

**T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)  
ANABİLİM DALI**

# **TÜRKİYE’DEKİ DÜZENLEYİCİ KURULLARIN İDARİ YAPTIRIM YETKİSİ**

Yüksek Lisans Tezi

Emrah URAN

Ankara-2008

**T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)  
ANABİLİM DALI**

**TÜRKİYE’DEKİ DÜZENLEYİCİ KURULLARIN  
İDARİ YAPTIRIM YETKİSİ**

Yüksek Lisans Tezi

Emrah URAN

Ankara-2008

T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)  
ANABİLİM DALI

## TÜRKİYE’DEKİ DÜZENLEYİCİ KURULLARIN İDARİ YAPTIRIM YETKİSİ

Yüksek Lisans Tezi

**Tez Danışmanı:** Doç. Dr. Cüneyt OZANSOY

Tez Jürisi Üyeleri

**Adı ve Soyadı**

**İmzası**

.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

Tez Sınavı Tarihi .....

## İÇİNDEKİLER

|                   |     |
|-------------------|-----|
| İÇİNDEKİLER ..... | i   |
| KISALTMALAR ..... | vii |
| ÖZET .....        | ix  |
| ABSTRACT .....    | xi  |
| GİRİŞ .....       | xii |

## BİRİNCİ BÖLÜM

### EKONOMİK KAMU DÜZENİ EKSENİNDE DÜZENLEYİCİ KURULLAR

#### BİRİNCİ KISIM EKONOMİ VE KAMU DÜZENİ

#### § 1 – GENEL OLARAK KAMU DÜZENİ KAVRAMI ve DEĞİŞİK

|                                 |   |
|---------------------------------|---|
| BOYUTLARI .....                 | 1 |
| I. KAVRAM ve TANIM.....         | 1 |
| II. KAMU DÜZENİNİN KAPSAMI..... | 4 |
| A- Genel Olarak .....           | 4 |
| B- Kamu Düzeninin Öğeleri ..... | 5 |
| a) Güvenlik .....               | 5 |
| b) Sağlık.....                  | 5 |
| c) Esenlik .....                | 5 |
| d) Genel Ahlakın Korunması..... | 6 |
| e) Ekonomik İstikrar .....      | 7 |

#### § 2 - EKONOMİK YÖNÜYLE KAMU DÜZENİ ve DEVLETİN

|                                                                                           |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| MÜDAHALESİ OLGUSU .....                                                                   | 8  |
| I. KAVRAM.....                                                                            | 8  |
| II. EKONOMİK YÖNÜYLE KAMU DÜZENİ.....                                                     | 10 |
| III. DEVLETİN EKONOMİYE MÜDAHALESİNİN NEDENLERİ ve BU<br>YOLDA KULLANDIĞI YÖNTEMLER ..... | 14 |
| A- Genel Olarak .....                                                                     | 14 |
| B- Devletin Ekonomiye Müdahalesine Yol Açan Salt Ekonomik<br>Nitelikli Sebepler.....      | 21 |

|                                                                                                  |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| a) Azalan Maliyetli Üretim Dallarının ya da Tekellerin Yol Açtığı Sakıncaların Giderilmesi ..... | 21 |
| b) Erdemli – Erdemsiz Mallar Sorununun Hafifletilmesi .....                                      | 21 |
| c) İktisadi Dalgalanmaların Giderilmesi .....                                                    | 22 |
| d) İktisadi Büyüme ve Kalkınmanın Sağlanması .....                                               | 22 |
| e) Dış Ticaret Dengesinin Sağlanması .....                                                       | 23 |
| f) Gelir Dağılımının Değiştirilmesi .....                                                        | 23 |
| C- Devletin Ekonomiye Müdahalesine Yol Açan Ekonomi-Dışı Sebepler                                | 23 |
| D- Devletin Ekonomiye Müdahale Yönünde Kullandığı Araçlar .....                                  | 25 |
| a) İktisadi Araçlar .....                                                                        | 25 |
| aa) Dolaysız Düzenlemeler .....                                                                  | 25 |
| bb) Maliye Politikası Araçları .....                                                             | 25 |
| cc) Para Politikası Araçları .....                                                               | 26 |
| dd) İktisadi Alanda Çalışan Kamu Teşebbüslerinin Faaliyetleri ....                               | 26 |
| b) İktisadi Olmayan Araçlar .....                                                                | 27 |
| aa) Planlama .....                                                                               | 27 |
| bb) Özendirme Destekleme (=Teşvik) .....                                                         | 29 |
| IV. EKONOMİK KOLLUK VE ÖZEL GİRİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜ .....                                              | 31 |

## İKİNCİ KISIM

### DÜZENLEYİCİ KURULLAR OLGUSU

|                                                 |    |
|-------------------------------------------------|----|
| A - Genel Olarak .....                          | 37 |
| B - Ortaya Çıkış Nedenleri .....                | 43 |
| C - Faaliyet Alanları .....                     | 46 |
| D - Ortak Özellikleri .....                     |    |
| E - Regülasyon Kavramının İfade Ettikleri ..... | 51 |

## İKİNCİ BÖLÜM

### İDARİ YAPTIRIM TEORİSİ

|                                                                    |           |
|--------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>§ 1 – GENEL OLARAK YAPTIRIM ve İDARİ YAPTIRIM KAVRAMI .....</b> | <b>60</b> |
| I. YAPTIRIM KAVRAMI .....                                          | 60        |
| II. İDARİ YAPTIRIM .....                                           | 61        |
| A - Genel Olarak .....                                             | 61        |
| B - İdari Yaptırım Kavramı .....                                   | 62        |
| 1- Genel Olarak .....                                              | 65        |

|                                                                     |     |
|---------------------------------------------------------------------|-----|
| 2- İdari Yaptırımların Kaynağı ve Amaçları .....                    | 67  |
| 3 - İdari Yaptırımların Özellikleri .....                           | 67  |
| C – İdari Yaptırım Kavramı ve İdari Ceza Hukuku İlişkisi .....      | 68  |
| D – İdari Yaptırımların İdari İşlem Teorisi İçerisindeki Yeri.....  | 72  |
| III- İDARİ CEZA HUKUKU – CEZA HUKUKU AYRIMI .....                   | 74  |
| A – Genel Olarak .....                                              | 74  |
| B – Karşılaştırılmaları .....                                       | 74  |
| 1- Amaç ve Uygulama Açısından .....                                 | 76  |
| 2- Doğurdıkları Sonuçlar Açısından .....                            | 78  |
| 3- Kanunilik İlkesi Açısından .....                                 | 80  |
| 4- Kusurluluk İlkesi Açısından .....                                | 86  |
| 5- Ne bis İn İdem Kuralı Açısından .....                            | 88  |
| IV- İDARİ CEZA HUKUKUNDA TAKDİR YETKİSİ .....                       | 90  |
| A- Genel Olarak .....                                               | 90  |
| B- İdari İşlemin Unsurları Bakımından Sınırları .....               | 91  |
| C- Takdir Yetkisinin Yargısal Denetiminde Kullanılan Ölçütler ..... | 97  |
| V- İDARİ CEZA HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ.....                       | 102 |
| VI- DÜZENLEYİCİ KURULLAR BAKIMINDAN İDARİ CEZA                      |     |
| HUKUKU .....                                                        | 111 |
| A- Genel Olarak .....                                               | 112 |
| B- Düzenleme Yetkileri .....                                        | 119 |
| C- İdari Yaptırım Yetkilerinin Kaynağı ve Amacı .....               | 119 |
| VII- KABAHAHLER KANUNUNUN DÜZENLEYİCİ KURULLARIN                    |     |
| UYGULADIKLARI İDARİ YAPTIRIMLAR BAKIMINDAN                          |     |
| GETİRDİKLERİ .....                                                  | 130 |

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### DÜZENLEYİCİ KURULLARIN İDARİ YAPTIRIM TÜRLERİ BAĞLAMINDA İDARİ YAPTIRIM YETKİLERİ

|                                                 |     |
|-------------------------------------------------|-----|
| I. İDARİ YAPTIRIM TÜRLERİ .....                 | 135 |
| A - Genel Olarak .....                          | 135 |
| B – İdarî-Malî Yaptırımlar .....                | 136 |
| C - Bireysel İdarî Yaptırımlar .....            | 138 |
| II. İDARİ YAPTIRIMLARIN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ ..... | 140 |
| A - Genel Olarak .....                          | 140 |

|                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B - İdare İle Kurulan Hukuki İlişkinin Uzantısı Olarak Ortaya Çıkan                      |     |
| Yaptırımlar .....                                                                        | 142 |
| 1- Genel Olarak .....                                                                    | 142 |
| 2- İzin, Ruhsat ve Lisans Kavramlarının İncelenmesi .....                                | 146 |
| a) Bir Kavramsal Sorun İncelemesi .....                                                  | 146 |
| b) İzin, Ruhsat ve Lisans .....                                                          | 154 |
| 3- Kurulan Hukuki İlişkinin Uzantısı Yaptıırımlar .....                                  | 155 |
| a) Lisansın İptali, (EPDK) .....                                                         | 155 |
| aa- Genel Olarak .....                                                                   | 155 |
| bb- Lisans Rejimleri .....                                                               | 157 |
| aaa- Elektrik Piyasası Kanununca Öngörülen Lisans Rejimi ....                            | 157 |
| bbb- Petrol Piyasası Kanununca Öngörülen Lisans Rejimi .....                             | 161 |
| ccc- Doğalgaz Piyasası Kanununca Öngörülen Lisans Rejimi .                               | 162 |
| ddd- LPG ( Sıvılaştırılmış Doğalgaz) Piyasası Kanununca<br>Öngörülen Lisans Rejimi ..... | 165 |
| cc- Lisans İptali Halleri .....                                                          | 166 |
| b) İhale İşlemlerinin İptali (KİK) .....                                                 | 172 |
| aa - Genel Olarak .....                                                                  | 172 |
| bb - Kamu İhale Kurumunca İhalenin İptali .....                                          | 175 |
| c) İznin veya Yetki Belgesinin Askıya Alınması veya İptali (TAPDK) .....                 | 181 |
| aa- Genel Olarak .....                                                                   | 181 |
| bb- Tesis Kurma, Üretim, Proje Tadilat İzinlerinin Askıya<br>Alınması ve İptali .....    | 185 |
| cc- Uygunluk, Dağıtım ve Satış Belgelerinin Askıya<br>Alınması ve İptali .....           | 187 |
| d) Şeker Kotası İptali (ŞK) .....                                                        | 190 |
| aa- Genel Olarak .....                                                                   | 190 |
| bb- Şeker Kanunu Çerçevesinde Kota Kavramı .....                                         | 191 |
| cc- Kota İptali Halleri .....                                                            | 193 |
| e) Banka Kuruluş ve Faaliyet İzninin İptali (BDDK) .....                                 | 195 |
| aa- Genel Olarak .....                                                                   | 195 |
| bb- 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun Getirdiği İzin Rejimi .....                        | 198 |
| cc- İznin İptali Halleri .....                                                           | 209 |
| f) Muafiyetin Geri Alınması ( RK) .....                                                  | 216 |
| aa- Genel Olarak .....                                                                   | 216 |
| bb- 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'a Göre<br>Muafiyet Rejimi .....     | 217 |

|                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| cc- Geri Alınma Halleri.....                                                       | 233 |
| g) İmtiyaz Sözleşmesi, Ruhsat ve İznin İptali ( TK).....                           | 239 |
| aa- Genel Olarak .....                                                             | 239 |
| bb- Telekomünikasyon Lisans Rejimi .....                                           | 240 |
| cc- İmtiyaz Sözleşmesinden Doğan İdari Yaptırımlar .....                           | 246 |
| aaa- İşletmeye Geçici Olarak El Koyma.....                                         | 246 |
| bbb- İmtiyazın İptali (düşürülmesi) .....                                          | 251 |
| ccc- Tek Taraflı Fesih Yetkisi.....                                                | 252 |
| dd- Telekomünikasyon Ruhsatı ve Genel İznin İptali.....                            | 254 |
| h) Yayın İzninin İptali (RTÜK) .....                                               | 257 |
| ı) Aracı Kurumların Kuruluş ve Faaliyet İzinlerinin İptali (SPK) .....             | 270 |
| aa- Genel Olarak .....                                                             | 270 |
| bb- Aracı Kurumların Kuruluş ve Faaliyet Şartları.....                             | 274 |
| aaa- Kuruluş Şartları .....                                                        | 274 |
| aaaa- Anonim Ortaklık Şeklinde Kurulma.....                                        | 274 |
| bbbb- Hisse Senetlerinin Nama Yazılı Olması .....                                  | 275 |
| cccc- Hisse Senetlerinin Nakit Karşılığı Çıkarılması.....                          | 275 |
| dddd- Sermayelerin Kurulca Belirlenen Miktardan Az Olması.....                     | 275 |
| eeee- Esas Sözleşmenin Sermaye Piyasası Kanuna<br>Uygun Olması .....               | 276 |
| ffff- Kurucularda Aranılan Özel Şartlar .....                                      | 277 |
| bbb- Faaliyet Şartları.....                                                        | 277 |
| cc- Faaliyet ve Yetki Belgesinin İptali.....                                       | 278 |
| C- İdari Para Cezaları.....                                                        | 280 |
| 1- Genel Olarak .....                                                              | 280 |
| 2- Bir İdari Mali Yaptırım Çeşidi Olarak İdari Para Cezası .....                   | 281 |
| 3- Türkiye'deki Düzenleyici Kurulların İdari Para Cezası Uygulamaları              |     |
| a) Enerji Hukukunda İdari Para Cezası Yaptırımı .....                              | 283 |
| aa- Elektrik ve Doğalgaz Piyasası.....                                             | 284 |
| bb- Petrol Piyasası.....                                                           | 287 |
| aaa- Sorumlularına Altıyüzbin Türk Lirası Para Cezası Verilen<br>İhlaller .....    | 288 |
| bbb- Sorumlularına İkiyüzellibin Türk Lirası Para Cezası Verilen<br>İhlaller ..... | 290 |
| cc- LPG Piyasası .....                                                             | 293 |



|                                                                                 |            |
|---------------------------------------------------------------------------------|------------|
| aaa- Sorumlularına Beşyüzbin Türk Lirası Para Cezası Verilen İhlaller .....     | 293        |
| bbb- Sorumlularına İkiyüzellibin Türk Lirası Para Cezası Verilen İhlaller ..... | 294        |
| ccc- Sorumlularına Ellibin Türk Lirası Para Cezası Verilen İhlaller .....       | 295        |
| b) Şeker Hukukunda İdari Para Cezası Yaptırımı .....                            | 296        |
| c) Bankacılık Hukukunda İdari Para Cezası Yaptırımı .....                       | 297        |
| d) Rekabet Hukukunda İdari Para Cezası Yaptırımı .....                          | 300        |
| e) Telekomünikasyon Hukukunda İdari Para Cezası Yaptırımı .....                 | 310        |
| f) Radyo ve Televizyon Hukukunda İdari Para Cezası Yaptırımı .....              | 312        |
| g) Sermaye Piyasası Hukukunda İdari Para Cezası Yaptırımı .....                 | 313        |
| <br>D - Kendine Özgü (Sui Generis) İdari Yaptırımlar .....                      | 314        |
| 1- Genel Olarak .....                                                           | 314        |
| 2- Nispi Para Cezası (RK) .....                                                 | 314        |
| 3- Bankanın Fona Devri (BDDK) .....                                             | 320        |
| 4- Ekran Karartma (Yayının Geçici Olarak Durdurulması) (RTÜK ) .....            | 331        |
| 5- Gerekli Her Türlü Tedbiri Alma ve Yetkisi (SPK) .....                        | 332        |
| <br><b>§ – SONUÇ .....</b>                                                      | <b>335</b> |
| <br><b>KAYNAKÇA .....</b>                                                       | <b>337</b> |

## KISALTMALAR

|               |                                                                       |
|---------------|-----------------------------------------------------------------------|
| <b>AB</b>     | : Avrupa Birliği                                                      |
| <b>ABD</b>    | : Amerika Birleşik Devletleri                                         |
| <b>age</b>    | : Adı geçen eser                                                      |
| <b>agm</b>    | : Adı geçen makale                                                    |
| <b>AİD</b>    | : Amme İdaresi Dergisi                                                |
| <b>AİHS</b>   | : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi                                     |
| <b>A.Ş.</b>   | : Anonim Şirket                                                       |
| <b>ATA</b>    | : Avrupa Topluluğu Antlaşması                                         |
| <b>AÜHFD</b>  | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi                         |
| <b>AÜSBFD</b> | : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi Dergisi              |
| <b>AY</b>     | : Anayasa                                                             |
| <b>AYM</b>    | : Anayasa Mahkemesi                                                   |
| <b>BDDK</b>   | : Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu                            |
| <b>BİO</b>    | : Bağımsız İdari Otorite                                              |
| <b>C.</b>     | : Cilt                                                                |
| <b>CNG</b>    | : Sıkıştırılmış Doğal Gaz                                             |
| <b>Çev.</b>   | : Çeviren                                                             |
| <b>D.</b>     | : Danıştay                                                            |
| <b>D.</b>     | : Daire                                                               |
| <b>DD</b>     | : Danıştay Dergisi                                                    |
| <b>DAH</b>    | : Düzene Aykırılıklar Hukuku                                          |
| <b>Dipnt.</b> | : Dipnot                                                              |
| <b>E.</b>     | : Esas                                                                |
| <b>EPDK</b>   | : Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu                                    |
| <b>FCC</b>    | : Federal Communications Commission (Federal<br>Haberleşme Komisyonu) |
| <b>GÜHFD</b>  | : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi                           |
| <b>İDDK</b>   | : İdari Dava Daireleri Kurulu                                         |
| <b>İİİD</b>   | : İdare Hukuku ve İlimler Dergisi                                     |
| <b>İÜHF</b>   | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi                               |

|               |                                                                          |
|---------------|--------------------------------------------------------------------------|
| <b>İHFM</b>   | : İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası                                      |
| <b>İYUK</b>   | : İdari Yargılama Usulü Kanunu                                           |
| <b>K.</b>     | : Karar                                                                  |
| <b>KHK</b>    | : Kanun Hükmünde Kararname                                               |
| <b>KİK</b>    | : Kamu İhale Kurumu                                                      |
| <b>KİT</b>    | : Kamu İktisadi Teşebbüsü                                                |
| <b>KK</b>     | : Kabahatler Kanunu                                                      |
| <b>LNG</b>    | : Sıvılaştırılmış Doğal Gaz                                              |
| <b>LPG</b>    | : Sıvılaştırılmış Petrol Gazları                                         |
| <b>md.</b>    | : Madde                                                                  |
| <b>NPM</b>    | : New Public Management                                                  |
| <b>OSB</b>    | : Organize Sanayi Bölgeleri                                              |
| <b>R.G.</b>   | : Resmi Gazete                                                           |
| <b>RK</b>     | : Rekabet Kurumu                                                         |
| <b>RKHK</b>   | : Rekabetin Korunması Hakkında Kanun                                     |
| <b>RTÜK</b>   | : Radyo ve Televizyon Üst Kurulu                                         |
| <b>S.</b>     | : Sayı                                                                   |
| <b>s.</b>     | : Sayfa                                                                  |
| <b>SBFD</b>   | : Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi                                     |
| <b>SPK</b>    | : Sermaye Piyasası Kurulu                                                |
| <b>ŞK</b>     | : Şeker Kurumu                                                           |
| <b>TAPDK</b>  | : Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası<br>Düzenleme Kurumu |
| <b>TBB</b>    | : Türkiye Bankalar Birliği                                               |
| <b>T.C.</b>   | : Türkiye Cumhuriyeti                                                    |
| <b>TEİAŞ</b>  | : Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi                                 |
| <b>TK</b>     | : Telekomünikasyon Kurumu                                                |
| <b>TMSF</b>   | : Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu                                         |
| <b>TODAİE</b> | : Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü                             |
| <b>TÜSİAD</b> | : Türkiye Sanayici ve İş adamları Derneği                                |
| <b>TTK</b>    | : Türk Ticaret Kanunu                                                    |
| <b>vd.</b>    | : Ve devamı                                                              |

## ÖZET

*Ülkemizde Bağımsız İdari Otoritelerin 24 Ocak 1980 kararları ile başlayan ekonomik değişim ile ortaya çıktığı söylenebilir. Bunun devamında 1990'ların ikinci yarısından itibaren, OECD ve Dünya Bankası gibi uluslar arası kuruluşların teşviki ve IMF'ye verilen niyet mektuplarındaki taahhütler neticesinde ülkemizdeki Bağımsız İdari Otorite sayısında ciddi düzeyde bir artış meydana gelmiştir.*

*Bize göre Bağımsız idari otoriteleri diğer idari kurumlardan ayıran en önemli özellik yaptırım uygulama yetkisidir. Diğer taraftan bu yetki özel sektör üzerinde yarattığı etkilerden dolayı da büyük önem taşımaktadır. Buna karşın İdare hukuku öğretisinde, "İdari yaptırımlar" hakkında yazılmış eser sayısı son derece az olduğu gibi, Bağımsız idari otoritelerin idari yaptırım yetkisine ilişkin yazılı eser de bulunmamaktadır. Bu nedenle bu çalışmanın amacı özellikle ekonomik düzenin korunması ve sürdürülmesi için hayati önem taşıyan bu yetkinin Türk İdare Hukuku öğretisinde incelenmesi yolunda ufakta olsa bir katkı sağlamaktır.*

*Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, öncelikle devlet ekonomi ilişkisi üzerinde durulmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda, devletin ekonomideki rolü ve ekonomiye müdahalesinin nedenleri incelenerek, ekonomik kamu düzeni ve ekonomik kolluk ile girişim özgürlüğü kavramlarına değinilmiştir. Daha sonra Bağımsız idari otoriteler olgusu incelenmiştir.*

*İkinci bölümde, İdari yaptırım kavramı açıklanmış ve ceza hukuku ile karşılaştırılmıştır. Sonrasında idari yaptırım yetkisine bir sınır çizen takdir yetkisi ve ölçülülük ilkesi incelenmiştir. Son olarak ta Bağımsız İdari Otoritelerin idari yaptırım yetkisi üzerinde durulmuştur.*

*Üçüncü bölümde ise, idari yaptırım türleri ifade edildikten sonra ülkemizdeki Bağımsız idari otoritelerin uyguladıkları idari yaptırımlar*

*sınıflandırılmaya çalışılmıştır. Bu sınıflandırma yapılırken ÷lkemizdeki Bağımsız İdari Otoritelerin uyguladıkları idari yaptırımları hakkında ayrıntılı bir incelemeye yer verilmiştir.*

## ABSTRACT

*It would be said that, in our country, Independent Administrative Authorities arose with the economic transformation which was initiated by January 24, 1980 decisions. Subsequently in the second half of the 1990s out of the encouragement of the international organizations, such as OECD and World Bank and the commitments to IMF through the “letter of intents”, the number of Independent Administrative Authorities has increased considerably.*

*According to us, the most important characteristic which distinguishes Independent Administrative Authorities from the other Administrative Institutions is their authority to impose sanctions. On the other hand, this authority has great importance due to its impacts on the private sector. Nevertheless, in the administrative law discipline, there is only very few number of written works on “administrative sanctions”, moreover there is no written study on the sanctioning authority of Independent Administrative Authorities. Thus, this study aims to take the first step in the discipline of Turkish Administrative Law to research this authority which bears great importance on sustaining and safeguarding the economic order.*

*Our study consists of three sections. In the first section, first of all, the relation between the state and economy has been accentuated. In order to explain this relation, the role of the state in economy and the reasons of the state intervention in economy have been examined and the terms of economic public order and economic policy and freedom of enterprise have also been discussed. Then, Independent Administrative Authorities fact has been studied.*

*In the second section administrative imposition term has been explained and compared with the penal law. Then, discretionary authority and proportionality principle which draw a line to administrative imposition authority have been examined. Finally, the administrative imposition authority of the Independent Administrative Authorities has been discussed.*

*In the third section, after stating types of administrative sanctions, the administrative impositions which are applied by the Independent Administrative Authorities in our country are tried to be classified. While making this classification, a detailed study on the administrative impositions which are applied by the Independent Administrative Authorities in our country is included.*

## GİRİŞ

Ülkemizde, düzenleyici kurulların kurulması ve devamında devletin, başta ekonomik karakterli sektörler olmak üzere birçok sektörden çekilmeye başlaması ile söz konusu sektörlerde, düzenin nasıl tesis edileceği sorusu çözülmesi zorunlu bir problem halini almıştır. Bu sorun, ekonomik karakter taşıyan sektörlerde çok daha şiddetli hissedilmektedir. Zira bu sektörlerde rekabet düzeyi yoğunlaşmakta aynı zamanda çok büyük miktarda para akışı yaşanmaktadır.

Bu çerçevede, düzenleyici kurullara ilk etapta otoritesi bulundukları sektörü düzenleme ve denetleme yetkisi verilmektedir. Fakat düzenleyici kurullara sadece düzenleme ve denetleme yetkisi verilmesi yukarıda işaret ettiğimiz sorunu çözmekte yetersiz kalmaktadır. Zira bir düzenleme, bu düzenlemeye uyması beklenenler o düzenlemeye riayet etmedikçe düzenleme niteliğini kazanamazken, aynı şekilde yapılan bir denetim zorlayıcı araçlarla desteklenmedikçe denetim niteliğini kazanamayacaktır. Bu çerçevede, düzenleyici kurullara tanınan bu iki yetkiyi tamamlayıcı ve bu iki yetkinin işlevselliğini arttırıcı bir yetkiye daha ihtiyaç vardır ki; bu da idari yaptırım yetkisidir.

Gerçekten de idari yaptırım yetkisi verilmesi sonrasında tesis edilen düzenlemeye uyulmaması veya yapılan denetimin birtakım engellere maruz bırakılması hâlinde, daha önce öngörülmüş olan bir yaptırım uygulanabilecek ve bu yolla gerçek anlamda bir düzenleme ve denetim yapılabilir. Bu bağlamda idari yaptırım yetkisinin, düzenleyici kurullar için olmazsa olmaz bir yetki olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Türkiye’deki düzenleyici kurulların idari yaptırım yetkilerini incelemekteki amacımız, böylesine önemli bir yetkinin esasında ne ifade ettiği ve ne şekilde kullanılması gerektiği ile tabi tutulacağı sınırlamaların tespit edilebilmesidir. Böylesine bir çalışmanın, hem ülkemizdeki düzenleyici kurulların bu yetkiyi kullanırken dikkat etmesi gereken hususlar, hem de bu yetkinin kullanılmasında birtakım yaptırımlara maruz kalanların bu yetkinin ne şekilde kullanılması



gerektiğini konusunda biraz da olsa bilgi sahibi olabilmeleri açısından yararlı olacağını düşünmekteyiz.

Söz konusu amaç doğrultusunda, öncelikle ekonomi ve devlet arasındaki ilişki incelenecek ve idari yaptırım yetkisinin hareket noktasını teşkil ettiğine inandığımız, devletin ekonomiye müdahalesi konusu üzerinde durulacaktır. Bunu takiben kısaca düzenleyici kurullar olgusuna da yer verilecektir. İkinci bölümde, Türk idare hukukunda çok az inceleme konusu olan “idari yaptırım” ilk aşamada teorik yönden ve sonrasında getirilen sınırlamalar açısından, düzenleyici kurullar ile bağlantı kurularak açıklanmaya çalışılacaktır. Son bölümde ise “idari yaptırım” yetkisinin halihazırda düzenleyici kurullar tarafından ne şekilde uygulandığının daha iyi anlaşılabilmesi için Türkiye’deki düzenleyici kurulların idari yaptırımları belirli bir sınıflandırmaya tabi tutularak incelenecektir. Ayrıca uygulamaya yarar sağlayacağına inandığımız, konuya ilişkin yargı kararlarına da özel olarak yer verilecektir.

# **BİRİNCİ BÖLÜM**

## **EKONOMİK KAMU DÜZENİ EKSENİNDE**

### **DÜZENLEYİCİ KURULLAR**

#### **BİRİNCİ KISIM**

##### **EKONOMİ VE KAMU DÜZENİ**

#### **§ 1 – GENEL OLARAK KAMU DÜZENİ KAVRAMI ve DEĞİŞİK BOYUTLARI**

##### **I. KAVRAM ve TANIM**

*Kamu*, toplum yapısını, bir bütün olarak halkı, ilişkilerini ve değerlerini belirtmektedir. Geleneksel anlamda belli grupları, sınıfları veya otoriteye sahip olanları ifade ederken, çağdaş anlamda milli sınırlar içinde yaşayan tüm insanları kapsamaktadır.<sup>1</sup> *Düzen* ise düzensizliğin bulunmamasını, dengelerin oturmuş olmasını ifade eder. Düzen, hem mevcut durumun korunmasını, hem de değişimin ve gelişimin bir ahenk içerisinde olmasını, yani dengelerin korunmasına özen gösterilerek toplumun değişiminin ve gelişiminin sağlanmasını içerir. Toplumun gelişimi açısından değişim ne kadar zorunlu ise, kamu düzeninin korunması açısından da bu değişimin ilişkilerin dengesini bozmaması aynı derecede zorunludur.<sup>2</sup> Bu nedenle, en ilkelinden en gelişmişine kadar her toplumda idarenin en birincil ve yaygın görevi toplum düzenini (=kamu düzenini) korumak ve böylece bireylerin ve topluluklarının güvenlik ve huzur içinde yaşamalarını sağlamaktır.<sup>3</sup>

Kamu düzeni kavramı, özü itibarıyla hukuksal bir nitelik taşımadığından nesnel bir tanımının yapılması çok güçtür. Esas olarak toplumsal-siyasal içerikli bir kavram olduğundan, bu tür içeriğe sahip diğer kavramlar gibi, hukuksal bir kalıp

---

<sup>1</sup> Nihat BİLGİN, **Kamu Yönetimi ve Demokrasi Eğitimi**, Kamu Yönetimi Disiplini Sempozyumu cilt I, Ankara 1995, TODAİE yayın No:261, s.45

<sup>2</sup> Nusret İlker ÇOLAK, **Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve ABD Örneği**, Ankara, 2003, s. 22

<sup>3</sup> Metin GÜNDAĞ, **İdare Hukuku**, Ankara, 2003 s. 259

içerisinde ifade edilmesi bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir anlatımla, söz konusu kavramın, değişkenlik ve görecelilik gibi özellikleriyle dikkat çeken toplumsal-siyasal nitelikli kavramlardan biri oluşu dolayısıyla, hukuk kalıbında yoğunlaşarak şekillendirilmesi gibi önemli bir sorunla karşı karşıya bulunmaktayız. Gerçekten kamu düzeni, bu özelliği nedeniyle ki, farklı siyasal sistemlere, yönetimlere toplumsal-siyasal koşullara, zaman ve mekanlara göre değişebilen bir kavramdır<sup>4</sup>.

Yukarıda kamu düzenine ilişkin yaptığımız açıklamalara rağmen hâlâ bir tanım yapmak gerektiğini düşünmekteyiz. Kavram olarak kamu düzeni, toplumun dış ve maddi düzeni olup, yollar, parklar, meydanlar gibi umumî yerlerde ve gazino, kahvehane, tiyatro, sinema, han, hamam, otel, lokanta gibi umuma açık yerlerde geçerli bulunan düzeni ifade etmektedir. Ayrıca bu gibi umumi veya umuma açık yerlerde bireylerin güvenlik, dirlik ve esenlik içinde ve sağlıklı olarak yaşamlarının sağlanması anlamına gelmektedir<sup>5</sup>. Bir başka anlatımla toplumun barış ve güven içinde gelişmesini ve yaşamını sürdürmesini sağlayacak bir ortamdır.<sup>6</sup>

Bu çerçevede, yukarıda tanımlamaya çalıştığımız “kamu düzeni” fikri nasıl ortaya çıkmıştır? Doğal yaşamdaki bozuklukların giderilmesine, kamu düzeninin sağlanması için düzenleyici bir güce ihtiyaç duyulmuştur. Doğal yaşama dönemi öncesi herkesin iradesi eşit olduğundan, güçlü olan iradesini güçsüze kabul ettirebiliyordu. Toplumu oluşturan bireyler, kendilerinin üstünde bir iradeye kamu düzenini sağlama şartıyla riyeti kabul etmiştir. Çünkü insanlar, tarihten aldıkları derslerle özgürlüklerin kullanılabilmesinin belli bir düzen içerisinde mümkün olduğunu anlamıştır<sup>7</sup>.

Kamu düzenini sağlama, koruma ve bozulduğunda eski durumuna getirme görevi ise idari kolluğa verilmiştir. İdari kolluk, bir idari makama kamu düzeninin

---

<sup>4</sup> Fazıl Hüsnü ERDEM, **TCK’nın 312. Maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi: Türk Devlet Düzeni ve Demokratik Kamu Düzeni**, AÜHFD, Ankara 2003, s. 38

<sup>5</sup> GÜNDAY, age, s. 260

<sup>6</sup> A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Turgut TAN, **İdare Hukuku**, Cilt I Genel Esaslar, Ankara 2006, s. 712

<sup>7</sup> Zehreddin ASLAN, Kahraman BERK, **Rekabet Kurumu’nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi**, İstanbul 2000, s.19

sağlanması amacıyla icrai kararlar alma ve bunların uygulanması için gerekli maddi işlemleri yapma ayrıcalığı olarak tanımlanmaktadır<sup>8</sup>. Doktrinde salt kolluk kavramı için, kamu hizmeti ile kolluk arasındaki ayrımı belirginleştirmek amacıyla kolluk faaliyetlerinin bireysel özgürlüklerle ilişkisini vurgulayan “*kayıtlayıcı faaliyet*” ifadesi de kullanılabilir<sup>9</sup>. İdare, toplumsal yaşam için olmazsa olmaz düzenin sağlanmasında, idari kolluk aracılığıyla bireylerin özgürlüklerine müdahale etmekte ve sınırlamalar getirmektedir.

İdari kolluk, yukarıda ifade edilen müdahale ve sınırlamalarda bulunurken doğaldır ki bir takım faaliyetlere girişmektedir. İdarenin bu yönde giriştiği faaliyetlerin tümü idari kolluk faaliyeti olarak adlandırılmaktadır.

Kolluk faaliyetinin amacı olan “kamu düzeni” ile özel hukukta kullanılan kamu düzeni kavramı farklıdır<sup>10</sup>. Zira özel hukuktaki “kamu düzeni”, “toplumun önemli ve doğrudan doğruya menfaatlerini koruyan hukuk kurallarını” kapsamaktadır<sup>11</sup>.

Öte yandan unutulmamalıdır ki idari kolluk güçlerinin müdahalesi, kolektif özgürlük öznelerinin faaliyetlerinin kamu düzeninin somutlaştırmaya çalıştığımız öğelerini ciddi bir biçimde tehdit ettikleri zaman mümkündür. Kolluk güçlerinin önlemi zorunluluk hâlinde yasaldir; zorunluluk eğer alınan önlem, tehlikenin kamu düzeni üzerindeki ağırlığıyla orantılıysa vardır<sup>12</sup>.

Toplumda hem düzeni sağlayacak bir otoriteye, hem bu otoritenin güvenilir ve devamlı olmasına duyulan ihtiyaç, devletin varlık nedenlerinden biridir. Devlet; kendisini oluşturan bireylerin güvenlik ihtiyacından doğan bir örgüttür ve bu örgütlenmenin temel hedefi düzeni sağlamaktır. Devlet, diğer birçok hususlarla beraber, fakat hepsinden önce, hukuki bir teşkilatı ve düzeni ifade eder. Toplumda terörden uzak, ahenkli ilişkilerden meydana gelen bir yaşama tarzı olan devlet, bu

<sup>8</sup> Bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, **İdare Hukuku**, C. I, Ankara 2006, s. 711

<sup>9</sup> Onur KARAHANOGULLARI, **Kamu Hizmeti: Kavram ve Hukuksal Rejim**, Ankara 2002, s.73

<sup>10</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, s. 712

<sup>11</sup> S. S. TEKİNAY (naklen, GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, s. 712)

<sup>12</sup> Ö. İbrahim KABOĞLU, “**Kolektif Özgürlükler**”, Diyarbakır 1989, s. 137

yönü ile hukuki bir düzen; diğer yönüyle de, bu düzeni sürekli kılmak için kurulmuş teşkilat anlamına gelir<sup>13</sup>.

## II. KAMU DÜZENİNİN KAPSAMI

Kamu düzeni kavramına ilişkin görüşleri “klasik anlayış” ve “modern anlayış” olmak üzere ikiye ayırarak incelemek mümkündür.

Klasik anlayışta kamu düzeni “maddi ve dış düzen” olarak tanımlanır<sup>14</sup>. Bu anlayışa göre, “kamu düzeni” demek, “ahlak düzeni” demek değildir. Polis, kolluk yetkisini ahlaki korumak amacıyla kullanamaz. Ahlaki düzensizlikler kolluğu ilgilendirmez<sup>15</sup>. Klasik anlayış, maddi ve dış düzen olarak kamu düzeni kavramını, *kamu güvenliği*, *kamu huzuru* ve *kamu sağlığı* kavramlarından oluşan “geleneksel üçlü” ile tanımlanır.

Modern anlayış ise klasik anlayışın yukarıda yer verilen üç unsuruna yeni unsurlar eklemektedir. Klasik anlayış “genel ahlak”ı kamu düzeninin bir unsuru olarak saymayı kesin olarak reddederken, modern anlayış bunu kesin olarak reddetmez; bazı durumlarda genel ahlakı da kamu düzeninin bir unsuru sayar. Diğer yeni unsurlar ise *kamusal estetik*, *insan onuru* ve *bireylerin kendilerine karşı korunmasıdır*<sup>16</sup>.

Kamu düzeni kavramı özellikle kolektif özgürlükler bakımından politik değerle yüklüdür. Kamu düzeni, kurulu düzenin korunması, nasıl olursa olsun “belli bir düzen”in savunulması işlevine sahip olan bir mücadele kavramı olabilmektedir<sup>17</sup>. Bunun önüne geçilmesi için düzenin korunmasının toplumsal yaşamın maddi temellerinin, maddi düzeninin korunması olduğunu, bunun da dirlik-düzenlik ve sağlık öğeleri içerdiğini kabul etmek gerekir.

<sup>13</sup> Sait GÜRAN, *İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri*, İstanbul 1969, s. 68-69

<sup>14</sup> Bkz. Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku*, C. I, Bursa 2003, s.418

<sup>15</sup> Bkz. GÖZLER, age, s.418

<sup>16</sup> GÖZLER(2003), age, s. 419 vd.

<sup>17</sup> KABOĞLU, age, s.136

Kamu düzeni doktrinde genel olarak, klasik anlayışa uygun olarak, kamu düzenine temel oluşturduğu söylenebilecek üç unsur çerçevesinde tanımlanmaktadır.

#### **A. Güvenlik**

Güvenlik, geçmişten günümüze bireyin idareden beklediği ve idarece de sağlanması gereken en ilkel ve en temel ihtiyaçtır. Bireylerin umumi veya umuma açık yerlerde can ve malları için endişe duymamalarını ifade eder<sup>18</sup>.

#### **B. Sağlık**

Kamu düzeninin bir ögesi olarak sağlık, kamu hizmetinin konusu olan her bir bireyin teker teker hastalıklardan arındırılması ve kurtarılması değil toplumun bir bütün olarak bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan uzak tutulması, bu gibi hastalık ve tehlikelerin olmaması anlamına gelmektedir<sup>19</sup>.

#### **C. Esenlik**

Esenlik, toplum gereklerini aşan maddi düzensizlik ve rahatsızlıkların bulunmayışıdır. Gürültü, duman, koku, toz gibi toplumu ve bireyleri etkileyen etkenlerin olağan sınırlar içinde kalması ve tutulmasıdır<sup>20</sup>.

Günümüzde klasik anlayıştan modern anlayışa doğru bir yöneliş olduğu söylenebilir. Zira kamu düzeninin sadece sokaktaki düzen demek olmadığı, bundan çok daha geniş unsurları barındırdığı ortaya çıkmaktadır. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi de kamu düzeni kavramının kapsamını geniş tutmayı tercih etmiştir. Yüksek Mahkeme kamu düzenini tanımlarken “*toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını devletin ve devlet teşkilatının korunmasını amaç alan her şeyi ifade*

---

<sup>18</sup> GÜNDAY, age, s. 262

<sup>19</sup> GÜNDAY, age, s. 262

<sup>20</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, s. 713

eder. Bir başka deyişle, toplumun her alanındaki düzenin temelini oluşturan bütün kuralları kapsar” demektedir<sup>21</sup>.

#### ***D. Genel Ahlakın Korunması***

Esasında bireylere ilişkin, bireysel, özel çıkarlara ve anlayışlara dayalı düzenin kamu düzeni ile bir ilgisi yoktur. Bu bağlamda, kişilerin kendi ahlak anlayışlarına göre giriştikleri eylem ve davranışlar da, kamuya ilişkin olmadıklarından ve bireysel çıkarlara yönelik bulunduklarından, idari kolluğun müdahale edemeyeceği alanlardır<sup>22</sup>.

İdari kolluğun müdahale etmesine yönelik var olan çekincenin nedeni, ahlak ögesinin kamu düzeninin öteki kurucu öğelerine göre öznel bir niteliğe sahip oluşudur. Bu ise, özgürlük için tehlikelidir; kolluk gücü tarafından ahlakiliğin göz önüne alınması, liberal düzenle bağdaşmayan düşüncelerin “ahlak düzeni” ile sınırlandırılması riskini yaratır<sup>23</sup>. Gerçekten kamu düzeninin geniş yorumlanması, genel ahlak kavramının bunun içinde düşünülmesi, kamu düzeni gereklerinden çok siyasal eğilimlerin damgasını taşır. Bu bağlamda, kamu düzeni adına basın özgürlüğü, toplanma, gösteri ve yürüyüş özgürlüklerine getirilen sınırlama ve yasaklama örnekleri çeşitli ülkelerin uygulamasında yaygındır. Yine anılan kavramın ahlak ögesini kapsamaması çoğu kez idari makamlarca temsil ve gösterilerin yasaklanması sonucunu doğurmuştur<sup>24</sup>.

Yukarıda anlatılan olumsuz ihtimallerin gerçekleşmesini engellemek için ahlak kavramı, ancak ve ancak maddî düzensizliklerin önüne geçilmesi söz konusu olduğunda kamu düzeni kavramı kapsamında düşünülmelidir. *DURAN* bu durumu “*Kişilerin düşünce ve ahlak planındaki açıklama ve gösterileri, ancak kamu düzenini ciddi surette tehdit eden veya gerçekten tehlikeye sokan eylem ve girişimlere dönüştüğünde, idari kolluk yetkilerinin kapsamına girer. Bu halde de, aslında,*

<sup>21</sup> Anayasa Mahkemesi, 22/11/1976, E. 976/27-K. 976/51. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sayı:14, s.363

<sup>22</sup> GÜNDAY, age, s.260

<sup>23</sup> Bkz. KABOĞLU, age, s.138

<sup>24</sup> Bkz. KABOĞLU, age, s.138

*bireylerin fikir, kanaat ve inançlarının düzenlenmesi ve denetlenmesi değil, yerine göre güvenliğin, dirliğin veya sağlığın korunması söz konusudur.” şeklinde açıklamaktadır<sup>25</sup>.*

### ***E. Ekonomik İstikrar***

Ekonomik istikrarsızlıkla, toplumun doğrudan doğruya ve derhal hissettiği kamu düzeni ihlalleri farklı nitelik taşır. Ekonomik istikrarsızlık gibi nedeni derinde olan ve etkisi uzun süre sonra hissedilen kamu düzeni ihlallerinin önlenmesi ve kontrol altında tutulması özel bir uzmanlık gerektirdiği için özel kolluk konusu olmuştur. Bu nedenle, ekonomik alanın kontrol ve denetimi ayrı bir örgütlenme gerektirmekte ve farklı bir hukuksal düzenlemeye ihtiyaç duymaktadır. Ekonomik istikrarın kamu düzenine etkisi göz önünde tutulduğunda, kamu düzeninin dördüncü boyutu olarak değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir. Ekonomik istikrarsızlık sadece kamu düzeninin bozulmasına neden olmamakta, daha önemli olan bir başka boyutta ise, ülke bütünlüğünü, bağımsızlığını yani milli güvenliği tehdit edebilme riskini taşımaktadır<sup>26</sup>.

Günümüzde, dünyada yükselen teknolojik standartlar, sermayenin ülkeler arasında hızlı dolaşımını kolaylaştırmaktadır. Bu bağlamda ülke içindeki ekonomik istikrarın sağlanmasını artık sadece iç dinamiklerle gerçekleştirmek de zorlaşmaktadır. Güçlü sermaye birikimi olan ülkeler artık uluslar arası düzeyde oluşturdukları güç (tekelleşme boyutuna da ulaşabilir) sayesinde özellikle gelişmekte olan ülkelerin ekonomileri üzerinde etkili olabilecek politikalar izlemektedir. Bu nedenle ülke içi ekonomik istikrarın sağlanması konusu “ulusal bağımsızlık” kavramı ile de çok yakın bir ilişki içerisinde olmaktadır. Küreselleşmenin özellikle ekonomik istikrara ulaşma yönünde çaba içinde bulunan gelişmekte olan ülke ekonomilerini ve siyasal kurumlarını etkilemesi kaçınılmazdır<sup>27</sup>. Tersinden düşündüğümüzde bir ülkenin ekonomik istikrarını sağlaması ve koruması artık sadece kendi iç kamu

---

<sup>25</sup> Lütü DURAN, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 256, İÜHF yay. İstanbul 1982

<sup>26</sup> ÇOLAK, age, s. 28

<sup>27</sup> Meltem Kutlu GÜRSEL, **İstanbul Menkul Kıymetler Borsası-İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme**, Ankara 2003, s.136



düzenini koruması için bir zorunluluk olarak görülmekten çıkmakta bunun yanında uluslar arası finansal piyasalara mahkum edilmemenin de yegane çaresi olmaktadır.

Anayasamızın “Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırları” başlıklı 65. maddesinde 03/10/2001 tarih 4709 sayılı yasa ile yapılan değişiklik ile Devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini “ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek” ibaresi “amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak ekonomik istikrar ölçütünün bir anayasal norm olmaktan çıkarılmasının, yasakoyucuya bundan sonra ekonomik istikrarı dikkate almayan kanunlar yapma imkanı vermeyeceği açıktır<sup>28</sup>. *GÜRSEL* de devletin varlık nedenlerinden birinin ekonomik istikrarı sağlamak olduğunu, 65. madde de yapılan bu değişikliğe rağmen Anayasanın 2., 5. ve 167. maddelerinin içeriğinde devlet açısından ekonomik istikrarı koruma yükümlülüğünün bulunduğunu iddia etmektedir. Yazara göre böyle bir değişiklik yapılmasındaki amaç ise, madde gerekçelerinden de anlaşıldığı üzere kenar başlıkla madde içeriğindeki uyumu sağlamaktır<sup>29</sup>.

## **§ 2 - EKONOMİK YÖNÜYLE KAMU DÜZENİ ve DEVLETİN MÜDAHALESİ**

### **I. KAVRAM**

Son yıllarda “kamu düzeni” kavramı artık, “ekonomik kamu düzenini” de içerecek şekilde anlaşılmaktadır. Çünkü, ekonomik yapı, Devlet düzeninin temellerinden birini oluşturmakta ve toplumun siyasi, sosyal ve tabii özelliklerinden soyutlanamamaktadır<sup>30</sup>.

Yukarıda ekonomik istikrarsızlık başlığı altında nedenlerine kısaca değindiğimiz üzere çağımızın küreselleşen dünyasında ekonominin kamu düzeni

---

<sup>28</sup> Bu konuda karşı görüş için bkz. Vural SAVAŞ, **Anayasalarda Ekonomik Hak ve Özgürlükler: T.C. Anayasaları Örneği**, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt no:6 (1989), s.173-203, Yazar, 1982 Anayasasının “ekonomik istikrarın korunmasının gözeterek” ibaresini getirmiş olmasını eleştirerek böyle bir ibarenin her türlü yoruma açık olduğu ve “mali kaynakların yeterliliği” ile yetinmeyip ayrıca “ekonomik istikrar” gerekçesiyle ekonomik hakların kullanımına bir sınır getirdiğini iddia etmiştir.

<sup>29</sup> *GÜRSEL*, age, s.133

<sup>30</sup> ARSLAN/BERK, age, s.49

kavramı içerisinde düşünülmesi ve bu yolla idareye kolluk faaliyetleri ile ekonominin düzenli işleyişini muhafaza etme görevi verilmesi her bakımdan bir zorunluluk teşkil etmektedir. Bu zorunluluğun sebebi, geçmişte yaşanan ekonomik değişimlerin kamu düzeni üzerinde yarattığı şiddetli tahribatların çok sayıda örneğine rastlanmasıdır<sup>31</sup>.

Bireysel haklarla ekonomik yaşam arasında bire bir; çoğu zaman da örtüşen bir ilişki söz konusudur. Özellikle iktisadi, sosyal ve kültürel çizgide yer alan hak ve özgürlükler, kuşatılmış bir toplumsal ortamda kullanılamaz duruma gelebilir. Özellikle ekonomik temel hak ve özgürlüklerin bir parçası olan fırsat eşitliği ve girişim özgürlüğü bundan etkilenerek, toplumsal çıkar uğruna tehdit edilebilir. Ekonomik güç, birtakım eşitsizliklerden geçerek yeni eşitsizliklere neden olur. Rekabet, tekelleşme gibi yöntemler, bir kesimin yararlarının üstün tutulmasıyla göreceli bir kayba yol açar. Özünde ekonomik düzen “rekabet arenası” olmakla birlikte, içinde ortak çıkarın yol açtığı işbirliği saklıdır. Ancak bu mücadelede ortak yarar (kamu yararı) zarar görebilir. Ortak yararın koruyucusu devlettir; devlet insanlar arasındaki ayrılıkların değil, benzerlik ve birliğin koruyuculuğunun gelişimini üstlenir<sup>32</sup>.

Devlet bu koruyuculuk görevini, aşağıda kapsamlı bir şekilde inceleneceği üzere, birbirinden farklı yöntemlerle ekonomik hayata müdahale ederek ya da son elli yıl içinde ülkemizin de dâhil olduğu çeşitli ülkelerde görüldüğü üzere ekonominin ilgili sektöründe bağımsız idari otoriteler kurmak suretiyle yerine getirmektedir.

---

<sup>31</sup> Bu konuda Arjantin örneği Dünya ekonomisi açısından 2001 yılının en önemli olayı olmuştur. Bir süreden beri ekonomik istikrarsızlık yaşayan Arjantin ekonomisi çökmüş. 20 Aralık günü, Arjantin halkı, içinde bulunduğu ekonomik krizi “toplumsallaştırarak” -ve hatta “siyasallaştırarak”- sokaklara taşımıştır. Fernando de la Rúa’nın başkanlığındaki Arjantin hükümeti de Uluslararası Para Fonu’ndan (IMF) beklediği yardımı alamadığını ve artık ekonomiyi düzlüğe çıkaramayacağını ilan ederek halkın talebine uygun bir şekilde istifa etmiştir. Bu istifayı takiben halk arasında sonradan sıkıyönetim ilan edilmesine neden olan bir isyan çıkmış ve bu isyan 37 milyon nüfuslu ülkenin her yerine yayılmıştır. Göstericiler zenginlerin evlerini yağmalamaya başlamış ve başkent Buenos Aires’de, Devlet Başkanlığı binasından birkaç blok uzaklıktaki iki bankayı ateşe vermiştir. **Radikal Gazetesi**, 21 Aralık 2001

<sup>32</sup> Nur SERTER, **Devlet Görevlerindeki Gelişmelerin Sonucu Olarak Sosyal Devlet**, İÜHF Yay., İstanbul 1994, s.48

Ekonomik kamu düzeni kavramından açıkça anlaşılmaktadır ki, artık XIX. Yüzyılın iktisadi liberalizm yanlılarının ileri sürdükleri devletin rekabetçi ortama müdahale etmeksizin piyasa dengesinin sağlanacağı tezi, pratik gerçeklikten yoksun bulunmaktadır<sup>33</sup>. Rekabet piyasalarının nihaî amacı, sınırlı olan üretim etkenlerinin en etkin biçimde kullanımı yoluyla ekonomik etkinliğinin sağlanması ve toplumsal refahın arttırılmasıdır. Piyasa ekonomisinden kaynaklanan olumsuz dışsallıkları bertaraf etmek amacıyla sosyal devlet tezi yenilenerek, “sosyal piyasa ekonomisi”<sup>34</sup>, kavramının ileri sürülmesi, devletin kamu yararı ile ekonomiye müdahalesine imkân tanımıştır. Serbest rekabet ilkelerine işlerlik kazandırmak, piyasada egemen gücün kötüye kullanılmasını önlemek, tüketiciyi korumak için gerekli politikaları izleyip düzenlemeler yapmak görevi, sosyal piyasa ekonomisinin asli yetkili organı devlete verilmiştir. Bu yetki devletin “kamu düzeni”ni gerçekleştirme görevinin bir parçası olarak ortaya çıkmakta, “ekonomik kamu düzenini” sağlama amacına yönelmektedir<sup>35</sup>.

## II. EKONOMİK YÖNÜYLE KAMU DÜZENİ

Ekonomik kamu düzeninin, kamusal makamların ekonominin belirli biçimde örgütlenmesini sağlamasının hukuki yansıması olarak ortaya çıktığı kabul edilmektedir<sup>36</sup>. Bu anlamda ekonomik kamu düzeninin, neyin yapılmaması gerektiğini gösteren klasik kamu düzeni anlayışından farklı olarak, neyin yapılması gerektiğini de belirten pozitif ve düzenleyici bir niteliğe sahip olduğu vurgulanmaktadır<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Tayfun AKGÜNER, *Özel Girişim Özgürlüğü ve Yatırımları Teşvik Tedbirleri*, İstanbul 1979, s. 31

<sup>34</sup> Sosyal Piyasa Ekonomisi’ni kavram olarak ilk kullanan ORDO liberallerinden Alfred Müller-Armack’tır. Alfred Müller-Armack’a göre Sosyal Piyasa Ekonomisinin temel düşüncesi Rekabet ekonomisi temeline dayalı özgür girişimi, piyasa ekonomisi faaliyetleri içinde güvence altına alınan sosyal güvence ile bağdaştırmaktır. Bu noktadan hareketle Sosyal Piyasa Ekonomisinin iki temel boyutu vardır. Ekonomik boyutuyla sosyal piyasa ekonomisi, temel ilkelerinin başında piyasa özgürlüğü ve rekabet olan bir “ekonomik düzen” tipi yada modeliyken, Sosyal boyutuyla temel ilkelerinin başında sosyal eşitlik ilkesi olan bir “sosyalliktir”. Coşkun Can Aktan, *Anayasal İktisat*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2002, s.215

<sup>35</sup> Müslüm AKINCI, *Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kavramı*, Rekabet Dergisi, Ocak-Şubat-Mart 2001, S. 5, s. 4

<sup>36</sup> Bkz. Turgut TAN, *Ekonomik Kamu Hukuku*, TODAİE yayınları, Ankara 1984, s. 129

<sup>37</sup> Bkz. TAN(1984), s. 129

Öte yandan, kamu düzeninin kanun koyucu tarafından düzenlenecek bir kavram olduğu kabul edilse de, ekonomik kamu düzeni, ekonomik alanın değişken özelliği dolayısıyla, yasalardan çok, yürütmenin düzenleyici işlemlerinden, karar ve tebliğlerden kaynaklanmaktadır<sup>38</sup>.

Ekonomik kamu düzeni kavramının mevzuatımızda hukuki bir dayanağa oturtan *TAN*'a göre Anayasa'nın Devlete verdiği para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı önlemler alma; ayrıca, dış ticareti ülke ekonomisi yararına düzenleme görevleri ile özel teşebbüsün milli ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini sağlayacak tedbir alma ödevi ve genel olarak kalkınma girişimlerini plan disiplini içinde gerçekleştirme yükümlülüğü, devletin ekonomik alandaki müdahalelerinin kaynağını ve temel çerçevesini oluşturmakta, bir başka deyimle de ekonomik kamu düzeninin ana unsurlarını içermektedir<sup>39</sup>.

Kamu düzeni kavramının yanında yeni bir kavram olarak “ekonomik kamu düzeni” kavramını, “ekonomik kamu hukuku” kavramı çerçevesinde kullanma eğiliminin<sup>40</sup> kendini güçlü bir şekilde hissettirmesinden ötürü çalışmamızın bu evresinde “ekonomik hukuk”, “ekonomik kamu hukuku” ve “ekonomik idare hukuku” kavramları üzerinde durmanın zorunlu olduğu düşünülmektedir.

Öncelikle kavram kargaşasına engel olmak için “ekonomi hukuku” ile “ekonomik hukuk” kavramlarının aynı anlama gelip gelmediği tartışılmalıdır. Ekonomi hukuku, kısaca ekonomi alanındaki kuruluş ve işletmeler ile kuralları öngören ve ekonomi alanındaki faaliyetlere uygulanan hukuk kurallarının tümüyken, ekonomik hukuk, ekonomik faaliyetlere uygulanan kuralların tümüdür<sup>41</sup>. Bir başka görüşe göre ise, ekonomi hukuku deyiimi ekonomik alana ilişkin hukuk kurallarının tümünü içerirken ekonomik hukuk, soruna disiplinlerarası karşılaştırma açısından yaklaşmaktadır<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> FARJAT, op. cit., s. 81 ve 101

<sup>39</sup> TAN (1984), s. 131

<sup>40</sup> TAN (1984), s.3-17, 117-126 vd.

<sup>41</sup> GÜRSEL, age, s. 7

<sup>42</sup> Bkz. TAN (1984), s.7

Yukarıda yapılan kavramsal açıklamalar sonrasında ekonomik hukuk veya ekonomi hukukunun hukuk sistemi içerisinde işgal ettiği yerin tespiti gerekmektedir. Yani ekonomik hukuk veya ekonomi hukukunun yeni bir hukuk dalı olduğu söylenebilir mi? TAN bu soruya olumsuz cevap vermektedir. Ona göre Türk Hukuku'nda ekonomik hukuk veya ekonomi hukuku başlı başına bir hukuk dalı değildir<sup>43</sup>. GÜRSEL'e göre de ekonomik faaliyetler ile ilgili hukuk kuralları ekonomik hukuk içerisinde değerlendirilebilir. Bu kurallar, ister kamu hukukuna ait, ister özel hukuka ait olsun tümü, bir bütün olarak ekonomik hukuk kurallarını oluşturduğundan, ekonomik hukuku yeni bir hukuk branşı olarak değerlendirmek güçtür<sup>44</sup>.

Doktrinde, ayrı bir hukuk dalı olarak kabul edilmemesi yönünde tavır alınan ekonomik hukukun, çalışmamızı ilgilendiren boyutuyla kendi içinde kamu hukuku özel hukuk ayrımına konu olduğu söylenebilir.

Bu bağlamda ekonomik hukukun mikro ekonomik<sup>45</sup> yönü, özel hukuk kapsamında yer almaktadır. Çünkü bu alandaki hukuki ilişkiler gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişileri arasındadır. Özel hukuk kişilerinin bu alandaki faaliyetleri,

---

<sup>43</sup> TAN (1984), s.15

<sup>44</sup> GÜRSEL, age, s.6

<sup>45</sup> “Ekonomi kuramı mikro ve makroekonomi şeklinde iki bölümlü bir yapıya 1930 ortalarından sonra gelmiştir. İki bölüm üç açıdan birbirinden ayrılmaktadır. 1) İlk ayırım ilgi alanları ya da konuları açısından yapılabilir. Mikroekonomi tekil birimlerle, makroekonomi toplam büyüklüklerle ilgilenir. Bir işyerindeki ücretin oluşumu mikro analizin konusu iken, bir ekonomideki ücretler genel düzeyi makroekonomi alanına girer. Benzer biçimde, mikroekonomi hükümetin para ve maliye politikasının belirli bir firma üzerindeki etkilerini incelerken, makroekonomi, bu politikayı ekonominin tümü üzerindeki etkileri açısından değerlendirir. 2) Mikro ve makroekonomi ilgi alanlarındaki birimlere ilişkin varsayımları açısından da farklılık gösterir. Mikroekonomi homojen (=birörnek) birimlerle ilgilenirken, makroekonomi heterojen birimlerle uğraşmak durumundadır. Örneğin, mikroekonomi tek bir malın, diyelim elmanın fiyatıyla ilgilidir. Oysa, ilgi alanı fiyatlar genel düzeyi olan makroekonomi, her türlü mal ve hizmet fiyatını dikkate alma zorunluluğu nedeniyle homojen sayılamayacak birimleri ele alacaktır. 3) Mikro ve makroekonomi kullandıkları yöntemler açısından da farklılık gösterir. Mikroekonomi “kısmi denge” analizine başvurur. Makroekonomi de ise “genel denge” analizi geçerlidir. Buna göre, ekonominin toplam hasılası ile fiyatlar genel düzeyi ve istihdamın nasıl belirlendiğini kapsamak üzere ekonominin genel işleyişiyle uğraşır. Bu büyüklükteki değişmelerin nedenlerini araştırır” Ahmet GÖKDERE, **Soru ve Yanıtlarla Mikro-Makro Ekonomi**, Ankara 2004, s.5, “Kısmi denge analizi” bir malın yada faktörün fiyatının piyasada nasıl belirlendiğini ve değiştiğini piyasalar arasındaki karşılıklı bağımlılığı hesaba katmadan inceleyen analiz, “genel denge analizi” ise bir malın veya faktörün fiyatının piyasada nasıl belirlendiğini ve değiştiğini piyasalar arasındaki karşılıklı bağımlılığı hesaba katarak inceleyen analize verilen addır. Erdal ÜNSAL, **Mikro İktisat**, Ankara 1998, s. 21

birbirleri ile ilişkileri sözleşmeye dayanan bir hukukî ilişki niteliğindedir. Kamu hukuku ise, makro ekonomi açısından ekonomik hukuka yaklaşımı hedeflemektedir. “Devlet ekonomiye nasıl müdahale eder?” sorusu ve bunun yanıtı, konuya yaklaşımda kamu hukuku açısından önem taşımaktadır. Keza fiyat, dış ticaret, rekabet, istihdam gibi makro ekonomik dengeleri devletin nasıl sağladığı konusu da kamu hukuku yaklaşımı içerisinde değerlendirilmektedir. Yapısal (organik) anlamda hangi idare ile işlevsel bakımdan ise hangi araçlarla bu denge sağlanacaktır? İşte kurumsal ve mevzuat, planlama, işleyiş vb. açılardan konunun detaylı bir şekilde ele alınması ekonomiye, kamu hukuku yaklaşımı içerisinde değerlendirilmektedir<sup>46</sup>.

Ekonomik kamu hukuku, idarenin ekonomik politikayı hukuki araçlarla uygulamasını ifade etmektedir<sup>47</sup>. Bu çerçevede ekonomik kamu hukukunun konusunun ekonomik bir faaliyetin kamu hukuku bağlamında yeniden değerlendirilmesi<sup>48</sup> olduğu söylenebilir. Ekonomik kamu hukukunda idare, ekonomik politika ile ilgili hukuki işlemleri yapan kuruluşları, sùjeler ise ekonomik sektöre müdahale eden idari kurum ve kuruluşları ifade etmektedir. Ekonomik kamu hukukunun amacı ise genel ekonomik yarara yönelik olarak ekonomik hayata müdahale etmektir<sup>49</sup>. Müdahale özelliği açısından düşünüldüğünde konjonktürel dalgalanmalar ve uluslararası ilişkilerin yoğunluğu ekonomik önlemlerin sürekli uyumunu gerektirmektedir. Dolayısıyla ekonomik kamu hukuku kurallarının örneğin medeni hukuktaki stabilite üstünlüğüne sahip olmadığı açıktır<sup>50</sup>.

Ekonomik kamu hukuku, kamu hukukunun ilgili tüm dalları ile bir şekilde bağlantı kurabilmesine rağmen, Fransız Hukukunda olduğu gibi daha çok, idare hukuku alanında açılım göstermektedir. Hatta, bu açılımın genişliği karşısında Fransız Hukukunda “*ekonomik kamu hukuku*” deyiminin “*ekonomik idare hukuku*” anlamına geldiğini söyleyebiliriz<sup>51</sup>. Ekonomik olayları yakalayıp onlara hakim olma özelliği nedeniyle ekonomik kamu hukukuna “gerçekçi” (realiste) ve “olaylara bağlı”

---

<sup>46</sup> GÜRSEL, age, s.10

<sup>47</sup> Bkz. GÜRSEL, age, s.6

<sup>48</sup> Bkz. GÜRSEL, age, s.9

<sup>49</sup> GÜRSEL, age, s.13

<sup>50</sup> Bkz. TAN (1984), s.239

<sup>51</sup> Bkz. GÜRSEL, s.13

(factuel) nitelmesi yapılırken, ekonomik idare hukukunu nitelerken de “mobile” ve “flexible” deyimleri kullanılmaktadır<sup>52</sup>.

Ekonomik idare hukuku özellikle Avrupa kamu düzeni açısından etkisini yoğun bir şekilde hissettirmektedir. Bugün Topluluk tarafından yapılan düzenlemelerin büyük bir çoğunluğu idare hukukuna ilişkindir. Topluluğun başlangıçtaki “ekonomik birliğin temini” amacıyla doğru orantılı olarak, yapılan düzenlemelerin ağırlığını da Ekonomik idare hukuku oluşturmaktadır<sup>53</sup>. Bu meyanda, her ne kadar genel anlamda Birleşik Avrupa Hukukunun uygulandığı bir bölgeden (coğrafi bölgeden) söz edilemezse de, Avrupa Ekonomi Hukukunun birlik ülkelerinde *supra national* anlamda uygulandığı bir gerçektir. Bu söylediğimiz, ekonomi, idare ve iktisadi idare hukuklarının özünü teşkil eden normların esasında milli hukuklarca düzenlendiği olgusu göz önünde tutulduğu takdirde de geçerliliğini korur<sup>54</sup>.

### **III. DEVLETİN EKONOMİYE MÜDAHALESİNİN NEDENLERİ VE BU YOLDA KULLANDIĞI ARAÇLAR**

#### **A) Genel olarak**

Konuya başlamadan önce kısaca devlet nedir? sorusuna karşılık verilebilecek yanıtlar üzerinde durulacaktır.

Devlet, kendini oluşturan kişilerden farklı bir olgudur. Burdeau’nun deyimiyle, “Devleti şimdiye kadar gören olmamıştır. Devlet, insanlar onu düşündükleri için vardır<sup>55</sup>”. Ülke, insan topluluğu, iktidar ve hukuk düzeni gibi devletin asli unsurlarını içeren bir tanıma göre “Devlet, belli bir ülke üzerinde yerleşmiş, zorlayıcı yetkiye sahip, bir üstün iktidar tarafından yönetilen insan topluluğunun meydana getirdiği siyasal kuruluştur.<sup>56</sup>”.

---

<sup>52</sup> Bkz. TAN (1984), s.126

<sup>53</sup> Bkz. Volker BEHR, Erhan TEMEL, **Avrupa Kamu Düzeni (European Public Order)**, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt II, s. 1161, İstanbul 2001

<sup>54</sup> Volker BEHR, Erhan TEMEL, agm, s.1162

<sup>55</sup> Bkz. Münici KAPANİ, **Politika Bilimine Giriş**, Ankara 1998, s.36)

<sup>56</sup> KAPANİ, age, s.35

Oppenheimer'a göre ise Devlet, oluşumu sırasında tümüyle, varlığının ilk aşamalarında ise özünde ve neredeyse tümüyle, zafer kazanmış bir insan grubunun, yendikleri üzerindeki egemenliğini bir düzene bağlamak ve kendini içten gelecek ayaklanmalara ve dıştan gelecek saldırılara karşı güvenceye almak amacıyla, yendiği gruba zorla kabul ettirdiği bir toplumsal kurumdur. Bu egemenliğin son amacı, yenilenlerin yenenler tarafından ekonomik alanda sömürülmesinden başka bir şey değildir<sup>57</sup>.

Devletin ekonominin işleyişi ile ilgili olarak üstlendiği rolü tasvir ederken, iki uç işlevler bütününe temel almak mümkündür. Bir uçta, devlet ekonomik hayata doğrudan müdahalede bulunmaksızın sadece, eğitim, sağlık ve savunma gibi temel kamu hizmetlerinin sunumu ile hukuk ve düzen ile makroekonomik istikrarın sağlanması gibi minimal işlevler üstlenirken, diğer uçta işletmecilik yapmak ve girişimleri doğrudan koordine etmek gibi aktif müdahaleci işlevler üstlenebilmektedir. Değişik ülkelere bakıldığında, devletin ekonomik kalkınma sürecinde geline nokta ve kendi yönetim kapasitesine bağlı olarak bu iki uç işlevler bütününe bileşimine karşılık gelen bir rol üstlendiği görülmektedir<sup>58</sup>.

Ekonomik yönüyle ağır basan yararlı bir devlet tanımı ise şöyle olabilir; Devlet, vergi toplama, para basma ve toplum adına borçlanma tekeli elinde tutan, bu yolla topladığı gelirleri cari, yatırım ve transfer harcaması şeklinde harcayan, yurttaşlar arası sorunların çözümünde hakem rolü üstlenen ve bu yolda kuvvet kullanabilen, hak ve özgürlükleri güvence altına alan organize bir güçtür<sup>59</sup>.

*DERBİL*'e göre Devlet, özel faaliyet alanına dört şekilde müdahale edebilir.

---

<sup>57</sup> Franz OPPENHEIMER, **Devlet**, çev. Alaeddin Şenel ve Yavuz Sabuncu, Ankara 1984, Kaynak Yayınları, s. 45-46

<sup>58</sup> **Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması**, TÜSİAD yayınları, Aralık 2002, s.52

<sup>59</sup> Osman DEMİR, **Ekonomide Devlet**, SPK Yayınları, Ankara 1997, s. 2



- 1- **Özel faaliyeti düzenlemek:** Devlet, fertlerin birbirleriyle münasebetlerinde, düzeni sağlamak için, gözetmeleri gereken kuralları belirtmek suretiyle özel faaliyeti düzenler.
- 2- **Özel faaliyete yardım:** Devlet, özel faaliyet alanına yardım etmek üzere de müdahale edebilir. Yardımdan maksat belirli bir takım işlerin daha kolay yapılmasını, daha karlı olmasını sağlamaktır. (Tarım odaları, Ziraat Bankaları, Buğday Ofisleri, Toprak Mahsulleri Ofisleri)
- 3- **Özel faaliyeti gözetleme:** Devletin bu çeşit müdahaleleri, düzen altına alınmış özel faaliyet alanlarında göze çarpar. Bu devlet müdahaleleri, belirli işlerin belirtilmiş hukuk kurallarına uygun şekilde yapılıp yapılmadığını denetlemek içindir. Yazara göre Devletin bu gözetleme müdahaleleri de üç şekilde olabilir.
  - a) Özel faaliyetin belirtilen hukuk kurallarına uygun şekilde yapılmasını denetleyebilir. Gözetleme müdahalelerinin en hafifi denettir.
  - b) Özel kişiler belirli bir işe geçmeden bildirim vermeğe borçlu tutulabilirler
  - c) Özel etkinlik alanında gözetleme tarzında en sıkı devlet müdahalesi önceden izin almak mecburiyeti şeklinde olur.
- 4- **Özel faaliyet yerine geçme:** Devlet özel faaliyet şartlarını düzenlemekle kalmayarak ve daha ileri giderek, kendisi faaliyet alanına girebilir<sup>60</sup>.

Son yıllarda, devletin ekonomik alana müdahalesindeki artış dikkat çeken bir olgudur. Ekonomik müdahalecilik bu alanda alınan pek çok yasal ve yönetsel kararlarla uygulamaya geçtiğine göre, hukukun bir yandan araç, öte yandan da çerçeve işlevi gördüğü söylenebilir. Anılan ekonomik önlemler ne tür hukuksal mekanizmalarla uygulamaya geçecektir veya istediğimiz sosyal ve ekonomik düzene uygun bir hukuksal düzeni nasıl kurabiliriz sorusu hukukun araç; ekonomik yönetimin takdir yetkisini hukuk devleti ilkelerine zarar vermeden kullanması nasıl sağlanabilir sorusu da hukukun çerçeve işlevini ortaya koymaktadır<sup>61</sup>.

Yukarıda kapsamlı bir şekilde ifade etmeye çalıştığımız, “Ekonomik idare hukuku” da devletin müdahalesi olgusunu içinde barındırmaktadır. Hatta devletin

<sup>60</sup> Süheyp DERBİL, **İdare Hukuku**, AÜHF Yayınları, Ankara 1955, s.81 vd.

<sup>61</sup> TAN (1984), s.3

müdahalesi olgusunun ekonomik idare hukukunun ekonomik alana dönük yüzünü oluşturduğu söylenebilir. Zira XX. Yüzyılda idarenin ekonomik alana karışması ile beraber, ekonomik faaliyetin özellikleri gereği kullandığı teknikler ile genel idare hukukundan ayrılan ekonomik idare hukukunun geliştiği gözlenmektedir<sup>62</sup>. Fakat ekonomik faaliyetin hukuk kurallarından önce kendi yasalarına göre yürümesi, idarenin bu alandaki düzenlemelerini, klasik idari faaliyet alanlarında olduğu gibi serbestçe yapmasını engellemektedir. Dolayısıyla, bu alanda ekonomik yasaların işleyişini dikkate alan sınırlı bir müdahale söz konusu olmaktadır ki bu, ekonomik idare hukukunun özgün niteliği sayılan esnekliğini ortaya çıkarmaktadır<sup>63</sup>.

Ekonomik alana devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin müdahalesi bağlamında ilkelerin değerlendirilmesi bizi birbiri ile çelişen ilkelerle karşı karşıya bırakmaktadır. Çünkü bu konudaki bir grup ilke, devletin ekonomiye müdahalesine karşıdır veya bu müdahaleyi sınırlandırmayı öngörmektedir. Ekonomik düzenin parçası olan mülkiyet hakkı, sözleşme ve özel girişim özgürlüğünü, bu liberal yaklaşımdan kaynaklanan ilkeler arasında belirtebiliriz. Diğer bir grup ilke ise, aksine, devletin ekonomik hayata müdahalesi lehinedir. Bu ilkeleri ise müdahaleciliği zorunlu kılan ilkeler olarak adlandırabiliriz. Ekonomiye müdahaleyi öngören ilkeler, liberal yaklaşımdan kaynaklanan ilkelere göre daha yeni olmakla birlikte, onları etkilemezler, ancak onları sınırlandırırılar. Liberal düzenin ayrılmaz parçası olan mülkiyet hakkı ve özel girişim özgürlüğüne devletin müdahalesini öngören kamulaştırma, devletleştirme, planlama, tekelleşme yasağı ve doğal kaynakların işletilmesi gibi kurallar bu bağlamda değerlendirilebilir. Serbest piyasa ekonomisinin benimsenmiş olması, devletin ekonomik alana mutlak olarak müdahale edemeyeceği anlamına gelmemektedir. Burada önemli olan bireysel hak ve özgürlükler ile müdahale sınırının belirlenmesidir<sup>64</sup>.

