11. EPK'nın idari yaptırımlara ve kabahatlere yer veren 16 ncı maddesinde özellikle kanunilik ilkesi açısından sıkıntılar doğuran hükümlere yer verildiğinden söz konusu maddede değişiklik yapılması gerekmektedir.

KAYNAKLAR

GENEL ESERLER

Aksoy, T. (2006). *Tüm Yönleriyle Denetim* (Genişletilmiş 2. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.

Akyılmaz, B., Sezginer, M., Kaya, C. (2011). *Türk İdare Hukuku* (Güncellenmiş 2. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Anayurt, Ö. (2012). *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları* (12. Baskı), Ankara: Seçkin Yayınevi.

Antalya, O. G. (2013). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2.Baskı), c.1, İstanbul: Beta Yayınevi.

Aslan, İ. Y., Katircioğlu, E., Altınay, G., Ardiyok, Ş., Ilıcak, A., Gültekin, B., Önal, E., Akçaoğlu, C., (2007). *Enerji Hukuku*, c.1, Bursa: Ekin Yayınevi.

Atay, E. E. (2016). *İdare Hukuku* (5. Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi.

Atay, E. E. (2016). *Hukuk Başlangıcı* (4. Baskı), Ankara: Gazi Kitabevi.

Aybay, A., Aybay, R. (2012). *Hukuka Giriş* (8. Baskı), İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Aydın, N. (2009). *Hukuka Giriş* (2. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.

Bakır, M. (2007). *Denetim* (5. Baskı), Trabzon: Dilara Yayınevi.

Balta, T. B. (1970). *İdare Hukukuna Giriş I*, Ankara: TODAİE Yayınları No:117.

Chalvidan, P.-H., Houteer, C. (1991). *Manuel Pratique De Droit Administratif*, Paris: Editions Eyrelles

Çağlayan, R. (2006). *İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu)* (1.Baskı), Ankara: Asil Yayınları.

De Laubadère, A. (1963). *Droit Administratif Special*, Paris: Presses Universitaires De France.

De Laubadère, A., Venezia, J.-C. (1993). *Traité De Droit Administratif* (5. Édition), Tome 3, Paris: LGDJ.

De Laubadère, A., Venezia, J.-C., Gaudemet, Y. (1996). *Traité De Droit Administratif* (14. Édition), Tome 1, Paris: LGDJ.

Delvolvé, P. (1998). *Le Droit Administratif* (2. Édition), Paris:Dalloz.

- Deryal, Y. (2011). *Hukukun Temel Kavramları (Hukuka Giriş)* (7. Baskı), Trabzon: Derya Kitabevi.
- Dinler, Z. (2002). *İktisada Giriş* (8. Baskı), Bursa: Ekin Kitabevi.
- Dönmezer S., Erman S. (1997). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku* (11.Baskı), c.1, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Duguit, L. (1954). *Kamu Hukuku Dersleri* (Çev. S. Derbil), Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.
- Duran, L. (1982). *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Erdoğan, M. (2006). *Denetim (Kavramsal ve Teknolojik Yapı)* (Güncelleştirilmiş 3. Baskı), Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları.
- Eroğlu, H. (1985). *İdare Hukuku* (5. Baskı), Ankara: Işın Yayıncılık.
- Foillard, P. (2011). *Droit Administratif*, Orléans: Éditions Paradigme.
- Giritli, İ., Bilgen, P., Akgüner, T., Berk, K. (2012). *İdare Hukuku* (Güncellenmiş 5. Baskı), İstanbul: Der Yayınları.
- Gözler, K. (2009). *İdare Hukuku* (Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 2. Baskı), c.2, Bursa: Ekin Yayınevi.
- Gözler, K. (2013). *Hukuka Giriş* (10. Baskı), Bursa: Ekin Yayınevi.
- Gözübüyük, A. Ş. (2012). *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları* (34. Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gözübüyük, A. Ş., Tan, T. (2011). *İdare Hukuku* (Güncelleştirilmiş 8. Baskı), c.1, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Guettier, C. (2000). *Droit Administratif*. (2. Édition). Paris: Editions Montchrestien.
- Günday, M. (2011). *İdare Hukuku* (10. Baskı), Ankara: İmaj Yayınevi.
- Güredin, E. (1999). *Denetim*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Güriz, A. (2013). *Hukuk Başlangıcı* (15. Baskı), Ankara: Siyasal Kitabevi.
- Houser, M., Donier, V., Droin, N. (2015). *Le Droit Administratif Aux Concours*, Paris: La Documentation Française.
- Kalabalık, H. (2014). *İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları* (Güncellenmiş 5. Baskı), Konya: Sayram Yayınları.
- Kalabalık, H. (2016). *İdare Hukuku Dersleri* (2. Baskı), c.2, Konya: Sayram Yayınları.

- Kangal, Z. T. (2011). *Kabahatler Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Karayalçın, Y. (1994). *Hukukta Öğretim, Kaynaklar, Metod* (4. Baskı) Ankara: BTHAE.
- Kutlu Gürsel, M. (2012). *Kamulaştırma Hukuku* (Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Lachaume, J.-F. (1999). *Les Grandes Decisions De La Jurisprudence*, Presses Universitaires De France.
- Legrand, A., Wiener, C. (2017). *Le Droit Public* (Édition 2017), Paris: La Documentation Française.
- Lombard, M. (2001). *Droit Administratif* (4. Édition), Paris: Dalloz.
- Lombart, P. (1992). *QCM de Droit Administratif*, Paris: Les Editions D'Organisation Universite.
- Long, M., Weil, P., Braibant, G., Delvolvé, P., Genevois, B. (1996). *Les Grands Arrêts De La Jurisprudence Administrative*, (11. Édition), Paris: Dalloz.
- Maliye Hesap Uzmanları Derneği. (2013). *Denetim İlke ve Esasları* (5. Baskı), c.1, İstanbul: Maliye Hesap Uzmanları Derneği.
- Oğuzman, K. (1994). *Medeni Hukuk Dersleri* (7. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Onar, S. S. (1960). *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, c.I, İstanbul: Hak Kitabevi.
- Öktem, N., Türkbağ, A.U. (2012). *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet* (5. Baskı), İstanbul: Der yayınları.
- Özay, İ. H. (2002). *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul: Alfa Yayınları.
- Özgenç, İ. (2010). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5.Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Öztaş, B. (2002). *Medeni Hukukun Temel Kavramları* (9. Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi.
- Rehbinder, M. (2015). *Hukuk Sosyolojisi*. (Çev. İ. Doğan, H.Kafkas). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Ricci, J.-C. (2004). *Le Droit Administratif* (4. Édition). Paris: Hachette Supérieur.
- Richer, L. (2014). *Droit Des Contrats Administratifs*, Paris: LGDJ Lextenso Éditions.
- Rivero, J. (1980). *Droit Administratif*, (9. Édition), Paris: Dalloz.

- Sancakdar, O. (2014). *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* (4. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Sözer, A. N. (2013). *Hukukta Yöntembilim* (4. Baskı), İstanbul: Beta Yayınevi.
- Tan, T. (1984). *Ekonomik Kamu Hukuku*, TODAİE Yayınları No:210.
- Tan, T. (2010). *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Trotabas, L., Isoart, P. (1982). *Manuel de Droit Public et Administratif* (20. Édition). Paris: LGDJ.
- Ulusoy, A. (2002). *Telekomünikasyon Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Vedel, G., Delvolvé, P. (1992). *Droit Administratif* (12. Édition), Tome 1, Paris: Presses Universitaires De France.
- Yalçın, İ. (2007). *Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Yayla, Y. (2010). *İdare Hukuku* (2. Baskı), İstanbul: Beta Yayınevi.
- Yıldırım, R. (2012). *İdare Hukuku Dersleri II*, Konya: Mimoza Yayınları.
- Yıldırım, T., Yasin, M., Karan, N., Özdemir, H. E., Üstün, G., Okay Tekinsoy, Ö. (2012). *İdare Hukuku* (4. Baskı), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Zarka, J.- C. (2016). *Le Droit Public*, Paris: Gualino Lextenso Édition.

MONOGRAFİLER / KİTAP BÖLÜMLERİ

- Afşar, M. (1999). *Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri’nde Özelleştirme ve Verimlilik İlişkisi*, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Yayınları No:159.
- Akbulut, B. (2014). *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi* (2. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Akcollu, F.Y. (2003). *Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayın No:117.
- Akıncı, M. (2017). *Danıştay Kararları Işığında İdarenin Gözetim ve Denetim Görevi*, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Alma, H. (2015). *Elektrik Dağıtım ve Perakende Satış Özelleştirmeleri: Şirket Değerlerinin Analizi*, Ankara: Tenva Yayınları.

- Ardıyok, Ş. (2002). *Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli*, Ankara: Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:9.
- Aslan, Z., Berk K. (2000). *Rekabet Kurumu'nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi*, İstanbul: Alfa Yayınları.
- Atıyas, İ. (2006). *Elektrik Sektöründe Serbestleşme Ve Düzenleyici Reform*, İstanbul: TESEV Yayınları.
- Atıyas, İ., Oder, B. (2007). *Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi*, Ankara: TEPAV Yayınları.
- Babalıoğlu, M. (2013). *Türkiye'de Elektrik Sektörüne Genel Bakış*, Ankara: Elektrik Üreticileri Derneği Yayınları.
- Başçıl, A. (2008). *Elektrik Dağıtım Şirketlerinin Özelleştirilmesi Öncesi ve Sonrası Yükümlülükleri*, İstanbul: Babıali Kültür Yayınları.
- Baytan, İ. (2009). *Özelleştirme Hukuku ve Uygulamaları* (2. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.
- Can, E. (2016). *İdari İşlemin Şekil Unsuru*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Can, M. E. (2006), *Hukuki Açıdan Elektrik Piyasasında Rekabet*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Chevallier, J. (2010). *Hukuk Devleti* (Çev. E. C. Gürcan) Ankara: İmaj Yayınevi.
- Çakal, R. (1996). *Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon*, Ankara: DPT Yayın No: 2455.
- Çakmak, Z. (2011). *Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu*, Ankara: Çakmak Yayınevi.
- Çal, S. (2008). *Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, Ankara: TOBB Yayını.
- Çal, S. (2010). *Türk İdare Hukukunda Ruhsat* (1.Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Çolak, N. İ. (2003). *Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve A.B.D Örneği*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Dieckhoff, E. (1991). *Les Autorites Administratives Independantes (sous la direction de Michel Gentot)*, CE.
- Dursun, H. (2015). *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi*, Ankara: Adalet Yayınevi.

- Ergün, Ç. E. (2010). *Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti* (1. Baskı), Ankara: Çakmak Yayınevi.
- Erkut, C. (1990). *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara: Danıştay Matbaası.
- Erkut, C. (1996). *Hukuka Uygunluk Bloku*, İstanbul: Kavram Yayınları.
- Esplugas, P. (2012). *Le Servic Public*. (3. Édition), Paris: Dalloz.
- Frison-Roche, M.-A. (2001). *Le Droit De La Régulation*, D. 2001. Chron.
- Gönen, Y. (2011). *Türkiye’de Elektrik Kamu Hizmetinin Yürütülmesi ve Lisans Usulü* (1.Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Gözler, K. (1998). *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği Ve Yorumu Sorunu*, Ankara: Us-A Yayıncılık.
- Guédon, M.-J. (1991). *Les Autorités Administratives Indépendantes*, Paris: LGDJ.
- Guillaume, E., Coudray, L. (2016). *Autorités de Régulation (Contentieux des), Répertoire de Contentieux Administratif*, Dalloz.
- İsbir, K. B. (2017). *Kamu Tüzel Kişiliği*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Karabulut, M. (2008). *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Karahanoğulları, O. (2004). *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)* (2. Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi.
- Karamustafaoglu, M. (2007). *Elektrik Üretimi Pazarındaki Mevcut Sözleşmelerin Pazarın Rekabetçi Yapısı Üzerindeki Etkileri*, Ankara: Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi Yayın No:84.
- Kekevi, H. G. (2008). *ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayın No:213.
- Kent, B. (2012). *Türk ve Alman Hukukunda Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi ve Düzenleyici Kurumları*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Keskin, B. (2008). *Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim*, İstanbul: Arıkan Yayınevi.
- Kır, A. (2013). *Kamu Hizmetinin Görülme Usullerinden Ruhsat Usulü ve Elektrik Piyasası Örneği*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kilci, M. (1994). *KİT’lerin Özelleştirilmesi ve Türkiye Uygulaması*, Ankara: DPT Uzmanlık Tezi Yayın No:2340.