Öncelikle devletin müdahalesi ihtiyacını doğuran nedenlerin tespit edilmesi gerekmektedir. Ama bu nedenlere geçmeden önce iktisat yazınına ilişkin önemli bir kabulün de altını çizmek gerekmektedir. İktisat doktrini “devletin ekonomiye

---

<sup>62</sup> TAN (1984), s.235

<sup>63</sup> Bkz. TAN (1984), s.237

<sup>64</sup> Turgut TAN (1990), **Anayasal Ekonomik Düzen**, Anayasa Yargısı, Ankara s.178

müdahalesi” sürecini yeni bir kavram olan ve henüz tanımında bile kesin bir uzlaşma olmadığını yukarıda ifade ettiğimiz “regülasyon” kavramı ile bağlantılı olarak açıklama yoluna gitmektedir. Buna göre regülasyon faaliyetleri ekonomik(iktisadi), sosyal, idari olmak üzere üç ana başlık altında toplanmaktadır<sup>65</sup>. Bu üç ana başlığı kamusal regülasyon üst başlığına sokanlar da vardır<sup>66</sup>.

1930’lu yıllarda yaşanan krizden sonra düzenleyici devletin, İkinci Dünya Savaşı sırasında giderek artan asıl gayesi, ekonominin yönetilmesidir. Şu anda mevcut düzenleyici kurum ve kuralların büyük çoğunluğu o dönemde oluşmuş veya daha sonra oluşan fikirlerden etkilenmiştir. İşte, piyasaların etkinliğini geliştirmeye yönelik bu türden regülasyonlara “ekonomik regülasyon” denmektedir. Ekonomik regülasyon, piyasada mevcut aktörler arasında yeterli düzeyde rekabet olmasını sağlayıcı bir ortam yaratarak veya aktör sayısı az ise bunların davranışlarını rekabet hâlinde olsalardı göstermeleri muhtemel davranışlara benzer hale getirecek kurallar koyarak, piyasaların etkinliğini sağlamayı amaçlar<sup>67</sup>. *AKTAN* ekonomik müdahale kavramı (economic intervention/interference) ile ekonomik regülasyon kavramının birbiri yerine ikame edilebilir şekilde kullanılabileceği kanaatindedir<sup>68</sup>.

Devletin ekonomiye müdahalesi denince konuyla ilgili Amerika’da ilk aklı gelen Yüksek Mahkeme (Supreme Court) kararlarından biri de “Munn v. Illionis” kararıdır. *GÜRAN*, ekonomik hayatın, ekonomik girişimlerin düzenlenmesi, bu suretle mülkiyet hakkının ve özel girişim özgürlüğünün sınırlandırılması konusunun incelenmesine başlanırken kitapların bu kararı ele alarak bu karara yollamada bulunduğunu ifade etmektedir<sup>69</sup>. Söz konusu karar 1877 yılında A.B.D’nin Illionis Eyalet yönetimine, eyaletteki tahıl antrepolarında geçerli kira bedellerinin düzenlenmesi yetkisini tanınması nedeniyle aynı zamanda antitröst yasaları yürürlüğe

---

<sup>65</sup> OECD, **The OECD Report on Regulatory Reform – Thematic Studies**, Paris 1999, Berna TEPE, Şahin ARDIYOK , **Devlete Yeni Rol:Regülasyon**, AİD, Cilt:37 Sayı:1, Mart 2004, s.108

<sup>66</sup> Coşkun Can AKTAN, **Impossibility of Rational Regulation**,in : Perspectives on economics, politics and ethics: Selected essays, Ankara,2005, s. 102-105

<sup>67</sup> TEPE/ARDIYOK, agm, s.108 vd.

<sup>68</sup> Coşkun can AKTAN, Yusuf Tuğrul KARAASLAN, **Regülasyon Ekonomisi ve Kamusal Regülasyonlar Teorisi**, s. 2, [http://www.canaktan.org/ekonomi/kamu\\_maliyesi/kamu-ekonomisi/regulasyon-ekon.pdf](http://www.canaktan.org/ekonomi/kamu_maliyesi/kamu-ekonomisi/regulasyon-ekon.pdf)

<sup>69</sup> Sait GÜRAN. **ABD’de Ekonomik Hayatın Düzenlenmesi**, İHİD 1985, Y.6, S.1-3, s.134

girmemişken, tekelci gücün kötüye kullanımını önlemeye yönelik niteliğiyle de en ünlü kararlardan biri olarak kabul edilmektedir<sup>70</sup>.

Esasında ekonomiye müdahalenin gerekli olup olmadığı ve eğer müdahale edilmesi gerekiyorsa hangi araçların kullanılacağı en eski iktisat okullarından bu yana tartışıla gelmiştir. 16. Yüzyılın ikinci yarısından 17. Yüzyıla kadar Merkantilist anlayış hâkim olmuştur. Yeni keşifler, gelişen ticaret ve zenginleşme isteği ile beraber zenginliğin değerli madenlere de bağlı olduğu anlayışı yaygınlık kazanmıştır. Mutlakî rejimlerin hâkim olduğu bu dönemde devletin müdahale ederek ülkeye değerli maden girişini sağlaması ve çıkışını engellemesi gerektiği vurgulanmıştır. 18. yüzyılda fizyokratlar, zenginliği tarıma bağlamışlar ve “doğal düzen” anlayışını benimsemişlerdir. Bu yüzden de ekonomiye müdahale edilmemesi gerektiği savunulmuştur. 18. Yüzyıl sonu ve 19. Yüzyıl başında gelişen Klasik İktisat düşüncesi ise piyasa düzenini ön plana çıkarmaya başlamıştır. “Görünmez el”<sup>71</sup> kavramı ile ekonomiye müdahale edilmemesi gerektiği düşüncesi hâkim olmuştur. 1929 yılında yaşanan ekonomik bunalım<sup>72</sup> ile Keynesyen düşünce ön plana çıkmış ve bunalımın temelinde talep yetersizliği olduğu düşüncesi savunulmaya başlanmıştır. Daha önceleri yaygın olan görüş her arzın kendi talebini yaratacağıydı ve bu yüzden üretim yapıldığı sürece bir sorun olmayacağı kanaati yaygındı. Bunalımdan sonra ise kaynak ve gelir dağılımının piyasa tarafından her zaman beklenen yönde gerçekleşmeyebileceği ve devletin müdahale ederek bu durumu düzeltmesi gerektiği savunulmuştur. En basit biçimiyle, devlet harcama yaparak talep yetersizliğini aşmaya yardım etmelidir. Daha sonraki dönemlerde ortaya çıkan ekonomik

<sup>70</sup> M. Tamer MÜFTÜOĞLU, H. Baha KARABUDAK, **İktisadi Politikalar Bağlamında Hukuki Düzenleme (Regülasyon) Üzerine Düşünceler**, Rekabet Dergisi 2001, s. 8

<sup>71</sup> “Piyasa mekanizmasında her karar biriminin toplumun yararını (sosyal yararı) değil de kendi yararını maksimize etmeye yönelik davranışlarının sonunda, hiç amaçlanılmadığı halde sosyal yararın maksimize edilmesine, **görünmez el prensibi (invisible hand principle)** denir. İlk defa 1776 yılında iktisadın kurucusu Adam Smith tarafından kullanılan görünmez el prensibi, toplumcu bir sistem olmayan kapitalizmde, piyasa mekanizması sayesinde kişisel ve sosyal yararların hür bir ortamda bağdaştırıldığını ve dolayısıyla da kapitalist sistemde hükümetlerin piyasanın işleyişine müdahale etmemeleri gerektiğini içerir.” ÜNSAL, age, s. 34

<sup>72</sup> Dünyayı ve ekonomiyi sarsan “*Büyük Ekonomik Bunalım*” ekonomiyi büyük bir çöküntüye sürüklerken; bunu izleyen Roosevelt’in ünlü “*New Deal*” programı, yeni idari kurumların kurulması (Regulatory Commission) kurulması, yeni yetkilerin devreye girmesi için elverişli bir ortam yaratmış oldu. New Deal’cilerin aldıkları düzenleyici önlemlerin temelindeki düşünce, “*Devletin doğrudan doğruya ekonomik işletmelere sahip olması şeklindeki sosyalist seçenekten kaçınıp, düzenlenmemiş bir piyasanın en açık başarısızlıklarını düzelterek kapitalist sistemi kendi zayıflıklarından kurtarmak*” şeklinde beliriyordu. GÜRAN (1985), s.130

düşünceler daha çok klasik ve Keynesyen düşüncenin versiyonları biçimindedir. Örneğin devletin ekonomiye müdahalesini kabul etmeyen Neo-klasik iktisat, klasik iktisadın açıklayamadığı bazı olayları bekleyişleri hesaba katarak açıklamaya çalışır<sup>73</sup>.

1929 bunalımının Keynesyen düşüncesi ile yeni bir boyut kazanan bu devlet anlayışına 1970’li yılların başlarına kadar kimse itiraz etmemiştir. Çünkü ekonomilerde istikrarsızlıklar önlenmiş, ekonomideki değişmeler daha iyi, daha güzel, daha mükemmel yönde olmuştur. Liberal ekonominin aksaklıklarını gideren bu uygulamalar genel bir kabul görmüştür. Fakat 1970’li yılların birinci ve ikinci yarısında geçirilen petrol şokları, ortaya çıkan işsizlik, enflasyon olayları, ekonomide kaydedilen duraklamalar, Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere ve Batı Almanya’da muhafazakar siyasi partilerin iktidara gelişleri, Batı Avrupa’daki bütünleşme hareketleri uluslararası sermaye hareketlerindeki canlanma, başta Japonya olmak üzere Uzak Doğu ülkelerinde gerçekleştirilen hızlı kalkınmalar, yaratılan ekonomik mucizeler, gereğinden fazla büyütüldüğüne inanılan devletin küçültülmesi sorununu ortaya çıkarmıştır. Ekonomiye devlet müdahalesinin azaltılmasını savunan arz yönlü iktisatçılar bu görüşü savunmuştur<sup>74</sup>.

Sonuç olarak devletin ekonomiye müdahalesi konusunda genel geçer bir yaklaşım yoktur. Uygulamada ise devlet hemen bütün ülkelerde ekonominin içerisinde. Ancak “müdahalenin” niteliği, çerçevesi ve müdahale araçları değişebilir. Temel tartışma ekonomide etkinliği (efficiency) sağlama ve gelir dağılımında eşitlikçi (equity) bir yapı yaratma hedeflerinden hangisinin ön plana çıkarılacağı ile ilgilidir. Bu da siyasal tercihlere, kamu otoritesinin ideolojik tabanına ve önceliklerine bağlıdır<sup>75</sup>.

Devletin ekonomiye müdahalesinin nedenleri denilince, birçok eserde de yer verildiği üzere, akla ilk olarak salt ekonomik koşulların zorlamasından kaynaklanan

---

<sup>73</sup> Abuzer PINAR, **Soru ve Yanıtlarla Kamu Maliyesi ve Maliye Politikası**, 2. Bası, Ankara 2005, s.57 vd.

<sup>74</sup> İsmail TÜRK, **Kamu Maliyesi**, 3. Bası, Ankara 1999, s.22

<sup>75</sup> PINAR, age, s.59

nedenler gelmektedir. Bu nedenler aşağıda inceleme konusu yapılacak olmakla birlikte, bunlara ilaveten ekonomik gerçeklikler dışında birtakım ekonomik bunalımlardan doğan ama sosyolojik ve psikolojik nitelik gösteren nedenlerin de devleti ekonomiye müdahaleye zorladığını düşünmekteyiz. Bu nedenle devletin ekonomiye müdahalesine yol açan nedenleri ikiye ayırarak incelemek yerinde olacaktır.

## **B) Devletin Ekonomiye Müdahalesine Yol Açan Salt Ekonomik Nitelikli Sebepler**

### ***a) Azalan Maliyetli Üretim Dallarının ya da Tekellerin Yol Açtığı Sakıncaların Giderilmesi:***

Ekonomi içinde azalan maliyetlerle çalışan üretim dallarının varlığı, serbest piyasa mekanizmasının etkin bir kaynak dağılımını gerçekleştirmesine ciddi bir engel çıkarır. Eğer, tam rekabet fiyat ve üretiminin, toplum açısından optimumu temsil etmesi nedeniyle, korunması isteniyorsa ya devletin bu alanda üretimi üstlenmesi ya da ortaya çıkan ekonomik sakıncaları vergi, sübvansiyon, dolaysız müdahaleler v.s. yollarla düzeltmeye çalışması gerekir.

### ***b) Erdemli<sup>76</sup>-Erdemsiz Mallar Sorununun Hafifletilmesi***

Erdemli-Erdemsiz mallar, aslında hem tüketimleri açısından bir rekabet bahis konusu olan, hem fiyat ödemeyenlerin dışarıda bırakılması mümkün olan mallardır. Bu nitelikleriyle de üretim ve tüketimleri piyasa mekanizmasına terk edilebilir. Ancak toplum, daha doğrusu toplum adına karar veren siyasal organlar, kendi başına

---

<sup>76</sup> Ünlü maliyecilerden R. Musgrave tarafından ortaya atılan erdemli mal kavramı, kişilerin rasyonel seçimleri ile ilgilidir. Bazı malların rasyonel düşünen birey tarafından daha fazla tüketilmesi beklenirken bilgi yetersizliği nedeniyle bu gerçekleşmeyebilir. Bu yüzden kamu otoritesi, bireyleri değişik yöntemlerle bu faaliyetlere teşvik eder veya zorlar. Örneğin eğitimin erdemli bir mal olduğuna ve dolayısıyla her vatandaş tarafından alınması gerektiğine karar verildiyse, bundan kaçınanları zorlamak üzere kamu gücünü kullanmak gündeme gelebilir. Diğer yandan erdemsiz mallar çerçevesinde rasyonel düşünülmesi halinde bazı malların tüketilmemesi gerektiği de düşünülebilir. Buna örnek olarak da uyuşturucu madde kullanımı verilebilir. Aslında zararlı olan ve tüketiminden kaçınılması gereken bu tür malların tüketilmesi sözkonusu oluyorsa, kamu otoritesi devreye girerek bunu engellemeye çalışacaktır. PINAR, age, s. 14

bırakıldığında piyasada bazı nedenlerle bir kısım mala karşı bir tercih çarpıklığı<sup>77</sup> ortaya çıkabileceği kanısında olduğu için bu malların üretim ve tüketimine müdahale gereğini duymaktadır.

### ***c) İktisadi Dalgalanmaların Giderilmesi***

20. Yüzyılda geniş boyutlar içinde karşılaşılan iktisadi buhran ve enflasyonlar bu tür iktisadi dalgalanmaları gidermenin bir devlet görevi olarak kabulünü sağlayan en önemli neden olmuştur. Zira, bu dalgalanmalar yarattıkları etkilerle yalnız iktisadi israf oluşturmakla kalmamakta, ayrıca çok çeşitli yollardan toplum hayatındaki ilişkileri tahrip potansiyeli de taşımaktadır.

### ***d) İktisadi Büyüme ve Kalkınmanın Sağlanması***

İktisadi büyüme ve kalkınmanın bir devlet sorumluluğu olarak ele alınması İkinci Dünya Savaşını izleyen yıllarda olmuştur. Savaş sonrası yıllarda, bir yandan kendi haline bırakılan bir piyasa mekanizmasının büyüme ya da kalkınmayı sağlayabileceğine ilişkin teorik şüpheler, öte yandan ülkeler ve rejimler arası kalkınma yarışı toplumları, devletin bu konuda bir sorumluluk alması gereğine inandırdı. Bu yüzden, günümüzde pek çok ülkede devlet, ekonomiye gerekli itiş vererek ve kaynak dağılımını büyüme-kalkınmayı hızlandıracak biçimde müdahale etme görevini yüklenmiştir.

---

<sup>77</sup> Mallara karşı tüketici talebindeki çarpıklıkların birkaç nedenle ortaya çıkabileceği düşünülebilir.

1) *Bilgi Yetersizliği*: Çağdaş toplumların karmaşık yapısı içinde tüketicilerin -çok daha seyrek olarak da üreticilerin- kullandıkları mallarla ilgili doğru bilgi edinmeleri piyasanın genişliği, üretilen mal sayısının çokluğu, reklamların yanıltıcı etkisi v.s. gibi sebeplerle son derece güç olabilir.

2) *Değerlendirme yetersizliği*: kullanılan mal ve hizmetlerin tüm fayda ve maliyetlerinin değerlendirilmesi bazı tüketicilerce yeterince sağlam biçimde yapılamayabilir. Kültürel, eğitimsel gerilik gibi unsurlar bu tür değerlendirmeleri son derece yanlış temellere oturtabilir.

3) *İrrasyonel davranış*: bazen tüketicilerin irrasyonel davranma hususundaki yapısal eksiklikleri onları doğru bir karar vermekten alıkoyabilir. Özhan ULUATAM, **Kamu Maliyesi**, 6. Baskı, Ankara 1999, s.39

### ***e) Dış Ticaret Dengesinin Sağlanması***

Gerek ekonomideki kısa dönemli dalgalanmaların giderilmesi, gerekse büyüme-kalkınmanın sürekli ödeme açık ve fazlaları yaratması, bu iki amacın gerçekleşmesini ciddi biçimde tehlikeye atmaktadır. Bu nedenle, her ekonominin içinde bulunduğu koşullara göre saptanacak bir dış ticaret dengesinin sağlanması günümüzde devletin hedefleri arasına girmiştir.

### ***f) Gelir dağılımının değiştirilmesi***

İktisaden en etkin kaynak dağılımının nasıl gerçekleştirileceği tartışmalarında uzun zaman veri olarak kabul edilen gelir dağılımı, toplumlarda sosyal adalet kaygılarının kazandığı yaygınlık ve yoğunluk karşısında, siyasal organların ilgisizlik ve tarafsızlıkla ele alamayacakları bir konu haline gelmiştir. Bu durumda, gelir dağılımını değiştirmede en çok imkâna sahip kuruluş olan devletin izleyeceği iktisat politikasının amaçlarından birisini piyasa mekanizmasının yarattığı gelir dağılımına müdahalenin teşkil etmesi doğaldır<sup>78</sup>.

## **C) Devletin Ekonomiye Müdahalesine Yol Açan Ekonomi-dışı Sebepler**

Çağdaş devlet, bireylerin ekonomik beklentilerini yerine getirebilmek için ekonomik hayatla ilgili yeni görevler yüklenmek zorunda kalmıştır. Yüklenilen görevler, devlete ekonomiyi düzenleme ve gözetleme yetkisini de beraberinde getirmiştir. Devletin ekonomik hayata müdahale gerekçeleri içerisinde bireylerin ve toplumun ekonomik beklentilerinin tatmini gereğinin yer alması, çağdaş yönetim anlayışıyla beraber devletin görev alanının genişlemesiyle söz konusu olmuştur. Bireylerin özgürlüklerini koruma konusunda göstermedikleri hassasiyeti, ekonomik çıkarları konusunda gösteriyor olmaları ekonomik alanın denetimini kamu düzeni açısından zorunlu hale getirmektedir. Bu zorunluluk, bireylerin haklarıyla ilgili ihlaller konusunda tepki göstermemeleri gerçeği yanında ekonomik çıkarları konusunda sahip oldukları hassasiyetten kaynaklanmaktadır. Toplumun temel

---

<sup>78</sup> ULUATAM, age, s.37 vd.



gereksinimlerinin karşılanamıyor olması, kurallara saygılı olma isteğini yok etmektedir<sup>79</sup>.

Bir diğer sebep, ekonomik hayatın niteliğinin ortaya çıkardığı sorunların neden olduğu olumsuzlukların hukuk dışı toplumsal hareketlere neden olması ve var olan kamusal düzeni ortadan kaldırma riski taşımasıdır. Devletin varlığını ve demokrasiyi ciddi olarak tehlikeye düşürecek ekonomik sorunlara dayanan toplumsal hareketlerin önüne geçebilmek için, sorunun kaynağı olan, ekonomik yaşamdaki olumsuzlukları ortadan kaldırmak amacıyla devlet, ekonomik yaşama müdahale etmektedir. Bu müdahalenin temelinde, ekonomik istikrar ve demokrasinin, ülke kalkınmasında vazgeçilmez ikiz unsurlar olması yatmaktadır<sup>80</sup>.

Çağdaş yönetim anlayışında devletin sosyal niteliğinin ön plana çıkarılmasıyla, devlet kendisinden beklenen sosyal nitelikli görevleri yerine getirebilmek amacıyla ekonomiye dolaylı ya da doğrudan müdahale etme gereğini hissetmektedir. Çünkü müdahalesiz bir ekonomik ortamda bir zengin bireyin varlığı, en az beş yüz fakir bireyin olması sonucunu doğuracaktır<sup>81</sup>.

Devletin ekonomik hayata müdahale etmesinin altında yatan bir başka neden ise, devletin kamu düzeninin sağlanması ve devam ettirilmesi gerekçesi altında ekonomiye müdahale etmeyi kendisinin istemesidir. Hukuksal sınırlar içerisinde olduğunu söylemek her ne kadar zor olsa da Devlet, ekonomiyi bir güç olarak elinde bulundurma konusunda çok ciddi istek göstermektedir. Öyle ki, idarenin faaliyet alanı belirlenirken, birincil önemde olan kanunilik ilkesinin sınırları, ekonomik alana ilişkin idari faaliyetler söz konusu olduğunda ekonomik faaliyetlerin niteliği dolayısıyla yasama tarafından zorlanmaktadır<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> ÇOLAK, age, s.36

<sup>80</sup> Bkz. ÇOLAK, age, s.36)

<sup>81</sup> Bkz. ÇOLAK, age, s. 36)

<sup>82</sup> ÇOLAK, age, s.37

## **D) Devletin Ekonomiye Müdahale Yönünde Kullandığı Araçlar**

### **a) İktisadi Araçlar**

#### **aa) Dolaysız Düzenlemeler**

Devletin temel varlık nedenlerinden birisi, ekonominin çalışmasıyla ilgili temel oyun kurallarını koymaktır. Anayasalarda ya da diğer temel hukuk metinlerinde –bazen yazılı olmayan geleneklerde- yer alan bu temel kurallar kapitalist bir toplumsal düzenin çalışması için zorunlu olan çerçeveyi belirler; başka bir deyişle, “olmazsa olmaz” bir kurallar bütünü oluşturur. Çağdaş toplumların yapısı -iktisadi sistemin çalışabilmesi için gerekli çerçeve kurallar dışında- kabaca düzenlenmiş müdahaleleri kolay kabul etmeyecek kadar karmaşıktır. Böyle olunca, bu tür müdahalelerin de çok ayrıntılı biçimde düzenlenmesi gerekir. Oysa ayrıntılı düzenlemelerin bizzat kendileri, çok zaman, önüne geçmek istedikleri sakıncalardan daha büyük sakıncalar ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle, dolaysız devlet müdahalelerinin, daha çok fiyat sisteminin yol açtığı bazı aksaklıkların önüne geçmek için kullanılan kısa dönemli tedbirler olarak kabul edilmesi daha yararlı olur<sup>83</sup>.

#### **bb) Maliye Politikası<sup>84</sup> Araçları**

---

<sup>83</sup> ULUATAM, age, s.41

<sup>84</sup> Belirli ekonomik amaçlara ulaşmak için maliye politikası araçlarının kullanılmasına maliye politikası denir. Maliye politikası araçlarını ise *kamu harcamaları*, *kamu gelirleri* ve *borçlanma* olarak üç ana gruba ayırmak mümkündür.

Kamu harcamaları (public expenditures) dar anlamda bir ülkede kamusal faaliyetlerin yürütülmesinden dolayı yapılması gereken harcamalar olarak tanımlanabilir. Daralma döneminde talebi arttırmak için kamu harcamaları artırılabilirken enflasyonist dönemde talebi kırmak için harcamalar azaltılabilir.

Kamu gelirleri (public revenues), veya daha dar anlamda vergilerdir. Kamu harcamalarının finansmanında temel bileşen olan vergilerin kişilerin ekonomik davranışları üzerinde çok önemli etkileri olabilir. Bunun ötesinde hükümet vergileri sadece bir finansman aracı olarak değil belirli ekonomik kararları etkilemek amacıyla da kullanabilir. Belirli bir malın tüketimini kırmak amacıyla da o mala yüksek vergiler konulabileceği gibi, belirli alanlar yatırım özendirmek için vergi muafıkları getirilebilir.

Borçlanma (public borrowing), açısından ise gelir harcama dengesine bütçe açık veya fazlası ortaya çıktığında hükümetin borçlanma davranışı etkilenir. Artık burada sadece harcama ve vergi kalemleri değil borçlanma da ayrı bir araç olarak gündeme gelebilir. Örneğin enflasyonist dönemde tüketimi kırmak amacıyla hükümet kişilere borçlanabilir. Faiz oranı yeterince çekici ise kişiler

Maliye politikası devletin bir kısım kaynakları kamu kesimine aktarabilme ve çeşitli harcamalarla özel kesime satın alma gücü ekleyebilmesine dayanır. Bu politika, esas olarak, devlet bütçesi (ya da bütçeleri) aracılığıyla gerçekleşir. Bir yandan bütçe harcama ve gelirlerinin miktar ve bileşimi, diğer yandan harcama ve gelirler arasındaki ilişki –yani bütçenin açık ya da fazla vermesi ya da denkliliği- devletin amaçlarına ulaşmada kullanabileceği en önemli araçlar olur<sup>85</sup>.

#### ***cc) Para Politikası<sup>86</sup> Araçları***

Genellikle merkez bankaları tarafından yürütülen ve (1) açık piyasa işlemleri, (2) reeskont oranlarının değiştirilmesi, (3) bankalar karşılık oranlarının değiştirilmesi, (4) banka faizlerine taban ve tavanlar konulması, (5) kredileri aktif olarak denetlenmesi, (6) kredi tavanları saptanması, (7) taksitle satış koşullarının düzenlenmesi v.s gibi araçlardan oluşan bu politikanın temel niteliği para ve senetler piyasasına yönelik oluşudur. Bir başka deyişle, para politikası, ekonomi üzerindeki etkilerini bu piyasalarda yaratacağı değişikliklerle gösterir<sup>87</sup>.

#### ***dd) İktisadi Alanda Çalışan Kamu Teşebbüslerinin Faaliyetleri***

Devlet bazen özel kesimde üretilen mallara benzeyen, yani kamusal nitelik taşımayan mal ve hizmetlerin üretimine girişerek de yukarıda belirtilen hedeflere ulaşmaya çalışabilir. Bu amaçla yaratılan ve kamu iktisadi teşebbüsleri olarak adlandırılacak kuruluşlar, bir yandan bizzat yaptıkları üretimle, diğer yandan da üretimin gerçekleştirilmesinde uyguladıkları işe alma, ücret, işletme yeri ve teknoloji

---

bugünkü tüketimlerini geleceğe ertelerek devlete borç vereceklerdir. Daralma döneminde ise bu borçlar faiziyle birliket ödenerek talep canlandırılabilir. PINAR, age, s.55-56

<sup>85</sup> ULUATAM, age, s. 42

<sup>86</sup> Para otoritesi olan Merkez Bankasının belirli ekonomik büyüklükteki hedeflenen yönde etkilemek amacıyla para arzını değiştirmesine *para politikası* denir. Para politikasının amacı, fiyat istikrarı, finansal piyasaların istikrarı, döviz kuru istikrarı, faiz oranı istikrarı, tam istihdam ve ekonomik büyüme gibi amaçların biri veya bir kaçı olabilir. Günümüzde en yaygın kabul gören para politikası amacı fiyat istikrarının sağlanmasıdır. Abuzer PINAR, Bahar ERDAL, **Soru ve Yanıtlarla Para-Banka-Kredi ve Para Politikası**, Ankara 2003, s. 21

<sup>87</sup> ULUATAM, age, s. 42

seçimi gibi politikalarıyla devletin büyüme, gelir dağılımı v.s. ile ilgili amaçlarının gerçekleştirilmesine yardım ederler<sup>88</sup>.

Liberal görüş, genel olarak, kamu kuruluşları tarafından doğrudan doğruya ticari ve sanayi alanında faaliyetlerin yerine getirilmesine karşı çıkmaktadır. Çünkü ilke olarak bu faaliyetlerin özel sektör tarafından yerine getirilmesini savunmaktadır. Oysa klasik kamu hizmeti anlayışı, idari müdahaleye dayanmaktadır. Kamu kuruluşları lehine hukuki ve mali ayrıcalıklar, hatta tekel hakkı tanınmaktadır. Dolayısıyla bu durumda, serbest piyasa için gerekli olan rekabet ortamı bozulmaktadır. Oysa devlet, ekonomi politikasına uygun olarak bazı alanlara yön vermek amacıyla, kendi ekonomik birimlerini yerleştirmek isteyebilmektedir. Nitekim ülkemizdeki KİT'ler bu şekilde faaliyette bulunmaktadır<sup>89</sup>.

A.B.D.'nin en büyük kamu girişimi olan Tenesi Vadisi Sulama İdaresini (Tennessee Valley Authority) 1933 yılında Amerikan Kongresine sunarken Başkan Roosevelt bunları “Bir Devlet kuruluşunun bütün yetkilerine sahip olmakla beraber, bir özel girişimin bütün elastikiyetine ve atılganlığına sahip bulunan” kuruluşlar olarak nitelendirmiştir<sup>90</sup>.

### ***b) İktisat Dışı Araçlar***

#### ***ba) Planlama***

Planlama sosyal devletin temel ilkelerinden biridir. Planlama, toplumun ekonomik kaynaklarının, ekonomik kalkınmayı sağlamak amacıyla, bilimsel ve akılcı biçimde kullanılabilmesini sağlar. Gerçekten sosyal devlet<sup>91</sup> anlayışı, devletin

---

<sup>88</sup> ULUATAM, age, s. 43

<sup>89</sup> GÜRSEL, age, s.38

<sup>90</sup> İsmet GİRİTLİ, **Türkiye'nin İdari Yapısı**, Der Yayınları 9. Basım, s. 88

<sup>91</sup> Özellikle yirminci yüzyılda Batı demokrasilerinde ortaya çıkmış olan sosyal devlet veya refah devleti (welfare state) kavramı, devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesini meşru ve gerekli gören bir anlayışı ifade eder. Sosyal devlet, bu yönüyle geçen yüzyılın jandarma devlet anlayışından kesinlikle ayrılır. Liberal felsefeden esinlenen jandarma devlet anlayışı, devletin görevlerini dışa karşı savunmayı ve yurt içinde düzen ve güvenliği sağlamaktan ibaret görmekte, özellikle devletin ekonomik hayata müdahalesini sadece gereksiz değil, aynı zamanda ekonominin doğal kanunlarının işleyişini bozacağı için, zararlı saymaktaydı. Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara 2004 s.123, Sosyal devlet liberal devlet kavrayışından farklı olduğu kadar, hatta daha da çok, sosyalist devlet anlayışından da uzak ve farklıdır. Sosyalist

sosyal ve ekonomik hayata müdahalesini öngördüğüne göre, bu müdahalenin sistemli, tutarlı, akılcı ve bilimsel bir biçimde yapılması gerekir. Bunu sağlayacak araç da, planlamadır<sup>92</sup>.

Planlama yoluyla devlet, ülkedeki yatırımların yönünü, şeklini belirlemek gibi bir çerçeve çizerek ekonomiye dolaylı ancak etkin bir müdahalede bulunma fırsatını yakalamış olmaktadır<sup>93</sup>. Devlet ekonomiyi planlayarak, kamusal yatırımların yer, zaman ve alan olarak önceliğini belirlemekte, özel sektör yatırımlarını yönlendirmede kılavuzluk yapmakta ve bu yolla ekonomik kalkınmayı sağlamaya çalışmaktadır<sup>94</sup>. Anayasa Mahkemesine göre devletin planlama yoluyla ekonomiye yön vermesi, genel bir müdahale olup bireysel sorumluluklar yükleyemez. Planlarda yer alan ilkeler, emredici ve yasaklayıcı nitelikte değildir. Planlama, bir yasama işlemi olarak kabul edilemez ve yürürlükteki yasalar üzerinde bir etkisi olmayan tasarruflardır<sup>95</sup>.

Devletin ekonomiye müdahalesinde en etkili olan plan türü, devletçe yapılması anayasal zorunluluk olarak gösterilen kalkınma planlarıdır. Kalkınma planları belli bir zaman kesimi süresince uygulanacak ekonomik, sosyal, kültürel ve yönetsel politikaları belirleyen; uyulacak kuralları; izlenmesi tavsiye edilen yöntemleri tespit eden ve varılacak hedefleri gösteren bir işlemdir<sup>96</sup>.

---

devlet modelinde egemenlik belli bir sınıfın (işçi sınıfı) elinde kabul edilir. Siyasal sistem tekçidir. Üretim araçları mülkiyeti esas olarak toplumun ya da devletin elindedir. Sosyalizme geçiş hızlanmıştır. Sosyal devletteyse, sosyalistler iktidarda olabilir ama egemenlik halka ya da millete aittir. Sistem çoğulcu olup iktidarların değişip nöbetleşmesine açıktır. Üretim araçları kural olarak özel mülkiyet konusudur. Ekonomi sosyalist-kolektivist değil, özel girişime ve yarışa dayalıdır. Sınıflı toplum esas olup, devletin sınıfsız-toplumun koşullarını dayatma gibi bir işlevi yoktur. Hatta devlet sınıflı toplum düzeninin koruyucusudur. Bülent TANÖR/ Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul 2004, s.104, Anayasa Mahkemesi'ne göre Sosyal hukuk devleti, insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler olarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve milli gelirin adaletle uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı, kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlettir. 18.02.1985 tarih ve E:1984/9, K:1985/4 sayılı karar

<sup>92</sup> ÖZBUDUN, age, s.133

<sup>93</sup> ÇOLAK, age, s. 38

<sup>94</sup> ÇOLAK, age, s. 39

<sup>95</sup> A.Y.M. 12/04/1979 Tarih ve E:1979/7, K:1979/18 sayılı kararı

<sup>96</sup> Yıldızhan YAYLA, **İdare Hukuku**, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985, s. 106

***bb) Özendirme ve Destekleme (=teşvik)***

İdare bazı alanlarda toplum yararı görmekle birlikte bu alanları kendi uğraş konusu yapmaz; ancak bu alanlarda çalışmak isteyen birey ve topluluklarına destek, yardım ve kolaylıklar sağlar. Bu halde, idarenin kamuya yararlı faaliyetleri özendirme ve destekleme çabalarından söz edilir<sup>97</sup>.

Özellikle bizim gibi özel kesim için emredici olmayan plan uygulayan ülkelerde, yasaklayıcı ve negatif nitelikli kolluk tedbirlerinin özel kesimin bir plan doğrultusunda faaliyette bulunmasına yetmemesi karşısında, plan amaçları doğrultusunda faaliyette bulunmayı kabul eden özel girişimin özendirilmesi yoluna gidilmiştir<sup>98</sup>. Teşvik ve yönlendirme politikası çerçevesinde yapılan bu işlemler, hukuki rejimleri açısından kolluk tedbirlerinden farklı olarak ilginç bazı özellikler taşımaktadır. Bir başka deyimle, teşvik tedbirleri bilinen hukuki işlem türleri ile açıklanmayı engelleyen özelliklere sahiptir. Esasen devletin ekonomik alanda üstlendiği yeni işlev ve yürüttüğü müdahaleci politikanın aldığı yeni görünüm sonucu bir yandan “sözleşme” müessesesinin temel yapısında idarenin düzenleyici işlemleri ile önemli değişimler meydana geldiği, öte yandan da ekonomik ve sosyal alanda “tek yanlı idari işlem”in de temel bazı özelliklerini kaybettiği gözlenmektedir. Bu cümleden olarak, başlangıçta tek yanlı idari işlemlerle otoriter biçimde yürütülen müdahaleciliğin, giderek “danışma” ve “birlikte düşünüp tasarlama” teknikleri ile ekonomik sözleşmelere yol açtığı ileri sürülmektedir<sup>99</sup>.

Yukarıda değindiğimiz planlamanın yol gösterici niteliği nedeniyle belli bir alanda yatırım yapmayan ve yatırım yapmak istemeyen bir özel girişim, -planda özel girişimin o alanda yatırım yapması öngörülmüş olsa bile– yatırım yapmaya zorlanamaz. Ancak, teşvik tedbirleri ve destekleme ile özel girişimin, planın öngördüğü alanlarda yatırım yapması sağlanır. Doğaldır ki bu teşviki devlet

---

<sup>97</sup> GÜNDAY, age, s. 22

<sup>98</sup> Bkz. TAN (1984), s.170

<sup>99</sup> Bkz. TAN (1984), s.171

yapacaktır. Devlet daha önce teşvik oranı ve alanı belirlenmiş yatırımlar için, özel kesimin plan amaçlarına uygun alanlara yatırım yapmasını sağlar<sup>100</sup>.

Türk ekonomik ve siyasal hayatına Devlet müdahaleciliği “Devletçilik” prensibi ile girmiştir. 1933 yılında ilk sanayi planlarının yapılması, bu prensibin uygulanmasından başka bir şey değildir. 1930 Türkiye’de ekonomik krize bir çare bulmak ve özel girişimin 1923 İzmir İktisat Kongresi’nde kabul edilen esaslara varmada başarısızlığa uğraması ile kabul edilen karma ekonomi prensibi, aynı zamanda bir devlet müdahalesi demek olup 1961 Anayasası ile daha büyük bir boyut kazanmış ve bir Anayasa felsefesi haline gelmiştir<sup>101</sup>.

Devletin ekonomik hayata en az müdahalesi fikrinin, uygulamada piyasa aksaklıklarına yol açması üzerine, bu anlayış sorgulanmaya başlanmıştır. Piyasa ekonomisi çerçevesinde uygulanan rekabet politikaları, fiyatların ucuzlamasını, tüketici refahının artmasını ve teknolojik gelişmeyi sağlamıştır. İyi işleyen bir piyasa ekonomisinde, rekabetçi bir piyasa yapısı yanında, piyasaları düzenleyen kuruluşlara da gerek vardır. Bu ihtiyaçtan ötürü, düzenleyici kurumlar ortaya çıkmıştır<sup>102</sup>.

Günümüze dek ekonomi, kutuplarından biri pür piyasacı, diğeri pür devletçi olan bir sarkaç içinde gelmiştir. Pür devletçi ekonomi, kişisel dürtüleri harekete geçiremediği; pür piyasacı ekonomi de azınlığın çoğunluğu sömürüsünü önleyemediği için başarılı olamamıştır. Son yıllarda sarkacın kutuplarından merkeze doğru eğilim artmış ve salınım daralmıştır. “Birey ve devletin birlikte ekonomisi” diye tanımlanabilecek bu yeni durum, daha çok istikrar anlamına gelmekte olup, ne piyasa ekonomisinden vazgeçilmesini, ne devletin ekonomiden tümü ile çekilmesini gerektirmektedir. Sorun, basit bir devlet ya da piyasa karşıtlığı ve bunlardan birinin idealize edilmesi değil, piyasa mekanizması ve devlet de dâhil olmak üzere ekonomik ajanların tümünün akılcı davranmalarını sağlayabilecek kuramsal çerçevenin oluşturulabilmesidir. Devletin etkinliği ile piyasanın etkinliğini, birbirine

---

<sup>100</sup> AKGÜNER, age, s.41

<sup>101</sup> AKGÜNER, age, s.36 vd.

<sup>102</sup> Serpil AĞCAKAYA, Nadide Sevil HALICI, **Bir İktisat Politikası Aracı Olarak Regülasyon Politikası**, Telekomünikasyon ve Regülasyon Dergisi, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, Sayı:2, s.103

karşıt değil, birbirini bütünleyici, destekleyici biçimde oluşan bir ilişki olarak düşünmek gerekmektedir. Başka bir deyişle, etkin bir devlet olmadan etkin bir piyasa; etkin bir piyasa olmadan da etkin bir devlet olamaz<sup>103</sup>.

Ciddi boyutlara varan yoksulluk (poverty) ve özellikle gelişmekte olan ülkelerde sıkça yaşanan krizler soyut bir piyasa kavramına dayalı politikaları da sorgulanır hale getirmiştir. Geline nokta devlet ne kadar müdahale edeceğinden ziyade nasıl müdahale edilmesi gerektiği üzerinde durulmaktadır. Kamu sektöründe yapılacak reformlarla etkinliğin artırılacağı ve israfların önleneceği düşüncesi yanında piyasanın sağlıklı işleyebilmesi için gerekli yasal ve kurumsal çerçevenin devlet tarafından sağlanabileceği kabul görmüştür. Kamu müdahalesi konusunda genel geçer bir düşüncede karar kılındığını söylemek zordur. Ülkelerin kendi içyapıları ile bağlantılı olarak değişen dünya koşullarında farklı boyut ve nitelikteki kamu müdahaleleri her zaman tartışma konusu olmaya devam edecektir<sup>104</sup>.

#### **IV. EKONOMİK KOLLUK VE ÖZEL GİRİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜ**

Belirli bir ekonomik kamu düzeninin kurulup korunmasını amaçlayan kolluk türü ekonomik kolluk olarak nitelenmektedir<sup>105</sup>. Ekonomik kolluk yetkileri de genel kolluktan ayrı olarak özel metinler ya da kurallarca ekonomik yaşamın düzenini sağlama amacıyla verilmiş yetkililerdir<sup>106</sup>.

İdare bazen genel idari kolluk yetkilerini kullanarak, klasik kamu düzeni amacıyla bazı bireysel ekonomik faaliyetlere de kayıtlamalar getirebilir<sup>107</sup>. Örneğin bazen sağlık kolluğu diye de isimlendirilebilen yetkilerini kullanarak idarenin sağlık nedenleriyle bireysel ekonomik faaliyetine kayıtlamalar getirilmektedir.

---

<sup>103</sup> Nazım ÖZTÜRK, **Ekonomide Devletin Değişen Rolü**, AİD, 39/1 Mart 2006, s.35

<sup>104</sup> PINAR, age, s.25

<sup>105</sup> TAN (1984), s.129

<sup>106</sup> Tekin AKILLIOĞLU, **Belediyeler ve Özel Girişim Özgürlüğü**, Yerel Yönetimler Dergisi, S. 1, Mayıs 1979, s. 25

<sup>107</sup> Bkz. TAN (1984), s.126



Özel kolluk türü olarak ekonomik kolluğun belirlenmesi açısından faaliyetin konusu değil, amaç önem taşımaktadır<sup>108</sup>. Başka bir deyimle, ekonomik alan genel kolluk yetkisine konu olabilse de amaç değildir. Oysa, kolluk konusu olan ekonominin giderek amaç haline geldiği görülmektedir<sup>109</sup>.

Amaç açısından beliren bu farklılık ile ekonomik kolluğun amacı Anayasa’da ana hatları biçimlenmiş ekonomik düzenin korunması olan özel bir idari kolluk türü olduğu söylenebilir. Özel idari kolluklar ise, genel idari kolluğun özellik gösteren bölümlerinin oradan ayrılarak oluşturduğu kolluktur. Bunun sebebi, ya toplumun doğrudan doğruya ve derhal hissettiği kamu düzeni ihlalleriyle, ancak uzun süre sonra ve dolaylı olarak etkilendiği ihlaller, yani duyduğu ihtiyaçlar arasındaki farklılıktır; ya da kamu düzenini ilgilendiren bazı konuların özel ve ayrı bir düzenleme ve uygulamayı gerektirmesi yani farklı bilgi ve örgütlenme isteyen nitelikte olmasıdır<sup>110</sup>.

Bu açıklamaların ışığında daha geniş bir tanım vermek gerekirse ekonomik kolluk, Anayasa’da belirlenen ekonomik düzenin gerçekleşmesini sağlamak üzere özel girişim özgürlüğüne müdahale ve getirilen sınırlamaların tümünü içeren genel bir kavram olarak tanımlanabilmektedir<sup>111</sup>.

Avrupa’da çalışma sözleşme ve özel girişim özgürlüğünün 1789 Fransız Devrimi sonucunda, ekonomik yaşamda egemen olan loncaların kaldırılması ve kişinin, çalışma kısıtlamalarından kurtulması ile bu özgürlüklere Devletçe konmuş olan sınırlamaların kaldırılmasıyla ortaya çıktığı söylenebilir. Yani bu olgu, feodalitenin çöküşü ve kapitalizmi doğuran burjuvazinin ortaya çıkmasıdır. Çalışma, sözleşme ve özel girişim özgürlüğü de bu gelişimin bir sonucu olarak doğmuştur<sup>112</sup>.

---

<sup>108</sup> Bkz. TAN (1984), s.127

<sup>109</sup> Bkz. TAN (1984), s.127

<sup>110</sup> ARSLAN/BERK, age, s.24

<sup>111</sup> Bkz. ARSLAN/BERK, age, s.51

<sup>112</sup> AKGÜNER, age, s.32

Özel girişim, özel hukuk kişileri tarafından kâr elde etme amacıyla kurulan işletmeler olarak tanımlanabilir<sup>113</sup>. Girişim özgürlüğünün içeriği belirsiz olup birçok anlama gelmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, özel girişim özgürlüğü ekonomik faaliyette bulunma, yani gerek bu faaliyeti kurma, gerek icra etme özgürlüğüdür<sup>114</sup>.

Çağdaş insan hakları kuramında sosyal ve ekonomik haklar eskiye oranla daha önemli hale gelmiştir. Çünkü bireylere tanınmış bulunan temel hak ve özgürlüklerin anlamlı olabilmesi için, bireyin bu haklardan yararlanmasını kayıtlayan ekonomik engellerin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Burada karşımıza sosyal ve ekonomik haklar çıkmaktadır ve devlete yeni görevler yüklemektedir. Sosyal ve ekonomik hakların bazıları devleti aktif olmaya zorlarken, bazıları dokunmama ve dokunulmasını engelleme yükümü getirmektedir. Sosyal ve ekonomik hakların içinde devletin aktif olarak bir edimde bulunmasını gerektirmeyen, ancak dokunulmamasını ve dokunulmamasını sağlaması gereken hakların en temelinde özel girişim özgürlüğü yer almaktadır<sup>115</sup>.

Anayasa'nın 48. maddesinin (1) numaralı fıkrasında herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu ve özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğu belirtilmiştir. (2) numaralı fıkrasında ise devletin özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alacağı ifade edilmiştir. İlk bakışta bu maddenin çağdaş ekonomik ve sosyal görüşleri yansıttığı gerçeği hemen göze çarpar. Çünkü çağımızın devleti artık “en iyi devlet en az müdahale eden devlettir” anlayışından uzak bir devlettir. Devletin müdahalesi genellikle ekonomik ve sosyal olmakta ve “bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler” ekonomik anlayışı bugün için artık geçerliliğini kaybetmiş olmaktadır<sup>116</sup>.

Bu çerçevede, “*Herkes*” teriminden medeni hakları kullanma ve istifade ehliyetine sahip “herkes”i anlamak gerekir. Bu terim özel hukuk kişilerini kapsadığı

---

<sup>113</sup> AKGÜNER, age, s.5

<sup>114</sup> GÜRSEL, age, s.36

<sup>115</sup> ÇOLAK, age, s.45

<sup>116</sup> AKGÜNER, age, s.31

gibi kamu tüzel kişilerini de içine alır. Öte yandan, “*Dilediği alanda*” ifadesinden ise olumlu ve olumsuz olarak iki anlam çıkmaktadır. Olumlu anlamda herkes istediği alanda özel girişimde bulunabilir yani yatırım yapılmak istenilen alan serbestçe seçilebilir. Özel girişimde kâr ön planda olduğu için kişinin dilediği alanda yatırım yapmasını, kârlılık alanı en fazla daha doğrusu, “en fazla kâr beklediği alan” olarak anlamak da lazımdır. Olumsuz anlamda ise dilediği alanda ifadesi ile kanun koyucu kişinin kendi iradesi dışında hiçbir kuvvet veya baskı sonucu belli bir alanda yatırım yapmaya zorlanamamasını ifade etmektedir<sup>117</sup>.

Aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında devletin özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alacağı ifade edilmiştir. ÇOLAK’a göre Anayasa’nın bu ifadesinden, özel girişim özgürlüğünün devletin ekonomik politikalarına, kalkınma planlarına, sosyal ihtiyaçlara ve enflasyon politikalarına göre sınırlandırmaya tabi tutulacağı sonucu çıkarılabilir<sup>118</sup>. AKGÜNER “*güvenlik ve kararlılık ilkesi içinde çalışma*” ile kastedileni şu dört alt ayrımla açıklamaktadır;

- Kanunların ve düzenleyici işlemlerin geçmişe etkili olmaması
- Kazanılmış haklara riayet
- Sosyal hukuk devleti ilkesi ile çatışmama
- Salt politik amaçla düzenleme yapmama<sup>119</sup>.

Girişim özgürlüğü sadece yasa ile sınırlandırılabilir. Bu özgürlüğün yasa dışında idari düzenleyici işlemlerle sınırlanması söz konusu olamaz. İdarenin bu bağlamdaki işlemlerinin mutlaka yasal bir dayanağının olması gereklidir. İdare; yasadan kaynaklanmayan veya yasanın kendisine vermediği bir yetkiyi bu özgürlüğün sınırlanması yönünde kullanamaz. Ayrıca idarenin ekonomik özgürlüğe zarar vermeksizin ve onu sınırlamaksızın düzenleme yetkisini kullanması olanaksızdır. Ekonomik faaliyetin sınırlanması söz konusu olmaksızın tamamen bu faaliyetin dışında idare genel kolluk yetkisi bağlamında kamu düzenini sağlamak

---

<sup>117</sup> AKGÜNER, age, s.39 vd.

<sup>118</sup> ÇOLAK, age, s.48

<sup>119</sup> AKGÜNER, age, s.87

amacıyla bazı düzenlemeler yapabilir. Örneğin belli yük miktarını aşan araçların belli yolları kullanmasına yasaklama getirilmesi özgürlüğün kısıtlanması anlamına gelmemektedir. Bu sınırlama ekonomik faaliyetin tamamen dışında, olup faaliyete özgü değildir<sup>120</sup>.

Esasında ekonomik kolluk ile özel girişim özgürlüğü arasında önemli bir bağlantı vardır. Bu iki kavram arasındaki bağlantıyı açıklamaya çalışan TAN'a göre ekonomik kolluk, Anayasa'da belirlenen ekonomik düzenin gerçekleşmesini sağlamak üzere özel girişim özgürlüğüne müdahale ve getirilen sınırlamaların tümünü içeren genel bir kavramdır. Bir başka deyimle, Anayasa (md 48) daki "Devlet, özel teşebbüslerin milli iktisadın gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlayacak tedbirleri alır." kuralındaki amaçlar ekonomik kolluk amaçları olarak yorumlanabilir<sup>121</sup>. ÇOLAK ise bu iki kavram arasındaki bağlantıyı aynı maddenin devamında yer verilen ve yukarıda değindiğimiz Devletin özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alma görevini kullanarak kurmaktadır. Yazara göre bu düzenleme, devlete özel girişim özgürlüğüyle ilgili düzenleme, gözetleme ve denetleme görevi yüklemektedir ki idare bu görevi "ekonomik kolluk" yetkileriyle yerine getirecektir<sup>122</sup>. İşte bu ekonomik kolluk yetkilerinin serbest piyasa ekonomisinin yaygınlaşması karşısında halkın ekonomik açıdan korunmasız ve savunmasız kalmasının yaratacağı sakıncaları önlemek ve gidermek için ülkemizde Bağımsız idari otoritelere verildiği hususunu AZRAK şu şekilde ifade etmiştir; "*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*"<sup>123</sup>.

Anayasada özel girişim özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, idarenin ekonomik kolluk yetkisini kullanması sonucu yapılan işlemlerle somutlaşmaktadır. İdarenin

---

<sup>120</sup> GÜRSEL, age, s.38

<sup>121</sup> TAN (1984), s.130

<sup>122</sup> ÇOLAK, s.49

<sup>123</sup> Ülkü AZRAK, **Dünyada ve Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar**, Rekabet Kurumu Bağımsız İdari Otoriteler Panelinde sunulan tebliğ, Ankara, 5 Kasım 2001 agm, s. 26

ekonomik kolluk yetkisini kullanarak özel girişim özgürlüğüne getirdiği sınırlar da, kolluk yetkisinin tipik kullanım biçimleri olan izin verme veya yasaklama biçimlerinde ortaya çıkmaktadır<sup>124</sup>.

Nitelik olarak ekonomik faaliyetler bir yasal düzenleme çerçevesinde genel bir düzenleme ve denetime elverişli değildir. Bu durumda devlet, ekonomik hayatın denetimini yapmak üzere özel bir teşkilatlanmaya gereksinim duymaktadır. Kurulan kamu kurumlarıyla her ekonomik faaliyet alanı farklı bir kurum tarafından düzenlenmekte ve denetlenmektedir. Düzenlenecek, denetlenecek ve gözetim altında tutulacak olan ekonomik faaliyetlerin farklı nitelikler taşıması ve uzmanlaşmaya ihtiyaç duyulması nedeniyle her alanı farklı bir kamu kurumunun kontrolüne vermek zorunlu hale gelmiştir. Duyulan gereksinim ve ekonomik faaliyetlerinin niteliğinin getirdiği zorunluluk, ülkemizde özel nitelikte ekonomik kolluk sayılabilecek idari faaliyetlerin sayısını arttırmıştır. Özel kolluk yetkileriyle donatılmış çok sayıdaki kamu kurumunun yaptığı düzenleme, denetleme ve gözetim faaliyetleri, ekonomik hayat üzerinde yoğun bir devlet denetimini doğurmuştur<sup>125</sup>. İdare hukuku açısından değerlendirilecek olursa, denilebilir 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 ekonomik kolluğu görevleri olarak ortaya çıkmaktadır<sup>126</sup>.

Ekonomik anlamda kolluk faaliyetlerinde, kolluk yetkisinin sınırları belirlenirken, denetime konu olacak faaliyete bakılmamakta, sınırlar amaç doğrultusunda genişletilmektedir. Ekonomik kolluk faaliyetlerinin sınırları genişledikçe bu alanda görev yapan idari kurum ve kurulların sayısı hızla artmaktadır<sup>127</sup>.

Tüm bu anlatılanlar doğrultusunda, ekonomik kolluk faaliyetleri ile özel girişim özgürlüğü arasındaki bağın esasında bağımsız idari otoritelerin ortaya

---

<sup>124</sup> TAN (1984), s.147

<sup>125</sup> ÇOLAK, age, s.35

<sup>126</sup> AZRAK, age, s. 26-27

<sup>127</sup> ÇOLAK, age, s.44

çıkışındaki itici güç olduğu rahatlıkla söylenebilir. Bununla beraber ortaya çıkışlarının sonrasında bağımsız idari otoritelerin sayısının ülkemizde önlenemez bir şekilde artış göstermesine ise ekonomik faaliyetlerin farklı nitelikler taşıması nedeniyle uzmanlaşmaya duyulan ihtiyaç ve ekonomik kolluk faaliyetlerinin sınırlarının genişlemesi neden olmuştur.

TAN, birer ekonomik kolluk olduklarından şüphe edilmeyen bağımsız idari otoriteleri şu şekilde nitelemektedir; *“bağımsız idari otoritelerin işlevlerine ve yasadaki düzenlemelerine baktığınız zaman bunlar belirli bir kamu hizmetini görmek üzere kurulmuş kurumlar değildir. Bunların kullandığı yetkiler ve yaptığı işler daha çok, bizim idari hukukunda genellikle hukukî rejim bakımından yaptığımız ayırım sonucu “kolluk yetkisi” kullanmaktadırlar, idari kolluk ve onun içerisinde de özellikle özel kolluk yetkilerini kullanan kurumlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla bir kere bu açıdan bunları herhangi bir klasik kamu kurumuyla eş tutmak zor görünmektedir<sup>128</sup>.”* GÜNDAY’a göre de aynı şekilde *“Bu kuruluşlar, temel işlevlerini yerine getirerek, bireylerin ve topluluklarının hak ve özgürlüklerini koruduklarından, bunların haiz oldukları yetkiler de özel kolluk yetkileri niteliğindedir<sup>129</sup>.”*

## İKİNCİ KISIM

### DÜZENLEYİCİ KURULLAR OLGUSU

#### A - Genel Olarak

Düzenleyici kurumların 115 yıllık geçmişi bizi bu kurumları yeni olarak adlandırmaktan alıkoymaktadır. Fakat yeni olan, küreselleşme süreciyle birlikte, liberalizmin tek egemen ekonomik doktrin haline gelmesinin bir sonucu olarak bu örgütlenme modelinin Okyanusu aşması ve Avrupa kıtasına doğru yaygınlaşmasıdır.

---

<sup>128</sup> Turgut TAN, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Ocak 2000, s. 14

<sup>129</sup> Metin GÜNDAY, **5 Kasım 2001 tarihli “Bağımsız İdari Otoriteler” Paneli**, Rekabet Kurumu, s. 75

1980’li ve 1990’lı yıllar, özelleştirme uygulamalarına koşut olarak bu kurumların Avrupa ülkelerinde yaygınlaşmasıyla nitelenebilir.

Düzenleyici kurumlar ile küreselleşme arasındaki bağı, küreselleşme politikalarının devlete bakış açısında bulabiliriz. Bu bakış açısının iki ana görünümü vardır. İlk olarak, 1945 sonrasında biçimlenen sorumlu ve müdahaleci devlet anlayışının terk edilerek “*üretici*” , “*müdahaleci*” devletten hakem devlete geçilmesi; ekonominin pazar güçlerine bırakılması ve devletin serbest piyasa ekonomisinin tüm kurum ve kurallarıyla işlemesi için gerekli önlemleri almasıdır. İkinci olarak, devletin elinde kalan gücü, yetkiyi kullanma biçiminin değişmesi ve devletin bizatihi kendisinin bir işletme gibi ele alınarak işletmecisi bir anlayışla yönetilmesidir. Bu değişimin özeti, küreselleşme politikalarıyla birlikte dolaşıma giren iki kavramda bulunabilir. Bunlardan ilki, kamusal karar ve uygulama süreçlerine hükümet dışı aktörlerin katılımını öngören ve Türkçe’de “*yönetişim*”<sup>130</sup> veya “*yönetilebilirlik*”

<sup>130</sup> Son yıllarda yeni bir terim olarak yönetim, ilk kez Kuzey Avrupa’da, ardından bütün dünyada kullanılmaya başlandı. Bu terim, İngilizce bir sözcük olan “governance” karşılığı olarak kullanılmaktadır. Özellikle II. Dünya Savaşı’ndan sonra hızlanmaya başlayan küreselleşme ve bölgesel bütünleşme süreçleri, ulusal ve uluslararası politik yapıları ciddi bir şekilde sarsmaya ve daha önceki dönemlerde mutlak bir anlamda kullanılan ulusal egemenlik ilkesini aşındırmaya başladı. Bu gelişmeler, 1970’li yıllardan itibaren daha da hızlandı. Bu arada ‘soğuk savaş’ın sona ermesi ve bazı devletlerin çökmesi veya dağılmasıyla egemenlik hakkındaki tartışmalarda yoğunlaştı ve bu bağlamda sıkça egemenlik krizinden söz edilmeye başlandı. Söz konusu tartışmalar, siyaset biliminin kavramsal çerçevesini de sarsarak, gerek ulusal gerekse uluslar arası düzeyde yeni düzenleme mekanizmaları sorununu gündeme getirdi. Böyle bir çerçeve içinde “yönetişim” kavramı ortaya çıktı ve sıkça kullanılmaya başlandı. Mehmet YÜKSEL, **Yönetişim Kavramı Üzerine**, Ankara Barosu Dergisi, 2000, Sayı 3, s.147

Sosyal bilim literatüründe oldukça yeni bir terim olan yönetim (governance), hükümet etme anlamındaki yönetim (government) kavramından farklı bir anlam ve bağlamda kullanılmaktadır. Hükümet etme anlamındaki yönetim kavramı, hiyerarşik nitelikteki bürokratik yapıya dayalı yönetim anlayışını öne çıkarırken; yönetim kavramı, yönetim sürecinde rol oynayan aktörler ve örgütler arasındaki etkileşimi, formel ya da resmi sıfatı bulunmayan kişi, grup ve kuruluşların katılımını, hiyerarşik bürokratik yapı yanında, hükümet dışı aktörlerin de etkin bir şekilde yönetim faaliyetinde yer almasını ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Ancak, bu konuda henüz bir fikir birliğine tam olarak varılamadığını, yönetim kavramının farklı anlam ve çerçevelerde kullanılmakta olduğunu belirtmek gerekir. YÜKSEL, agm, s. 145

Yönetişim kavramında, yönetim (government) kavramından farklı olarak, hiyerarşik ilişki yerine heterarşik ilişki vurgulanmaktadır. Bu çerçevede heterarşi; karşılıklı ilişki ve bağımlılık halindeki aktivitelerin eşgüdümünü ve kendi kendine organize olma etkinliklerini ifade etmektedir. bu niteliği ile heterarşi, kendi kendini organize eden kişilerarası ağları, örgütlerarası eşgüdümü, merkezsiz, çerçeve bağlamı sistemler arası döngüyü içermektedir. Heterarşik yapı içinde; karşılıklı bağımlılık ilişkileri içinde bulunan, işlevsel bakımdan otonom olan sistemlerin, kurumların ve diğer birimlerin kendi kendini örgütlenme çabaları söz konusudur. Bu anlamda heterarşi, kişilerarası (inter-personel), örgütlerarası (inter-organizational) ve sistemlerarası (inter-systemic) olmak üzere üç farklı düzeyde ortaya çıkan heterarşiyi ifade etmektedir. Bob JOSSEP, “**The Rise of Governance and the Risks of Failure; the Case of Economic Development**”, International Social Science Journal, No.155 (March, 1998), s.31, (naklen, YÜKSEL, agm, s.146)

kavramları ile karşılanan “governance” kavramıdır. İkincisi ise, kamu yönetimi ile işletme yönetimini özdeşleştiren “*yeni kamu yönetimi*” (New Public Management-NPM) kavramıdır. Aslında her iki kavram, özelleştirmenin kamunun farklı alanlarına uzanmasını yansıtmaktadır. Başlangıçta kamu mülkiyetini özel mülkiyet dönüştüren bir işlem olarak ekonomik içeriği ön planda görünen özelleştirme, giderek kamunun yönetsel süreçlerindeki dönüşümü de belirler hale gelmiştir. Bu bağlamda, yönetim kavramı kamu gücünün kullanımının, karar sürecinin; NPM ise kamunun çalışma yönteminin, yönetim anlayışının “özelleştirilmesini” nitelemektedir. Salt kavramlardan hareket edilerek, küreselleşme politikalarının devlete yaklaşımındaki bu iki aşamayı görmek mümkündür. 1980’lerin “sihirli” sözcüğü “özelleştirme” 1990’larda yerini “yönetişim” ve “yeni kamu yönetimi”ne bırakmıştır<sup>131</sup>.

Çağımızda devlet, artık tek güç merkezi değildir. Yaklaşık iki yüzyıldır egemen olan eğilimler, sarsıcı biçimde değişmiş, hem toplum, hem sivil düzen yeniden “çoğulcu” bir nitelik almıştır. Bu yeni siyasal çoğulculuk performans odaklı, işlevsel ayrıma dayalı çoğulculuktur. Gücü her şeye yeten devlet, yeni oluşum karşısında sendeleyince kendine yeniden bir çekidüzen vermek zorunda kalmıştır<sup>132</sup>. Endüstri toplumunun pozitif bir dışsalılığı olarak ortaya çıkan bilgi toplumu, teknolojik ilerlemelerle küçüldükçe, bireyin yarar alanında bir küçülme gözlenmektedir. Özeksel devlet tekelindeki, kabuk çatlamaları, çoğulcu düzende bireyin özgürlük alanını ihmal etmesi elbette ki kabul edilemez. Rekabetçi pazar sistemi devletin çoğu alanında tekel gücünü yok ederken, tekil bireyin de yalnız kalmasına neden olmuştur. Ancak egemenlik yetkisini kullanan devletten azgın yarar çekişmeleri arasında bireyi kendi kaderiyle baş başa bırakması da beklenemez.

---

Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı ( United Nations Development Program)’na göre “*iyi yönetim, bir ülkedeki ekonomik, siyasal ve idari otoritenin her düzeydeki işlemleri yürütmesi anlamına gelmektedir. İyi yönetim, vatandaşların ve toplumsal grupların kendi çıkarlarını korumak ve yasal haklarını kullanmak için gerekli mekanizmalara ve kurumlara sahip olmalarını gerektirir.*” Söz konusu kavramı en sık ve yaygın olarak kullanan Dünya Bankasına göre ise “*iyi yönetim, açık ve öngörülebilir bir karar alan sürecin; profesyonel bir bürokratik yönetimin; eylem ve işlemlerinden sorumlu bir hükümetin; ve kamusal sürece aktif bir şekilde katılımında bulunan sivil toplum ve hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu bir düzeni ifade eder.*” Coşkun Can AKTAN, **İyi Yönetişim Kavramı**, <http://www.canaktan.org/politika/yonetisim/tanim.htm>

<sup>131</sup> Seriya SEZEN, **Türk Kamu Yönetiminde Kurullar Geleneksel Yapılanmadan Kopuş**, TODAİE yayınları Ankara 2003, s.112 vd.

<sup>132</sup> Peter DRUCKERS, **Yeni Gerçekler**, İstanbul,1992, s. 61 vd. (naklen, Müslüm AKINCI, **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman**, İstanbul, 1999, s. 154)



Rekabetçi pazar sistemine dayalı çoğulcu toplum düzeninde devletin farklılaşan temel işlevi, özellikle bireyin, giderek kamu yararı, kamu düzeni ve kamu sağlığı gibi üstün (toplumsal) değerlerin gözetimini sağlamaktır. 80’li yılların başlarında ekonomi sektöründeki yeni karar ve uygulamalar, yeni kurumsal yapıların oluşmasına neden olmuştur. Yönetmel düzen de kendi içerisinde sorgulanmış ve ona yeni açılımlar kazandırılmıştır. Kamusal yaşamın duyarlı alanlarında rekabete dayalı çoğulculuk güçlendikçe, devlet bu gücün bir süre sonra kaosa dönüşmemesi, toplumsal düzene zarar getirmemesi, ülkenin ve bireylerin lehine işlemesi için normatif düzen değişikliklerine gitmiştir<sup>133</sup>.

Söz konusu normatif düzen değişiklikleri ile ortaya çıkan Bağımsız İdari Otoriteler (BİO) “Toplumsal yaşam için özel bir önem ve duyarlılık taşıyan, temel hak ve özgürlükler ile ekonomik ve sosyal sektörlerde veya alanlarda düzenleme, denetleme ve yönlendirme faaliyetinde bulunan, kararları üzerinde hiçbir makam ve merciin etkisinin olmadığı, karar organları özel güvencelere sahip, mali özerkliği haiz, özerk bütçeli kamu tüzelkişileri” olarak tanımlanabilecektir<sup>134</sup>.

Bağımsız idari otoriteler ilk defa 1930’larda Amerika Birleşik Devletleri’nde ortaya çıkmıştır. Halen özerk kurumların kamu yönetimi içinde en yaygın biçimde yer aldığı ülke ABD’dir. Bu durumun nedenleri<sup>135</sup>, esasında bağımsız idari otoritelerin tüm dünyada yaygınlık kazanma nedenleri ile paralellik göstermekte olup bu nedenler aşağıda bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkış nedenleri başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

---

<sup>133</sup> AKINCI, age, s.154

<sup>134</sup> Ali ULUSOY, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Ankara 2003, s.1

<sup>135</sup> ABD’de özerk düzenleyici kurumların kurulma ve yaygınlaşmasının gerisinde birkaç temel neden yatar. Birinci neden ABD’nin federal yapısı nedeniyle tüm ülkeyi ilgilendiren, özellikle ekonomik konularda Federal bir örgüt yaratma çabasıdır. İkincisi, Başkan ile Kongre arasındaki güç ve yetki çekişmesi nedeniyle parlamentonun Başkan’ın görev ve yetkilerini, özellikle ekonomik alandakilerini özerk kurumlar yaratarak budamak ve sınırlamak istemidir. Üçüncü ve özellikle önemli bir neden 1929 Bunalımında Avrupa devleşirme yoluyla tepki verirken ABD buna düzenleyici kurumlar yoluyla sistemi düzenlemek yöntemini seçmiştir. Ali İhsan KARACAN, **Özerk Kurumların Özerkliği**, Rekabet Dergisi, Ekim-Kasım-Aralık 2001, Sayı 8, s. 4

İngiltere ise, 1980’li yıllara damgasını vuran ve özellikle altyapı sektörleri üzerinde geriye dönülmez izler bırakan özelleştirme uygulamalarında başı çeken ülke olması nedeniyle, BİO’lar konusunda öncü girişimlerde bulunmuş bir ülkedir. BİO uygulamalarının ortaya çıktığı ABD ile benzer hukuki ve idari yapı geleneklerine sahip olması, İngiltere’ye ABD deneyimlerinden faydalanma bakımından önemli bir avantaj sağlamıştır<sup>136</sup>.

Kıta Avrupası ülkelerinde ise, Bağımsız idari otoriteler 1970-80’li yıllarda kurulmaya başlanmıştır. 1970’lerin sonundan itibaren gerek iktisadi alanda global ölçekte meydana gelen gelişmeler, gerekse AB çerçevesinde Avrupa ekonomilerinin hızla ivme kazanan bir bütünleşme sürecine girmeleri, düzenleme ve düzenleyici kurumlar konusunda Avrupa’da çok önemli gelişmeleri beraberinde getirmiştir. ABD’deki örneklerine benzer çok sayıda özel düzenleyici kurum ortaya çıkmış ve kamu politikaları alanında hissedilir ölçüde etkileri olmaya başlamıştır<sup>137</sup>.

Bağımsız düzenleyici kurumlar konusunda Kıta Avrupası ile ABD arasında görülen farklı tarihi gelişimin arkasında, en genel itibariyle, piyasa ekonomisi ve piyasaların işleyişi hakkındaki temel inanç ve anlayış farklarının bulunduğu söylemek yanlış olmayacaktır. Amerikan tarzı düzenlemeler, sanayi sektöründe büyük ölçüde özel mülkiyetin hâkim olmasından rahatsızlık duymayan, piyasa sisteminin normal şartlarda iyi çalıştığına, aksaklıkların ortaya çıktığı bazı özel durumlar dışında işleyişine müdahale edilmemesi gerektiğine inanan bir anlayışı yansıtır. Buna karşılık Kıta Avrupası’nda piyasa ekonomisinin ve onun gerektirdiği özel mülkiyet yapısının genel kabul görmesi çok daha yeni bir gelişmedir. Kabaca 19’uncu yüzyılın son çeyreğinden İkinci Dünya Savaşı’nın sonuna kadar süren dönem boyunca, Avrupa ülkelerindeki kamuoyu büyük ölçüde piyasa sistemine karşıdır ve bu sistemin giderek artan sıklıkla karşı karşıya kaldığı dönemsel krizleri yenme kapasitesi olmadığı kanaati bu dönem boyunca çok yaygındır<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> E. Ünal ZENGİNOBUZ, **Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması ( 2. Bölüm Uluslararası Karşılaştırmalar)**, TÜSİAD yayınları, Aralık 2002, s.94

<sup>137</sup> G. MAJONE, **The Rise of Regulatory State in Europe**, West European Politics 1994, s.77-101, ( naklen ZENGİNOBUZ, agm, s. 80 )

<sup>138</sup> ZENGİNOBUZ, agm, s.79

Bağımsız idari otorite kavramına Amerika'daki bağımsız düzenleyici kurumlar (independent regulatory agencies), İngiltere'deki özerk hükümet dışı kurumlar (quasi autonomous non governmental organisation) örnek olarak gösterilse de, bu konuda tek bir modelden de söz edilmemektedir. Çünkü bu tür idarelerin ülkeden ülkeye kuruluş amaçları ve ilgili sektörler değişik özellikler göstermektedir. Elbette en önemlisi de ülkenin siyasi, ekonomik, sosyal sisteminin bu idarelerin oluşumunda belirleyici olmasıdır. Bağımsız idari otoriteler konusunda tek bir modelin olmaması, bu konuda yasa koyucuya geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bu nedenle de değişik sistemlerde, değişik yapılarda bağımsız idari otoriteler ortaya çıkmaktadır<sup>139</sup>. Zira bu kurumların getirilmesi Fransa tarafından benimsenirken, idari rejim sistemine adapte edilmeleri gerekmiş ve Amerikan federal sisteminde bunlar mevcut üç erkten bağımsız olarak düşünülürken, Fransa üniter sisteminde bunlar bir idari otorite yani yürütme erkine dâhil birimler olarak benimsenmiştir<sup>140</sup>.

Ülkemizde ise, düzenleyici kurumların ortaya çıkışları Türkiye'nin kalkınma politikalarındaki temel dönüşümlerin başlatıldığı 1980'li yılların ilk yarısına denk gelmektedir. 24 Ocak kararlarıyla başlatılan bu dönüşümün ivme kazanmasına paralel olarak düzenleyici kurumların gelişme seyrinin de hızlandığını görmekteyiz. 24 Ocak 1980 Kararları'nın ekonomi sektöründeki yansımaları, çok yönlü olmuştur. Girişim özgürlüğünün sağladığı olanaklar büyük ticaret şirketlerinin doğmasına neden olmuş, ekonominin serbest piyasa ilkeleri içinde çalışmasını öngören, bunun için de öncelikle başta döviz kuru ve faiz oranları olmak üzere her türlü fiyatın gerçekçi düzeyde oluşmasına olanak tanımayı ön plana alan, devletin piyasaya en az müdahalesini savunan bir felsefe, bireylerin yararını da düşünerek birtakım kurumsal güvenceler getirmek zorunda kalmıştır<sup>141</sup>. 24 Ocak kararlarıyla başlatılan bu dönüşümün ivme kazanmasına paralel olarak düzenleyici kurumların gelişme seyrinin de hızlandığını görmekteyiz. Son yirmi yılı aşkındır, "daha az devlet daha çok piyasa" ilkesine dayanan ve giderek derinleşen liberalleşme politikalarının devlet örgütlenmesindeki en önemli izdüşümleri düzenleyici kurumlar olmuştur. Bu

---

<sup>139</sup> Meltem Kutlu GÜRSEL, **Sermaye Piyasası Kurulu'nun Denetimi**, 2005 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, s.4

<sup>140</sup> ULUSOY, age, s.6

<sup>141</sup> AKINCI, age, s.155

politikalarındaki, ülke ekonomisinin giderek daha fazla uluslararası finans kuruluşlarına bağımlılığı ile nitelenebilecek derinleşme, düzenleyici kurumların niceliksel ve niteliksel gelişimini doğrudan belirler hale gelmiştir. Bir yandan Avrupa Birliği'ne uyum sürecinin yarattığı baskı, diğer yandan IMF ve Dünya Bankası ile yalnızca ekonomik değil aynı zamanda kamu yönetiminin işlev ve kurumlarıyla köklü bir dönüşümünü öngören yükümlülükler doğuran ilişkilerin sonucunda, Türkiye kendisini bir “düzenleyici kurum hareketi” içinde bulmuştur<sup>142</sup>.