- Kulalı, İ. (1997). *Elektrik Sektöründe Özelleştirme ve Türkiye Uygulaması*, Ankara: DPT Uzmanlık Tezi Yayın No:2479.
- Oğurlu Y. (2001). *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma* (2.Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Okay Tekinsoy, Ö. (2011). *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı* (1.Baskı), İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- Öden, M. (2003). *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özay, İ. H. (1985). *İdari Yaptırımlar*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını No: 3326.
- Özcan, E. E. (2010). *İdare Hukuku Açısından Türkiye’de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve Avrupa Birliği, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Özer, M. (2008). “Eksik Rekabet Piyasaları”, Şıklar, İ. (Editör). *İktisada Giriş* (6.Baskı), Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını No:1472.
- Özercan, M. (2007). *Elektrik Endüstrisinin Yeniden Yapılandırılması ve Deregülasyonu Sürecinde Parekende Satış Rekabeti*, Ankara: Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi Yayın No:78.
- Pekgüçlü Karabulut, G. (2007). *Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi*, Ankara: BTHAE.
- Sarısu, A., Yalova, Y., Topuz, G., Atay, Ö. (2016). *Elektrik Ve Türkiye Örneğinde Elektrik Dağıtım Hizmetlerinin Özelleştirilmesi*. Sarısu, A. (Editör), Ankara: Detay Yayıncılık.
- Sezginer, M. (2000). *İptal Davasının Uygulanma Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Sızlı Erol, G. (1999). *Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması*, Ankara: DPT Uzmanlık Tezi Yayın No: 2487.
- Singer, J. (1960). *Le Maire et Ses Pouvoirs de Police*, Édition Sirey.
- Şahin, C. (2010). *Amerikan Federal İdare Hukukunda “Regülasyon” (Ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları)* (1.Baskı), İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- Şahin, S. Y. (2012). *Enerji Sektöründe Ayırıştırma*, Ankara: Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi Yayın No:296.
- Tansuğ, Ç. (2009). *La Régulation Des Services Publics De Réseau En France Et En Turquie*, Paris: L’Harmattan.
- Tiryaki, R. (2008). *Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa*, Ankara: Yetkin Yayınları.

- Turan, E. (2012). “Elektrik Enerjisi ve Jeneratörler”, Demir, S. (Editör). *Elektrik Enerjisi Üretimi*, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını No:2506.
- Türk, Y. Z. (2014). *Türkiye’de Özelleştirme Uygulamalarının Analizi*, Ankara: Kalkınma Bakanlığı Uzmanlık Tezi Yayın No:2885.
- Ulu, G. (2011). *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Ulusoy, A. (2003). *Bağımsız İdari Otoriteler*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Ulusoy, A. (2004). *Kamu Hizmeti İncelemeleri* (1.Baskı), İstanbul: Ülke Kitapları.
- Ulusoy, A. (2005). *Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış*, Ankara: ELDER Yayını.
- Ulusoy, A. (2013). *İdarî Yaptırımlar*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Uran, E. (2012). *Türkiye’deki Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Uyaroğlu, Y. (2013). “Elektrik Enerjisi İletim ve Dağıtım Şebekeleri”, Demir, S. (Editör). *Elektrik Enerjisi İletimi ve Dağıtımı*, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını No:2786.
- Uz, A. (2011). *Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Devri Bakımından Anayasal Sınırlar* (1. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Valette, J.-P. (2013). *Droit Des Services Publics* (2. Édition), Paris:Ellipses Édition.
- Yasin, M. (2007). *Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi* (2. Baskı), İstanbul: Beta Yayınevi.
- Yereli, A. B. (2003). *Ekonomik Özgürlükler ve Türkiye’de Devlet- Birey İlişkisi*, Ankara: Gazi Kitabevi.
- Yiğitgüden, H. Y. (1999). *Türkiye’de Elektrik Enerjisi Sektöründe Özelleştirme Politikaları ve Çalışmaları*, İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayın No:1999-57.
- Yıldız Akgül, Ş. (2011). *İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yılmaz, D. (2014). *İdari İşlemin İcrailik Özelliği*, Ankara: Astana Yayınları.

MAKALELER / TEBLİĞLER

- Akıllıoğlu, E. (2005). Avrupa Topluluğu Kamu Hizmeti Yükümlülükleri İle Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri Kavramları Üzerine Notlar, *Rekabet Dergisi*, (21).

- Akın, Ü. (2000). Elektrik Üretim İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri, *Danıştay Dergisi*, (102).
- Akıncı, M. (2001). Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu, *Rekabet Dergisi*, (5).
- Albers, M. (2001). Energy Liberalisation and EC Competition Law, *Fordham 28th Annual Conference of Antitrust Law and Policy*.
- Alma, H. (2012). Elektrik Dağıtımında İlave Kalite Sözleşmeleri, *Enerji Piyasası Bülteni*, (23).
- Alma, H. (2013). Elektrik Piyasasında Lisanslar Ve Faaliyetler: 6446 Sayılı Kanun Sonrası Durum, *Enerji Piyasası Bülteni*, (27-28).
- Altın, A. (2013). Kamu Hizmeti Anlayışında Değişim, *ANEMON Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 1 (2).
- Aslan, Z. (1996). Devletin Ekonomiye Müdahalesi ve İktisadi Kolluk Faaliyeti İçinde Rekabetin Korunması, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, (14).
- Ataay, F. (2007). Enerji Özelleştirmelerinde “Özel Hukuk Sözleşmesi” Kullanılması Sorunu, *EMO Enerji Dergisi*, (2).
- Atakan, A. (2007). Kamu Düzeni Kavramı, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 13 (1-2).
- Atay, E. E. (2000). Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO'lar): Rekabet Konseyi, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*.
- Atay, E. E. (2006). Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, X (1,2).
- Atay, E. E. (2008). Normlar Hiyerarşisi, Erkler Hiyerarşisi İkilemi ve Düzenleyici Denetleyici Kurumlar, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VI*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Rekabet Kurumu.
- Ayanoğlu, T. (2000). Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 13 (1).
- Ayanoğlu, T. (2007). Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Düzenleme Yetkisi ve TAPDK Örneği, *İÜHFM*, 65 (1).
- Ayanoğlu, T. (2007). İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri, *İÜHFM*, 65 (1).
- Ayaydın, C. (2006). 5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Erden Kuntalp'e Armağan)*, c.2, İstanbul: Beta Yayınevi.

- Azrak, A. Ü. (1963). İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme, *İÜHFM*, 29 (3).
- Azrak, A. Ü. (2001). Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayını.
- Bağdadioğlu, N. (2009). Türk Elektrik Dağıtım Sektöründe Hizmet Kalitesine Yönelik Özendirici Bir Düzenleme Uygulaması, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 11(1).
- Berkarda, K. (2000). Amerika’da İdare Hukuku Var Mı?, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (Prof. Dr. Pertev Bilgen’e Armağan)*, 13 (1-3).
- Bon, P. (2016). Le But De La Police Administrative Générale Après L’affaire Dieudonné (Conseil D’état, 9 novembre 2015, Alliance Générale Contre Le Racisme Et Le Respect De L’identité Française Et Chrétienne Et Sarl Les Productions De La Plum Et M. D. M'bala m'bala, n° 376107), *RFDA*.
- Bölük, G. (2010). Türkiye Elektrik Piyasasında Düzenleyici Reform Ve Performans, *Rekabet Ekonomisi Ve Politikası Sempozyumu – III*, Türkiye Rekabet Kurumu ve Pamukkale Üniversitesi İİBF, Denizli.
- Brenet, F. (2013). La Délégation Unilatérale De Service Public, *AJDA*.
- Camadan, E. (2012). Elektrik Piyasasında Yeni Dönem ve Tarifeler, *Enerji Piyasası Bülteni*, (21).
- Camadan, E. (2012). Elektrik Tarifeleri ve Fiyat Eşitleme Mekanizması, *Enerji Piyasası Bülteni*, (22).
- Camadan, E. (2012). Elektrik Tarifeleri ve Gelir Farkı Düzeltme Bileşeni Uygulaması, *Enerji Piyasası Bülteni*, (23).
- Camadan, E. (2013). 6446 Sayılı Elektrik Piyasası Kanununda Elektrik Dağıtım Şirketlerinin Denetimi Üzerine Bir Yorum, *Enerji Piyasası Bülteni*, (27-28).
- Cannac, Y., Gazier F., “Etudes Sur Les Autorités Administratives Indépendantes”, in *E.D.C.E.* 1983/1984 n° 35.
- Chevallier, J. (2004). L’État Régulateur, *RFDP*, 2004/3 (no.111).
- Çağlayan, R. (2016). Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (7).
- Çağlayan, R., Doğan, B. F. (2008). “Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Verdiği Para Cezalarının Uygulanması Sorunu Üzerine”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XII (1-2).

- Çal, S. (2001). Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Kurumu, *Ankara Barosu Dergisi*, S.3.
- Çal, S. (2002). Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 51(2).
- Çal, S. (2007). Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XI (1-2).
- Çal, S. (2008). Araç Muayene Hizmetinin “Özelleştirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57 (2).
- Çal, S. (2010). İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XIV (1).
- Çetintürk, E. (2017). Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulamaz İlkesi, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (9).
- Çınar, H. Y. (2014). Elektrik Dağıtım Şirketlerini İnceleme ve Denetleme Yetkisi, *Enerji Piyasası Bülteni*, (36).
- Çınar, H.Y. (2014). Elektrik Piyasasında Yasaklılık: 4628 Ve 6446 Sayılı Kanunlar Arasındaki Farklar, *Enerji Piyasası Bülteni*, (34-35).
- Daştan, S. A., Selçuk, O. (2016). “Review of The Security of Supply in Turkish Energy Markets: Lessons From The Winter Shortages”, *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, (59).
- De Bellescize, R. (2006). Grandeur Et Servitude De La Notion De Service Public Constitutionnel, *RFDA*.
- Delaunay, B. (2012). Attribution Par Contrat D'une Activité De Police À Une Personne Privée Et Responsabilité Publique, Note Sous Conseil d'État, 10 Octobre 2011, Ministre De L'alimentation, De L'agriculture Et De La Pêche c. Jonnet, n° 337062, *RFDA*.
- Delvolvé, P. (1996). Les Contradictions De La Délégation De Service Public, *AJDA*.
- Demir, A. (2012). Hukukta Yorumda Kullanılan Külli Kaideler (Genel Hukuk Prensipleri, Legal Maxim), *Hukuk Biliminin Güncel Sorunları 3. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı* (ed. Abdulhakimoğulları, E., Yolçiyev, M., Şahinkaya, Y.), c.1, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Didriche, O. (2011). Délégation De Service Public Et Contentieux: Les Enseignements Récents De La Jurisprudence Administrative, *AJ Collectivités Territoriales*.

- Didriche, O. (2016). Les Nouvelles Règles En Matière De Passation Des Contrats De Concession, *AJ Collectivités Territoriales*.
- Didriche, O. (2016). Les Évolutions Récentes Des Contrats Administratifs, *AJ Collectivités Territoriales*.
- Donier, V. (2006). Les Lois du Service Public: Entre Tradition et Modernité, *RFDA*.
- Dreyfus, J.-D. (2002). Associations Et Délégation De Service Public, *AJDA*.
- Dreyfus, J.-D. (2002). La Définition Légale Des Délégations De Service Public, *AJDA*.
- Dreyfus, J.-D. (2016). Le Champ D'application Matériel De L'ordonnance Du 29 Janvier 2016 Sur Les Contrats De Concession (1), *AJ Collectivités Territoriales*.
- Duran, L. (1964). Türk Hukukunda İdari Mukaveleler, *İÜHFM*, (1-2).
- Duran, L. (1987). Peştemallık ve Ulufe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi, *Amme İdaresi Dergisi*, 20 (1).
- Duran, L. (1997). Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler, *Amme İdaresi Dergisi*, 30 (1).
- Dursun, H. (2017). İtalya'da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi ve Alınacak Dersler, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (10).
- Emek, U. (2001). İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine, Ulusoy, A. (Editör). *Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Ankara: Liberte Yayınları.
- Erdinç, B. (2012). İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012 (2).
- Evren, Ç. C. (2011). Kabahatlerde Kanunilik İlkesi, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 69 (1-2).
- Frison-Roche, M.-A. (2004). Définition Du Droit De La Régulation Économique, *Recueil Dalloz*.
- Gartner, F. (2006). Des Rapports Entre Contrats Administratifs Et Intérêt Général, *RFDA*.
- Gervier, P. (2016). Concilier L'Ordre Public Et Les Libertés, Un Combat Continu, *AJDA*.
- Guglielmi, G. J., (2001). Habilitation Unilatérale, Délégation Contractuelle Et Consistance Du Service Public, *RFDA*.

- Gölan, A. (1988). Kamu Hizmeti Kavramı, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 9 (1-3).
- Gölan, A. (2001). "Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği", Ulusoy, A. (Editör). *Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Ankara: Liberte Yayınları.
- Günday, M. (1999). Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu'nda sunulan tebliğ, *Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Günday, M. (2001). "Bağımsız İdari Otoriteler" konulu sempozyumda sunulan bildiri, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Güveyi, N. (2017). Anglo - Sakson Hukuk Sistemi ve Kara Avrupası Hukuk Sistemi Boyutuyla Ekonomik İdare Hukuku Üzerine Bazı Düşünceler, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21 (1).
- İçel, K. (2016). "Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (7).
- Janicot, L. (2008). L'identification Du Service Public Géré Par Une Personne Privée, *RFDA*.
- Karahanoğulları, O. (1998). Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale, *Çağdaş Yerel Yönetimler*, 7 (1).
- Kaşka, H. (2013). Kabahatlerin Beyaz Hüküm Niteliğindeki Normlarla Düzenlenebilmesi Meselesi (Kabahatler Kanunu Madde 4/1 Üzerine Bir İnceleme), *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3 (2).
- Korkutata, N. (2015). Dağıtım Faaliyeti Bedelsiz Olabilir Mi?, *Enerji Piyasası Bülteni*, (41).
- Le Chatelier, G. (2016). Annulation Par Le Conseil D'etat Des Arrêtés « anti-burkini », *AJ Collectivités Territoriales*.
- Le Roy, M. (2008). L'Imperfection Croissante Des Critères D'identification De La Délégation De Service Public, *AJDA*.
- Marcou, G. (2006). La Notion Juridique De Régulation, *AJDA*.
- Mısır, M. B. (2013). Hukuk ve Devlet Özdeşliğinin Ötesinde Kamu Hukuku, *Ankara Barosu Dergisi*, (2013/3).
- Mondou, C. (2011). L'association, Délégataire De Service Public, *AJ Collectivités Territoriales*.
- Oder, B. (2008). Regülasyon Kavramı Üzerine Bir Deneme, *Ali Ülkü Azrak 75. Yaş Armağanı*, İstanbul: Çizgi Basım Yayınevi.

- Odyakmaz, Z. (1998). Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1-2).
- Oğurlu, Y. (1999), İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayırımı, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1).
- Orak, C. Ç. (2015). Elektrik Üretim ve Dağıtım Tesislerinin Denetlenmesine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları Üzerine, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XIX (1).
- Özay, İ. H. (1998). Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da “A Tes Amour”, *İÜHFM*, 56 (1-4).
- Özay, İ. H. (2008). "Hukuk-Ekonomi İlişkisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı" konulu oturumda sunulan bildiri, *Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008*, C.4, Ankara: Ankara Barosu Yayını.
- Özkan, A. F. (2009). Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:67, (4).
- Pektaş, Z., Derdiman, R. C. (2016), Kamu Hizmetlerinin Özel Teşebbüslere Gördürülmesi Açısından Sosyal Devlet Anlayışının İçeriği ve Değeri, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2).
- Poupea, D. (2016). Référé-Suspension Et Jurisprudence Béziers II, CE 16 nov. 2016, req. n° 401321, *Dalloz Actualité*.
- Rapp, L. (2010). Electrique ! *AJDA*.
- Ruhi, M. E. (2005). Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuki Boyutu, *AÜEHFD*, 9 (3-4).
- Rumeli, A. (2010). Elektrik Enerjisi Ve Türkiye, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*.
- Sever, D. Ç. (2013). Kamu Hizmetlerinde Biçimsel Ölçütte Çözülme ve Anayasa’nın 128. Maddesinin I. Fıkrası, *Ankara Barosu Dergisi*, (2013/3).
- Sever, D. Ç. (2015). Türkiye’de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64 (1).
- Sezginer, M. (2013). İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler), *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XVII (1-2).
- Şahin, S. Y. (2012). Enerji Sektöründe Ayırıştırma Ve Türkiye Elektrik Piyasası Bakımından Bir Değerlendirme, *Enerji Piyasa ve Düzenleme Dergisi*, (1).
- Tan, T. (1972). Ekonomik Hukuk ve Ekonomik Kamu Hukuku, *Amme İdaresi Dergisi*, (5/1).

- Tan, T. (1991). Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı, *Anayasa Yargısı Dergisi*, c.8.
- Tan, T. (2000). *Bağımsız İdari Otoriteler, Perşembe Konferansları 4*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Tekinsoy, M. A. (2006). İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55 (2).
- Tekinsoy, M. A. (2007). Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı-Tartışmalar, Sorunlar, *Ankara Barosu Dergisi*, 65 (2).
- Tezcan D. (2008). AIHS Açısından Vergi Cezaları ve Adil Yargılanma Hakkı, *Danıştay ve İdari Yargı 138. Yıl*, Ankara: Danıştay Matbaası.
- Thurière, F. (1996). Problématique Du Sujet Pour Le Juge Administratif, *AJDA*.
- Tiryaki, R. (2014). Ekonomik Özgürlüklerin Kamu Hizmetinin Görülüş Usulleriyle İlişkisi, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (1).
- Türkoğlu, G. (2003). Çukurova Elektrik A.Ş. (ÇEAŞ), *Elektrik Mühendisliği Dergisi*, (419).
- Uler, Y. (1998). Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti, *Anayasa Yargısı*, c.15.
- Ulucan, D. (2014). Eşitlik İlkesi Ve Pozitif Ayrımcılık, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (Özel Sayı).
- Ulusoy, A. (1999). Türk İdare Sistemi İçerisinde Rekabet Kurumunun Yeri, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, Ankara: Rekabet Kurumu.
- Ulusoy, A. (1999). Fransız ve AB Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 48 (1-4).
- Ulusoy, A. (2000). Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme, *Ankara Barosu Dergisi*, s.2.
- Ulusoy, A. (2008). Hukuk-Ekonomi İlişkisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı konulu oturumda sunulan bildiri, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*, C.4 (Ekonomi ve Hukuk).
- Uran, E. (2008). BDDK'nın 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesinde Verdiği İzinlerin Hukuki Niteliği: Türk İdare Hukuku Sisteminde Yeni Bir İzin Türü, *BDDK Bankacılık ve Finansal Piyasalar Dergisi*, 2 (1).
- Vandermeeren, R. (2004). Police Administrative Et Service Public, *AJDA*.

- Verrier, O. (2016). Les Contrats Conclus Entre Entités Appartenant Au Secteur Public : L'exception Au Principe De Publicité Et De Mise En Concurrence, *AJ Collectivités Territoriales*.
- Viel, M.-T. (2014). Les Organismes Administratifs Experts, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (1).
- Yaşar, H. N., Cabioğlu Güler, S. S. (2016). Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Yetkileri Kapsamında Kamu Gücü İlişkisi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XX (4).
- Yavuz, M. (2008). Elektrik Piyasasında Piyasa Faaliyetleri, Ayrıştırma ve Çapraz Sübvansiyon Yasağı, *Ankara Barosu Dergisi*, (2008/4).
- Yılmaz, D. (2008). Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XII (1-2).
- Yiğitgüden, H. Y. (2001). Regülasyon ve Rekabet Sempozyumunda sunulan bildiri, *Regülasyon ve Rekabet*, Ankara: Rekabet Kurumu.

TEZLER

- Akgül Şen, A. (2007). *Özelleştirme Sürecindeki Tedaş'ın (Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi) Yeniden Yapılandırılması*, Afyonkarahisar Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Afyonkarahisar.
- Aslan, E. (2010). *Enerji Sektöründe İmtiyaz Sözleşmesi Çukurova-Kepez Örneği*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Ayaydın, C. (1998). *82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Bekri, M. N. (2010). *Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Türk Hukukundaki Uygulaması*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul.
- Bostancı, G. (2007). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Cindemir, H. (2006). *Ekonomik Kolluk Faaliyetleri ve Yargısal Denetimi*, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli.
- Daştan, D. (2010). *Elektrik Piyasasında Üretim Lisanslarının Hukuki Rejimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

- Ekinci, M. (2014). *6446 sayılı Yeni Elektrik Piyasası Kanununa Göre İdari Yaptırımlar*, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- Erdoğan, E. (2006). *Türkiye Enerji Piyasası Reformları: Ekonomik Analiz*, EPDK Uzmanlık Tezi, Ankara.
- Erdoğan, U. (2016). *Yargı Kararları Işığında İdare Hukukunda Yetki Devri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Gündüz, M. (2016). *Türk İdare Hukukunda İcrai Nitelikte Olmayan İşlemler*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Güzel O. (2007). *Bağımsız İdari Otoritelerde İdari Usul ve Yargısal Denetimi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara.
- Kütük, L. (2008). *İdarenin Parasal Yaptırımları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.
- Mahmutoğlu, F. S. (1993). *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda Yaptırım Rejimi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul.
- Oğuz İrkıçatal, B. (2009). *Elektrik Dağıtım Sektöründe Özelleştirme Ve Regülasyon Çerçevesinde Dünya Örnekleri İle Türkiye Uygulaması*, EPDK Uzmanlık Tezi, Ankara.
- Özeke, E. (2004). *Ekonomik Nitelikli Kamu Hizmetlerinin İdari Düzenlenmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Özkaya, A. (2012). *Elektrik Piyasasında Etkin Regülasyon ve Piyasa İzleme*, EPDK Uzmanlık Tezi, Ankara.
- Selçuk, O. (2006). *Rekabetçi Elektrik Piyasalarında Arz Güvenliği*, EPDK Uzmanlık Tezi, Ankara.
- Sever, D. Ç. (2013). *Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik Ve Özel Sağlık*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Sinoplu, E. B. (2009). *Sermaye Piyasası Kurulu'nun Uyguladığı İdari Yaptırımlar Ve Yargısal Denetimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Tarakçı, A. (2010). *Elektrik Dağıtım Faaliyetinde Tarife Düzenlemelerinin İncelenmesi*, EPDK Uzmanlık Tezi, Ankara.

- Tekinsoy, A. (2002). *İdari Sözleşme Rejiminin Temel İlkeleri*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Tokalı, M. (2010). *İdari Sözleşmeler ve Yargısal Denetimi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli.
- Türkmen, E. (2014). *Elektrik Piyasası ve Tarifeler*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Uyanık, H. (2013). *Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Ünlü, T. (2009). *Eşitlik İlkesi Ve Pozitif Ayrımcılık*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Konya.
- Yayla, A. (2012). *İdarenin Doğal Gaz Piyasasını Düzenleme Faaliyeti*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, İstanbul.
- Yıldırım, E. (2013). *İdari Kolluk Faaliyetinin Özel Hukuk Kişilerince Görülmesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, İstanbul.

YARGI KARARLARI

- AYM, E. 1994/43, K. 1994/42-2, T. 9.12.1994, RG Tarih-Sayı: 24.01.1995-22181.
- AYM, E. 1994/71, K. 1995/23, T. 28.6.1995, RG Tarih-Sayı: 20.03.1996-22586.
- AYM, E. 2011/27, K. 2012/101, T. 5.7.2012, RG Tarih-Sayı: 06.10.2012-8433.
- AYM, E. 2005/10, K. 2008/63, T. 21.2.2008, RG Tarih-Sayı: 07.11.2008-27047.
- AYM, E. 2001/383, K. 2003/92, T.16.10.2003, RG Tarih-Sayı: 19.01.2006-26054.
- AYM, E.1985/11, K.1986/29, T.11.12.1986, RG Tarih-Sayı: 18.04.1987-19435.
- AYM, E. 1976/27, K. 1976/51, T.22.11.1976, RG Tarih-Sayı:16.5.1977-15939.
- AYM, E.1963/128, K.1964/8, T.28.01.1964, RG Tarih-Sayı: 17.04.1964/11685.
- AYM, E.2007/2, K.2011/13, T.13.01.2012, RG Tarih-Sayı: 23.07.2011/28003.
- AYM, E.2001/377, K.2002/59, T.26.06.2002, RG Tarih-Sayı: 09.11.2002/24931.
- AYM, E. 2011/27, K. 2012/101, T.05.07.2012, RG Tarih-Sayı: 06.10.2012-28433.
- AYM, E. 2012/6, K. 2012/131 T. 27.09.2012, RG Tarih-Sayı: 13.02.2013-28558.

AYM, E.2012/102, K. 2012/207, T.27.12.2012, RG Tarih-Sayı: 02.04.2013-28606 mük.

AYM, E.2013/65, K. 2014/93, T. 22.5.2014, RG Tarih-Sayı: 24.6.2015-29396.

AYM, E. 2003/92, K. 2007/25, T. 15.3.2007, RG Tarih-Sayısı: 26.05.2007-26533.

AYM, E.1996/48, K.1996/41, T. 23/10/1996, RG Tarih-Sayı:18.09.1997-23114.

AYM, E. 1969/46, K. 1970/2, T. 6/1/1970, RG Tarih/Sayı:15.12.1970/13695.

AYM, E. 2001/232 K. 2001/89, T. 23.5.2001, RG Tarih-Sayı:19.01.2002-24645.

AYM, E. 2015/109 K. 2016/28, T. 7.4.2016, RG Tarih-Sayı: 03.05.2016-29701.

AYM, E. 2015/85, K. 2016/3, T.13.1.2016, RG Tarih-Sayı: 29.1.2016 – 29608.

AYM E. 2016/150, K. 2017/179, T. 28.12.2017, R.G. Tarih – Sayı: 15.2.2018 – 30333.

UM, E. 2003/22, K.2003/25, T. 28.4.2003, RG Tarih-Sayı: 7.7.2003-25161.

D. 13. D. E. 2016/898 K.2016/4091, T. 05.12.2016.

D. 13. D. E.2012/1871, K.2013/276, T.06.02.2013.

D. 13. D. E.2014/1213, K.2014/2380, T.11.06.2014.

D. 13. D. E. 2014/3551, K.2015/976, T.11.03.2015.

D. 1. D. E.2004/17, K. 2004/2405, T.03.2004.

D. 10. D. E. 1991/1 K. 1993/1752 T. 29.4.1993.

D. 10. D. E. 1993/278, K. 1994/4838, T.13.10.1994.

D. 10. D. E.1994/4934, K.1995/5487, T.13.11.1995.

Ankara 12. İdare Mahkemesi, E.2014/762, K.2014/1506, T. 20.11.2014.

Ankara 3. İdare Mahkemesi, E.2015/2229, T.15.10.2015 (YD).

T. confl. 13 oct. 2014, n° 3963, Sté Axa France IARD, Lebon.

T. confl. 9 mars 2015, n° 3984, Mme R. c/ Sté Autoroutes du Sud de la France , Lebon.

Une Commune Ne Peut Confier Des Missions De Police Municipale À Une « Garde » Bénévole, Ordonnance rendue par Tribunal administratif de Montpellier. 2016. *AJ Collectivités Territoriales*.