## **B - Ortaya Çıkış Nedenleri**

Günümüzde, geleneksel idari yönetim ve teknikleri bazı sorunların çözümünde yetersiz kalmaktadır. Özellikle, ekonomik alanlarda karşılaşılan karmaşık ve teknik sorunların çözümü uzmanlık gerektirmektedir. Geleneksel idari yapı ve özellikle de bakanlık anlamındaki bir örgüt şeması içinde bu sorunların çözümü her zaman için mümkün olamamaktadır. Kamu işlevinin tarafsızlığının mümkün olduğu en geniş ölçüde sağlanması için idarenin bazı işlevlerinin siyasi organdan bağımsız, hızlı hareket edebilme yetkisi ile donatılmış, uzman kişilerle sivil toplumun bünyesinden çıkan kişilerden oluşan kuruluşlarca yerine getirilmesi zorunludur. Bu anlamda piyasa ekonomisinde hem aktör olarak rol alıp, hem de hakem rolü üstlenme durumunda devletin alacağı karar ve uygulamaların haklılığı, yerindeliği ve objektifliği anlamında kuşku doğabilecektir. Bunun önüne geçilebilmesi için söz konusu alanda bağımsız ve tarafsız kurumların karar alması ve denetlemeyi yapması daha yerinde bir çözüm olacaktır.<sup>143</sup> Yani esasında, bağımsız idari otoritelerin kurulması ve yaygınlaşmasında çok farklı nedenler ve ihtiyaçlar rol oynamıştır. İhtiyaçlar ve nedenlerdeki farklılıkların daha açık bir şekilde anlaşılabilmesi için bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkış nedenlerine aşağıda tek tek yer verilmesinin daha uygun olacağı düşünülmektedir.

- 1- BİO'ların ortaya çıkışındaki en belirgin neden, kamusal ve özel güçlerden gelebilecek teknik, mali ve siyasi baskı ve müdahalelerden temel hak ve

---

<sup>142</sup> SEZEN, age, s.118

<sup>143</sup> Etem ATAY, **Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. X, s.1, 2 y.2006, s.269

özgürlükler ile ekonomik düzeni korumak üzere, bunların neden olacağı tehlike ve zararları önleme ve yaptırıma bağlama yetkisine sahip kurumlara olan gereksinimdir.<sup>144</sup> Merkezi hükümet kontrolünden bir ölçüde bağımsızlığı olanaklı kılan bir özerk kurumun (agency'nin) kullanılmasının temel nedenlerinden biri de günümüzün “küreği çeken değil, rotayı belirleyen” devlet ilkesine uygun bir yaklaşım olmasıdır. Bu, düzenleyicinin (regulator) geniş hükümet politikaları nedeniyle, bunlar ekonomiye ya da çevreyle ilgili politikalar olabilir, belli bir tutum takınma yönündeki baskılardan bağımsız olması anlamına gelmelidir; düzenleyici böylece rekabet gücü ve verimlilik ile ilgili olarak önyargıyla bakılan hükümet müdahalelerinden sektörü koruyabilir.<sup>145</sup> Bu anlamda bağımsız idari kurumlar hem politikacıların hem de hükümetin ve klasik bürokrasinin müdahalelerinden arındırılmış “adacıklar” olarak gündeme girmiş ve Weber'in temel teorisine, yani idarenin siyasi iktidara tâbi olması kuralına son vererek, siyasi otoriteyle idarenin birbirinden bağımsızlaşmasına öncülük etmiştir.<sup>146</sup>

- 2- Bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkıp gelişimi ile geniş anlamda özelleştirme uygulamalarının başlaması ve ekonomide “devletçi” politikaların yerini “düzenlenmiş piyasa ekonomisi”nin alması arasında koşutluk gözlenmektedir. Bu nedenledir ki geniş anlamda “özelleştirme” olarak algılanan “devlet düzenlemelerinin azalması” (deregulation / dereglementation) hareketinin boş bıraktığı alanların bağımsız idari otoriteler tarafından doldurulduğu kabul edilmektedir.<sup>147</sup> Nitekim elektrik ve telekomünikasyon gibi, özelleştirilen sektörlerde özel girişim yanında kamunun da “işletici” olarak faaliyetini sürdürmesi karşısında, devletin hem yargıç hem de taraf olamayacağı gerekçesiyle, “işletici” ve “düzenleyici” ayrımı yapılması gereği ortaya çıkmıştır.<sup>148</sup>

---

<sup>144</sup> Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Yönetim Hukuku**, Ankara, 2004, s. 171

<sup>145</sup> Keith SYRETT, **Düzenleyici Kurumlar: Yapıları ve Sorunları**, 15 Mayıs 2000 Tarihinde AÜSBF’de yapılan seminer, s.3

<sup>146</sup> Bkz. ULUSOY, age, s.9

<sup>147</sup> Turgut TAN, **Ekonomi <Regülasyon> Ve Bağımsız İdari Otoriteler**, 2005 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, s.3

<sup>148</sup> Turgut TAN, **Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar**, AİD, Haziran 2002, Sayı:35/2, s.13

- 3- Ekonomik alanda, toplumsal yaşam için vazgeçilmez nitelikteki stratejik sektörlerde siyasi iktidarların günlük politikanın pratik gerekleri nedeniyle, ancak orta ve uzun vadede olumlu etki ve sonuçları hissedilebilecek nitelikteki kararlar ve faaliyetler yerine daha çok kısa vadede sonuç yaratacak nitelikteki önlem ve kararları tercih etme eğiliminde oldukları gözlemlenmekte; bu türden uzun soluklu karar ve önlemlerin kaygılardan arınmış kurumlarca alınmasının daha realist bir yaklaşım olacağı düşünülmektedir. Zira seçimle gelen hükümetler, *zaman içerisinde tutarsız* (time inconsistent) politikalara karşı zafiyet içerisinde. Zaman içerisinde tutarsız politikalar, bugünden ( t zamanından ) gelecek için hazırlanan en iyi politikaların, ilgili zaman dilimi tüketildikten sonra hâlâ en iyi politikalar olmadığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Bu politika değişikliği, öngörülemeyen olaylara bağlı olarak ortaya çıkmamaktadır. Değişiklik sadece zamana bağlıdır. Çünkü politikacılar gelecekle karşılaştırıldığında cari zamanı daha çok tercih etmekte ve geleceğin göreceli ehemmiyeti konusunda daha az kaygılı davranabilmektedir. Düzenleyici yetkilerin BİO'lara devredilmesi durumunda, hükümetlerin bu tür zaman içerisinde tutarsız bir politika değişikliğine gitme serbestisine ciddi bir kısıtlama sınırlama getirilmiş olunacaktır<sup>149</sup>. Bu sınırlamanın uzun vadeli politikalara olanak vermesi ile ilgili sektörde Uluslararası sermayenin ihtiyaç duyduğu güvenilir taahhütlerin verilebilmesi ve siyasi belirsizliklerin ortadan kalkması olanaklı olacaktır. Başka bir anlatımla bağımsız idari otoriteler hem ilgili sektörde uzun vadeli politikaların hayata geçirilmesini sağlama, hem de bu yolla sağlanan güven ortamı ile Uluslararası yatırımcıları çekme amacıyla oluşturulmaktadır.
- 4- Aslında kendileri de birer bürokratik kurum olan bazı uluslararası kuruluşlar, özerk kurullar kurulmasını bazen teşvik ederlerken bazen de zorlamakta ve özellikle de gelişmekte olan ülkelerde güven duymadıkları politikacının alanını daraltmak için bunu bir araç ve yönetime dönüştürmektedir. Örneğin IMF destekli birçok istikrar programının ön koşulları arasında kurullar kurma şartı

---

<sup>149</sup> Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması, TÜSİAD yayınları, Aralık 2002, s.60

yer almaktadır. Bazen de OECD, Dünya Bankası gibi diğer uluslararası kuruluşlar bu tür kurumların kurulmasını teşvik etmektedir. Bir başka deyişle uluslararası bürokratik kurumlar yerel bürokrasiyi güçlendirmeyi bir politika olarak benimsemiş durumdadır. Diğer yandan aynı eğilim AB gibi bölgesel kuruluşlar tarafından da sürdürülmektedir<sup>150</sup>. Örneğin Türkiye, özellikle 1990'ların ikinci yarısından itibaren resmi platformlarda çeşitli vesilelerle ortaya konulan yapısal reformları, enflasyon ile mücadele programı çerçevesinde IMF'ye verilen 9.12.1999 tarihli Niyet Mektubu ve sonradan verilen ek niyet mektupları çerçevesinde belirli bir takvim dâhilinde uygulamaya koymayı taahhüt etmiştir. BDDK'nın, EPDK'nın, TAPDK'nın, KİK'nın kuruluşlarının belirli tarihlerde gerçekleştirilmesi niyet mektuplarında yapısal kriter olarak taahhüt edilmiştir<sup>151</sup>.

- 5- BİO'ların kurulmasının bir diğer nedeni de “uzmanlığı olan bir kurum kurmak” ile “hesap verebilirliği olan bir kurum yaratmak” olarak ifade edilebilir. Uzmanlığı olan bir kurum yaratmanın nedeni hızla değişen ve teknik olarak karmaşıklaşan alanlarda, piyasalarda ve işlerde kamunun tepkisel duyarlılığını ve etkinliğini arttırmaktır<sup>152</sup>.

## C - Faaliyet Alanları

Bankacılık ve borsa işlemleri, sigortacılık, taşımacılık, rekabet, pazar ekonomisi, görsel-işitsel iletişim, doğal kaynakların kullanımı... vb. gibi çağdaş toplumsal faaliyet alanları, bireysel özgürlükler üzerinde oldukça etkili sonuçlar doğurmaktadır. Bundan dolayı bu etkinlikler “toplumsal yaşamın duyarlı alanları” olarak görülmektedir. Zira, söz konusu olan bireyin özgürlükleridir. Bireyin ve giderek toplumun yararını korumak için bu etkinliklerin pozitif hukuk düzeni tarafından daha iyi düzenlenerek bireyin özgürlüklerinin etkili biçimde korunması gerekmektedir. Devlet açısından da bu anayasal bir ödev olarak görülmektedir.

---

<sup>150</sup> KARACAN, agm,s.4

<sup>151</sup> Uğur EMEK, **Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması ( 3. Bölüm Türkiye Uygulaması)**, TÜSİAD yayınları, Aralık 2002, s.148

<sup>152</sup> KARACAN, agm, s.13

Devlet toplumsal barışı, ekonomik dengeyi ve kamu düzenini korumakla ödevlidir. Örneğin girişim özgürlüğünün kamu yararı düşüncesiyle frenlenmediği yerde acımasız rekabet oyunları işlemeye başlamakta, sonuçta bireyle birlikte toplum yararı da bundan ağır zararlar görmektedir. Kamusal yarar önplana alınmadan serbest bırakılan faaliyetler bir süre sonra “ başkasının özgürlüğünü zedeleme faaliyetine” giderek, “özgürlüğü kayıtlama özgürlüğü”ne dönüşebilmektedir<sup>153</sup>.

Fransız öğretisi bağımsız idari otoritelerin etkinlik alanını üç kısımda ele alır<sup>154</sup>.

1. Yönetim ile yöneticiler arasındaki uyuşmazlıkların giderilmesi,
2. Pazar ekonomisinin düzenlenmesi
3. Özgürlüklerin (özellikle bilgi alma hakkı ve iletişim özgürlüğü’nün) korunması

## **1- Yönetim İle Yönetilenler Arasındaki Uyuşmazlıkların Giderilmesi İşlevi**

Yönetim-yurttaş çelişisini gidermede özgürlüklere en az dokunabilecek formüllerin tasarımı yargısal ve yargı-dışı denetim mekanizmaları önde gelmektedir. Yargısal denetimin uzun sürmesi ve masraflı oluşu bireyleri mahkemelere başvurmakta çekinir duruma getirmektedir. Yargı dışı denetim mekanizmaları bu noktada yargının “etken türevi” olarak devreye girmektedir. Yavaş işleyen adaletin hızlandırılması, hakkaniyete uymayan hukuksal işlemlerin uyarlı kılınması, hukuksal denetimin yaygınlaştırılması ve derinleştirilmesi, yönetim krizlerinin uygun yöntemlerle giderilmesi düşüncesi bağımsız idari otoritelerin oluşturulmasında etkili olmuştur. Öte yandan, bürokrasinin iç işleyişindeki rüşvet, yolsuzluk gibi yozlaşma ve çürümeler de bu denetimi zorunlu kılmaktadır. Sistem kendi bünyesindeki çökmeleri de önlemek zorunda olduğundan, salt yönetim – yönetilen ilişkisinin değil, aynı zamanda yönetimin yapısal öğeleri arasındaki ilişkilerde görülen bozukluğun onarımı gerekmektedir. BİÖ’lar sistem-içi ve sistemle (teknik idare cihazı ile) yönetilenler arasındaki ilişkide dengeleyici, koruyucu ve onarıcı işlevler yerine getirmektedir. Bu noktada bağımsız idari otoriteler devlet-birey ilişkisinde ortaya çıkan hak ve özgürlük ihlallerini azaltarak, giderek ortadan

---

<sup>153</sup> AKINCI, age, s. 115

<sup>154</sup> AKINCI, age, s. 142



kaldırarak, yönetsel yargının da yükünü hafifletmekte; böylece bir ön-koruma işlevini yerine getirmektedir. BİO'lar, yönetsel uyuşmazlıkların giderilmesinde artan iş yüküyle hantallaşmış yargı yerindeki tıkanmaları gidererek “tamamlayıcı koruma” sağlamaktadır<sup>155</sup>.

## **2- Pazar Ekonomisinin Düzenlenmesine İlişkin İşlevi**

Serbest rekabet sistemine dayalı bir ekonomik modelde devlet (kamu otoritesi) işe müdahale etmediği durumda, sistem bir süre sonra kendi kendini çökertme, giderek yok etmeye doğru gitmektedir. Gerçekten de, dengeyi kendi yararına çeviren bir gücün piyasaya egemen olmasıyla, yıkılan rekabetçi ortam bir süre sonra kaosa sürüklenmekte, tekelci yapıların türemesine olanak sağlamaktadır. Buna bağlı olarak tekelleşme, kaynakların savurgan kullanımı, ekonomik yenileşmenin yavaşlatılması, tekel fiyatlarıyla satma gibi keyfi uygulamalara yol açmaktadır<sup>156</sup>.

Ancak, devletin müdahalesinin gerekliliği yanında bu müdahalenin kapsamı ve içeriği de büyük önem arz etmektedir. Zira bu müdahalenin alabildiğine geniş olabileceği yönündeki bir algılama, serbest piyasa ekonomisinden beklenen faydanın elde edilmesini engelleyecektir.

Piyasa ekonomisine devletin doğrudan müdahalesinin yarattığı sakıncalar, düzenleme ve denetleme faaliyetlerinin bağımsız kurullara devredilmesini zorunlu kılmıştır. Gerçekten, devletin yürütme erkini elinde bulunduran siyasi iktidar, kendi anlayışına göre belirlediği siyasaları kamusal yaşama empoze ederken, belli bir tercihte bulunmaktadır. Bu tercih, doğru olabilecek diğer seçenekleri dışlamak zorundadır. Dolayısıyla piyasa ekonomisi, siyasi iktidarın gündelik siyasi saiklerine göre değişken ve kararsız bir durum almaktadır. İşte bu noktada siyasi iktidarın tercihlerini de hesaba katarak, ekonomik yaşam siyaset dışı, bağımsız otoriteler aracılığıyla düzenlenmeye çalışılmaktadır. Bağımsız idari otoriteler, bireyin ekonomik hak ve özgürlüklerine dokunan piyasa olaylarını özgürlüklerle dengeleme

---

<sup>155</sup> AKINCI, age, s. 143

<sup>156</sup> AKINCI, age, s. 145

misyonuyla hareket etmektedir. Dahası, piyasa ekonomisinin bir de iç dinamikleriyle oluşan olumsuzluklar buna katıldığında, “oyunu kurallarına göre oynatma” görevi BİO'lara düşmektedir. Piyasa ekonomisinin ve mali sektörün sürekli dinamizmi bu sektörün kendi kurallarına göre düzenlenmesini gerektirmektedir<sup>157</sup>.

Fransa'da, ekonomiyi düzenleme kısmen bu alanla ilgisi olan sosyal partnerler arasında katılım unsuruna izin vermeye, fakat daha yakın bir zamanda, politika belirsizliklerinden kararları arındırmanın bir yolu olarak hizmet etmeye varmıştır. Bu alanda kurulan BİO'lara 1967 yılında kurulan ama 1989'da çıkan bir Borsa İşlemleri Komisyonu (*Commission des opérations de Bourse-COB*), 1977'de kurulan ve 1986'da çıkan bir kanun hükmünde kararname ile daha geniş yetkiler tanınan Rekabet Kurulu (*Conseil de la concurrence*), haksız sözleşme terimlerini düzenlemek için 1978'de kurulan Kötüye Kullanılan Şartlar Komisyonu (*Commission des clauses abusives*), 1983 yılında kurulan Tüketicilerin Korunması Komisyonu (*Commission de la sécurité des consommateurs*), 1989 yılında kurulan ve finansal hizmetler sektörü, hisse yatırım organizasyonları ile ilgilenen Gayrimenkullerin Değerlendirilmesinde Toplu Yatırım Kuruluşlarının Disiplin Kurulu (*Conseil de discipline des organismes de placement collectif en valeurs mobilières*), 1984'de kurulan ve bankaları düzenleyen Bankacılık Komisyonu (*Commission bancaire*) ve son olarak ta 1993 yılında kurulan Fransız Merkez Bankası Para Politikası Komitesi örnek verilebilir<sup>158</sup>.

### **3-Özgürlüklerin (Özellikle Bilgi Alma Hakkı ve İletişim Özgürlüğü'nün) Korunması**

Bireyin yönetsel faaliyetlerle ilgili işlerden haberdar edilmesi ile devlet yararı arasında hakemlik rolünü üstlenen kamu otoriteleri çeşitli ülkelerde giderek güçlenerek etkili olmaktadır. Yönetimin elinde bulundurduğu karar alma süreciyle ilgili bilgilerden, yasa ile tanımlanan gizlilik durumu ayıksız olmak koşuluyla, bireyin yararlanabilmesi için kamu kurumlarını buna zorlayabilecek olan bağımsız

---

<sup>157</sup> AKINCI, age, s. 146

<sup>158</sup> John BELL, **Fransa'da Bağımsız İdari Otoriteler**, Çev. Cemil KAYA, 75. Yaş Günü İçin Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 405-406

idari otoriteler, günışığında yönetimin güvencesi durumundadır. BİO'lar otoriter yönetim sendromuna karşı koymaya çalışmakta, adeta bununla demokratik hukuk devletinin öncü bir savaşıısı gibi mücadele etmektedirler. Yönetim karşısında bireylerin hukuksal durumlarının korunması ve güçlendirilmesi ile yönetimin ayrıcalıklarının dengelenmesi noktasında BİO'lar oldukça işlevsel değeri olan bir görevi yerine getirmektedirler.

Bağımsız idari otoriteler sağlıklı bir yönetsel yapının oluşmasına katkı sağlamaktadır. Kamu idareleri ve özel girişimci güçler bağımsız kamu gücü kullanan bu otoritelere karşı gizlilik gerekçesine sığınıp, denetimden kaçamamaktadır. Yönetim, yapmış olduğu işlemin nedeni ve amacı konusunda çekimser davranarak bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, merkezden bağımsız olarak hareket eden yönetsel otoriteler devreye girmekte ve bu ayrıcalıklı ( belki de keyfi ) durumu ortadan kaldırmaktadır<sup>159</sup>.

Fransa'da BİO'ların en geniş ölçüde ilerleme kaydettiği alan belki de bilgi ve haberleşmedir. Temel politika, kamu hizmeti yayıncılığının kamu hizmeti monopolü tarafından (*Radio Télévision France*) sağlanmasından, kamunun farklı bilgi ve görüşler elde edebilmesini mümkün kılan anayasal çoğulculuk ilkesine doğru yönelmiştir. Devlet, bilgiyi sunmak konumunda olmaktan ziyade özellikle televizyon alanında yayın kısıtlamalarına uyulmasını sağlamaya yönelik olarak çalışmaktadır<sup>160</sup>.

Ülkemiz bağlamında konuyu ele aldığımızda, Fransız öğretisinin BİO'ların etkinlik alanına ilişkin olarak savunduğu esaslardan özellikle ikinci ve üçüncü başlıkları esas alan bir ayırımın yapıldığı anlaşılmaktadır.

Bireylerin bilgi alma ve iletişim özgürlüklerinin yani bireylerin ekonomik içerikli hak ve özgürlüklerinden çok temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına yönelik faaliyet gösteren bir BİO olarak RTÜK örnek gösterilebilir. Ekonomik içerikli hak ve özgürlükleri koruyarak aynı zamanda piyasalarında düzenli işlemlerini sağlayan BİO'lara ise ülkemiz uygulamasında Bankacılık Düzenleme ve Denetleme

---

<sup>159</sup> AKINCI, age, s.151

<sup>160</sup> BELL, agm, s. 407

Kurumu (BDDK), Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), Rekabet Kurumu (RK), Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) gibi örnekler vermek mümkündür.

Bu nokta da belirtmek gerekir ki, mevcut örneklerinden hareketle bağımsız idari otoriteler arasında hemen hepsinin o ya da bu şekilde hem temel hak ve özgürlükler alanıyla hem de ekonomik alanla ilgisi olduğu da söylenebilir. Örneğin RTÜK, radyo-televizyon yayıncılığını ekonomik boyutu da dikkate alındığında, ekonomiyle de yakından ilgili olduğu gibi, örneğin RK'nın faaliyetlerini ekonomik ve sosyal haklardan ve özgürlüklerden ( örneğin özel girişim özgürlüğü ve çalışma hakkı) soyutlamak da mümkün değildir. Bu nedenle bu ayrımı salt pedagojik anlamda bir ayrım olarak algılamak gerekmektedir<sup>161</sup>.

#### **D - Ortak Özellikleri**

“Bağımsız idari otorite” kavramı analiz edildiğinde üç sözcük üç özelliği yansıtmaktadır. “Bağımsız” sözcüğü organik ve işlevsel anlamda yürütme organı karşısında kurumun bağımsızlığını; “idari” sözcüğü ayrı kamu tüzel kişilikleri olsun olmasın idari organ niteliğinde olduklarını; “otorite” sözcüğü de bunların danışma organı değil, düzenleyici veya birel idari icrai kararlar alıp uygulayan kuruluşlar olduklarını göstermektedir.<sup>162</sup>

Doktrinde BİO'ların özelliklerine ilişkin olarak farklı yollar izlenebilmektedir. Örneğin bazı yazarlar bu özelliklere kapsamlı bir biçimde yer verirken bazı yazarlar ise BİO'ların diğer kamu kurumlarından ayırmaya imkân veren özelliklerine değinmeyi yeterli görmektedir.

Çalışmamızın kapsamı dikkate alındığında BİO'ların özelliklerine doktrinde en çok üzerinde durulan *Bağımsızlık*, *Özerklik* ve *İdari Otorite* yönüyle değinmenin daha uygun olacağı düşünülmektedir.

---

<sup>161</sup> ULUSOY, age, s.13

<sup>162</sup> TAN (2002), s.15

### ***1-Bağımsızlık:***

Sözlük tanımında bağımsızlık (indepency), maddi, manevi, düşünsel yönlerden başkasına bağımlı olmama, “bağımlılık, itaat veya denetimden özgür olma durum ya da koşulu”, ya da dışsal bir gücün denetim, sınırlandırma, güdüleme veya kısıtlamalarına konu olmama durumu olarak da tanımlayabileceğimiz, hukuk düzenine uyarlanabilir bir kavramdır<sup>163</sup>.

BİO’lar açısından bağımsızlık, yargılama, karar verme, danışma, önerme, bilgi verme, soruşturma gibi etkinliklerin yerine getirilmesinde başkalarının açık yönlendirme ve etkilemelerine karşı bağımlı olmamayı dile getirir<sup>164</sup>.

GÖZLER, bir BİO’nun bağımsız olabilmesi için minimum iki şartın gerçekleşmesini gerçekleşmesi gerektiğini savunmuştur. (1) bağımsız idari otoritelerin üyelerinin görev süreleri dolmadan görevden alınamaması gerekir. (2) bağımsız idari otoritelerin üzerinde merkezi idarenin “hiyerarşik yetkileri” olmamalıdır; yani merkezi idare, bağımsız idari otoritelere emir ve talimat vermemeli, onların işlemlerini iptal edememeli veya değiştirememelidir<sup>165</sup>. ULUSOY, GÖZLER’in yukarıda olmazsa olmaz gördüğü birinci şartın, aslında bu kurumları diğer kurumlardan en ayırt edici özellik olduğunu ifade etmekte ve bunu genel anlamda “*Organik Bağımsızlık*” olarak nitelemektedir. Bununla birlikte GÖZLER’in yukarıda yer verdiği ikinci şartı ise salt merkezi idarenin “hiyerarşik yetkileri” olmaması şeklinde değil, bu kurumların işlem ve eylemleri üzerinde yürütme organına dâhil birimlerin bu eylem ve işlemlerin geçersizliği sonucunu doğuran, işlemi onaya tâbi tutma, işlemin yürürlüğünü engelleme veya geciktirme gibi hiçbir doğrudan yetkiye sahip olmaması, hiçbir kurum, kuruluş, makam ve merciin bu işlemlerin değiştirilmesi ve yürürlüğe sokulmaması yönünde emir ve talimat verememesi şeklinde “vesayet yetkisinin” olmaması hâlinde anlayabileceğimiz şekilde daha geniş kapsamlı olduğunu savunmaktadır<sup>166</sup>. Bize

---

<sup>163</sup> AKINCI, age, s. 100

<sup>164</sup> AKINCI, age, s. 102

<sup>165</sup> Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa 2005, s.189

<sup>166</sup> ULUSOY, age, s.17

göre de, ayırt edici özellik olarak sadece hiyerarşik yetkinin olmamasını savunmak, vesayet yetkisinin yokluğunu bağımsızlık için bir ölçüt olmaktan çıkaracaktır ki bu, kabul edilemez. Nitekim *ATAY* da Fransız hukukunda BİO'ların üyelerinin hiçbir şekilde hiçbir organdan emir ve talimat almadığını, bu özelliğin BİO'ların bağımsızlıklarını sağlamada en önemli araç olarak kabul edildiğini ve böylece BİO'ların üyelerinin hiyerarşik yetkilerin üzerinde kullanılmadığı ve vesayet denetimine tâbi olmayan bir kamu görevlisi kategorisini oluşturduğunu savunmuştur<sup>167</sup>.

## **2- Özerklik:**

Yönetim hukuku'ndaki katı merkezîyetçi anlayışı yumuşatmak ve giderek aşmak için geliştirilen formüllerden biri de “özerklik<sup>168</sup>”tir. Kamu yönetiminde merkezde odaklanan yetkilerin, toplum dinamizmi karşısında yeterli gelmediği, yetki merkezçiliğiyle yerel gereksinimlerin tam olarak saptanıp giderilemediği anlaşıncı, merkezi yönetimin tıkanmalarını açıcı bir formül olarak özerklik geliştirilmiştir<sup>169</sup>.

Bağımsız idari otoriteler, etkinliklerini işlevsel ve teknik özerklik içinde ve karar verme bağımsızlığı içinde yerine getirirler. Yasama ve/veya yürütme erkinin kurucu işlemi dışında, örgütsel iç yapılanmaya, personel alımına, bütçe yapımı ve harcamaya ilişkin konularda kendileri karar verirler. Böylece bu kurumlara siyasi ve yönetsel bir yönelim belirleme olanağı verilmektedir. Özerklik, BİO'ların yapıları gereği zorunlu bir koşuldur. Etkili kamu gücü kullanan BİO'ların özerkliğinin olmaması, bunların işlevlerini yerine getirememesi anlamına gelecektir. BİO'lar örgütlenme özerkliği çerçevesinde personel alımı, bütçe ve harcamaya ilişkin konularda kendileri karar alırken; işlevsel özerklik çerçevesinde de kamusal yaşamın duyarlı alanlarında düzenleme ve denetleme görevi yürütmektedir. Bunların özellikle

---

<sup>167</sup> ATAY, agm, s. 275

<sup>168</sup> Özerklik sadece BİO'lar için değil aynı zamanda yerel yönetimler için de vazgeçilmez bir unsurdur. Nitekim Avrupa konseyi de 1985 yılında bu yöndeki bir anlayışla Avrupa Yerel özerklik şartını üye ülkelerin onayına sunmuş ve bu şart birçok ülkenin yerelleşme eğilimini hızlandırmıştır. Birçok ülke şartın onayını izleyen yıllarda yerel düzenlemeler yapma gereği duymuşlardır. Farklı Avrupa ülkelerinin gerçekleştirdikleri reformların ortak noktaları ise merkezden çevreye daha fazla yetki aktarımı ve en uygun yerel yönetim büyüklüğü ve birimlerinin oluşturulması olarak özetlenebilir. Bkz. Yeşeren Elçin ARIKAN, **Bütünleşen Avrupa'da Yerel Yönetimler**, <http://www.tusiad.org/yayin/gorus/58/8.pdf>

<sup>169</sup> AKINCI, age, s. 107

çalışmamızın da esasını teşkil eden “yaptırım uygulama yetkileri”, siyasi otoritenin egemenlik alanı dışında özerk bir konumda olmalarını gerektirmektedir. İşlevsel özerklik kurumsal dinamizm için güdüleyici bir etken olarak algılanmaktadır. Ayrıca, bunlara işlevlerini yerine getirebilmeleri için hareket yeteneklerini güçlendirmek üzere mali özerklik sağlanmakta, giderleriyle orantılı gelir kaynakları temin edilmektedir<sup>170</sup>.

Anayasa Mahkemesi, 04/08/2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren ve 3984 sayılı RTÜK Kanununda değişiklikler öngören 15/05/2002 tarih ve 4756 sayılı Kanuna ilişkin kararında<sup>171</sup> Yüksek Mahkeme, BİO’ların özerkliği kavramından anlaşılması gerekenlere ilişkin önemli tespitlerde bulunmuştur. Buna göre BİO’ların üye seçimi konusu idari vesayet yetkisine ilişkin bir konu olarak belirlenmiş ve bu nedenle bu seçimin, yerinden yönetim (ademi merkeziyet) ilkesiyle uyumlu olması, Kurulun özerk yapısını bozmayacak nitelikte olması, üye niteliklerinin kanunda belirtilmesi gerektiği vurgulanmıştır. *ULUSOY*, Anayasa Mahkemesinin bu kabulünden anlaşılması gerekeni “*Anayasa Mahkemesinin, Bakanlar Kurulunca üst kurullara üye seçilmesini, ancak kanunda üyelerin o kurul üyesi olmak için gerekli niteliklerinin açıkça tarif edilmesi, üyelere görev süreleri dolmadan siyasi iktidar tarafından görevden alınamama konusunda açık yasal güvenceler bulunması ve seçimin Bakanlar Kurulunca doğrudan değil, Kurulun görev alanıyla bağlantılı bazı kurum ve kuruluşların belirledikleri adayların yapılması kaydıyla Anayasaya uygun göreceği söylenebilir.*” şeklinde ifade ettikten sonra devamında “*Bu içtihadı göre EPDK’da olduğu gibi, halen bazı üst kurullara üye seçiminde hiçbir kurum ve kuruluş tarafından aday gösterilmeksizin, tüm kurul üyelerinin doğrudan Bakanlar Kurulunca seçilmesini öngören yasal düzenlemelerin, Anayasa Mahkemesine götürülürse, büyük olasılıkla Anayasaya aykırı görüleceği anlaşılmaktadır.*”<sup>172</sup> demektedir.

---

<sup>170</sup> AKINCI, age, s. 111

<sup>171</sup> AYM, E:2002/100, K:2004/109, KT.21/09/2004,

<sup>172</sup> Ali ULUSOY, **Anayasa Mahkemesine göre Üst Kurulların Özerkliği Ve Anayasal Konumu**, Rekabet Bülteni, 20/11/2006, sayı:28, [http://www.rekabetderneği.org/rk\\_bulten/sayi28.doc](http://www.rekabetderneği.org/rk_bulten/sayi28.doc)

### 3-İdari Otorite:

Yerine göre yetki, güç, iktidar, kuvvet, egemenlik, saygınlık, nüfuz gibi anlamlarda kullanılan “otorite” sözcüğü, hukuksal anlamda, “hukuksal güç ve yetki, emretme ve işlem yapma hakkı, kamusal görev alanında bir kamu ajanının hukuka uygun olarak verdiği emirleri itaat ettirme iktidarı” biçiminde tanımlanmaktadır<sup>173</sup>. ATAY’a göre BİO’lar açısından otorite kavramı ile anlatılmak istenen ise, benzer işlevlerin yerine getirilmesinde kamu tüzel kişiliğine sahip kurumlardan farklı olarak genel anlamda BİO’ların kural koyma işlevinin tanımlanmasıdır. Söz konusu kural koyma işlevi; bazen genel norm koyma, bazen de bireysel nitelikli karar alma anlamına gelmektedir. Bunlara ilaveten otorite kavramı sayesinde BİO’lar verecekleri görüşlerle, ilgili olduğu sektörde etkileme işlevini de yerine getirirler<sup>174</sup>.

İdarilik kavramı ise BİO’lar için yasama ve yürütme erkinden kaynaklanmama, devletin yönetimine bağlı olmayı ifade etmektedir. Bu özellik BİO’ların hukuki statüsünün tespitindeki belirsizliğin kaynağıdır. Çünkü BİO’lar devletin idari işlevini yerine getirme rolü üstlenirler ve fakat geleneksel idare kavramına dahil değildirler<sup>175</sup>. BİO’ların bu dâhil olmama özelliğine vurgu yapan DURAN’a göre ise bu kuruluşlar bağımsız yapılanmalarından ve özel yetkilerle donatılmalarından dolayı organik ve fonksiyonel yönlerden her iki anlamda gerçek birer otorite olarak ortaya çıkmıştır. Bazı konulardaki kararlar, “çekişmeli” prosedür uyarınca verilse de, kimi yaptırımlar içerse de yargısal işlem niteliğinde sayılmaz. Söz konusu, organların yetkilileri güvenceye sahip olmakla beraber, yargıç statüsünde bulunmadıklarından, bunların yargı mercilerinden sayılması mümkün değildir<sup>176</sup>.

<sup>173</sup> **Black’s Law Dictionary**, 133, ( naklen AKINCI age, s.113)

<sup>174</sup> Yazara göre BİO’lar otorite özelliği gereğince hiçbir zaman yönetme ve işletme işleviyle donatılmamıştır ve bu da Türk öğretisinde büyük bir çoğunluğun ileri sürdüğünün aksine BİO’ların kamu kurumu yani hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşu olmadığı görüşünü doğrulamaktadır. Çünkü kamu kurumları idari teşkilatlanmada ve kavramsal anlamda, normalde kamu hizmetlerinin yönetimi için kullanılmakta veya hizmet ya da mal üretmektedir. Belirtilen bu iki işlev BİO’ların bizzat bir kamu hizmeti yürütme işlevini yüklenmediği anlamına gelmez. ATAY, agm, s.274

<sup>175</sup> ATAY, agm, s.274

<sup>176</sup> Lütfi DURAN, **Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler**, AİD, Cilt:30, Sayı:1, s. 4



*AKINCI*'ya göre BİO'ları idari otorite olarak değerlendirilirken “hukuksal durum” ve “psikolojik etkiler” olarak iki belirti dikkate alınmaktadır. BİO olarak değerlendirilen organizmalar etkili ve yürütülebilir nitelikte kararlar alıp, bunu başka bir kuruluşun izni ya da onayına gerek kalmaksızın uygulayabilme yeteneğine sahiptirler. Bu bağlamda “bağımsızlık” ve “özerklik” BİO tipi yönetsel otoritenin altyapısını oluşturmaktadır. Bunlardan biri ortadan kaldırıldığı veya zayıflatıldığı zaman, kurumun otorite olma özelliği de önemli ölçüde zayıflamaktadır. BİO'ları gerçek birer “yönetsel otorite” yapan ikinci belirti olarak psikolojik etkiler ise, üyelerinin siyasi bağımsızlık, nesnellik, erdem, bilgi donanımı gibi özellikler açısından yetkin olması ile BİO'yu psikolojik açıdan da gerçek bir otoriteye dönüştürmektedir<sup>177</sup>.

#### **E - Regülasyon Kavramının İfade Ettikleri**

Son yıllarda, ekonomik ve sosyal yaşamdaki etkileri nedeniyle yoğun tartışma konusu olan küreselleşme (veya globalleşme) hukuk düzenlerini etkilediği gibi, idarenin yapılanmasında da önemli değişikliklere yol açmıştır. Küreselleşme ile beraber farklı geleneklere dayanan ulusal hukuk sistemleri arasında uyumlaştırma gereksinimi ortaya çıkmış, ekonomi ve insan hakları bu konuda öncelikli alanlar olmuştur.<sup>178</sup>

70'li yıllardan bu yana hukukta gözlenen değişim sonucu “post-modern hukukun” ortaya çıkışından söz edilmektedir. Bu görüşü savunanlara göre, modern hukuk düzeninin monolitik ve piramitsel anlayışı “post modern hukuk” ile bozulmuştur. Öte yandan, anglo-sakson hukukunun etkisi ile kamu hukuku-özel hukuk ayrımı da netliğini kaybetmektedir. Regülasyon da bu gelişmeler sonunda ortaya çıkmış kavramlardandır<sup>179</sup>. Ancak bu kavrama herkesin üzerinde anlaştığı bir tanım vermek olanaklı değildir.

---

<sup>177</sup> AKINCI, age, s.113 vd.

<sup>178</sup> TAN (2005), s.1

<sup>179</sup> TAN (2005), s.2

*MAJONE*'a göre düzenlemeler (regülasyon) olgusuna hangi açıdan bakıldığına bağlı olarak farklı anlamlar yüklenebilmektedir. Düzenleme, bir hukukçunun kelimelerinde devlet ve piyasalar arasındaki sınır; siyaset bilimcinin gözleminde gelişmiş ülkelerde yaygın ve genel kabul görmüş bir olgu; bir iktisatçının anlayışında ise hükümetin neye, nasıl ve ne düzeyde müdahale edeceğinin ölçüsüdür<sup>180</sup>. Gerçekten de hukukçular ve iktisatçılar regülasyon kavramına farklı anlamlar yükleyebilmektedir.

Örneğin İktisatçı *ATİYAS*'a göre regülasyon Devletin her alanda koyduğu genel kurallar düzenlemeler olarak değil; özel olarak ağ ekonomilerinde aktörlere yönelik koyduğu kurallardır<sup>181</sup>. Bir diğer İktisatçı *EMEK*'e göre ise Devletin vergi toplaması, devlet yardımları uygulaması ve iş güvenliği sağlaması gibi hizmetleri regülasyon işlevidir. Diğer bir deyişle, piyasalarda etkinliği artırmak adına iktisadi ve sosyal hayata yapılan kamu müdahaleleri devletin düzenleyici işlevini oluşturmaktadır<sup>182</sup>.

Türkçe kaynaklarda regülasyon teriminin karşılığı olarak düzenleme terimi kullanıldığını ve bu terimin regülasyon kavramının sadece bir yönünü karşıladığından bu kavramı tam olarak ifade etmeye elverişli olmadığını savunan Hukukçu *ULUSOY* regülasyon kavramını tanımlarken “Özellikle hukuksal açıdan baktığımız zaman, bu regülasyon, tipik düzenleme ve denetimden farklı bir şey olarak görüyoruz. Neden? Çünkü, düzenleme dendiği zaman işte kural koyma anlaşılıyor esas olarak. Denetim dendiği zaman da, işte bir ceza verme, yaptırım uygulama anlaşılıyor. Oysa regülasyon, bunlardan biraz daha farklı bir mantıkta, farklı bir perspektifte anlaşılması gereken bir kavram. Nedeni de, mesela sadece regülasyonu gerçekleştiren, ancak çok zorunlu olduğu hallerde hukuksal yaptırım uygulaması gerekir deniyor. İşte önce uzlaştırmaya çalışacak veya uzlaştırmazsa, bazı durumlarda hakemlik fonksiyonu var veya işte, etik bazı kuralları hatırlatması söz konusu olabiliyor veya uyarı söz konusu olabiliyor. Bütün bunlar

<sup>180</sup> Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması, TÜSİAD yayınları, Aralık 2002, s.58

<sup>181</sup> İzak ATİYAS, *Regülasyon ve Rekabet*, Regülasyon ve Rekabet Sempozyumu, 15-16 Mart 2001, Rekabet Kurumu Ankara, s. 31-49

<sup>182</sup> Uğur EMEK, *Değerlendirmeler*, Regülasyon ve Rekabet Sempozyumu, 15-16 Mart 2001, Rekabet Kurumu Ankara, s. 51

*gerçekleştirilemezse, ancak hukuksal yaptırımlar gündeme getirilebiliyor. Dolayısıyla, regülasyonda hukuksal yaptırım uygulamak bir amaç değil ya da birincil bir amaç değildir*<sup>183</sup>.” derken

Bir diğer hukukçu TAN regülasyonu, *etkileme ve yönlendirmeyi de içeren, ilgili sektördeki aktörlerin de katılımı sonucu, piyasa ekonomisinin kendi dinamiklerinin işleyişine de engel olmayacak, yumuşak düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama, gerektiğinde bazı anlaşmazlıkları çözme faaliyeti.*<sup>184</sup> olarak tanımlamıştır. Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere iktisatçılar ve hukukçular arasında regülasyon kavramının tanımına dair bir ortak kabul olmadığı anlaşılmakta olup, Majone’nin yukarıdaki tespitin en azından ülkemiz açısından doğru olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Doktrinde kavramın tanımında bir uzlaşma sağlanamadığı gerçeğine rağmen regülasyon, günümüz uygulamasında genellikle devletten bağımsız (özerk) kamusal kurumlarca yapılan düzenleme, denetleme ve yönlendirme faaliyeti olarak algılanmaktadır<sup>185</sup>. Zira, 80’li yılların başından itibaren, “hizmet sağlayan Devlet”ten “hizmet sağlanmasını sağlamaya çalışan ve sağlanan hizmeti denetleyen Devlet” anlayışına geçilmiş<sup>186</sup> ve **“aynı anda hem hakem hem de oyuncu olunamaz”** fikrinden hareketle, devletin hâlâ birçok ekonomik faaliyeti dolaylı ya da doğrudan üstleniyor olması olgusu karşısında, regülasyon faaliyetinin merkezi idareden bağımsız çalışan kamusal organlar tarafından üstlenilmesinin daha uygun olacağı sonucuna varılmıştır<sup>187</sup>.

Regülasyonun amacı, toplumun gündelik yaşamında önemli ve özellikle ekonomik yönü ağır basan bazı alanlarda etkinlik ve verimliliği sağlamak ve böylece bireylere ve tüketicilere daha kaliteli ve makul fiyattan mal veya hizmet sunulmasını öngörmektir. Bunun ise ancak bu alanların serbest rekabete açılmasıyla ve serbest

---

<sup>183</sup> Ali ULUSOY, **Değerlendirmeler**, Regülasyon ve Rekabet Sempozyumu, 15-16 Mart 2001, Rekabet Kurumu Ankara, s. 57

<sup>184</sup> TAN (2005), s.2

<sup>185</sup> Bkz. ULUSOY, age, s.25

<sup>186</sup> Bkz. ULUSOY, age, s.25)

<sup>187</sup> ULUSOY(2003), age, s.25

rekabete açıldığında ise tekrar tekelleşmesinin önlenmesiyle mümkün olabileceği kabul edilmektedir<sup>188</sup>.

Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da regülasyon ve deregülasyon kavramları arasındaki ilişkidir. Her şeyden önce bu iki kavram arasında tez-antitez ilişkisi olmadığı, yani birbirlerinin karşıtı olmadıkları söylenebilir. Zira, deregülasyon<sup>189</sup> kavramı, tüm regülasyonun ortadan kaldırılması, regülasyonun hiç olmaması yönünde değil, kamu müdahaleciliği temelinde gerçekleştirilen sınırsız bir regülasyon yerine, piyasa dinamiklerinden temellenen daha “otomatik” ve soft bir müdahaleciliği ve piyasanın düzgün işleminin engelleyici nitelikteki katı regülasyonu ortadan kaldırma amaçlı olarak algılanmaktadır<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> ULUSOY(2003), age, s.28

<sup>189</sup> “Deregülasyon, devletin çeşitli amaçlarla uyguladığı iktisadi, sosyal ve idari regülasyonların azaltılması veya kaldırılması demektir” Bkz. Coşkun Can AKTAN, **Anayasal iktisat**, İstanbul, 1997 “Deregülasyon adı altında toplanan yaklaşımların ana gayesi, olabildiğince az genel düzenlemeler yapılması ve yönetsel aktörlere mümkün olduğunca çok hareket marjı bırakmaktır. Ancak bu genel kavram dar olarak devletin bütün müdahalelerinin kaldırılması ve tüm sorumluluğun Pazar ile çıktıları belirleyen özel sektöre bırakılması gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır” Bkz. Şahin ARDIYOK, **Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2002, s.76

<sup>190</sup> ULUSOY(2003), age, s.25

## İKİNCİ BÖLÜM

### İDARİ YAPTIRIM TEORİSİ

#### § 1 – GENEL OLARAK YAPTIRIM ve İDARİ YAPTIRIM

##### I. YAPTIRIM

Toplum içinde yaşayan insanların yüklendikleri ödevleri ve kullanacakları yetkileri belirleyen kurallara “toplumsal düzen kuralları” denilmektedir. Toplumsal düzen kurallarına aykırı hareket, bazı sosyal tepkilere yol açar. Eğer yükümlülükler yerine getirilmiyorsa ya da yetki sınırları aşılyorsa, toplumda, çeşitli görünümleir içinde bir tepki meydana gelir. Bu tepkiye “yaptırım” ya da “sosyal yaptırım” denir<sup>191</sup>.

Hukukta yaptırım ise, emredici hukuk kuralını ve dolayısıyla hukuk düzenini bozan kimsenin bu davranışına karşı kamuoyunun gösterdiği tepkidir. Başka bir deyişle yaptırım, bir hukuk kuralında yer alan emrin yerine getirilmemesinin sonucuna ilişkin bir zorlama, önleme veya caydırma aracıdır. Yaptırımın işlevi hukuka uygun davranışın sağlanması, aykırı davranışın ise önlenmesidir. Hukuk düzeni, toplumda yaşayan kişilerin haklarını belirledikten sonra, bunlara uyumu yaptırım ile korumak zorundadır<sup>192</sup>. Bu zorunluluğun nedenini hukuk kuralının amaçları arasında bulmak mümkündür. Zira hukuk kuralı toplumun düzenini sağlamaya çalışır, toplumun varlığını korumaya çalışır, toplumda eşitliği sağlamaya çalışır, toplumda güveni sağlamaya çalışır ve son olarak da adaleti gerçekleştirmeye çalışır<sup>193</sup>. Fakat hukuk kuralının baskın olan amacı toplumsal düzenin tesisidir. Bu nedenle yaptırım olgusu da genel olarak baskın olan bu amacın tesisine yönelik ortaya çıkar.

---

<sup>191</sup> Necip Bilge, **Hukuk Başlangıcı ve Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, Ankara 1995 ,s. 23

<sup>192</sup> Turhan ESENER, **Hukuk Başlangıcı Genel Hukuk Bilgisi**, 2004, s. 214

<sup>193</sup> Enver BOZKURT, **Hukukun Temel Kavramları**, 2006, s. 26-27

Kural bir emirdir. Emir<sup>194</sup> ise, bunu vermeye yetkili kılınmış bir kişinin veya kişiler topluluğunun (mesela bir kurul'un) bir "*irade beyanı*" dır. İrade söz'le, yazı ile, bir hareket'e ve ender hallerde yerine göre susma ile de belirtilebilir. Bütün mesele, bizim belli bir şekilde davranmamızı isteyen kaynağın, bu isteğini, bize intikal ettirmesi, bildirmesidir. İkinci olarak emir, "uyulması zorunlu" bir irade beyanıdır. Gerçekten, uymamız istenmiyorsa, o zaman, bir emir değil, bir "temenni", bir "dilek" karşındayız demektir. Hukukta, emre uyulmasının sağlanması, emir lehine bir maddî müeyyidenin öngörülmesiyle mümkün kılınmıştır. Müeyyide, ya emirle birlikte belirtilir veya böyle bir emrin müeyyidesi, başka bir kaynakta (emri veren'e bu yetkiyi bahşeden kaynakta) daha önceden belirtilmiştir. Yani müeyyide bellidir ve kişiden kişiye değişmez. Devlet eliyle (herhalde devlet otoritesine dayanılarak) uygulanır<sup>195</sup>.

Yaptırım özü itibariyle ceza ve cebir unsurunu ihtiva eder. Hukuk kuralının yürürlüğü yaptırım olmaksızın sağlanamaz. Hukukun emredici bir düzen sayılması da yaptırımın (cebir) hukukun temellerinden birisi olmasını zorunlu kılar. Yaptırım değişik hukuk alanlarında değişik şekillerde gözümüze çarpar. Ceza hukukunda ölüm, hapis, medeni hukukta tazminat, butlan, idare hukukunda uyarma, kınama, görevden çekilmiş sayma ve *ruhsatın iptali* örnek gösterilebilir<sup>196</sup>.

## II. İDARİ YAPTIRIM

### A – Genel Olarak

Modern anlamda yargı erkinin, maddi açıdan düşünüldüğünde iki farklı fonksiyonu bulunduğu söylenebilir. Bunlar sırasıyla, *uyuşmazlık çözmek* ve devlet(egemen kamusal irade) adına ceza vermektir ki, bu sonuncusu aslında hükümdar ve yöneticiler tarafından bizzat kullanılan bir yetki iken, daha adil olması

<sup>194</sup> Emrin "kural" sayılabilmesi için; öncelikle "genel" ve "kişilik" dışı olması lâzımdır. Yani-emir, "kimlikleriyle belli olan kişilere" yöneltilmemiş olmalıdır. Ancak genel ve kişilik dışı emirlere "kural" denilir. Yoksa, sayıları ne kadar çok olursa olsun, eğer emir, "kimlikleriyle belli" kişilere hitap ediyorsa, yani böylelerine yöneltilmişse böyle bir emre kural denilemez. İkinci olarak: o emrin gereği sürekli olmalıdır. Diğer bir anlatımla, kişiler, emre uyup gereğini yerine getir getirdikleri zaman artık o emre uyulması imkânı ortadan kalkıyorsa emrin gereği "sürekli değil"dir. Mukbil ÖZYÖRÜK, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara 1972, s. 10

<sup>195</sup> ÖZYÖRÜK, age, s. 9-10

<sup>196</sup> Adnan GÜRİZ, **Hukuk Başlangıcı**, Ankara 1997, s. 41

için hükümdar ve idareciler bu yetkilerini daha sonraları mahkemelere devretmiştir. Modern yaşamın karmaşıklaşması ile de bu yetki (hafif suç ve cezalar bakımından ve ayrıca özellikle ekonomik düzenin daha etkin korunabilmesi için) tekrar idareye devredilmektedir. Bir anlamda günümüzde kısmen de olsa orjine tekrar bir dönüş söz konusudur<sup>197</sup>.

İdarenin bizzat ceza müeyyidesine başvurması, toplum bünye ve hayatında ortaya çıkan değişiklikler neticesi müdahaleci devletin doğumuyla başlamıştır. Devlet müdahalesinin ilk neticesi de toplum hayatının daha geniş bir alanda yeni bir açıdan disiplin altına alınması olduğu aşikârdır. Disiplin unsurunun ayrılmaz parçası da müeyyidedir; empoze edilen disipline riayetsizlik hâlinde fert, aykırı davranışın cezası olarak bir müeyyideye maruz kalacaktır<sup>198</sup>.

İdarenin müeyyideye müracaatı, kendi faaliyet ve fonksiyonuyla ilgili emir yahut yasaklara uygun hareketi sağlama arzusunun bir neticesidir<sup>199</sup>.

İdari yaptırımların, özellikle teknik ve karmaşık düzenlemelerin olduğu alanlarda, etkili bir cezalandırma aracı olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, idari yaptırımların, baştan yargıç müdahalesine gerek olmaması, usul açısından basit ve hemen uygulanabilir nitelikte olması ve sosyal açıdan kabul edilebilir oluşu gibi avantajlara sahip olduğu da kabul edilmektedir<sup>200</sup>.

## **B – İdari Yaptırım Kavramı**

İdari yaptırım konusuna geçmeden önce, “müeyyide” ve “yaptırım” arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulması şarttır. “Müeyyide” ceza hukukunda alışlagelmiş bir kavram olarak günümüze değin incelenegelmiştir<sup>201</sup>. Belki de bu

---

<sup>197</sup> Ali ULUSOY, **İdari Ceza Hukuku’nun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, 20-21 Eylül 2007, s. 1

<sup>198</sup> Feyyaz GÖLCÜKLÜ, **İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki**, SBFD, C.18, 1963, s. 130

<sup>199</sup> GÖLCÜKLÜ, age, s. 117

<sup>200</sup> Turgut TAN, **İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki Güvenceler**, A. Şeref GÖZÜBÜYÜK’e Armağan, Ankara 2005, s. 311

<sup>201</sup> İlhan ÖZAY, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul 1985, s. 15 ve 22

nedenle ceza hukukunda müeyyide ve yaptırım kelimelerinin birbiri yerine kullanıldığı görülmektedir. Zira kimi ceza hukukçuları doğrudan yaptırım kelimesini kullanırken<sup>202</sup> kimileri de müeyyide kelimesini kullanmaktadır<sup>203</sup>.

Bu iki kavramın aynı anlama gelecek şekilde kullanılmasına ilişkin eleştiriler de mevcuttur. ÖZYÖRÜK'e göre müeyyide karşılığı olarak "yaptırım" sözü kökünden yanlış bir karşılıktır. Zira "yaptırmak" bir başkasını, belli bir fiile, bir harekete, bir işe zorlamak ve o fiilde, harekette, işte bulundurmak demektir; yâni bir eylem ifade eder. Halbuki, mesela butlan da bir müeyyidedir ve butlanda kimsenin kimseye birşey yaptırdığı yoktur; kanuna hukuka aykırı bir durum yaratılmışsa, bu hükümsüz sayılmakta sonuç doğurmamaktadır; o kadar<sup>204</sup>.

ÖZAY da “Yaptırımlar”ın öteden beri kullanılagelmekte olan “Müeyyideler”in öztürkçe karşılığı olmadığına katılmakta buna ek olarak yaptırım kelimesinin müeyyidenin idare hukukundaki yansıması olduğunu şöyle ifade etmektedir; *“Bu kurumun özellikle İdare Hukuku alanında ulaştığı yapısal ve işlevsel yeni anlam, kapsam ve nitelik bakımından yeni bir “tür” özelliğini kazanması, dolayısıyla yeni bir isimle anılması arzusunun – ve bizce gereğinin- bir sonucudur<sup>205</sup>”*. Zira yazara göre müeyyideyi hukuk alanında bir genel anlam olarak kabul etmek ve kullanmak gerekmektedir. Başka bir deyişle, hukukta da türlerine göre farklı, çeşitli isimler altında anılan “müeyyideler” vardır<sup>206</sup>.

Genel olarak sosyal düzen içerisinde, “idari düzen” diye isimlendirebileceğimiz bir düzen bulunmaktadır. Sosyal düzen cezaî müeyyidelerle korunurken, idari düzen idari yaptırımlarla korunmaktadır<sup>207</sup>. OĞURLU, idari düzeni *“kamu güvenliği ve düzeni, kamu sağlığı ve ulusal servetin korunması faaliyeti”*

<sup>202</sup> Bahri ÖZTÜRK/Mustafa R. ERDEM, **Ceza Hukuku (Genel ve Özel Hükümler)**, Ankara 2005, s. 139, Timur DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2005, s. 55

<sup>203</sup> Nevzat TOROSLU, **Ceza Hukuku**, Ankara 2005, s. 18, Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Genel Kısım, C.I, s. 2

<sup>204</sup> ÖZYÖRÜK, age, s. 10

<sup>205</sup> ÖZAY, age, s. 15,

<sup>206</sup> ÖZAY, age, s. 22

<sup>207</sup> Ramazan ÇAĞLAYAN, **İdari Yaptırımlar Hukuku**, Ankara 2006, s. 22



olarak tanımlamıştır<sup>208</sup>. İdare bu korumayı yaptırım yetkisini kullanabilmesiyle sağlayabildiği için görev alanına giren hizmetlerini gereken şekilde etkili ve zamanında yapabilmesi için bu yetkiye sahip olması bir zorunluluktur<sup>209</sup>. Hatta idari yaptırımların “*adaletin çabucak yerini bulmasını sağladığı*” görüşü de ileri sürülmüştür<sup>210</sup>.

İdari yaptırıma ne sebep olmaktadır? İdari yaptırıma sebep idari düzende bir idari ihlal vukubulmasıdır. İdari ihlâl, “*vatandaşın toplumun bir üyesi, idarenin bir tarafı olması dolayısıyla, yapması gereken bir vecibeyi ifa etmemiş olmasıdır*”<sup>211</sup>.

ZANOBINI idari yaptırımı şu şekilde tanımlamıştır; “*ceza teknik anlamda idareye tanınan subjektif bir haktır. Tatbik sahası ile idarenin vecibelerinin yerine getirilmesinin teminini sağlamaktadır. Bu tarifi muhtevası, esas ve şekil bakımından idari müeyyidenin cezai ve hukuki müeyyideden (sanzioni civili) ayrımını ihtiva ediyor*”<sup>212</sup>. Yazar buna ek olarak eserinin başka bir bölümünde “*Tatbiki idari otoritelere bırakılan kanunlardan ne’şet eden müeyyideler cezai değil idari müeyyidelerdir*” ifadesini kullanmıştır<sup>213</sup>. ÖZAY’a göre ise “*Yasaların açıkça yetki verdiği veya yasaklamadığı durumlarda, araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan doğruya, bir işlemi ile ve idare Hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalar-uyguladığı müeyyideler vardır ki bunlara idari yaptırım denilir*”<sup>214</sup>. DONAY’a göre idari yaptırımlar önleyicidir ve vahamet arz etmeyen ihlalleri tenkil ederek daha ağır ihlalleri önleme fonksiyonunu yerine getirirler<sup>215</sup>.

Anayasa Mahkemesine göre idari yaptırım “*İdarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü*

<sup>208</sup> Yücel OĞURLU, **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, Ankara 2001, s. 33

<sup>209</sup> Yavuz NAZAROĞLU, **Genel Olarak İdari Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri**, DD. 1974, s. 102

<sup>210</sup> R. Cengiz DERDİMAN, **Belediyelerin Kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Genel bir Deneme**, Çağdaş Yerel Yönetimler, C.6, S.3, 1997, s. 117 (naklen, OĞURLU(2001), s. 34

<sup>211</sup> Guido ZANOBINI, **İdari Müeyyideler**, (Çev. H. Yılmaz GÜNAL), Ankara 1964, s. 13

<sup>212</sup> ZANOBINI, age, s. 25

<sup>213</sup> ZANOBINI, age, s. 27

<sup>214</sup> ÖZAY, age, s. 35

<sup>215</sup> Süheyl DONAY, **İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler**, İÜHF, Cilt 37, Sayı 1-4, 1972, s. 425

*yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlarla, verdiği cezalardır.*<sup>216</sup>”.

Alman doktrinde idari yaptırımlar, suç olmayan idari ihlallerin yaptırımı olarak kanuna ya da kanun hükmündeki düzenlemelerle konulan yasakların ya da disiplini bozan davranışları içeren hükümlerin ihlalini cezalandıran ve ceza yaptırımı olmayan yaptırımlar olarak tanımlanmıştır<sup>217</sup>.

ÖZAY’a göre “idari yaptırım” tamlamasındaki birinci sözcük tıpkı idari sözleşmeler deyimindeki gibi hem “idarenin” anlamında ismin tamlayan durumu, hem de kavramın işlevsel anlamını belirleyen bir sıfat olarak kullanılmaktadır. Bu çerçevede organik ölçüt tek başına, ne idare hukukunun alanı, ne de idari işlemlerin belirlenmesi için yeterli olabilmektedir. İdare işlevi kavramı ile tamamlandığı ölçüde bilimsel kesinlik kazandığı söylenebilir. Bu noktada yazara göre, ilk adımda “idare”yi yasama ve yargı örgütleri dışında kalan kuruluşların bütünü olarak ele almak daha doğru olur. Bu anlamıyla “faal idare” deyimini ile anlatılan kavramla karşılaşmış olup, faal idare içinde yer alan makam ve merciler tarafından yapılan işlemlerin, işlevsel olarak idari nitelikte olanlarından yaptırım özelliklerini taşıyanlar idari yaptırımların inceleme konusu olabilecektir<sup>218</sup>.

İleride daha da ayrıntılı açıklanmaya çalışılacak olan 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 2. maddesinde kabahat, kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanamsını öngördüğü haksızlık olarak tanımlanmıştır.

#### **aa) İdari Yaptırımların Kaynağı ve Amaçları**

İdare hukukunun kamu kudreti anlayışı ile açıklanmasında, idari yaptırımlar kamu kudretinin görünümü ve idarenin düzenleme yetkisinin bir şeklidir. İdare hukukunu kamu hizmeti ekolü ile açıklanmasında, idari yaptırım faaliyeti bir kamu hizmeti faaliyetidir. İdare hukukunun teleolojik anlayış ve amacına göre

<sup>216</sup> AYM, 23.10.1996 gün, E.1998/48, K.1996/41, AKMD., C.1, S.33, s. 181-182

<sup>217</sup> OĞURLU, age, s. 35

<sup>218</sup> ÖZAY (1985), age, s. 37-38

açıklanmasında, idare hukukunun amacı kamu yararı olup bu kavram zamana ve toplumsal anlayışa göre değişir. İdari yaptırım rejiminde yükümlülüklerin tam ve doğru uygulanmasının nihai hedefi kamu yararıdır<sup>219</sup>.

Bir görüşe göre, İdarenin yaptırım yetkisi, idari mercilerin esasen sahip bulunduğu “hiyerarşi” ve “takdir hakkı”ndan doğan ve inkârı kimsenin aklına gelmeyen disiplin kudretinin yeni veçhesi, bu kudretin zaruret ve ihtiyaçlar icabı, daha geniş bir alana tatbik edilmesidir. İdari müeyyideler, tabir caizse, “kamu disiplin hukukunu” teşkil etmektedir. Diğer bir deyimle idari müeyyideler, tıpkı memurlara uygulanan dar anlamdaki disiplin hukukunda olduğu gibi bir “toplum disiplini” yaratmaya yönelmiş vasıtalar<sup>220</sup>.

İtalya’da bir yandan öğretilerde, aralarında özel hukuk bilginlerinin de bulunduğu yazarlar, idari yaptırımların, cezalara özgü bazı nitelikleri de doğal olarak içermelerine karşın, asıl nitelik ve özelliklerinin hukuka aykırılıkları giderici, bunların sonuçlarını onarıcı ve eski hale döndürmenin fiilen mümkün olmadığı durumlarda, “eski hali hukuksal olarak yaratıcı” yön ve özelliklerinin ağır bastığını ortaya atmışlar, diğer yandan da yargı yerleri kararları ile bu görüşü kabul etmiştir<sup>221</sup>. Bu çerçevede “idari yaptırım”da, cezalandırmaktan daha çok kamu yararında ortaya çıkmış bulunan bir eksilmenin giderilmesinin amaçlandığı savunulmaktadır<sup>222</sup>.

Buna karşın genel olarak düşünüldüğünde yaptırımların devlet egemenliğinden kaynaklandığı görülür. Devletin bireyin yaşamına yaptırımlarla müdahalesinin haklı gerekçesi suçun varlığından doğmaktadır. Başka bir ifadeyle ceza, suç olduğu için vardır. Teorik çerçevede düşünüldüğünde egemenliğin diğer yaptırımlarda olduğu gibi, idari yaptırımlar açısından da kaynak olduğu sonucuna varılır. Daha dar ve somut düşünüldüğünde, idari yaptırımların hukuksal kaynağını

---

<sup>219</sup> Oğuz SANCAKDAR, **İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukukundaki Anayasal Temelleri**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, 20-21 Eylül 2007, s. 1

<sup>220</sup> GÖLCÜKLÜ, age, s. 131

<sup>221</sup> ÖZAY (1985), s. 58

<sup>222</sup> ÖZAY (2004), s. 507

yasallık ilkesinde bulunduğu söylenebilir. Bu ilke, bir yandan Anayasayla birlikte idari yaptırımların sınırın çizmekte, diğeryandan meşruiyetlerini sağlamaktadır<sup>223</sup>.

#### **bb) İdari Yaptırımların Özellikleri**

İdari yaptırımın içeriğine ilişkin doktrinde birbirinden farklı kabuller bulunabilse de esasında birtakım özellikler hemen hemen hepsi için geçerli olmaktadır. Bu özelliklere göre;

- İdari yaptırımlar cezalandırıcılık ve önleyicilik özelliği taşıır<sup>224</sup>.
- İdari yaptırımlar idarece re'sen uygulanır yani araya bir başka işlemin girmesi gerekmez.<sup>225</sup>
- İdari yaptırımlar uygulanırken belli bir kişiyi hedef almaktadırlar<sup>226</sup>.
- İdari yaptırımlar idare tarafından idare hukuku usullerine göre uygulanmaktadır<sup>227</sup>.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin idari yaptırımlara ilişkin tavsiye kararında da belirlenen ilkelere göre, *a)* İdari yaptırımlar ve uygulanacakları koşullar yasa ile belirlenecek, *b)* İşlendiğı sırada hukuk normuna aykırı olmayan fiile idari yaptırım uygulanamayacak, *c)* Bir kişiye aynı fiilden aynı kurala dayanarak iki kez yaptırım uygulanamayacak, *d)* İdari makam idari yaptırım usulünü başlattıktan sonra olayın özellikleri çerçevesinde makul çabuklukla hareket edecek, *e)* Bir kişi hakkında yürütölen idari yaptırım usulü nihai bir kararla sonuçlanacak, *f)* İdari işlemlere uygulanan idari usul kuralları dışında, yaptırım uygulanacak kişi, olay hakkında bilgilendirilecek, kendini savunma imkanı tanınacak ve buna ilişkin yeterli süre verilecek, yaptırım kararı gerekçe içerecektir<sup>228</sup>.

---

<sup>223</sup> OĞURLU (2001), s. 36

<sup>224</sup> OĞURLU (2001), s. 41

<sup>225</sup> GÖLCÜKLÜ, age, s. 136

<sup>226</sup> ÇAĞLAYAN, age, s. 24

<sup>227</sup> ÖZAY (1985), s. 36

<sup>228</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, s. 748

## C- İdari Yaptırım Kavramı ve İdari Ceza Hukuku İlişkisi

Esasında İdari ceza hukuku ile idari yaptırım birbirinin yerine kullanılabilir kavramlardır. Genellikle ceza hukukçuları, idare tarafından uygulansa da ceza hukukunun bir uzantısı olarak gördüklerinden olsa gerek, idari ceza hukuku kavramını kullanırken, idare hukukçuları, idari yaptırım ibaresini kullanmayı yeğlemektedir<sup>229</sup>. *MAHMUTOĞLU* da Türk hukuk doktrinde terminolojik açıdan arzu edilen birlikteliğin henüz sağlanamadığını vurgulamakta ve bunun nedeninin bilim adamlarının söz konusu eylemleri farklı şekilde nitelendirmeleri olduğunu söylemektedir<sup>230</sup>.

*GÖLCÜKLÜ*'ye göre idari ceza hukuku “Bir takım idari faaliyetlerin-icabında müeyyide zoruyla- yürütülmesini sağlayan, idare tarafından izhar edilen iradelere riayetsizlik hâlinde ceza olarak müeyyide tatbikini konu alan hukuk dalıdır<sup>231</sup>.” *İÇEL*'e göre ise “ idareye ait yetkilerin nasıl kullanılacağını, sosyal düzeni bozucu davranışların neler olduğunu ve bunları önleyici ne gibi ceza ve tedbirlerin uygulanabileceğini gösterir<sup>232</sup>”

İdari ceza hukuku, düzene aykırılıklar hukukuna (DAH) da kısaca değinmeyi zorunlu kılmaktadır. DAH, Almanya'da Dünya savaşı sonrasında ortaya çıkan kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması eğilimi<sup>233</sup> ile ortaya çıkan ve 1952 yılında

---

<sup>229</sup>KUNTER'e göre İdari denilen de suçtur, idari ceza denilen de cezadır. Mesele hepsine hakim yetiştirememekten doğmuştur. Şu veya bu makamın karar vermesi onların niteliğine tesir etmez. Hepsi suçtur ama kimisini hakim şu usulle, kimisini idare bu usulle cezalandırır. Nurullah KUNTER, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul 1986, s. 186, ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, suç ve ceza terimleri yerine idari yaptırımı gerektiren fiiller ibaresini kullanmaktadır. Bahri ÖZTÜRK/Mustafa Ruhan ERDEM/Veli Özer ÖZBEK, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, Ankara 2003, s. 101, YARSUVAT'a göre ise idari ceza hukuku genel ceza hukukundan ayrı bir hukuk dalı olarak kabul edilmesinde her hangi bir engel görmemekte, ancak bunun ceza hukuku sahası dışında kalamayacağını, çünkü genel prensiplerin bu hukuk dalından kaynaklandığını, ayrıca kabahat suçlarının niteliği değişmeksizin kanun koyucunun tercihi doğrultusunda kısmen idari kısmen de cezai bir hüviyet kazandığını, bu nedenle de söz konusu eylemlere idari kabahatler denilmesinin daha uygun olacağını belirtmektedir. Duygun YARSUVAT, **Trafik Suçları**, İstanbul 1972, s. 42

<sup>230</sup> Fatih Selami MAHMUTOĞLU, **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi**, İstanbul 1995, s. 99

<sup>231</sup> GÖLCÜKLÜ, age, s. 118

<sup>232</sup> Kayıhan İÇEL/Süheyl DONAY, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, İstanbul 1999, s. 30

<sup>233</sup> Suç olmaktan çıkarma eğilimlerinin suç olmaktan çıkarma (descrimininalisation), ceza olmaktan çıkarma (depenalisation) ve kovuşturmadan ayrılma (diversion) şeklinde üç yansıması olduğu

Düzene Aykırılıklar Kanunu yasallaşması ile dayanak bulmuştur. *MAHMUTOĞLU*'na göre devlet, toplumsal düzeni korumak ve düzene aykırı eylemleri önlemek amacı ile idaresini bir takım yetkilerle donatmıştır. İşte düzene aykırılıklar hukuku, söz konusu yetkilerin ne şekilde kullanılacağını, düzene aykırılık teşkil eden eylemlerin hangileri olduğunu ve bunlara karşı ne türden yaptırım ve tedbirlerin uygulanacağını gösteren bağımsız bir kamu hukuku dalıdır. Başka bir anlatımla DAH, suç olmaktan çıkarılan, ancak yine de toplumsal düzeni bozduğuna inanılan hukuka aykırı eylemlerin idarece derhâl yaptırım altına alınabilmesine imkân tanımaktadır ve yazara göre ceza hukuku ile idare hukukunun kesiştiği bir noktada yer almaktadır<sup>234</sup>.

Bu noktada Almanya'da beliren düzene aykırılıklar hukuku düzeninin 30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (KK)nun da ortaya çıkışında çok etkili olduğu söylenebilir. KK toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla; kabahatlere ilişkin genel ilkelere kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımların türleri ve sonuçlarına, kabahatler dolayısıyla karar alma sürecine ve idari yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esasları belirlemiştir.

Çalışmamızın bundan sonraki kısmında Kabahatler Kanunu ile getirilen düzenlemelere bu düzenlemelerle ilgili olan bölümlerde yer verilecek olup, Kabahatler Kanununun düzenleyici kurulların idari yaptırımlarını ne şekilde etkileyeceği ise bu bölümün sonunda incelenmeye çalışılacaktır.

*MAHMUTOĞLU*, idari ceza hukuku yerine, düzene aykırılıklar hukuku ya da idari suç veyahut kabahat yerine, düzene aykırılık teşkil eden eylemler ibarelerinin kullanılabileceğini savunsa da bu kabul, doktrinde eleştirilmektedir. Zira kavramın

---

söylenebilir. Suç olmaktan çıkarma Ceza Kanunu'ndan çıkarma veya başka hukuk dalına ait kılma şeklinde olabilmektedir. Ceza durumundan çıkarmada, fiilin maddi yapısında değil, cezanın niceliğinde değişiklik söz konusu olabilmektedir. Kovuşturmadan ayrılma ise, bazı nedenlerle ceza adaletinde kovuşturmaya başlamayı veya yürütülen kovuşturmayı durdurmayı ifade etmektedir. Köksal BAYRAKTAR, *Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı*, İHFM, C. L. S. 1-4, s. 198 vd.

<sup>234</sup> MAHMUTOĞLU, age, s. 101-103

idari yaptırım sisteminin tümünü kapsamadığı<sup>235</sup>, idari yaptırımlardan sadece para cezalarını içerdiği, ceza hukukuna yakın, kabahat olmaktan çıkarılan belirli eylemleri konu edinen yeni bir dal olarak gelişme eğiliminde olduğu ifade edilmektedir<sup>236</sup>.

Bu çerçevede, ceza hukuku müeyyidelerine bazı yönleriyle benzeyen, fakat diğer bazı yönleri ile benzemeyen, kendine özgü özellikleri bulunan, idarenin karar verip uyguladığı bir müeyyideler düzeninin varlığı açıktır<sup>237</sup>. Fakat bu müeyyideler düzenine verilecek isme ilişkin bir sıkıntı bulunmaktadır. *ZANOBINI*'ye göre idari yaptırımlar, idare hukukunun bir parçasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla idari ceza hukuku diye bir hukuk dalı mevcut değildir<sup>238</sup>. *ÖZAY* ise idari ceza hukuku terimini- hiç olmazsa bizim için- abartılmaması gereken oldukça iddialı ve kullanmaya pek cesaret edemeyeceğimiz nitelik ve boyutta görmektedir<sup>239</sup>.