Vidéosurveillance : Le Contrat Avec Une Société Privée Ne Doit Pas Lui Déléguer Des Missions De Police Administrative. (2011). Jugement Rendu Par Tribunal Administratif De Grenoble 17-12-2010 n° 0705134, AJDA.

İNTERNET KAYNAKLARI

İnternet:<http://www.arnaudgossement.com/archive/2010/12/28/le-tribunal-des-conflits-statue.html#more>, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet:http://www.enerji.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FBelge%2FArz_Guvenligi_Strateji_Belgesi.pdf, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet:http://www.enerji.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FBelge%2FElektrik_Enerjisi_Sektoru_Reformu_ve_Ozellestirme_Strateji_Belgesi.pdf, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet:<http://www.epdk.org.tr/TR/DokumanDetay/Elektrik/Mevzuat/Yonetmelikler/Dagitim>, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet:<http://www.epdk.org.tr/TR/DokumanDetay/Elektrik/Mevzuat/Yonetmelikler/BaglantiSistemKullanim>, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet:http://www.enerji.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FBelge%2FArz_Guvenligi_Strateji_Belgesi.pdf, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet:<http://www.epdk.org.tr/TR/DokumanDetay/Elektrik/Mevzuat/Kanunlar/6446> Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet:<http://www.epdk.org.tr/TR/DokumanDetay/Elektrik/Mevzuat/Kanunlar/6446> Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet:<http://www.epdk.org.tr/TR/DokumanDetay/Elektrik/Mevzuat/Yonetmelikler/TuketiciHizmetleri>, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet:<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/FR/TXT/?uri=CELEX:32009L0072&from=EN>, Son Erişim Tarihi: 03.03.2017.

İnternet: <http://www.kcetas.com.tr/giris.asp?kanal=tarihce>, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007606873>, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet:<http://lisans.epdk.org.tr/epvys-web/faces/pages/lisans/elektrikDagitim/elektrikDagitimOzetSorgula.xhtml>, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet: <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Clause-exorbitante.htm>, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4628-20130213.pdf>, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4628-20130213.pdf> Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet: http://www.oib.gov.tr/2009/dosyalar/TEDAS%20Teaser_tur_2009.pdf, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet: <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/04/20040403.htm#6>, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss597m.htm>, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet: <http://www.teias.gov.tr/Kurulus.aspx>, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet: https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.durumu?kanun_no=6446, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss426.pdf>, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet: <http://www.trthaber.com/haber/ekonomi/elektrikte-sayac-okumaya-gun-limiti-260071.html>, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet: Atiyas, İ., Nunez Ferrer, J., Enerji Sektörü Raporu, İkinci Kuşak Yapısal Reformlar: Altyapı Sektörlerinde De-regülasyon ve Rekabet, <http://edam.org.tr/document/enerji%20sekt%20raporu%2085-127.pdf>, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet: Délégation de service public (Nouveau régime), Fiches d'orientation, <http://www.dalloz.fr>, Son Erişim Tarihi: 01.12.2016.

İnternet: Duguit, L. (1928). Traité De Droit Constitutionnel (3.Édition), 61, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57261436/f69.image.r=.langEN>. Son Erişim Tarihi: 01.12.2016.

İnternet: Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'Etat, http://www.conseil-etat.fr/content/download/1731/5221/version/1/file/etude_vi_30032010.pdf Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet: Kayıkçı, M. S., Elektrik Piyasasında Sistem Kullanım Anlaşmalarının Hukuki Niteliği, <http://www.lbfpartners.com/dosyalar/015429.pdf>, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet: Kazancı İçtihat Bankası.

İnternet: Özay, İ. H. (2002), “Anayasa: Özgürlükler ve İdari kolluk Etkinlikleri, 2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Yansımaları konulu bilimsel toplantıda sunulan bildiri”, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/ozay.pdf Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet: Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Rekabet Hukuku Ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, <http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/zet%20htisas%20Komisyonu%20Raporlar/Attachments/149/oik522.pdf>, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

İnternet: Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Modeli Kapsamında Yaptırılan Enerji Projeleri Hakkında Sayıştay Raporu (Enerji Raporu) Hakkında Özet Bilgi, <http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der52m8.pdf>, Son Erişim Tarihi: 01.09.2016.

DİĞER KAYNAKLAR

EPDK. (2016). *Elektrik Piyasası 2015 Yılı Piyasa Gelişim Raporu*, Ankara: EPDK.

Erten, İ.E. (2010). Elektrik Piyasası ve Organize Sanayi Bölgeleri, 4. OSB Enerji Zirvesi sunumu.

Rapport Public, (2001), Doc. Fr.

Türkiye Enerji Sektöründe Dönüşüm Önemli Aşamalar ve Zorluklar. (2015). *Dünya Bankası Rapor No: ACS14951*.

Vers Une Régulation Européenne Des Réseaux. (2003). Rapport du Groupe de Réflexion Présidé par M. Christian Stoffaës.

EKLER

EK-1 EPK'nın ilgili hükümleri

“Kamulaştırma

MADDE 19 – (1) Elektrik piyasasında üretim veya dağıtım faaliyetlerinde bulunan önlisans veya lisans sahibi özel hukuk tüzel kişilerinin, önlisans ve lisansa konu faaliyetleri için gerekli olan kişilerin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlara ilişkin kamulaştırma talepleri Kurum tarafından değerlendirilir ve uygun görülmesi hâlinde Kurul tarafından kamu yararı kararı verilir. Söz konusu karar çerçevesinde gerekli kamulaştırma işlemleri 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda belirtilen esaslar dâhilinde üretim faaliyetlerinde bulunan önlisans veya lisans sahibi özel hukuk tüzel kişileri için Maliye Bakanlığı, dağıtım faaliyetlerinde bulunan lisans sahipleri için TEDAŞ tarafından yapılır. Bu durumda kamulaştırma bedelleri ile kamulaştırma işlemlerinin gerektirdiği diğer giderler kamulaştırma talebinde bulunan önlisans veya lisans sahibi tüzel kişi tarafından ödenir.

(2) Kamulaştırılan taşınmazın mülkiyeti ve/veya üzerindeki sınırlı ayni haklar, üretim veya dağıtım tesislerinin mülkiyetine sahip olan ilgili kamu kurum veya kuruluşuna, bunların bulunmaması hâlinde ise Hazineye ait olur. Kamulaştırma bedeli önlisans veya lisans sahibi özel hukuk tüzel kişisi tarafından ödenerek tapuda Hazine adına tescil edilen veya niteliği gereği tapudan terkin edilen taşınmazlar üzerinde Maliye Bakanlığınca kamulaştırma bedelini ödeyen önlisans veya lisans sahibi özel hukuk tüzel kişileri lehine bedelsiz irtifak hakkı tesis edilir ve/veya kullanma izni verilir. İrtifak hakkının ve/veya kullanma izninin süresi önlisans veya lisansın geçerlilik süresi ile sınırlıdır.

(3) Dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerce yeni dağıtım tesisleriyle ilgili yapılan kamulaştırmaların gerektirdiği kamulaştırma bedelleri ile diğer giderler tarifeler yoluyla geri ödenir.

(4) Önlisans sahibinin lisans alamaması ya da önlisans veya lisansın sona ermesi ya da iptali hâlinde, önlisans veya lisans sahibi tüzel kişiler tarafından ödenmiş bulunan kamulaştırma bedellerine ilişkin olarak aşağıdaki uygulamalar yapılır:

a) Dağıtım lisansının süresinin bitmesi nedeniyle sona ermesi hâlinde tarifeler yoluyla geri alınmayan kamulaştırma bedelleri kamulaştırılan taşınmazın mülkiyetine sahip olan kamu kurum veya kuruluşu tarafından ilgili şirkete iade edilir.

b) Kamulaştırılan taşınmazların üzerinde irtifak hakkı tesis edilmek ve/veya kullanma izni verilmek suretiyle başka bir önlisans sahibinin kullanımına bırakılması durumunda, kamulaştırma bedeli lehine irtifak hakkı tesis edilen ve/veya kullanma izni verilen önlisans sahibi tarafından kamulaştırma bedelini ödemiş olan tüzel kişiye ödenir.

c) 2942 sayılı Kanunun 23 üncü maddesi uyarınca kamulaştırılan taşınmazın sahibi veya mirasçıları tarafından geri alınması durumunda, taşınmaz sahibi veya mirasçıları tarafından geri ödenecek bedel, kamulaştırma bedelini ödemiş olan tüzel kişiye ödenir.

(5) Kamu tüzel kişiliğini haiz önlisans veya lisans sahibi tüzel kişilerce yürütülen üretim, iletim veya dağıtım faaliyetleri için gerekli olan taşınmazlarla ilgili

kamulaştırma işlemleri, bu tüzel kişiler tarafından yapılır ve kamulaştırılan taşınmazlar üretim, iletim veya dağıtım tesislerinin mülkiyetine sahip olan ilgili kamu tüzel kişileri adına tescil edilir.

(6) Özel hukuk tüzel kişileri tarafından faaliyette bulunma hakkı edinilen dağıtım bölgelerinde özelleştirme tarihi itibarıyla mevcut olan dağıtım tesislerinin bulunduğu ve bu tarih itibarıyla kamulaştırma kararları alınmamış veya kamulaştırma kararı alınmakla birlikte kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış taşınmazların kamulaştırması TEDAŞ tarafından yapılır ve kamulaştırma bedelleri ile ilgili diğer giderler TEDAŞ tarafından ödenerek tapuda TEDAŞ adına tescil edilir.

(7) Özel hukuk tüzel kişilerin yürütülen üretim veya dağıtım faaliyetleri için gerekli olan Hazineye ait taşınmazlar dışındaki kamu kurum veya kuruluşlarına ait taşınmazlar, Kurul tarafından verilecek kamulaştırma kararı uyarınca üretim faaliyetlerinde bulunan önlisans veya lisans sahibi özel hukuk tüzel kişileri için Maliye Bakanlığınca, dağıtım faaliyetlerinde bulunan lisans sahipleri için TEDAŞ tarafından, 2942 sayılı Kanunun 30 uncu maddesi uygulanarak temin edilir. Bu durumda kamulaştırma bedelleri ile kamulaştırma işlemlerinin gerektirdiği diğer giderler kamulaştırma talebinde bulunan özel hukuk tüzel kişisi tarafından ödenir. Bu taşınmazların mülkiyeti üretim veya dağıtım tesislerinin mülkiyetine sahip olan ilgili kamu kurum veya kuruluşuna, bunların bulunmaması hâlinde ise Hazineye ait olur.

(8) İrtifak hakkı, kullanma izni ve kiralamaya ilişkin olarak aşağıdaki uygulamalar yapılır:

a) Piyasada üretim veya dağıtım faaliyetinde bulunan lisans veya önlisans sahibi özel hukuk tüzel kişileri, faaliyetleri ile ilgili olarak Hazinesinin mülkiyetindeki veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlar üzerinde irtifak hakkı tesisi, kullanma izni verilmesi veya kiralama yapılabilmesi için Kurumdan talepte bulunur. Bu talebin Kurulca uygun görülmesi hâlinde, Maliye Bakanlığı ile önlisans veya lisans sahibi özel hukuk tüzel kişileri arasında önlisans veya lisans süresi ile sınırlı olmak üzere irtifak hakkı tesisi, kullanma izni veya kiralama sözleşmesi düzenlenir. Bu sözleşmelerde, sözleşmenin geçerliliğinin önlisans veya lisansın geçerlilik süresi ile sınırlı olacağı hükmü yer alır. İrtifak hakkı, kullanma izni veya kiralama bedelini ödeme yükümlülüğü, önlisans veya lisans sahibi özel hukuk tüzel kişisine aittir.

b) Piyasada kamu tüzel kişiliğini haiz önlisans veya lisans sahibi tüzel kişilerce yürütülen üretim, dağıtım veya iletim faaliyetleri için gerekli olan, Hazinesinin özel mülkiyetindeki veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlarla ilgili olarak irtifak hakkı tesisinin veya kullanma izni verilmesinin talep edilmesi hâlinde, Maliye Bakanlığı tarafından ilgili kamu tüzel kişileri lehine lisans süresince bedelsiz irtifak hakkı tesis edilir veya kullanma izni verilir.

Genel aydınlatma GEÇİCİ MADDE 6

.....

(4) TEDAŞ, belirli dönemler itibarıyla dağıtım şirketleri tarafından gönderilen faturalardaki tüketim miktarı ve bedellerinin gerçek durumu gösterip göstermediğine ilişkin olarak dağıtım şirketleri nezdinde gerekli denetimleri yapar. Yapılan denetimler sonucunda dağıtım şirketine fazla ödeme yapıldığının tespit edilmesi hâlinde, fazla yapılan ödeme tutarının, ödemenin yapıldığı tarih ile geri

alındığı tarih arasında geçen süreye 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci maddesine göre belirlenen gecikme zammı oranı dikkate alınarak hesaplanan faiz ile birlikte bir ay içinde ödenmesi ilgili dağıtım şirketinden istenir. Bu süre içerisinde ödeme yapılmaması hâlinde söz konusu ödeme tutarı dağıtım şirketinin cari dönem alacaklarından mahsup edilir. Bu suretle de tahsil edilemeyen alacaklar Bakanlığın bildirimi üzerine vergi daireleri tarafından 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilir. Fazla ödemeler nedeniyle yapılan tahsilatların yüzde sekseni genel bütçeye gelir kaydedilir, geriye kalan yüzde yirmilik kısmı ise ilgili mahalli idarelere aktarılır. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin tereddütleri gidermeye ve gerektiğinde usul ve esas belirlemeye Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Bakanlık yetkilidir.

(5) Bakanlık birinci fıkra kapsamındaki ödemelere ilişkin gerekli düzenlemeleri bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içerisinde yapar. Bu süre zarfında, genel aydınlatma tüketim giderlerinin ödenmesine ilişkin iş ve işlemler, 4628 sayılı Kanunun bu Kanunla mülga geçici 17 nci maddesine ve diğer ilgili mevzuat hükümlerine göre Hazine Müsteşarlığı tarafından yürütülür. 4628 sayılı Kanunun bu Kanunla mülga geçici 17 nci maddesi uyarınca Hazine Müsteşarlığı bütçesinden yapılan ödemelere ilişkin denetim, takip ve tahsilat işlemleri dördüncü fıkra kapsamında yapılır.

(6) Aydınlatmayla ilgili ölçüme ilişkin teknik esaslar ile ödemeye, kesinti yapılmasına, uygulamaya ve denetime ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından yürürlüğe konulan yönetmelikle düzenlenir.

Yaptırımlar ve yaptırımların uygulanmasında usul

MADDE 16 – (1) Kurul, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilere aşağıdaki yaptırım ve cezaları uygular:

a) Kurul tarafından bilgi isteme veya yerinde inceleme hâllerinde; istenen bilgilerin yanlış, eksik veya yanıltıcı olarak verildiğinin saptanması veya hiç bilgi verilmemesi ya da yerinde inceleme imkânının verilmemesi hâllerinde, on beş gün içinde bilgilerin doğru olarak verilmesi veya inceleme imkânının sağlanması ihtar edilir. Yapılan yazılı ihtara rağmen aykırı durumlarını devam ettirenlere, beş yüz bin Türk Lirası idari para cezası verilir.

b) Bu Kanun, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerine, Kurul kararlarına ve talimatlara aykırı hareket edildiğinin saptanması hâlinde, aykırılığın niteliğine göre aykırılığın otuz gün içinde giderilmesi veya tekrarlanmaması ihtar edilir ve yapılan yazılı ihtara rağmen aykırı durumlarını devam ettiren veya tekrar edenlere beş yüz bin Türk Lirası idari para cezası verilir.

c) Bu Kanun, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerine aykırılık yapılmış olduktan sonra niteliği itibarıyla düzeltme imkânı olmayacak şekilde aykırı davranılması durumunda ihtara gerek kalmaksızın beş yüz bin Türk Lirası idari para cezası verilir.

ç) Lisans müracaatında veya lisans yürürlüğü sırasında, lisans verilmesinde aranan şartlar konusunda, gerçek dışı belge sunulması veya yanıltıcı bilgi verilmesi veya lisans verilmesini etkileyecek lisans şartlarındaki değişikliklerin Kurula bildirilmemesi hâlinde, sekiz yüz bin Türk Lirası idari para cezası verilir. Anılan gerçek dışı belge veya yanıltıcı bilgi veya lisans şartlarındaki değişikliğin düzeltilmesinin mümkün olmaması veya otuz gün içinde düzeltilmesi için yapılacak yazılı ihtara rağmen aykırı durumlarını devam ettirenlerin lisansı iptal edilir.

d) Lisans süresi boyunca iştirak ilişkisi yasağına aykırı davranışta bulunulması hâlinde, otuz gün içinde iştirak ilişkisinin düzeltilmesi ihtar edilir. Yazılı ihtara rağmen aykırı durumlarını devam ettirenlere dokuz yüz bin Türk Lirası idari para cezası verilir.

e) Piyasada lisans kapsamı dışında faaliyet gösterildiğinin saptanması hâlinde, on beş gün içinde kapsam dışı faaliyetin veya aleyhte faaliyetin durdurulması ihtar edilir. Yapılan yazılı ihtara rağmen aykırı durumlarını devam ettirenlere bir milyon Türk Lirası idari para cezası verilir.

f) Lisans verilmesine esas olan şartların lisansın yürürlüğü sırasında ortadan kalktığına veya bu şartların baştan mevcut olmadığına saptanması hâlinde lisans iptal edilir.

g) Bu Kanuna göre yapılan talep ve işlemlerde kanuna karşı hile veya gerçek dışı beyanda bulunulduğunun tespiti hâlinde lisans iptal edilir.

(2) Yukarıdaki para cezalarını gerektiren fiiller için Kurul, fiilin niteliğine göre ihtar sürelerini farklı uygulayabilir. Söz konusu para cezalarının uygulanmasını takiben para cezasına konu fiilin; verilen ihtar süresi içerisinde giderilmemesi veya tekrarlanması hâllerinde para cezaları, her defasında bir önceki cezanın iki katı oranında artırılarak uygulanır. Bu cezaların verildiği tarihten itibaren iki yıl içinde idari para cezası verilmesini gerektiren aynı fiil işlenmediği takdirde önceki cezalar tekrarda esas alınmaz. Ancak, aynı fiilin iki yıl içinde tekrar işlenmesi hâlinde artırılarak uygulanacak para cezasının tutarı, cezaya muhatap tüzel kişinin bir önceki mali yılına ilişkin bilançosundaki gayrisafi gelirinin yüzde onunu aşamaz. Cezaların bu düzeye ulaşması hâlinde Kurul, lisansı iptal edebilir.

(3) Bir dağıtım bölgesinde lisansı kapsamında faaliyet gösteren dağıtım şirketinin, mevzuat ihlallerinin dağıtım faaliyetini Kurum tarafından hazırlanan yönetmelikte belirlenen usul ve esaslara uygun biçimde yerine getirmesini kabul edilemeyecek düzeyde aksattığının veya mevzuat ihlallerinin dağıtım faaliyetinin niteliğini ya da kalitesini kabul edilemeyecek düzeyde düşürdüğünün veya mevzuata aykırılıkları itiyat edindiğinin veya acze düşmesi ya da acze düşeceğinin Kurul kararıyla belirlenmesi durumunda aşağıdaki yaptırımlar ayrı ayrı veya birlikte uygulanabilir:

a) Lisans sahibi tüzel kişinin yönetim kurulu üyelerinin bir kısmına veya tamamına görevden el çektilerle yerlerine Kurul tarafından atama yapılır.

b) Dağıtım lisansı sahibi tüzel kişi tarafından tarife kapsamında yerine getirilmesi gerekirken getirilmeyen hizmetlerin ve yatırımların mali karşılıkları öncelikle şirketin diğer faaliyetlerinden elde ettiği gelirlerden, yetmemesi hâlinde mevcut ortakların temettü gelirlerinden ve nihayet hisseleri nama yazılı ortakların malvarlıklarından temin edilir.

c) Dağıtım sistemini işletme hakkına sahip tüzel kişinin tespiti için gereken iş ve işlemler 18 inci maddenin birinci fıkrası çerçevesinde gerçekleştirilir.

ç) İlgili dağıtım sistemini işletme hakkını elde ettiğini tevsik eden ve bu Kanun uyarınca öngörülen yükümlülükleri yerine getiren tüzel kişiye yeni lisans verilir.

d) Kurum tarafından tüketicilerin korunması ve hizmetlerin aksamaması için, lisansı sona erdirilen dağıtım bölgesi için başka bir tüzel kişiye dağıtım lisansı verilene kadar her türlü önlem alınır.

(4) Bir görevli tedarik şirketinin, mevzuat ihlallerinin düzenlemeye tabi faaliyetlerini Kurum tarafından hazırlanan yönetmelikte belirlenen usul ve esaslara uygun biçimde yerine getirmesini kabul edilemeyecek düzeyde aksattığının veya mevzuat ihlallerinin düzenlemeye tabi faaliyetlerin niteliğini ya da kalitesini kabul edilemeyecek düzeyde düşürdüğünün veya mevzuata aykırılıkları itiyat edindiğinin

veya acze düşmesi ya da acze düşeceğinin Kurul kararıyla belirlenmesi durumunda aşağıdaki yaptırımlar ayrı ayrı veya birlikte uygulanabilir:

a) Lisans sahibi tüzel kişinin yönetim kurulu üyelerinin bir kısmına veya tamamına görevden el çektirilerek yerlerine Kurul tarafından atama yapılır.

b) Kurum tarafından tüketicilerin korunması ve hizmetlerin aksamaması için, lisansı sona erdirilen görevli tedarik şirketinin yerine, son kaynak tedarikçisi olarak başka bir tüzel kişinin belirlenmesine kadar, her türlü önlem alınır.

c) Kurul tarafından son kaynak tedarikçisi olarak belirlenen tüzel kişiye yeni tedarik lisansı verilir.

(5) Dağıtım lisansı sahibi organize sanayi bölgesinin mevzuat ihlallerinin dağıtım faaliyetini öngörülen usul ve esaslara uygun biçimde yerine getirmesini kabul edilemeyecek düzeyde aksattığının, mevzuat ihlallerinin dağıtım faaliyetinin niteliğini ya da kalitesini kabul edilemeyecek düzeyde düşürdüğünün, mevzuata aykırılıkları itiyat edildiğinin, acze düşmesi ya da acze düşeceğinin Kurul kararıyla belirlenmesi durumunda lisansı iptal edilir ve dağıtım faaliyeti ilgili dağıtım şirketince yürütülür.

(6) Kurum dördüncü fıkra kapsamındaki iş ve işlemlerin yapılması hususunda diğer kamu kurum ve kuruluşlarıyla iş birliği yapabilir veya gerçek ya da özel hukuk tüzel kişilerinden ilgili mevzuat hükümlerine göre hizmet satın alabilir. Bu hükümlerin uygulamasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.

(7) Kurulca dağıtım şirketlerinin yönetim kurullarına atanan üyeler aleyhine görevlerinin ifası sebebiyle açılan davalar, atamayı yapan ilgili merci olan Kurum aleyhine açılmış sayılır ve bu davalarda husumet Kuruma yöneltilir. Yargılama sonucunda Kurum aleyhine karar verilmesi ve kararın kesinleşmesi sebebiyle Kurumun ödeme yapması hâlinde bu meblağ ilgililerinden, kusurlu olduklarına dair mahkeme kararının kesinleşmesi hâlinde, kusurları oranında rücu edilir. Dördüncü fıkra kapsamındaki iş ve işlemlerin yapılmasında görev alan Kurum personeli 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna tabidir.

(8) (Ek:28/11/2017-7061/112 md.) Elektrik dağıtım şirketlerinin denetimleri haricinde de genel aydınlatma kapsamında tespit edilen yanmayan, yerinde olmayan armatür ve/veya direklere ilişkin eksiklerin giderilmesine ilişkin süre verilir. Belirlenen sürelerde eksikliklerin giderilmemesi durumunun tespiti ile belirlenen her bir direk veya armatür için Bakanlığın Kurula bildirmesini müteakip Kurul tarafından beş yüz Türk lirası idari para cezası verilir. Tespit edilen eksikliklerin giderilmesine ilişkin verilecek süreler ve eksikliklerin tespit esasları yönetmelikle belirlenir. Bu Kanuna göre verilen idari para cezaları tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir.

(9) Bu maddede düzenlenen tüm idari para cezaları hiçbir şekilde ilgili cezayı ödeyen tüzel kişi tarafından hazırlanacak tarifelerde maliyet unsuru olarak yer almaz.”

EK-2 Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri

“Dağıtım lisansı sahibinin hak ve yükümlülükleri

MADDE 33 – (1) Dağıtım lisansı, sahibine;

a) Lisansında belirlenen dağıtım bölgesinde dağıtım faaliyetinde bulunma,
b) Kurum tarafından belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde, dağıtım faaliyetiyle birlikte yürütülmesi verimlilik artışı sağlayacak nitelikteki piyasa dışı bir faaliyeti yürütme,

c) Genel aydınlatma ve dağıtım sistemi teknik ve teknik olmayan kayıplarını karşılamak amacıyla kullanılmak üzere elektrik enerjisi satın alma ile sistem teknik ve teknik olmayan kayıplarını karşılamak için sözleşmeye bağlanan enerjinin gerçekleştirmeler nedeniyle fazlasını organize toptan elektrik piyasalarında satabilme,

ç) Dağıtım faaliyetinde kullanılmak üzere, lisansına kayıtlı olan dağıtım bölgesinde, Kurulca onaylanan yatırım planında ayrıca belirtilmesi ve TEİAŞ'ın uygun görüşünün alınması kaydıyla 154 kV gerilim seviyesinde tesis kurabilme ve işletme, hakkını verir.