*OĞURLU* bizim de katıldığımız üzere, idari yaptırımların “idari ceza” olarak adlandırılmasına, ceza yaptırımları ile idari yaptırımlar arasında, gerek ortaya çıkışları, gerek usul ve uygulayıcıları ve gerek sonuçları açısından önemli farklar olduğu gerekçesiyle karşı çıkmaktadır<sup>240</sup>. *MAHMUTOĞLU*'na göre de, idari yaptırım ve tedbirlere neden olan davranışların ceza hukukuna özgü temel kavramlarla açıklanmasından özellikle kaçınılmalıdır. Başka bir deyişle, gerçek anlamda suç izlenimi doğurabilecek terimler tercih edilmemelidir. Bu çerçevede, idari suç, idari kabahat ve idari ceza gibi terimlerin kullanılması doğru değildir. Ayrıca, hem idari suçun hem de idari kabahatin dilbilgisi kuralları çerçevesinde yanlış anlaşılmalara neden olabilecek bir yapıdadır. Bu terimler tek başına

---

<sup>235</sup> MAHMUTOĞLU da bu hususun doğruluğunu şu ifadelerle kabul etmektedir; “*DAH'nun temel yaptırımı, para yaptırımıdır. Yoksa, sırf idarece uygulanmasından dolayı idari nitelikteki diğer birçok yaptırımın DAH'na dahil olduğunu düşünmenin makul hiçbir gerekçesi bulunmamaktadır. Demek oluyor ki, DAH'nun temel yaptırımı paradır. Ancak bazı istisnai hallerde müsadere yaptırımının da para yaptırımının yan bir sonucu olarak uygulanabilmesini bu hukuk dalı bakımından mümkün görmekteyiz.*” age, s. 123

<sup>236</sup> OĞURLU (2001), s. 31, ÇAĞLAYAN, age, s. 20

<sup>237</sup> OĞURLU (2001), s. 31

<sup>238</sup> Guidio ZANOBINI, *İdari Ceza Hukukunda Kıstas Mes'elesi*, (Çev. Yılmaz GÜNAL), AÜSBFD, C.XVIII, 1963, No:3-4, s. 317

<sup>239</sup> ÖZAY (1985), s. 11-12

<sup>240</sup> OĞURLU (2001), s. 31

incelendiğinde, idarenin işlemiş olduğu bir suç ya da kabahatten bahsedildiği rahatlıkla düşünülebilecektir<sup>241</sup>.

*SANCAKDAR*’ a göre de idari cezalar münferit yasalar ile Anayasa Mahkemesi gibi bağlayıcı yargı kararlarında açıkça “idari ceza” olarak nitelendirilenlerden ibaret olup, bunların esasen idari yaptırımlar kapsamında yer aldığı söylenebilir. İdari yaptırımlara, idari ceza denilmesi terminolojik karışıklık yaratmakta, uygulanacak hukuki rejimi bulanıklaştırmakta ve tartışmalı hâle getirebilmektedir. İdari yaptırım, idari ceza ilişkisi bakımından, her idari cezanın, idari yaptırım olduğu ancak, her idari yaptırımın idari ceza olmadığı söylenebilir. Yazara göre idari yaptırım, idari ceza kavramını kapsayan üst kavramdır. İdari yaptırımlar, idare Hukukunun bir kısmını oluşturmakta olup, katıldığımız görüşe göre de bağımsız bir idari ceza hukuku mevcut değildir<sup>242</sup>.

Viyana Uluslararası Ceza Kongresi’nde, ceza hukukundaki suçlar ile idari ceza hukukuna ait ihlaller arasındaki ayrımın, yasama organları tarafından yeterince açıklıkla ele alınması gerektiği belirtilerek idari ceza hukukuna ilişkin ihlaller ile müeyyideler için kendine özgü terimler kullanılması önerilmiştir<sup>243</sup>.

Bu çerçevede, ilk bakışta ceza kanunlarına idari düzeni korumak amacıyla konulan ve karşılığında ceza yaptırımlarına hükmedilen suç grubunu akla getirdiğinden dolayı idari suç yerine “*idari ihlal*”, idari ceza yerine de “*idari yaptırım*” terimi kullanılmalıdır. Fakat çalışmamızın bundan sonraki kısmında, doktrindeki genel ifade tarzına bağlı kalınarak “idari ceza hukuku” ifadesi kullanılacaktır.

---

<sup>241</sup> MAHMUTOĞLU, age, s. 99

<sup>242</sup> SANCAKDAR (2007), s. 3

<sup>243</sup> XIV. Viyana Uluslararası Ceza Kongresi Kararları (1-7 Ekim 1989), **Bölüm I: Ceza Hukuku ile İdari Ceza Hukukunun Ayırt Edilmesinde Hukuki ve Pratik Sorunlar**, (Çev. Nur CENTEL), Argumentum 1990 , Sayı:1, s. 7



#### D- İdari Yaptırımların İdari İşlem Teorisi İçerisindeki Yeri

İdari yaptırımların idari işlem olarak idari işlem teorisi içerisindeki yeri doktrinde çok fazla inceleme konusu yapılmamıştır. Doktrinde ilginin daha çok idari ceza hukuku (idari yaptırımlar hukuku) ile ceza hukuku arasındaki ilişki üzerine yoğunlaştığı rahatlıkla söylenebilir.

İdari işlem, idarenin idare hukuku alanında bir hukuki sonuç doğurmak ya da doğmuş bir hukuki sonucu belirtmek üzere yaptığı tek yanlı işlemdir<sup>244</sup>. Ülkemizde, idarenin idari işlev konusunda yaptığı her işlem esas itibarıyla idari işlemidir. Gerçi yaptırımların hemen tümü kolluk faaliyet ve yetkileri ile ilgili olduklarından “edim” biçiminde görülen kamu hizmetleri dışındadır. Ama yine de bir idare faaliyeti, ödevi olduğundan genelde idare hukuku ve idari işlemlerin rejimine tabidir<sup>245</sup>. Bir başka anlatımla idari yaptırımın baskın kimliği onun bir idari işlem olmasıdır. Dolayısıyla, idari yaptırımların hukuki rejiminin belirlenmesinde idari işlem kimliğinin göz önünde tutulması gerekmektedir<sup>246</sup>.

Anayasa Mahkemesi de idari yaptırımları “... idarenin doğrudan doğruya bir işlemi...” olarak nitelendirirken<sup>247</sup>, Uyuşmazlık mahkemesi de “idari cezaların, idare organları tarafından ve idari usullere göre kesilip uygulandığından idari işlem niteliği taşıdığını...” belirtmiştir<sup>248</sup>.

İdari yaptırımların bir bireysel idari işlem olarak diğer bireysel idari işlemlerden ayrılması gerekliliğinin sebebi, ilerde idari ceza hukuku ceza hukuku ayrımında da göreceğimiz üzere, doktrinde idari yaptırımların ceza hukukundaki temel ilkelerin etkilenecek bir takım özelliklerini taşıması gerektiği yolundaki kabuldür. İşte bu nedenle, idari işlem teorisi içinde, idari yaptırımların diğer idari işlemlerden ayrılması ve bu ayrımında kullanılacak ölçütlerin tespiti çok büyük önem arz etmektedir.

<sup>244</sup> Tahsin Bekir BALTA, *İdare Hukukuna Giriş I*, Ankara 1968/1970, s. 155

<sup>245</sup> ÖZAY (1985), s. 106

<sup>246</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, age (Cilt I), s. 750

<sup>247</sup> AYM, 23.10.1996 gün, E.1996/48, K. 1996/41, AMKD, S.33, C.1, s. 181-182

<sup>248</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, 20.04.1990, E. 1990/6, K. 1990/6, RG. 21.04.1990

Doktrin ve yargı içtihatlarında, idari cezalar ile diğer idari işlemleri birbirinden ayırmada genellikle kullanılan ölçüt, *hatalı davranışı cezalandırma amacının bulunup bulunmadığıdır*<sup>249</sup>. Ancak idarenin işlemi yaparken güttüğü amacı tespit etmenin çok güç olmasının yanında salt cezalandırma amacının, yani bireyleri disipline hatta terbiye etmenin de idari fonksiyon içinde sayılabilmesi de kuşkuludur. Kamu düzeninin korunması ve kamu hizmetlerinin daha düzgün işlenmesini sağlama amacı dışındaki bir amaç dışında salt bir kimseyi cezalandırmak, ona acı ve elem vermek amacıyla yapılan bir idari işlem zaten idari işlemlerdeki amaç unsuru yönünden hukuka aykırı olacaktır<sup>250</sup>.

Bu konuda bir başka yaklaşım da, işlemi yapan idarenin amacının (cezalandırma amacının) önemli olmadığı ve önemli olanın muhatabı üzerinde doğurduğu hukuki sonuç olduğudur. Buna karşın, muhatabı bakımından doğurduğu olumsuz hukuksal sonuç, yani elem ve keder açısından konu değerlendirildiğinde hem idari cezalarla ceza hukuku anlamındaki cezaları ayırt etmek son derece güçtür hem idari cezalarla diğer idari işlemleri ayırt etmek kolay değildir<sup>251</sup>.

Öte yandan, yükümlendirici idari işlemlerden idari ceza niteliği olan idari işlemlerle bu nitelikte olmayan idari işlemlerin ayırımına yönelik bir kriter olarak “*işlemin doğurduğu sonucun muhatabı açısından ağırlığına göre ayırım yapma*” şeklindeki bir kriter de isabetli olmayacaktır. Örneğin İzmir’de görev yapan bir memur için Hakkâri’ye tayin edilme işlemi, kendisine disiplin cezası olarak uyarma ve hatta aylıktan kesme cezası verilmesine göre çok daha ağır etki ve sonuç yaratabilir. O halde bu ölçüte göre memurun tayin edilme işlemi idari ceza niteliğinde bir idari işlem olarak kabul edilip, hafif bir disiplin cezası bu nitelikte görülmeyecektir. Oysa pozitif hukuk uygulaması bunun tam tersidir<sup>252</sup>.

---

<sup>249</sup> Ibid., s. 746 (naklen GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, s. 708)

<sup>250</sup> ULUSOY (2007), s. 5

<sup>251</sup> ULUSOY (2007), s. 6

<sup>252</sup> ULUSOY (2007), s. 6

Doktrinde, yükümlendirici idari işlemlerden idari ceza niteliğinde olan idari işlemlerle bu nitelikte olmayan idari işlemleri ayırımına yönelik kriteri *ULUSOY* şöyle ifade etmektedir; “Yükümlendirici idari işlemlerden, disiplin cezaları zaten blok hâlinde idari ceza oldukları varsayıldıktan sonra, diğerleri açısından bunların idari ceza niteliğinde olup olmadığına karar verirken, muhatabı için yeterli hukuksal korunma testi yapılması uygun olacaktır. Bu teste göre, eğer yükümlülük doğuran o idari işlem için olağan idari usul kurallarının ve ilkelerinin uygulanması yeterli hukuksal korunma sağlıyor ise, o idari işlemi idari ceza olarak kabul etmeye gerek bulunmayacaktır. Aksine, o idari işlem için olağan idari usul kurallarını uygulamak muhatabı için yeterli hukuksal güvence sağlamıyor ise ve ceza hukukuna ilişkin ek bazı güvencelerin de sağlanması zorunlu görünüyor ise o idari işlemi idari ceza olarak görmek gerekecektir. Nitekim, olağan idari usul muhatabı için zaten yeterli hukuksal güvence sağlıyor ise zaten ortada sorun bulunmamaktadır. Bu durumda o işlemi idari ceza olarak kabul etmenin pratik bir sonucu veya faydası kalmayacaktır. Bu değerlendirmeyi ise o işlemi yapan idare her somut olayda yapacaktır. Bu değerlendirmenin yargısal denetimini ise yine her somut olayda (davada) yargı organları yerine getirecektir<sup>253</sup>.”.

### III. İDARİ CEZA HUKUKU - CEZA HUKUKU AYRIMI

İdari ceza hukukunun yaygınlaşması ve giderek önem kazanması, her şeyden önce iki gelişmeye dayanmaktadır. Şöyle ki, bir yandan devlet müdahalesinin giderek daha çok alana yayılması, asli hükümlerin ihlaline karşı tepki olarak müeyyide öngören idare hukuku normlarını içeren idari hükümlerin artmasına yol açmış; diğer yandan da, sosyal önemi az olan ihlalleri genel ceza hukukundan uzaklaştırmaya yönelik uluslararası hareket, yasama organlarını, bu tür ihlalleri idari ihlaller olarak tanımlamaya yöneltmiştir<sup>254</sup>.

Bir yaptırımın idari ya da yargısal bir yaptırım olmasındaki ayırım üzerinde dikkatle durulması gerekmektedir. Zira Eğer Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından benimsenen ölçütlere göre, BİO’ların uyguladığı idari yaptırımı

<sup>253</sup> ULUSOY (2007), s. 6-7

<sup>254</sup> XIV. Viyana Uluslararası Ceza Kongresi Kararları, s. 6

konu eylemin suç niteliği belirgin ise<sup>255</sup>, bu eyleme yaptırım uygulayan makamın ne olduğu önemli olmaksızın başvuru sonucunda yaptırım kararının AİHS m.6'ya uygunluk bakımından incelenmesi gerekmektedir. Hatta AİHM, BİO olarak dahi nitelendirilmeyen idari makamların uyguladığı bir yaptırımı, eğer AİHS m.6 bağlamında “ceza” niteliğinde kabul ederse, idarenin soruşturma sürecindeki yaptığı işlemler AİHS m.6'ya uygun olmak zorundadır<sup>256</sup>.

Ulusal mevzuatın suç saydığı fiil Sözleşme uygulamasında da suçtur. Buna mukabil ulusal kanunun suç olarak nitelemediği bir fiil (örneğin disiplin kabahati), Sözleşme'deki anlamında pekala suç teşkil edebilecek ve bu sıfatla 6. maddenin uygulama alanına girebilecektir. Gerçekten Sözleşme organları bir fiilin 6. madde uygulamasında suç işlemi görüp görmeyeceğini, bu fiilin; a) ulusal hukuktaki nitelemesini b) niteliğini ve özelliğini(örneğin disiplin kabahatlerinde olduğu gibi, sınırlı bir meslek grubunu yahut toplumun tümünü ilgilendirmesi); ve nihayet, c) söz konusu fiil için öngörülen yaptırımın niteliğini ve ağırlık derecesini, (örneğin hapis cezasının süresi gibi) göz önünde tutarak bir sonuca varmaktadırlar<sup>257</sup>.

Bu çerçevede, AİHM 5 Aralık 2006 tarihli Tanyar ve Küçükergin- Türkiye kararında, sırf para cezasını gerektiren bir suçta dahi duruşma açılmadan yargılama yapılması ve hüküm verilmesi, 6. maddenin ihlali olarak kabul etmiştir. Bu bakımdan idari cezalara ilişkin davalarda her iki yargı yerinin de duruşma öngörmesi gerekir<sup>258</sup>.

---

<sup>255</sup> Kendi devletlerinin “askeri disiplin kuralları” çerçevesinde haklarında “idari ceza” uygulanan Hollandalı askerlerin açtığı “Engel” davasında verdiği kararda mahkeme, isnadın ceza hukukuna ait bir suça dair olup olmadığını hükme bağlarken şu ölçütleri tespit etmiştir;

- Suçu düzenleyen hukuk kurallarının, akit devletin ceza hukukuna mı, disiplin hukukuna mı, yoksa her ikisine birden mi ait olduğu.
- Suçun niteliği
- İlgili kişinin soruşturma sonunda maruz kalma riski altında bulunduğu cezanın ağırlık derecesi. Metin FEYZİOĞLU, **Suçsuzluk Karinesi: Kavram hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, AÜHFD, 1999-48-01-04, s. 146-147

<sup>256</sup> GÜRSEL(2005), s. 21

<sup>257</sup> Feyyaz GÖLCÜKLÜ, Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara 2002, s. 276

<sup>258</sup> Durmuş TEZCAN, **İdari Muhakeme Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukuku Arasındaki Farklılığın Anlamı ve Önemi**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, 20-21 Eylül 2007, s. 8

**a) Amaç ve uygulama açısından:** İdari yaptırımlar da yargısal yaptırımlar gibi hukuk düzeninin teminatıdır. Ancak bir yönü ile kişiyi cezalandırmayı amaçlayan cezai müeyyidelerden farklı olarak idari müeyyideler kamu idare ve düzeni ve maliyesi, toplum sükûnu ve genel sağlık ve kamu maliyesini korumaya yönelik kabahat türünden fiillerdir. İdari yaptırımlar daha hafif suçlar ve idari ihlaller, cezai yaptırımlar ise daha ağır suçlar için öngörülmüşlerdir. Fakat bu durum tarihi gelişim içinde yer değiştirebilir. Zira kanun koyucuların muayyen bir dönemde sadece idari yaptırım öngördüğü bir duruma, daha sonra cezai yaptırım öngörülebilir<sup>259</sup>.

KK'da kanunun amacının, idari yaptırımların yukarıda yer yer açıklamaya çalıştığımız genel amacına uygun olarak toplum düzeni, genel ahlak, genel sağlık ve son olarakta cevreyi ve ekonomik düzeni korumak olduğu açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır.

İdari ceza hukukunda, yaptırımlara karar verme ve uygulama yetkisi idari organlara bırakılmıştır. ZANOBINI bu durumu “*Tatbiki, idari otoritelere bırakılan...*” şeklinde ifade etmiştir<sup>260</sup>. GÖLCÜKLÜ’ye göre idari yaptırımların en önemli özelliği bir mahkeme kararı olmaksızın bizzat idare tarafından uygulanmasıdır<sup>261</sup>. Yargısal yaptırımlar prensip olarak Cumhuriyet Savcısı tarafından infaz edilirken, idari yaptırımlar bizzat idare tarafından yerine getirilir<sup>262</sup>. Öte yandan idari yaptırımlar ceza yaptırımlarından uygulanma usulü açısından da farklıdır. Kararlaştırılmaları gibi uygulanmaları da idare hukuku usullerine göre yapılmak zorundadır<sup>263</sup>.

Buna karşın Viyana’da yapılan 14. Uluslararası Ceza Kongresi’nde ceza hukukunun ve kurallara uygun bir muhakemenin temel ilkelerinin idari ceza hukuku alanında uygulanmasının zorunlu olduğuna karar verilmiştir<sup>264</sup>.

<sup>259</sup> Doğan SOYASLAN, *Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi*, Ankara, 1990, s. 143

<sup>260</sup> ZANOBINI, age, s. 27

<sup>261</sup> GÖLCÜKLÜ, agm, s. 136

<sup>262</sup> SOYASLAN, age, s. 144

<sup>263</sup> ÖZAY (1985), s. 36

<sup>264</sup> XIV. Viyana Uluslararası Ceza Kongresi Kararları, s. 6

KK doktrinde idari yaptırımlar ve cezalar arasında uygulama açısından yapılan ayrıma yeni bir boyut kazandıracak nitelikte hükümler içermektedir. KK'nın 23. maddesinde Cumhuriyet savcısına 3 durumda idari yaptırıma karar verebilme yetkisi verilmiştir. İlk olarak Cumhuriyet Savcısı genel olarak kanunda açıkça kendisine bu yönde bir yetki verilmesi halinde bir kabahat dolayısıyla idari yaptırım kararı verebilecektir. Bu duruma örnek olarak 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 11.05.2005 tarih ve 5349 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 7. maddesi verilebilir. Maddeye göre kanunlarda “hafif hapis” veya “hafif para” cezası olarak öngörülen yaptırımlar, idari para cezasına dönüştürülmüş, yine maddenin son cümlesi ile de bu idari para cezasına karar verme yetkisi cumhuriyet savcısına tanınmıştır.

Anılan 23. maddede Cumhuriyet savcısına idari yaptırım kararı verme yetkisinin tanındığı bir diğer durum ise bir suç dolayısıyla başlatılan soruşturma kapsamında bir kabahatin işlendiğini öğrenmesi halidir. Bu durumda cumhuriyet savcısı durumu ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirmek ile bizzat idari yaptırım kararı vermek arasında bir seçim yapabilmektedir.

Anılan madde YURTCAN tarafından şu şekilde eleştirilmektedir; *“Kabahatler Kanununun temel mekanizması adliye dışında işleyecek olması nedeniyle Cumhuriyet Savcısının bu işin içine karıştırılması doğru değildir. Savcının bu konunun dışında olması gerekir. bu nedenle maddenin yasadan çıkarılması gerekir ya da savcının olayın işin içinde görev görmesi en aza indirilir.”*<sup>265</sup>

Yine maddede hüküm altına alınan bir diğer hal ise, soruşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılmasıdır. Cumhuriyet savcısı bu durumda da ilgili kamu kurum ve kuruluşunun idari yaptırım kararı vermemiş olması şartıyla idari yaptırım kararı verebilecektir. YURTCAN bu fıkranın savcının bir

---

<sup>265</sup> Erdener YURTCAN, Kabahatler Kanunu ve Yorumu, İstanbul 2005, s. 38

kabahat için idari yaptırım kararı alması sonucunda doğacak karışıklıkların bir sonucu olduğu ve idare ve savcılık arasında “çifte cezalandırma” olmaması için, çözüm üretilmek istendiği düşüncesindedir<sup>266</sup>.

KK’da konuya ilişkin getirilen bir diğer önemli düzenleme ise, Mahkemenin idari yaptırım kararı verebilmesidir. Kanunun 24. maddesine göre, kovuşturma konusu fiilin kabahat niteliğinde olduğunun anlaşılması halinde mahkeme de idari yaptırım kararı verebilecektir.

*YURTCAN*’a göre 24. madde getirilen bu yenilik de tıpkı Yasanın 23. maddesinde olduğu gibi kabahter için kurulmak istenen temel sistemi çöktürmektedir. Yazara göre bu varsayımda mahkeme işbölümü yönünden yetkisizlik kararı vermek ve dosyayı idarenin ilgili birimine göndermek zorunda olmalıyken madde hatalı bir tavırla, dosyayı karara bağlama görevini, mahkemeye vermiştir<sup>267</sup>.

**b) Doğurdukları Sonuçlar Açısından:** Sonuçları açısından idari yaptırımlar, ceza yaptırımlarından oldukça farklıdır. İdari yaptırımlara ceza yaptırımlarına uygulanan sonuçlar bağlanamayacak ve ceza yaptırımlarına uygulanan kurumlara başvurulamayacaktır<sup>268</sup>.

Öncelikle, ceza yaptırımlarını doğrudan etkileyen, hatta ortadan kaldıran af ve benzeri kurumlar idari yaptırımların uygulanmasına engel değildir<sup>269</sup>. Bir başka anlatımla idari müeyyideleri normal olarak genel af etkilemez. Ancak af kanununda özel hükümler var ise o zaman ortadan kalkar<sup>270</sup>. Örneğin Danıştay, imar affının yapı yapanlar yerine yapıları esas aldığından önceden verilmiş yıkma kararına dayanılarak yıktırılması hakkında işlem yapılmasının hukuka aykırı bulmuştur<sup>271</sup>.

---

<sup>266</sup> YURTCAN, age, s. 39

<sup>267</sup> YURTCAN, age, s. 39

<sup>268</sup> DONAY, agm, s. 426-427

<sup>269</sup> ÖZAY (1985), s. 63

<sup>270</sup> SOYASLAN, age, s. 145

<sup>271</sup> D. 6. Dairesi, 18.01.1989 gün, E. 1987/1672, K. 1989/87, DD., S.76-77, S. 462

Doğurdukları sonuçlar açısından bir diğer fark ise adli sicile kayıta doğmaktadır. İdari yaptırımlar adli sicile kaydedilemezken, yargısal yaptırımlar adli sicile kaydedilmektedir<sup>272</sup>. Bunun yanında idari yaptırımlar adli tevbih konusu olmadıkları gibi başka bir cezaya da çevrilemez ve idari makamlarca infaz edilir<sup>273</sup>. İdari yaptırımların tecil imkânı bulunmadığı<sup>274</sup> gibi ceza yaptırımlarının tekerrürüne de esas teşkil edemezler<sup>275</sup>. İÇEL idari yaptırıma bağlanan tüm bu sonuçların nedenini şöyle açıklamaktadır; “*idarenin uyguladığı ve ceza dediğimiz yaptırım aslında ceza olmayıp, göreve aykırı hareket eden kişiye görevinin hatırlatılması için verilen bir uyarı niteliğine sahiptir. Suçlunun cezalandırılmasında da düzeni sağlama amacı izlenmekte ise de, bu amaç tek hedef değildir; failin tenkili amacının bir sonucu durumundadır*<sup>276</sup>.”. Fakat yargısal yaptırımlar olduğu gibi genel bir hüküm olmasa da, kanun, tüzük ve yönetmelik, idari yaptırımlar içinde tecil ve tekerrürü öngörebilir<sup>277</sup>.

İhlalin tekrarı hâlinde cezanın arttırılmasına ilişkin olarak<sup>278</sup> bazı yasal düzenlemelerde tekrar hâlinde cezanın ne kadar arttırılacağı gösterilmiştir.

<sup>272</sup> SOYASLAN, age, s. 144, OĞURLU, age, s. 51

<sup>273</sup> OĞURLU, age, s. 51

<sup>274</sup> NAZAROĞLU, agm, s. 104

<sup>275</sup> DÖNMEZER/ERMAN, age, s. 349,

<sup>276</sup> İÇEL/DONAY, age, s. 32

<sup>277</sup> SOYASLAN, age, s. 144

<sup>278</sup> Diğer taraftan, fiilin tekrarı halinde cezanın nasıl arttırılacağına yasa ile düzenlenmediği durumlarda sorun çıkmaktadır. Örneğin 3984 sayılı Yasa’nın 33 üncü maddesinin uygulanması aşamasında, idare mahkemesi, uyarıyı gerektiren ihlalin üzerinden ne kadar süre geçtikten sonra yapılan aynı nitelikteki ihlalin “tekrar” sayılacağı konusunda bir düzenleme getirilmediğini belirten idare mahkemesine göre, “*Bu hususun yasada düzenlenmemiş olmasının, Üst Kurulun (Radyo Televizyon Üst Kurulu) amacı doğrultusunda işlem tesis etmesini engellemeyeceği, esasen uyarıyı gerektiren ihlalden ne kadar süre sonra ihlalin tekrar sayılacağına yasayı uygulayan Üst Kurulca uyarı yazısında belirtmek suretiyle uygulama yapılmasının 3984 sayılı yasa ile sağlanmak istenen amaca da uygun olacağı tartışmasızdır.*” Ankara 2. İdare Mahkemesi, 23.05.1996, E. 1995/1499-K.1996/540; GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, s. 764

Danıştay aynı uyarı cezasına dayanılarak tekrar yayın durdurma cezası uygulamasına olanak bulunmadığı gerekçesiyle idare mahkemesince verilen iptal kararını bozarken, “*İdarenin yayın durdurma cezası vermesi ve uygulaması sadece, daha önce uyarı cezasına konu edilen bir yayın ilkesi ihlalinin tekrarı haline bağlanmıştır. yoksa, aynı yayın ilkesi ihlalinin birden çok kez tekrarlanması halini; izin uygulamasının bir yıla kadar geçici olarak durdurulması veya yayın izninin iptali biçimindeki cezalandırma yöntemini her defasında bir uyarı cezasına dayandırmış değildir..... Aksi hal, yani aynı kuruluşun daha önce uyarı cezasına konu olan yayın ilkesini tekrar ihlal ederek izin uygulamasının durdurulması biçiminde cezalandırılması sonrası aynı yayın ilkesini yeniden ihlal*



Örneğin 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 47/A. maddesine göre, fiilin tekrarı hâlinde para cezası iki kat, müteakip tekrarlarda da üç kat olarak uygulanır; cezadan itibaren iki yıl içinde aynı fiil işlenmediği takdirde önceki cezalar tekrarda esas alınmaz.

KK'nın "Vazgeçme ve Kabul" başlıklı 30 uncu maddesinde kabahatlerin sonuçlarına ilişkin önemli bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre kanun yoluna başvuran kişiye, bu konuda karar verilinceye kadar başvurusundan vazgeçme hakkı tanınmıştır. Fakat bu kişi vazgeçme halinde bir daha aynı konuda kanun yoluna başvuramayacaktır.

Öte yandan, ilgili kamu kurum ve kuruluşu da mahkeme tarafından karar verilinceye kadar kanun yolu başvurusunu kabul ederek idari yaptırım kararını geri alabilecektir.

**c) Kanunilik İlkesi Açısından:** Ceza müeyyidesi ile karşılanan ve suç adı verilen hareketlerin kanun tarafından tayin edilmesi ve keza yasak eylemlere ancak kanunların gösterdiği cezaların uygulanabilmesi çağdaş kamu hukukunun temel ilkelerinden biridir. İlkenin esas ve mantığı, kişilerin yasak eylemleri önceden bilmelerini sağlamak düşüncesine dayanır. Zira ancak bu suretle kişi, hareketlerini düzenlemek imkânını bulabilir ve yine ancak bu şartla kişiyi işlemiş bulunduğu fiilden dolayı kusurlu saymak mümkün olabilir. Kanunilik ilkesi<sup>279</sup> böylece toplum ve bireyin yararlarını dengelemektedir<sup>280</sup>.

---

*etmesi halinin "tekrar" kabul edilmemesi anlamına gelir ki, bunu yasanın 33. maddesinin 2. fıkrasının açık hükmü karşısında kabul etmeye olanak yoktur."* ifadelerini kullanmıştır. D. 10. D., 5.11.1997 gün, E. 1997/4713, K. 1997/4138. DD, S. 96, s. 630

RTÜK'ün 3984 sayılı Yasa'nın 33. maddesinin (2) numaralı fıkrasında öngörülen izin uygulamasının geçici olarak durdurulması iznin iptali durumu arasındaki sürenin ilke kararı ile belirlenip belirlenemeyeceğini sorması üzerine Danıştay, "üst kurul tarafından, iki ihlal arasında süre belirlenmesi yoluna gidilmesi durumunda, saptanan sürenin geçmesinden sonra tekrarlanacak ihlal üzerine, kanunda öngörülen yaptırım uygulanmasına fiilen olanak kalmayacak ve dolayısıyla kanun hükmünün uygulanması idari nitelikteki bir kararla engellenmiş olacaktır ki, anılan 33. maddenin gerek yazılış biçiminden ve gerekse içeriği yönünden böyle bir sonuca ulaşmak olası değildir." sonucuna varmıştır. D. 1. D., 28.06.1996 gün, E. 1996/106, K. 1996/136. DD, S. 92, s. 83, GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, s. 764

<sup>279</sup> Kanunilik ilkesi şu filozofik ve sosyal temellere dayanmaktadır. 1) Suç, kişi hürriyetini sınırlayan bir emir ve yasaklamadır. En büyük değer ve nimetin hürriyet olarak kabul edildiği çağdaş toplumsal anlayışta, özgürlüklerin sınırlanmasının zorunlu olduğu hallerin ve zorunluluğu takdir yetkisi ancak

İşte ceza hukukundaki bu temel prensibin idari ceza hukukundaki görünümünün nasıl olacağı tartışmalıdır.

*GÖLCÜKLÜ*'ye göre idarenin sahip olduğu kendine has özellikler kanunilik ilkesinin bireye sağladığı güvenceleri önemli ölçüde bertaraf etmektedir. Bunun en önemli nedeni idarenin düzene aykırılık teşkil eden eylemlerin nitelendirilmesinde çok geniş bir takdir hakkına sahip olmasıdır. Bu hak, idarenin serbestçe karar vermesini de kolaylaştırmakta, yaptırımı uygulayan bu makamın ceza hâkiminde olduğu gibi daraltıcı bir yorumla bağlı tutulması söz konusu olmamaktadır<sup>281</sup>. *ÖZAY* ise kanunilik ilkesinin idare hukuku ve idari yaptırımlar alanında, ceza hukukundaki kadar kesin olarak belirlenmeyen ve belirlenmesinde de zorunluluk olmayan bir prensip şeklinde görmektedir<sup>282</sup>. *SOYASLAN* da benzer bir şekilde idari yaptırımlar içinde kanunilik prensibinin gerekli olduğunu ancak kazai yaptırımlar derecesinde katı olmadığını belirtmekte bunun nedenini de idarenin gerek eylemi nitelendirmek gerekse uygulanacak cezayı takdir ve tespit etmek konusundaki yetkisinin genişliğine dayandırmaktadır<sup>283</sup>. İdari yaptırımlar açısından kanuniliğin zorunlu tutulmaması hususuna neden olarak, idarenin yaptırım uyguladığı kişilerin, kamu görevlisi statüsünde bulunması, sözleşmenin tarafı olması, idareden izin alarak bir faaliyette bulunma veya kamu hizmetinden yararlanan gibi idare ile özel bir ilişki içinde bulunulması da gösterilmektedir<sup>284</sup>. *GÜNDAY* bu noktada bir ayrıma gitmiştir. Buna göre, genel cezalar “suç ve cezaların kanuniliği ilkesi” uyarınca, mutlaka kanunla konulur. Oysa idari cezalar, korudukları idari düzenin kanun konusu olması hâlinde kanunla konulur. Bunun dışında, idari

---

egemenliği temsil eden kanun koyucuya tanınabilir. 2) Bu ilkeye yer verilmemesi halinde, hangi hareketinden dolayı ne zaman ve ne suretle cezaya uğratılacağını kestirmek imkanından yoksun duruma düşecek kişi, çok kere, hareket yerine, hareketsizliği tercih eder; ceza adaleti de rastlantılara, keyfi hislere ve ihtiraslara terkedilmiş olur. 3) Psikolojik yönden, ilke eğitici ve korkutucu değeri itibarıyla kabul edilmelidir. DÖNMEZER/ERMAN, age, s. 18

<sup>280</sup> DÖNMEZER/ERMAN, age, s. 17

<sup>281</sup> GÖLCÜKLÜ, age, s. 137-138

<sup>282</sup> ÖZAY, age, s. 96

<sup>283</sup> SOYASLAN, age, s. 145

<sup>284</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, s. 761

cezaların düzenleyici idari işlemler örneğın yönetmelikler ile konulması da mümkündür<sup>285</sup>.

ÖZTÜRK'e göre ise kanunilik ilkesine mümkün olduğu ölçüde, idari yaptırımı gerektiren fiiller bakımından da uyulmalıdır; çünkü hukuk devleti ilkesi bunu gerektirir. Hatta Yazar'a göre suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini feda etmeden, sorunların üzerine süratle gidebilen, etkili, dinamik bir idare yaratılmak isteniyorsa yapılacak ilk iş “*İdari Yaptırımı Gerektiren Fiiller*” başlığını taşıyan bir kanun yapılması ve bu kanunda bütün idari yaptırımı gerektiren fiillere tek tek yer verilmesidir<sup>286</sup>. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin idari yaptırımlara ilişkin 91(1) sayılı tavsiye kararında da, ilk ilke olarak, “*idari yaptırımlar ve uygulanacakları koşullar yasa ile belirlenir*” ifadesine yer verilmiştir<sup>287</sup>.

İdari ceza hukukunun uygulanma alanına giren eylemlere karşı sonuçta kamu kudretini elinde bulunduran ve tabiri caizse, ortaya çıkan ihtilafta hem hâkim hem de savcı durumunda olan idare vatandaşlara tek taraflı tasarrufları ile bir yaptırım ya da tedbir uygulamaktadır. Belki sonuçları itibarıyla gerçek anlamda suçlarda olduğu gibi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması söz konusu değilse de, bilhassa ekonomik yönden bireye getirdiği külfet, bazı hallerde küçümsenmeyecek derecede ağırdır<sup>288</sup>. Gerçekten de idari yaptırımlarla kişinin çalışma özgürlüğünden, mülkiyet ve eğitim hakkına kadar birçok hak ve özgürlük etkilenebilir. Her bir idari yaptırım, bu hak ve özgürlüklere getirdiği sınırlandırmaları ancak yasalara dayanarak yapabilmektedir. Aksi halde, idari para cezası, elkoyma ve müsadere ile kişinin malvarlığına, disiplin yaptırımlarıyla memurun çalışma özgürlüğüne ve öğrencinin eğitim hakkına Anayasa ve yasalardan güç alınmadan dokunulmuş olacaktır<sup>289</sup>.

---

<sup>285</sup> GÜNDAY, age, s. 216

<sup>286</sup> ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, age, s. 104

<sup>287</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, s. 748

<sup>288</sup> MAHMUTOĞLU, age, s. 105

<sup>289</sup> OĞURLU(2001), s. 60

*SANCAKDAR*'a göre de normlar hiyerarşisi ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak idare, yasalara uygun olarak idari yaptırımlarla ilgili işlem ve eylemlerde bulunmak zorundadır. İdarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenlenmesi gerekeceğine dair anayasal hükümden (AY md.123/1) de anlaşılacağı üzere idari yaptırımların sebebi, gerekçesinin yasal bir dayanağı olmalıdır<sup>290</sup>.

Zira Anayasa Mahkemesi de bu çerçevede verdiği bir kararında; *“Yönetim, yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırımı gerektirdiğini takdir edip, kendi yetkisiyle bu konuda kural koyamaz. Yönetimsel yaptırımlar, yönetimin karar ve işlemlerinin denetimi en zorunlu olanlarındandır. Suç ve cezalar, Anayasa’ya uygun olarak yasayla konulabilir. Yönetim kendiliğinden suç ve ceza yaratamaz”*<sup>291</sup>.” ifadeleriyle bu hususun altını çizmiştir.

Diğer taraftan, idari yaptırım uygulanan suçun tanımı konusunda da, ceza hukukuna göre bir esneklik getirilmekte ve *“idari izin sahibinin yasa ve düzenleyici işlemlerle tabi olduğu yükümlülüklerle”* yapılan gönderme ile yaptırım uygulanacak *“ihlalin”* tanımlanması gereğinin yerine getirilmiş olduğu kabul edilmektedir<sup>292</sup>.

Kabahatlerin kanuniliğine ilişkin olarak ise, KK’nın 4. maddesinde özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre yasakoyucu hangi fiillerin kabahat olduğunu kanunda açıkça gösterebileceği gibi kanuna kabahatin kapsam ve koşulları bakımından çerçeve bir hüküm koymakla da yetinebilecektir. Zira madde bu çerçeve hükümlerin idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilmesi imkânını getirmektedir.

---

<sup>290</sup> SANCAKDAR(2007), s. 13

<sup>291</sup> AYM, 19.04.1988, E. 1987/16, K. 1988/8, RG; 23.08.1988, sayı: 19908, s. 44

<sup>292</sup> Helene PAULIAT, **Le Pouvoir De Sanction Des Autorités Administratives Indépendantes** (Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi), (Çev. Mahmut GÖÇER), Bağımsız İdari Otoriteler, (Editör İbrahim KABOĞLU), İstanbul 1998, s. 150

Maddede yer alan ve dikkate alınması emredilen, “kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği” ibaresinin adresi, yasanın 1. maddesidir. Maddede yer alan, “toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacı” bu konudaki çerçeveyi çizmektedir. Bu yolla ancak bu sınırlar içinde mütâala edilebilecek olan normalara yer verilebilir. Bu husus yakın incelemeye alındığında, geniş bir alanı kapsadığı dikkati çekmektedir<sup>293</sup>.

Anılan maddenin 2. fıkrasında kabahatler karşılığında verilecek yaptırımların türünün, süresinin ve miktarının ancak kanunla belirlenebileceği ifade edilmiştir. Bu çerçevede yasakoyucu kabahat teşkil eden fillerin tespitinde idareye sınırlı da olsa bir hareket alanı bırakmayı tercih etmişken aynı kabahatlere verilecek yaptırımların tespitinde “kanunilik ilkesinden” ayrılmayı uygun görmemiştir denebilir.

Çağdaş ceza hukukunun bir diğer önemli ilkesi “*kişisellik*” ilkesi ise idare hukukunda ve idari yaptırımlar alanında ceza hukukundaki mutlak anlamıyla uygulanamamaktadır<sup>294</sup>. İdari yaptırımlar alanında bu ilke *sui generis* bir kural görünümündedir<sup>295</sup>. Danıştay da bir kararında “cezaların şahsiliği ilkesine göre” mirasçılarının idari para cezasından sorumlu olmayacaklarına ve bu nedenle ölü ile müteselsil sorumlu sayılarak adlarına idari para cezasına salınamayacağına karar vermiştir<sup>296</sup>. Bu ilkenin bir istisnası olarak özellikle idari para cezalarında tüzel kişilerin ceza sorumluluğu kabul edilmeye başlanmıştır. Nitekim Fransız Danıştay’ı devraldığı şirketin eylemi nedeniyle bir şirkete idari para cezası uygulanabileceğini kabul etmiştir<sup>297</sup>.

KK, tüzelkişilere kabahatler dolayısıyla idari yaptırım verilebilmesini kabul etmiştir. Kanunun “Organ veya Temsilcinin Sorumluluğu” başlıklı 8.

---

<sup>293</sup> YURTCAN, age, s. 5

<sup>294</sup> Feyyaz GÖLCÜKLÜ, **İdari Ceza Müeyyidesi ve Bunlara Karşı Kanun Yolları**, SBFD, C. 18, Eylül – Aralık 1963, s. 215

<sup>295</sup> ÖZAY, age, s. 61

<sup>296</sup> D. 14.03.1979 gün, E. 1978/1030, K. 1979/592

<sup>297</sup> Bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, s. 762

maddesine bir tüzelkişide organ veya temsilcilik görevini icra eden ya da o tüzelkişide organ ya da temsilci olmasa bile tüzelkişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişilerin bu göreve göre işledikleri kabahatlerden dolayı tüzelkişiye de idari yaptırım uygulanabilecektir.

Tüzelkişiler bakımından olduğu gibi temsil ilişkisi bakımından da cezaların kişiselliği ilkesinin dışında hükümler getirilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında, temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin temsilci sıfatıyla hareket ettiği sırada bu sıfatla bağlantılı olarak işlemiş olduğu kabahatlerden dolayı temsil edilen gerçek kişi hakkında idari yaptırım uygulanabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca gerçek kişiye ait bir işte çalışan kişinin bu faaliyeti çerçevesinde işlediği kabahatten dolayı, iş sahibi kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilecektir.

Anılan maddenin son fıkrasına göre de organ, temsilcilik veya hizmet ilişkisinin dayanağını oluşturan işlem hukuken geçerli olmasa bile idari yaptırımlar uygulama bulmaya devam edecektir. Bunun anlamı şudur: Tüzel kişilerin bünyesinde organ, temsilci ya da hizmet ilişkisi kurulurken yapılan işlemlerin hukuken geçersiz oldukları, kabahat işlendikten sonra ortaya çıkabilir. Bu durumda bu işlemlerin iptali gerekir. Ancak yasanın öngördüğü sonuç, buna rağmen kabahatten ötürü fail/failleri ya da tüzel kişiyi, maddedeki ilkelere sadık kalınarak cezalandırmaktadır<sup>298</sup>.

Ceza Hukukunda, kanunilik ilkesinin tamamlayıcısı olan failin durumunu ağırlaştıran ceza kanunlarının geçmişe etkili olamaması halinin idari yaptırımlar açısından da geçerli olduğu, idari yaptırımı düzenleyen yeni bir yasanın aleyhte hükümlerinin geçmişe yürütülmemesi kabul edilmektedir<sup>299</sup>.

Nitekim KK'nun "Zaman Bakımından Uygulama" başlıklı 5. maddesinde 5327 sayılı Türk Ceza Kanununun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerinin yani bu Kanunun failin lehine olan kanunun geçmişe etkili olması halini düzenleyen 7. maddesinin kabahatler bakımından da uygulanacağı

---

<sup>298</sup> YURTCAN, age, 12

<sup>299</sup> OĞURLU, age, s. 61, MAHMUTOĞLU, age, s. 108

hükme bağlanmıştır. Buna karşın kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralının geçerli olduğu ifade edilmiştir. Bu kurala göre bir kabahat dolayısıyla, idari yaptırıma karar verilmiş fakat kararın infazı, uygulanması henüz gerçekleşmemiştir. Bu aşamada, söz konusu kabahate ilişkin bir norm yürürlüğe girmiştir. Bu norm, normun yürürlüğünden önce işlenmiş kabahatler bakımından da uygulanacaktır. Yani norm, kabahatin yaptırımını hafifletiyorsa, bu yeni hafif yaptırım uygulanacaktır. Buna mukabil, yeni norm, kabahatin yaptırımını ağırlaştırıyorsa, bu ağır yaptırım uygulanacaktır<sup>300</sup>.

KK'nın anılan 5. maddesinin ikinci fıkrasında ise, ceza hukukunda kabul edilen temel bir prensibin aksine bir düzenleme yapılmıştır. Fıkra göre, kabahat, failin icrai veya ihmali davranışı gerçekleştirdiği zaman işlenmiş sayılacak neticenin oluştuğu zaman, bu bakımdan dikkate alınmayacaktır. Bilindiği üzere ceza hukuku istisnalar dışında, fail suçun neticesi gerçekleştiğinde suçun tam cezası ile cezalandırılır. Ayrıca suç, neticenin gerçekleştiği zamanda işlenmiş sayılır. Bu sonuç, yasanın zaman bakımından uygulanması açısından büyük önem taşır. Bir olayda önceki-sonraki yasa değerlendirmesi yapılmak gerekirse, bu neticenin gerçekleştiği zamandaki yasa dikkate alınarak yapılır<sup>301</sup>.

**d) Kusurluluk Unsuru Açısından :** Ceza sorumluluğunun temel koşulu, insan davranışının (hareket) iradi olarak gerçekleştirilmesidir. Bu yönden, iradi olarak gerçekleştirmediği hareketi hukuka aykırı olsa bile, bir kimsenin bu eyleminden dolayı sorumlu tutulması düşünülemez. İşlediği eylem ile kişi arasındaki sübjektif bağlantı, suçu oluşturan haksızlığın sübjektif unsurunu, yani kusurluluğu sonuçlar. Böylece sübjektif unsur ya da kusurluluk, suçun eylem unsuruna hayat veren bir nitelik göstermektedir<sup>302</sup>.

---

<sup>300</sup> YURTCAN, age, s. 7

<sup>301</sup> YURTCAN, age, s. 8

<sup>302</sup> Kayıhan İÇEL, **Suç Teorisi**, İstanbul 2000, s. 198

*SOYASLAN*’ a göre, idari müeyyidelerde sorumluluk objektif olup, failde kast veya takdir aranmaz<sup>303</sup>. *GÖLCÜKLÜ*’ye göre de idari suçlar çoğu halde, fiilin işlenmesiyle tamam olan, yani manevi unsur aranmaksızın, sırf sonuç gözönünde tutularak cezalandırılan fiillerdir<sup>304</sup>.

Buna karşın, Viyana Uluslararası Ceza Kongresi’nde, gerçek kişilerin idari ceza hukukuna ilişkin sorumluluğunun kişisel kusur (kast veya taksir) ilkesine dayanması gerektiği yönünde karar alınmıştır<sup>305</sup>.

Yukarıda yer verilen karara paralel olarak, kamu hukukuna özgü bir alanda kusursuz sorumluluk hallerine yer verilmesi doğru değildir. Özel hukukta dahi çok sıkı şekil şartlarına tabi tutulan bu sorumluluk türünün sakıncaları üzerinde durmaya gerek yoktur. Hukuk devleti ilkesinin geçerli olduğu siyasal sistemlerde objektif esaslardan hareketle sorumluluğun tespitine imkân yoktur<sup>306</sup>. Bu nedenle hukuk devleti ilkesinin önemli gereklerinden birisi olan kusur ilkesinin, idari yaptırımlar bakımından kusur olmadıkça idari yaptırımın uygulanmaması kural olarak kabul edilmelidir<sup>307</sup>.

KK kusurluluğa ilişkin açık bir hüküm içermektedir. Kanunun “Kast veya Taksir” başlıklı 9. maddesine göre ilgili kanunda bir kabahatin salt taksir veya salt kastla işlenebileceği şeklinde özel bir hüküm bulunmadıkça kabahatler hem kast hem de taksirle işlenebilir. Bu çerçevede KK’nın kabahatler bakımından kusursuzluk sorumluluk halini benimsemediği söylenebilir.

Dolayısıyla bu düzenleme karşısında, artık idari suçlar bakımından da kusurluluk ilkesi geçerli olup, bu alanda objektif sorumluluğun uygulanması hukuken mümkün değildir. İdari suçlarda, cezai sorumluluğun doğabilmesi için

---

<sup>303</sup> SOYASLAN, age, s. 144

<sup>304</sup> GÖLCÜKLÜ, age, s. 138

<sup>305</sup> XIV. Viyana Uluslararası Ceza Kongresi Kararları, s. 7

<sup>306</sup> MAHMUTOĞLU, age, s. 111

<sup>307</sup> SANCAKDAR, agm, s. 10



fiili işleyen kişinin en azından taksir düzeyinde bir kusurluluğunun varlığı zorunludur<sup>308</sup>.

**e) Ne bis İn İdem Kuralı Açısından:** Ne bis İn İdem kuralı “*failin bir fiilden dolayı yargılanıp hakkında hüküm kurulduktan ve bu hüküm kesinleştikten sonra, aynı fail hakkında aynı fiilden dolayı aynı türden bir dava açılmamasıdır. İkinci kez açılan davanın reddi gerekir*”<sup>309</sup>. ÖZAY bu kuralın cezai yaptırım ile idari yaptırımlara sınırlı uygulanabileceğini bunun nedeninin ise iki yaptırımın da ayrı ayrı alanlarda ayrı amaçlara yönelik olarak uygulanması olduğunu ifade etmiştir. Yazar’a göre, bu kural salt idare hukuku içinde de sınırlı bir uygulama bulabilecektir. Buna göre, idarenin bir şahsı değişik iki sıfatı ve durumu bakımından ele alıp, aynı fiilden dolayı, kendisine iki ayrı yaptırım uygulaması hukuken mümkün ve caizdir. Çünkü, idari yaptırımların uygulanmasında, ceza hukukunun, aynı fiilden dolayı değişik esaslara dayanan birden fazla ceza verilemeyeceğine dair kuralı geçerli değildir<sup>310</sup>.

Danıştay 10. Dairesi’nin yakın tarihli bir kararı da “ne bis in idem” kuralı ekseninde idari ceza hukuku ile ceza hukuku arasındaki ayrımın yapılmasında benimsenen ölçütleri göstermesinden açısından çok önemlidir.

Dava, davacı yayın kuruluşuna ait, “...Radyo” adıyla yayın yapan radyonun 05.01.2001 tarihinde yayınlanan “...” Adlı programda yayınladığı konuşmalarla 3984 sayılı Yasanın 4/c maddesinde düzenlenen yayın ilkesini ihlal ettiğinin saptandığı öne sürülerek, aynı Yasanın 33. maddesi uyarınca yayının 3 gün süreyle geçici olarak durdurulmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. Ankara 8. İdare Mahkemesi, radyonun sorumlu müdürü ile program sunucusu hakkında 2. Devlet Güvenlik Mahkemesince, sanıkların üzerine atılı bulunan suçun yasal unsurlarının yokluğu nedeniyle oluşmadığından beraatlerine karar verildiği, canlı yayında geçen dinleyici konuşmalarda dinlendiğinde bahsi geçen yayın ilkesinin ihlali niteliğinde değerlendirilemeyeceğinden bahisle dava konusun işlemin iptaline karar verilmiştir.

<sup>308</sup> Muharrem ÖZEN, **Rekabet ve Ceza Hukuku**, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, Sempozyum. Bildiriler-Tartışmalar-Panel, 7-8 Ekim 2005, s. 253

<sup>309</sup> YCGK, 25.05.1999 tarih, E. 1999/1-62, K. 1999/130

<sup>310</sup> ÖZAY(1985), s. 64

Danıştay temyiz incelemesi sonrası verdiği 05.12.2003 tarih ve E. 2002/521, K. 2003/4772 sayılı bozma kararında şu gerekçelere yer vermiştir; “İdare Mahkemesince, idari yaptırıma ilişkin dava konusu işlemin iptaline karar verilirken öncelikle radyonun sorumlu müdürü ile programın sunucusu hakkında açılan dava sonucu Devlet Güvenlik Mahkemesince verilen beraat kararı, dolayısıyla ilgililer hakkında ceza yaptırımı uygulanmaması dayanak alınmıştır.

*Ceza yaptırımı ile idari yaptırımlar, amaç, yaptırıma yetkili organ, usul, hukuki sonuç ve hukuksal nitelik yönlerinden birbirlerinden farklıdır.*

*Ceza yaptırımları, Ceza Kanunlarında suç olarak öngörülen ihlallerin yaptırımı olarak ceza yargılaması sonucunda verilebilen kararlar iken, idari yaptırımlar yasaların açıkça yetki verdiği ve yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, idarenin bir işlemi ile ve İdare Hukukuna özgü usullerle verdiği kararlardır.*

*Ceza yaptırımları, toplum düzenini korumayı ve sağlamayı amaçlarken, idari yaptırımlar, idari emir ve yasağı bozan idari düzen ihlallerini önlemeyi amaçlar.*

*Ceza Kanunlarında suç olarak öngörülmediği için ceza yaptırımına konu olmayabilen bazı eylem ve davranışlar idari düzen ihlaline yol açtığı hallerde idari yaptırıma konu olabilir.*

*Ceza yaptırımları ile idari yaptırımların belirtilen nitelikleri nedeniyle, ceza yaptırımları yanında, idarece ayrı bir yaptırım uygulanabildiği gibi, ceza yaptırımı uygulanmadığı hallerde de idari yaptırım uygulanmasını gerektiren bir eylemin varlığı hâlinde, ceza yargılamasındaki nitelendirme ve verilen karar idari yaptırım uygulamasını engellemez. Ceza yargılamasında irdelenen ihlal nedeni eylem ile idari yaptırım kararı sırasında irdelenen idari düzeni ihlal edici eylem öncelikle birbiriyle örtüşen, aynı şekilde tanımlanan eylemler ve aynı nitelikte ihlaller olmadığından ceza yargılaması sonucu verilen kararın, idari yaptırıma ilişkin karar yönünden bağlayıcılığı bulunmamaktadır.*

*Bu nedenle dava konusu işlemin İdare Hukuku usul ve kuralları içerisinde hukuka uygunluğu denetiminin yapılması, sözkonusu yayının belirlenen yayın ilkelerini ihlal edici niteliği bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>311</sup>.*”

KK bu kurala ilişkin olarak da önemli bir düzenleme içermektedir. Kanunun “İçtima” başlıklı 15. maddesinin 1. fıkrasında öncelikle ilgili kanunda bir kabahate ilişkin olarak iki idari yaptırım öngörülmesi haline yönelik olarak

<sup>311</sup> D. 10. D, E. 2002/521, K. 2003/4772, 05.12.2003

idari para cezasından başka idari yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verileceği hükme bağlanmıştır.

Aynı maddenin son fıkrasında ise, ihlale aynı zamanda hem ceza hem de yaptırım sonucunun bağlandığı hallerde nasıl bir yol izleneceği açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilecektir. Ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanması mümkün olacaktır. Bu çerçevede KK'nın Ne bis İn İdem kuralının kabahatler ve suçlar açısından geçerli olduğunu kabul ettiği söylenebilir.

#### **IV. İDARİ CEZA HUKUKUNDA TAKDİR YETKİSİ**

##### **A- Genel Olarak**

Toplum hayatının gereksinimleri idareye takdir yetkisi tanınmasını kaçınılmaz kılmaktadır. Ortak ve medeni ihtiyaçların günden güne artması ve devletin görevleri ile ilgili anlayışların değişmesi sonucu idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin alanı sürekli genişlemekte ve pek çok bakımdan teknik ve uzmanlığı gerektirir bir hâl almaktadır<sup>312</sup>.

Takdir yetkisi ve buna bağlı yerindelik kavramları idarenin, kendi görev ve yetki alanı içindeki alanı serbestçe biçimlendirme isteği ile idari yargının, idare üzerindeki denetimini etkinleştirme eğiliminin çatışma noktasını oluşturmaktadır. İdari yargı, takdir yetkisini, kamu yararı açısından denetlemeye çalışırken, idare, yasama yoluyla bu alanı yargı denetimi dışına çıkarma çabasını gütmüştür<sup>313</sup>.

İdare hukuku doktrininin en karmaşık konularından biri olan takdir yetkisinin öğreti ve uygulamada üzerinde uzlaşılan bir tanımı bulunduğunu söylemek güçtür. *ONAR*'a göre takdir yetkisi hukuk düzeninden, hukuki işlemlerle bunların unsurlarını

---

<sup>312</sup> Halil KALABALIK, *İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması*, GÜHFD, Aralık 1997, Cilt:1, Sayı:2, s. 260

<sup>313</sup> Ramazan ÇAĞLAYAN, *Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi*, AÜEHFD, C:VII, S. 3-4, 2003, s. 171

ve şartlarını tayin ve tespit eden üstün kuralların hususiyetlerinden ve hak sahibinin salahiyetlerinden doğma tabii bir neticedir<sup>314</sup>. *ÖZYÖRÜK*'e göre idarenin bir yetkiyi kullanıp kullanmamak veya kullanışın bazı gereklerini bizzat tayin etmekte serbest bırakıldığı hallerde takdir yetkisinden söz edilir<sup>315</sup>. *BALTA*'ya göre ise, pek çok konularda hukuk, uygun çözüm şeklini seçme hususunda idareyi, yerine göre az veya geniş ölçüde, serbest bırakır. Bu gibi halde idarenin takdir yetkisi vardır denir<sup>316</sup>. *GÖZÜBÜYÜK*'e göre yönetimin bir yetkiyi kullanıp kullanmamakta, ya da kullanılmasının gereklerini saptamada az-çok serbest bırakılması durumunda, takdir yetkisinden söz edilir. Takdir yetkisinde, yönetimin elinde birden çok çözüm vardır<sup>317</sup>. Ve son olarak da *ÖZAY*'a göre takdir yetkisi, idarenin hukuk kuralları içindeki hareket özgürlüğüdür<sup>318</sup>.

## B- İdari İşlemin Unsurları Bakımından Sınırları

Yönetim hukuku ilkelerine göre, yönetimin ve kamu görevlilerinin yetkileri önceden yasalarla belirlenmiştir. Aynı zamanda yetki kamu düzeni ile ilgilidir ve yetki ile ilgili kurallar, genişletici bir biçimde yorumlanıp uygulanamaz<sup>319</sup>. Bu nedenle doktrinde genel görüş, idari işlemin yetki unsurunda takdir yetkisinin söz konusu olamayacağı yönündedir<sup>320</sup>. Buna karşılık doktrinde, idarenin yetki unsurunda sınırlı da olsa bir takdir yetkisinin olduğu savunulmaktadır<sup>321</sup>.

İdari işlemin hukuk âleminde gerçekleşme şekli ve işlem yapılırken takip edilen usuller, idare için bir düzen ve kolaylık olduğu gibi, idare edilenler için de bir güvencedir<sup>322</sup>. Bu nedenle şekil yönetsel işlemlerin önemli öğelerinden biridir<sup>323</sup>.

<sup>314</sup> Sıddık Sami ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul 1966, C.I, s. 432

<sup>315</sup> *ÖZYÖRÜK*, age, s. 192

<sup>316</sup> *BALTA*, age, s. 85

<sup>317</sup> Şeref GÖZÜBÜYÜK, *Yönetsel Yargı*, Ankara 2001, s. 240

<sup>318</sup> *ÖZAY*(2002), age, s. 377

<sup>319</sup> *GÖZÜBÜYÜK*, age, s. 203

<sup>320</sup> ONAR, age, s. 425; Nuri ALAN, *Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi*, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 1982, s. 34; GÖZÜBÜYÜK, age, s. 241; Şükrü KARATEPE, *İdarenin Takdir Yetkisi*, *Türk İdare Dergisi*, Yıl:63, Eylül 1991, Sayı 392, s. 94; *ÖZAY*(2002), age, s. 377, *ÖZYÖRÜK*, age, s. 193

<sup>321</sup> “Bir idari yetkinin esas merciine, sahip olduğu yetkiyi dilerse kendisi kullanması, dilerse başkalarına devredebilmesi konusunda serbesti tanınması halinde yetki unsuru bakımından idarenin takdir yetkisi söz konusudur.” *BALTA*, age, s. 170

<sup>322</sup> *KARATEPE*, agm, s. 95

Doktrinin bir kısmı idarenin, şekil unsurunda takdir yetkisi olduğunu savunmaktadır<sup>324</sup>. Buna karşın genel olarak kabul gören görüşe göre idarenin şekil unsurunda takdir yetkisi yoktur<sup>325</sup>.

İdari işlemlerde amaç unsuru ile, yönetsel işlemde beklenen son amaç anlatılmak istenir ki her yönetsel işlemin bir amacı vardır; o da kamu yararidir<sup>326</sup>. Doktrinde idari işlemin amaç unsurunda takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Doktrinin bir kısmı, idari işlemin amaç unsurunda idarenin takdir yetkisinin bulunduğunu kabul etmektedir<sup>327</sup>. Buna karşın doktrinde genel olarak amaç unsurunda takdir yetkisinin söz konusu olamayacağı kabul edilmektedir<sup>328</sup>.

Takdir yetkisinin en fazla görüldüğü ve sorunlara neden olduğu alan “sebebe” unsurudur<sup>329</sup>. Bir idari işlemin sebebi, o idari işlemde önce gelen, idareyi o işlemi yapmaya sevk eden ve nesnel hukuk kurallarınca belirlenmiş bulunan bir etkidir<sup>330</sup>. İdareyi bir işlemi yapmaya sevk edecek neden maddi bazı olaylar olabileceği gibi, o işlemde önce yapılmış bir başka işlem de olabilir<sup>331</sup>. Diğer taraftan idari işlemlerin kendilerinden önce var olan ve nesnel hukuk kurallarıyla belirlenmiş bulunan bir sebebe dayanmak zorunda olduğu da unutulmamalıdır<sup>332</sup>. Sebebe unsuru bazen kanunda açıkça gösterilirken bazen de belirsiz kavramlar kullanılarak gösterilmekte bazen hiç gösterilmemektedir.

İdari işlemin sebebinin kanunda açık bir şekilde gösterildiği durumlarda idari işlemin kanunun gösterdiği sebebe dayanması ve bunun işlemde açıkça gösterilmesi

---

<sup>323</sup> GÖZÜBÜYÜK, age, s. 214

<sup>324</sup> KARATEPE, agm, s. 95; BALTA, age, s. 170; ONAR, age, s. 425; “*idari işlemlerin yapılmasında izlenecek usul, istisnalar dışında kurallarla belirlenmiş olmadığı halde yazılı olmaları genel bir şekil şartı olduğundan biçimde de azından yazılılık dışı bir şeklin tercihi mümkün değildir ve dolayısıyla takdir yetkisi sadece usule ilişkin olabilir.*” ÖZAY, age, s. 377

<sup>325</sup> ÖZYÖRÜK, age, s. 193; ALAN, agm, s. 34; GÖZÜBÜYÜK, age, s. 241

<sup>326</sup> GÖZÜBÜYÜK, age, s. 233; ONAR, age, s. 316; ALAN, age, s. 49; ÖZAY(2002), age, s. 421

<sup>327</sup> BALTA, age, s. 170

<sup>328</sup> ÖZYÖRÜK, age, s. 193; ÖZAY(2002), age, s. 377; KARATEPE, agm, s. 98; ONAR, age, s. 426

<sup>329</sup> ÖZAY(2002), age, s. 377

<sup>330</sup> GÜNDAY, age, s. 138; GÖZÜBÜYÜK, age, s. 222; ÖZAY(2002), s. 375; KARATEPE, agm, s. 98; ÖZYÖRÜK, age, s. 176

<sup>331</sup> GÜNDAY, age, s. 139; YAYLA, age, s. 92; ÖZAY(2002), s. 376; GÖZÜBÜYÜK, age, s. 222; ÖZYÖRÜK, age, s. 176

<sup>332</sup> YAYLA, age, s. 94, GÜNDAY, age, s. 138, ÖZAY(2002), age, s. 376

gerekir<sup>333</sup>. *KARATEPE*'ye göre idarenin takdir yetkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin olarak burada şöyle bir ayrım yapmak gerekir. Eğer idari işlemin sebebini gösteren kanun, bu sebebe bağlı olarak mutlaka yapılması gerekeni de emretmişse idarenin takdir yetkisi bulunmayacak; buna karşın mevzuatta sebep, objektif olarak gösterilmekle beraber, bu sebebe göre işlem yapmak veya yapmamak konusunda idareye takdir yetkisi tanınmış ise bu durumda idarenin sebep unsurunda takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilecektir<sup>334</sup>.

İdari işlemin sebebini kanunda “kamu düzeni”, “milli güvenlik”, “genel ahlak”, “görülen lüzum” gibi belirsiz kavramlar kullanılarak gösterildiği hallerde, *GÜNDAY*'a göre, idare öncelikle belirsiz kavram ile ifade edilmiş sebebini hangi somut olayda gerçekleşmiş olduğunu ortaya koymak zorundadır. Yani idare belli somut ve maddi olaylara dayanmak zorundadır. Ayrıca idarenin işlemini yaparken dayandığı bu somut olayların belirsiz kavrama altlanabilir türden olaylar olması gerekir. Yazar'a göre bu belirsiz kavramlardan bazıları uygulana uygulana belli ve objektif bir anlam kazanmışlardır. Ayrıca toplum da bunlara bir anlam atfetmektedir. Bu nedenle, hiç olmazsa bazı olayların bu kavramlara mutlaka altlanabileceği, bazı olayların ise asla altlanamayacağı bellidir. İşte tam bu noktada idarenin dayandığı ve işlemine sebep olarak gösterdiği maddi olayın belirsiz kavrama altlanıp altlanamayacağı objektif bir biçimde belirlenemeyip, bu konuda kuşku var ise, böyle bir durumda idarenin takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilerek yaptığı hukukî nitelendirmenin hukukiliğinin tartışılmaması gerekir<sup>335</sup>.

Ve son olarak kanunda idari işlemin sebebi hiç gösterilmemiş olabilir. *GÖZÜBÜYÜK*'e göre bu gibi durumlarda, yönetsel işlemin neden ögesi, tümü ile yönetimin takdirine bırakılmıştır. Böyle bir durumda, yönetimin, kararını alırken nedenini göstermemiş olması, işlemin iptalini gerektirmez. Ancak yönetimin dayandığı ama kararında açıklamadığı nedenin kamunun ve hizmetin yararına olması gerekir<sup>336</sup>. *GÜNDAY*'a göre ise sebebi hiç gösterilmemiş bir işlem söz konusu

---

<sup>333</sup> *GÖZÜBÜYÜK*, age, s. 223

<sup>334</sup> *KARATEPE*, agm, s. 99

<sup>335</sup> *GÜNDAY*, age, s. 141-142

<sup>336</sup> *GÖZÜBÜYÜK*, age, s. 224-225

olduğunda da, idare belli olaylara ve nedenlere dayanarak işlem yapmalıdır. İdarenin dayanacağı bu olay ve nedenlerin gerçek olması ve söz konusu işlemi yapmaya yeterli olması gerekir. Aynı zamanda idari işlemin sebep ve maksat unsurları arasında zorunlu bir bağ mevcut olup, kanunda sebebin hiç gösterilmemiş olması hâlinde bile, idari işlemin o işlemde beklenen amacı gerçekleştirmeyi mümkün ve gerekli kılacak bir sebebe dayanması zorunludur<sup>337</sup>.

Bir idari işlemin konusu, onun doğurduğu hukuki sonuç, hukuk âleminde meydana getirdiği değişikliktir<sup>338</sup>. Bir idari işlem veya kararın sebebi idareyi o işlem veya kararı yapmaya ya da almaya sevk eden etkenler, konusu ise o işlem veya kararın doğuracağı hukuki sonuç olduğuna göre, sebep ve konu unsurları arasında çok sıkı bir ilişki, hatta nedensellik bağı vardır<sup>339</sup>. Bu yakın ilişkiye rağmen bazen sebebe bağlı olarak yapılacak işlemin konusu kesin şekilde gösterildiği halde, bazen birden çok konu gösterilebilir. Bu nedenle, konu unsuru bakımından takdir yetkisinin kullanılmasını, “sebebe bağlı olarak konusu gösterilen işlemler” ve “sebebe bağlı olarak konusu gösterilmeyen işlemler” olmak üzere ikiye ayırarak incelemek gerekir<sup>340</sup>. Sebebe bağlı olarak belli bir idari işlemin yapılması öngörüldüğü zaman, gösterilen konuyla bağlı olan idarenin takdir yetkisinden söz edilemez<sup>341</sup>. Zira kanunda öngörülen sebebin gerçekleşmiş olmasına rağmen kanunda öngörülen hukuki sonuçtan başka bir hukuki sonuç doğuran işlem yapılmış ise, bu işlem konu ögesi yönünden hukuka aykırı olacaktır<sup>342</sup>. Sebebe bağlı olarak konusu gösterilmeyen işlemlerde ise konusu belli olmayan işlem, belli bir sebebe bağlı olarak yapılması öngörülmemiş ya da emredilmeyen işlemlerdir. İdari işlemin konusu, idari işlemin yapılmasıyla doğan sonuç ve dolayısıyla bir bakıma işlemin kendisi olduğuna göre, konusu gösterilmeyen işlemde ilk bakışta, mevzuatta hiç gösterilmeyen işlem anlaşılabilir. Fakat bu konu kesin olarak belli olmadığından,

---

<sup>337</sup> GÜNDAY, age, s. 143

<sup>338</sup> ÖZAY(2002), s. 418; ÖZYÖRÜK, age, s. 180; GÜNDAY, age, s. 143; ALAN, age, s. 35

<sup>339</sup> GÜNDAY, age, s. 145

<sup>340</sup> KARATEPE, agm, s. 101

<sup>341</sup> KARATEPE, agm, s. 101

<sup>342</sup> GÜNDAY, age, s. 145

belli bir sebebin gerçekleşmesi hâlinde, idarenin bu sebebe dayanarak yapabileceği birden çok işlem bulunmaktadır<sup>343</sup>.

Yukarıda yer verilen sınırlamalar tartışmasız tüm idari işlemler açısından geçerlidir. Dolayısıyla idari yaptırımlar da hukuki nitelikleri itibariyle idari işlem olduklarından dolayı genel olarak idare, idari yaptırım sırasında takdir yetkisini yukarıda yer verilen sınırlamalara uygun kullanmak zorundadır. Kuşkusuz, idari yaptırımlarda da idareye takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak bu yetkinin mutlak olmadığı, kamu yararı ve hizmetin gerekleri ile sınırlı olduğu Danıştay kararlarında da ifade edilmiştir<sup>344</sup>.

Yaptırımların uygulanmasında idarenin takdir yetkisinin hâkime nazaran çok daha geniş olduğu inkâr edilemez. Ancak bu durumun eşyanın tabiatı gereği olduğunun kabul edilmesi gerekir. Çünkü söz konusu yaptırımlarla zaten düzeni bozucu eylemler karşısında derhal önlem alınarak sosyal düzeni koruma amaçlanmıştır. Bu da doğal olarak idareye elastikiyet kazandırmaktadır<sup>345</sup>.

Yasalar kimi durumlarda, sebebe bağlı olarak idarenin harekete geçip geçemeyeceğini, ne yönde hareket edeceğini belirlemez yahut birden fazla seçenek öngörür. Bu gibi durumlarda, işlemin konu unsurunda idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır<sup>346</sup>. İdari yaptırımlar bakımından bu durum daha çok idarenin alt-üst sınırları içinde bir miktar idari para cezasını belirlemesi konusunda yaşanmaktadır. Fakat idare, kendisine tanınan alt ve üst sınırları belirlenmiş alanda takdir yetkisini kullanırken, alt sınırın üstünde karar vermesi durumunda, bu kararın nedenini belirtmesi gerekir<sup>347</sup>.

---

<sup>343</sup> Halil KALABALIK, **İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi**, GÜHFD, Haziran 1997, Cilt:1, Sayı:2, s. 213

<sup>344</sup> Bu yönde kararlar için bkz. D. 12. D, 19.06.1995 gün, E. 1995/773, K. 1995/1523, DD., S.90, s. 1224; D. 12. D, 04.05.1995 gün, E. 1995/801, K. 1995/1154, DD., S.90, s. 1214; D. 5. D., 24.09.1974 gün, E. 1974/5839, K.1974/6813, DD., S.18-19, s. 387; OĞURLU(2001), s. 159

<sup>345</sup> MAHMUTOĞLU, age, s. 127

<sup>346</sup> ALAN, agm, s. 35

<sup>347</sup> “ Yasa ‘.....ruhsatsız iskan halinde 500 liradan 5000 liraya kadar para cezasının verilebileceğini belirtmiş’ olup dava konusu belediye encümeni kararında ise, hiçbir gerekçe gösterilmeden cezanın azami miktarının tatbik edilmek istenmesinde isabet görülmemiştir.” D. 6. D, K. 1973/5052, DD, S. 14-15, s. 294, GÖZÜBÜYÜK, age, s. 242



İdari yaptırıma karar verilirken, takdir yetkisinin sınırlarının aşılması da konu unsuru bakımından işlemi sakatlayabilecek sonuçlar doğurabilir. Örneğin, Danıştay'ın bu yöndeki bir kararında<sup>348</sup>; ruhsat alınmadan yapımına başlanan inşaatın tamamı için yüksek meblağda idari ceza takdir edilerek azami ceza sınırının aşılması hukuka aykırı bulunmuştur<sup>349</sup>.

ÖZAY, takdir yetkisine ilişkin açıklamalarında önemli bir hususun altını çizmiştir. Yazar'a göre, ceza hukuku alanında benimsenen “*şüphe hâlinde sanık lehine*” karar verme ilkesi, sebep unsuru açısından yaptırımlar için de söz konusu olup, bu konuda yargı yerleri kesin kanı aramalıdır. Delil ve kanaatin kesin olgulara dayanmasını yaptırımlar alanında idarenin “*ciddi davranma yükümlülüğünün*” bir koşulu olarak kabul eden yargı yerleri, söz konusu ciddiyeti yaptırıma neden olan davranışın sebebinden de önde tutmakta, örneğin idarenin hatası sonucu yanlış uygulanan ceza kararı hükmünün infazındaki yanlış ileri sürülerek ikinci kez uygulanamayacağına karar vermektedir<sup>350</sup>.

Düzenleyici kurulların idari yaptırımları açısından takdir yetkisini düşündüğümüzde aşağıda da yer verileceği üzere en çok üzerinde durulması gereken unsurun “sebep unsuru” olduğu söylenebilir. Zira, ileride düzenleyici kurulların idari yaptırımın görünüm biçimleri bağlamında idari yaptırım yetkileri bölümünde de üzerinde duracağımız üzere, kendi özel mevzuatlarında idari yaptırımın sebep unsuru olarak çoğunlukla “*kamu düzeni*”, “*rasyonel ölçütler*”, “*kamu sağlığı*”na aykırılık gibi belirsiz ifadeler kullanma yolu seçilmiştir. Dolayısıyla düzenleyici kurullar söz konusu idari yaptırımları uygularken sebep unsuruna ilişkin belirsiz ifadelerden doğan takdir yetkilerini yukarıda sebep unsuruna ilişkin olarak idareye tanınan takdir yetkisinde getirilen sınırlamalara uygun olarak kullanmak zorunda kalacaktır. Aksi takdirde bu idari yaptırım niteliğindeki idari işlem idari yargıda iptal yaptırımına konu olabilecektir.

---

<sup>348</sup> D. 6. D, 10.12.1976 gün, E. 1976/3247, K. 1976/7234, DD, S. 26-27, s. 252

<sup>349</sup> OĞURLU(2001), s. 164

<sup>350</sup> ÖZAY(1985), s. 121

İdari işlemlerde idarenin takdir yetkisinin denetlenmesinde idare ile idari yargı mercileri arasında çok uzun süredir devam eden mücadeleler sonucunda, Danıştay’ca yılların birikimi ile çeşitli denetim ölçütleri geliştirilmiştir<sup>351</sup>.

### **C- Takdir Yetkisinin Yargısal Denetiminde Kullanılan Ölçütler**

Her idari işlem gibi, takdir yetkisini bünyesinde barındıran işlemler de, bütün unsurları bakımından hukuka uygunluk bakımından denetlenecektir<sup>352</sup>. Takdir yetkisi, keyfi hareket yetkisi değildir. Takdir yetkisi de, ancak hukuka uygun olarak kullanılabilir<sup>353</sup>.

İdarenin işlem ve eylemlerinde sahip olduğu takdir yetkisini hukuka aykırı olarak kullanması “takdir sakatlığı”, takdir yetkisini ihtiyaca aykırı olarak kullanması ise “*takdir isabetsizliği*” olarak adlandırılabilir<sup>354</sup>. Takdir yetkisinin ihtiyaca uygunluğu yerindelik olarak adlandırılmakta ve İYUK md. 2/2 ile yerindelik<sup>355</sup> yani takdir isabetsizliği yargı denetimi dışında bırakılmaktadır.

Yargı yerleri takdir sakatlığının tespiti için şu ölçütleri kullanmaktadır.

#### **aa) Anayasal İlke ve Kurallara Yıkıcılık**

İdare takdir yetkisini, anayasal ilke ve kurallara uygun ve saygılı bir şekilde kullanmak ödevindedir<sup>356</sup>. Anayasa Mahkemesi de muhtelif zamanlarda verdiği kararlarda, idarenin kendisine hukuki düzenlemelerle tanınan takdir yetkisini ancak

---

<sup>351</sup> ULUSOY(2007), s. 3

<sup>352</sup> KARATEPE, agm, s. 107

<sup>353</sup> GÖZÜBÜYÜK, age, s. 242; “ *Takdir yetkisi şayet “keyfi hareket yetkisi” ya da “devlet yetkisi kullanmak, fakat bu kullanışın gereğini ve gerekçesini göstermemek hususunda imtiyazlı olmak” diye anlaşılacak istenirse, cevap verelim ki bu tür bir yetki, ne takdir yetkisi, ne de başka bir türlü yetki olarak, devlet adına kullanılmak üzere, Hukuk devletinde yoktur.* ÖZYÖRÜK, age, s. 195

<sup>354</sup> BALTA, age, s. 88

<sup>355</sup> Yerindelik denetimi yasağının kapsamına nelerin girdiği öğretide şu şekilde belirlenmektedir.

- Maddi olayların değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi.
- Belli bir yönde hareket edip etmeme serbestliği.
- Harekete geçme yer ve zamanının saptanması serbestliği.
- Kullanılacak yöntem, araç ve gerecin seçimi serbestliği. ÇAĞLAYAN, agm, s. 198

<sup>356</sup> BALTA, age, s. 89

anayasal sınırlar içinde kullanabileceğini hükme bağlamıştır<sup>357</sup>. Danıştay bu denetimi yaparken, *sosyal devlet*<sup>358</sup>, *eşitlik*, *hukuk devleti* ve *demokratik yönetim*, gibi ilkeleri kullanmaktadır.

Danıştay'ın takdir yetkisini denetlerken ölçüt olarak kullandığı yukarıdaki ilkelerden en başta geleni eşitlik ilkesidir<sup>359</sup>. Bir diğer önemli ilke de hukuk devleti<sup>360</sup> ilkesidir. Hukuk devleti ilkesinin ise en önemli yönü, idarenin faaliyet alanını ve takdir yetkisinin kötüye kullanılmasını sınırlayan bir kurallar sistemi olmasıdır. Bir başka anlatımla, hukuk devleti ilkesi idarenin takdir yetkisinin kaldırılmasını değil, bunun kullanılmasının denetlenmesini gerekli kılmaktadır<sup>361</sup>.

<sup>357</sup> Anayasa Mahkemesinin 10.02.1970 gün ve E. 1969/60, K. 1970/8 sayılı kararı, AYKONU, Mustafa S.- ÖZKUL, E. Aydın (Haz.) **Anayasa Yargısı**, Cilt:2, Atatürk'ün Yüzüncü Doğum Yılı Armağanı, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 2, Ankara 1981, (naklen, KALABALIK, agm, s. 198 )

<sup>358</sup> “TRT Kurumu Genel Müdürlüğünde sözleşmeli personel statüsünde çalışmakta olan davacının, 1990 yılı sözleşme ücretinin 1989 yılı sözleşme ücretine nazaran daha düşük nispette ödenmesi işleminin iptali ve eksik ödemededen doğan farkların faizi ile birlikte davalı idareden tahsili talebini temyizden inceleyen Danıştay “... Bireysel ve toplumsal huzurun sağlanmasının ve bireyin maddi ve manevi varlığını geliştirmesinin, çalışanların onurlu bir hayat sürdürmesinin sağlanmasının en başta onların ekonomik bakımdan güçlendirilmelerine bağlı olduğu kuşkusuzdur. Anayasanın sözü edilen hükümleri aynı zamanda çalışanların maaş ve ücretlerini saptayacak makamların, bu konuda sahip bulundukları takdir yetkisinin kullanımında gözetmeleri gereken verileri de ortaya koymaktadır. Ülkemizin ekonomik koşulları ve yıllardan beri yaşanan yüksek enflasyon durumu nedeniyle Bakanlar Kurulunca her yıl, Ocak ve Temmuz aylarında olmak üzere, iki kez çalışanların maaş ve ücretlerinde artışlar yapılması yoluna gidilmesinin, bir yandan sözü geçenlerin yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmelerini sağlamak suretiyle Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan “sosyal devlet” ilkesini yaşama geçirmek diğer yandan, kişilerin maddi ve manevi varlıklarını serbestçe geliştirebilecekleri bir ortamın maddi koşullarını yaratmak suretiyle bireysel ve toplumsal huzuru ve kalkınmayı sağlamak ereklerinden kaynaklandığından kuşkuya yer yoktur.” gerekçesiyle bozmuştur. D. 5. D., 23.06.1992 gün, E. 1991/3725, K. 1 1992/1960, DD. S. 87, s. 306-307

<sup>359</sup> “Avukatlık Kanununun 81 inci maddesinin 2 inci bendinde, ... ilk defa avukatlık mesleğine giren kişilerle bunların dışında kalanlar bakımından farklı giriş keseneği tespitine olanak tanıyan açık ya da örtülü herhangi bir kural yer almamıştır. Öte yandan, idare hukuku ilkelerine göre, yasal ya da diğer düzenleyici tasarruflarla idareye tanınan takdir yetkisi mutlak ve sınırsız olmayıp, Anayasal ilke ve kurallarla da sınırlı bulunmaktadır. Bu hukuki durum karşısında ... giriş keseneklerinin farklı şekilde tespitini gerekli kılacak haklı, makul ve objektif bir neden bulunmadığından ... kararın Anayasanın eşitlik ilkesine aykırılığı açıktır.” D. 8. D., 18.11.1975 gün, E. 1975/913, K. 1975/2876, DD. S. 22-23, s. 329

<sup>360</sup> “Bir kamu görevine açıktan atama yapmak konusunda idarenin takdir yetkisi bulunduğu ve yargı kararıyla idarenin bu yetkiyi kullanmaya zorlanamayacağı açıktır. ancak idarenin bu yetkiyi kullanması ve açıktan atama yapmak üzere gerekli işlemleri başlatması durumunda bu yetkinin kullanımının ... yargı denetimine tabi olduğu konusunda duraksamaya yer yoktur... Güvenlik soruşturmasına ilişkin raporlarda yer alan bilgiler istihbari nitelik taşıdıklarından hukuken geçerli başka bilgi ve belgelerle doğrulanmadıkça bu raporların tek başlarına hukuki delil gücünde kabul edilmeleri ve ilgililer aleyhine kullanılmaları hukuk devleti ilkesine aykırı düşer. Öte yandan hukuk devletinde idarenin ve kişilerin hak ve yükümlülükleri, demokratik esaslara uygun olarak, objektif kriterler halinde ayrı ayrı belirlenmiş olup idarenin kişilerin hak ve menfaatlerini etkileyen konularda şüpheye dayanarak işlemler tesis etmesi uygun ve doğru görülemez...” D. 5. D., 10.03.1988 gün, E. 1987/406, K. 1988/704, DD. S. 72-73, s. 285

<sup>361</sup> KALABALIK, agm, s. 198

### **bb) Özel Kurallara Aykırılık**

Özel kurallardan maksat, takdir yetkisine ilişkin hukuk kurallarıdır. Takdir yetkisi bu kurallarla belirtilen esasa ve usule ilişkin şartlara uygun olarak kullanılmak zorundadır<sup>362</sup>. Bir başka anlatımla idare takdir yetkisini kanunun çizdiği sınırlar içinde kullanmalıdır<sup>363</sup>. Buna ek olarak takdir yetkisinin kullanılması için yasalar özel koşullar öngörmüş ise, yönetim bunlara da uymalıdır<sup>364</sup>.

Diğer taraftan, kanunun işlemin sebebini göstermeyerek idareye takdir yetkisi verdiği durumlarda Danıştay, kanunun amacını, yani kanun koyucunun o kanunu yapmaktaki amacını yorumlayarak bir sonuca ulaşmakta ve takdir yetkisini buna göre denetlemektedir<sup>365</sup>. Örneğin, Sıkıyönetim Komutanına, tiyatroları kontrol etmek ve gerektiğinde kapatmak gibi yetkiler veren 1402 sayılı Kanun'un 3. maddesine dayanılarak bir tiyatro binası kapatılmıştır. Danıştay bu yetkinin amacının kamu düzeninin ve genel güvenliğin korunması olduğunu ve ancak bu sebeple tiyatronun kapatılabileceğine hükmetmiştir<sup>366</sup>.

### **cc) Genel Hukuk İlkelerine Aykırılık**

Hukukun genel ilkelerinin tam ve herkesçe kabul edilecek bir tanımını yapmak kolay olmamakla birlikte, bu konuda pozitif bir temel olarak Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün 38'inci maddesinden yararlanılabilir. Bu madde, "uygar milletlerce tanınmış genel hukuk ilkeleri"ni milletlerarası hukukun kaynakları

---

<sup>362</sup> BALTA, age, s. 89

<sup>363</sup> Örneğin Polis Vazife ve Selahiyet Kanununa göre uyuşturucu madde kullanılan yerleri polis kesin delil elde ettiği takdirde o yerin en büyük mülki amirinin emri ile kapatabilir. Şayet kesin delil olmadan kapatma yapılırsa esasa ilişkin bir şart ihmal edilmiş olur. Kesin delil bulunmakla beraber mülki amirin emri olmaksızın kapatma yoluna gidilirse bu kez bir usul eksikliği yapılmış olur. Her iki halde de bir takdir sakatlığı vardır.

<sup>364</sup> GÖZÜBÜYÜK, age, s. 241

<sup>365</sup> ÇAĞLAYAN, agm, s. 190,

<sup>366</sup> D. 12. D., 14.06.1976 gün, E. 1975/1111, K. 1976/1401, DD. S. 26-27, s. 551

arasında saymıştır<sup>367</sup>. Anayasa Mahkemesi bugüne kadar verdiği kararlarında, hukukun genel ilkelerinin bir tanımını yapmamış ve bunları tek tek saymamıştır. Mahkemenin 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlarda tespit ettiği hukukun genel ilkelerinin bazıları şunlardır: a)Devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkesi b)İyi niyet ilkesi c) Ahde vefa ilkesi d) Kazanılmış hakları korumak ya da kazanılmış haklara saygı ilkesi e) Yasaların kamu yararına dayanması ilkesi f) Kanunların geriye yürümezliği ilkesi g) Kesin hükme saygı ilkesi h) Devlete güven ilkesi ı) Yeni kurallara aykırı önceki kuralların kendiliğinden geçersiz duruma gelmesi ilkesi i) Özel kural-genel kural çatışmasında özel kuralın uygulanacağı ilkesidir<sup>368</sup>.

İşte idare takdir yetkisini kullanırken bu genel hukuk ilkelerine de uymak zorundadır<sup>369</sup>. Danıştay ise, hukukun genel ilkeleri ile idare hukuku ilkeleri olmak üzere iki tür yazılı olmayan hukuk kaynağı kabul etmektedir<sup>370</sup>.

#### **dd) Kamu Yararı ve Hizmetin Gereklerine Aykırılık**

İdarenin hiçbir davranışı, hiçbir zaman ve hiçbir koşulla “kamu yararı” amacının dışında bir ereğe yönelik olamaz. Kamu yararına yabancı her unsur idarenin davranışını sakatlar ve hukuka aykırı bir hale getirir. Zira idare doğası gereği “kamu yararı” amacına yönelik etkinlikler içinde olabilir<sup>371</sup>. Danıştay bu iki kavramı birbirini tamamlar şekilde birlikte kullanmakta ve kamu yararı ve hizmetin gereklerini her somut olayda ayrı ayrı belirlemeye çalışarak bütün durumlar için geçerli bir kamu yararı ve hizmetin gerekleri formülüne yönelmemektedir<sup>372</sup>. Yüksek mahkeme, kamu yararı ve hizmetin gerekleri kavramlarını, idarenin takdir yetkisinin bir sınırı olarak kullanmaktadır<sup>373</sup>.

---

<sup>367</sup> ÖZBUDUN, age, s. 120

<sup>368</sup> TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, age, s. 486

<sup>369</sup> Tahsin Bekir BALTA, *İdare Hukuku I-Genel Konular*, Ankara 1970/72, s. 139

<sup>370</sup> KALABALIK, agm, s. 201

<sup>371</sup> ÖZAY(2002), s. 322

<sup>372</sup> ÇAĞLAYAN, agm, s. 191

<sup>373</sup> “...bu yetkinin kullanılmasının keyfi ve mutlak olmayıp kamu yararı ve hizmetin gerekleriyle sınırlı olduğu...” D. 5. D., 30.11.1988 gün, E. 1987/199, K. 1988/2806, DD. S. 74-75, s. 283

## ee) Açık Hata

İdare kendisinin takdirine bırakılan durumların takdirinde açıkça hata yapmak suretiyle işlemini hukuka aykırı hale getirebileceğinden, Danıştay bunu takdir yetkisinin denetiminde bir ölçüt olarak kullanmaktadır<sup>374</sup>. Açık hata, takdir yetkisi içinde alınan işlemlerde idarenin yaptığı açık, belirgin, hemen fark edilebilen tercih hatasıdır denebilir<sup>375</sup>. ÇAĞLAYAN'a göre ise kanunun herkes tarafından anlaşılabilir kadar açık olan hükmüne aykırı şekilde davranılması açık hata halini oluşturur<sup>376</sup>.

Fransız Yüksek İdare Mahkemesi Conseil d'Etat, açık değerlendirme hatası (erreur manifeste d'appréciation) kriterini 60'lı yılların başından beri denetim ölçütü olarak kullanmaktadır. Açık değerlendirme hatasının denetimi sayesinde idare mahkemeleri, idari kararın nedenleri üzerinde daha geniş bir denetim yapma imkânına sahip olmuşlar ve böylece mevcut denetim kriterleri dışında ilgililerin menfaatlerini tartma imkânı oluşmuştur. Böylece orantılılık ilkesine yakın bir denetim yapılmış olmaktadır<sup>377</sup>.

Fransız idare hâkimi, bu tip bir durumla karşılaştığında idari işlemin gerekçesini istemekte, idarenin takdir yetkisinin sınırlanmasında ve idarenin “açık değerlendirme hatası” bulunup bulunmadığını<sup>378</sup> yargısal denetime tâbi tutmaktadır.

---

<sup>374</sup> “ İdari işlemlerin belli bir sebebe dayalı olması gerektiği hususu idare hukukunun temel bir kuralıdır. Ayrıca işlemde sebep gösterilmesinde yasal bir zorunluluk gösterilmese dahi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesine göre, ihtilaf konusunun çözümlenebilmesi ve sağlıklı bir karar verilebilmesi için idare gerekli bilgileri ve işlemin dayanağını mahkemeye bildirmekle mükelleftir. Dava konusu uyuşmazlıkta ise, davacının doçent kadrosuna atanabilmesi için kanuni her türlü şartları haiz olduğu değerlendirme jürisince belirtildiği ve bu kadroya atanması teklif edildiği halde, idare tesis ettiği doçentlik kadrosuna atamama işleminin dayanağını açıklayamamaktadır. Davacının...doçentlik kadrosuna atanması konusundaki isteğinin, usule ya da esasa ilişkin hiçbir neden gösterilmeden reddi yolundaki... kararında, yasanın verdiği takdir yetkisinin kullanılmasında açık hata yapıldığı ortaya çıkmaktadır.” D. 5. D., 10.05.1984 gün, E. 1980/492, K. 1984/2185

<sup>375</sup> ALAN, agm, s. 100

<sup>376</sup> ÇAĞLAYAN, agm, s. 195

<sup>377</sup> Bkz. Yüksel METİN, *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara 2002, s. 169

<sup>378</sup> Conseil d'Etat'nın VINOLAY kararında, yerel ziraat komisyonunun müdürüne, Tarım Bakanlığının araştırma başvurusuna cevap vermemesi nedeniyle görevden alınmasının ağır bir mesleki ihlal bulunmadığından, vakıaların açıkça hatalı bir şekilde değerlendirildiği, bu sebeple

Bu denetim, ölçülülük ilkesi ve Türk Danıştay'ının bir süre sonra uygulaması beklenen işlemin kar ve zarar hesabını ifade eden bilânço ilkesi<sup>379</sup> ile desteklenmektedir<sup>380</sup>.

## V. İDARİ CEZA HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Ölçülülük ilkesi, bir özgürlük veya hakkı sınırlamada başvurulacak aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın, sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oranda bulunmamasını ifade eder<sup>381</sup>. İdare hukuku açısından ise bu ilke, idarenin davranış ve hareketlerinde kullandığı imkân, araç ve ölçülerin, bu davranışı ile elde etmek istediği sonuçlara uyulanması olarak tanımlanabilir<sup>382</sup>.

Ceza hukukunda ceza yaptırımlarının en belirgin unsurlarından olan cezanın “suçla orantılı olması” şeklindeki klasik bir tarzda ana hatlarıyla tanımlanabilen ölçülülük ilkesi, aslında, yaptırım kavramının sınırlarının genişlemesi ile ortaya çıkan idari yaptırımlarla idare hukukunda da kullanılmaya başlanmıştır<sup>383</sup>. İdare hukukunda ise ilkeye, başta temel hak ve özgürlükler ve bu konuyla yakın ilişkili olan kolluk alanı ve özellikle idari yaptırımlarda başvurulmaktadır.

İlke esasında, üç unsur ya da diğer bir deyişle üç alt ilkeye ayrılarak ele alınmaktadır. Bunlar elverişlilik, gereklilik ve orantılılıktır. Anayasa mahkemesi

---

kararın ölçüsüz olduğuna hükmetmiştir. Bkz. Yücel OĞURLU,, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Ankara 2002, s. 116

<sup>379</sup> Fransa’da içtihatla ortaya çıkan fayda-maliyet analizi ya da denge ilkesi, Conseil d’Etat’nın 1971 tarihli “Ville Nouvelle Est” kararı ile ortaya konulmuştur. Buna göre çatışan iki değer arasında bir değerlendirme yapılacak, başka bir deyişle fayda maliyet analizi yapılacak, hangisinin faydası daha fazla ise ona göre karar verilecektir. İlk başlarda sadece bayındırlık işlerinde uygulanan fayda-maliyet analizi ilkesi daha sonraları çevre koruma alanına da girmiştir. ÇAĞLAYAN, agm, s. 206; Fransız idari yargı içtihatları içinde önemli bir yeri olan “Ville Nouvelle Est” kararında, bilanço prensibinin uygulanması ile terazinin bir kefesine işlemin yöneldiği kamu yararı diğer kefesine ise özellikle diğer kamu yararları bakımından dava konusu işlemin taşıdığı sakıncalar konmakta ve karşılıklı tartılarak bir sonuca varılmaktadır. Aydın GÜLAN, **Conseil d’Etat’nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı**, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, 11-12 Mayıs 2000, Ankara, Danıştay Yayınları, Ankara 2000, s. 27

<sup>380</sup> Celal ERKUT, **Hukuka Uygunluk Bloku, İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi**, İstanbul 1996, s. 103

<sup>381</sup> ÖZBUDUN, age, s. 104

<sup>382</sup> Bkz. ERKUT, age, s. 108

<sup>383</sup> Yücel OĞURLU(2002), s. 30

ölçülülük ilkesinin bu alt unsurlarına ayırarak verdiği kararında<sup>384</sup> söz konusu unsurları şu şekilde tanımlamıştır;

*“İtiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantısının korunması ile ilgili ‘ölçülülük’ ilkesinin alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik ‘elverişlilik’, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan ‘zorunluluk-gereklilik’, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yüküm getirip getirmediğini belirleyen ‘oranlılık’ ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayılan görüşler bu nedenlerle yerinde bulunmamıştır.”*

Ölçülülük ilkesinin dahi iyi anlaşılabilmesi açısından yukarıdaki kararda yer verilen üç ilkeye kısaca değinilmesinin yararlı olacağı düşünülmektedir.

#### **aa) Elverişlilik ilkesi**

Elverişlilik denetiminde, başvuru önlemin ulaşmak istenen amaç için “elverişli” bir araç olması aranır. Araç, amaca ulaşmada etkisiz ya da amaca ulaşmayı zorlaştırıcı bir etkiye sahipse, başvuru önlem elverişsizdir. Bu unsur konusunda en somut örnekler, kolluk ve idari yaptırımlar alanında verilebilir. Zarar veren ve kamu düzenini bozan idari ihlal ile başvuru sınırlandırıcı araç olan idari yaptırım arasında dengenin kurulmasını sağlamak yaptırımın ölçülü olmasına tek başına yetmemekte, bunun ötesinde yaptırımın, amaca ulaşmaya yeterli, bir başka ifadeyle elverişli olması da gerekmektedir. Örneğin insanları caydırmaya yetmeyen bir idari yaptırım, amacı gerçekleştirmek açısından elverişli olmayacaktır<sup>385</sup>.

Bireylere yükümlülük getiren devlet tedbirleri, kural olarak kamu yararı bulunan somut bir amaç güder. Yasanın öngördüğü tedbirler, yasa koyucunun güttüğü amaca erişmek için kullanılabilir, yani elverişli olmak zorundadır. Hukuk devletinin, kamu gücünün gereksiz müdahalelerine karşı bireyleri koruması gerektiğinden amaca uygunluk denetimi zorunludur<sup>386</sup>.

<sup>384</sup> AYM, 23.06.1989 gün, E. 1988/50, K. 1988/27, RG. 20302, 04.10.1989, s. 11

<sup>385</sup> OĞURLU(2002), s. 36-37

<sup>386</sup> Bkz. METİN, age, s. 26



## bb) Gereklilik İlkesi

Gereklilik ilkesi, güdülen amaca aynı derecede elverişli birçok araç arasından en az müdahalede bulunan araçla erişmeyi ifade eder. Birçok mümkün ve elverişli araç arasında bireylere ve kamuya en az zarar verecek olan aracın seçilmesi gerekir. Daha az sınırlayıcı bir müdahale ile aynı veya daha iyi bir sonuç elde edilebilecekse, bu halde kullanılan araç gereksizdir<sup>387</sup>.

Federal Alman Anayasası Mahkemesi, sınırlamada başvuru alan aracın gerekliliğini “*yumuşak araç*” olarak tanımlamaktadır<sup>388</sup>. Ulaşılmak istenen amaca erişmek için elverişli araçların belirlenmesinden sonra, bu araçlar arasından en yumuşak olan araç, yani bireylerin hak ve özgürlüklerini en az sınırlayan araç tespit edilir. Elverişli araçlar arasından en yumuşak aracın belirlenmesi, göz önüne alınacak farklı araçların ilgililere getirdiği yükümlülüklerin bir mukayesesini gerekli kılar<sup>389</sup>.

## cc) Orantılılık İlkesi

İdarenin sahip olduğu takdir yetkisinin sınırları, özellikle orantılılık alt ilkesi yönüyle yapılan denetimde daha da belirginleşmektedir. İdari yargı hâkimi, bu aşamada, bireyin menfaati ile kamu yararı arasında bir “menfaat dengeleştirilmesi”ni kurmaya çalışırken, artık “adalet ve insan haysiyeti ilkeleri”ni dikkate alması gereken bir karar aşamasına gelmiş olur. Yükümlülüğün ilgililer için katlanılamaz olması, alınan önlemin orantısız olduğu anlamına gelir<sup>390</sup>. *ERKUT*’a göre idari karar, dayandığı olgu ve idari karardan beklenen amaç çerçevesinde değerlendirilmelidir. Kararın verilmesine neden olan olguların ağırlık derecesi ile kişilerin bu kararın sonucu olarak maruz kaldıkları ya da kalacakları sıkıntı ve sınırlamalar arasındaki denge dikkate alınmalıdır<sup>391</sup>.

---

<sup>387</sup> METİN, age, s. 30

<sup>388</sup> Bkz. METİN, age, s. 31

<sup>389</sup> METİN, age, s. 32

<sup>390</sup> Christian RUMPF, *Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği*, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 31. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara 1998, s. 47 (naklen, OĞURLU, age, s. 38)

<sup>391</sup> ERKUT, age, s. 107

Bu ilke idari yaptırımlar<sup>392</sup> açısından düşünüldüğünde, uygulanacak yaptırım, ihlalin ağırlığı ile orantılı olmalıdır. Bu ilke yaptırımın bireyselleştirilmesi ve makul olması anlamına da gelmektedir<sup>393</sup>. Örneğin, 3984 sayılı Radyo Televizyon Yayınları Hakkında Kanun (md. 33), “*ihlalin ağırlığına*” göre, bir yıla kadar yayın durdurma yaptırımı uygulanacağını öngörmektedir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da (md. 16) da “*Kurul, para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin Pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alır.*” denilmektedir.

Fransız Anayasa Konseyi, Borsa İşlemleri Komisyonu’na tanınan idari yaptırım yetkisine ilişkin kararında orantılılık prensibini şu şekilde açıklığa kavuşturmuştur; “*Orantılılık prensibi, muhtemelen uygulanacak yaptırımların genel yekûnunun maruz kalınan yaptırımlardan birinin en yüksek miktarını aşmamasını gerektirir*” ki bu da bu prensiple aynı fiilden dolayı iki defa cezalandırılmamayı gerektiren “non bis in idem” prensibine bağlar. Ancak bu “non bis in idem” kuralı anayasal hâkim tarafından daha fazla ihtiyatla uygulanmaktadır<sup>394</sup>.

İdarenin kişi hak ve özgürlüklerine en fazla müdahale etme yetkisi tanınan saha olan kolluk alanında izin ve bildirim usulü, re’sen icra ve bazen idari yaptırımlarla kamu düzenini sağlaması gerekmekte, hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı araçlara başvurulmaktadır<sup>395</sup>. Yani kolluk alanı, kamu gücünün kendini en somut biçimde gösterdiği, hak ve özgürlükleri hemen her işlem ve eylemiyle etkileme sonucu doğuran bir alandır<sup>396</sup>. Söz konusu hak ve özgürlüklerin etkilenmesinin olumsuz sonuçlara yol açmaması için bu etkiye bir sınır çizilmesi şarttır. Zira sınırsız bir durum algılaması bir takım aşırılıklara davetiye çıkarmaktadır.

<sup>392</sup> Genel İdare Usul Kanun Tasarısı’nda (md.41) “*idari yaptırımlara karar verilirken, yaptırım gerektiren eylemin işleniş biçimi, işlenmesinde kullanılan araç, konunun önem ve değeri, eylemin işlendiği zaman ve yer, eylemin diğer özellikleri, zararın ve tehlikenin ağırlığı, ilgilinin amacı gibi hususlar göz önünde bulundurulur. Bu hüküm, idari para cezalarında alt ve üst sınırları arasındaki miktarın belirlenmesinde de uygulanır.*” hükmüne yer verilmiştir.

<sup>393</sup> Bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, s. 762

<sup>394</sup> PAULIAT, agm, s. 151

<sup>395</sup> ÖZAY(2002), s. 505-510

<sup>396</sup> İlhan ÖZAY, **Anayasa Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri**, 2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Yansımaları, 25-28 Nisan 2002, Anayasa Mahkemesinin 40 ıncı Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, s. 1

İşte ölçülülük ilkesi esasında idare açısından nereye kadar gidilebileceğinin bir sınırını çizmektedir. İdare hukuku alanında ölçülülük ilkesinin en önemli uygulama alanı olan idarenin kolluk faaliyetlerinin gerek uygulama anında dikkate alınması, gerek idari işlem ya da eylemin tamamlanmasından sonra denetlenmesi sırasında devreye girer<sup>397</sup>.

Kolluk makamlarının kamu düzenini koruma amacıyla alacakları her tedbir, belirli hak ve özgürlükleri sınırlama sonucunu doğurabilir. Kolluk makamlarınca alınacak sınırlandırıcı idari kararlarda, alınan önlemin sağlayacağı yarar ile kısıtlanan hak ya da özgürlük arasında bir denge kurulmasına dikkat edilirken üç unsurun bir arada bulunması gerekir. İlk olarak, sınırlandırılan özgürlüğün önemi ve değeri göz önünde tutulmalıdır. İkinci unsur, ihlalin ağırlık derecesidir. Üçüncü unsur ise kamu düzeninin ne boyutta tehdit edildiğidir. Bu unsurlar birbiriyle uyumlu değilse, yapılan kolluk işleminin ölçülülük ilkesine uymadığı anlaşılır<sup>398</sup>.

*DURAN* bu noktada idari yargı yerlerine düşen görevi şu şekilde ifade etmektedir; “...kolluk yetkisinin belli bir durumda amacını, kamu düzenini tehdit eden veya tehlikeye sokan tutum ve davranışların varlığı ve ağırlığı tayin edecek demektir. Bu nedenle İdari Yargı yerleri, zabıta tedbir ve kararlarını denetleyebilmek için, bunların alınmasını gerektiren durum ve olguları araştırmak ve değerlendirmek zorundadır. Şöyle ki, bireylerin girişim ve eylemleri olmuş mudur; olmuşsa gerçekten kamu düzenini bozacak nitelikte midir; bunu önlemek için alınan tedbir, tehdit ve tehlikenin ağırlığı ile orantılı mıdır ve etkili midir, yoksa hak ve hürriyetleri yersiz olarak veya gereksiz ölçüde sınırlayıp kısıtlamış mıdır gibi sorular aydınlatılmadıkça, kolluk yetkisini hukuka uygun yolda kullanılıp, kullanılmadığı anlaşılamaz ve saptanamaz<sup>399</sup>. ”.

İdari ceza hukuku açısından bu ilkenin nasıl anlaşıldığı noktasına geçmeden önce kolluk faaliyetleri açısından bu ilkenin ifade ettikleri<sup>400</sup> üzerinde durmamızın

---

<sup>397</sup> OĞURLU(2002), s. 71

<sup>398</sup> ERKUT, age, s. 108

<sup>399</sup> DURAN(1982), s. 224

<sup>400</sup> Kolluk önlemleri ile temel hak ve özgürlüklere müdahale edilebilmesi ve İdarenin kolluk alanında temel hak özgürlükleri sınırlama imkanının geniş olması, zor kullanma ve silah kullanma yetkilerinin

sebebi, bu ilkenin genel olarak kolluk yetkisi üzerindeki etkilerini ifade ederek – genel olarak birer ekonomik kolluk oldukları savunulan<sup>401</sup>- bağımsız idari otoritelerin, ekonomik kolluk yetkilerinin bu ilkedan ne şekilde etkilenebileceğinin altını çizmektir.

Ceza yaptırımlarında olduğu gibi, idari yaptırımlarda da, doğan zararın genişliği ile dengeli bir yaptırım uygulanması gerekir<sup>402</sup>. Gerek ceza yaptırımları, gerekse idari yaptırımlarda hukuka aykırı eylemle yaptırım arasında adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygunluk bulunmalıdır<sup>403</sup>.

İdarenin hürriyeti bağlayıcı cezalara yetkili olamaması, “hakkın özüne dokunur” nitelikte veya temel hakları olumsuz etkileyen alanlarda bir idari yaptırım uygulayamaması da<sup>404</sup> ölçülülük kapsamında düşünülebilir. Kuşkusuz, idari yaptırımları basit ya da küçük ihlaller olarak nitelendirdikten sonra, bunlar için hürriyeti bağlayıcı nitelikte veya bazı temel hakları ortadan kaldıran ya da kullanılamaz hale getiren bir yaptırım öngören düzenleme ve uygulamalar ölçüsüz olarak nitelendirilebilir<sup>405</sup>.

Nitekim Viyana Uluslararası Ceza Kongresi’nde de, sınırlandırmalar başlığı altında, idari ceza hukukunu ilgilendiren ihlaller için öngörülecek müeyyidelerin

---

tanınması idarenin diğer tür faaliyetlerine göre önemli farklılıklar taşımaktadır. Bu sebeple, idarenin kolluk faaliyetlerinin, diğerlerine göre daha sıkı bir denetime tabi tutulması kaçınılmaz olmaktadır. İdari yargının girişeceği bu denetimde *yerindelik* ve *ölçülülük* ilkeleri yönüyle denetimde bulunulması gerekir. ÖZAY(2002), s. 510

Durumun gerekleri, çevre şartları, gerek yetki kullananların gerekse bunun muhatabı olan insanların psikolojileri, hava durumuna kadar bir çok husus özellikle kolluk yetkilerinin kullanılması şartlarını değiştirebilir. Bütün bu durumların değerlendirilmesi kanımızca *yerindelik* denetimine girmektedir. Yerindelik denetimi, İdari Yargının Anayasanın engellemesi nedeniyle giremeyeceği bir alan olmakla birlikte, kolluk yetkilerinin kullanımında kolluğa verilen yetkinin Anayasa ve yasayla çizilen sınırlar içerisinde kalıp kalınmadığını ortaya çıkarmada zorunlu olarak girilen bir alan olmaktadır. Aslında yasayla yasaklanan *yerindelik* denetimi, temel hak ve özgürlükler ile kolluk alanı söz konusu olduğunda kaçınılmaz olmaktadır. Özellikle kolluğun sınırlandırma veya önleme başvururken seçtiği araç gereç ve usullerin gerekli, amaca ulaşmaya elverişli ve son olarak ihlal ile dengeli olup olmadığının denetlenmesi *yerindelik* denetiminden başka bir şey değildir. Burada, adil bir karar için elverişlilik, gereklilik ve orantılılık unsurlarıyla ölçülülük ilkesi uygulanmak zorundadır. OĞURLU(2002), s. 110-111

<sup>401</sup> Bkz. Yuk. s. 46 vd.

<sup>402</sup> DONAY, agm, s. 425

<sup>403</sup> ÖZAY(1985), s. 59

<sup>404</sup> ÖZAY(1985), s. 114

<sup>405</sup> OĞURLU(2002), s. 92

makul olması ve ihlalin ağırlığının failin kişisel durumuna uyması gerektiği yönünde tavsiye kararı alınmıştır<sup>406</sup>.

Tavsiye kararında, yaptırımın failin kişisel durumuna uyması şeklinde önemli bir noktaya temas edilmiştir. Gerçekten de idari yaptırımın elverişliliğini, dolayısıyla ölçülü olmasını sağlamada önemli bir nokta da idari ihlali işleyerek idari yaptırımla karşılaşan *bireyin subjektif durumunun dikkate alınması* gerekir. OĞURLU'ya göre bu durumun özellikle önemli miktardaki veya ağır sonuç doğuran idari yaptırımlarda dikkate alınması gerekir. Bağımsız idari otoriteler açısından düşünüldüğünde, Örneğin Radyo Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) tarafından uygulanan yaptırımlar bakımından düşündüğümüzde ülke çapında yayın yapan bir televizyon kanalının karşılaşacağı yaptırım da ülke çapında yayın yaparak duyurduğu yanlış, yanıltıcı ya da küçük düşürücü bir haberin doğurduğu zararla orantılı olması yanında, ödeme gücünün yüksekliğinin de dikkate alınması gerekir. Bu nedenle, işletmelerle ilgili idari yaptırımları içeren düzenlemelerde, verilen zararlar orantılı olmakla birlikte, kişi ya da kuruluşun subjektif koşullarını dikkate alacak kurallar koyulmalıdır. Bu konu, ilkenin orantılılık unsuru yanında elverişlilik unsurunu da ilgilendirir. Çünkü etkili olmayan yaptırım caydırıcı olamayacak ve idari yaptırımın amacını gerçekleştirmede elverişli olmayacaktır<sup>407</sup>. Bu konuya ilişkin olarak 5326 sayılı Kabahatler Kanununda bireyin subjektif durumunu dikkate alan bir hükme yer verilmiştir. Anılan kanunun 17. maddesinin 1. fıkrasında idari para cezalarının alt ve üst sınırlar gösterilmek suretiyle de belirlenebileceği ifade edildikten sonra sözkonusu idari para cezası miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumunun birlikte göz önünde bulundurulacağı hükme bağlanmıştır.

İdari para cezaları üzerinde ölçülülük ilkesinin uygulanması noktasında ileri sürülen önerilerden biri de, idari ihlal ile idari yaptırım arasında dengenin kurulmasını sağlamak için idari para cezalarında ceza miktarının sabit olarak belirlenmesi yerine, nispi olarak belirlenmesidir. Böylece, değişen ekonomik koşullara göre enflasyonist ortamın, yaptırımın etkisini azaltması da engellenebilir<sup>408</sup>.

<sup>406</sup> XIV. Viyana Uluslararası Ceza Kongresi Kararları, s. 7

<sup>407</sup> OĞURLU(2002), s. 93-95

<sup>408</sup> ŞEN, age, s. 229 ve 249; DONAY, age, s. 79

Adaletin, hâkimin yapacağı yasallık denetimi ile değil, ancak yerindelik anlamına gelecek ölçülülük denetimi ile<sup>409</sup> sağlanacak durumlar olduğunu savunan OĞURLU bu durumu şöyle somutlaştırmaktadır, İdare, idari yaptırımı uygularken yasal sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla alt ve üst sınırlar arasında bir yaptırım belirleyebilir. Yasal sınırlar içerisinde dilediğince tespit hakkı varmış gibi görünse de, ceza üst sınırdan verilmişse cezanın gerekçesi gösterilmelidir. Hiçbir gerekçe olmadan üst sınıra karar verilmesi yasal sınırlar içerisinde kalınması anlamını taşısa da, bu seçim hakkının takdir yetkisinin keyfî kullanımı için verilmediği açıktır. Bu nedenle, cezanın üst sınırdan verilmesi, ulaşılmak istenen amaç için gerekenden fazla olabilir. Burada ulaşılmak istenen amaç olan kamu düzeni daha düşük bir yaptırımla sağlanabiliyor ve idareci bunun ötesindekine karar veriyorsa, yerindelik denetimi yasağı ardına gizlenilmesi, çoğu kez kötü niyetli idareciyi koruma anlamına gelir<sup>410</sup>. Nitekim 5326 sayılı Kabahatler Kanununda da idari para cezalarının maktu veya nispi olabileceği ifade edildikten sonra kanunda idari para cezalarının alt ve üst sınırlarının da gösterilmesi suretiyle belirlenebileceği hükme bağlanmıştır.

Danıştay, idarenin takdir yetkisine dayanarak verdiği kararlarda idarenin gösterdiği sebeplerin “doğru ve vakıa olarak” gerçekleşmiş olduğunun idarece ispatlanmadıkça soyut iddialar olduğuna karar vermektedir<sup>411</sup>. Örneğin, idari yaptırımlar söz konusu olduğunda, çoğu kez eğitim hakkı, çalışma hak ve özgürlüğü, basın özgürlüğü, ifade özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmaya varan idari kararların bir ihtimal ya da varsayıma dayanması, idare için yeterli dayanak oluşturamaz. Çoğu kez bir hak ve özgürlüğü sınırlandıracak olan yaptırımın uygulanabilmesi için somut bulguların varlığı aranmaktadır<sup>412</sup>. Bu konuya ilişkin olarak Danıştay, idare mahkemesinin “*yurt dışına çıkması hâlinde ülkemiz aleyhinde faaliyetlerde bulunabileceği*” şeklindeki bir varsayıma dayandırılmasını Yüksek Mahkeme, “...idarece ..., hürriyetin kısıtlanması sonucunu doğuran müeyyide uygulanamayacağı” ve “*hukukun genel ilkelerine, Anayasaya*” aykırı bulmuştur<sup>413</sup>.

---

<sup>409</sup> Bkz. Yuk., s. 82, dipt. 365

<sup>410</sup> OĞURLU(2002), s. 107

<sup>411</sup> Bu yönde ve karşısındaki kararlar için ALAN, agm, s. 43

<sup>412</sup> OĞURLU(2002), s. 127

<sup>413</sup> D. 10. D., 20.05.1998 gün, E. 1996/6698, K. 1998/2040, DD., S. 98, s. 541

OĞURLU bu durumu ölçülülük ilkesiyle şu şekilde bağdaştırmaktadır; “Sebepe ve oradan çıkarak konu unsurları yönüyle yapılacak bir denetimde, tehlikenin somut olması, gerekliliğinin işaretçisi olacaktır. Aksi yönden gidecek olursak, somutlaştırılmayan tehlike önlem veya sınırlandırmanın gereksiz, dolayısıyla ölçüsüz olduğu sonucuna varılabilecektir<sup>414</sup>. ”.

Danıştay’ın kararlarında, çoğu zaman ölçülülük ilkesinden ismen söz edilmese de içerik olarak bu ilkeye başvurulmaktadır. Yüksek mahkemenin bu yönde “adil denge<sup>415</sup>”, “makul ölçü<sup>416</sup>”, “nispet”, “fîl ile ceza arasında uyum” ifadelerini kullanarak, idari ihlal ile ona uygulanan yaptırım arasında bir denge ve orantı bulunması gerektiğini ifade eden ve ölçülülük ilkesinin bir alt görünümü olan orantılılık ilkesiyle detaylı bir denetim yaptığı görülmektedir<sup>417</sup>.

Hollanda’da ölçülülük ilkesinin geleneksel kullanım alanı “müeyyideler” alanıdır. Ölçülülük ilkesi uygulanırken; - ihlal ile zarar gören menfaate, - ihlalin derecesine, - ihlali işleyen kişinin davranışlarına, - ihlalin işlenmesi sırasında kamu makamlarının tutumlarına, - ihlali işleyen kişinin maddi kaynaklarına (tazmin etmek üzere) bakılarak karar verilir<sup>418</sup>.

İdari yaptırımlar şeklinde ortaya çıkan idari işlemler idare hukukunda ölçülülük denetiminin rahatlıkla yapılabileceği bir alanı oluşturur. İdari yargı hâkimi, başta öğrenciler ve memurlar aleyhine verilen disiplin cezalarında olmak üzere, idari ihlal ile yaptırım arasında adil bir dengenin bulunup bulunmadığı yönüyle de işlemi denetleyebilir. Hâkim, idari yaptırımın sebep, konu ve amaç unsuru açısından “gerekli” olup olmadığını denetlemek zorundadır<sup>419</sup>.

Bu noktada bir diğer tartışma konusu da idarenin takdir yetkisinin ölçülülük denetimine tabi tutulup tutulamayacağıdır. İdare takdir yetkisini kullanırken kişi hak

---

<sup>414</sup> OĞURLU(2002), s. 127

<sup>415</sup> D. 8. D, 11.12.1997 gün, E. 1995/3680, K. 1997/3928, DD., S. 96, s. 408

<sup>416</sup> D. 8. D, 14.11.1995 gün, E. 1995/3706, K. 1995/3622, DD., S. 91, s. 817

<sup>417</sup> OĞURLU(2002), s. 130

<sup>418</sup> Bkz. OĞURLU(2002), s. 189

<sup>419</sup> OĞURLU(2002), s. 91

ve özgürlüklerinin özüne dokunmamakla yükümlüdür. Bu nedenle, takdir yetkisini kullanırken hak ve özgürlük ile takdir yetkisi arasında bir denge kurmak zorundadır<sup>420</sup>.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “İdari Makamların Takdir Yetkilerini Kullanmalarına İlişkin” 11 Mart 1980 tarihli Tavsiye Kararında idari makamların takdir yetkisini kullanırken uymak zorunda oldukları ve amacı serbestliğin kötüye kullanılması ve keyfiliğin önüne geçmek olan temel ilkeler belirlenmiştir. Buna göre takdir yetkisini kullanan bir idari makam: işlemin amacıyla, kişilerin hakları, özgürlükleri veya menfaatleri üzerindeki olumsuz etkileri arasında bir denge sağlayacaktır<sup>421</sup>.

## VI- DÜZENLEYİCİ KURULLAR BAKIMINDAN İDARİ CEZA HUKUKU

### A- Genel Olarak

Türkiye’deki düzenleyici kurullar uygulayacakları idari yaptırımlara genellikle, yönetmelik vb. düzenleyici işlemlerde yer vermeyi tercih etmektedir. Bu çerçevede, düzenleyici kurulların idari ceza hukuku bakımından incelenmesi yönelik bir çalışmada, genel olarak idarenin düzenleme yetkisi ve bunun özelinde de düzenleyici kurulların düzenleme yetkisini incelemek zorunludur. Düzenleyici kurulların idari yaptırım yetkisine ilişkin açıklamalara bu incelemeden sonra yer verilecektir.

---

<sup>420</sup> OĞURLU(2002), s. 102

<sup>421</sup> Bu temel ilkelerin yer aldığı ek’in yorumunda idari makamların takdir yetkilerini kullanırken “orantılılık” ilkesini dikkate almak zorunda oldukları ve bunun temel ilkelerden biri olduğu belirtilerek şu ifadelerle yer verilmiştir; “*Bu ilke özel olarak, takdir yetkisi kullanımının kişilerin haklarına, özgürlüklerine veya menfaatlerine zarar verecek etkileri olduğu durumda uygulanır. Amacı, sözkonusu çıkarlar arasında, örneğin, bireylerin çıkarlarıyla kamu yararı arasında makul bir denge kurmaktır. Takdir yetkisi tanınan idarenin bireye, amacı aşar ağırlıkta bir yük getiremeyeceğini vurgular.*” **İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararı**, (Çev. Onur KARAHANOG̃LU), AÜHFD, C. 45, S. 1-4, 1996, s. 327 ve 333



## **B- Düzenleme Yetkileri**

### **a) Genel Olarak İdarenin Düzenleme Yetkisi**

Düzenleme, yürütme organı veya idare makamlarınca, çeşitli isimler altında yapılan, genel, soyut, uygulamakla tükenmeyen nitelikteki idari tasarruflar yapmayı ifade eder<sup>422</sup>.

Düzenleme yetkisi, idarenin üstlendiği görevleri yerine getirebilmesi için, Anayasa ve kanunlara aykırı olmamak kaydıyla genel ve soyut düzenlemeler yapabilme, genel ve soyut nitelikte normlar koyabilme yetkisidir<sup>423</sup>. İdareye düzenleme yetkisi uygulamadan doğan bir zorunluluktur. Zira yasama organı, yavaş ve tartışmalı işlediği; yeniliklere ve uygulamanın hızla değişen koşullarına süratle ayak uyduramadığı; yaşamın gerekleriyle somut biçimde ve her gün yüz yüze gelemeyişi için, bir konuyu ayrıntılarıyla düzenleyemez. Hatta bizzat idare içinde bile, her şeyi merkezi idarenin ve onun merkezindeki makamların düzenleyemediği bir gerçektir. Bu yüzden, yürütme ve idareye; idarenin içindeki çeşitli makam ve kuruluşlara; kendi görev alanlarında düzenleyici işlemler yapabilme, yani genel ve soyut hukuki durumlar yaratabilme yetkisi tanınmıştır<sup>424</sup>.

Düzenleme yetkisini, yasama işlemlerinin teknik ayrıntılarını düzenleyen, idarenin hukuksal tüm faaliyetlerini içeren geniş anlamıyla kabul edebileceğimiz gibi, dar anlamıyla düzenleyici ve genel işlemler yapabilme gücü olarak ele alabiliriz. Geniş ya da dar olarak düzenleme yetkisi, giderek genişlik kazanan, hatta idarenin asli ve genel bir düzenleme yetkisinin var olduğunun kabulüne kadar uzanan bir gelişim gösterdiği ileri sürülen bir yetki olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>425</sup>.

İdare hukuku doktrininde, idarenin düzenleme yetkisinin dayanakları konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. *ONAR*'a göre, idarenin yürütme yetkisinin temelini yürütme işlevinde ve kamu hizmetinin özelliklerinden çıkarmak gerekir. Anayasa'da açık bir hüküm olmasa bile idarenin görevlerini yapabilmesi ve

---

<sup>422</sup> Lütfi DURAN, **Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?**, İHİD, İstanbul 1983, Y.4, S. 1-3, s. 34

<sup>423</sup> GÜNDAY, age, s. 207; YAYLA, age, s. 98; GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, s. 111

<sup>424</sup> YAYLA, age, s. 98; GÜNDAY, age, s. 43-44

<sup>425</sup> ÖZAY(1985), s. 78

yetkilerini kullanabilmesi için düzenleme yetkisine sahip olması gerekir. Yasama organından idarenin koyduğu kurallar gibi kurallar getirmesi beklenemez. İdarenin düzenleme yetkisinin temeli sadece Anayasa maddelerinden çıkan yetkiler değildir, bunlar doğrudan yürütme yetkisinden kaynaklanır<sup>426</sup>. *SARICA* da yürütme organının yasama organından ayrı bir düzenleyici işlem yapma yetkisi olduğunu, kanunlarla nizamnamelere bırakılan alanların kanun konusu dışında olduğunu belirtmiştir<sup>427</sup>. *GÜNEŞ* ise idarenin düzenleme yetkisini idarenin icraî karar alma yetkisinin içinde görmekte ve buna idarenin takdir yetkisini eklemektedir<sup>428</sup>. *BALTA* ise, yürütmeyi ve idareyi maddi ölçüte göre değil, organik ve şekli örgüte göre tanımlayarak hukuk kuralı koymanın yasamanın işi olduğunu, ancak ihtiyaçların ve zorlukların idareye de ayrıntılı ve teknik konularda kural koyma yetkisinin tanınmasını gerektirdiğini, yasamanın ve idarenin karşılıklı alanlarını ayırmak için sadece etkinliğin içeriğine değil, biçimine de bakmak gerektiğini belirtmektedir<sup>429</sup>. *DURAN*, idarenin düzenleme yetkisini incelerken Bakanlar Kurulu’nun kanunların hükümlerini yerine getirme konusunda Anayasa’dan aldığı genel ve birincil bir yetkisinin bulunmadığını, idareye tüzük ve yönetmelik çıkarma yetkisi verilmişse de bu düzenleme yetkisinin kullanılabilmesi için önce bir kanunun yürürlüğe girmesini zorunlu görmektedir<sup>430</sup>. *GÖZÜBÜYÜK* ve *TAN* da bu görüşü anayasal bir yorumla desteklemekte ve yürütmenin Anayasa’da belirtildiği gibi bir “yetki” oluşunun, idarenin düzenleme yetkisini “özerk” duruma getirmediğini ileri sürmektedir<sup>431</sup>. *GÜNDAY* idarenin düzenleme yetkisinin, idarenin takdir yetkisinden ve hukuk devletinin bir gereği olan belirlilik ve düzenli idare ilkelerinden ve bunların dayanağını teşkil eden eşitlik ilkesinden kaynaklanmaktadır. Yazar’a göre idare, takdir yetkisine sahip olduğu durumlarda bu yetkisini eşitlik ilkesine uygun kullanmak zorundadır ki, idare bu durumda zaten zımnî bir düzenleme yapacaktır. İşte idarenin zımnî olarak yaptığı bu düzenlemeleri açık bir biçimde yapmasına bir engel yoktur hatta bu belirlilik ve düzenli idare ilkesinin gereğidir<sup>432</sup>. *GÖZLER*,

---

<sup>426</sup> ONAR, age, s. 371

<sup>427</sup> Ragıp *SARICA*, *Türkiye’de İcra Uzunun Tanzim Selahiyeti*, İstanbul 1943, s. 29

<sup>428</sup> Turan *GÜNEŞ*, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara 1965, s. 120

<sup>429</sup> *BALTA*(68/70), s. 95

<sup>430</sup> *DURAN*, age, s. 389-390

<sup>431</sup> *GÖZÜBÜYÜK/TAN*, age, s. 112

<sup>432</sup> *GÜNDAY*, age, s. 210

idarenin kanundan değil, eşyanın doğasından kaynaklanan düzenleme yetkisine sahip olduğunu, idarenin düzenleme yetkisinin kanuna dayanmak zorunda olmadığını, dolayısıyla idarenin düzenleme yetkisinin asli(özerk) olduğunu savunmaktadır<sup>433</sup>. ÖZAY bu aslilik unsurunu yasamanın sahip olduğu yetkilerin ilkelliği ile karşılaştırarak açıklamaktadır. Yazar’a göre, yürütme ve idarenin düzenleme yetkisinin bağımsız bir yetki olup olmaması ikinci derecede önemli bir sorun olarak kalmaktadır. Nitekim, bağımsız ve özerk düzenleme yetkisi, çoğulcu demokratik düzen ve kurumlar arasında denge esaslarına dayalı anayasal düzenlerde yasama organında bile yoktur denebilir. Çünkü, TBMM’nin olağan etkinlikleri ele alınacak olursa ilkel olduğu söylenen yasama yetkisinin bile Anayasa’nın sadece belirli maddeleri ile değil, genel anlamı ve düzeni ile de bağımlı olduğu kuşkusuzdur. Örneğin yasamanın, ülkemizde yargı yerlerinin görev alanları içine girecek uyuşmazlıkları kanunla belirlemeye yetkili olmadığı yüksek mahkeme kararlarında söz konusu edilmiştir<sup>434</sup>.

Düzenleme yetkisi idare için varlığı zorunlu takdir yetkisinden kaynaklandığından ötürü, idarenin düzenleme yetkisi sadece Anayasa’da öngörülmüş bulunan düzenleyici işlemler ile sınırlı değildir. İdare, Anayasa’da öngörülen düzenleyici işlemler dışında da kararname, karar, tebliğ, genelge, sirküler, tamim vs. gibi adlarla düzenleyici işlemler yapabilir<sup>435</sup>. DURAN’a göre, bu düzenleyici işlemler, Danıştay incelemesinden geçirilerek yapılmış ise, tüzük nitelik ve kuvvetinde olacak; bakanlıkların ve kamu tüzel kişilerinin kanunla yetkili kılınan organlarının düzenleyip, Resmi Gazete’de yayınlanan düzenleyici işlemler ise hangi başlığı taşırsa taşırsın, yönetmelik olarak adlandırılacaktır<sup>436</sup>. ÖZAY ise, bu işlemleri yönetmeliğe benzetmenin mümkün ve doğru olacağını savunmaktadır<sup>437</sup>. BALTA, olağan düzenleyici bir işlemin bu adı taşımasının şart olmadığını, genelge, genel

---

<sup>433</sup> GÖZLER(2003), s. 1034

<sup>434</sup> Anayasa Mahkemesi Orta Doğu Teknik Üniversitesi ile ilgili kararında, Anayasa Mahkemesi, “...Danıştayın görev alanına giren bir anlaşmazlığın çözümünün adli yargı yerine bırakılması konusunda yasama organının takdir ve seçme serbestisine sahip olduğunu öne sürme olanaksıdır” şeklinde karar vermiştir. AYM, 25.05.1976 gün, E. 1976/1, K. 1976/28, AYMKD, 14, 1977, s. 184, ÖZAY(1985), s. 86

<sup>435</sup> GÜNDAY, age, s. 210

<sup>436</sup> DURAN, age, s. 472-473

<sup>437</sup> ÖZAY(2002), s. 350

emir, talimat gibi adlarla anılsalar bile, yine bir yönetmeliğin bahis konusu olduğunu düşünmektedir<sup>438</sup>.

Diğer taraftan, idari yaptırımların yönetmeliklerle düzenlenebilmesi, değişen şartlar ve enflasyon karşısında yaptırımın değerinin korunması için yeni düzenlemelere imkân tanıdığı gerekçesiyle önerilmektedir<sup>439</sup>. OĞURLU'ya göre ise Anayasaya göre en azından bir kısmı için olsa da, yayınlanmaları zorunlu olmayan yönetmeliklerle bu türden yaptırım içeren bir düzenleme yapılabilmesi kişi hak ve özgürlüklerini tehdit edicidir. Hak ve özgürlükleri etkileyen düzenlemeler ancak yasalarla ya da sınırları yasalarla belirlenmek kaydıyla yapılabilir<sup>440</sup>.

Fransız Anayasası'nın 37. maddesine göre yürütme; idari, siyasi, ekonomik ve teknik nedenlerle yasanın izin verdiği ölçüde idari ihlâli belirleyebilmektedir. Ancak uygulanacak yaptırımları yasama saptamaktadır<sup>441</sup>. İtalya'da da Fransa'da olduğu gibi, yürütmenin tüm birimleri yasaya dayanan kural tasarruflarda bulunarak idari ihlâlleri belirli koşullarda düzenleyerek vatandaşlar için emir ve yasak getirebilir. Bu birimler bölge idareleri, valilikler, belediye başkanlıkları ve diğer bütün kamu idareleridir. Bu koşullar idari ihlali belirleme konusunda yasayla yetki verilmesi ve yasanın çizdiği sınırlar içinde kalınmasıdır<sup>442</sup>.

### **b) Bağımsız İdari Otoritelerin Düzenleme Yetkisi**

Düzenleme yetkisi, bağımsız idari otoritelerin var olma nedenini oluşturur ve toplumsal yaşamın önemli sektörlerini kamu yararı-kamu düzeni gereklerine uygun olarak yönlendirmeyi içerir. ABD'deki bağımsız düzenleyici kurulları devletin dördüncü gücü durumuna getiren neden, onların "düzenleyicilik" misyonudur.

Bizde idari makamların düzenleme yapma yetkisi bir yandan kanuna dayanmak ve diğer yandan kanuna aykırı olmamak zorundadır. Bu iki şarta uyarak

---

<sup>438</sup> BALTA(68/70), s. 127

<sup>439</sup> Bkz. OĞURLU(2001), s. 68

<sup>440</sup> OĞURLU(2001), s. 68

<sup>441</sup> SOYASLAN, s. 54

<sup>442</sup> SOYASLAN, s. 54

Türk hukukunda bağımsız idari otoritelerin işlem yapmasında Anayasaya aykırılık yoktur<sup>443</sup>.

Anayasanın 124. maddesine göre, kamu tüzel kişileri kendi görev alanlarını ilgilendiren yasa ve tüzüklerin uygulanması amacıyla “yönetmelik” çıkarma yetkisine sahip olduklarından, bağımsız idari otoriteler de düzenleme yetkilerini yönetmelik çıkararak kullanabilirler. Ancak uygulamada, düzenleme yetkisi kullanılarak “karar”, “tebliğ” ve başka isimler taşıyan işlemler yapıldığı da görülmektedir. Örneğin Sermaye piyasası ile ilgili kural koyma işlemi, yasa koyucu tarafından kapsamı çok geniş tutulan, ancak yine de türevsel nitelikte bir idari düzenleyici işlem ile gerçekleşmektedir. Bu türevselliği belirtme nedeni ise Sermaye Piyasası Kanunu’nda ile sayılan hususlarda SPK’nın kural koyma yetkisinin bulunmasıdır<sup>444</sup> ki SPK bu yetkisini çoğunlukla tebliğ çıkarmak suretiyle kullanmaktadır. Anayasa Mahkemesi de idarenin düzenleme yetkisini, “*sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı*” bir yetki olarak tanımlamıştır<sup>445</sup>. GÖZLER’e göre, bağımsız idari otoritelerin, düzenleyici işlemlerinin “yönetmelik” değil, başka isimler taşımasının bir önemi yoktur. Bunlar da hukuki rejim olarak “yönetmelik” gibidirler<sup>446</sup>. Bu konuda aynı fikri savunan ULUSOY’a göre de, örneğin Rekabet Kurumunun tebliğleri, bir idarî birim olduğundan tipik idarî düzenleyici işlem olarak düşünülebilir ve yönetmeliklere eşdeğerdedir<sup>447</sup>.

Fransa’da bağımsız idari otoriteler açısından en önemli fonksiyon, düzenleme fonksiyonudur. Hem münhasır düzenleme, hem de ikinci derecede düzenlemedir. Yani öncelikle yasa koyucunun düzenlemediği bir alan olacak. Yasa koyucunun düzenlemediği bu alanda da eğer yasa koyucu ilk elden bir düzenlemede bulunmamış ve genel bir çerçeve çizmekle yetinmişse, o zaman bunların ilk elden düzenleme de

---

<sup>443</sup> GÖZLER, age, s. 493

<sup>444</sup> GÜRSEL, age, s. 145

<sup>445</sup> AYM, 6.7.1993, E. 1993/5, K. 1993/25, RG; 25.02.1995, sayı:22213, s. 13 vd.

<sup>446</sup> GÖZLER, age, s. 191

<sup>447</sup> Ali ULUSOY(1999), **Türk İdare Sistemi İçinde Rekabet Kurumu’nun Yeri**, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Kasım 1999, s. 16

dâhil adeta genel ve aslî bir düzenleme yetkilerinin bulunduğu ve böyle bir yetkiyi kullandıkları kabul görmektedir<sup>448</sup>.

Fransa’da özellikle genel düzenleyici işlem yapma yetkisi titizlikle irdelenmiştir. Pek çok yargı kararında, kişilik dışı, genel ve kişilere yükümlülükler getiren normları koyma yetkisinin sınırlı bir yetki olduğu üzerinde durulmuştur. Bakanlara ve BİO’lara tanınan yetkinin özel bir düzenleme yetkisi olduğu ve yasanın uygulanması ile sınırlı olduğu; bu normların yasalara olduğu kadar ulusal diğer yönetmeliklere de uymasının zorunlu olduğu belirtilmiştir<sup>449</sup>. Nitekim Anayasa Konseyi 18 Eylül 1986 tarihli 217 DC kararında, iletişim ve Ulusal Özgürlükler Komisyonu’na ilişkin olarak, Anayasa’nın 21. maddesinin yasakoyucunun başbakanıdan başka bir devlet otoritesine belirli bir alanda ve yasa ve yönetmelikle belirlenmiş bir çerçevede, yasanın uygulanmasına imkân veren normları saptama yetkisinin verilmesine engel olmayacaktır<sup>450</sup>.

Anayasa Mahkemesi’nin 4487 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ile Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları ve Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Kanununun Bir maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun’un bazı maddelerinin iptali istemi ile açılan davaya ilişkin olarak verdiği kararında<sup>451</sup> bağımsız idari otoritelerin düzenleme yetkisinin sınırının daha net çizilebilmesi açısından çok önemli niteliktedir.

Bahse konu maddenin birinci fıkrası<sup>452</sup> ile Bakanlar Kurulu’na, ikinci fıkrası ile de Sermaye Piyasası Kurulu’na verilen görev ve yetkilerin sınırlarının açıkça

---

<sup>448</sup> Celal ERKUT, 5 Kasım 2001 tarihli “Bağımsız İdari Otoriteler” Paneli, Rekabet Kurumu, s. 84

<sup>449</sup> AKINCI, age, s. 134

<sup>450</sup> Bkz. AKINCI, age, s. 134

<sup>451</sup> AYM, 26.12.2003, E. 2000/8, K. 2003/104, RG; 19.12.2007, sayı:26735

<sup>452</sup> 4486 sayılı Kanun’un 1. maddesinin 1. fıkrasında;

“...Merkezi Kayıt Kuruluşunun kuruluş, faaliyet, çalışma ve denetim esasları Bakanlar Kurulu’na çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir”

denilmekte, 2. fıkrasında ise,

“... Sermaye piyasası araçlarının nama veya hamiline yazılı hesaplarda kayıt esasları ile kayıtların nasıl tutulacağı ve kayıtların tutulmasında yapılacak işlemlere ilişkin usul ve esaslar Kurulca bir tebliğ ile belirlenir.”

hükmü yer almaktadır.

belirtilmemiş olmasının yasama yetkisinin yürütmeye devri sonucunu doğuracağı, hamiline yazılı hisse senetlerinin teslim ile, nama yazılı hisse senetlerinin de ciro ile el değiştirmesini önleyen düzenlemenin sözleşme özgürlüğünü kısıtladığı, Merkezi Kayıt Kuruluşu'nda meydana gelebilecek bir hatanın ve yolsuzluğun pay sahiplerinin haklarını tamamen yok edebileceği, böyle bir düzenlemenin mülkiyet hakkına aykırı olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 7., 10., 35., 48. ve 87. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. ve bu durumun Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olduğu iddia edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme sonrası bu aykırılık iddiasına ilişkin olarak şu kararı vermiştir; *"Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir.*

*Anayasa'nın 48. maddesinde herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme, özel teşebbüsler kurma hürriyetine sahip olduğu ve Devletin de özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alacağı belirtilmektedir.*

*Anayasa'nın 167. maddesinde de, Devletin, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağı belirtilerek, ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek, gerektiğinde bu alana müdahale etmek hususunda görevli kılındığı ortaya konulmaktadır. Böylece, yasa koyucunun piyasa ekonomisinin işleyişinden doğabilecek bazı aksaklıkları, tekelleşmeleri, piyasada egemen olan gücün kötüye kullanılmasını önlemek, serbest rekabet ilkesine işlerlik kazandırmak ve tüketiciyi korumak amaçlarıyla Devlet tarafından yapılabilecek müdahalelere izin verdiği anlaşılmaktadır.*

*Dava konusu kuralın incelenmesinden, yasama organının, sermaye piyasası araçlarının, fiziken elden ele geçirilerek devir ve teslim edilmeleri sisteminden, ekonomik ve teknolojik gelişimler, sermaye piyasasında artan işlem hacmi ve diğer değişiklikler nedeniyle kaydı değer sistemine geçilmesini uygun gördüğü sonucuna varılmaktadır. Sistemin işlemesini sağlamak için maddenin ilk fıkrası ile Merkezî Kayıt Kuruluşu oluşturulmuş, kuruluşun, faaliyet, çalışma ve denetim esaslarının düzenlenmesi, Bakanlar Kurulu'na çıkarılacak "yönetmeliğe" bırakılmıştır. İkinci fıkrası ile de Kuruluş'un kayıtlarının bilgisayar ortamında, hak sahipleri, ihraççılar ve aracı kuruluşlar itibarıyla tutulması öngörülerek, sermaye piyasası araçlarının nama veya hamiline yazılı hesaplarda kayıt esasları ile kayıtların nasıl tutulacağı ve kayıtların tutulmasında yapılacak işlemler ile buna ilişkin usul ve esasların düzenlenmesinin de Sermaye Piyasası Kurulu'na hazırlanacak "tebliğ"le yapılacağı hükme bağlanmıştır.*

*Birinci, ikinci ve dördüncü fıkralarda yasada bulunması gereken temel esaslara yer verilmiş olup, idarenin düzenleme yapacağı alanın sınırları çizilerek uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesi idareye bırakılmıştır.*

*Dava konusu maddenin üçüncü ve beşinci fıkraları ile, kaydıleştirme sistemine geçilmesi sonucu kayden izlenen sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde, Merkezî Kayıt Kuruluşu'na yapılan bildirim tarihinin, payların devrinin Türk Ticaret Kanunu'nun 417 nci maddesi çerçevesinde ortaklar tarafından pay defterine kaydında da, ilgililerin başvurusuna gerek kalmaksızın Merkezî Kayıt Kuruluşu nezdinde ihraççılar itibarıyla tutulan kayıtların esas alınması, "kaydı değer" sisteminin gereğidir.*

*Ayrıca Sermaye Piyasası Kanunu'nun 3. maddesinde de, sermaye piyasası araçlarının "menkul kıymetler ve diğer sermaye piyasası araçları" olduğu açıklanmış, menkul kıymetlerin nitelikleri gösterilmiş ve diğer sermaye piyasası araçlarının neler olamayacağı belirtilmiştir. Buna göre, durumda, yasama organı*

genel kuralları koymuş, idareye ancak bu şartlara uygun evrakın isimlerini belirleme ve derecelendirme yetkisini bırakmıştır.

*Bu durumda, belirtilen fıkralarla yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmemiş, yani yasama yetkisinin devri anlamına gelebilecek bir yetki devri yapılmamıştır”*

Yüksek Mahkeme aynı kararında, 4487 sayılı Kanun’un 2. maddesiyle değiştirilen Sermaye Piyasası Kanunu’nun 11. maddesinin 1., 2., 3., 4., 5. ve 9. fıkralarının iptali istemine ilişkin;

*“Dava konusu madde ile Kurul’a tanınan yetkiler, yasalarla belirlenmesi çok zor olan, zamana ve ekonomik koşullara göre değişkenlikler gösteren teknik ve uzmanlık isteyen konulara ilişkindir.*

*Açıklanan nedenlerle, teknik uzmanlık isteyen konularda Kurul’a yetki tanınması ile yasama yetkisinin yürütmeye devredilmediği, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlamak ve geliştirmek amacıyla Anayasa’nın 167. maddesinin emredici kuralına uygun düzenlemeler yapıldığı anlaşıldığından, 4487 sayılı Kanun’un 2. maddesiyle değiştirilen 2499 sayılı Kanun’un 11. maddesinin dava konusu kuralları, Anayasa’nın 2., 7., 48. ve 167. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”* sonucuna varmıştır.

Yine anılan kararda, Yüksek Mahkeme 4487 sayılı Kanun’un 5. maddesiyle değiştirilen, Sermaye Piyasası Kanunu’nun 15. maddesinin 1., 4., 5. ve 7. fıkralarının Anayasa’ya aykırılığına ilişkin yaptığı incelemede,

*“Yasakoyucunun, çok sık değişen ekonomik göstergelere ve paranın alım gücüne ilişkin teknik ve uzmanlık isteyen dolayısıyla süratle karar almayı gerektiren konularda çerçevesini çizmek suretiyle yürütmeye düzenleme yetkisi tanınmasında Anayasa’nın 7.,10., 48. ve 87. maddelerine aykırılık yoktur. İptal isteminin reddi gerekir.”* sonucuna varmıştır.

Yine aynı kararda, Anayasa Mahkemesi 4487 sayılı Kanun’un çerçeve 10. maddesiyle, Sermaye Piyasası Kanunu’nun yeniden düzenlenen 22. maddesinin (1-c), (i), (j), (r), (v) ve yeni eklenen son fıkralarının Anayasa’ya aykırılığına ilişkin incelemede;

*“...Buna göre, dava konusu Yasa kurallarıyla, Devletin üstlendiği önemli görevlerden birisi olan “sermaye piyasaları”na ilişkin faaliyetlerin organizasyonu ile bu konuda gerekli düzenlemeler yaparak denetimini de sağlamak üzere Sermaye Piyasası Kurulu oluşturulmakta, bu Kurul’a kendi faaliyet alanında görevlerini gereken etkinlikte yapabilmesini sağlamak amacıyla düzenleyici işlemler tesis etme ve idari kararlar alabilme yetkisi tanınmaktadır. Sermaye Piyasası Kurulu’nun görev ve yetkilerinin çerçevesi dava konusu kurallarla çizilmiş, esasları belirlenmiş, ekonomik ve teknik konularda ayrıntılara ilişkin objektif düzenleme yetkisi ise Kurul’a devredilmiştir.”* sonucuna varmıştır.

### **C- İdari Yaptırım Yetkilerinin Kaynağı ve Amacı**

Cezalandırma yetkisi ilke olarak, sözcüğün geniş anlamında bastırıcı iktidar hâkime, daha açık bir söyleyişle daha çok ceza yargıcına aittir. Bununla beraber



bağımsız idari otoriteye sahip olduğu toplumsal düzenleme rolü çerçevesinde kanunkoyucu tarafından veya düzenleyici otorite tarafından veya bizzat kendisi tarafından konulan normlara riayeti sağlamak için, bir yaptırım yetkisi tanınabilir<sup>453</sup>.

Bu çerçevede bağımsız idari otoritelerin yaptırım yetkisinin kaynağı üzerinde durulmalıdır. Bağımsız idari otoritelerin özgün niteliklerini en fazla ön plana çıkaran özelliklerinin, klasik idari kuruluşların sahip olmadığı yaptırım uygulama yetkileri olduğunu<sup>454</sup> öne süren TAN, bağımsız idari otoritelerin yaptırım yetkisini bu otoritelerin düzenleyici ve denetleyici işlevlerine dayandırmakta ve bu işlevlerinin bir sonucu olarak görmektedir<sup>455</sup>. Danıştay da, yaptırım uygulama yetkisini faaliyette bulunulan alandaki düzenleme ve denetleme yetkilerinin uzantısı olarak gördüğü kararında 2499 sayılı Yasa'ya (md. 32 ve 34) göre, sermaye piyasasında faaliyette bulunacak kuruluşların SPK'dan izin almak zorunda olduklarını ve faaliyetlerine ilişkin ilkelerin de gene SPK tarafından belirlendiğini belirttikten sonra, *"sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunmasına izin vermek yetkisi bulunan davalı idare, gerek bu iznin verilmesi için aranan koşulların kaybedilmesi, gerekse Yasanın amacına aykırı eylemlerin belirlenmesi hâlinde verdiği izni geri almak ya da izin verdiği kurumun faaliyetlerini durdurmak yetkisine sahiptir."* demektedir<sup>456</sup>.

ULUSOY, bağımsız idari otoritelerin en önemli iki özelliğinin idari açıdan bağımsız olmaları ile regülasyon işlevi görmeleri olduğunu ifade ettikten sonra, regülasyon işlevini yerine getirirken karar almaya ve denetim yapmaya ilişkin bir takım yetkiler kullanıldığını belirtmiş ve yaptırım uygulayabilme yetkisini denetim yetkisinin kapsamında saymıştır<sup>457</sup>. ATAY da Fransa'da bağımsız idari otoritelerin karar alma yetkisinin üç şekilde ortaya çıktığını belirttikten sonra, bağımsız idari otoritelerin düzenleme yetkisinin bazen bir yaptırım yetkisi olarak incelendiğini ifade etmiştir<sup>458</sup>. AKINCI'ya göre bağımsız idari otoriteleri gerçek bir otorite yapan

---

<sup>453</sup> PAULIAT, agm, s. 145

<sup>454</sup> TAN(2000), s. 11

<sup>455</sup> TAN(2000), s. 4

<sup>456</sup> D. 10 D., 16.12.1998 gün, E. 1996/4349, K. 1998/6771, DD. S. 100, s. 508 vd. (GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, s. 389)

<sup>457</sup> ULUSOY(2003), s. 23

<sup>458</sup> Ethem ATAY, **Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler: Rekabet Konseyi**, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Mart 2000, s. 73

yaptırım yetkisinden arındırılmış bir kamu gücü düşünülmemelidir. Özünde yaptırım yetkisi, kamu gücünün bir parçası aynı zamanda denetleme ve düzenleme gibi temel işlevlerin yürütümünü kolaylaştıran, otoritenin amacını gerçekleştirmek için zorlama yetkisini kullanmaya olanak veren bir araçtır<sup>459</sup>.