(2) Dağıtım lisansı sahibi, ilgili mevzuatta sayılanların yanısıra;

a) Lisansında belirlenen bölgedeki dağıtım gerilim seviyesinden bağlı tüketicilerin sayaçlarının kurulumu, bakımı ve işletilmesi hizmetlerini yürütmek, söz konusu bölgede yer alan sayaçları okumak ve elde edilen verileri ilgili tedarikçilerle ve piyasa işletmecisiyle paylaşmak,

b) Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla mevcut kullanıcıların mülkiyetinde olan sayaçları, ilgili mevzuat çerçevesinde devralmak,

c) Lisansında belirtilen bölgedeki dağıtım sistemini, elektrik enerjisi üretimi ve satışında rekabet ortamına uygun şekilde işletmek,

ç) Kurul tarafından onaylanan yatırım planı uyarınca yatırım programına alınan dağıtım tesislerinin projelerini hazırlamak, gerekli iyileştirme, yenileme ve kapasite artırımı yatırımlarını yapmak ve/veya yeni dağıtım tesislerini inşa etmek,

d) Dağıtım sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan tüm dağıtım sistemi kullanıcılarına ilgili mevzuat hükümleri doğrultusunda eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin hizmet sunmak,

e) İlgili yönetmelik hükümleri doğrultusunda yan hizmetleri sağlamak,

f) Tedarik şirketlerinin ilgili mevzuat kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için gerekli olan bilgileri, talep edilmesi halinde sağlamak,

g) İlgili yönetmelik çerçevesinde lisansına kayıtlı olan bölgeye ilişkin talep tahminlerini hazırlamak,

h) Kurul tarafından onaylanan talep tahminleri doğrultusunda yatırım planlarını hazırlamak ve Kurul onayına sunmak,

i) Dağıtım hizmetinin Kanunda öngörülen nitelikte verilmesini sağlayacak yatırımları yapmak,

j) OSB dağıtım lisansı sahibi olmayan organize sanayi bölgesinin onaylı sınırları içindeki dağıtım faaliyetini yürütmek,

j) İlgili mevzuat çerçevesinde, sistem işletmeciliğinden kaynaklanan ve elektrik enerjisinin kalitesizliğinden ve/veya kesintilerinden doğduğu tespit edilen zarar ve hasarları tazmin etmek,

k) Kanunun 23 üncü maddesi çerçevesinde her yıl, 1 Nisan tarihine kadar, takip eden beş yıl için ve takip eden on yıl için olmak üzere, bağlantı noktasına

göre ve/veya bölgesel bazda, sistemlerine bağlanabilecek bölgesel üretim tesisi kapasitelerini yayımlamak,

- l) Serbest tüketicileri herhangi bir tedarikçiye yönlendirmemek,
- m) Serbest tüketicilerin tedarikçilerini değiştirmek istemeleri durumunda ilgili mevzuat çerçevesinde gerekli hizmet ve bilgileri sağlamak,
- n) Genel aydınlatma ile teknik ve teknik olmayan kayıplarından dolayı enerji ihtiyaçlarını TETAŞ'tan temin etmek,
- o) Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde ilgili tarife tekliflerini Kuruma sunmak,
- ö) Bölgesinde yürütülen perakende satış faaliyetlerinde, tüm tedarik lisansı sahibi tüzel kişilere eşit taraflar arasında ayırım gözetmeden dağıtım hizmeti sağlamak,
- p) İletim tarifesine göre belirlenen bedelleri ödemek,
- r) Dağıtım sistemine bağlı tüm gerçek ve tüzel kişilere ait kayıtları tutmak, puant talepleri kaydetmek ve sayaç kayıtlarını izlemek,
- s) Kurulacak olan üretim tesisinin dağıtım sistemine bağlantısının mümkün olup olmadığı hakkında Kurum tarafından istenen görüşü gerekçeleri ile birlikte süresi içerisinde vermek,
- ş) Dağıtım sistemi kayıplarını asgari seviyeye indirmek,
- t) Piyasa faaliyeti gösteren diğer tüzel kişilere doğrudan ortak olmamak,
- u) Piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilere, ortaklık yapısında doğrudan pay sahibi olarak yer vermemek,
- ü) Lisanssız elektrik üretim faaliyeti ile ilgili mevzuat kapsamında belirtilen görevleri yerine getirmek,
- v) Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde dağıtım faaliyetiyle birlikte yürütülmesi verimlilik artışı sağlayacak nitelikteki piyasa dışı faaliyetler hariç olmak üzere, dağıtım faaliyeti dışında başka bir faaliyetle iştigal etmemek,
- y) (Ek:RG-26/12/2014-29217) (Değişik:RG-24/2/2017-29989) Lisans alma tarihinden itibaren yirmidört ay içerisinde OSB dağıtım lisansı sahipleri hariç olmak üzere, kurumsal bilişim sistemi ile endüstriyel kontrol sistemlerini TS ISO/IEC 27001 Bilgi Güvenliği Yönetim Sistemi standardına uygun bir şekilde işletmek, TS ISO/IEC 27001 standardına uygun faaliyet gösterdiğini Türk Akreditasyon Kurumuna akredite olmuş bir belgelendirme kurumuna ispat ederek sistemlerini belgelendirmek ve söz konusu belgelerin geçerliliğini sağlamak, TS ISO/IEC 27001'e göre kuracakları Bilgi Güvenliği Yönetim Sisteminde TS ISO/IEC 27002 Uygulama Rehberine ek olarak ISO/IEC TR 27019 rehber dokümanını da referans almak,
- z) (Ek:RG-23/12/2015-29571) Lisans alma tarihinden itibaren yirmi dört ay içerisinde TS EN ISO 9001, TS ISO 10002, TS 18001 ve TS EN ISO 14001 standartları için Türk Akreditasyon Kurumuna akredite olmuş bir belgelendirme kurumu tarafından verilen uygunluk belgelerini Kuruma sunmak, ile yükümlüdür.

(3) Dağıtım şirketi, lisansına kayıtlı olan dağıtım bölgesinde, ilgili yönetmelik çerçevesinde genel aydınlatmadan ve bunlara ait gerekli ölçüm sistemlerinin tesis edilmesi ve işletilmesinden sorumludur.

(4) Dağıtım şirketi, iş ve işlemlerinde bağımsız olarak hareket etmek ve karar almak ile yükümlüdür. Dağıtım şirketini kontrol eden gerçek ve/veya tüzel kişiler, dağıtım şebekesinin işleyişine ve yönetimine müdahale edemez.

(5) Dağıtım şirketi ile dağıtım şirketiyle aynı kontrol ilişkisine sahip üretim ve görevli tedarik şirketlerinin yönetim kurulu üyesi, genel müdür ve genel müdür

yardımcısı unvanları ile başka unvanlarla istihdam edilseler dahi yetki ve görevleri itibarıyla genel müdür yardımcısına denk veya daha üst makamlarda imza yetkisini haiz diğer yöneticilerin farklı kişilerden oluşturulması zorunludur. Dağıtım şirketinde görevli olan söz konusu yöneticiler, ilgili ana şirketin dağıtım ile perakende satış ve/veya üretim faaliyetlerini birlikte izlemek, koordine etmek, yönetmek, denetlemek gibi amaçlarla veya bu etkileri doğurabilecek şekilde, ilgili ana şirket bünyesinde veya kontrolünde olan şirketlerde oluşturulan; kurul, yönetim kurulu ve benzeri yapılanmalarda görev alamaz.”



EK-3 Elektrik Piyasası Bağlantı Ve Sistem Kullanım Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri

“Başka bir dağıtım bölgesine yapılan bağlantı başvurusu

MADDE 11 – (1) Dağıtım sistemine bağlanmak isteyen üretim veya tüketim tesislerine ilişkin bağlantı başvurularının, bu tesislerin bulunduğu dağıtım bölgesindeki dağıtım şirketine yapılması esastır.

(2) Dağıtım şirketi, lisansına kayıtlı olan dağıtım bölgesinde kurulmak istenen üretim veya tüketim tesislerinin bağlantı taleplerini, kendi dağıtım bölgesi sınırları içerisinde karşılamayı teknik veya ekonomik olarak uygun bulmaması halinde, bu durumu gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak başvuru sahibi gerçek veya tüzel kişilere ve Kuruma, tüketim tesislerine ilişkin başvurularda saha etüdü gerektirmeyen hallerde başvuru tarihinden itibaren on iş günü, saha etüdü gerektiren hallerde ise başvuru tarihinden itibaren yirmi iş günü; üretim tesislerine ilişkin başvurularda ise her durumda başvuru tarihinden itibaren kırkbeş gün içerisinde bildirir.

(3) Bağlantı talebi ikinci fıkra kapsamında uygun bulunmayan başvuru sahibi gerçek veya tüzel kişiler, bildirim tarihinden itibaren otuz gün içerisinde, sisteme bağlantının teknik veya ekonomik olarak uygun olduğunu düşündükleri bağlantı noktasının bulunduğu başka bir dağıtım bölgesine bağlantı yapılması için Kuruma başvuruda bulunabilirler. Kurum, bu kapsamdaki bağlantı başvurularını ilgili dağıtım şirketine bildirir. Bağlantı başvurusu, söz konusu dağıtım şirketi tarafından değerlendirilerek, alınan karar başvuru sahibi gerçek veya tüzel kişiye ve Kuruma ikinci fıkra da belirtilen süreler içerisinde bildirilir:

a) Bağlantı başvurusunun karşılanmasının kabul edilmesi halinde, başvuru sahibi üretim veya tüketim tesisinin bağlantısı bu dağıtım şirketi tarafından yapılır.

b) Bağlantı başvurusunun, teknik veya ekonomik olarak uygun bulunmaması halinde ilgili dağıtım şirketi, bu durumu ikinci fıkra da belirtilen süreler içerisinde ilgili gerçek veya tüzel kişilere ve Kuruma bildirir.

(4) Üçüncü fıkranın (a) bendi kapsamındaki bağlantı başvuruları bu Yönetmelik hükümleri çerçevesinde tüketim tesisleri açısından, ilgili dağıtım şirketi tarafından; üretim tesisleri açısından Kurul kararı ile sonuçlandırılır. Önlisans başvurusunda bulunan veya önlisans sahibi tüzel kişilerin bu madde kapsamındaki bağlantıları, Kurul tarafından uygun bulunması halinde mümkündür.”

EK-4 Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri

“Tüketim miktarının tespiti, okuma ve fatura dönemleri

MADDE 11 – (1) Ön ödemeli sayaç kullanılması gibi haller dışında;

a) Ödeme bildirimine esas fatura dönemi, aylık olarak veya bir yılı geçmemek üzere daha uzun dönemlerle perakende satış sözleşmesi veya ikili anlaşmada belirlenir.

b) Perakende Satış Sözleşmesi kapsamında; aynı ay içerisinde enerjinin borçtan dolayı kesilmesi, sözleşmenin sona ermesi veya feshi ya da tedarikçi değişikliği nedeniyle yapılacak faturalamalar gibi mevzuatta özel olarak tanımlanan haller dışında birden fazla faturalama yapılamaz. Bu kapsamda;

1) Fatura dönemlerinin üç ay üzerinde olacak şekilde belirlenmesi durumunda, ilgili tüketicinin talebi halinde, üçten az olmamak ve fatura dönemi içerisindeki ay sayısını aşmamak üzere, tüketiciye vade farkı uygulanmaksızın, taksit imkânının sağlanması zorunludur.

2) Fatura dönemleri üç ay veya üç aydan az olacak şekilde belirlenmesine rağmen, faturalamanın üç ay üzeri süreyi içerecek şekilde yapılması durumunda, ilgili tüketicinin talebi halinde, üçten az olmamak ve fatura dönemi içerisindeki ay sayısını aşmamak üzere, tüketiciye vade farkı uygulanmaksızın, taksitlendirme yapılması zorunludur. Ancak faturalamanın tüketiciden kaynaklanan nedenlerle yapılamadığının belgelenmesi halinde taksit uygulanması zorunlu değildir.

c) Sayaçlar, en az 25 en fazla 35 günlük dönemlerle dağıtım şirketi tarafından her takvim ayında bir defa okunur. Bu okuma aylık okuma olarak değerlendirilir.

ç) Dağıtım lisansı sahibi tüzel kişi, tüketici sayacının endekslerini okur. Birbirini takip eden iki dönem arasındaki endeks farkının çarpan faktörü ile çarpımı sonucu bulunan değer tüketicinin elektrik enerjisi tüketimi olarak kabul edilir. Serbest tüketiciler için, okunan endeks değerleri okuma tarihi bilgisi ile birlikte en geç 3 gün içerisinde Piyasa Yönetim Sistemi'ne girilir.

d) Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinin 35 inci maddesinde belirtilen mücbir sebep halleri ile ağır mevsim şartları, dönemsel kullanım ve benzeri nedenlerle okuma yapılmaması ve Kurul tarafından uygun görülen haller dışında, dağıtım bölgesinin genelinde ya da belli bir bölgesinde birinci fıkranın (c) bendine aykırı genel uygulamalar yapılamaz.

(2) İkili anlaşma ile elektrik temin eden tüketicilere dağıtım şirketi tarafından okuma bildirimi bırakılır ya da tüketicilerin dağıtım şirketinden talep etmesi halinde okuma bildirimi elektronik ortamda tüketiciye gönderilir. Söz konusu okuma bildirimlerinde asgari olarak aşağıdaki bilgiler yer alır;

a) Tüketicinin adı-soyadı veya unvanı, adresi, serbest tüketici tekil kodu, uygulanıyorsa profil tipi,

b) Sayaç veya sayaçlara ait marka, tip ve seri numarası, çarpan, varsa akım ve/veya gerilim trafo oranları,

c) Aktif ve reaktif tüketime ilişkin ilk ve son endeksler ile okuma tarihleri,

ç) Tüketilen elektrik enerjisi miktarı,

d) Değiştirilen sayaç var ise sayaçlara ait endeks değerleri detayı,

e) Dağıtım lisansı sahibi tüzel kişinin tüketici hizmetleri merkezlerinin telefon ve faks numaraları ile internet ve elektronik posta adresleri, arıza ve acil durumlarda aranabilecek telefon numarası.