*PAULIAT*'a göre, güçlüklerin en büyüğüne, bağımsız idari otorite hem norm koyma hem de onu yaptırımlandırma yetkisine sahip olduğu zaman ulaşılır. Gerçekten de, böyle bir otorite eğer bir norm koyma yetkisine sahipse, ilke olarak bu yetki nispeten geneldir. O belli sayıdaki davranışı bir çerçeve içine almak, şu ya da bu yönde hareket etmeye teşvik etmek amacını güder. O halde bu yetki kesin bir genellik karakterine sahiptir ve belirli bir şahıs grubuna uygulanacağı varsayılmaz. Öyleyse, konulan normlara riayeti sağlamak için otoriteye tanınan yaptırım yetkisinin daha sınırlı bir uygulama alanı olamaz. Norm koyma yetkisi, aynı ona yapışık olan cezalandırma yetkisi gibi, artık sadece otoriteye özel bir hukuki bağla bağlı olan şahıslara hitap etmemektedir. Otoritenin düzenleme alanına giren her kişi, norma riayetsizlik hâlinde kendisine ilke olarak parasal olan, bir yaptırım uygulama riskini taşımaktadır<sup>460</sup>.

Bağımsız idari otoritelerin idari yaptırım yetkisini bunların düzenleme ve denetleme işlevine bağlayan bu işlevlerin uzantısı olarak gören görüşün kaynağını *“Hukuk kuralının yürürlüğü yaptırım olmaksızın sağlanamaz. Hukukun emredici bir düzen sayılması da yaptırım (cebir) in hukukun temellerinden birisi olmasını zorunlu kılar.”*<sup>461</sup> şeklindeki genel kabulden aldığı söylenebilir. *GÖLCÜKLÜ* bu kabulü, *“idarenin yaptırıma müracaatı, kendi faaliyet ve fonksiyonuyla ilgili emir yahut yasaklara uygun hareketi sağlama arzusunun bir sonucudur”*<sup>462</sup> şeklinde ifade etmiştir.

Bağımsız idari otoritelere idari yaptırım yetkisi tanınmasının bir diğer nedeninin de değişen koşullara göre, idarenin yeniden ele alarak düzenleyeceği

---

<sup>459</sup> AKINCI, age, s. 139

<sup>460</sup> PAULIAT, agm, s. 147

<sup>461</sup> GÜRİZ, age, s. 41

<sup>462</sup> GÖZLCÜKLÜ(1963), s. 117

yaptırımların, kamu düzenini sağlamada daha etkin önlemler haline geleceği düşüncesi olduğu savunulabilir<sup>463</sup>.

Bağımsız idari otoritelere idari yaptırım yetkisi tanınmasının amacı ise, genel olarak idari yaptırımların da amaçlarından birini teşkil eden ama bağımsız idari otoriteler için daha baskın olduğuna inandığımız “*pratiklik*” sağlanması amacıdır. Bağımsız idari otoritelerin neredeyse tamamı ekonominin çeşitli alanlarında faaliyet gösterdiğinden dolayı pratiklik bir ihtiyaç değil adeta bir zorunluluk olmaktadır. Zira ekonomik hayat, devamlı değişen durağanlıktan uzak hızlı bir döngüdür. ULUSOY’a göre “*idari yaptırımlarda asıl amaç, aslında pratiklik; yani, pratik ve etkili olarak bir şeye müdahale etmek. Bir yaptırımın mahkemeler yerine idare tarafından uygulanmasının asıl temel nedeni bu. Amaç çok etkili ve anında çok hızlı bir şekilde yaptırım uygulamaktır. Bunun için aslında bir tercih yapılacaktır; adalet fikri mi ön plânda tutulacak, yoksa etkinlik fikri mi ön plânda tutulacak; burada bir seçim yapılması gerekiyor. Meselâ Fransız Rekabet Konseyiyle ilgili olarak cirosunun yüzde 5’inden fazla ceza veremiyor. Fakat böyle bir oran mutlaka belirlenmiş. Çünkü burada her hâlde, kanunla verilen cezalar belli bir sınırla olmak zorunda. Diyelim ki, şu kadar miktar TL’ye kadar ceza verilebilir. Fakat ilgili ceza verilen kişinin cirosu çok anormal boyutlarda ya da çok fazla boyuttaysa, bu cezanın hiçbir anlamı kalmayabilir. O zaman, bu idarî yaptırımın işlevi de ortadan kalkabilir. O yüzden cirosunun yüzdesi gibi bir oran bunun için belirleniyor. Yani, cezaların kanunîliği ilkesine bir aykırılık olmuş oluyor. Cezaların kanunîliği ve dediğim gibi tipiklik. Yani, ceza verilecek davranış ya da konu tam olarak belirlenmemiş oluyor önceden. Fakat idarî yaptırımlarda bazı durumlarda ceza hukukundaki bu ilkelere ki, bu cezaların kanunîliği, tipiklik gibi ilkeler ceza hukukunun ilkeleri; demin de bahsettiğim gibi her zaman uyulmayabiliyor. Çünkü temel amaç, anında müdahale yapmak ve etkinlik. İşte burada bir tercih yapılıyor; yani "adalet" fikriyle "etkinlik" arasında bir tercih yapılıyor ve bu gibi konularda "etkinlik" fikri, her hâlde biraz daha ön plâna çıkıyor<sup>464</sup>.*” Gerçekten de idari yaptırımların, baştan yargıç

<sup>463</sup> Muammer OYTAN, **Fransa, Almanya ve Türkiye’de Yasama Yetkisinin Devredilmesi ve Yürütme Organının Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi**, ONAR Armağanı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977, s. 545 (naklen, OĞURLU, age, s. 70)

<sup>464</sup> ULUSOY(1999), s. 27-28

müdahalesine gerek olmaması, usul açısından basit ve hemen uygulanabilir nitelikte olması ve sosyal açıdan kabul edilebilir oluşu gibi avantajlara sahip olduğu da kabul edilmektedir<sup>465</sup>.

Özellikle Fransa’da bağımsız idari otoritelere böyle bir yetki tanınması, bazı anayasal prensipleri ve esasen de erkler ayrılığı prensibini tartışma konusu yapmış ve Fransa Anayasa Konseyi bu sorunu çözmeye çalışmıştır ki, benimsenen çözüm aynı tartışmayı yaşaması ihtimal dâhilindeki ülkemiz açısından da kabul edilebilir niteliktedir.

Fransız Anayasa Konseyi “Basın şirketlerinin şeffaflığı ve çoğulculuğu komisyonu” na ilişkin 10–11 Ekim 1984 tarihli kararında bu otoritenin yaptırım yetkisine ilişkin görüşünü ortaya koymuş ve böyle bir idari otoriteye, cezalandırma yetkisinin verilmesine karşı çıkmıştır. Fakat çok da uzun sayılamayacak bir süre sonunda bu içtihadından dönmüştür. 17 Ocak 1989 tarihli ve Görsel İşitsel Yüksek Kurulu’na idari yaptırım yetkisi tanınmasının güçler ayrılığı prensibini ihlal ettiği iddiasına ilişkin kararında; bahse konu otoriteye idari yaptırım yetkisi verilmiş olsa da yaptırıma ilişkin kararın gerekçelendirmek zorunda olduğunun ve aynı şekilde yaptırım uygulanmasını öngören her kararın, Danıştay önünde bir tam yargı davası konusu olabileceğinin altı çizilmiştir. Anayasa Konseyine göre bir idari izinden doğan yükümlülükleri söz konusu ederek ve öngörülen (kanun tarafından) garantileri dikkate alarak ilgili kanun maddelerinin aykırılığı savunulamaz. Bir başka anlatımla, görsel işitsel alandaki teknik zorlamalardan dolayı kaçınılmaz olan önceden izin rejimi ve kanun koyucunun ihdas ettiği güvenceler idari otoritenin bir yaptırım uygulamasını mümkün kılmaktadır<sup>466</sup>.

Fransız Anayasa konseyi, Borsa İşlemleri Komisyonun yaptırım yetkisine ilişkin 28 Temmuz 1989 tarihli kararında aynı tutumu şu ifadelerle sürdürmüştür; “*Ne erkler aykırılığı prensibi ne de hiçbir anayasal kural veya prensip kamu gücü yetkileri çerçevesinde hareket eden bir idari otoritenin bir yaptırım yetkisi kullanabilmesine engel teşkil etmez, meğerki uygulamaya elverişli yaptırım hiçbir*

<sup>465</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, s. 745

<sup>466</sup> PAULIAT, agm, s. 148

*özgürlük mahrumiyeti içermesin ve de yaptırım yetkisinin kullanımı, kanun tarafından anayasaca garanti edilmiş hak ve özgürlükleri korumaya tahsis edilen tedbirlerle çerçevelensin.”*. Yine Anayasa konseyi 23 Temmuz 1996 tarihli bir kitle iletişim otoritesine tanınan yaptırım yetkisi ile ilgili kararında da benzer ifadelere yer vererek bu tartışmaya ilişkin görüşüne istikrar kazandırmıştır<sup>467</sup>.

Fransa’da mahkemeler ise yaptırımların hukukiliğini test ederken ölçülülük ilkesinden faydalanmada katıdır. Bu yönde yeni tarihli bir davada *Ici et Maintenant* adlı radyo kuruluşu, Görsel – İşitsel Üst Kurul tarafından ırkçı ve Yahudi karşıtı yayınlar yaptığı gerekçesiyle suçlu bulunmuş ve para cezasına çarptırılmıştır. *Conseil d’Etat* yaptırımı hukuka uygun bulmuştur. Bundan sonra Görsel – İşitsel Üst Kurul, lisans şartlarının ihlalini yayın lisansını yenilememede bir gerekçe olarak kullanmak istemiştir. Bunun üzerine *Conseil d’Etat* lisansı yenilemeyi reddetme kararını, ihlalin yenilememeyi gerektirecek kadar ciddi olmadığı gerekçesiyle bozmuştur<sup>468</sup>.

Diğer taraftan *GÜRSEL*’e göre, Fransa’da ulusal yargı organı<sup>469</sup> AİHS m.6 bağlamında bağımsız idari otoritelerin yaptırım uygulamaya ilişkin idari işlemlerinin yargısal denetimini yaparken, yaptırım uygulama sürecinde uygulanan kuralların AİHS m.6’ya uygun olup olmadığını da denetlemektedir. Böylece Fransa, bağımsız idari otoriteleri bir yargı organı olarak nitelendirmeye gerek kalmaksızın, AİHS m.6 uygulama alanını bağımsız idari otoritelerin yaptırım uygulama kararlarını da kapsayacak şekilde genişleterek bağımsız idari otoritelerin kararlarını AİHS m.6’ya uygunluk yönünden denetlemektedir. Aynı durum Türkiye’deki bağımsız idari otoriteler için de sözkonusu olabilir. İşte bu bağlamda Rekabet Kurumu’na karşı benzer iddia ile açılan bir davada Danıştay oylama usulünde 4054 sayılı Yasa’nın 51/2. maddesine uygun olarak karar verildiğini aynı zamanda m.28, 43, ve 44. maddelerde de soruşturmayı yürüten Kurul üyesi veya üyelerinin Kurul’un karar

---

<sup>467</sup> PAULIAT, agm, s. 148-149

<sup>468</sup> BELL, agm, s. 408

<sup>469</sup> Fransız Danıştay (Conseil d’Etat) bir organın yargı mercii mi yoksa idari organ mı olduğunun tespitinde geleneksel olarak kabul edilen şekli ölçüte sadık kalarak, bağımsız idari otoritelerin yasa koyucu tarafından idari organlar olarak belirlendiğini ve bunların yargı makamları olarak kabul edilemeyeceğini ve dolayısıyla bunlara adil yargılanma hakkına ilişkin AİHS m.6 daki tüm kuralların uygulanmasının zorunlu olmadığını belirtmektedir. Fransız Yargıtayı ( Cour de Cassation) ise AİHS’nin 6. maddesini her yönüyle tam olarak uygulama eğilimindedir. ULUSOY(2003), s. 41 vd.

toplantısında oy kullanmasını sınırlayıcı bir kural bulunmadığına, bu nedenle de soruşturma heyetinde yer alan Kurul üyesinin karar verilirken oy kullanmasının hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir. Yani Kurul kararını AİHS m.6 uyarınca adil yargılama hakkı bakımından değerlendirmemiş, iç hukukta yürürlükteki yasaya uygun uygulama yapıldığını tesbit ederek davayı reddetmiştir<sup>470</sup>.

Oysa T.C. Anayasası m.90/son uyarınca, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” cümlesi 5170 sayılı Yasa ile eklenmiştir. Yani artık iç hukukta SPK ve benzeri idarelerin kararlarının yargısal denetiminde ulusal mahkeme doğrudan doğruya AİHS uygulaması bakımından değerlendirme yapabilecektir<sup>471</sup>. Dolayısıyla yukarıda belirtilen Danıştay kararına konu olan uyuşmazlıkta yargı organı soruşturmayı yürüten kurul üyesinin, kararın verildiği toplantıda oy kullanmasını AİHS m.6 bağlamında ele alarak denetlemesi gerekmektedir. Nitekim Fransa’da olduğu gibi Türkiye’de de idari yargı organı, SPK’nın yargısal denetime konu kararlarını AİHS m.6 bağlamında da denetleyebilecektir<sup>472</sup>. TEZCAN bu görüşe ek olarak bir olayda bir yaptırımın ister idarece, bir idari kolluk işlemi olarak doğrudan uygulansın, isterse bir suç sayılarak yargı kararıyla verilsin, kural olarak Türk ulusal hukukunda hepsinin adil yargılama kurallarına tabi olması gerektiği hususuna dayanak olarak “*adil yargılanma hakkı*”nın 2001 değişiklikleri ile Anayasa’nın 36/1. maddesine girmesini de kabul etmektedir<sup>473</sup>.

---

<sup>470</sup> GÜRSEL(2005), s. 26

<sup>471</sup> Rekabet Kurumu bir yargı organı olmamakla beraber, idari ceza verirken kişilere, olabildiğince ceza yargılamasında tanınan imkanlardan yararlanabilecekleri usul kurallarını tanımalıdır. Bu usul kuralları Kurum’un geri adım atamayacağı bir alandır. Bugün belki Danıştay, Kurul kararlarını yeterince bu açıdan incelemiyor ama yarın bu konudaki içtihadının değişmesi muhtemeldir. Hatta bu konuda bir son kapı daha var. AİHM’nin olası ihlal kararları sonrasında, Kurum, bugün Danıştay’ın iptal kararları sonrasında yaşadığı sıkıntının çok daha ağırını yaşayabilecektir. Bu arzulanmayan olasılıkları şimdiden öngörmek ve Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanundaki usul kurallarını yeniden değerlendirmek faydalı olacaktır. ARDIÇOĞLU, agm, s. 288

<sup>472</sup> GÜRSEL(2005), s. 26

<sup>473</sup> TEZCAN, agm, s. 1

ULUSOY'a göre ise, bağımsız idari otoritelerin uyguladıkları idari yaptırımlar konusunda idari etkinlik ve usul güvenceleri kavramları arasında bir denge kurulması gerektiği, bu bağlamda yaptırımların muhatapları açısından temel ceza hukuku ve ceza yargılaması hukuku ilkelerine (kanunilik, orantılılık, savunma hakkı, gerekçe zorunluluğu vs.) uyulmakla birlikte, bu kurumların yargı organları değil idari organlar oldukları gerçeği gözden kaçırılmadan<sup>474</sup>, AİHS'nin 6. maddesinde adil bir yargılama için gerekli tüm maddi ve usule ilişkin koşulların aranmasına gerek olmadığı düşüncesi daha isabetli görünmektedir. Ayrıca bu kurumların kararlarının bir yargı merciince de denetlenmesi yaptırımın muhatabının hukuksal güvenliğini pekiştirecektir<sup>475</sup>.

AİHS'nin 6. maddesinde idari uyuşmazlıklar ele alınmamış, sadece suç isnadı ve medeni hak ve uyuşmazlıklar<sup>476</sup> şeklinde iki tür uyuşmazlığa yer verilmiştir. Bu yüzden 6. maddenin idari uyuşmazlıklara uygulanma güçlüklerinin çözümü, bir yandan medeni hak ve yükümlülöklere verilen nitelendirmede, diğör yandan da, suç ithamı kavramına verilen anlamda yatmaktadır. AİHM, idari uyuşmazlıkları dikkate

<sup>474</sup> Yazar'a göre, bağımsız idari otoritelerin idari organ olma karakterinden sıyrılıp yargısallaştırılması bu kurumların asıl özelliklerinden olan acilen harekete geçebilme ve hukuk-içi ve hukuk-dışı araçlarla etkin bir denetim yapma ve ayrıca düzenleme işlevlerini sektöye uğratabilecek ve sonuçta bu tür organların "orjinallikleri" kalmayabilecek ve işlevleri salt bir uzmanlık mahkemesi niteliğine bürünecektir. ULUSOY(2003), s. 40

<sup>475</sup> ULUSOY(2003), s. 44-45

<sup>476</sup> Bireyler arasındaki yahut özel kişi ile özel hukuka tâbi kamu tüzel kişileri arasındaki, özel hukuk ilişkisi ve nizalarının medeni hak ve vecibelerle ilgili nizalar olduğu kuşkusuzdur. Haksız fiilden doğan her türlü tazminat davaları, mülkiyet hakkı, eşya, miras yahut aile hukuku ilişkileri gibi. Asıl tereddüt ve güçlük kamu hukukundan kaynaklanıp bireyi etkileyen tasarruf ve işlemler konusunda belirmiştir. Örneğin, idarenin kanun tarafından, kişinin hak ve menfaatlerini etkileyen tasarruflarda bulunmakal yetkili kıldığı hallerde; başka bir deyişle, kamu hukuku düzeyinde yer alan karar ve işlemler konusunda olduğu gibi. Tarım alanı satış sözleşmesinin, geçerlik için, ayrıca yetkili idari makam tarafından da onaylanması gerekirken bu makamın adı geçen sözleşmeyi onaylamaması ve böylece satışın hükümsüz sayıldığı Ringeisen/Avusturya davasında Mahkeme, "medeni hak" kavramının klasik anlamdaki "özel hukuk nizaları"nı aşar şekilde, geniş surette yorumlamış; nizanın "şekli" kaynağına değil, "konusu" ve "sonucu"na bakarak 6. madde hükmünün bu olayda uygulanabilirliğine karar vermiştir. Mahkeme'ye göre 6. madde "sonucu itibariyle" özel nitelikteki hak ve vecibeyi etkileyen her türlü yargılamayı kapsamaktadır; nizanın çözümünde uygulanacak mevzuat ile bu nizayı çözmek için yetkili kılınan organın niteliği (6. madde uygulamasında) önemli değildir.

Önüne gelen davalarda Mahkeme, kamu hukuku düzeyinde yer almasına rağmen bazı tasarrufları, yukarıda değinilen gerekçe ile, medeni hak ve vecibe niteliğinde (Bentham/Hollanda, 23.10.1985, A 97, s. 16) niza sayarak 6. maddenin uygulama alanına sokmuştur. Mahkeme içtihadında, bir özel hukuk tasarrufunun, geçerlik için, idarenin izin yahut denetimine tabi tutulmuş bulunması bu tasarrufun özünü, yani medeni hak niteliğini ortadan kaldırmaz. Ulusal hukukun "kamusal" saydığı bir tasarruf denetim organı Mahkeme tarafından 6. madde bağlamında değerlendirilirken önce, söz konusu tasarruftan doğan hakkın içeriği veya bu tasarrufun sonuçları ele alınarak "kamusal" veya "özel" nitelikten hangisinin ağır bastığı araştırılmakta ve böylece bir sonuca varılmaktadır. GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, age, s. 270-271

olarak, bu kavramların tanımını yapmayıp, somut olaylara dayalı akılcı bir yöntemle değerlendirmelere girişmiştir. Gerçekte Mahkeme, bu kavramları özerk biçimde yorumlamakta<sup>477</sup> ve iç hukukta mahkemenin yetkisini yalnızca tutanak noktası olarak ele almakta; böylece içi hukuka göre aslında idari yargı veya anayasa yargısının yetkili olduğu birçok uyuşmazlık AİHS 6. maddesi kapsamına sokulmaktadır. İdari yargı kararları ise, konusu bakımından bu iki ölçütten birinin kapsamına giriyorsa, cezayı veren makamın hakim veya idare olup olmamasına bakılmaksızın, bir yaptırımın adına yasa koyucu tarafından verilen isim ne olursa olsun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde öngörülen güvenceler açısından yapılan değerlendirmede fazla önem taşımadığı, AİHM'nin çok eskiden beri verdiği çeşitli kararlarda belirlenen belli ölçütlerle açıklık kazanmış ve ortaya çıkan sonuca göre bir yaptırımın anılan sözleşmede öngörülen güvencelerden yararlanıp yararlanamayacağı her somut olayda mahkemece takdir edilmiştir<sup>478</sup>.

AİHM bazen idari otoritelerin de, yaptırım uyguladıkları durumlarda, sözleşmenin altıncı maddesine göre “mahkeme” olarak varsayılabileceğini kararlaştırmaktadır<sup>479</sup>. Strazburg Mahkemesinin bu belirlemede kullandığı temel kriter ise, idari yaptırımın, muhatabının durmunda önemli bir sonuç doğurup doğurmadığıdır<sup>480</sup>.

Diğer bir anlatımla, AİHM, idari merciler tarafından kararlaştırılan yaptırımlarda ikili bir ayrım yapmakta; muhataplarının durmunda “önemli” etki yaratan yaptırımları AİHS m.6 anlamında bir mahkemenin verdiği ceza gibi kabul etmekte ve Sözleşmenin bu maddesinde öngörülen usul koşullarının yerine

---

<sup>477</sup> Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre Sözleşme'de yer alan kavramlar özerk bir varlığa, yani özel bir anlama sahiptirler; Mahkeme Sözleşme kavramlarını yorumlar, içerik ve kapsamalarını somutlaştırıp belirlerken, bunların ulusal hukuklardaki anlamıyla bağlı kalmayacak, bunları ulusal mevzuattan bağımsız olarak yorumlayabilecektir. Kısaca, Sözleşme'deki kavramlar ulusal hukukdakilerle eşadlı olsalar bile eşanlamli olmayabileceklerdir. Sözleşme'nin dinamik yorumu ve üstlendiği “*gerçek bir koruma sağlaması*” görevi yanında bir “*Avrupa standardı*”nın yaratılması amacı, kavramların yorumunda özerkliği, başka bir deyişle bunların “*Sözleşme'deki anlamında*” alınmasını gerekli kılmıştır. Bu durum “**otonom (özerk) kavramlar doktrini**” olarak adlandırılmaktadır. GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, age, s. 142

<sup>478</sup> TEZCAN, agm, s. 6

<sup>479</sup> Örn. AİHM, 16 Temmuz 1971, Ringeisen c/Avusturya; 8.6.1976, Engel c/Hollanda, (naklen, ULUSOY(2003), s. 41)

<sup>480</sup> Bkz. ULUSOY(2003), s. 41)



getirilmesini istemekte; bu nitelikte görmediği yaptırımların ise klasik anlamdaki bir idare organınca kararlaştırabilmesini onaylamakta ve bu durumda bu organların Sözleşmenin altıncı maddesinde hüküm altına alınan tüm koşulları (örn. tarafsızlık ve bağımsızlık) yerine getirmeyebileceğini öngörmektedir<sup>481</sup>. Bu çerçevede, Fransa’da bağımsız idari otoritelerin yapıları ve/veya kararları itibarıyla yarı-yargısal organlar olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Fransız Danıştay arasında önemli bir görüş ayrışlığı bulunduğu söylenebilir. Fransız Yargıtayının<sup>482</sup> (Cour de Cassation) da bu tartışmada, AİHM tarafında konumlandığı görülmektedir<sup>483</sup>.

AİHS’nin sözkonusu 6. maddesinde öngörülen ve adil<sup>484</sup> yargılanma kapsamına giren yükümlülükler şunlardır;

- a) Bir yargı yerine başvuru hakkı<sup>485</sup>
- b) Davanın hakkaniyete uygun dinlenmesini istemek hakkı<sup>486</sup>
- c) Duruşmanın halka açıklığı
- d) Makul sürede yargılanma hakkı<sup>487</sup>

<sup>481</sup> Örn. AİHM, 23 Haziran 1981, Le Compte, Van Leuven ve De Meyere c/Belçika; 16 Şubat 1995, Procola c/Lüksemburg, (naklen, ULUSOY(2003), s. 42)

<sup>482</sup> Bkz. Dipnt. 462

<sup>483</sup> ULUSOY(2003), s. 40

<sup>484</sup> Maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesinde, davanın, aynı zamanda “*hakkaniyete uygun surette*” dinlenilmesi istenmiştir. İşte Strasbourg denetim organları, bu ibareden hareketle, adil yargılama kavramının, fıkra da açıkça sayılanlar yanında, zımni unsurları da içerdiği sonucuna varmışlardır. Mahkeme içtihadında rastlanan “*dava hakkı*” (veya *mahkeme önünde hak arama özgürlüğü*), “ *taraflar arasında silah eşitliği*”, “*yargılamada çelişiklik*” (vicahilik, yahut yüzyüzelik) gibi. GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, age, s. 267

<sup>485</sup> Mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken, geçici de olsa, kapatılması veya kullanımını imkansız kılar ölçüde koşullara bağlanıp sınırlandırılması 6. madde hükmünün çiğnenmesi demektir. Hak arama özgürlüğü mutlak, yani koşulsuz ve sınırsız değildir. özellikle söz konusu hakkın suistimalini önlemek amacıyla, devletler gerekli tedbirleri almakta serbesttirler. Bununla beraber dava hakkının kullanımına getirilen sınırlamaların amaca uygun ve amaçla orantılı olması hakkın özüne dokunmaması gerekir. Devletlerin bu konuda sahip oldukları takdir yetkisi Strasbourg organlarının denetimi altındadır. GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, age, s. 277-278

<sup>486</sup> Bu hak, tüm önemli olgu ve hukuksal sorunları yeterli biçimde açıklayabilme ve bu konuda delil ileri sürebilme ve ayrıca yargılamaya katılan başka kişilerin görüşlerinden ve mahkeme tarafından re’sen toplanmış olsa bile, delillerden bilgi sahibi olabilme olanağının ve silahların eşitliği ilkesine uyulması yükümlülüğünü içermektedir. Bu çerçevede konuyu değerlendirdiğimizde, bir ceza davasında istinabede tarafların bulunmasına imkan tanınmayıp, sonradan duruşmada bu istinabeye ilişkin taraflara gözlem yapma imkanının tanınmasının yeterli olmadığına ilişkin 6 Şubat 2007 tarihli Menteş- Türkiye kararı konunun önemini ortaya koymaktadır. TEZCAN, agm, s. 8

<sup>487</sup> Mahkeme yargılamada makul süreyi araştırırken üç ölçüt kullanmaktadır. 1) *Dava konusunun niteliği*: gerek hukuki meselenin çözümündeki güçlük, gerek dava ile ilgili kanıtların toplanmasında

e) \*pMahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı<sup>488</sup>

f) Masumiyet karinesi<sup>489</sup>

g) Sanığa tanınan asgari haklar

ga- suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa zamanda anladığı dilde ve ayrıntılı olarak sanığın haberdar edilme hakkı

gb- savunmanın hazırlanması için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı

gc- adli yardımdan yararlanma hakkı

gd- sanığın kendisini bizzat veya seçeceği bir müdafî yardımıyla savunması

ge- tanıkların dinlenmesinde hak eşitliği

gf- tercümandan yararlanma hakkı ilkeleridir.

---

karşılaşılan engel ve karmaşık durumlardır. 2) *Yargılama sırasında şikayetçinin (ulusal merciler önündeki tutumu*: hukuk davalarında her ne kadar, işin takibi taraflara ait bir sorun ise de, Mahkeme'ye göre bu husus mahkemenin davayı gerekli süratle yürütmesi yükümünü ortadan kaldırmaz. 3) *Uluslararası yargılama makamlarının tutumu*: mahkeme, vaki gecikmeden devleti ancak ihmal veya kusuru nedeniyle sorumlu tutmaktadır. GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, age, s. 286-287

<sup>488</sup> Mahkeme “yargısal rol” ve “adli fonksiyona” sahip bulunmalı, diğer bir deyişle görevine dahil konularda, belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gereğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün kararlar verme yetkisini elinde tutmalıdır. Bunun dışında AİHM, bir mahkemenin bağımsızlığını araştırırken, üyelerinin atanma ve görevden alınma usulüne, görev süresine, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın mevcut olup olmadığına, üyelerin her türlü etkiden korumasını sağlayacak önlemlerin alınıp alınmadığına ve nihayet, mahkemenin, global bir değerlendirme ile, “bağımsız bir görünüm” verip vermediğine bakmaktadır. Mahkeme tarafsızlık kavramını ise “objektif” ve “sübjektif” olmak üzere iki ayrı açıdan ele almaktadır: Sübjektif tarafsızlık, mahkeme üyesi yargıcın birey sıfatıyla, kişisel tarafsızlığını; objektif tarafsızlık ise kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim yani hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunması; tarafsızlığı sağlamak için alınmış bulunan tedbirlerin organın tarafsızlığı konusunda makul her türlü şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte olmasıdır. GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, age, s. 281-282

<sup>489</sup> Suçsuzluk karinesi aslında bir karene değildir; kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve hakkında ceza hukukunun alanına giren müeyyidelerin uygulanabilmesi için, onun kesin hükümle mahkum olması şartını getiren ve bu şart gerçekleşene kadar kişiyi suçsuz sayan bir varsayıma dayanan temel bir haktır. Sanık kanunen suçsuz kabul edilen bir kişi olduğuna göre, suçu işlediğine dair akla ve mantığa uygun gerekçelere dayanan her türlü şüphe bertaraf edilmediği takdirde mahkum edilemeyecektir. Bu itibarla, şüpheden sanığın yararlanacağını öngören ilkenin, suçsuzluk karinesini bir sonucu söylemek yanlış olmaz. Kişilerin suçsuzluk karinesinde faydalanmasının bir diğer sonucu da, savunma hakkıdır. Sanık suçsuz kabul edildiği içindir ki ona savunma hakkı tanınmış ve bu hak muhakemede temel öneme sahip bir hak olarak düzenlenmiştir. FEYZİOĞLU, agm, s. 23

Yerel yargılama makamının hakimlerinin, muhakemeye sanığın suç işlediği önyargısı ile başlamaları; muhakemede ispat yükünün savcı yerine sanık üzerinde bulunması; savcının sanığı davadan haberdar etmemesi; sanığa savunmasını hazırlama ve sunma imkanının tanınmaması ve şüpheden sanığın yararlanması durumlarında AİHM, suçsuzluk karinesine saygı duyulmadığına hükmetmektedir. FEYZİOĞLU, agm, s. 24-25

## VII. KABAHAHLER KANUNUNUN DÜZENLEYİCİ KURULLARIN UYGULADIKLARI İDARİ YAPTIRIMLAR BAKIMINDAN GETİRDİKLERİ

### A) Genel Olarak

Ceza hukukunda 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde benimsenen cürüm-kabahat ayrımının 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda terk edilmesi ile 5326 sayılı Kabahatler Kanununun ortaya çıkışının birlikte değerlendirilebilir. Zira kabahatlerin Türk Ceza Kanununda düzenlenmemesi gerektiği fikri, Hukukumuzda Kabahatler Kanunu şeklinde ayrı bir kanunun doğmasında da önemli bir etken olmuştur. Zira 765 sayılı Türk Ceza Kanununda mevcut olan kabahatlerden bir kısmına Kabahatler Kanununda yer verilmesi de bu hususu kanıtlamaktadır. Hatta YURTCAN'a göre KK, 5237'nin 765'ten farklı olarak, cürümler-kabahatler biçimindeki ikili ayrımı kaldırmasından sonra, kabahatlerin ayrı bir yasada düzenlenmesi gerektiği için çıkarılmıştır<sup>490</sup>.

5236 sayılı Kabahatler Kanununda 765 sayılı Türk Ceza Kanununda düzenleme bulan bazı kabahatler dışında başka kabahatlere de düzenlenmiştir.

Sözkonusu sistem bu zamana kadar dağınık bir durumda olan idari suç ve cezaların (para cezası, müsadere, işyeri kapatma, ehliyet, geri alma gibi) genel ilkelerini, cezaların uygulanma şekli ve kanun yollarına ve günlük hayatta sıkça işlenen bazı önemli kabahatleri düzenlemiştir<sup>491</sup>.

Bahse konu Kanun, uygulamada ve mevzuatta kabul gören idari suça kabahat demekte ve kabahati de tanımlamaktadır. Buna göre, kabahat deyiminden “*kanunun karşılığında idari yaptırım öngördüğü haksızlık*” anlaşılır. Bu tanım, idari suçların düzenlendiği kanunların tamamını kapsayan bir nitelik taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle, bu tanım, sadece KK'da yer alan idari suçlarla sınırlı değildir, aksine karşılığında idari yaptırım uygulanması ilgili yasalarında öngörülen tüm idari suçlar

<sup>490</sup> YURTCAN, age, s. 2

<sup>491</sup> Doğan SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, s. 605

Yasa'nın kapsamındadır<sup>492</sup>. Aynı şekilde Kanun'un 16. maddesinde kabahatler için öngörülen idari yaptırımın idari suç için geçerli olan idari para cezası ve idari tedbir olduğu hükme bağlanmıştır.

Bir görüşe göre KK genel niteliği ve hükümleri yönünden Almanya'nın Düzene Aykırılıklar Kanunu'na büyük benzerlik göstermekte ve bu yönden İdare Hukukunun kapsamına kesinlikle girmeyen, ancak temel ilkeleri açısından Ceza Hukukundan da ayrılan, kendine özgü bir hukuk dalı yarattığı söylenebilir. Bu yeni hukuk dalı, Almanya'da eski tarihlerden beri "Düzene Aykırılıklar Hukuku" olarak isimlendirilen hukuk dalından başka bir şey değildir. Biz de ise bu hukuk dalı "idari Ceza Hukuku" olarak adlandırılmıştır<sup>493</sup>.

KK'ya ilişkin olarak çalışma konumuz açısından önem teşkil eden husus ise hiç şüphesiz bu Kanunun, düzenleyici kurulların idari yaptırımlarına uygulanıp uygulanamayacağıdır.

### **B)Kabahatler Kanununun Düzenleyici Kurulların İdari Yaptırımlarına Etkisi**

KK'nın çalışma konumuz açısından en önemli maddesinin "Genel kanun niteliği" başlıklı 3. maddesinin teşkil ettiği söylenebilir. Zira bu madde ile KK'nın genel hükümlerinin Sermaye Piyasası Kanunu, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Bankacılık Kanunu, Dernekler Kanunu, Kıyı Kanunu gibi idari suçların ve idari yaptırımların yer aldığı onlarca yasayı etkilediği, bu yasalardaki kabahatler hakkında da uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır<sup>494</sup>. Anılan madde Anayasa Mahkemesinin aşağıda kısaca yer verilecek olan kararı ile iptal edilmeden önce;

*"Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlarda ki kabahatler hakkında da uygulanır."*

<sup>492</sup> Mustafa KARABULUT, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Ankara 2008, s. 34

<sup>493</sup> Kayıhan İÇEL, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2007, s. 13

<sup>494</sup> KARABULUT, age, s. 35

şeklindeydi. Fakat Anayasa Mahkemesi itiraz yolu ile önüne gelen bu maddeyi temelinde idari yargının görev alanını ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir<sup>495</sup>.

Anayasa Mahkemesi iptal gerekçesinde özetle, öncelikle yasama organının yasa yapma yetkisini kullanırken birtakım sınırlamalara tabi olduğunu ifade etmiş ve hukuk devleti ilkesinin bu sınırlardan birisi olduğunu ifade etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, hukuk devletinin önemli ilkelerinden ikisi “belirlilik” ve “hukuki güvenlik” ilkesidir. Yasakoyucu bu ilkeler gereğince kişilerin haklı beklentilerine aykırı davranmamalıdır. İdari işlemlere karşı yargı yolu olarak kişilerdeki haklı beklenti idari yargının olmasının gerektirmektedir. Yasa koyucu bu bariz öngörülebilirliğin tersine adli yargıyı görevli kılan yasal bir düzenleme yaparsa hukuk devletinin belirlilik ve haklı beklenti ilkelerini ihlal etmiş olacaktır. Öte yandan Anayasanın adli yargı ve idari yargı şeklinde belirlediği yargı ayrılığı ilkesi doğrultusunda, idarenin yargı denetimine tabi tutulurken, uzmanlık alanı ile ilgili yargı yerince denetiminin etkin hukuk denetimi sağlayacaktır. Be sebeple, yasa koyucu yasama konusundaki takdirini kullanırken, idarenin yargı denetiminden, etkin- uzmanlık alanı ile ilgili- denetim ifade edildiği dikkate almalıdır. Anayasamızın benimsediği yargı ayrılığı sistemine rağmen idari işlemlerin bir bölümünün adli yargı görev alanına sokan yasa hükümlerinin Anayasaya aykırılığının dikkate alınmaması bunun zamanla politik sebeplerle kullanılarak idarenin yargısal denetiminin işlevsiz hale getirilmesine sebep olabilecektir.

Anayasa Mahkemesinin anılan iptal kararından sonra yasa koyucu 3. maddeyi 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanunun 31. maddesi ile şu şekilde düzenlemiştir.

“ (1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

---

<sup>495</sup> AYM; 22.07.2006 günlü Resmi Gazetede yayınlanan 01.03.2006 tarih, 2005/108 Esas, 2006/35 Karar sayılı kararı

*b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında,*

uygulanır.”

KK, ülkemizde ilk kez yürürlüğe giren bir yasa olarak, kabahatlerin “genel yasası” niteliğini taşımaktadır. Yasada belirli kabahatlere yer verilmiştir. Ancak, kabahatler hukukumuzda bunlarla sınırlı değildir. Özel yasalarda da kabahatler vardır. Bu nedenle, KK ile öteki kabahatler arasındaki hukuki ilişkinin düzenlenmesi şarttır. Madde bunu yapmaktadır<sup>496</sup>.

Buna göre idari yaptırımların düzenlendiği kanunların sadece o idari yaptırıma ilişkin kanun yolunun düzenlendiği hükümleri kabahatler kanuna göre öncelikle uygulanma niteliğine haiz olacak kabahatler kanununun diğer genel hükümleri ise idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller için uygulanacaktır.

Anılan bu hüküm karşısında Türkiye’deki BİO’ların aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan kendi özel kanunlarında yer alan idari suç ve cezalar bakımından KK hükümlerinin uygulama alanı bulacağı açıktır<sup>497</sup>.

20.02.2001 tarih ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun “Diğer Hükümler” başlıklı 15. maddesini (e) bendine 10.05.2006 tarih ve 5496 sayılı Kanunun 5. maddesi ile yapılan ekleme “ *Kurum, 5236 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine tâbi değildir.*” hükmündedir. Böylece Elektrik Piyasası Kanununda yer alan idari suç ve cezalar, Kabahatler Kanunu kapsamının dışına çıkarılmıştır<sup>498</sup>.

---

<sup>496</sup> YURTCAN, age, s. 3

<sup>497</sup> ÖZEN, agm, s. 248; Para cezaları konusunda Kabahatler Kanunu’ndan sonra ne olacak? Benim düşüncem özellikle ilk ve geçici maddelerine bakıldığında çıkan sonuç, Rekabet Kurulu tarafından verilen idari para cezalarının Kabahatler Kanunu’nun kapsamında olduğu, Sadece Rekabet Kurulu değil, ekonomik kamu düzenini korumak amacıyla idari yaptırım uygulama yetkisine sahip Sermaye Piyasası Kurulu, BDDK gibi kurumlar, öngörülmemiş bile olsalar, dili itibarıyla bu Kanun’un kapsamında. Artuk ARDIÇOĞLU, **Anayasa ve İdare Hukuku Açısından Rekabet Hukuku**, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, Sempozyum. Bildiriler-Tartışmalar-Panel, 7-8 Ekim 2005, s. 289

<sup>498</sup> Benim önerim, Kabahatler tekrar ele alınıp bir belirliliğe kavuşana kadar, hazır da bir Taslak üzerinde çalışma varken, Rekabet Kanunu’na şu şekilde bir madde eklemek; “ Bu Kanun’da yer alan idari yaptırımlar hakkında, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun Birinci Kısım Dördüncü Bölüm hükümleri uygulanmaz”. ARDIÇOĞLU, agm, s. 289

Fakat 08.02.2008 tarihli ve 26781 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 578. maddesinin (mm) bendi ile 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 15. maddesinin (e) bendi yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece artık Türkiye'deki düzenleyici kurulların uyguladıkları tüm idari yaptırımların istisnasız KK kapsamında olduğu söylenebilir.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### DÜZENLEYİCİ KURULLARIN İDARİ YAPTIRIM TÜRLERİ BAĞLAMINDA İDARİ YAPTIRIM YETKİLERİ

#### I. İDARİ YAPTIRIM TÜRLERİ

##### A - Genel Olarak

İdari yaptırımları bir tasnife tabi tutmak hayli zordur. Zira idari yaptırımlar, idarenin, ilgili bulunduğu tüm alanları kapsamakta, buna bağlı olarak da uygulanan idari yaptırımlar çok çeşitli olmaktadır<sup>499</sup>. Hatta ÖZAY idari yaptırımların konularına göre türlerini saptayabilmenin olanaksız denecek ölçüde güç olduğunu savunmaktadır<sup>500</sup>.

İdari yaptırımların sınıflandırılması yolunda öğretilerde farklı ayrımlar yapılmıştır. BALTA idari cezaları “kurumsal disiplin cezaları” ve “kamusal idari cezalar” olarak ikiye ayırmıştır<sup>501</sup>. GÜNDAY, idari yaptırımları idari cezalar ve idari icra(=resen icra) olmak üzere ikiye ayırdıktan sonra bunlardan idari cezaları da disiplin cezaları ve öteki idari cezalar olarak iki alt başlığa ayırmıştır<sup>502</sup>. SOYASLAN ise, kural tasarrufların ihlali hâlinde yürütme organının uygulayacağı müeyyideler başlığı altında, saf idare organı tarafından konulan müeyyideler ifadesi ile idari yaptırımları kastederek bunları zabıta hukukuna ilişkin müeyyideler, mali hukuka ilişkin müeyyideler ve disiplin hukukuna ilişkin müeyyideler olarak üçe ayırmıştır<sup>503</sup>. ÇAĞLAYAN da idari yaptırımları kolluk yaptırımları, disiplin yaptırımları ve diğer idari yaptırımlar şeklinde üçe ayırmıştır.<sup>504</sup>

Türleri bakımından çeşitlilik göstermesi nedeniyle yukarıda değinilen güçlülükle karşılaşan İtalyan hukukunda, objektif bir ölçüt uygulamak yoluyla büyük başlıklar altında toplama yoluna gidilmiş ve “mali yaptırımlar” ve “kişisel

<sup>499</sup> ÇAĞLAYAN(2006), s. 48; OĞURLU(2001), s. 88

<sup>500</sup> ÖZAY(1985), s. 110

<sup>501</sup> BALTA(68/70), s. 202-203

<sup>502</sup> GÜNDAY, age, s. 215-217

<sup>503</sup> SOYASLAN, age, s. 107-113

<sup>504</sup> ÇAĞLAYAN(2006), s. 49-50



yaptırımlar” şeklinde bir ayrıma gidilmiştir<sup>505</sup>. Aşağıda idari yaptırım türleri bu ayrıma göre incelenmeye çalışılacaktır.

## B – İdarî Malî Yaptırımlar

İdari mali yaptırımlar<sup>506</sup>, hukuka aykırı davranışları nedeniyle, bireylerin malvarlıkları üzerinde etkisi olan, onların sahip oldukları bazı şeylerden yararlanmalarının yasaklanması şeklinde tanımlanmaktadır<sup>507</sup>.

Tanımdan çıkarılabilecek unsur ve özellikler şunlardır. İlk olarak, bireyin hukuka aykırı bir davranışı üzerine yaptırıma başvurulmaktadır. Uygulanan yaptırım, bireyin malvarlığı üzerinde etkili olmaktadır. Bu yaptırım, malvarlığındaki bir şeyden yararlanmanın yasaklanması sonucunu doğurmaktadır. Bu yaptırımlara örnek olarak<sup>508</sup> idari para cezaları, elkoyma, müsadere sayılmaktadır<sup>509</sup>.

KK’nın 16. maddesinde yaptırım türleri olarak iki tür sayılmıştır. Bunlardan biri idari para cezası diğeri ise idari tedbirlerdir. İdari tedbirleri de kendi içinde mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olarak ikiye ayrılmıştır.

<sup>505</sup> ÖZAY(1985), s. 46-47

<sup>506</sup> ÖZAY eserinde yer verdiği bu tanımın İtalyan hukukunda “nesnel yaptırımlar” olarak tanımlandığını ifade etmiş, OĞURLU ise bu tabir yerine idari mali yaptırımlar ibaresini kullanmasının nedenini şu şekilde açıklamıştır; “ nesnel sözcüğü, idarenin nesnel sorumluluğunda olduğu gibi objektif anlamına da gelmektedir ki bu kavram karışıklığına neden olmaktadır. Örneğin ÖZAY, İtalyan hukukundaki bireysel yaptırım-idari mali yaptırım ayrımını yaparken işyerinin kapatılmasını bireysel yaptırım olarak nakletmektedir. Ancak eserin 61 ve 62’nci sayfalarında 149’uncu dipnotta Danıştay’ın kararları aktarılırken ‘pavyonun kapatılması’, ‘otelin kapatılması’, ‘lokanta ve kahvehane olarak iki bölümden bir dükkanın kahvehane kısmının... kapatılması’ şeklindeki idari yaptırımları nesnel yaptırımlar olarak adlandırmaktadır. Görüldüğü gibi aslında farklı bakış açılarıyla aynı yaptırım farklı görülebilir. Diğer bir boyut ise, bu yaptırımların kişinin malvarlığına değil, ancak çalışma hak ve özgürlüğüne ilişkin olmasıdır. Burada malvarlığının dolaylı olarak etkilenmesi yönüyle nesnel bir yaptırımın varlığı düşünülebilirse de öncelikle bireysel idari yaptırım kimliği öne çıkmaktadır.” OĞURLU(2001), age, s. 89

<sup>507</sup> ÖZAY(1985), s. 46

<sup>508</sup> İtalyan Medeni Kanunu’nun 838 inci maddesinin son fıkrasında öngörölmüş bulunan “kamulaştırma”nın aslında bir yaptırım niteliğinde olduğu, öğretide taraftar bulan bir görüştür. ÖZAY(1985), s. 47, OĞURLU’ya göre ise kamulaştırma bir yaptırım türü değil, kamu hizmetinin yürütülmesinde yalnızca bir usul olarak görülmelidir. Çünkü, kişileri belirli araçlarla zorlamak suç veya idari ihlali önlemek ya da bu tür bir eylem veya davranışa giren kimseyi cezalandırmak değil, yalnızca idari faaliyetin yürütülmesini sağlayan bir araç olarak yararlanılmaktadır. OĞURLU(2001), age, s. 90

<sup>509</sup> OĞURLU(2001), s. 89

İdari mali yaptırımlar içinde yer alan, idari parasal yaptırımlar, kişilerin malvarlığına yönelik yaptırımlardan ilki ve en yaygınıdır<sup>510</sup>. İdari para yaptırımı idari düzene aykırılık teşkil eden eylemler sebebi ile yasanın açıkça izin verdiği hallerde idarenin yargı organına başvurmaksızın kendisinin bizzat uyguladığı ve bir miktar paranın alınması şeklinde gerçekleşen mali nitelikteki yaptırımlardır. Demek oluyor ki, idari nitelikte olan para yaptırımlarından bahsedebilmek için iki önemli unsura ihtiyaç vardır. Bunlardan biri yasada para yaptırımına ilişkin hükmün açıkça yer alması, diğeri ise, bu yaptırımı uygulayabilmek yetkisinin idareye tanınmış olmasıdır<sup>511</sup>.

Bir idari mali yaptırım olarak “idari para cezası”, çalışmamızın ikinci bölümünde incelenecektir.

Elkoyma, gerçek anlamda bir yaptırım uygulanıncaya kadar geçerli bir önlem niteliğindedir<sup>512</sup>. Ceza hukukunda da elkoyma kurumuna başvurulabilmektedir. Fakat bu kurumun bizi ilgilendiren boyutu bir idari yaptırım olarak başvurulduğu durumlardır. Kaçak orman ürünü taşınan araca elkonulması, ruhsatsız imal edilen tuğlalara elkonulması, izinsiz açılan maden ocaklarının kapatılmasından sonra buralardaki eşyaya el konulması, bu durumlara örnek verilebilir<sup>513</sup>. Bu kuruma, Kabahatler Kanunu’nun 18. maddesinin (3) numaralı fıkrasında “*Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar kesinleşinceye kadar ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından eşyaya elkonulabileceği gibi; eşya, kişilerin muhafazasına da bırakılabilir*” şeklinde yer verilmiştir.

Müsadereye bazen bir ceza, bazen de bir güvenlik önlemi ya da idari bir önlem olarak başvurulur<sup>514</sup>. Ceza hukukundaki anlamı ile müsadere (zorallım), işlenen bir suç karşılığı olarak suçlunun malvarlığının tamamının veya bir kısmı üzerindeki mülkiyetinin ortadan kaldırılması ve bu mülkiyetin kamusal karakter

---

<sup>510</sup> Kamil MUTLUER, **Vergi Ceza Hukuku**, Eskişehir 1979, s. 56

<sup>511</sup> MAHMUTOĞLU, age, s. 139

<sup>512</sup> ÖZAY(1985), s. 46

<sup>513</sup> OĞURLU(2001), s. 96

<sup>514</sup> Sahir ERMAN, **Ticari Ceza Hukuku**, İstanbul 1992, s. 198

gösteren bir kuruluşa devredilmesidir<sup>515</sup>. İdari önlem olan müsadereyi ayırma yönüyle doktrinde “*idari müsadere*<sup>516</sup>” ibaresi kullanılabilmektedir<sup>517</sup>. İdari müsadere, Alman Düzene Aykırılıklar Hukuku’na (DAH) göre “*Toplum düzeninin, güvenliğinin ve sağlığının korunması konusunda ve kural olarak düzene aykırılık teşkil eden bir eylem sebebiyle idarece herhangi bir yargı kararı olmaksızın doğrudan doğruya uygulanan ve bireye toplumsal yükümlülüklerinin hatırlatılmasında ilave bir katkıda bulunan engelleyici ve tali nitelikte olan bir yaptırımdır*<sup>518</sup>.” Ceza hukukundaki müsadereye aksine idari müsadere de bir suç sebebi ile ve ceza yargılamasının sonucunda müsadere kararı verilmemekte, düzene aykırılık gerektiren bir eylemin varlığı gerekmekte ve idarece bu müsadere uygulanmaktadır. Bunun yanında, ceza hukukundaki müsadere de eşyanın varlığı ayrı bir suç oluşturmaktayken idari müsadere de eşyanın varlığının idari düzene aykırılık oluşturması aranmaktadır<sup>519</sup>. Müsadere ile elkoyma arasındaki fark ise, müsadereyi ileriye yönelik muhtemel bir tehlikeyi de önleyici nitelik taşımasıdır<sup>520</sup>.

Bir diğer idari mali yaptırım da yıkım kararlarıdır. Yıkım, imar mevzuatına aykırı bir yapının fizikî ve ekonomik varlığının ortadan kaldırılmasıdır<sup>521</sup>. Yıkım kararları, yüksek miktarda maddi kayba yol açtığından olsa gerek, Danıştay kararlarında da sık rastlanan idari yaptırım uyuşmazlıklarındandır<sup>522</sup>.

### C - Bireysel İdarî Yaptırımlar

Bireysel yaptırımlar, kişinin malvarlığından bir eksiltme ya da kullanımını engelleyerek malvarlığı üzerinde tasarruf etmesini kısıtlayan yaptırımlar değildir.

<sup>515</sup> DÖNMEZER/ERMAN, age, C. II, s. 749

<sup>516</sup> Kabahatler Kanununda bu kavram kargaşasına izin vermemek adına olsa gerek, idari müsadere yerine 17. maddedeki idari yaptırımlar arasında “mülkiyetin kamuya geçirilmesi” ifadesi kullanılmıştır.

<sup>517</sup> OĞURLU(2001), 96

<sup>518</sup> Ancak, eşyanın cinsi ve durumu itibarı ile kamuyu tehlikeye sokabilecek nitelikte olması halinde uygulanan müsadere de ise, düzene aykırılık teşkil eden eylemin varlığına ihtiyaç duyulmadığından, artık bir yaptırımdan değil, aynı amaca yönelik idari nitelikteki bir önlemden bahsedilecektir. MAHMUTOĞLU, age, s. 153

<sup>519</sup> MAHMUTOĞLU, age, s. 152

<sup>520</sup> ÖZAY(1985), s. 46, dpnt. 85

<sup>521</sup> Tekin AKILLIOĞLU, *Yıkma Kararlarında Yöntem Sorunları*, AİD, C.12, S. 4, s. 48

<sup>522</sup> D. 6.D., 1.4.1993 gün, E. 1992/3413, K. 1993/1278, DD, S. 88, s. 296; D. 6.D., 26.12.1988 gün, E. 1987/1542, K. 1988/1688, DD, S. 74-75, s. 413

Öncelikle, kişiye mali olmayan bir konuda, belirli bir hakkının ya da özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuran ve bireye uyguladığı yaptırımla idari ihlalin doğuşundan önce caydırılarak ortaya çıkışını engellemek, çıkması hâlindeyse, tekrarlanmasını önleme amaçlarını taşır. Ancak bireysel idari yaptırımlar kişinin malvarlığını dolaylı olarak etkileyebilir. Bu duruma örnek olarak geçimini taşımacılıktan sağlayan bir kişinin sürücü ehliyetini geri alınmasını ya da bir esnafın mesleğini icradan men edilmesi hali verilebilir<sup>523</sup>.

Bu yaptırımlara yönelik olarak, yabancıların sınırışı edilmesi, sürücü ehliyetinin geçici olarak geri alınması, bir işyerinin kapatılması<sup>524</sup> örnekleri verilebildiği gibi barodan kaydın silinmesi, izin ve ruhsatın geri alınması, faaliyetin durdurulması, pasaport verilmemesi, ruhsatsız inşaatların durdurularak mühürlenmesi, hizmetten yararlandırmama, inşaat ruhsatının iptali, Türk vatandaşlığının Bakanlar Kurulu kararı ile kaybettirilmesi gibi örnekler de verilebilir<sup>525</sup>.

*OĞURLU* ya göre “disiplin cezaları” bu iki yaptırım türü arasında yer almaktadır. Disiplin cezası belirli bir statüde bulunan kişilere görevleri dolayısıyla veya görev yapılan yerdeki kusurları dolayısıyla verilen cezadır<sup>526</sup>. ONAR bu yaptırımı “*amme hizmetlerinin menfaati bakımından, bu hizmetlerin icap ettirdiği şekilde görülmesini, memurun hizmete bağlılığını ve memur statüsünün iyi bir tarzda tatbikini temin maksadıyla ve esas itibarıyla hiyerarşi kudretine dayanılarak alınmış idari tedbirler*” şeklinde tanımlamıştır<sup>527</sup>.

Disiplin hukuku idare ile bireyler ve topluluklar arasındaki özel ödevlerden kaynaklanmaktadır. Özel ödevler alanında bireylerle idare arasında kurulu bulunan hukuksal ilişki geniş anlamda bir özel ilişkidir; daha doğrusu, bireyin idare karşısında memur, öğrenci olma, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının

---

<sup>523</sup> OĞURLU(2001), s. 103

<sup>524</sup> ÖZAY(1985), s. 46

<sup>525</sup> OĞURLU(2001), s. 102

<sup>526</sup> GÜRİZ, age, s. 96

<sup>527</sup> ONAR, age, C.I, s.868

üyesi ve benzeri gibi, kişisel ‘statüter’ bir durumu vardır. İdare, bu statüter durumun sonucu olarak yaptırımlar uygulamak olanak ve yetkilerine sahiptir<sup>528</sup>.

## II. İDARİ YAPTIRIMLARIN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

### A - Genel Olarak

Yukarıda ekonomik, sosyal ve hukuksal temellerini açıklamaya çalıştığımız bağımsız idari otoritelerin son yıllarda önemli nitelikte yaptırım yetkileri ile donatılmalarına paralel olarak idari yaptırımların da çeşitlenip çoğaldığı gözlenmektedir. Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi, *“Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye geniş ve değişik alanlarda yaptırım uygulama yetkileri tanınmaktadır”*<sup>529</sup>. Yine Anayasa Mahkemesine göre<sup>530</sup>, *“Böylece, mahkemelerin iş yükünün ve tarafların zaman ve emek ve masraf kaybının azaltılması amaçlanmaktadır”*<sup>531</sup>.

GÖZÜBÜYÜK/TAN’a göre idari yaptırımlar genel olarak içerikleri bakımından idari para cezaları ve diğer idari yaptırımlar olarak iki grupta toplanabilmesine rağmen, idari yaptırım uygulanan durumlar açısından bakıldığında da farklı gruplandırmalar yapıldığı görülmektedir. Buna göre; idari yaptırımların büyük bölümünü, idare ile kurulan hukuki ilişkinin bir uzantısı olarak ortaya çıkan yaptırımlar oluşturmaktadır<sup>532</sup>.

Bazı idari yaptırımlar ise kamu güvenliği ve genel sağlığı ile tehlikeye düşüren durumlara son vermek için uygulandığından, bu tür yaptırımlara kolluk tedbirleri ile idari yaptırımlar arasında bir yer verilmektedir. Örneğin, alkolü sürücünün sürücü belgesinin geçici bir süre için alınması gibi. Nitekim Fransız Danıştay’ının sürücü belgesinin geçici olarak geri alınmasını bazı durumlarda idari

---

<sup>528</sup> ÖZAY(1985), s. 43

<sup>529</sup> AYM, 23.10.1997, E. 1997/19, K.1997/66. RG; 16.01.1999, sayı: 23585

<sup>530</sup> AYM, 23.05.2001, E. 2001/231, K. 2001/89. RG;19.01.2002, sayı: 24645, s. 53

<sup>531</sup> TAN(2005), s. 311

<sup>532</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, s. 745

yaptırım, bazı durumlarda da önleyici kolluk tedbiri olarak nitelendirildiği görülmektedir<sup>533</sup>.

Bu anlatılanlara ek olarak Türkiye’de bağımsız idari otoritelere tanınan yaptırım yetkileri konusunda yasal düzenlemelerde bir dağınıklığın dikkati çektiği<sup>534</sup> unutulmamalıdır. Bu dağınıklık nedeniyle bağımsız idari otoritelerin uygulama yetkileri bulunan idari yaptırımları belli bir sınıflandırmaya tâbi tutmak zorlaşmaktadır. Kaldı ki yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, idari yaptırımların türleri konusunda da öğretide ortak bir kabul olduğu savunulamamaktadır. Öğretide savunulan görüşlerin arasında nispeten daha çok benimsenen ayrımın ise “*idari para cezaları*” ve “*diğer idari yaptırımlar*” şeklinde olduğu söylenebilir. Ama bu ayrım bağımsız idari otoritelerin idari yaptırım yetkilerinin belirgin bir şekilde ayrımına imkân vermemektedir.

Tüm bu anlatılanlar çerçevesinde, bağımsız idari otoritelerin uyguladıkları idari yaptırımları “*İdare ile kurulan hukuki ilişkinin uzantısı olarak ortaya çıkan yaptırımlar*”, “*İdari para cezaları*” ve diğer bağımsız idari otoritelerde bulunmayan salt o yaptırıma ilişkin yetkilendirilen bağımsız idari otoritenin uygulayabildiği idari yaptırımların varlığı nedeniyle “*Kendine özgü (sui generis) idari yaptırımlar*” olarak ayırmanın çok daha uygun olacağını düşünmekteyiz. Bu aşamada altı çizilmesi gereken bir husus da bu ayrımın idari yaptırımların türlerine yönelik yeni bir öneri niteliği taşımadığıdır ki, söz konusu ayrımın böyle bir gayesi de yoktur. Bu ayrım genel olarak idari yaptırımlara değil salt bağımsız idari otoritelerin idari yaptırımlarının belirgin ve anlamlı bir şekilde tasnif edilebilmesi gayesinin bir sonucudur. Bu nedenle de başlık idari yaptırımların görünüm biçimleri olarak seçilmiştir.

---

<sup>533</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, s. 746

<sup>534</sup> TAN(2005), s. 313

## **B – İdare İle Kurulan Hukuki İlişkinin Uzantısı Olarak Ortaya Çıkan Yaptırımlar**

### **1- Genel Olarak**

İdare ile kurulan hukuki ilişkinin uzantısı olarak ortaya çıkan yaptırımlar ile kastedilen, idareden izin alınarak yürütülen faaliyetlerde, iznin verilmesinde aranan koşulların kaybedilmesi veya faaliyetin bu konudaki düzenlemelere uyulmadan yürütülmesi hâlinde idarenin faaliyeti sona erdirinceye kadar varan uyguladığı değişik yaptırımlardır<sup>535</sup>.

Çalışmamız açısından değerlendirildiğinde ise bu yaptırımlara lisans, izin ve ruhsat iptali veya muafiyetin geri alınması gibi yaptırımlar örnek olarak verilebilecektir.

Esasında idari yaptırımların bu görünüm biçiminin oluşturduğu en önemli belirsizlik, idare hukuku doktrininde çok da fazla cevap aranma ihtiyacı hissedilmemiş bir sorun olarak İzin, ruhsat veya lisansın iptali hallerinin idari yaptırım olarak adlandırılıp adlandırılmayacağıdır? Aşağıda bu önemli soruya bir cevap aranacaktır.

Bazı durumlarda, işlemin muhatabı için bir tür cezalandırma gibi algılsa da, yapılan işlemin idari yaptırım olarak nitelendirilemeyeceği vurgulanmakta; dolayısıyla idari yaptırımlar için aranan güvenceler aranmayabilmektedir. Örneğin, idareden izin alınarak yürütülen bir faaliyette, faaliyet sırasında iznin verilmesi için aranan koşullardan birinin kaybedilmesi veya yerine getirilmemesi üzerine iznin geri alınması (geriye yürür sonuç doğurmayan) idari yaptırım olarak kabul edilmemektedir<sup>536</sup>. Ayrıca, iznin geri alınması, kamuya açık tesisin kapatılması işlemlerinin de önleyici kolluk tedbiri mi, cezalandırıcı idari yaptırım mı olduğunun, uygulanacak hukuki rejimin belirlenmesi açısından ayrılması gerektiği, bunu da yargıcın yapacağı kabul edilmektedir<sup>537</sup>.

<sup>535</sup> TAN(2005), s. 311; GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, s. 745

<sup>536</sup> Bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, s. 743

<sup>537</sup> İbid; p.487. (naklen GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, s. 744)

Bu çerçevede, Fransız Danıştayı izin alınarak yürütülen faaliyetlerde, iznin verilmesi için aranan koşulların sonradan kaybedilmesi hâlinde iznin geri alınmasını bir idari yaptırım olarak nitelendirmemektedir. Oysa Danıştayın böyle bir ayırım yapmadığı gözlenmektedir. Zira Danıştay’a göre<sup>538</sup>, “*sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunulmasına izin vermek yetkisi bulunan davalı idare, gerek bu iznin verilmesi için aranan koşulların kaybedilmesi, gerekse Yasanın amacına aykırı eylemlerin belirlenmesi hâlinde verdiği izni geri almak ya da izin verdiği kurumun faaliyetlerini durdurmak yetkisine de sahiptir.*”<sup>539</sup>

Bizce, Fransız Danıştayı ile Danıştay’ımız arasında iznin iptalinin bir idari yaptırım olup olmadığı temelinde gerçekleşen bu görüş farklılığının temelinde idari yaptırımların cezalandırma misyonu olup olmadığı sorunu yatmaktadır. Bir başka anlatımla idari yaptırımların salt cezalandırma amacının bulunduğu kabul edildiği takdirde iznin iptalinin cezalandırma amacı bulunmadığından dolayı Fransız Danıştayının da savunduğu gibi idari yaptırım olarak nitelendirilemeyecekken, idari yaptırımların salt cezalandırma amacı bulunmadığının kabul edilmesi hâlinde de iznin iptali düzenin bozulmasına gösterilen bir refleks olarak idari yaptırım kapsamı içinde düşünülebilecektir. Nitekim Fransız Danıştayı, sağlığın korunması amacıyla bir laboratuvarın ruhsatının iptal edilmesi, bir tedavi kurumunun kapatılması, kamu düzeni nedeniyle bir derneğin feshedilmesi, bir içeceğin satılmasının yasaklanması, yabancı bir yayının yasaklanması, işlemlerinin yaptırım niteliğinde olmadığına karar vermiştir. Çünkü bu işlemlerin yapılmasının nedeni, bu konuda hatalı davranan kişileri cezalandırmak değil, genel sağlığı veya kamu düzenini korumaktır<sup>540</sup>.

İdari ceza hukukunun gerçek anlamda bağımsız bir kimlik kazanması Goldschmidt’le başlamış ve idari ceza hukukunun dogmatik esasları ilk olarak içinde bulunduğumuz yüz yılın başlarında Goldschmidt tarafından ortaya konulmuştur. *GOLDSCHMIDT*’e göre ceza hukuku adli teşkilata, idari ceza hukuku ise, idari teşkilata hizmet vermeyi amaç edinmektedir. Yani yerine getirilen fonksiyonlar

<sup>538</sup> D. 10. D, 16.12.1998, E. 1996/4349, K. 1998/6771, DD. S. 100, s. 508 vd.

<sup>539</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, s. 745-746

<sup>540</sup> GÖZLER(2003), C.I, s. 746



başka başkadır. Bu başkalık esasen amaç ve araçtan kaynaklanmaktadır. Adli faaliyetin amacı insanların sahip olduğu irade özgürlüğüne ait alanı korumak ve olabilecek ihlallere karşı hukuksal yararları gözeten normları uygulamaktır. İdarenin amacı ise, toplumsal refahın karşılanmasıdır<sup>541</sup>. Söz konusu edilen bu amaçların dış dünyada farklı etkileri görülecektir. Suçta irade özgürlüğüne ilişkin bir ihlalin, yani mevcut durumun bozulması, rahatsız edilmesi şeklinde bir zararın ortaya çıkmasına karşın, idari suçta sadece idealize edilen hedefe ilişkin taleplerin kesintiye uğraması hali mevcuttur<sup>542</sup>. Yazara göre bu ayrımın sonuçlarından biri de izlenen hedefe ulaşmak için başvuru vasıtalarının farklılaşmasıdır. İdarenin başvurduğu önlemlere ya da yaptırımlara ceza denilse bile bunları suç karşılığı tatbik edilen ceza olarak algılamamak gerekir. Bu yaptırımlar sadece düzene davet ve uyarı şeklindedir. Amaç meydana gelen toplumsal düzene ilişkin zararın tazminidir<sup>543</sup>.

*WOLF*'e göre de idari emirlerle yürürlüğe sokulan ve bilhassa engelleyici ve vazgeçirici nitelikte olan idari cezalar toplumsal düzeni temin etmek amacı ile korkutucu bir etkiye sahiptir. Söz konusu bu etki ile idari suç faili sosyal yaşantısındaki ihmalkârlığından dolayı uyarılır. Bu sebeple de idari cezanın içeriksel anlamı uyarı, terbiye, disiplin altına alma şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu özellikleri ile idari cezanın gerçek anlamda suçlara uygulanan cezalardan açık bir şekilde ayrıldığı tartışmadan uzaktır<sup>544</sup>. Aynı yöndeki *SCHMIDT*'e göre de suçlar için öngörülen yaptırım kefareti amacı taşımakta ve bu yaptırım faildeki ahlaki kötülüğün bir karşılığı olarak ceza normunda yer almaktadır. Ayrıca bu cezalar manevi yönden de korkutucu etkiye sahiptir. Buna karşın idari yaptırımlarda kefareti düşüncesi kesinlikle yer almamaktadır. Bu yaptırımlar vatandaşların düzene aykırı kusurlu davranışlarına karşı devletçe yapılan bir uyarı olarak görülmelidir. Çünkü idari suçlarda vatandaş toplum düzenini sağlayan devletin süjesi değil, onun yardımcı bir organıdır<sup>545</sup>.

---

<sup>541</sup> Bkz. MAHMUTOĞLU, age, s. 60

<sup>542</sup> Bkz. MAHMUTOĞLU, age, s. 61

<sup>543</sup> Bkz. MAHMUTOĞLU, age, s. 61

<sup>544</sup> Bkz. MAHMUTOĞLU, age, s. 64

<sup>545</sup> Bkz. MAHMUTOĞLU, age, s. 69

*MAHMUTOĞLU da “ Suç karşılığı olan ceza kefaret amaçlı olup, korkutucudur. Her ne kadar günümüz modern ceza hukuku suçluların sosyalleştirilmesi amacını taşımaktaysa da, cezaların bu özelliği bu gün içinde geçerliliğini korumaktadır. İdari cezalar ise bu özelliklerinden yoksun olup hem içeriği hem de tatbik şekli ile cezalardan ayrılmaktadır, bu yaptırımların düzene davet niteliğinde olduğunu ve vatandaşa uyarıcı, eğitici bir rolü üstlendiğini söyleyebiliriz<sup>546</sup>.” ifadeleri ile aynı görüşü paylaşmaktadır.*

*Diğer taraftan ULUSOY ise idari yaptırımların salt cezalandırma amacının bulunduğu görüşünü bizim de katıldığımız şu ifadelerle eleştirmektedir; “İdarenin işlemi yaparken güttüğü amacı tespit etmenin çok güç olmasının yanında salt cezalandırma amacının, yani bireyleri disipline etme hatta terbiye etmenin de idari fonksiyon içinde sayılabilmesi de kuşkuludur. Nitekim İdarenin “bireyler açısından ceza sonucu doğuran” işlemler yaparken güdebileceği amaç ancak kamu düzenini korumak ve kamu hizmetlerinin aksamadan daha düzgün işlemesini sağlamak amacı olabilir. Ancak bu amaç güdülerek işlem yapılırsa idari fonksiyona dâhil edilebilir. Aksi durum, yani kamu düzeninin korunması ve kamu hizmetlerinin daha düzgün işlemesini sağlama amacı dışındaki bir amaç dışında salt bir kimseyi cezalandırmak, ona acı ve elem vermek amacıyla yapılan bir idari işlem zaten idari işlemlerdeki amaç unsuru yönünden hukuka aykırı olacaktır<sup>547</sup>.”.*

*İdari ceza hukuku doktrinleri tarafından da savunulduğu üzere, idari yaptırımlarda uygulama bulan yaptırım, suçlara uygulanan cezalardan tamamıyla farklı olup bu yaptırım da cezalandırma niteliğinin bulunmamasının idari yaptırıma vücut vermeyeceğini savunmak da güçtür. Diğer taraftan idari yaptırımların salt cezalandırma gibi bir amacı bulunduğunu savunmak kamu düzeni ve kamu yararı gibi idare hukukunun evrensel amaçlarını hiçe saymak olacaktır ki bu kabul edilemez. Bu sebeple, Fransız Danıştay’ının iznin iptalinin idari yaptırım teşkil etmediği yönündeki görüşüne katılmak imkânsızdır.*

---

<sup>546</sup> Fatih Selami MAHMUTOĞLU, **Suç-Kabahat Ayrımı-İdari Ceza Hukukunun Temelleri**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, 20-21 Eylül 2007, s. 13

<sup>547</sup> ULUSOY (2007), s. 5

## **2- İzin, Ruhsat ve Lisans Kavramları ve İptal Yaptırımının İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi**

### **a) Bir kavramsal sorun incelemesi; İzin, Ruhsat ve Lisans**

Çalışmamızın başında yer vermeye çalıştığımız değişen ekonomi ve devlet ilişkisi, idare hukukunun yerleşik kavramlarının da bilinen kalıplarından sıyrılarak incelenmesi ve hatta yeniden yorumlanması ihtiyacını doğurmuştur. Öyle ki aynı kavramın günümüzde kullanıldığı alanlar farklılaşmakta buna karşın geçmişten günümüze gelen ortak kabul görmüş tanımı bu farklılaşmaya cevap veremeyerek bunun altından kalkamamaktadır.

Bize göre İdare hukuku açısından var olduğuna inandığımız bu kavramsal sorunun iki yönü bulunmaktadır. Birincisi izin, ruhsat ve lisans kavramlarının kendi içinde aynı anlama gelip gelmemesinden, ikincisi ise “izin” kavramının yeni alanlarla birlikte yeni anlamlar yüklenmesinden kaynaklanmaktadır.

Atfedilen önem nedeniyle öncelikle ikinci sorun üzerinde durulacaktır. Sorunu daha da açmak gerekirse, İdarenin geleneksel kolluk faaliyetlerini yerine getirirken kullandığı bir kolluk usulü olan “izin” kavramı ile düzenleyici kurulların denetim gözetim faaliyetleri çerçevesinde kullandığı “izin” kavramı aynı anlamda mı kullanılmaktadır?

Geleneksel olarak bir kolluk usulü olarak izin, idarenin kamu düzenini koruma yolunda kullandığı araçlardan biridir ve düzenlediği alan da kamu hizmeti değil özel alandır. İdare bu özel alanın maddi düzenini bazı faaliyetleri izne bağlamak suretiyle sağlamaktadır. Dolayısıyla kolluk yetkisi, özel faaliyetleri kapsayan özel girişim alanı üzerinde kullanılmaktadır. Bunun karşın izin (ruhsat) kavramı bir kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesi yolunda bir araç vazifesi de görebilmektedir. İşte bu noktada özel alanının düzenini sağlamayı amaç edinen izin (ruhsat) ile kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinin özel girişime bırakılmasına

hizmet eden izni (ruhsat) birbirinden ayırmak zorunluluğu doğmaktadır. *KARAHANOĞLU* bu zorunluluğa cevaben bizim de katıldığımız “kolluk yetkisinden kaynaklanan izin (ruhsat)” ve “kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesinde kullanılan izin (ruhsat)” ayırımına gitmiştir<sup>548</sup>.

Peki İzin (ruhsat) alınarak sunulması gereken bir faaliyet hangi durumda kolluk yetkisinden kaynaklanan izni veya kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesinde kullanılan izni almak zorunda kalacaktır. Yani bu iki izin türünü ayırırken hangi kıstaslar kullanılacaktır. *ULUSOY*a göre eğer söz konusu izin (ruhsat), sunulmak istenen faaliyetin hangi esas ve koşullarda ve nasıl yürütülmesi gerektiği gibi içsel (içeriksel) bir denetim içermiyorsa ve sadece kamu düzeninin sağlanmasına yönelik dışsal bir denetim hedefleniyorsa kolluk işlemi olarak izin (ruhsat) den sözedilebilecektir. Yani burada, izin verilirken, kamu düzeninin sağlanması hedefiyle mi yetinildiği, yoksa bundan daha da ileri / uzağa giden bir yönlendirme, hatta “yerindelik” denetimi mi öngörüldüğüne bakılacaktır<sup>549</sup>.

Bu kıstasa ilaveten ayırımda kullanılacak bir diğer kıstas ta izne konu olacak faaliyetin bir kamu hizmeti mi yoksa özel kesim faaliyeti mi olup olmadığıdır.