(3) İkili anlaşmalar kapsamındaki elektrik satışlarında tüketici faturaları Piyasa Yönetim Sistemi'ne bildirilen endeks değerleri kullanılarak düzenlenir.

Tedarikçi değiştirme sũrecinde ay sonu endeks değerinin okunamadığı hallerde eski tedarikçi için son endeks değeri, yeni tedarikçi için ilk endeks değeri Tahmini Tũketim Değeri Belirleme Metodolojisince belirlenen değerdir.”



EK-5 AYM'nin 9.12.1994 tarihli ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı Kararının ilgili kısımları

"Ek 5. maddede 3974, 3291 ve 3096 sayılı Yasalara göre yapılacak sözleşmelerin, özel hukuk hükümlerine bağlı olduğu ve bu sözleşmelerin, imtiyaz teşkil etmeyecekleri belirtildiğinden Anayasa'ya aykırılık sorunu buna uygun biçimde iki başlık altında incelenecektir.

a- Ek 5. maddenin (Maddede Sözleşmelerin "Özel Hukuk Hükümlerine Bağlı" Tutulması Nedeniyle) Anayasa'nın 2., 11., 37. ve 125. Maddeleri Yönünden İncelenmesi

Öğretide de kabul edildiği gibi bir sözleşmenin idarî sözleşme sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime, özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması koşullarının varlığı gereklidir.

Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 26.3.1974 günlü, Esas 1973/32, Karar 1974/11 sayılı kararında, "...kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindendir" denilerek, elektrik hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu açıkça vurgulanmıştır.

Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımıyla bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasakoyucunun istenci rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur.

Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez. Nitekim, Anayasa'nın 47. maddesinde, "kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler.... devletleştirilebilir" denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir.

Dava konusu 3974 sayılı Yasa'da, yönetime üstünlük tanıyan kurallara yer verilmiştir. Gerçekten, ek 1. maddenin ikinci fıkrasında, "bu şekilde özelleştirilmesine karar verilen teşekkül, kuruluş, müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri tamamen özelleştirilinceye kadar 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ilgileri devam eder"; ek 2. maddenin ikinci fıkrasında, "sermayelerindeki kamu payı % 50'nin altına düşüncüye kadar kuruluşları, faaliyetleri, organları, yönetimi, denetimi, sermaye miktarını tespiti, bu işlemleri kolaylaştırıcı tedbirleri almaya, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı yetkilidir"; ve aynı maddenin dördüncü fıkrasında da, "Elektrik enerjisi dağıtımı alanında faaliyet gösteren kamu ve özel sektör kuruluşlarının Elektrik Enerjisi Fonunda toplanmak üzere sektör altyapı giderlerine

katkı paylarını, bunların enerji satış tarifelerinin % 10'unu geçmeyecek şekilde tespiti, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı yetkilidir." denilmektedir.

Bu nedenlerle ek 5. madde kapsamında bulunan ve "özel hukuk hükümlerine" bağlı olduğu belirtilen sözleşmelerin "idarî sözleşmeler" olduğu kuşkusuzdur. Dolayısıyla, bu tür sözleşmelerin yargısal denetimi Anayasa uyarınca idarî yargının görev alanına girmektedir. Ek 5. maddede ise, bu sözleşmeler idarî yargının görev alanından çıkarılmakta, böylece ek 5. madde Anayasa'ya aykırı düşmektedir. Çünkü, niteliği gereği idarî olan sözleşmelerin yasa kuralıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulması olanaksızdır.

.....
Bu nedenlerle ek 5. madde, özelleştirme ile ilgili idarî nitelikteki sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine bağlı tutarak idarî yargı denetimi dışına çıkaran içeriğiyle Anayasa'nın 2., 11., 37. ve 125. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

b- Ek 5. Maddenin (Maddede Sözleşmelerin, İmtiyaz Oluşturmayacağının Belirtilmesi Nedeniyle) Anayasa'nın 155. Maddesi Yönünden İncelenmesi
Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında, imtiyaz sözleşmelerini incelemek Danıştay'ın görevleri arasında sayılmıştır. Bu kuralla, bir yandan Danıştay'ın görevleri belirlenirken, öte yandan da imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay'ın öndenetimine bağlı olduğu öngörülmektedir.....

.....
İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmetinin, sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir "idarî sözleşme" uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesine İMTİYAZ denir. Gereksinimler karşısında yönetim işinin çokluğu ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin uygulanmasını zorunlu kılmakta ve kamu hizmetinin özel girişime gördürülmesine olanak sağlamaktadır. Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri" olarak tanımlanmaktadır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, gerek konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idarî sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar.

Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararlarına göre de, "bir amme hizmetinin tanzim ve işletilmesini temin", "amme hizmetinin görülmesinin.....devri", "amme hizmetlerinden birini ifa", "kamu hizmetlerinin yürütülmesini sağlamak" hukuksal sonucunu doğuran uzun süreli sözleşmeler, yalnız bu nedenle "idarî sözleşme" olduğu gibi, aynı zamanda bir "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi"dir.

Bu açıklamalar karşısında 3096 sayılı Yasa ile düzenlenen yap-işlet-devret yönteminin kamu hizmeti imtiyazından, bu Yasa'ya göre yapılan görevlendirme ve işletme hakkının devri sözleşmelerinin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığı görülür. Gerçekten, Yasa ile getirilen yöntem, ayrıcalığın (imtiyazın) tüm öğelerini içermektedir. Sermaye, riski de kendisinin olmak üzere özel hukuk kişisi tarafından konulacak ve idare ile aralarında en çok 99 yıl süreli bir idarî sözleşme yapılacaktır. Yönetimin (idarenin) hizmet konusunda gözetim, denetim, yaptırım uygulama ve yararlanacaklardan alınacak bedeli belirleme

yetkileri vardır. Yasa'ya göre süre sonunda tüm tesisler ve mallar borçtan arınmış olarak idareye geçecektir. Bu arada 3096 sayılı Yasa'daki "görevlendirme" sözcüğünün, yapılan sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi kapsamı dışına çıkarıp Danıştay öndenetiminden geçmemesini sağlamak için kullanıldığını vurgulamakta yarar bulunmaktadır.

.....
Doğru Yol Partisi Grubu adına Grup Başkanı Tansu Çiller tarafından gönderilen 12.5.1994 günlü yazılı düşüncede de Anayasa'nın 155. maddesinde imtiyaz sözleşmelerinin denetiminin Danıştay'a verilmekle birlikte, Anayasa'da imtiyaz sözleşmelerinin tanımlanmadığı; bu nedenle, "imtiyaz sözleşmelerinin ne olduğunun tayini (nin) Anayasa'ya bakılarak değil, bunu düzenleyen yasa hükümlerine bakılarak yapıl(ması) gerek(tiği)" ileri sürülmüştür. Bu sav, aynı zamanda "imtiyaz sözleşmesi Anayasa'da tanımlanmadığı için hangi sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi kapsamına gireceğine ya da bu kapsamdan sayılmayacağına yasakoyucu karar verir; onun seçimi yargı denetimine bağlı tutulamaz" görüşünü içermektedir.

Oysa Anayasa yargısı alanında bir hizmetin "kamu hizmeti", bir sözleşmenin de "imtiyaz sözleşmesi" olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir. Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Yasal düzenlemeler bu niteliği değiştirici etki yapamaz. Tersi durum, Anayasa'nın yargıya ve öndenetime ilişkin kurallarıyla bağdaşmaz. Öte yandan, hukuk devleti ilkesi, yürütmenin ve yasamanın tüm işlemlerinin yargısal denetime bağlı tutulmasını gerektirir ki idarî yargı ve Anayasa yargısı bunun için öngörülmüştür. Kuşkusuz, düzenleme yetkisi yasama organıdır. Ancak, bu yetkinin kullanılması anayasal ilke ve kurallarla sınırlıdır. Anayasa'ya uygunluk denetiminde yetkinin anayasal sınırlar içinde kullanılıp kullanılmadığı belirlenirken, kimi saptamalar yapmak, kimi yargılara varmak gerekir. Anayasal denetime, Anayasa'da olmayan sınırlar getirilirse denetim amacından uzaklaşır ve anlamsız kalır."

EK-6 AYM'nin 28.06.1995 tarihli ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı Kararının ilgili kısımları

"Maddede, Yasa'da gösterilen kimi yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesine ilişkin sözleşmelerin bir yandan "özel hukuk hükümlerine tabi olduğu" belirtilirken öte yandan da bu sözleşmelerin "imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte" olması öngörülmektedir. Bu iki konunun birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerekir.

1- Sözleşmelerin Özel Hukuk Hükümlerine Bağlı Tutulmasının Öngörülmesi Nedeniyle Maddenin Anayasa'nın 2., 11., 37. ve 125. Maddeleri Yönünden İncelenmesi

Öğretide de kabul edildiği gibi, bir sözleşmenin "idarî sözleşme" sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gereklidir.

"Kamu hizmeti" kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır. Bununla birlikte kamu hizmeti çeşitli biçimlerde tanımlanmaya çalışılmıştır. En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.

Yasa'nın 2. maddesinde belirtilen köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bunlar, toplumun ortak gereksinimlerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinliklerdir.

Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların iradesi olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımla, bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasakoyucunun iradesi rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin zorunlu kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü, etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur.

Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamusal olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğini etkilemez. Nitekim, Anayasa'nın 47. maddesinde, "kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler.... devletleştirilebilir" denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir.

3996 sayılı Yasa'da, özel hukuk kurallarına bağlı yerli ve yabancı sermaye şirketlerinin, 2. maddede belirtilen kimi yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi ile görevlendirilmelerine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir. "Yap-İşlet-Devret Modeli"ni içeren yasalarda, yönetimi üstün kılan kurallar bulunması kaçınılmazdır. 5. maddeye göre düzenlenecek

sözleşmeler için sözleşmenin taraflarından biri olan yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler verildiği görülmektedir.

Nitekim, 3996 sayılı Yasa'nın "Yetki" başlığını taşıyan 4. maddesinde, 2. maddede öngörülen yatırım ve hizmetlerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketi veya yabancı şirketler eli ile gerçekleştirilmesindeki usul ve esaslar, bu şirketlerde aranılacak özellikler, sözleşmelerin kapsamı, yatırım sonucu oluşacak mal ve hizmetlerin ücretinin belirlenmesinde uygulanacak kriterler ve konuya ilişkin diğer ilkelerin, maddede sayılan Bakanlıklar ve kamu kurumlarınca ortaklaşa hazırlanacağı ve Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulacağı belirtilmektedir.

"Ücret" başlıklı 8. maddesine göre de, Yasa'da öngörülen model çerçevesinde gerçekleştirilecek yatırım sonucu üretilecek mal ve/veya hizmetlerin karşılığı olarak ödenecek ücretler, 4. maddeye göre Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacak usul ve esaslar uyarınca, (gerekli görülen hallerde idarenin bağlı veya ilgili bulunduğu bakan tarafından) belirlenebilecektir.

Yasa'nın 10. maddesinde, bu yatırım ve hizmetler için gerektiğinde "kamulaştırma" öngörülmüş; 11. maddesinde ise, yap-işlet-devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri için idare adına sermaye şirketlerine veya yabancı şirketlere çeşitli garantiler vermeye Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu bakan yetkili kılınmıştır.

Bu nedenlerle, 5. madde kapsamında bulunan ve "özel hukuk hükümlerine" bağlı olduğu belirtilen sözleşmelerin "idarî sözleşmeler" olduğu kuşkusuzdur. Dolayısıyla, bu tür sözleşmelerin yargısal denetiminin Anayasa uyarınca idarî yargı tarafından yapılması zorunludur. 5. madde ile, bu sözleşmeler idarî yargının görev alanından çıkarılmakta, böylece maddenin ikinci tümcesi Anayasa'ya aykırı düşmektedir. Çünkü, niteliği gereği idarî olan bu sözleşmelerin yasa kuralıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulması olanaksızdır.

.....

Bu nedenlerle, 3996 sayılı Yasa'da öngörülen kimi yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında yapılacak idarî nitelikteki sözleşmeleri özel hukuk kurallarına bağlı tutarak idarî yargı denetimi dışına çıkaran 5. maddenin ikinci tümcesi, Anayasa'nın 2., 11., 37. ve 125. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

2- Sözleşmelerin, İmtiyaz Teşkil Etmeyecek Nitelikte Olmasının Öngörülmesi Nedeniyle Maddenin Anayasa'nın 155. Maddesi Yönünden İncelenmesi

Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında, imtiyaz sözleşmelerini incelemek Danıştay'ın görevleri arasında sayılmıştır. Bu kuralla, bir yandan Danıştay'ın görevleri belirlenirken, öte yandan da imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay'ın öndenetimine bağlı olması öngörülmektedir.

.....

İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabûl edilmektedir. Kamu hizmetinin, uzun süreli bir "idarî sözleşme" uyarınca, sermayesi, kârı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerince yerine getirilmesine İMTİYAZ denir. Gereksinimler karşısında yönetimin işinin çokluğu ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin uygulanmasını zorunlu kılmakta ve kamu hizmetinin özel girişime gördürülmesine olanak sağlamaktadır. Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri" olarak tanımlanmaktadır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, gerek konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idarî sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar.

Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararlarına göre de, "bir amme hizmetinin tanzim ve işletilmesini temin", "amme hizmetinin görülmesinin.....devri", "amme hizmetlerinden birini ifa", "kamu hizmetlerinin yürütülmesini sağlamak" hukuksal sonucunu doğuran uzun süreli sözleşmeler, yalnız bu nedenle "idarî sözleşme" olduğu gibi, aynı zamanda bir "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi"dir.

Bu açıklamalar karşısında 3996 sayılı Yasa ile düzenlenen yap-işlet-devret yönteminin kamu hizmeti imtiyazından, 2. maddede öngörülen yatırım ve hizmetlerin yaptırılmasına, işletilmesine ve devredilmesine ilişkin sözleşmelerin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığı görülür. Gerçekten, Yasa ile getirilen yöntem, imtiyazın tüm öğelerini içermektedir. Yatırım bedeli, riski de kendisine ait olmak üzere sermaye şirketi tarafından konulacak ve idare ile aralarında en çok 49 yıl süreli bir idarî sözleşme yapılacaktır. Yönetimin hizmet konusunda gözetim, denetim, yaptırım uygulama ve yararlanacaklardan alınacak bedeli belirleme yetkileri vardır. Yasa'nın 9. maddesine göre sözleşmenin sona ermesiyle sermaye şirketi veya yabancı şirket tarafından yapılan yatırım ve hizmetler borçtan ve yükümlülükten arınmış olarak idareye geçecektir. Öte yandan Yasa'nın 2. maddesindeki "görevlendirme" sözcüğünün, yapılan sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi kapsamı dışına çıkarıp Danıştay öndenetiminden geçirilmesini önlemek için kullanıldığı anlaşılmaktadır.

.....

Anayasa yargısı alanında bir hizmetin "kamu hizmeti", bir sözleşmenin de "imtiyaz sözleşmesi" olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir. Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Yasal düzenlemeler bu niteliği değiştirici etki yapamaz. Tersî durum, Anayasa'nın yargıya ve öndenetime ilişkin kurallarıyla bağdaşmaz. Öte yandan, hukuk devleti ilkesi, yürütmenin ve yasamanın tüm işlemlerinin yargısal denetime bağlı tutulmasını gerektirir ki, idarî yargı ve Anayasa yargısı bunun için öngörülmüştür. Kuşkusuz, düzenleme yetkisi yasama organınınıdır. Ancak, bu yetkinin kullanılması anayasal ilke ve kurallarla sınırlıdır. Anayasa'ya uygunluk denetiminde yetkinin anayasal sınırlar içinde kullanılıp kullanılmadığı belirlenirken, kimi saptamalar yapmak, kimi yargılara varmak gerekir. Anayasal denetime, Anayasa'da olmayan sınırlar getirilirse denetim, amacından uzaklaşır ve anlamsız kalır.

Bu nedenlerle, yönetim ile sermaye şirketleri arasında yapılacak sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte olması öngörülerek, Danıştay'ın öndenetimi dışına çıkaran içeriği nedeniyle 5. maddenin birinci tümcesi Anayasa'nın 155. maddesine aykırıdır. Tümcedeki "imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte" sözcüklerinin iptali gerekir."

EK-7 AYM'nin 27.09.2012 tarihli ve E. 2012/6, K. 2012/131 sayılı kararının karşıoy gerekçesi

"1982 Anayasası'nın 47. maddesinin son fıkrasında 13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile yapılan değişiklikle 'Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilirliği veya devredilebilirliği kanunla belirlenir.' hükmü getirilmiştir. Bu hükme göre idarenin üstlendiği yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebilirliği kanunla düzenlenmek zorundadır.

Dava konusu kuralda, elektrik enerjisi üretmek amacıyla yapılacak olan üretim tesislerinin su yapısı ile ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının incelenmesi ve denetlenmesi faaliyetlerinin denetim şirketlerine gördürülebileceği düzenlenmiştir. Bunun dışında kalan işler ise idarece üstlenilecek ve yürütülecektir. Bu nedenle dava konusu kuralda, idarenin üstlendiği yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebilirliğinin yer almadığı ve bu sebeple de Anayasa'nın 47. maddesine aykırı olduğu ileri sürülemez.

Öte yandan Anayasa'da kamu hizmeti olarak yürütülmesi zorunlu tutulan hizmetlerin mutlaka devlet veya diğer idari birimlerce bizzat yürütüleceğini söylemek de pozitif hukuk açısından mümkün görünmemektedir. Örneğin ulusal güvenlik, kamu düzeninin sağlanması ve adalet hizmetlerinin sağlanması Anayasa hükümlerine göre zorunlu olarak kamu hizmeti sayılmakla birlikte bu hizmetlerin mutlaka devlet tarafından bizzat yerine getirileceği anlamına gelmemektedir. Aksi düşünce bazı ulusal güvenlik hizmetlerinin köy korucuları eliyle yürütülmesini, bazı kamu düzeninin sağlanmasına ilişkin hizmetlerin özel güvenlik kuruluşlarınca ve adalet hizmetlerinin tahkim usulü ile özel kişilere de gördürülüyor olmasını açıklayamayacaktır.

Anayasa'nın 47., 70. ve 128. maddelerinde yer alan kamu hizmeti ibarelerinin; iş, uğraş, faaliyet veya kamu kurum ve kuruluşları gibi farklı anlamlara geldiği bilinmektedir. Gerçekte de bugüne kadar kamu hizmetinin esaslı bir tanımı yapılamamıştır. D. Truchet'in deyiimi ile 'Hiç kimse kamu hizmetinin tartışılmaz bir tanımını yapamamıştır. Yasama, bunu kendisine tasa edinmemiş, yargı yapmak istememiş, öğreti ise başaramamıştır.' İtiraz konusu kuralın ilk cümlesinde ki "veya gerektiğinde yetkilendirilecek denetim şirketlerine yaptırılması sağlanır." ibaresinde öngörülen istisnai, belki gerekmeceği için hiç yaptırılmayacak bir denetimin kamu hizmetlerinin taşıması gereken süreklilik ve düzenlilik özelliklerini taşımadığı da açıktır. İtiraza konu düzenleme bu yönüyle de kamu hizmeti tanımına girmemektedir.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası ise yasa koyucunun kamu hizmeti olarak belirlediği hizmetlerin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğini düzenlemektedir. Genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli görevlerden kasıt, icrai yetki kullanımını gerektiren ve yönetilenler üzerinden hukuki sonuç doğuran işlem ve eylemlerdir. Bir faaliyetin önceden belirlenmiş standartlara uygunluk derecesini

araştırmak ve sonuçlarını ilgi duyanlara bildirmek amacıyla tarafsızca kanıt toplayan ve kanıtları değerlendiren sistematik bir süreç olan denetimin icrai bir işlem ve karar niteliğinin bulunmadığı, asıl icrai işlemin denetim sonucunda yetkili makamlarca alınacak cezai, hukuki ve idari tedbirler olacağı tartışılmaması gereken bir husustur. Bu nedenle de denetim faaliyetinin özel kişilere yaptırılmasının Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğu iddia edilemez.

Ayrıca dava konusu, elektrik üretmek amacıyla kurulacak üretim tesislerinin su yapısı ile ilgili kısımları ve gerçek veya tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının incelenmesi ve denetlenmesinin DSİ tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerine yaptırılmasına ilişkin kuralda DSİ'nin sahip olduğu , 'denetim yetkisinin devri' değil, bir kamu hizmetinin özel şirketlere gördürülmesi söz konusudur. Kural, 'denetim yetkisinin devrini' kapsamaması nedeniyle ortada denetim yetkisinin devri yönünden iptali gerekli kılan bir Anayasal neden bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrası yasa koyucuya kamu hizmetlerini özel hukuk rejimine tabi tutarak özel kişilere gördürme konusunda açık bir takdir yetkisi vermektedir. Nitekim dava konusu kural ile 4628 sayılı Kanun kapsamında kurulacak elektrik üretim tesislerinin su yapısı ile ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının incelenmesi ve denetlenmesinin DSİ tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerine yaptırılmasına olanak verilmiş, Anayasa Mahkemesi de böyle bir hizmet alımını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Mahkeme dava konusu kuralın, yasama organının denetim şirketlerinin yetkileri ile denetimle yetkilendirilmelerine ve bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkeleri belirlememesi nedeni ile iptal etmiştir. Ancak yasama organının denetim şirketlerinin yetkileri ile denetimle yetkilendirilmelerine ve bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkeleri belirlemesi zorunluluğunun Anayasal dayanağı da bulunmamaktadır.

Yasa koyucu, Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrasına uygun olarak dava konusu kuralda yer alan inceleme ve denetleme işlerinin DSİ tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın almak suretiyle, bu şirketlere yaptırılmasını uygun görmüştür. Böylece bu hizmetin özel kişilere özel hukuk hükümlerine göre gördürülmesine olanak verilmiştir. Yasa koyucunun denetim şirketlerinin hukuksal yapılarını, gördürülecek işe göre bu şirketlere verilecek yetkilerinin kapsam ve niteliğini ve yine yaptırılacak işe göre bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esaslarının belirlenmesini yürütme organına bırakması, yasama organının takdir yetkisi kapsamındadır.

Öte yandan kuralda yer alan işleri yapacak şirketler, şirketler hukukuna tabi oldukları gibi, bu nitelikteki sözleşmeler de yürürlükteki hukuk kurallarına tabidir. İdare ile şirket arasında yapılacak sözleşmelerin hazırlanmasında 4628 sayılı Kanunun tüm hükümlerine riayet edilmesi de yasal bir zorunluluktur. Başka bir deyişle özel hukuk sözleşmesi ile denetim işini gördürecek olan DSİ'nin, o hizmetin özelliği gereği çıkabilecek tüm sorunları ve bu bağlamda tek taraflı değişiklik ve fesih konularını önceden belirleyip sözleşmeyi 5346 sayılı Kanun'a, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na, 4735 sayılı Kamu

İhaleleri Sözleşme Kanunu'na ve diğer ilgili kanunlara uygun hazırlaması zaten bir zorunluluktur.

Nitekim 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Danışmanlık hizmetleri başlıklı 48. maddesinde; ÇED raporunun hazırlanması, etüt ve proje, harita ve kadastro, plân, imar uygulama, tasarım, teknik şartname hazırlanması, denetim gibi teknik, malî, hukuki veya benzeri alanlarda niteliği itibariyle kapsamlı ve karmaşık olan, özel uzmanlık ve deneyim gerektiren danışmanlık hizmetlerinin hizmet sunucularından alınabileceği, danışmanlık hizmet ihalelerinin 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacağı, yine 4735 sayılı Kanunun 32. maddesine göre; danışmanlık hizmetlerinde; uygulama yanlışlığı, denetim eksikliği, işlerin yürürlükteki mevzuata uygun olarak yapılmaması, meslek ahlakına uygun davranılmaması, bilgi ve deneyimin idarenin yararına kullanılmaması ve benzeri nedenlerle meydana gelen zarar ve ziyandan hizmet sunucusunun doğrudan, sorumlu olacağı belirtilmektedir. Görüldüğü üzere denetim şirketlerinin yetkileri, denetimle yetkilendirilmeleri, bunların yapacağı denetimin kapsamı, bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esasları, denetime ilişkin temel ilkeler 4734 ve 4735 sayılı kanunlarında, bu kanunlarda öngörülen idari ve teknik şartnamelerde belirlenmiş ve itiraz konusu kuralda çıkarılması öngörülen yönetmelikle belirlenmesi hedeflenmiştir. DSİ ile denetim şirketleri arasındaki sözleşmelerde bu mevzuat hükümleri yanında diğer mevzuat hükümlerinin de gözetilmesi zorunludur. Bu itibarla DSİ ile denetim şirketleri arasında imzalanacak anlaşmaların yasal çerçevesinin çizilmediğini söylemek de mümkün değildir. Anılan yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net ve anlaşılabilir düzenlemeler olduğu görülmektedir. Dolayısı ile dava konusu kuralda Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan belirlilik ilkesine bir aykırılık gözükmemektedir.”

ÖZGEÇMİŞ**Kişisel Bilgiler**

Soyadı, adı : Çınar, Hacı Yusuf
Uyruğu : T.C.
Doğum tarihi ve yeri : 1980- Malatya
Medeni hali : Evli
Telefon :
Faks :
e-mail : fbulkerksu@gmail.com

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet tarihi
Yüksek lisans	Gazi Üniv./Kamu Hukuku/İdare Hukuku	2010
Lisans	Galatasaray Üniv. Hukuk Fakültesi	2002
Lise	Eskişehir Demiryolu Meslek Lisesi	1996

İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2014-2016	Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu	Grup Başkanı
2006-2014	Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu	Enerji Uzmanı
2005-2006	Başbakanlık	Başbakanlık Uzman Yrd.
2004-2005	Maliye Bakanlığı	Milli Emlak Dntm. Yrd.

Yabancı Dil

Fransızca, İngilizce



GAZİLİ OLMAK AYRICALIKTIR..