Bu noktada içsel bir denetim ile kastedilenin ne olduğunu da açıklamak gerekmektedir. Öncelikle izin (ruhsat) usulü ile gördürülen kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu idare olduğundan, idarenin hizmeti gören özel kişi üzerinde geniş bir denetim ve gözetim yetkisi olduğunun altını çizmek gerekmektedir. Yani yukarıda bir kıstas olarak kullandığımız içsel denetimin temelinde idarenin ilgili kamu hizmetinin verilmesinde asli sorumlu olması yatmaktadır.

İzin (ruhsat) sonrası süreci kamu hizmetinin klasik ilkelerinden birkaçını dikkate alarak değerlendirdiğimizde içsel denetim ile kastedilenin ne olduğu daha rahat anlaşılacaktır. Buna göre kamu hizmetlerinin bedelsizliği ilkesi, ruhsat usulü ile gördürülen kamu hizmetlerini de etkiler. Ruhsat usulü ile bir kamu hizmetini gören özel kişinin belli bir kâr elde etmek amacıyla hareket etmesi doğal ise de, bedelsizlik

---

<sup>548</sup> *KARAHANOĞLU*, age, s. 324

<sup>549</sup> Ali *ULUSOY*, *Telekomünikasyon Hukuku*, Ankara, 2002, s. 31 vd.

ilkesinin bir uzantısı olarak hizmeti gören kişinin hizmetten yararlananlardan alacağı ücreti tamamen serbestçe belirleme yetkisi de bulunmamaktadır. Hizmetten yararlananlardan alınacak olan ücret, İdarenin koyduğu ilke ve esaslar dahilinde belirlenecektir. Aynı şekilde, kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesi de bu usulle gördürülen kamu hizmetlerini etkiler. Şöyle ki; idare kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu olarak gerekli değişiklikleri yapmaya yetkili olup, hizmeti gören kişinin bu değişikliklere katlanması zorunludur<sup>550</sup>.

Öte yandan yukarıda izin kavramının ayrımında kullandığımız kıstasları Türkiye'deki düzenleyici kurulların izin, ruhsat veya lisans adıyla adlandırılan özel sektör ile girdikleri hukuki ilişkilere uyguladığımızda da yukarıdaki formülün ihtiyaçları tam olarak karşılamayacağı anlaşılabacaktır. Zira aşağıda açıklanacağı üzere düzenleyici kurullar tarafından verilen iznin niteliği konusunda kurullar arasında tamamen aynılık bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, özellikle son dönem kararlarında kimi faaliyet alanlarını doğrudan kamu hizmeti olarak nitelemektedir. “Anayasa ve Özelleştirme” şeklinde bir başlık açarak özelleştirmenin anayasal dayanağı, hukuki araçları, yöntemleri ve ilkelerine ilişkin ayrıntılı değerlendirmelerde bulunduğu, 3987 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi İle Özelleştirme Sonucunda Doğabilecek İstihdamla İlgili Sorunların Çözümlemesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameler Çıkarılması Amacıyla Yetki Verilmesine Dair Kanun”a ilişkin kararında, kamu hizmeti sayılan alanları tespit etme yoluna gitmiştir. Karardaki *“Telekomünikasyon, elektrik üretim, iletim ve dağıtım gibi stratejik önemi olan kamu hizmetleri ..... Elektrik, su, telekomünikasyon gibi temel kamu hizmetleri”*<sup>551</sup> ifadeleri ile Telekomünikasyon sektörünün tamamının ve enerji sektörünün de en azından Elektrik piyasası bağlamında kamu hizmeti olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu karar sonrası Telekomünikasyon sektörüne ilişkin Telekomünikasyon Kurumunca (TK) verilecek izinler (ruhsat) ile Elektrik piyasasına

---

<sup>550</sup> GÜNDAY, age, s. 327

<sup>551</sup> AYM., E.1994/49, K.1994/45-2, KT.07/07/1994, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1994/K1994-45.htm>

ilişkin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunca (EPDK) verilecek izinlerin kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesinde kullanılan izin (ruhsat) olarak adlandırılabilceğı söylenebilir. Kaldı ki tezimizin inceleme alanı dışında kalan bu kurumların izin sonrası ellerinde bulundurdukları geniş denetim ve gözetim yetkisi de iznin kamu hizmeti görölüş izni olma niteliğini güçlendirmektedir.

Bu noktada düzenledikleri alan itibariyle Kamu hizmeti diyemeyeceğimiz ve Anayasa Mahkemesince de Kamu hizmeti olarak nitelenmeyen alanları regüle eden düzenleyici kurullar tarafından verilen izinlerin niteliğı nasıl değerdendirilecektir? Örneğın Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumuna (BDDK), esasında özel girişim özgürlüğünün bulunduğı özel sektöre yönelik düzeni sağlama görevi verilmiştir. İlgili kurulların yürüttüğü faaliyetlerin bir kamu tüzelkişisi olmalarının da etkisiyle kamu hizmeti olduğundan şüphe duymamak gerekir. Nitekim Danıştay yakın tarihli bir kararında “*Sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan, kamu hizmeti yapan, menkul kıymetler borsaları için gözetim ve denetim organı olan Sermaye Piyasası Kurulunun bu hizmeti yürütmek için tesis ettiğı işlemler idari niteliktedir.*<sup>552</sup>” diyerek bu görüşü doğrulamıştır. Fakat burada düzenleyici kurulun kamu hizmeti yapması ile düzenlediğı alanın bir kamu hizmeti alanı olması hususunu birbirinden ayırmak gerektiğini düşünmekteyiz. İzne ilişkin yapacağımız ayırimda bizim açımızdan önemli olan düzenlenen alanın bir özel alan veya kamu hizmeti alanı olup olmadığıdır. Yoksa salt düzenleyici kurulun yürüttüğü hizmetin niteliğı dikkate alınmamalıdır. Kaldı ki kamu tüzelkişiliğine sahip düzenleyici kurulların, yürüttükleri hizmetin kamu hizmeti olmadığını söylemenin imkansızlığı da bunun bir ölçüt olarak alınamayacağı fikrini doğrulamaktadır. Dolayısıyla bu kurullar tarafından verilen izinler özel alanı düzenleyeceği için ilk bakışta geleneksel anlamda bir kolluk usulü, yani “kolluk yetkisinden kaynaklanan izin (ruhsat)” olarak adlandırılabilcektir. Fakat ilk bakışta böyle bir sonuç çıkarılabilmesine rağmen ayırimda kullandığımız ikinci kıstas olan içsel denetim açısından bir takım tereddütler olduğu düşünülmektedir.

---

<sup>552</sup> DİDDK., E.1998/355, K.1998/277 , KT. 26.06.1998, DD 1999, S. 98, 1999, s. 68

Bu konuda özellikle 5411 sayılı Bankacılık Kanununa bakıldığında BDDK, RK, SPK ve diğer düzenleyici kurulların (TK ve EPDK hariç) kendi özel kanunlarına bakıldığında ÖZAY'ın ifadesi ile “faaliyetin her noktasını ve anını etkileyen içten yani *“intrinsèque”* bir denetim”<sup>553</sup> anlamına gelebilecek denetimin yapılabildiği anlaşılmaktadır. Bu konuda akla gelebilecek ilk örnek Bankacılık Kanununda yer verilen yerinde denetimdir. 5411 sayılı Bankacılık Kanununun Yerinde Denetim başlıklı 95 inci maddesi, *“Bu Kanun hükümleri ile bu Kanun kapsamındaki kuruluşlar hakkında diğer kanunlarda yer alan hükümlerin uygulanmasının ve bu kuruluşların her türlü işlemlerinin gözetimi ve yerinde denetimi ve bu Kanun kapsamındaki kuruluşların konsolide ve konsolide olmayan bazda risk yapısı, iç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemleri ile varlıkları, alacakları, özkaynakları, borçları, kar ve zarar hesapları, yükümlülükleri ve taahhütleri arasındaki ilgi ve dengelerin ve mali bünyeyi etkileyen diğer tüm unsurların ve bu kuruluşların kurumsal yönetim ilkelerine uyum seviyesinin gözetimi, tahlili ve ölçümü Kurum tarafından yapılır.”* hükmünü içerirken madde gerekçesinde yerinde denetimin getirilme sebebine ilişkin olarak şu ifadelerle yer verilmiştir, *“kesintisiz bir gözetim, bankaların mali yapılarında hızlı değişimlerin yaşanabildiği günümüzde, muhtemel sorunların erken tespit edilerek gerekli önlemlerin alınmasında çok önemli bir yere sahiptir. Gözetim, sistemde bir erken uyarı mekanizması oluşturarak problemlerin erken teşhis edilmesini sağlarken denetimin gücünü de artırma fonksiyonu görür. Ayrıca, gözetim yoluyla tek bir bankayı olduğu kadar, sektörün genelini de izleme ve analiz etme imkanı sağlanır.”*. Madde gerekçesindeki bu ifadelerle yerinde denetimin gerekliliğini açıklasa da aynı zamanda denetimin yoğunluğunun derecesi göstermektedir. Yani sözkonusu olan denetim bize göre, ÖZAY'ın benzersiz tanımındaki gibi faaliyetin her noktasını ve anını etkilemektedir.

Bu çerçevede BDDK'nın Bankacılık sektöründe faaliyet gösterilmesine yönelik olarak verdiği izin birinci kıstasımız olan düzenledikleri ve düzenini sağladıkları alanın özel alan olmasından dolayı birinci kıstas yönünden “kolluk yetkisinden kaynaklanan izin (ruhsat)” iken yapılan denetimin dışsal değil içsel olmasından dolayı da “kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesinde kullanılan izin

---

<sup>553</sup> İlhan ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, Ankara 2002, s. 252

(ruhsat)” dır. Varolan bu belirsizliğı ortadan kaldırmak amacıyla BDDK’nın verdiği iznin üçüncü bir izin türü olduğunu ve bu izin türünün de “ içsel denetimi içeren kolluk izni” olarak adlandırılabilceğini düşünmekteyiz.

Bir diğ er karışıklığ a sebep olan konuda izin, ruhsat ve lisans kavramları arasındaki ilişkidir. Esasında doktrinde bu konuda çok fazla bir görüş ayrılığı olduğı söylenemez. Üç kavramda birbirinin yerine kullanılmaktadır. *ÖZAY* ruhsat usulünden bahsederken izin ve ruhsatı eş anlamlı kullanmaktadır<sup>554</sup>. *GÜNDAY* da ruhsat usulünü idarenin tek yanlı olarak özel kişiye vereceğı bir izin olarak tanımlayarak izin ve ruhsat arasında ayırım yapmamaktadır<sup>555</sup>. Lisans kavramı bu iki kavramın neresinde düşünülebilir? Özellikle enerji piyasasında kullanılan lisans, deyimî genel olarak, idari bir otorite tarafından verilen ve onaylanan ve işletmecilerin ve devletin hak ve yükümlölüklerini ihtiva eden resmi belgeleri ifade etmektedir<sup>556</sup>.

Buna rağmen Anayasa mahkemesi GSM hizmetlerinin özelleştirilmesine ilişkin 4000 sayılı Yasaya ilişkin verdiği kararda, kabul edilenden oldukça farklı bir tavır sergilemiştir. Mahkeme, dava konusu yasa ile 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun 18. maddesinin I. Fıkrasına eklenen “bakanlık, mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım ve benzeri katma değ erli hizmetler konularında sermaye şirketlerine tekel oluşturmıyacak koşulları da dikkate almak suretiyle işletme lisans ve ruhsatı (sermaye şirketlerinin devralacakları ve bizzat kuracakları tesislerin işletilmesine yönelik olarak) verilebilir” hükmünü, öngörülen yöntemin açıkça belirtilmese de niteliğı gereğı imtiyaz olduğı gerekçesiyle anayasaya aykırı görmemiştir.

“Ek 18. maddenin birinci fıkrasına göre yapılacak ve nitelikleri gereğı imtiyaz olan işletme lisans ve ruhsat sözleşmelerinin özel hukuk kurallarına bağı olmasını ve bunların imtiyaz oluşturmıyacağını öngören bir kurala Yasa’da yer verilmediğ inden

---

<sup>554</sup> *ÖZAY*, age., s. 252

<sup>555</sup> *GÜNDAY*, age., s. 326

<sup>556</sup> Atila ÖZTÜRK, **Mobil Telekomünikasyon Lisans Rejimi: Dünya Örnekleri ve Türkiye Analizi**, Uzmanlık Tezi, Telekomünikasyon Kurumu, Nisan 2002, Ankara, s. 38



ek 18.maddenin Anayasa'nın Başlangıcıyla, 2.,11.,125., ve 155. maddelerine aykırılığı savı yerinde bulunmamıştır<sup>557</sup>.

Anayasa Mahkemesi, sözkonusu lisans ve ruhsatların niteliğini ve hukuki rejimini değerlendirmiş ve imtiyaz sözleşmesi olduğu sonucuna varmıştır.

*“Ek 18. maddenin birinci fıkrasına göre sermaye şirketlerine verilecek işletme lisans ve ruhsatlarının niteliğine gelince; 406 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde yapılan değişiklik sonucu kurulan Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi'nin “özel hukuk hükümlerine bağlı” olduğunun öngörülmesi ek 18. maddenin birinci fıkrasına göre verilecek işletme lisans ve ruhsatlarının da özel hukuk kurallarına bağlı olması sonucunu doğurmaz. Çünkü, ek 18. maddenin birinci fıkrasına göre, sermaye şirketlerine katma değerli hizmetlerin işletme lisans ve ruhsatı, Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi tarafından değil, Bakanlık tarafından verilecektir. .... Ancak, birinci fıkradaki katma değerli hizmetlere ilişkin işletme lisans ve ruhsat sözleşmelerinin Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi tarafından yapılması durumunda da sözleşmelerin ‘imtiyaz sözleşmesi’, daha geniş bir tanımla ‘idari sözleşme’ olma niteliği değişmeyecektir. Çünkü, .... Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi 233 sayılı KHK kurallarına bağlı bir kamu tüzelkişisidir. Özel hukuk hükümlerine bağlılığı faaliyetleri ile yapacağı özel hukuk sözleşmeleri ile sınırlıdır. Ulaştırma Bakanlığının sözkonusu fıkra gereğince, işletme lisans ve ruhsatına ilişkin sermaye şirketleri ile yapacağı sözleşmelerin idari sözleşme olacağı kuşkusuzdur. 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Yasa uyarınca, Bakanlığın lisans ve ruhsat verdiği şirketler için koşulları belirleme, gözetim, denetim ve yaptırım uygulama yetkisi vardır. Gerçekten de kamu hizmetinin özel teşebbüse gördürülmesine ilişkin olan ve yönetime üstünlük tanınan, koşulların Ulaştırma Bakanlığının belirleyeceği sözleşmeler imtiyaz sözleşmeleridir.”*

Bir tanım vermek gerekirse lisans veya ruhsat idarenin tek yanlı bir işlemiyle belirli bir alanda faaliyet göstermek üzere özel girişimciyi yetkilendirmesiyle Yüksek Mahkeme kararında, genel kabulün aksine bir sözleşme olarak kabul edilmişler daha da ileri gidilerek imtiyaz sözleşmesi sayılmışlardır. Biz bu kararın lafzen anlaşıldığı kadarıyla uygulanmasının lisans ve ruhsat usulü ile imtiyaz usulü arasındaki farkı ortadan kaldıracığını düşünmekteyiz bu nedenle Anayasa Mahkemesinin genel kabulü bu kadar derinden sarsabilecek görüşler ortaya koymasının ötesinde anlamlar içerdiğini kabul ediyoruz. *KARAHANOGULLARI* bu durumu “Anayasa ve yasalarda öngörülen imtiyaz rejimi, Anayasa Mahkemesi tarafından, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin kapsayıcı “torba rejimi”

<sup>557</sup> AYM., E.1994/70, K.1994/65-2, k.t.22/12/1994, AMKD, Sayı.31, c.1, s. 415

olarak kabul edilmektedir.” şeklinde ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesinin verdiği bir karar ilgili kanununda tek yanlı olma özelliği vurgulanan tek yanlı bir idari işlemi iki yanlı bir idari işlem yani idari sözleşme durumuna getirmesinin nedenini bunda aramak gerekir.

Danıştay 13. Dairesi, çok yakın tarihli bir kararında Lisans kavramının tanımına ilişkin beliren karışıklığı gideren bir karar vermiştir. Daire 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 8 inci maddesinin (g) bendi ve anılan Kanunun 40 ıncı maddesi hükümlerine uygun olarak yayımlanan 28/03/2002 tarihli ve 24709 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Kablolu Yayın Lisans ve İzin Yönetmeliğinin” yayın ve lisans için ayrı ayrı ücret alınmasını öngören hükmünden dolayı yönetmeliğin iptali talebiyle açılan davada şu hususlara yer vererek yönetmeliğin iptaline karar vermiştir.

*“ 3984 sayılı Yasanın 8/g maddesinde münhasıran "yayın izni ve lisans ücretlerini ilgili Yönetmeliklerle belirlemek" yetkisi Üst Kurula tanınmış olmakla birlikte, 33 maddesinin sondan 3 ve 4. fıkralarında yer alan " 4 üncü maddenin ikinci fıkrasının ( a ( , ( b ( ve ( c ( bentlerindeki ilkelere aykırı yayın yapılması hâlinde uyarı yapılmayacağı ve yayın kuruluşunun yayınının bir ay durdurulacağı, ihlalin tekrarı hâlinde yayının süresiz olarak durdurulacağı ve yayın lisans izninin iptal edileceği, yayın izninin verilmesi için gerekli şartlardan birini kaybeden veya şartların uygunluğunu hile ile elde eden kuruluşların yayın lisans izninin iptal edileceği" hükmünden, yayın lisans izninin bir bütün olduğu, lisansın Fransızca kökenli "licence" sözcüğü olduğu bunun da Türkçe karşılığının izin anlamına gelmesi itibariyle, Kanunun bazı maddelerinde yer alan "yayın izni ve lisans" ifadelerinin bu çerçevede bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği kuşkusuzdur.*

*Bu nedenlerle, yapay bir ayırım yaparak "yayın izni" ve "lisansa" ayrı ayrı ücretler almak, yürütülen tek hizmete karşılık mükerrer ücret alınması sonucunu doğuracaktır. Bunun da idarenin kamu hizmetini yürütürken, hizmetten yararlananlara getirilen adil olmayan bir yükümlülük niteliği taşıması nedeniyle hukuksal dayanağı bulunmamaktadır.”<sup>558</sup>*

Daire kararının da doğruladığı üzere izin, ruhsat ve lisans kavramaları aynı anlama gelmektedir. Fakat tezimizin konu başlıklarından da anlaşılacağı üzere Türkiye’deki düzenleyici kurulların kendi özel kanunları dikkate alındığında bu konuda tam bir karmaşa bulunduğu anlaşılabacaktır. Bazı kurullar lisans kavramını benimserken bazıları ruhsat veya izin kavramını benimsemekte bazıları da yukarıdaki

<sup>558</sup> D 13.D, E.2005/75, K.2006/474, KT. 24/01/2006

kararda da belirtildiği üzere izin ve lisans kavramlarını farklı kavramlar olarak algılayarak ayrı ücret tahsisine gidebilmektedirler. Kavram karmaşasını ortadan kaldırılması ve uygulamada birliğin sağlanması amacıyla tek bir kavramın seçilerek kurulların kendi özel kanunlarında o kavramın kullanılmasının daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

### **b) İptal Yaptırımının İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi**

Aşağıda çeşitli kullanımları görüleceği üzere, her ne kadar lisans, izin veya ruhsat iptali gibi ifadeler kullanılsa da bunların idari yargı tarafından başvuru iptal yaptırımı ile bir ilişkisinin olmadığı açıktır. Bu açıklık karşısında çözüm bekleyen problem de buradaki iptal ile kastedilenin geri alma, kaldırma ve düzeltme hallerinden hangisi olduğu bir başka anlatımla hukuk aleminde ne gibi sonuçlar doğurduğudur.

Esasında Türkiye’deki BİO’ların idari yaptırımlarında kullandıkları “iptal” ifadesi ile yaratılmak istenen etki, idare ile kurulan hukuki ilişkiye idare tarafından son verildiğine vurgu yapmaktır. Yoksa iptal ifadesi özel hukukta olduğu gibi bu sona erişin zaman yönünden etkisine yönelik anlamlar çıkarılmasına olanak verecek şekilde anlaşılmamalıdır. Bir başka anlatımla ilişkinin sona ermesinden sonra bunun geçmiş veya geleceğe etkili olup olmayacağı noktasında salt “iptal” tabiri bize yardımcı olamayacaktır.

TAN bu durumu “ruhsat veya iznin iptali” ibaresi değil de “ruhsat veya iznin geri alınması” ibaresi üzerinden incelemiştir ki ikisi de aynı şeyi ifade etmektedir. İster ruhsat veya iznin iptali ister geri alınması olarak adlandırılsın burada kastedilen kaldırmadan başka birşey değildir<sup>559</sup>. Bu sonuca çeşitli yollardan ulaşmak mümkündür. Bilindiği üzere geri alma işleminin sebep ögesini daha önce alınmış *sakat* bir idari karar oluşturur. Hukuka uygun bir idari kararın geri alınması mümkün değildir. Hukuka uygun bir idari karar, kanunda öngörülen koşullar var ise, ancak ileriye yönelik olarak kaldırılabilir<sup>560</sup>.

<sup>559</sup> Turgut TAN, *İdari İşlemin Geri Alınması*, Ankara 1970, s. 7

<sup>560</sup> GÜNDAY, age, s. 158

BİO'ların iptale yönelik iradelerinin ardında yatan neden ise, izin veya lisans verilmesine ilişkin işlemin sakat bir işlem olması değildir<sup>561</sup>. İdarenin kolluk yetkilerini kullanarak verdiği izinler, çok genel bir deyimle, iznin verilmesi için gerekli koşulların yerine getirilmediği veya sonradan kaybedildiği, hukuki ve fiili yeni durumların ortaya çıkışı ile devamlarının hukuka aykırı düşmesi hallerinde sona ermektedir<sup>562</sup>. Bir başka anlatımla ortada daha önce alınmış sakat bir idari karar yoktur. İdarenin verdiği bu izinlerin geri alındıkları tarihe kadar hukuka uygun olarak kullanıldıkları dikkate alınırsa bir geri almanın söz konusu olmadığı görülür<sup>563</sup>. TAN, idarenin kolluk yetkisine dayanarak verdiği izinlerin hak doğurmayan işlemler olduğunun altını çizerek hak doğurmayan işlemlerin geri alınmasının gerçekte kaldırma olduğunu belirtmektedir. Yazara göre kolluk yetkilerine dayanarak verilen izinlerin idarenin düzenleme yetkisine olan benzerliği sonucu düzenleyici işlemlerde olduğu gibi bu işlemlerin hak doğurmamalarını idare edilenlerin bunların muhafazalarına hakları olmadığı şeklinde anlamak uygun olur. Dolayısıyla bu işlemlere son verilebilmesi kaldırma yoluyla olmaktadır<sup>564</sup>.

Kanımızca kolluk yetkilerine dayanarak verilen izinlerin iptallerinin esasında kaldırma olduğuna ilişkin savunulan görüşlerin, kamu hizmetinin görülüş usulü olarak verilen izinlerin (ruhsat) iptallerinin etkisi açısından da geçerlidir. Bu bağlamda, bu tip durumlarda karşımıza çıkan “iptal” de esasında bir kaldırmadır.

### **3- Kurulan Hukuki İlişkinin Uzantısı Yaptırımlar**

#### **a) Lisans İptali, (EPDK)**

##### **aa) Genel Olarak**

---

<sup>561</sup> İdari işlemlerin hukuka uygunluklarının saptanmasında esas olan yapıldıkları zamanki hukuka uygunluktur. İşlemin daha sonra hukuka aykırı duruma gelmesi ise, doğurduğu hukuki sonuçların yeni hukuki durumlarla bağdaşmaz hale gelmesidir ki o zaman yapılacak şey söz konusu işlemin hukuki sonuç doğurmasına engel olmak yani onu gelecek için kaldırmaktır. TAN(1970), s. 10

<sup>562</sup> TAN(1970), s. 8-9

<sup>563</sup> TAN(1970), s. 44

<sup>564</sup> TAN(1970), s. 42-43

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun<sup>565</sup> ilk halinde elektrik piyasasından sorumlu kurum “Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu” şeklinde adlandırılmıştır. Fakat daha sonra, 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu (Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve Doğal Gaz Piyasası Hakkında Kanun<sup>566</sup>) nun 14. maddesinde getirilen düzenleme ile yetki alanının genişlemesine paralel bir şekilde “Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu”, “Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu” (EPDK) olarak değiştirilmiştir. Sonrasında Kurum, Elektrik ve Doğalgaz yanında 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu<sup>567</sup> ve 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Kanunu<sup>568</sup> ile Petrol ve LPG piyasalarından da sorumlu kılınmıştır.

EPDK ile ilk kez altyapı alanında bir kamu hizmeti faaliyetinin düzenlenmesi söz konusu olmuş ve altyapıda gerçek anlamda bir özelleştirmeye şahit olunmuştur<sup>569</sup>. Bir başka anlatımla EPDK, doğal tekel niteliği taşıyan altyapıda gerçek anlamda bir özelleştirmeyi imkan dahiline getiren ilk örnektir. Niteliği gereği rekabetin mümkün olduğu alanlarda rekabet esasen Rekabet Kurumu’nun kurulması ile bir düzenlemeye kavuşmuş iken, doğal tekel konumundaki altyapı faaliyetleri tabiatıyla bu düzenlemelerin dışında kalmıştır. Zira birden çok girişimcinin aynı bölgede, sözelimi elektrik dağıtım faaliyetinde bulunması teknik ve ekonomik olarak mümkün olamamaktadır. Bu nedenle, girişimcinin tekel konumundan dolayı fiyat ve hizmet kalitesinde rekabetle karşılaşmaması nedeniyle, kaçınılmaz olarak kamu adına hareket eden bir organa ihtiyaç duyulmaktadır. Klasik anlamda bu organ idaredir, ancak idarenin söz konusu faaliyet alanının gereklerine ve girişimcinin çıkarlarına karşı kamu çıkarlarını üste çıkarması muhtemeldir, bu nedenle yatırımcının güvenini kazanabilmeyi teminen bağımsız bir idari mekanizmanın tesisi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır<sup>570</sup>.

---

<sup>565</sup> R.G., 03.03.2001, S. 24335

<sup>566</sup> R.G., 02.05.2001, S. 24390

<sup>567</sup> R.G., 20.12.2003, S. 25322

<sup>568</sup> R.G., 13.03.2005, S. 25754

<sup>569</sup> Sedat ÇAL, **Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Kurulu**, Ankara Barosu Dergisi, S. 2001/3, s. 100

<sup>570</sup> ÇAL, agm, s. 101

Avrupa Birliği (AB) hukukunda, hizmetlerin mümkün olan parçalara bölünmesi de, yani mali birimleştirme (individualisation comtable) serbestleştirme ve ticarileştirmenin bir yöntemidir. Bu yöntem, elektrik ve gaz sektörlerinde üretim, iletim ve dağıtım birimlerinin ayrılması yoluyla uygulanmaktadır. Böylelikle bu tür sektörlerde özelleştirilebilir, ticarileştirilebilir ve rekabete açılabilir bölümler ortaya çıkabilmekte ve bu sayede bu tür sektörlerin özelleştirme yoluyla rekabeti açılması daha kolay olmaktadır<sup>571</sup>.

İngiltere’de tüm kapsamı ile uygulamaya konulan, sektörün dikey olarak tümüyle ayrıştırılarak üretim, iletim, dağıtım ve (nihai tüketiciye) arz kademelerinin ayrı ayrı değerlendirildiği yaklaşımdır. Bu uygulamada, rekabetin mümkün görüldüğü üretim ve ticaret aşamalarında regülasyondan kaçınılarak rekabet teşvik edilirken, doğal tekel şartlarının olduğu iletim ve dağıtım aşamaları regülasyona tabi tutulmaktadır<sup>572</sup>.

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nda da AB ve İngiltere’deki uygulamalara paralel olarak elektrik sektöründe dikey ve yatay ayrışık yapı (bir işletmenin bazı istisnalar dışında, üretim, dağıtım, toptan satış ve perakende satış faaliyetlerinden sadece birini, yürütebilmesi ve yürüttüğü faaliyet içinde de muhasebe ayırımına gitmesi) teşvik edilmiştir<sup>573</sup>.

## **bb) Lisans Rejimleri**

### **aaa) Elektrik Piyasası Kanununca Öngörülen Lisans Rejimi**

Elektrik piyasasında tüm piyasa faaliyetleri, EPDK’dan alınacak lisanslar kapsamında yürütülmektedir. Her bir piyasa faaliyeti ve faaliyetin yürütüldüğü her bir tesis/bölge için ayrı lisans alınması gerekmektedir. Lisans sahipleri, sahip oldukları her bir lisansa konu faaliyet için ayrı bir hesap tutmakla yükümlüdür.

---

<sup>571</sup> Hasan KARAKILIÇ, **Hukuki Açıdan Elektrik Piyasası Avrupa Birliği ve Türkiye Örneği**, İzmir 2006, s. 49

<sup>572</sup> Ünal ZENGİNOBUZ/Serhan OĞUR, **Türkiye Elektrik Sektöründe Yeniden Yapılanma, Özelleştirme ve Regülasyon**, s. 7, [http://www.tesev.org.tr/projeler/kamu\\_devlet\\_metin\\_tebliğ5.php](http://www.tesev.org.tr/projeler/kamu_devlet_metin_tebliğ5.php)

<sup>573</sup> Ali ULUSOY, **Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış**, Ankara 2005, s. 8

Lisanslar, hiçbir surette devredilemez. Tesis, hesap ve kayıtların EPDK'nın inceleme ve denetimine açık olması ve EPDK'nın talebi üzerine, her türlü bilgi ve belgelerin EPDK'ya sunulması gerekmektedir.

Üretim ve otoprodüktör lisansı sahibi tüzel kişiler hariç, lisans sahibi tüzel kişiler piyasa dışı faaliyetler ile iştigal edemez. Lisans sahibi tüzel kişiler üretim, iletim ve dağıtım tesislerini; doğal afetler, yangın ve kaza gibi riskleri kapsayan bir “varlık tüm risk” sigortası ile teminat altına almak zorundadır.

Lisans sahibi tüzel kişilerin belirli bir orandaki hisselerinin devredilmesi Kurul onayına tabidir. Bu hüküm, oy hakkı edinilmesi ile hisselerin rehnedilmesi için de geçerlidir. Herhangi bir hisse devri söz konusu olmasa dahi, mevcut hisseler üzerinde imtiyaz tesisi, imtiyazın kaldırılması veya intifa senedi çıkarılması da Kurul onayına tâbidir. Diğer taraftan, bir veya birden fazla lisans sahibi tüzel kişinin tüm aktif ve pasiflerinin bir bütün olarak lisans sahibi tek bir tüzel kişi tarafından devralınmak istenmesi hâlinde, birleşme izni hakkında da Kurul onayı alınması zorunludur.

Özel hukuk hükümlerine tâbi olan elektrik piyasasında faaliyette bulunmak üzere lisans başvurusunda bulunulmasına ilişkin esas ve usuller EPDK tarafından çıkarılan Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği ile belirlenmiştir. Buna göre, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre, anonim şirket veya limited şirket olarak kurulan ve usulüne uygun olarak EPDK tarafından lisanslanan şirketler, elektrik piyasasında üretim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, perakende satış hizmeti, ithalat ve ihracat faaliyetlerinde, organize sanayi bölgeleri (OSB) tüzel kişilikleri ise, katılımcılarının ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, onaylı sınırları içerisinde, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre şirket kurma şartı aranmaksızın, EPDK'dan lisans almak koşuluyla dağıtım ve/veya üretim faaliyetlerinde bulunabilmektedir. Ancak birden fazla tesiste aynı tüzel kişilik adı altında üretim faaliyeti göstermek isteyen tüzel kişiler; üretim, otoprodüktör ya da otoprodüktör grubu lisanslarından ancak birini alabilmekte; perakende satış ve

perakende satış hizmetleri, perakende satış lisansında ilgili hükümlerin yer alması kaydıyla tek bir lisans kapsamında yürütülebilmektedir.

İthalat ve ihracat faaliyetleri için ayrı bir lisans alınması gerekmemektedir. İthalat ve ihracat faaliyetleri, toptan satış lisansı sahibi tüzel kişiler tarafından, bunun yanında dağıtım seviyesinden ithalat faaliyetleri, perakende satış lisansı sahibi tüzel kişiler tarafından yürütülebilmektedir.

Üretim faaliyeti; özel sektör üretim şirketleri, dağıtım lisansı sahibi tüzelkişiler EÜAŞ, EÜAŞ'ın yeniden yapılandırılmasıyla oluşturulan diğer kamuya ait üretim şirketleri, otoprodüktör ve otoprodüktör grup şirketleri ile onaylı sınırları içerisinde olmak kaydıyla OSB'ler tarafından yapılabilir. Üretim lisansı sahibi tüzel kişiler, ürettikleri elektriği ve/veya kapasitelerini toptan satış lisansı sahiplerine, perakende satış lisansı sahiplerine ve serbest tüketicilere ikili anlaşmalar yoluyla satabilir. Herhangi bir özel sektör üretiminin iştirakleri ile birlikte işletmekte olduğu üretim tesisleri yoluyla piyasada sahip olacağı toplam pay, bir önceki yıla ait TEİAŞ tarafından yayımlanan Türkiye toplam elektrik enerjisi kurulu gücünün %20'sini geçemez. Herhangi bir özel sektör toptan satış şirketinin iştirakleriyle birlikte piyasada sahip olacağı toplam pay, piyasada bir önceki yılda tüketilen toplam elektrik enerjisi miktarının %10'unu geçemez.

Elektrik piyasasında iletim faaliyeti tekel olarak TEİAŞ tarafından yürütülmektedir. Tüm iletim varlıklarının sahibi olarak TEİAŞ, iletim sistem işletmecisi ve piyasa işletmecisi olarak faaliyette bulunmaktadır.

Dağıtım faaliyetleri, lisanslarında belirtilen bölgelerde dağıtım şirketleri tarafından, onaylı sınırları içerisinde ise OSB'ler tarafından yürütülmektedir. Kanun ile dağıtım şirketlerine “son kaynak tedarikçisi” yükümlülüğü verilmiştir. Özel sektör dağıtım şirketleri, ayrı lisans almak ve ayrı hesap tutmak kaydıyla, üretim faaliyetinde bulunabilir. Dağıtım şirketleri, sahibi olduğu veya iştirak ilişkisinde bulunduğu üretim şirketi veya şirketlerinden ülke ortalama elektrik toptan satış



fiyatını geçmeyecek fiyattan elektrik enerjisi satın alabilir. Dağıtım şirketleri yukarıda belirtilen faaliyetler dışında başka faaliyetler ile iştirak edemez.

Diğer taraftan, OSB tüzel kişilikleri, Kanun hükümleri çerçevesinde gerçekleştirecekleri faaliyetleri, EPDK tarafından hazırlanan yönetmelik çerçevesinde, şirket kurma şartı aranmaksızın, EPDK'dan aldıkları OSB üretim ve OSB dağıtım lisansı çerçevesinde yürütür. OSB'ler, onaylı sınırları içerisinde, dağıtım tesislerinin kurulması, işletilmesi, elektrik enerjisinin dağıtımının yapılması ve gerekli diğer hizmetlerin yerine getirilmesi ile ilgili faaliyetleri yürütmekle yükümlüdür. OSB'ler, yönetmelik hükümleri çerçevesinde, elektrik enerjisi üretimi faaliyetinde bulunabilir ve/veya elektrik enerjisi satın alabilir, ancak OSB onaylı sınırları haricine elektrik enerjisi satamaz.

Serbest tüketiciler, gerçek veya tüzel kişiler olarak tedarikçisini seçme hakkına sahiptir. Kurul tarafından belirlenen limit değerden fazla tüketim yapan veya iletim şebekesine doğrudan bağlı olan tüketiciler serbest tüketici olarak dikkate alınmaktadır

2007 yılı itibarıyla, yıllık elektrik enerjisi tüketimleri 1.2 milyon kWh'in üzerinde olan tüketiciler serbest tüketici olarak tedarik kaynaklarını seçme serbestisine sahiptir.

Kanun uyarınca, iletim veya dağıtım lisansı sahibi tüzel kişiler, ayırım gözetmeksizin gerçek ve tüzel kişilere sisteme erişim ve sistem kullanım haklarının sağlanmasıyla yükümlüdür. Sisteme erişim ve sistem kullanımında uygulanacak fiyat, esas ve usuller EPDK'nın düzenlemesine tabidir.

İletim, dağıtım, serbest olmayan tüketicilere satış ve TETAŞ'ın toptan satış tarifeleri düzenlemeye tabidir. Tarifelere ilişkin temel ilke, tarifelerin maliyetleri yansıtması ve çapraz sübvansiyona müsaade edilmemesidir. Belirli bölgelerin ve/veya belirli tüketici gruplarının desteklenmesi amacıyla, bölgesel tarife yapısı etkilenmeksizin, tüketicilere geri ödeme yapılabilir. Kanunda, tüketicilere yapılacak

bu ödemenin miktarı ile esas ve usullerinin Bakanlar Kurulu kararı ile belirleneceği hususu getirilmiştir. Bununla birlikte, 2010 yılı sonuna kadar sürmesi öngörülen geçiş döneminde uygulanacak tarifeler konusunda, dağıtım şirketlerine çapraz sübvansiyon yapabilme imkanı tanınmıştır<sup>574</sup>. Bu çerçevede hazırlanan tarifeler Kurul tarafından onaylanmıştır. Ülke sathında tek fiyat uygulanmasını sağlayan fiyat eşitleme mekanizması uygulaması, söz konusu geçiş dönemini destekleyici bir araçtır. Bu şekilde, ulusal tarife yapısı bozulmaksızın, dağıtım şirketleri gelir gereksinimleri çerçevesinde tazmin edilecektir.

### **bbb) Petrol Piyasası Kanununca Öngörülen Lisans Rejimi**

Türkiye’de petrol piyasası 9 faaliyet (rafınaj, dağıtım, iletim, depolama, işleme, madeni yağ, ihrakiye teslimi, taşıma ve bayilik) ve 1 kullanım (serbest kullanıcı) alanında, yasal ayrışma tabi tutulmuştur. Yasal ayrışma tabi tutulan faaliyet veya kullanımların yapılması için lisans alınması gerekmektedir.

Lisans alacak kişilerin niteliklerinin, genel ve ilgili lisans türüne göre belirlenmiş özel koşullara uygun olması gerekmektedir.

Lisans alacak kişilerin sahip olması gereken genel nitelikler:

- Türkiye’de yerleşik,
- Ticaret veya sanayi siciline kayıtlı,

---

<sup>574</sup> 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 10.05.2006 tarih ve 5496 sayılı kanunun 5. maddesi ile eklenen geçici 9. maddesi; “Düzenlemeye tâbi tarifeler üzerinden elektrik enerjisi satın alan tüketicileri, dağıtım bölgeleri arası maliyet farklılıkları nedeniyle var olan fiyat farklılıklarından kısmen veya tamamen koruyacak şekilde tesis edilmiş geçici bir "Fiyat Eşitleme Mekanizması" uygulanır. Fiyat Eşitleme Mekanizmasına ilişkin usûl ve esaslar ile Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi ve perakende satış lisansı sahibi dağıtım şirketlerinin bu uygulamaya ilişkin görev ve yükümlülükleri, Bakanlık ile Hazine Müsteşarlığının görüşleri alınmak suretiyle Kurul tarafından altmış gün içerisinde çıkarılacak tebliğ ile düzenlenir. Fiyat Eşitleme Mekanizmasının uygulanacağı geçiş dönemi 31 Aralık 2010 tarihinde sona erer. Bu tarihte sona eren ilk uygulama dönemi için, TEDAŞ tarafından yapılan tarife tekliflerinde, ulusal tarife uygulamasının gerekleri esas alınır ve teklif edildiği şekliyle Kurulca onaylanır. Bu dönem süresince abone grupları arasında çapraz sübvansiyon uygulanır. Bu kapsamda, TEDAŞ tarafından ilk uygulama dönemini kapsayacak şekilde Kuruma yapılan tarife teklifinde abone grupları için uygulanacak çapraz sübvansiyona da yer verilir. Kurul onaylı bu tarifeler ile çapraz sübvansiyon, ancak Bakanlar Kurulu kararı çerçevesinde yapılacak öneri ile değiştirilebilir. Geçiş dönemi süresince tüm hesaplar 4628 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatına uygun şekilde ayrıştırılarak tutulur.” hükmündedir.

- Gelir veya kurumlar vergisi yükümlüsü,  
gerçek veya tüzel kişiler olmaktadır.

Bu kapsamda, Türkiye’de piyasa faaliyetlerinde bulunan ve yabancı devletler mevzuatına göre sermaye şirketi niteliğinde bulunan özel hukuk tüzel kişileri, Türk parasının kıymetini koruma hakkındaki mevzuata göre Türkiye’deki faaliyetleri bakımından Türkiye’de yerleşik sayılmaktadır.

### **ccc) Doğalgaz Piyasası Kanununca Öngörülen Lisans Rejimi**

Doğal gaz piyasasında faaliyet konularına göre Kurumdan alınabilecek lisans türleri; ithalat lisansı, iletim lisansı, depolama lisansı, toptan satış lisansı, dağıtım lisansı, sıkıştırılmış doğal gaz (CNG) lisansı ve ihracat lisansıdır. Lisanslar bir defada en az on, en fazla otuz yıllık süre ile verilir.

İthalatçı şirket, doğal gazın toptan satış şirketlerine, serbest tüketicilere veya ihracatçı şirketlere satışı amacıyla yurt dışından LNG veya gaz formunda doğal gaz temin edilmesi faaliyetlerini yürütür. İthalatçı şirketler, yapacakları her ithalat bağlantısı için ayrı bir lisans almak zorundadır ve toptan satış lisansı sahibi üretim şirketlerinden, toptan satış şirketlerinden ve birbirlerinden doğal gaz satın alabilir. Herhangi bir ithalatçı şirketin, bir veya birden fazla ithalat lisansı kapsamında, ithal yoluyla temin ettiği yıllık doğal gaz miktarı, Kurumca her yıl Ocak ayında yayımlanan cari yıla ait ulusal doğal gaz tüketim tahmininin yüzde yirmisini aşamaz. İthalatçı şirketler, bir veya birden fazla ithalat lisansı kapsamında Kurumca her yıl Ocak ayında yayımlanan cari yıla ait ulusal doğal gaz tüketim tahmininin yüzde yirmisinden fazlasını satamaz. Toptan satış şirketlerinin doğal gaz ithalatı yapabilmesi için gerekli koşulları sağlayarak ithalat lisansı alması zorunludur. Yapılan ithalat lisans başvurusunun Kurul tarafından kabul edilmesi durumunda ithalat lisansı verilir. İthalatçı şirketler, başvurularında her takvim yılında ithal edecekleri doğal gazın yüzde onu kadar bir miktarını beş yıl içinde yurt içinde depolama imkanı sağlayacaklarına dair önsözleşme veya taahhütname sunarlar. Depolama yükümlülüğünü yerine getirmek için lisans sahibi depolama şirketleri ile

daha sonra imzalayacakları kira sözleşmelerini Kuruma ibraz etmek zorundadırlar. İthalatçı şirketlerin, dağıtım şirketlerine doğal gaz satışı yapmaları ve sağlanan depolama kapasitesinin bunun için yetersiz olması hâlinde, gerekli depolama tedbirlerinin alınması için lisansın verildiği tarihten itibaren beş yıllık bir süre tanınır, bu süre ülkedeki depolama tesislerinin yeterli düzeye ulaşmaması hâlinde Kurul kararı ile iki yıla kadar uzatılabilir. Serbest tüketicilere satış yapılması ve sağlanan depolama kapasitesinin yetersiz olması hâlinde ise, gerekli depolama tedbirlerinin alınması için lisansın verildiği tarihten itibaren beş yıllık bir süre tanınır. Bu süre ülkede depolama tesislerinin yeterli düzeye ulaşmaması hâlinde Kurul kararı ile uzatılabilir.

İletim, 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nda üretime mahsus toplama hatları ve dağıtım şebekeleri haricindeki gaz boru hattı şebekesi veya sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) taşıma vasıtalarıyla gerçekleştirilen doğal gaz nakli olarak tanımlanmıştır. İletim lisansı sahibi, doğal gazın akışı ve sistemin işlemesi için gerekli ayarlama ve diğer her türlü hizmetlerin yerine getirilmesi hususunda kendisinin sahip olduğu kısımdan sorumludur. Ayrıca, lisans sahibi sorumlu olduğu hatlarda, gaz iletiminin güvenli bir biçimde, verimli ve en az maliyet ile gerçekleştirilmesine yönelik her türlü tedbiri almak, ilgili mevzuatta öngörülen diğer hususları yerine getirmekle yükümlüdür. İletim lisansı (LNG) sahibi de, sıvılaştırılmış doğal gazı (LNG), Türk karasularında veya Türkiye sınırları içinde LNG taşıma vasıtalarıyla taşır. İletim lisansı (LNG) sahibi, lisansı kapsamındaki LNG dolum, taşıma ve teslim faaliyetlerinin; ilgili mevzuatta belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yürütülmesinden ve bu faaliyete yönelik taşıma vasıtaları ile tesislerin, öngörülen standartlara göre planlanması, projelendirilmesi, inşa edilmesi veya temin edilmesi ve işletilmesinden sorumludur.

Depolama lisans sahibi, faaliyette bulunacağı yeraltı ve yer üstü depolama tesisleri ile LNG tesislerinin ilgili ve diğer mevzuatta belirlenen usul ve esaslar ile öngörülen standartlara göre planlanması, projelendirilmesi, inşa edilmesi ve işletilmesinden sorumludur.

Toptan satış şirketleri; toptan satış lisansı sahibi üretim şirketlerinden, ithalatçı ve diğer toptan satış şirketlerinden doğal gaz satın alabilir. Toptan satış lisansı sahibi tüzel kişi, satın aldığı doğal gazı yurt genelindeki, ihracatçı şirketlere, serbest tüketicilere, CNG satış şirketlerine, ithalatçı şirketlere, dağıtım şirketlerine ve diğer toptan satış şirketlerine satabilir. Toptan satış şirketleri, başvuru sırasında, yurt içinde depolama imkanı sağlayacaklarına dair ön sözleşme veya taahhütname ibraz etmiş iseler, bu taahhütlerini yerine getirmek için lisans sahibi depolama şirketleri ile imzalayacakları kira sözleşmelerini Kuruma ibraz etmek zorundadır. Ancak, dağıtım şirketlerine doğal gaz satışı yapmaları hâlinde, gerekli depolama tedbirlerinin alınması için lisansın yürürlük tarihinden itibaren beş yıllık bir süre tanınır, bu süre ülkede depolama tesislerinin yeterli düzeye ulaşmaması hâlinde Kurul kararı ile iki yıla kadar uzatılabilir. Serbest tüketicilere satılacak doğal gaz için lisansın düzenlendiği tarihten itibaren beş yıl içerisinde depolama tedbiri alma zorunluluğu bulunmakla birlikte bu süre ülkede depolama tesislerinin yeterli düzeye ulaşmaması hâlinde Kurul tarafından belirlenen bir süre kadar uzatılabilir.

Şehir içi doğal gaz dağıtım lisansı almaya hak kazanacak şirket, Kurum tarafından açılacak ihale ile belirlenir. Dağıtım Lisansı almaya hak kazanan şirkete ilgili yönetmeliklerde ve ihale dosyasında yer alan işlemlerin yerine getirilmesini müteakip dağıtım lisansı verilir.

Sıkıştırılmış Doğal Gaz (CNG) lisansı sahibi şirketler almış oldukları lisans içeriğine göre, doğal gazın kuyubaşı, ulusal iletim şebekesi veya şehir içi dağıtım sisteminden, tedarikçilerden ve/veya dağıtım şirketlerinden satın alınıp, sıkıştırılması, basınçlı kaplara doldurulması ve satışı olarak tanımlanan sıkıştırılmış doğal gaz (CNG) satış faaliyeti ile sıkıştırılmış haldeki doğal gazın özel vasıtalarla şehirlerarasında taşınması, CNG satış istasyonlarından temin edilen sıkıştırılmış doğal gazın iletim şebekelerinin ulaşmadığı yerlerde basıncının düşürülerek satışı olarak tanımlanan sıkıştırılmış doğal gaz (CNG) iletim ve dağıtım faaliyetini gerçekleştirirler.

İhracatçı şirket, üretim şirketlerinden, toptan satış şirketlerinden veya ithalatçı şirketlerden doğal gaz satın alabilir.

### **ddd) LPG ( Sıvılaştırılmış Petrol Gazları) Piyasası Kanununca Öngörülen Lisans Rejimi**

5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun (Kanun) 13.03.2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, yurtiçi ve yurtdışı kaynaklardan temin olunan sıvılaştırılmış petrol gazlarının güvenli ve ekonomik olarak rekabet ortamı içerisinde kullanıcılara sunumuna ilişkin piyasa faaliyetlerinin şeffaf, eşitlikçi ve istikrarlı biçimde sürdürülmesi için gerekli düzenleme, yönlendirme, gözetim ve denetim faaliyetlerinin yapılması amaçlanmıştır. Bu kanunla; LPG'nin ithali, ihracı, depolanması, taşınması, dağıtımı ve bayiliği piyasa faaliyetleri olarak kabul edilmiştir. Kanunun yayımlanmasını takiben piyasa faaliyetlerinin düzenlenmesi amacı ile ikincil mevzuat hazırlanarak yayımlanmıştır.

Kanuna göre gerçek ve tüzel kişiler bu piyasa faaliyetlerini gerçekleştirmek için Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'ndan lisans almak zorundadır. Bu lisans türleri, dağıtıcı lisansı, depolama lisansı, taşıma lisansı, LPG tüpü imalatı lisansı, LPG tüpü muayenesi, tamiri ve bakımı lisansı ve otogaz bayilik lisansıdır. Halihazırda Türkiye'de LPG piyasasında, 56 dağıtıcı lisansı sahibi, 80 depolama lisansı sahibi, 34 taşıma lisansı sahibi, 6253 otogaz bayilik lisansı sahibi, 14 LPG tüpü imalatı lisansı sahibi ve 119 LPG tüpü muayenesi, tamiri ve bakımı lisansı sahibi vardır.

Kanun, teminden son tüketiciye kadar her aşamada piyasanın izlenmesi ve denetimini öngörmektedir. Bu nedenle yurtdışından LPG temin edeceklerin, LPG dağıtıcı lisansına sahip veya Petrol Piyasası Kanunu'na göre Kurum'dan rafinerici lisansı almış olması gereklidir. Dağıtıcılar LPG'yi rafinerilerden, ithalat yoluyla yurt dışından veya toptan alış yoluyla diğer dağıtıcılardan temin eder. LPG ithalatı, ithal edilen LPG'nin Kurum tarafından belirlenen teknik düzenlemelere uygunluğu Gümrük Müsteşarlığı'na ilân edilen beş adet ihtisas gümrüğündeki laboratuvarlarda belirlendikten sonra bu ihtisas gümrüklerinden yapılır.

Ülke içerisinde dağıtım faaliyeti yapma yetkisi sadece dağıtıcı lisansı sahiplerine verilmiştir. Dağıtıcı lisansı sahipleri, kendi mülkiyetlerindeki istasyonlara veya sözleşmelerle oluşturacakları bayilerinin istasyonlarına otogaz LPG dağıtımı,

kullanıcılara dökme LPG satış ve ikmal, tüplü LPG dağıtım ve pazarlaması, LPG ithalatı ve ihracatı yapabilirler. Ayrıca, lisanslarına işlenmesi koşuluyla taşıma, dolum ve depolama faaliyetlerinde bulunabilirler. Kanun dağıtıcı olma koşulu olarak teknik düzenlemelere uygun depolama, dolum tesisi ve LPG tüplerine sahip olma ilkesini getirmiştir. Ayrıca dağıtıcılar otogaz faaliyetlerine başlayabilmek için öncelikle ilgili Kanun ile istenen kriterleri sağlayarak tüplü LPG faaliyetini başlatmak ve en az bir dolum tesisini işletmeye almak zorundadır. Dağıtıcı, bir adet LPG dolum ve depolama tesisine sahip ise sadece tesislerinin bulunduğu il ve komşu illerde otogaz dağıtım faaliyetini yapabilir. Ülke genelinde otogaz faaliyeti yapabilmek için ise, en az iki dolum ve depolama tesisine sahip olma mecburiyeti getirilmiştir. Ayrıca, dağıtıcılar ikmal ettikleri günlük ortalama LPG miktarının en az yirmi katını depolarında bulundurmak zorundadırlar. Petrol piyasasından farklı olarak dağıtıcı lisansı sahipleri otogaz istasyonlarına LPG ikmalini, mülkiyeti veya tasarrufu altında tescilli markasını, unvanını ve amblemini taşıyan teknik düzenlemelere uygun araçlar ile yapmak zorundadırlar.

## **cc) Lisans İptali Halleri**

### ***aaa) Elektrik Piyasası***

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanun (4628 sayılı Kanun) unda idari yaptırımlar *“Yaptırımlar ve yaptırımların uygulanmasında usul”* başlıklı 11. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Bu maddede lisans iptali yaptırımına bağlanan ihlaller şu şekildedir;

**1)** Lisans verilmesine esas olan şartlar, 4628 sayılı Kanun’un *“Lisans genel esasları ve lisans türleri”* başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasının (a)/3 bendinin yönetmelikle düzenlenebileceğine ilişkin verdiği yetki ile Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği’nin 7. maddesinde düzenlenmiştir. İşte, 4628 sayılı Kanun’un 11. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinde, yönetmelikte sayılan, lisans verilirken göz önünde bulundurulmuş bu şartların lisansın yürürlüğü sırasında ortadan kalktığı veya bu şartların baştan mevcut olmadığı saptanması hâlinde lisans iptal edilecektir. Kanunkoyucunun lisans verilmesine ilişkin şartlar için, lisansın iptali gibi ağır bir yaptırım getirmiş olması bu şartlara verdiği önemi göstermektedir. Fakat



4628 sayılı Kanun'daki lisans iptali yaptırımlarından birinin sebep unsurunu teşkil etmesine rağmen Kanunkoyucu lisansın verilmesine esas şartları ayrı bir düzenleme konusu yapmamıştır. Mezkur Yönetmelikte bile “*Lisans Başvurusu*” başlıklı bir madde de düzenleme yapılmıştır. Ortadan kalkması veya mevcut olmadığının anlaşılması hâlinde idari yaptırım öngörülen bu şartların ayrıca ve açıkça düzenlenmesinin hukuk devleti ve yaptırıma maruz kalması muhtemel kişiler açısından daha güvenceli olacağı kanısındayız.

2) Kanunkoyucu, lisansın verilmesine ilişkin şartlara verdiği özel önemi maddenin (d) bendinde bu şartlara ilişkin olarak lisans iptali yaptırımını tekrar düzenleyerek göstermiştir. Bu kez, lisans verilmesine esas olan şartlara ilişkin olarak, lisans müracaatında veya lisans yürürlüğü sırasında gerçek dışı belge sunulması veya yanıltıcı bilgi verilmesi veya lisans verilmesini etkileyecek lisans şartlarındaki değişikliklerin Kurula bildirilmemesi hâlinde lisans iptal edilecektir. Yukarıdaki birinci durumda lisans sahibinin lisansın verilmesine esas şartların eksikliğinin idarece saptanmasının sonucuyken burada lisans sahibinin bu şartlara ilişkin idareyi yanıltma yoluna gitmesi veya bu şartlardaki değişiklikleri idareye bildirmeyi ihmal etmesi bir anlamda hareketsizliğine tepki gösterilmektedir.

3) 4628 sayılı Kanunda lisans iptali yaptırımına bağlanan ikinci hal ise mezkûr maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Fıkarda lisans iptali yaptırımı para cezası yaptırımının etkisiz kaldığına inanılan aşamada idarenin takdiri çerçevesinde kullanımına sunulan bir olanak şeklinde düşünülmüştür. Buna göre, 11. maddenin 1. fıkrasında çeşitli ihlallere yönelik olarak getirilmiş para cezası yaptırımlarından birinin uygulanması sonrası para cezasına konu fiilin; verilen ihtar süresi içerisinde giderilmemesi veya tekrarlanması hallerinde para cezaları, her defasında bir önceki cezanın iki katı oranında artırılarak uygulanacaktır. Fakat tekrarlanma hususuna ilişkin Kanunkoyucu bir belirleme yapmış ve para cezasının verildiği tarihten itibaren iki yıl içinde aynı fiilin işlenmesini hâlinde bunu tekrarlanma olarak kabul etmiş ve önceki cezaların tekrarda esas alınacağını ifade etmiştir. İki yıllık süre içinde gerçekleşen ve tekrarlanma olarak kabul edilen durumlarda ise, artırılarak uygulanacak para cezası miktarına bir sınır getirilmiş ve bunun cezaya muhatap tüzel

kişinin bir önceki mali yılına ilişkin bilançosundaki gayrisafi gelirinin yüzde onunu aşmasına izin verilmemiştir. Artırılarak uygulanan idari para cezası yaptırımına ilişkin olarak getirilmiş bu sınırlama, ölçülülük ilkesi açısından düşündüğümüzde son derece yerinde bir düzenlemedir. Zira artışın bir sınırlamaya tabi tutulmaması hâlinde verilen idari para cezası ölçülülük ilkesinin iflasına yol açabileceği gibi aynı zamanda cezaya maruz kalanın ekonomik olarak mahvına da yol açabilecektir. Oysa tüm diğer idari işlemler gibi idari yaptırımların da aslî amacı kamu yararının tesisidir; yani ekonomik yıkım bir idari işlemin amacı haline getirilemez. Fakat bu sınır tüm olumlu sonuçlarına rağmen önemli bir soruna da yol açabilecek niteliktedir. Bu sınıra ulaşıldığı takdirde kişi ihlal içeren aynı fiili tekrar süresi içinde işlemeye devam ederse ne olacaktır? İhlal eden ilk defa işlemiş gibi kabul edilerek artırım dikkate alınmaksızın para cezası yaptırımına maruz kalacaktır. Bu durumda da kanımızca ölçülülük ilkesine uygun bir durum olmayacaktır. Öyle ki, bu aşamada idari para cezası artık caydırıcılığını yitirmiş konumdadır. Bu nedenle verilen idari para cezaları da etkisiz kalacaktır. İşte Kanunkoyucu yukarıda bu tereddütleri de hesaba katarak olsa gerek idareye bu aşamada önemli bir imkan sunmuştur. Fıkranın son cümlesine göre, cezaların bu düzeye ulaşması hâlinde (maddenin lafzından bu düzey ile kastedilenin, cezanın, tüzel kişinin bir önceki mali yılına ilişkin bilançosundaki gayrisafi gelirinin yüzde onuna ulaşması olduğu söylenebilir.) Kurul, lisansı iptal edebilecektir.

**4)** Bir diğer lisans iptali hali de idari para cezası verilmesini gerektiren ihlallerden ikisine yönelik olarak getirilmiş doğrudan iptal halidir. Mezkûr maddenin 3. fıkrasında, aynı maddenin birinci fıkrasının (c) ve (d) bentlerinin ihlali hâlinde Kurula fiilin ağırlığına göre idari para cezası uygulanmaksızın doğrudan lisansı iptal etme imkanı tanınmıştır. Bu iki özel ihlalden birincisi, lisans genel esasları ve yükümlülüklerinden herhangi birinin yerine getirilmemesiyken ikincisi ise, 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 bildirilmemesidir. Bu son ihlalin 10.05.2006 tarih ve 5496 sayılı Kanun ile değiştirilmesinden önceki hâlinde, lisans yürürlüğü ibaresi bulunmamaktaydı. Bu durum, anılan ihlallerin

sadece lisans müracaatı sırasında gerçekleşebilmesine, lisansın yürürlüğü süresince gerçekleşmesi hâlinde ise aynı ihlalin yaptırıma tabi olmaması sonucunu doğuruyordu ki bu bir çelişkiydi. Değişiklik bu nedenle yerindedir. Bu fıkradaki belirsizliğin Enerji Piyasası Düzenleme Kuruluna lisansı bahse konu bentlerdeki ihlallerin yaşanması hâlinde “*fiilin ağırlığına göre*” gibi belirsiz bir kavramla bu yetkiyi kullanma imkanı tanınmış olmasıdır. Kurul ancak fiilin doğrudan iptale yol açacak düzeyde olup olmadığına ilişkin vereceği kararlarla fiilin ağırlığı gibi belirsiz bir kavramı daha da belirgin bir hale getirebilecektir.

5) 4628 sayılı Kanunda düzenlenen kendine özgü bir lisans iptali sebebi de, dağıtımına ilişkindir. Buna göre, dağıtım bölgeleri için lisansın iptal edilmesinin zorunlu hale gelmesi durumunda, Kurul hizmetin aksamaması için gerekli tedbirleri önceden almak suretiyle lisansı iptal edebilecektir. Bu iptalin sonucunda ise, tesislerin mülkiyetini elinde bulunduran lisans sahibinin nam ve hesabına yüzyirmi gün içerisinde ilgili tesisin satışı için ihaleye çıkılacaktır.

#### ***bbb) Doğalgaz Piyasası***

4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu (Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve Doğal Gaz Piyasası Hakkında Kanun) (4646 sayılı Kanun)nun idari yaptırımlar “*Yaptırımlar ve yaptırımların uygulanmasında usul*” başlıklı 9. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Bu düzenleme, mezkûr Kanunun 4628 sayılı Kanun’dan kısa bir sonra yürürlüğe girmesinden olsa gerek, elektrik piyasasında getirilen yaptırımlara ilişkin düzenleme ile hemen hemen aynıdır. Bu maddede lisans iptali yaptırımına bağlanan ihlaller şu şekildedir;

1) 4646 sayılı Kanunda lisans iptaline ilişkin yer alan ilk düzenleme, söz konusu 9. maddenin 1. fıkrasının (g) bendinde düzenlenmiş ve yukarıdaki elektrik piyasasına ilişkin iki numaralı ihlal ile aynı özelliktedir. Burada da lisans verilmesine esas olan şartların, faaliyetlerin yürütülmesi sırasında ortadan kalktığından saptanması hâlinde lisans iptal edilmektedir. Fakat bu iptal hâlinde 4628 sayılı Kanun’daki benzer düzenlemeye ek olarak 4646 sayılı Kanun’da lisans verilmesine esas şartların baştan

mevcut olmadığının anlaşılması durumuna özgü olarak lisans iptali yanında idari para cezası verebilme imkanı getirilmiştir.

2) Doğalgaz piyasasında lisans iptali öngörülen ikinci hal ise yukarıda elektrik piyasasına ilişkin lisans iptali kısmında yer verilen ve idari para cezalarının artırımına dair 3 numaralı haldir. Aynı koşullarda doğalgaz piyasasında lisans iptali mümkün olabilecektir.

3) 4628 sayılı Kanundaki düzenlemeye benzer 4646 sayılı Kanunda yer bulan bir diğer düzenleme, yukarıda kendine özgü bir lisans iptali hali olduğunu ifade ettiğimiz dağıtım ile ilişkin düzenlemedir. Buna göre, doğal gaz şehir içi dağıtım lisansının iptal edilmesinin zorunlu hale gelmesi durumunda Kurul hizmetin aksamaması için gerekli tedbirleri önceden almak suretiyle, lisansı iptal edebilecektir. Bu iptalin sonucunda ise, dağıtım şebekesinin mülkiyetini elinde bulunduran lisans sahibinin nam ve hesabına yüz yirmi gün içerisinde ilgili şebekenin satışı ve yeni lisans sahibinin belirlenmesi için ihaleye çıkılabilecektir.

Tüm bu nedenlerin dışında, lisans iptali sonrasına dair 4646 sayılı Kanun'da bulunan fakat 4628 sayılı Kanun'da yer verilmemiş çok önemli bir ibare bulunmaktadır. 4646 sayılı Kanunun 9. maddesinin 3. fıkrasına göre bir lisans veya sertifikanın iptali hâlinde, yeni bir lisans veya sertifika verilene kadar, verilen hizmetin aksamaması için Kurul gereken önlemleri almakla görevli kılınmıştır. Bu ibare aslında, doğalgaz piyasasının her ne kadar özel sektöre açılmış olsa da kamu hizmeti karakterini sürdürdüğünün bir kanıtıdır.

### ***ccc) Petrol Piyasası***

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanun (5015 sayılı Kanun)undaki lisans iptaline yönelik olarak mevcut düzenlemeler 4628 ve 4646 sayılı Kanunlara göre, sebep ve şekil unsurları yönünden ciddi farklılıklar taşımaktadır. Sonrasında yürürlüğe giren 5307 sayılı LPG (Sıvılaştırılmış Petrol Gazları) Kanunundaki lisans iptaline yönelik hükümler Kanunun bu yöndeki düzenlemeleri ile aynı niteliktedir. Kanunda lisans

iptali yaptırımına yol açan haller Kanunun “*İdari yaptırımlar*” başlıklı 20. maddesinde düzenlenmiştir.

1) Mezkûr maddenin 1. fıkrasında, öncelikle riayet edilmediği takdirde Kurum tarafından ön araştırma veya soruşturma açılmasını gerektirecek unsurlar sayılmıştır. Bu unsurlar; 5015 sayılı Kanunu ve bu Kanuna dayanan yürürlükteki yönetmelikler ile Kurumun yazılı talepleri ve mevcut lisanslarda kayıtlı hususlardır. Bu dört unsurdan herhangi birisine uyulmaması ön araştırma veya soruşturma için yeterli olacaktır. Açılacak ön araştırma veya soruşturmanın yanında aynı zamanda ilgiliye on beş gün içerisinde aykırılıkların giderilmesi, aksi halde bahse konu piyasa faaliyetlerinin geçici bir süre için durdurulabileceği veya doğrudan doğruya iptal yaptırımının uygulanacağı ihbar edilir. Kanun doğrudan doğruya iptal yaptırımına ilişkin seçeneğe yer vermemiş, sadece geçici bir süre için faaliyeti durdurma seçeneğine ilişkin açıklama yapma yoluna gitmiştir. Buna göre, Kurum piyasa faaliyetini otuz günden az yüz seksen günden çok olmamak üzere geçici olarak durduracaktır. Geçici durdurma süresince, tehlikeli eylemin veya kötünîyetin veya ürünlerde zarar oluşmasının önlenmesi ile faaliyetin durdurulmasına neden olan durumun ortadan kaldırılmasına ilişkin faaliyetler dışında hiçbir piyasa faaliyeti yapılamayacaktır. Bunun dışında lisans iptali hali Kurumca, yukarıda belirtilen aykırılıklara göre başlatılabilecek soruşturma neticesinde uygulanabilecektir.

2) Kaçak veya menşei belli olmayan ürün ikmal edilmesi şeklindeki ihlalin ağırlığı karşısında caydırıcılığı sağlamak gayesiyle bu ihlali yapanların lisansının iptali söz konusu olabilecektir.

3) 5015 sayılı Kanun’da düzenlenen son lisans iptali hali ise, 5015’ in ilgililere yönelik *talepleri* veya 5015 sayılı Kanun doğrultusunda yapılan *işlemler* ile ilgilidir. Kanundan kaynaklanan bu talep veya işlemlerde, kanuna karşı hile<sup>575</sup> veya gerçek dışı beyanda bulunulduğunun tespiti hâlinde lisans iptal olunur.

---

<sup>575</sup> Bir emredici hukuk kuralının hukuka aykırı bir hukuki fiil için öngördüğü bir yaptırımdan kurtulmak amacıyla, kanunda yer alan bir başka kuraldan yararlanarak yasaklanan sonuca ulaşmaya kanuna karşı hile denir. Kanuna karşı hilede, kanunun bir maddesinin yanından dolanılıp, başka bir maddeye ulaşılmaktadır. Bilge ÖZTAN, **Medeni Hukuk’un Temel Kavramları**, Ankara 2003, s. 168

### **ddd) LPG (Sıvılaştırılmış Petrol Gazları) Piyasası**

5307 sayılı LPG Kanun (5307 sayılı Kanun) unda idari yaptırımlar “Yaptırımlar” başlıklı 17. maddede ayrıca düzenlenmiştir. Bu maddede lisans iptali yaptırımına bağlanan ihlaller şu şekildedir;

- 1) Lisans iptali yaptırımı ile karşılaşılacak ilk ihlal ve bu ihlal sonrası yaptırıma giden süreç, yukarıda petrol piyasasına ilişkin kısımdaki (1) numaralı durumun tamamen aynısıdır.
- 2) Petrol piyasasında, kaçak veya menşei belli olmayan ürün ikmal edenlerin lisansı iptal edilirken burada, kaçak veya menşei belli olmayan nitelmesi yanında teknik düzenlemelere uygun olmayan LPG ile piyasa faaliyetinde bulunan lisans sahiplerinin de lisansı iptal edilmektedir.
- 3) 5307 sayılı Kanun’a göre lisans iptali ile karşılaşacak son ihlal hali ise, yukarıda petrol piyasasına ilişkin kısımdaki (3) numaralı durumun tamamen aynısıdır.

### **b) İhale İşlemlerinin İptali (KİK)**

#### **aa) Genel Olarak**

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (2886 sayılı Kanun) alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini kapsamaktadır. Ancak alım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işleri kamu harcaması yapılmasına; satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri kamuya gelir sağlanmasına yönelik olduğundan, farklı nitelikteki bu işlerin aynı kanunda düzenlenmesi uygulamada pek çok sorunun ortaya çıkmasına neden olmuştur<sup>576</sup>. Diğer taraftan 2886 pek çok istisna getirdiği gibi; çeşitli kamu kurumlarının özel kanunlarında 2886 sayılı Kanun’un uygulanamayacağına ilişkin açık hükümler yer alıyordu. 2886 sayılı Yasa’nın uygulama alanı dışına çıkarılan

---

<sup>576</sup> Rıza YILMAZ, **Kamu İhale Kanununda İhale Yetkilisi, İhale Komisyonu ve Yetki Devri**, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, C. 8, S. 4, 2003, s. 4-12

kuruluşların da, kamu kuruluşu olmaları dolayısıyla, özel hukuk kişisi gibi hareket etmeleri olanaksız olduğundan, bunların uyacakları usullerin de, çoğu kez 2886 sayılı Kanundaki benzer şekilde, ya özel bir yasa ya da idari işlemlerle düzenlenmesi yoluna gidiliyordu. Dolayısıyla pek çok kamu kurumunun 2886 sayılı Kanunun uygulama alanı dışına çıkarılmış olması ve 2886 sayılı Kanun'da gözlenen eksiklikler esasen kamu alımları konusunda bir yeniden düzenlemeyi gerekli kılıyordu<sup>577</sup>. Tüm bu gelişmeler 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun<sup>578</sup> çıkarılmasına zemin hazırladı.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (4734 sayılı Kanun) ile kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan tüm kamu kurum ve kuruluşları yapacakları harcamalara ilişkin mal veya hizmet alımları ile yapım işleri yönünden 4734 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır.

Bu şekilde kapsamı belirlenen 4734 sayılı Kanunun genel gerekçeleri; a) Avrupa Birliği ve uluslar arası ihale uygulamalarına paralellik b) Ülke kaynaklarının kullanımında büyük çaplı israflar c) Kısıtlı ödeneklerle yıllarca bitirilemeyen projeler d) Yolsuzluklara neden olan birim fiyat uygulamaları e) Belirli istekliler arasında yapılmakta olan yapım ihalelerindeki huzursuzluklar f) İhaleleri organize eden ve aksaklıkları gidermeye yönelik bir kuruluş ihtiyacı g) Kamu kaynaklarının etkin kullanılmasını sağlamak amacıyla etkin bir denetim sistemi ihtiyacı şeklinde ifade edilebilir<sup>579</sup>.

Avrupa Topluluğu Bakanlar Konseyi'nin 21 Aralık 1989 tarihli klasik kamu sektörleri (yapım, mal ve hizmet) şikayet başvurusu direktifinde, kamu alımlarını AB genelinde rekabete açmanın somut bir etkisinin görülebilmesi için, AB Komisyonu kamu alımları konusundaki direktif kurallarını ihlal eden eylem ve kararlara karşı hızlı ve etkili yaptırımlar uygulanması gereğinden hareketle üye devlet idarelerinin

---

<sup>577</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, age, C.I, s. 579-580

<sup>578</sup> RG; 22.01.2002, sayı: 24648

<sup>579</sup> Şadi ÜSTÜN, **4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ile Uygulama Alanına Getirilen Yenilikler**, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, C. 8, S. 2, 2003, s. 18

kamu alım kararlarının etkili ve hızlı biçimde denetleneceği ulusal bir mekanizma geliştirmelerini öngörmektedir<sup>580</sup>.

AB Komisyonu, kamu alım kararlarının gözetim ve denetiminden sorumlu kurumun idari yapısını üye devletlere bırakmakla beraber, işlevleri hakkında çerçeve düzenlemeler de yapmaktadır. Komisyon'un bu konudaki direktifine göre, kamu ihale kurumları tedarikçi ve müteahhitlerin ilgili kamu dairesinin Komisyon direktiflerini ihlal eden eylem ve kararları hakkındaki şikayetlerini ayrımcılık yapmaksızın hemen değerlendirmeye alması; iddia edilen ihlalin daha büyük ticari zararlara yol açmaması için alım sürecini askıya alacak veya ihlale konu eylem veya kararın uygulamasını durduracak ara kararlar alabilmesi; mağdur tedarikçi veya müteahhidin zararının tazminine karar verebilmesi gerekmektedir. Ayrıca, kamu alımlarını denetleyecek kurulun yargı yerine idari bir birim olması durumunda; bu kurulun üyelerinin atanmasının ve görevden alınmasının yargı benzeri olması; kurulun kararlarının yazılı olması ve kurul kararlarının da yargı denetimine tabi tutulması gerekmektedir<sup>581</sup>.

2886 sayılı Kanun'un uygulanmasında yaşanan eksikliklerden birisi de anılan Kanun'un uygulamasından sorumlu bir birimin bulunmaması olmuştur. Diğer bir deyişle, 2886 sayılı Kanun uygulamada merkezi olarak kurumsal bir sahibi ve sorumlusu olmayan bir yasa olmuştur. Kamu alımlarında 2886'nın uygulanması konusundaki yetki tamamen alımı yapacak idarelere aitken, idarelerin eylem ve kararlarının 2886 sayılı Kanuna uygunluğunu izleyen ve denetleyen merkezi bir birim bulunmamaktaydı<sup>582</sup>.

AB Komisyonunun kararları ve Devlet İhale Kanunu'nun bu noktada taşıdığı eksiklik dikkate alınarak, 4734 sayılı Kanun ile kamu tüzelkişiliğini ile idari ve mali özerkliğe sahip bir kurum olarak Kamu İhale Kurulu (KİK) kurulmuştur. 4734 sayılı Kanunun KİK'e dair düzenlemeleri içeren 53. maddesinin genel gerekçesinde KİK'in kurulma gerekçesine ilişkin olarak şu ifadeler yer verilmiştir.

---

<sup>580</sup> 89/665/EEC, (naklen, TŪSİAD, age, s. 161)

<sup>581</sup> TŪSİAD, age, s. 161

<sup>582</sup> TŪSİAD, age, s. 161



*“Uluslar arası ihale mevzuatına uyum sağlamak üzere, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kurum kurulması gereği ortaya çıkmıştır. Bu nedenle uluslar arası örneklere paralel olarak; ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süreç içinde idarece yapılan işlemlerde mevzuata aykırılık bulunduğu ilişkin şikayetleri incelemek ve sonuçlandırmak, bütün ihale mevzuatını hazırlamak ve uygulamayı yönlendirmek, kamu ve özel sektöre eğitim vermek, ihalelerle ilgili istatistikler oluşturmak ve yayımlamak, haklarında yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak....üzere Kamu ihale Kurulu kurulmuştur.”*

KİK’i diğer bağımsız idari otoritelerden ayıran en önemli özellik; devletin israfını, verimsizliğini ve yolsuzluğunu ortadan kaldıracak türden önemli enstrümanlara sahip oluşudur. Genel düzenleyici olarak sadece spesifik bir sektörde regülasyon faaliyetinde bulunmayan KİK, kamu alımlarını disipline etmeyi ve bu sayede mali açıkları önlemeyi, saydamlığı sağlamayı ve verimliliği artırmayı, daha rekabetçi bir kamu ihale yapısı oluşturmayı kendisine misyon edinmiştir<sup>583</sup>.

#### **bb) Kamu İhale Kurumunca İhalenin İptali**

Kanunda ihale sürecinin şu aşamalardan geçerek tamamlanacağı kabul edilmiştir; a) Hazırlık b) İlan c) İhale dökümanının alınıp tekliflerin sunulması d) Tekliflerin değerlendirilmesi e) İhalenin karara bağlanması ve sözleşmeye davet.

Kanun yukarıda yer verilen bu süreç içerisinde belirmesi muhtemel uyuşmazlıkların yargısal yola başvurulmadan önce idari yoldan çözümlenmesi amacıyla bir takım hükümler getirmiştir. Bu hükümlerde çözümleme yetkisi, ihaleyi yapan idare ve KİK<sup>584</sup>’e verilmiştir. Bu süreçte ilk olarak idareye şikâyetle bulunulacak, daha sonra KİK’e itirazın şikâyetle bulunulabilecektir.

---

<sup>583</sup> Özcan TÜLÜMEN, **I. Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu**, İstanbul 27-28 Mayıs 2004, Kamu İhale Kurumu Yayını, s. 20

<sup>584</sup> 4734 sayılı Kamu İhale Kanunun 53/b-1 bendinde İhalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat

Getirilen bu idari çözüm imkânına göre, ihalelere ilişkin olarak müteahhid, tedarikçi veya hizmet sunucusu öncelikle idareye başvurmak zorundadır. İdare, şikâyetin verilmesini izleyen otuz gün içinde gerekçeli bir karar alır. Bu kararda, şikâyet tamamen veya kısmen haklı bulunmuşsa alınması gereken düzeltici önlemler de belirtilir ve karar tüm aday ve isteklilere kararı izleyen yedi gün içinde bildirilir. Belirtilen bu süre içinde bir karar alınamaması veya alınan kararın uygun bulunmaması durumunda aday veya istekli, karar verme süresinin bitimini veya karar tarihini izleyen on beş gün içinde Kamu İhale Kurumu'na *itirazen şikâyet* başvurusunda bulunabilecektir.

İdareye şikâyet sunulduktan sonra, ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi gerektiği onaylanmadıkça idare sözleşme imzalayamamaktadır. İhale işlemelerine devamı onay verilmişse bu aday veya istekliye sözleşme imzalanmadan en az yedi gün önce tebliğ edilmiş olacak şekilde bildirilir. Bu durumda Kurum'a itirazen şikâyetin bildirimi izleyen üç gün içinde yapılması gerekir.

KİK'e yapılacak olan itirazen şikâyet, dava açılmasından önce kullanılması *zorunlu bir idari başvuru yolu* olup, ancak bu yol tüketildikten ve itirazen şikâyetten de bir sonuç alınamadıktan sonra, uyuşmazlığın çözümü için idari yargıya başvurulması mümkün olabilecektir<sup>585</sup>.

KİK, Kurum'a gelen itirazen şikâyet başvurularıyla ilgili olarak gerekçesini belirtmek suretiyle aşağıdaki işlemlerden birine karar verir:

- İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek kalmayacak durumlarda, düzeltici işlemi belirler.

---

hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmak kurumun görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

<sup>585</sup> GÜNDAY, age, s. 203

- İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek bu Kanuna ve ilgili mevzuatına aykırı bir durumun tespit edilmesi hâlinde, ihale işlemlerini iptal eder.
- İtirazen şikâyet başvurusunun uygun bulunmadığını belirler.

Kurul ancak yukarıda sayılan kararlardan birini verebilir. Örneğin, ihalelerden yasaklama kararlarına karşı başvurulamaz ve bu kararlardan doğan zararların giderilmesi yolunda hüküm verilemez<sup>586</sup>.

İhale, ihale komisyonu kararı veya ihale yetkilisi tarafından iptal edildiği takdirde, şikâyet konusunun ortadan kalkması nedeniyle, başvuru hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilir<sup>587</sup>. Yine şikâyetçinin şikayetinden vazgeçmesi de, incelemeyi konusuz bırakacağından, Kurulun başvurunun reddine karar vermesi gerekmektedir<sup>588</sup>.

KİK'in yukarıda ifade ettiğimiz olası kararları arasında çalışmamızın konusu oluşturan yetkisi ihale işlemlerini iptal edebilmesidir. Zira bu yetkinin niteliği itibarıyla bir idari yaptırım olduğundan kuşku duyulamaz.

Kanun'daki ibareye göre KİK'in bir ihaleyi iptal edebilmesi için aykırılığın ihale sürecinin devam etmesine engel oluşturması ve düzeltici işlemle giderilemeyecek olması yanında Kanuna ve ilgili mevzuata da aykırı olması gerekir. Son derece soyut bir özellik arz eden bu durumun, KİK tarafından verilen kararla

---

<sup>586</sup> "4734 sayılı Kamu ihale Kanunun 56. maddesi 2. fıkrasında Kamu İhale Kurulu tarafından verilebilecek kararlar üç bent halinde sayılmıştır. Belirtilen maddede, şikâyet başvuruları üzerine Kurulca yapılacak idari denetimin sınırının ihale süreci içerisinde ve bu süreçte sonuç doğuran işlem ve eylemler olduğu belirlenmiştir. İhalelerden yasaklama kararlarına karşı Kamu İhale Kurumuna başvuruda bulunulacağına ve bu kararlardan doğan zararların giderilmesi yolunda hüküm verileceğine dair bir yetki ve görevin Kamu İhale Kurumuna verilmediği görülmektedir." **KİK'nun 17.07.2003 tarih ve 2003/UK.Z-255 sayılı kararı** (naklen, Veli BÖKE, Açıklamalı-Uygulamalı Kamu İhale Kurulu Kararları Işığında Kamu İhale Kılavuzu, Ankara 2004, s. 755)

<sup>587</sup> "Şikâyet konu edilen ihalenin 05.08.2003 tarihli ihale komisyonu kararı ile iptal edildiği anlaşıldığından şikâyet konusunun ortadan kalkması nedeniyle, başvuru hakkında karar verilmesine yer olmadığına, Kurul kararının taraflara bildirilmesine, oybirliğiyle karar verildi." **KİK'nun 14.08.2003 tarih ve 2003/UK.Z-328 sayılı kararı** (naklen, BÖKE, age, s. 756)

<sup>588</sup> "... Şti'nin iddialarından vazgeçtiği dikkate alınarak, söz konusu şikâyet başvurusu hakkında karar verilmesine yer olmadığına oybirliğiyle karar verildi." **KİK'nun 03.04.2003 tarih ve 2003/UK.Z-16 sayılı kararı** (naklen, BÖKE, age, s. 758)

somutlaşacağı açıktır. Biz de bu somutlaştırmayı göstermek açısından KİK'in ihale iptal kararlarına yer vermeyi uygun bulmaktayız.

*2007/160152 İhale Kayıt Numaralı “Çöp Toplama ve Nakli, Çevre Temizliği ve Tıbbi Atıkların Taşınması Hizmet Alımı” İhalesine ilişkin kararda iki aykırılıktan dolayı ihale işlemleri ile ihale kararının iptaline karar verilmiştir; 1) 2872 sayılı Çevre Kanunu ile 4856 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 1, 2 ve 9 uncu maddelerine dayanılarak hazırlanan ve 22.07.2005 tarih ve 25883 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmelik hükümleri uyarınca tıbbi atık taşımasında kullanılan araçların bağlı olduğu kuruluşun ve gerekli teknik donanımına haiz araçların tıbbi atık taşıma yetki belgesine sahip olmasının zorunlu olduğu anlaşılmakla birlikte, tıbbi atık taşıyan firma için verilen yetki belgesinde araca ilişkin bilgilere de yer verildiği, firma için verilen yetki belgesinin alınabilmesi için gerekli teknik donanımına sahip tıbbi atık taşıma araçlarının tasarruf altında bulundurulmasının gerekli olduğu dikkate alındığında, idarece ihaleye katılım aşamasında tıbbi atık taşıma lisansı istenilmesinin ihaleye katılımı daraltıcı nitelikte bulunduğu ve bu nedenle başvuru sahibinin iddiasının yerinde olduğu anlaşılmıştır. 2) Teknik şartnamenin ilgili düzenlemesinde personele verilecek iş elbisesinin niteliğine ilişkin herhangi bir tanımlama yer almamaktadır. Bu Kamu İhale Genel Tebliğinin “XIII. Tekliflerin Alınması ve Değerlendirilmesi G. Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Teklif Fiyata Dahil Olacak Masraflar” başlıklı maddesinin 13 üncü bendine aykırılık taşımaktadır<sup>589</sup>.*

*2007/157181 İhale Kayıt Numaralı “Fen İşleri Müdürlüğü Teknik Personel Destek Hizmeti Alımı” İhalesinde, teknik şartnamenin 19 uncu maddesinde yüklenicinin hafta sonu ve özel tatil (resmi tatil ve bayramlarda) günlerinde idarenin belirlediği elemanları çalıştırarak hizmeti aksatmayacağı belirtilmiştir şu aykırılıktan dolayı ihalenin iptaline karar verildiği, buna karşın Kamu İhale Genel Tebliğinin “Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Teklif Fiyata Dahil Olacak Masraflar” başlıklı maddesinde; “İşin niteliği gereği resmi ve dini bayram günleri ile yılbaşı günü yaptırılacak çalışma için 4857 sayılı İş Kanununun 47 nci maddesi uyarınca belirlenecek ücretin hesaplanabilmesi açısından çalışılacak gün ve personel sayısı ihale dokümanında belirtilecektir.” açıklaması yer aldığı ifade edilmiştir. Bu çerçevede, ihale konusu işte bayram ve tatil günlerinde personel çalıştırılması öngörüldüğünden, anılan hüküm uyarınca bu günler için ödeneceği anlaşılan ücretin hesaplanabilmesi için idarece hazırlanan ihale dokümanında çalışılacak gün ve personel sayısının açıkça belirtilmesi gerektiği halde, başvuru konusu ihalede bayram ve tatil günlerinde çalışılacak gün ve personel sayısı açıkça belirtilmediğinden, bu günlerde çalışacak personele ödenmesi gereken ücret tutarının hesaplanabilmesi mümkün bulunmadığından, söz konusu ihalede teklif fiyatının sağlıklı bir şekilde hesaplanmasının mümkün olmadığı anlaşıldığından ihale işlemleri ile ihale kararının iptaline karar verilmiştir<sup>590</sup>.*

<sup>589</sup> KİK'nun 28.01.2008 tarih ve 2008/UH.Z-510 sayılı kararı

<sup>590</sup> KİK'nun 28.01.2008 tarih ve 2008/UH.Z-409 sayılı kararı

2007/155558 İhale Kayıt Numaralı “Hastane Genel Temizliği (Makine, Ekipman ve Malzeme Dahil) 261 Kişi İle 12 Ay” İhalesine ilişkin kararda iki aykırılıktan dolayı ihale işlemleri ile ihale kararının iptaline karar verilmiştir; 1) Şikayete konu ihalede maliyetin sadece personel çalıştırılmasına bağlı olmadığı, maliyet bileşenleri arasında temizlik sarf malzemesinin de bulunduğu birim fiyat teklif alınan ihalede teklif bedelinin işçi sayısı ile doğru orantılı olarak verilmesi istenilmiştir. İdarece düzenlenerek isteklilere verilen teklif mektubu eki cetvele göre 261 işçi üzerinden fiyat verilmesi gerektiğinden, personel sayısına bağlı olmayan temizlik malzemesi vb. giderlerin de 261 işçinin maliyetine eklenmesi sonucu doğmaktadır. Bu durum, sözleşmenin uygulanması sürecinde işçi sayısının arttırılması hâlinde; işçi sayısının artış oranıyla aynı oranda artış göstermeyen maliyet kalemleri için öngörülen maliyette de artış yapılmasına neden olacaktır. Bu itibarla, teklif mektubu eki cetvelde, maliyeti işçi sayısına bağlı olan giderlerle işçi sayısından bağımsız olan sabit giderlerin ayrı kalemlerde düzenlenmesi gerekmektedir. İdarenin malzemeli temizlik hizmetine ait ihalede, birim fiyat teklif cetveline malzeme kalemine yer vermeden sadece işçi sayısına yer vererek teklifleri istemesi, ihalede iş artışı olması hâlinde ihalenin konusu işin uygulanmasında sorunlara sebep olacak niteliktedir. 2) İdare ihale ilanının 4.3.3 maddesinde temizlik hizmeti ile ilgili olarak TSE Hizmet Yeri Yeterlilik Belgesi talep etmiş, daha sonra bu belgenin istenilmesinin Kamu İhale Genel Tebliğine aykırı olduğu gerekçesiyle 24.10.2007 tarihli zeyilname ile söz konusu belgenin istenilmediğini belirtmiştir.

İdarenin ihale ilanındaki bir hususu zeyilname ile düzeltmesi işlemi, Kamu İhale Genel Tebliğinin “Zeyilname İle İhale Dokümanında Değişiklik Yapılması” başlıklı Birinci Bölüm XII.C maddesine<sup>591</sup> aykırı olduğundan şikayet uygun bulunmuştur<sup>592</sup>.

2007/144158 İKN\li “4. Bölge kapsamında bulunan Hava Liman/Meydanlar için Genel Temizlik Hizmeti Alımı İşi” İhalesine ilişkin kararda iki aykırılıktan dolayı ihale işlemleri ile ihale kararının iptaline karar verilmiştir; 1) İdare tarafından birim fiyat teklif mektubu eki cetvelde, işçi sayısı ve işin süresine bağlı olarak tek bir iş kaleminin belirtildiği görülmüştür. Söz konusu iş bünyesinde; işçilik ücretinin içerisinde yer alan; giyim bedeli ve kart ücretinin sadece işçi sayısına, resmi-dini bayram yılbaşı tatili günleri için ödenecek ücretin ihale dokümanında belirtilen çalışılacak gün ve işçi sayısına bağlı maliyet kalemleri olduğu, ayrıca, temizlik malzemesinin ise işçi ücretinden bağımsız bir maliyet oluşturduğu anlaşılmıştır. İdare tarafından yukarıda belirtilen ve birbirinden farklı değişkenlere bağlı olan maliyet kalemlerinin tek bir iş kalemi olarak belirtilmesinin sözleşmenin

<sup>591</sup> Kamu İhale Genel Tebliğinin “Zeyilname İle İhale Dokümanında Değişiklik Yapılması” başlıklı Birinci Bölüm XII.C maddesinde; “Ancak ilanda yapılacak düzeltmeler sadece 4734 sayılı Kanunun 26 ncı maddesinde belirtilen hallerle sınırlı olarak ve ilanın yayımlanmasını takip eden 10 gün içinde yapılabileceğinden bu süre geçtikten sonra ihale dokümanının ilana yansıyan hükümleri ile ilgili olarak zeyilname düzenlenmesi mümkün bulunmamaktadır.” açıklaması yer almaktadır.

<sup>592</sup> KİK’nun 28.01.2008 tarih ve 2008/UH.Z-460 sayılı kararı

yürütülmesi sırasında iş artışı ve iş eksilişi gibi durumların ortaya çıkması durumunda sorunlara neden olabileceğinden, başvuru sahibinin bu yöndeki iddiası<sup>593</sup> uygun bulunmuştur. 2) İdare tarafından hakediş ve işçi ücretlerinin ödenmesine ilişkin yapılan düzenlemelerin Hizmet İşleri Genel Şartnamesine aykırı hususlar içermediği, ancak hakediş düzenlenmesi ve ücret ödenmesi ile ilgili sözleşmenin feshedileceğine ilişkin yapılan düzenlemelerin<sup>594</sup>, 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunun 4 ncü maddesinin 3 üncü maddesinin fıkrasında yer alan; “Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.” hükmü ile anılan Kanunun 20 nci maddesinin (a) bendinde yer alan; “Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az yirmi gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi hallerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.” hükmüne aykırı olduğu anlaşıldığından, başvuru sahibinin iddiası<sup>595</sup> uygun bulunmuştur<sup>596</sup>.

2007/179807 İhale Kayıt Numaralı “Muhtelif İşlerin Belediye Adına Yaptırılması” İhalesinde, ihale konusu iş kapsamında gerçekleştirilmesi planlanan işlerin<sup>597</sup> niteliği ve işlerin gerçekleştirme mahalleri mevzuat hükmü çerçevesinde<sup>598</sup>

<sup>593</sup> Başvuru sahibi burada Birim fiyat teklif mektubu eki cetvelde resmi ve dini bayram günleri ile yılbaşı günü yaptırılacak çalışmaya ait giderlerin ayrıca bir iş kalemi olarak belirtilmesi gerekirken, söz konusu giderlerin iş kalemi olarak belirtilmemesinin belirsizliğe yol açtığını iddia etmektedir.

<sup>594</sup> İdare tarafından işe ait sözleşme tasarısının “Ödeme Yeri ve Şartları” başlıklı 13 üncü maddesinde, hakediş belgelerinin tamamının, eksiksiz ve usulüne uygun olarak idareye verilmesini izleyen 3(üç) iş günü içerisinde aylık hakediş ödemesi yapılacağı, işçi ücretlerinin hizmetin verildiği ayı izleyen ayın ilk 5 (beş) iş günü içerisinde yüklenici tarafından işçilerin banka hesabına yatırılacağı, ücretlerin hizmetin verildiği ayı izleyen ilk 5 (beş) iş günü içerisinde ödenmemesi durumunda, sözleşmedeki cezai müeyyide uygulanacağı, bir sözleşme döneminde 2 (iki) kez süresi içerisinde ödenmemesi ve/veya geç ödenmesi durumunda, sözleşmenin feshedilerek yüklenicinin teminatına irat kaydedileceği, yüklenicinin hakediş belgelerinden ücret bordrosu ve faturasını hizmetin verildiği ayı izleyen ayın ilk 5 (beş) iş günü içerisinde herhangi bir nedenle idareye vermemesi veya verememesi durumunda idare tarafından yüklenicinin hakedişinden kesilmek ve icmal listesi esas alınmak kaydıyla, hakedişin ait olduğu ayda çalışmış olan işçilerin ücretlerine mahsuben, önceki ay bordrosundaki ücretler kadar miktar banka hesaplarına avans olarak yatırılacağı, söz konusu ücret bordrosu ve faturanın, ikinci 5 (beş) gün içerisinde de idareye verilmemesi durumunda sözleşmenin feshedileceği belirtilmiştir.

<sup>595</sup> 4857 sayılı Kanunun 34 üncü maddesinde, gününde ödenmeyen işçi alacakları için mevduata uygulanan en yüksek faizin uygulanacağı belirtilmiş olmasına rağmen, idare tarafından sözleşme taslağının “Ödeme Yeri ve Şartları” başlıklı 13 üncü maddesinde, sözleşmenin feshine yönelik yapılan düzenlemenin 4735 sayılı Kanuna aykırı olduğunu iddia etmektedir.

<sup>596</sup> KİK’nun 28.01.2008 tarih ve 2008/UH.Z-452 sayılı kararı

<sup>597</sup> İşe ait teknik şartname ekindeki “hizmet alımı ihtiyaç çizelgesinde” yapılacak işlerin sayıldığı, buna göre mimar olarak çalıştırılacak personelin görevleri, Makine mühendisi olarak çalıştırılacak personelin görevleri, Çevre mühendisi olarak çalıştırılacak personelin görevleri, Tekniker olarak çalıştırılacak personelin görevleri, Usta olarak çalıştırılacak personelin görevleri tek tek belirlenmiştir. İdari Şartnamenin

*birlikte değerlendirildiğinde; başvuru konusu olan muhtelif işlerin (ağırlıklı olarak teknik elemanlarca gerçekleştirilen işlerin) belediye adına yaptırılması işinin işçilik hizmet alımı şeklinde, bir ihale yolu ile gerçekleştirilmek istenildiği, birbirinden tamamen farklı mahiyette olan işler için 2 Mimar, 1 Çevre Mühendisi, 1 Makine Mühendisi, 2 Adet Tekniker-Teknisyen, Otomotiv Teknikeri-Elektrik teknisyeni, 3 Adet Operatör, 4 Adet Operatör Yardımcısı, 6 Adet Usta, 13 Adet Düz İşçi çalıştırılacağı, bu tip bir alımın yukarıda yer alan hizmet tanımı içinde yer almadığı, 4734 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde öngörülen biçimde bir hizmet alımı yerine, idarede personel istihdam edilmesine yönelik olan bu işin ihale konusu edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılması nedeniyle ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline karar verimiştir<sup>599</sup>.*

### **c) İznin veya Yetki Belgesinin Askıya Alınması veya İptali (TAPDK)**

#### **aa) Genel Olarak**

Tütün, tütün mamulleri ve alkollü içkiler piyasası, geçmişte çok eskilere dayanmamasına rağmen sektörde bir regülasyon otoritesi bulunmasına yönelik tecrübenin az olduğu söylenebilir. Bu nedenle doğal olarak sektör yapısı ile sektörün hukuki altyapısı şimdilik istenilen düzeyde değildir.

Sektörü düzenleyen kanun ve düzenleyici işlemlere bakıldığında bir bütünlük oluşturulmadığı açıkça görülecektir. Özellikle tütün, tütün mamulleri piyasası ile alkol piyasasına ilişkin düzenlemeler arasında yeknesaklık bulunmamaktadır.

İlgili mevzuatta, Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurulu (TAPDK) ile kurulan hukuki ilişkiye yönelik olarak izin, ruhsat ve lisans kavramlarının dışında genelde “yetki belgesi” kavramı benimsenmiştir. İlgili mevzuatta yetki belgeleri kullanıldıkları yerlere göre değişik adlar alsalar da

---

7.3.2 maddesinde; “Bu ihalede benzer iş olarak; Park,bahçe bakım onarım, parke döşenmesi işçiliği, beton inşaat işçiliği, kanalizasyon yapımı işçiliği, cadde, sokak süpürme ve hafriyat toplama işleri kabul edilecektir.” düzenlemesi yapılmıştır.

<sup>598</sup> 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Tanımlar başlıklı 4 üncü maddesinde; “Hizmet: Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadaströ, imar uygulama, her ölçekte imar planı, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri,” şeklinde tanımlanmıştır

<sup>599</sup> KİK’nun 04.02.2008 tarih ve 2008/UH.Z-533 sayılı kararı

nitelik olarak diğer kavramlardan (izin, lisans ve ruhsat) hiçbir farkları bulunmamaktadır.

İlgili mevzuatta tütün, tütün mamulleri ve alkollü içkilerin üretim aşamasından itibaren tüketiciye ulaştırılmasına kadar geçirilecek hemen hemen her aşamanın verilecek yetki belgeleri ile kontrol altına alınmasına çalışılmıştır.

#### **bb) Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasasında Benimsenen İzin ve Yetki Belgesi Rejimi**

Üretici tütünlerinin alım satımı iki şekilde olmaktadır. Bunlardan birincisi “*yazılı sözleşme esası*” iken, ikincisi “*açık artırma yöntemi*” dir. Yazılı sözleşme esasında tütünler yazılı sözleşme yapılarak üretilmekte ve tütün mamulleri üreticileri ve/veya tüccarlar ile üreticiler ve/veya temsilcileri arasında varılan mutabakata göre belirlenmektedir. Açık artırma yönteminde ise tütünler açık artırma merkezlerinde açık artırma usulü ile alınıp satılmaktadır.

Türkiye’de tütün mamüllerini üretmek ve satmak isteyenlere TAPDK’dan (Kurum) “*üretim, satış ve/veya uygunluk belgesi*” alma zorunluluğu getirilmiştir. 01/07/2006 tarihli ve 5538 sayılı Kanunun 16 ncı maddesi ile 4733 sayılı Kanun’a eklenen Ek 1 inci madde ile, satış belgelerinin Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelik çerçevesinde İl Özel İdarelerince verileceği hükme bağlanmıştır.

Türkiye’de üretilen tütün mamullerinin ihracı serbest bırakılmış iken, tütün ve tütün mamullerinin ithalatında Kurumdan “*uygunluk belgesi*” alınması zorunluluğu getirilmiştir. İthalata yönelik bu uygunluk belgesini de sadece üretim izni alan firmalar alabilmektedir.

Tütün mamulleri üretimine yönelik fabrikaların kurulmasında ise serbestlik ilkesi benimsenmemiştir. Ancak belirli şartların yerine getirilmesinden sonra Kurumdan alınacak “*fabrika kurma izni*” ile bu fabrikalar kurulabilecektir. Fabrika kurulduktan sonra da fabrikanın üretime geçebilmesi için Kurumdan “*üretim izni*”



alması gerekmektedir. Kurum tarafından gönderilecek ekipler, fabrikanın kuruluş izninde aranan şartları taşıyıp taşımadığını yerinde inceleyecek ve piyasaya sunum kalitesini deneme üretimi ile izleyerek rapora bağlayacak, kurum bu rapora göre üretim iznine ilişkin kararını verecektir. Üretim iznini alan firmalar, ürettikleri tütün mamullerini serbestçe satabilme, fiyatlandırma ve dağıtabilme amacıyla Kurumdan mamulat çeşitleri bazında “*satış izin belgesi*” almalıdır. Üretilen ve ithal edilen tütün mamullerinin piyasaya arzı, yapılacak düzenlemeler çerçevesinde, Kurumun gözetim, denetim ve uygunluğunu ifade ve işaret eden bandrol ile yapılır.

Üretime başlamış firmaların üretim kapasitelerini değiştirmek, mevcut makinelerini değiştirmek veya ilave makine eklemek için bu değişikliklere ilişkin projeleri içerir bir rapor hazırlamaları ve bu raporu temel alarak Kuruma başvurarak “*proje tadilat izni*” almaları gerekir.

Tütün mamullerinin dışında salt tütüne ilişkin düzenlemeler de mevcuttur. Buna göre tütünlerin ticaretini yapabilmek için Kurumdan “*tütün ticareti yetki belgesi*” almış olmak şarttır.

Türkiye’de üretilen tütünlerin, Türk standardında belirlenmiş nevi tanımlarına uygun olarak işlenmesi zorunlu tutulmuştur. Ancak, alıcı firmaların özel siparişleri söz konusu olduğunda, önceden Kurul’dan izin alınarak Türk standardına uygun olmayan işleme yapılabilecektir. İşte bu tütünün işlenebilmesi için de Kurumdan tütün işleme tesisi kurma izni ve devamında tütün işleme üretim İzni alınması gerekmektedir. Tütün işleme tesisleri sadece tütün ticareti yetki belgesi verilmiş gerçek ve tüzelkişiler tarafından kurulabilecektir.

Alkol ve alkollü içkiler açısından ise, piyasaya arz edilecek olan “*Alkol ve Alkollü İçkilerin İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin*” 6 ncı maddesinin (b) bendi içeriği ekli listede (Ek-1)<sup>600</sup> kayıtlı alkol, alkollü içkiler

600

| POZİSYON NO | EŞYANIN TANIMI                                                                                                                                                       |
|-------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 2203.00     | Biralar (perakende satışa hazır hale getirilmiş).                                                                                                                    |
| 22.04       | Taze üzüm şarabı (kuvvetlendirilmiş şaraplar dahil, perakende satışa hazır hale getirilmiş), üzüm şırası (20.09 pozisyonunda yer alanlar hariç) (üzüm şırası hariç). |

ve metanolün ithalatında, firmalar Kurumdan firma ve ürün markası bazında “ithalata uygunluk belgesi” almak zorundadır. Ayrıca alkol ve metanolü girdi olarak kullanan üretici firmaların ihtiyacının karşılanması amacıyla ithal edilecek olan, bu Yönetmeliğin 6 ncı maddesinin (c) bendi içeriği ekli listede (Ek-2)<sup>601</sup> kayıtlı dökme veya yirmi litreden büyük kaplarla sevk edilen gıda alkolü, sanayi tipi etil alkol, alkollü karışımlar ve metanol (metil alkol) ithalatında da, firmalara Kurumdan “ithalata uygunluk belgesi” alma zorunluluğu getirilmiştir. Anılan uygunluk belgesine ek olarak, bu konuda faaliyet gösterecek firmaların, ürünlerin doğrudan kullanıcıya teslimini sağlayacak şekilde, kendi adlarına “dağıtım yetki belgesi” almaları şart koşulmuştur.

Yurt içinde üretilen ve Yönetmeliğin 6. maddesinin (b) bendi uyarınca ithal edilen ürünlerin, perakende satış noktalarına kadar ulaştırılmasının sağlanması için firma bazında Kurumdan “dağıtım yetki belgesi” alınması gerekmektedir.

Yine Alkol ve Alkollü İçki tesislerinin kurulmaları da tütün mamulleri üretimine benzer şekilde Kurum’dan izin alınması (*Tesis Kurma İzni*) şartına bağlanmıştır. Buradaki tesis kurma izni verilirken, tütün mamullerine ilişkin verilen fabrika kurma izni ile hemen hemen aynı değerlendirme ölçütleri belirlenmiştir. Kurum her iki durumda da yönetmelikte belirtilen şartlara uygun başvuru sonrasında

|           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|-----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 22.05     | Vermut ve diğer taze üzüm şarapları (bitkiler veya kokulu maddelerle lezzetlendirilmiş, Perakende satışa hazır hale getirilmiş).                                                                                                                                                                               |
| 2206.00   | Fermente edilmiş diğer içkiler (elma şarabı, armut şarabı, bal şarabı gibi), tarifenin başka yerinde belirtilmeyen veya yer almayan fermente edilmiş içkilerin karışımları ve fermente edilmiş içkilerle alkolsüz içkilerin karışımları (perakende satışa hazır hale getirilmiş).                              |
| 22.07     | Alkol derecesi hacim itibarıyla %80 veya daha fazla olan tağıyir edilmemiş etil alkol (perakende satışa hazır hale getirilmiş), alkol derecesi ne olursa olsun tağıyir edilmiş etil alkol ve diğer alkollü içkiler (alkol derecesi ne olursa olsun tağıyir edilmiş etil alkol ve diğer alkollü içkiler hariç). |
| 22.08     | Alkol derecesi hacim itibarıyla %80’den az olan tağıyir edilmemiş etil alkol (perakende satışa hazır hale getirilmiş), alkollü içkiler, likörler ve diğer alkollü içecekler (Perakende satışa hazır hale getirilmiş).                                                                                          |
| 29.05.11* | Metanol (metil alkol)(Perakende satışa hazır hale getirilmiş).                                                                                                                                                                                                                                                 |

601

| POZİSYON NO | EŞYANIN TANIMI                                                                                                                                                                                                                                                          |
|-------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 22.07       | Alkol derecesi hacim itibarıyla %80 veya daha fazla olan tağıyir edilmemiş etil alkol (dökme), alkol derecesi ne olursa olsun tağıyir edilmiş etil alkol (dökme) ve diğer alkollü içkiler (alkol derecesi ne olursa olsun tağıyir edilmiş diğer alkollü içkiler hariç). |
| 22.08       | Alkol derecesi hacim itibarıyla %80’den az olan tağıyir edilmemiş etil alkol (dökme), alkollü içkiler, likörler ve diğer alkollü içecekler (alkollü içkiler, likörler ve diğer alkollü içecekler hariç).                                                                |
| 2905.11     | Metanol (metil alkol).                                                                                                                                                                                                                                                  |
| 33.03       | Kolonya bazı.                                                                                                                                                                                                                                                           |
| 33.07*      | Deodorant bazı.                                                                                                                                                                                                                                                         |

toplum sağlığı gerekleri, işin rasyonel ltleri ve projede öngörülen ürün ve kalitesini gözetecek, tesis kurma izni verirken buna ek olarak diğer ticari değerlendirmeleri de gzetecektir. Değerlendirme ltleri eşine az rastlanır şekilde geniş takdir yetkisini içeren ifadeler taşımaktadır. Özellikle de “rasyonel ölçütler” ifadesi ile takdir yetkisinin genişliğinden ziyade ne kastedildiği de tam anlaşılamamaktadır. Diğer taraftan söz konusu ifadenin taşıdığı belirsizliğin idari yargı denetimini de zorlaştıracağı açıktır.

Tesis kurma iznini takiben, tütün mamullerinde olduğu gibi Kurum’dan *retim izni* almak gerekmektedir. Ayrıca ilgili firma mevcut üretimine aynı kategori içinde bir başka alkollü içki veya yarı mamul ekleyecek, kapasite değişimine gidecek veya makine değişimi yapacak ise buna ilişkin projeyi içeren bir raporla “*proje tadilat izni*” için Kuruma başvurmalıdır. Tütün mamulleri üretimine yönelik fabrikalardan farklı olarak, alkol ve alkollü içki üretim izni sahibi firmalara ait fabrika, imalathane, imlahane veya ticari işletme veya bu gibi yerlerin işletme hakkının ya da şirket hisselerinin, üçüncü kişilere devredilmesi için Kurumdan *devir izni* alınması şartı getirilmiştir.

Tütün mamulleri, alkol ve alkollü içkilerin toptan ve perakende ve açık olarak satmak isteyenler Kurumdan *satış belgesi* almak zorundadır.

#### **bb) Tesis Kurma, retim, Proje Tadilat İzinlerinin Askıya Alınması ve İptali**

Alkol ve alkollü içki üretimine ilişkin olarak verilen tesis kurma, üretim, proje tadilat izinlerine ilişkin esasların belirlendiği “*Alkol ve Alkollü İçki Tesislerinin Haiz Olmaları Gereken Teknik şartlar, Kurulmaları, İşletilmeleri ve Denetlenmelerine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik* “ in 24. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde, izinlere ilişkin yapılan başvurular da dahil olmak üzere, bu süreçte Kuruma verilen bilgi ve belgelerde eksiklik veya mevzuata aykırılığın veya değeriklik meydana geldiğinin, iznin verilmesinden sonra tespit edilmesi hâlinde; eksiklik veya aykırılığın giderilmesi için firmalara Kurum tarafından uygun bir süre verilmekte; gerektiğinde bu süre bir defaya mahsus olmak

üzere uzatılabilmektedir. Bu süre içinde ihlalin giderilmemesi hâlinde, Kurul iki seçenekten birini takdir edebilecek, buna göre ya bahse konu izni üç aya kadar askıya alacak ya da iptaline karar verecektir.

Aynı fıkranın (b) bendinde düzenlenen idari yaptırım ile de, yaptırıma konu sebeplerin kapsamı genişletilmiştir. Buna göre, adı geçen yönetmelikte veya diğer ilgili mevzuat ile belirlenen teknik veya idari düzenlemelere ya da kontrol şartlarına aykırı hareket edilmesi ile kayıt dışı faaliyetlere imkan verecek unsurların Kurum tarafından tespit edilmesi hâlinde, öncelikle Kurum ihlalin giderilmesi için uygun bir süre verecektir. Verilecek süreyi Kurum aykırılığın şiddeti ve giderilmesi için ihtiyaç duyulan süreyi dikkate alarak takdir etmelidir. Verilen süre içerisinde söz konusu ihlalin giderilememesi hali ile ilk ihlal tarihini izleyen beş yıl içerisinde tekrarrü haline aynı sonuç bağlanmıştır. Her iki ihtimalde de, Kurul iki seçenekten birini takdir edebilecek ya bahse konu izni üç aya kadar askıya alacak ya da iptaline karar verecektir.

İhlalin giderilmesi için süre verilmesine imkan bulunmayan veya süre verilmesinin gereksiz olduğu hallerde düşünülerek bu hususa ilişkin düzenlemeye gidilmiştir. İhlalin giderilmesi için süre verilmesine imkan bulunmayan veya süre verilmesinin gereksiz olduğu haller Kurumca takdir edilecektir. Bu tip bir durumda, aynı fıkranın (c) bendinde “*uyarı yaptırımı*” uygulanacağı ifade edilmiştir.

Aynı fıkra da “*devir izni*” ne aykırılık verilen diğer izinlere aykırılık hallerine göre farklı bir yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre Kurumdan izin alınmaksızın alkol ve alkollü içki üreten fabrika, imalathane veya imlâhanelerin ya da bu gibi yerlerin işletme hakkının üçüncü kişilere devredilmesi hâlinde izin<sup>602</sup> süre verilmeksizin doğrudan iptal edilecektir. Benzer şekilde iznin askıya alındığı süre içinde faaliyete devam edilmesi hallerinde de doğrudan iznin iptaline karar verilebilecektir.

---

<sup>602</sup> Yönetmeliğin bu maddesinde izinler ifadesi kullanılmamasına rağmen ve bu iznin hangi izin olduğuna dair bir hükme yer verilmememesine rağmen “izin” ifadesi ile kastedilen tesis kurma, üretim ve proje tadilat izinleridir.

Bu konuda bir diğ er y onetmelik de “*Tütün Mamulleri ile ilgili Fabrikaların Kurulmasına. Bu Mamullerin üretimine,    ve Dış Ticareti ve Denetlenmesine  li kin Usul ve Esaslar Hakkında Y onetmelik*”dir.  lgili y onetmelikte, yukarıda yer verilen tütün mamulleri üretimine yönelik fabrikaların kurulmasında verilecek fabrika kurma izni, üretim izni ve proje tadilat izni düzenlenmiştir. Fakat bahse konu y onetmelikte, söz konusu izinler alkol ve alkollü   kilere  li kin verilecek izinlerle hemen hemen aynı nitelikte olmasına rağmen, bu izinlere uygulanacak idari yaptırımlarla ilgili tek bir hükme yer verilmiştir. Bu durum, tütün ve alkol piyasalarına  li kin düzenlemeler arasında yeknesaklık olmadığı hususuna kanıt olarak sunulabilir.

Söz konusu y onetmeliğın 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yapılan bu tek düzenleme, “*Kurulu  ve faaliyet izni alan firmaların, piyasaya bandrolsüz mamulat arzetameleri, kaçakçılık yapmaları ve Kurum mevzuatına aykırı fiilleri i lediklerinin tespiti hâlinde ilgili mevzuatı çerçevesinde kanuni işlemler yapılmakla beraber, Kurum tarafından yazılı olarak uyarılırlar. Söz konusu fiilleri ikinci defa işleyenlerin satış izni 3 ay süreyle askıya alınır. Bu fiillerin üçüncü defa işlenmesi hâlinde ise satış izni iptal edilir.*” ifadesini içermektedir.

Söz konusu y onetmeliğın bu maddesinde, kuruluş ve faaliyet izni şeklinde ibareler kullanılsa da y onetmeliğın diğ er hiçbir maddesinde bu ibarelere yer verilmediğinden ve yine y onetmelikte bunun yerine daha önce ifade ettiğimiz üzere fabrika kurma ve üretim izni ifadelerinin kullanılması karşısında burada kastedilenin fabrika kurma izni ve üretim izni olduğu söylenebilir. Yaptırımlarda izlenen sıralamaya bakıldığında ve daha önce incelediğımız alkol ve alkollü   kilere yönelik düzenleme ile kar ıla tırdığımızda, maddede yaptırımlara  li kin kademeli bir süreç izlendiğ  söylenebilir. Aykırılık hâlinde ise herhangi bir süre verilmemekte, uyarı ise yazılı olarak yapılmaktadır. Madde, sadece satış izninin iptali halini düzenlemiştir.

#### **cc) Uygunluk, Dağıtım ve Satış Belgelerinin Askıya Alınması ve  ptali**

Alkol ve alkollü   kilerin    ve dış ticaretinde firmaların kurumdan alması gereken ithalata uygunluk belgesi ile dağıtım yetki belgesine  li kin esasların

belirlendiği “*Alkol ve Alkollü İçkilerin İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*” in 20 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasında, izinlere ilişkin yapılan başvurular da dâhil olmak üzere bu süreçte Kuruma verilen bilgi ve belgelerde eksiklik veya mevzuata aykırılığın veya değışiklik meydana geldiğinin, iznin verilmesinden sonra tespit edilmesi hâlinde; eksiklik veya aykırılığın giderilmesi için, firmalara Kurum tarafından uygun bir süre verilmekte, gerektiğinde bu süre bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilmektedir. Bu süre içinde ihlalin giderilmemesi hâlinde, Kurul iki seçenekten birini takdir edebilecek ya ithalata uygunluk belgeleri ve/veya dağıtım yetki belgelerini üç aya kadar geçici süre ile askıya alacak ya da bu belgelerin iptaline karar verecektir.

Aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında, yaptırıma konu sebeplerin kapsamı genişletilmiştir. Buna göre adı geçen yönetmelikte veya diğer ilgili mevzuat ile belirlenen düzenlemelerin ihlal edilmesi hâlinde, öncelikle ihlalden sorumlu gerçek veya tüzelkişiler Kurum tarafından uyarılacaktır. Uyarı sonrasında, aynı nitelikteki ihlalin ilk ihlal tarihini izleyen iki yıl içinde tekerrürü hâlinde Kurul, ihlalin niteliğini göz önüne alarak (Kurul uygulayacağı yaptırıma ilişkin takdir yetkisini kullanırken mutlaka “ölçülülük ilkesi”ne uygun hareket etmelidir.) ya ithalata uygunluk belgeleri ve/veya dağıtım yetki belgelerini altı aya kadar geçici süre ile askıya alacak ya da bu belgelerin iptaline karar verecektir.

İhlalin, kamu düzenini, kamu sağlığını veya alkol ve alkollü içkiler piyasasının güvenliğini bozucu nitelikte olduğunun belirlendiğı hallerde süre ve uyarı verilmeksizin Kurul tarafından söz konusu belgelerin askıya alınmasına veya iptaline karar verilebilecektir. Görüldüğü üzere, ihlalin niteliğini belirleyen ve idari yaptırım işleminin sebep unsurunu oluşturan kamu düzeni, kamu sağlığı ve alkol ve alkollü içkiler piyasasının güvenliği kavramları belirsiz kavramlardır. Bu belirsizlik arttıkça takdir yetkisinin kapsamı da genişlemektedir. Fakat idari işlemin sebebi belirsiz bir kavram ile gösterilmiş ise, Kurul bir defa belirsiz kavram ile ifade edilmiş bulunan bu sebebin hangi somut olayda gerçekleşmiş olduğunu ortaya koymak zorundadır. Yani Kurul, belli somut ve maddi olaylara dayanmak zorundadır. Ayrıca idari yaptırımını uygularken dayandığı somut olayların bu belirsiz kavramlara altlanabilir

türden olaylar olması gerekmektedir. Bir başka anlatımla Kurul, dayandığı olayların hukuki tavsifini (=nitelemesini) de doğru bir biçimde yapmak zorundadır. Kurulun hiçbir somut olaya dayanmamış olması, yapacağı işlemin sebep unsuru yönünden hukuka aykırı olması sonucunu doğurur<sup>603</sup>. Bu belirsiz kavramlara ilişkin yapılacak ihlallerde uygulanacak yaptırımlar öncesinde süre vermenin veya uyarının gereksiz olacağı düşünülmüştür. Bu fıkradaki önemli bir sorun da ilgili belgelerin askıya alınma yaptırımına ilişkin bir süre öngörülmemiş olmasıdır. Buna rağmen, Kurul askıya alınma yaptırımına başvururken bu yaptırımın geçici nitelikte bir yaptırım olduğunu unutmamalıdır.

Satış belgesine ilişkin yaptırımlar “*Tütün Mamulleri, Alkol ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ile Satış Belgelerine ilişkin Yönetmelik*” te iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Söz konusu yönetmeliğin 11 inci maddesinde, ithalata uygunluk ve dağıtım belgelerine ilişkin yönetmelikte düzenlenmeyen bir husus hükme bağlanmıştır. Buna göre alındığı yıl için geçerli olan satış belgelerinin ocak ayı içerisinde sürelerinin uzatılması veya yenilenmesi<sup>604</sup> işlemlerini yapmayanların satış belgeleri, Kurum tarafından üç aya kadar askıya alınacaktır. Askı süresi içinde satış belgesine konu ürünler alınıp satılamayacaktır. Nisan ayı sonuna kadar gerekli işlemlerin yapılmaması hâlinde bu satış belgeleri iptal edilecektir.

Aynı yönetmeliğin 15 inci maddesine göre söz konusu yönetmelik hükümlerine uymadıkları belirlenen ve Kurum tarafından yapılacak yazılı uyarıya rağmen belirtilen hususları yerine getirmeyen satıcıların satış belgeleri bir aydan üç

---

<sup>603</sup> GÜNDAY, age, s. 141

<sup>604</sup> İlgili Yönetmeliğin 8 inci maddesine göre “Daha önce satış belgesi almış bulunan toptan ve perakende satıcılar ile açık içki satıcılarının belge sürelerinin uzatılması veya yenilenmesi işlemleri, ilgililerin müracaatı üzerine Kurum tarafından her yıl ocak ayı içerisinde yapılır.

a) Uzatma işlemi; başvuru sahiplerinin işyeri ve ikametgâhlarının tam ve açık adreslerini içerir dilekçelerine, ilgili oda veya derneklerden aldıkları üyelik yazısını ekleyerek Kuruma başvurmalarını müteakip, mevcut satış belgelerinin belirlenmiş yerlerine, Kurum tarafından hazırlanan stikerlerin görevli personelce yapıştırılması suretiyle yapılır.

b) Yenileme işlemi; başvuru sahiplerinin işyeri ve ikametgâhlarının tam ve açık adreslerini içerir dilekçelerine, ilgili oda veya derneklerden aldıkları üyelik yazısı, satış belgesi bedelini yatırdıklarına ilişkin belge, bir adet vesikalık fotoğraf ve eski satış belgesini ekleyerek başvurmalarını müteakip, Kurum tarafından yeni satış belgesi düzenlenmesi suretiyle yapılır. Satış belgeleri beş yılda bir yenilenir.”

aya kadar askıya alınır, aykırılığın tekerrürü hâlinde de satış belgeleri iptal edilir. Fakat maddede tekerrüre esas tutulacak süre belirlenmemiştir. Bu sürenin belirtilmemesi tekerrür mantığına aykırı bir durum yaratacaktır. Bu mantığa göre aynı ihlalin beş veya yirmi yıl sonra olması hâlinde aynı yaptırım uygulanabilecektir.

Açık içki satıcılarının satış belgelerine ilişkin özel bir düzenleme yapılmıştır. Açık içki satıcılarının satış belgeleri Kurum tarafından mülki amirliğe yapılan başvurunun uygun görülmesi veya diğer ilgili mevzuata aykırı hareketlerin tespit edilmesi hâlinde, doğrudan mülki amirliğin başvurusu üzerine Kurum tarafından iptal edilebilecektir.

Aynı maddede Kuruma gerek gördüğü hallerde yazılı uyarı ve askı süresine uymaksızın derhal (satış belgesini) iptal etme imkânı tanınmıştır. Perakende satıcıların, yetkili olmadığı halde açık olarak içki satışı ve sunumu yapmaları iptal nedenidir. Bu nedenle satış belgesi iptal edilenlerin yeniden satış belgesi talepleri Kurum tarafından değerlendirilecek ve bu yönde karar verilecek; fakat iptal edilen belge yerine iptal tarihinden itibaren üç ay geçmeden yeniden satış belgesi düzenlenemeyecektir.

#### **d) Şeker Kotası İptali (ŞK)**

##### **aa) Genel Olarak**

Şeker Kurumu, kuruluşundan bu yana, bir yandan küresel büyük sermaye ve onun uzantısı uluslararası finans kurumlarının ülkemiz ulusal ekonomisini “sömürme” hedeflerinin “aracı” olan kurumların en somut örneklerinden görülerek; diğer yandan ise, günümüzde hızla çoğalma eğilimi gösteren ve siyaset dışı “özerk adacıklar” olarak nitelenen bağımsız idari otoritelerin bağımsız bir kurum olarak kurulması gereksiz olan örneklerinden biri olarak düşünülerek, çeşitli çevrelerde en tartışılan oluşumlardan biri olma özelliğini taşımaktaydı<sup>605</sup>.

---

<sup>605</sup> Ali ULUSOY, **Şeker Kurumu Lağvedildi Ama Şeker Kurulu Görevde!**, Rekabet Bülteni S. 7, Ocak 2005, s. 3, [http://www.rekabetdernegi.org/rk\\_bulten/sayi7.doc](http://www.rekabetdernegi.org/rk_bulten/sayi7.doc)



Diğer taraftan, 31 Aralık 2004 tarihinde yayınlanan Bakanlar Kurulu Kararı ile şeker sektöründe düzenleme, denetleme ve uygulama yapmak üzere 4634 sayılı Şeker Kanunu (4634 sayılı Kanun) ile kurulan Şeker Kurumu kapatılmıştır. Bununla birlikte Şeker-İş Sendikası tarafından Danıştay’da açılan dava ile yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir

4634 sayılı Şeker Kanunun hazırlanmasına sebep olan gelişmelerin Avrupa Birliği Helsinki Zirvesi sonrasında kazanılan aday ülke statüsü ve Dünya Ticaret Örgütü çerçevesindeki verilen taahhütler olduğu söylenebilir. Bu gelişmeler ülkemizdeki şeker rejiminin yeniden düzenlenmesini gerekli kılmıştır.

Şeker Kanununun esasında dört farklı amacı olduğu söylenebilir. Bunlar sırasıyla;

- 1-Şeker üretiminde istikrarın sağlanması ve korunması,
- 2-Sektörün iç piyasada rekabet kurallarına göre yönlendirilmesi,
- 3-Avrupa Birliği düzenlemeleri yanı sıra, Dünya Ticaret Örgütü ve diğer uluslararası taahhütlere uyum sağlanması,
- 4-Özelleştirmeye olanak sağlayacak hukukî alt yapının hazırlanmasıdır.

Şeker Kanunu ile getirilen yeniliklere gelince; öncelikle 4634 sayılı Kanun ile şeker fabrikalarının iç pazar paylarının kotalara bağlanması yoluna gidilmiş; böylece sektör, iç piyasada rekabete açık hale getirilmiştir. Pancarda ve şekerde tek fiyat uygulaması terkedilmiş, şeker fabrikası kurulmasına yönelik 6747 sayılı Şeker Kanunu’nda yer alan kısıtlamalar kaldırılmıştır.

#### **bb) Şeker Kanunu Çerçevesinde Kota Kavramı**

İdare hukuku açısından yeni bir kullanıma sahip olan “*Kota*” kavramı ile idare özünde bir “izin” vermekte ama bu izni verirken sınırlarını çizerek kapsamını belirlemektedir. Bu nedenle idare hukuku açısından kota kavramı yerine “*sınırlı izin*” ibaresinin de kullanılabileceğini düşünmekteyiz.

*Kota* kavramı, 4634 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Kota kavramının getirilmesi ile amaçlananlar, gerçekçi ve makul bir fiyatla tüketiciye iç pazarda şeker sağlanarak hammadde yetiştiricilerine ve şeker üreticilerine haklı kazanç temin edilmesi, üretimin garanti altına alınarak istikrarın korunması ile Avrupa Birliği şeker rejimine uyum sağlanmasıdır. Pancar şekerinin yanında, daha önce üretim ve satışı konusunda hiçbir kısıtlama olmayan nişasta bazlı şekerler de 4634 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır. 4634 sayılı Kanun, son yıllarda pancar şekerini aleyhine gelişme gösteren ve bundan önce üretiminde herhangi bir kısıtlama getirilmeyen nişasta bazlı şeker üretimini kontrol altına alarak pancar ve şeker üretiminin zarar görmesini ve küçülmesini engellemeye çalışmaktadır. Bunu teminen, 4634 sayılı Kanunda ülke şeker kotasının %90'ının pancar şekerine, %10'unun da nişasta bazlı şeker ayrılması öngörülmüştür. Bakanlar Kurulu'na da bu oranı %50' sine kadar artırmaya, yani kotayı %15'e çıkartmaya yetki verilmiştir.

Kotalar şirketlere<sup>606</sup> yönelik olarak getirilmiştir. Bu kotalar kendi içinde A,B ve C kotası<sup>607</sup> olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Şirketlere tanınan kotalar, fabrikaların üretim süreleri ile son üç yıllık ortalama fiili günlük işleme kapasiteleri ve/veya üretim miktarları ve randımanları esas alınmak suretiyle Kurul tarafından müteakip beşer yıllık dönemler için tespit edilir. Beşer yıllık periyotlar hâlinde tespitin nedeni şeker üretimini orta vadede planlayarak piyasaya istikrarlı şeker arzını sağlamaktır. Bunun yanında sektörde atıl kapasitenin oluşmasını engellemek amacıyla yeni fabrikaların kurulması veya mevcut fabrikaların kapasitelerini artırabilmeleri için yeni kota tahsisine yetkili Kurulun bu yönde vereceği bir karar ile kota temin edilmesi zorunluluğu getirilmiştir.

---

<sup>606</sup> 4634 sayılı Şeker Kanunun Tanımlar başlıklı 2 nci maddesine göre “ Şirket : Bir veya birden fazla sayıda şeker fabrikasını bünyesinde bulunduran ve/veya işleten tüzel kişiliği” ifade etmektedir.

<sup>607</sup> 4634 sayılı Şeker Kanunun Tanımlar başlıklı 2 nci maddesine göre “ A kotası : Yurt içi talebe göre üretilen ve pazarlama yılı içinde iç pazara verilebilen şeker miktarını, B kotası : A kotasının belli bir oranına tekabül eden ve güvenlik payı için bulundurulmak üzere üretilen şeker miktarını, C şeker : A ve B kotaları dışında üretilen ve yurt içinde pazarlanamayan şeker ile işlenmek üzere ihraç kaydıyla temin edilen ham ve beyaz şekerini ifade etmektedir”

Kanunkoyucu, tahsis edilen kotaların aşılmaması yönünde bir takım önlemler alırken aynı zamanda sektörün içinde veya dışında meydana gelebilecek olağandışı durumlarda üretimin aksamaması için kota aktarımına imkân veren hükümleri de düzenlemiştir. Bu imkân dâhilinde şirketler, zorunlu hallerde pazarlama yılı<sup>608</sup> içinde kotalar arası şeker transferi yapabilmektedir. Şirketler aynı zamanda kendi içlerinde de bünyelerindeki fabrikalar arasında, yapacakları kapasite değişikliklerine göre ve/veya mücbir sebeplerin tespiti durumunda Kurul kararı ile kota aktarımı yapabileceklerdir.

### **cc) Kota İptali Halleri**

Esasında, Şeker Kanununu diğer düzenleyici kurul kanunlarından ayıran en önemli özellik, sektöre girişte denetimin sıkı tutulmamasıdır ki biz bunun kanunkoyucunun bilinçli bir tercihi olduğunu düşünmekteyiz. Diğer kanunlarda, ilgili sektöre dâhil olmak ve sonrasında ilgili sektörde faaliyet göstermek için bazı durumlarda tek bazı durumlarda ise iki farklı izin alma zorunluluğu getirilmekte iken, 4634 sayılı Kanunda sektöre giriş için izin alma zorunluluğu getirilmemiştir. Bunun nedenini 4634 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sektörel aktörlerin sayısının az olmasında<sup>609</sup> aramak doğru olacaktır.

Sektöre girişin izne bağlanmamasına rağmen yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıkladığımız üzere sektördeki özel girişim özgürlüğü kota kısıtlaması getirilmek suretiyle sınırlandırılmaktadır. Bir kolluk usulü olarak idare hukuku doktrini açısından da yeni bir kavram olarak kotalar yasada yer verilen durumlarda idari otoritenin iptal yaptırımı ile karşılaşabilecektir. Fakat bu noktada 4634 sayılı Kanunun idari yaptırım türü açısından kotanın iptali şartlarını oldukça kısa düzenlediğini ve asıl idari yaptırım düzenlemesini idari para cezalarına ilişkin yaptığını ifade etmek gerekmektedir.

---

<sup>608</sup> 4634 sayılı Şeker Kanunun Tanımlar başlıklı 2 nci maddesine göre “ Pazarlama yılı: 1 Eylül ile 31 Ağustos tarihleri arasındaki dönemi ifade etmektedir.

<sup>609</sup> Kanunun yürürlüğe girdiği dönemde şeker üretimi ve pazarlaması; bir iktisadî devlet teşekkülü olan Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. (Türkşeker) ile Türkşekerin bağlı ortaklığı durumundaki Adapazarı Şeker Fabrikası A.Ş. ve Kütahya Şeker Fabrikası A.Ş. ile kooperatiflere ait Konya, Kayseri ve Amasya Şeker Fabrikaları tarafından gerçekleştirilmekteydi.

Kotaların iptaline ilişkin hükümlere sırasıyla 4634 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile 01/04/2002 tarih ve 24713 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “*Şeker Kotalarının Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik*”te yer verilmiştir. 4634 sayılı Kanun'un 4. maddesi iki durumda kotaların iptal edileceğini ifade etmektedir. Maddenin (1) numaralı fıkrası “*Şirketler haklı bir sebebe dayanmadan iki yıl üst üste kendilerine tahsis edilen kotalardan % 90'ın altında arz sağladıkları takdirde, kota ile arz arasındaki fark kadar kota haklarını Kurulca belirlenecek süre için kaybederler. Şirketler bu süre içinde kaybettikleri kota hakkına karşılık yeni kota sağlayamazlar.*” hükmünü içermektedir. Yukarıda sürecini anlatmaya çalıştığımız kota verilme süreci aslında sadece kotayı veren Kurum açısından değil kotayı alan şirket açısından da bir yükümlülük doğurmakta şirket kota taahhüdü altına girmektedir. Bu durumu Kurum tarafından verilen kotaların sektörün arz ve talep dengesi gözetilerek verildiği gerçeği ile birlikte düşündüğümüzde bu iptal yaptırımı ile istikrarlı bir arz sağlanmasının amaçlandığını söyleyebiliriz.

Bahse konu hükmün hukuk terminolojisi açısından birtakım sıkıntılar taşıdığını düşünmekteyiz. Zira “*Kota ile arz arasındaki fark kadar kota haklarını Kurulca belirlenecek süre için kaybeder*” hükmü ile getirilen, kota ile arz miktarı arasında kalan farkın kullanılmasının engellenmesi hususunu, hükmün devamında şirketlerin Kurulca belirlenecek süre içinde kaybettikleri kota hakkına karşılık yeni kota sağlamalarının engellenmesine ilişkin düzenleme ile birlikte düşündüğümüzde, söz konusu yaptırımın her ne kadar “*kota iptal ve transferleri*” başlığı altında düzenlenmiş olsa da bir iptal yaptırımı değil geçici bir tedbir niteliği taşıdığını söylenebilecektir. Nitekim, “*Kurulca belirlenecek süre için*” ifadesi ile de bu durumun geçici nitelik taşıdığının vurgulandığı açıktır.

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 9 uncu maddesinde Kurula, nihaî karara kadar ciddî ve telafî olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihaî kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilme yetkisi tanınmıştır. Bu madde hükmünü de dikkate alarak 4634 sayılı Kanun'da

öngörüldüğünü ifade ettiğimiz geçici tedbir yetkisi, Şeker Kurulu'nun kararından değil maddede sayılan şartların gerçekleşmesi hâlinde kendiliğinden kanundan doğmaktadır. Fakat bu durum uygulama da son derece sıkıntılı sonuçlar doğurabilecek bir durumdur. Bu nedenle, kota ve arz arasındaki fark kadar kotayı kaybetme sonucunu doğurabilecek geçici tedbirin ve şirketin maddede sayılan miktarda arz sağlaması hâlinde bu durumun tespitinin belirlilik sağlanması amacıyla Kurul kararı ile alınabilmesi yönünde bir hükmün maddeye konulması gerekmektedir.

Bahse konu fıkradaki bir diğer sorun da *“haklı bir sebebe dayanmadan”* ifadesidir. Kanunda haklı bir sebep ile neyin ifade edildiğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi bu ifadeye ilişkin belirsizliği ufak da olsa ortadan kaldırması gereken *“Şeker Kotalarının Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik”*te de bu hususu açıklayıcı bir hükme yer verilmemiştir. Bize göre buradaki haklı sebep kavramı ile Kurul'a son derece geniş bir takdir yetkisi verilmektedir. Bu kavramın içi Kurulun bu yöndeki kabulleri ile doldurulacaktır. Fakat Kurul'un bu yöndeki kararlarını verirken istikrarlı uygulamalarda bulunması gerektiği gerçeği unutulmamalıdır.

Aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında bir kota iptali hali öngörülmüştür. İlgili fıkra *“Şirketlere tahsis edilen kotalar, Kurul tarafından belirlenecek süre içinde kullanılmadığı takdirde iptal edilir.”* hükmünü içermektedir.

## **e) Banka Kuruluş ve Faaliyet İzninin İptali (BDDK)**

### **aa) Genel Olarak**

Banka; yasal çerçevede mevduat toplamasına izin verilmekle faaliyette bulunabilen, topladığı mevduatı koruyan, müşterilerine kredi sağlamak başta olmak üzere hizmetler sunan ve topladığı mevduatın ekonomik hayata katılmasını sağlayan bir tüzel kişiliktir<sup>610</sup>. Bu tanımdan çıkarılabilecek iki önemli unsurdan birincisi bankaların kendilerine tevdi edilen tasarrufları koruyacakları, ikincisi ise toplanan

---

<sup>610</sup> Bkz.ÇOLAK, age, s. 55

kaynakların etkin ve verimli bir şekilde, ekonominin ihtiyaçları yönünde, en uygun şekilde kullanılacağıdır.

Kamu düzeninin devamı açısından bankacılık sektöründe istikrar önem taşımaktadır. Devlet bankacılık sektöründeki istikrarı sağlamak için gerekli tedbirleri almak, düzenlemelerde bulunmak, gözetim ve denetim yapmak zorundadır. Çünkü, herhangi bir bankadaki kayıp, sistematik risk<sup>611</sup> nedeniyle, diğer bankalarda kayba yol açacaktır ve en sonunda, tüm bankacılık sistemine bu tehlike hızla yayılacak, bankalar iflas edecek ve makro ekonomik istikrar yok olacaktır<sup>612</sup>.

Ülkemiz açısından<sup>613</sup> bankacılığı düzenleyen ilk kanun olan Mevduatı Koruma Kanunu, bir “banka kanunu” değildir, ancak banka müşterilerinin en önemli kesimi durumunda olan ve “bankaları ayakta tutan” mevduat sahiplerini korumak amacıyla yürürlüğe konulduğundan, doğrudan bankaları ilgilendiren bir kanundur. Kanunda, hem mevduata ilişkin hem de özellikle mevduat toplayan bankaların faaliyetlerinde uyacakları esaslara ilişkin kurallar, karışık bir biçimde yer almaktadır.

Daha sonra, 1936’ da 2999 sayılı, 1958’de 7129 sayılı Bankalar Kanunları, 1983’te Bankalar Hakkında 70 sayılı KHK ( sonrasında 1985’te 3182 sayıyla Kanunlaşmış), 1999’da 4389 sayılı Bankalar Kanunu ve en son olarak da aşağıda kısaca ifade edeceğimiz halen yürürlükte olan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (5411 sayılı Kanun) yürürlüğe girmiştir.

2000 yılı başında uygulamaya konulan enflasyonla mücadele programı çerçevesinde döviz kurlarının belirlenerek önceden açıklanması ve enflasyonla birlikte faizlerin düşeceği beklentisi, bankaların önemli bir kısmının kaynaklarının kısa vadeli ve döviz cinsinden, kullanımlarının ise uzun vadeli ve TL cinsinden

---

<sup>611</sup> *Sistemik Risk*: finansal kurumların birbiriyle yakından ilgili olmaları nedeniyle, bir finansal kurumun sorunlarının diğer kurumları da etkilemesi tehlikesidir. Ülkemizde Şubat 2001 krizinde, bir özel finans kurumunun faaliyetlerine son verilmesi nedeniyle diğer özel finans kurumları da batma noktasına gelmişti. Bu durumu ifade eden kavram, sistemik risk kavramıdır. ÇOLAK, age, s. 56

<sup>612</sup> ÇOLAK, age, s. 56

<sup>613</sup> Ünal TEKİNALP, **Banka Hukukunun Esasları**, İstanbul 1988, s. 39 vd.

olması sonucunu doğurmuş ve bankaların likidite<sup>614</sup>, faiz<sup>615</sup> ve kur<sup>616</sup> riski önemli derecede artmıştır. Kamu bankalarının kısa vadeli yüksek borçlanma ihtiyacının giderilememesi, enflasyonun beklendiği kadar düşmemesi, özelleştirme ve yapısal reformlarda başarı sağlanamaması gibi nedenlerle kısa vadeli faizlerin çok yüksek seviyelere çıkması Kasım 2000 krizine; 20 Şubat 2001 ihalesinde, ihale öncesi oluşan olumsuz gelişmeler nedeniyle, vadenin düşürülmesine rağmen yeterli talep alınamaması ve yüksek cari açık nedeniyle, uygulanan programa olan güvenin kaybolması sonucunda yatırımcıların dövize yönelmesi ve bunun sonucunda yatırımcıların oluşan yüksek kur artışı Şubat 2001 krizine<sup>617</sup> neden olmuştur<sup>618</sup>.

Bu krizler sonucunda mali durumu bozulan on bir bankanın<sup>619</sup> yönetim ve denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilmiş, bir bankanın<sup>620</sup> bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılmıştır. Yine bu dönemde dört yatırım bankasının<sup>621</sup> bankacılık işlemleri yapma izni, bir yabancı sermayeli banka şubesinin<sup>622</sup> bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılmıştır. İzleyen süreçte 2002 yılında bir bankanın<sup>623</sup> yönetim ve denetimi Tasarruf Mevduatı

<sup>614</sup> *Likidite Riski*: Bir finansal kurumun nakit çıkışlarını karşılamak için yeterli nakit girişleri sağlayamamasıdır. Eğer bir finansal kurum yeterli likitidesi olmadığı için kısa vadeli yükümlülüğünü yerine getiremezse, uzun dönemde karlı durumda bile olsa firma iflas edebilir.

<sup>615</sup> *Faiz Riski*: Bir menkul kıymetin fiyatındaki ya da piyasa faiz oranlarındaki değişimin neden olduğu gelir kaybıdır.

<sup>616</sup> *Kur Riski*: Bir finansal kurumun bilançosunun aktifinde veya pasifinde aynı tutarda veya cinsten yabancı para bulunmamasından kaynaklanan zarara uğrama olasılığıdır. İlker PARASIZ, **Para Banka ve Finansal Piyasalar**, Aralık 2000, s. 88

<sup>617</sup> 5411 sayılı Bankacılık Kanununun genel gerekçesine göre, *2001 yılının Şubat ayında, istikrarsız makroekonomik ortam, özkaynak yetersizliği, küçük ölçekli bankacılık yapısı, kamu bankalarının sistem içindeki payının yüksekliği, zayıf aktif kalitesi, yetersiz iç kontrol, risk yönetimi ve kurumsal yönetim bankacılık sektöründe yeni bir kriz yaşanmasında önemli rol oynamıştır. Bankaların hakim ortaklarının bankacılık dışı faaliyetlerinin finansmanı için doğrudan veya dolaylı olarak kullanılan ve sürekli yenilenen krediler aktif kalitesinde bozulmaya yol açmış, yönetim kurulunda yer almak ve karar alma sürecine katılmak suretiyle banka sahiplerinin banka yönetimi üzerindeki yönlendirici etkisi ise etkin kurumsal yönetimin uygulanmasını ve iç kontrol mekanizmasının gelişmesini sınırlandırmıştır. Diğer taraftan, ortakların gerektiğinde sermaye desteği sağlayacak mali güce sahip olmamaları veya bu konudaki isteksizlikleri özkaynak yetersizliğinin temel sebepleri olmuştur.*

<sup>618</sup> Yaşar ALICI, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, İstanbul 2007, s. 8

<sup>619</sup> Bank Kapital T.A.Ş. (27.10.2000), Etibank A.Ş. (27.10.2000), Demirbank A.Ş. (6.12.2000), Ulusal Bank A.Ş. (28.02.2001), İktisat Bankası T.A.Ş. (15.03.2001), Kentbank A.Ş. (09.07.2001), Ege Giyim Sanayicileri Bankası (09.07.2001), Bayındırbank A.Ş. (09.07.2001), Sitebank A.Ş. (09.07.2001), Milli Aydın Bankası T.A.Ş. (09.07.2001), Toprakbank A.Ş. (30.11.2001)

<sup>620</sup> Türk Ticaret Bankası (01.07.2001)

<sup>621</sup> Bileşik Yatırım Bankası A.Ş. (21.12.1999), Park Yatırım Bankası A.Ş. (06.12.2000), Atlas Yatırım Bankası A.Ş. (09.07.2001), Okan Yatırım Bankası A.Ş. (09.07.2001).

<sup>622</sup> Kıbrıs Kredi Bankası Ltd. (28.09.2000)

<sup>623</sup> Pamukbank T.A.Ş. (18.06.2002)

Sigorta Fonuna devredilmiş, bir bankanın<sup>624</sup> bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılmıştır.

Bankacılık sektöründe yukarıda kısaca yer verdiğimiz krizlerin yaşanması sonucunda ekonominin bankacılıkla ilgili kısımlarının daha geniş ölçekli bir denetime tabi tutulması gerektiği anlaşılmıştır. Özellikle yerinde denetimlerin verimli olması için erken uyarı sistemleri ile desteklenmesi ve denetimler sonucunda alınacak tedbirler hususunda ilgili kamu otoritelerine özel ve geniş yetkiler verilmesi gerekli görülmüştür. 5411 sayılı Kanunun<sup>625</sup> bu yönüyle bir denetim kanunu iken son dönemde yaşanan olumsuz gelişmelere tepkiyi yansıtan hükümler içermesi nedeniyle de bir tepki kanunudur<sup>626</sup>.

#### **bb) 5411 Sayılı Bankacılık Kanununun Getirdiği İzin Rejimi**

##### **aaa- Kuruluş ve Faaliyet İzni**

5411 sayılı Bankacılık Kanunu “*izin*” sistemini benimsemiştir. Bu sisteme göre bir banka anonim ortaklığının kuruluşu Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (Kurul)’nun iznine bağlıdır. Yani normatif sistemde olduğu gibi, ortaklığın kurulması için kurulumda aranan kanuni şartların yerine getirilmesi yeterli olmamakta buna ek olarak Kurul’dan izin alınması gerekmektedir.

Türk hukukunda anonim ortaklıkların kuruluşunda da izin sistemi kabul edilmiştir. Banka da bir anonim ortaklık olmakla beraber, Bankacılık Kanununun benimsediği düzen Türk Ticaret Kanunu’nda yer alan izin sisteminden farklıdır.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu bir bankanın kuruluşu ile faaliyete geçmesini kesin olarak birbirinden ayırmıştır. Yani bir bankanın kuruluşu için izin şartlarını karşılayarak izin aldıktan sonra faaliyete geçmesi için de bir takım şartları sağlayarak

---

<sup>624</sup> T. İmar Bankası T.A.Ş. (03.07.2003)

<sup>625</sup> Bu nedenle Kanunun adı da değiştirilmiştir. Eski kanunların “bankalar”ı düzenlemesine karşılık yeni Kanun “bankacılık” sektörünü düzenlemektedir.

<sup>626</sup> Ahmet BATTAL, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Ankara 2006, s. 40



izin alması gerekmektedir. Böyle bir ayrıma gitmenin çeşitli sebepleri olduğu söylenebilir.

Ekonomik açıdan büyük önemi haiz, devletin ekonomik ve sosyal düzeninde büyük etkisi olan bankayı denetim altında tutmak ve gerektiğinde banka anonim ortaklığının feshine gitmeksizin, bankanın bankacılık işlemleri yapmasına ve mevduat kabul etmesine engel olunabilmesi gerekir. Bu bağlamda *TEKİNALP*'e göre<sup>627</sup>, bu iki aşama farklı düzenlenmeseydi, kararları ve işlemleri zararlı olan bir bankayı bu eylemlerinden alıkoymak için anonim ortaklığın feshini istemek gerekecek fakat feshi sağlamak amacıyla gösterilecek sebep her zaman TK. 274/2'<sup>628</sup> ye uymayabileceğinden fesih kararı alınamayabilecek veya bu yaptırım somut olaya göre çok ağır bir nitelik taşıyor olabilecekti. Zira Yazar'a göre somut olayın özellikleri, iznin kısmen, yani sadece bazı işlemler için ve geçici olarak kaldırılmasını ve böylece bankanın dikkatinin eylemli bir tarzda çekilmesini gerekli kılabilir. Banka kendisine çeki düzen verince yasak da kaldırılabilir. Oysa bu iki aşama farklı olmasaydı işlemleri ve kararları riskli bankalarla etkili bir tarzda mücadele edilemezdi.

*BATTAL*'a göre<sup>629</sup>, bu iki aşamanın birbirinden ayrılmasıyla olumlu kararlar sonuçlanıp sonuçlanmayacağı belli olmayan bir hazırlık faaliyetinin, kuruluş izninin alınması aşamasında zarara yol açması önlenmek istenmiştir. Kuruluş izni takdiri içerdiğinden, bu izin alınıncaya kadar sermaye yönünden nakit pozisyonda kalınacak, kuruluş izni alınamadığı takdirde, işletmenin kuruluşu için lüzumsuz masraf yapılmamış olacaktır. Yazar'a göre diğer taraftan kuruluş izni almış bir bankaya, ayrıca bir de faaliyet izni alma zorunluluğu getirilmiş olması, kurulmakta olan bankanın, bankacılık işlemlerini gerçekleştirebilecek ölçüde yeterli personele ve teknik donanımına sahip olup olmadığının denetlenmesini sağlamak amacını gütmektedir. Böylece her bankanın, daha başlangıçta iyi bir çıkış yapması sağlanmaya çalışılmıştır.

---

<sup>627</sup> *TEKİNALP*, age, s. 81 vd.

<sup>628</sup> Türk Ticaret Kanunu md. 274/2 “*Kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya kamu düzenine aykırı ve işlemler faaliyetlerde bulunduğu anlaşılan şirketler aleyhine özel kanunlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca fesih davası açılabilir*” hükmündedir.

<sup>629</sup> *BATTAL*, age, s. 110

5411 sayılı Kanun'un 6. maddesinde<sup>630</sup> kuruluş izni, Türkiye'de şube ve temsilcilik açma izni ile birlikte şu şekilde hükme bağlanmıştır.

*“Türkiye’de bir bankanın kurulmasına veya yurt dışında kurulmuş bir bankanın Türkiye’deki ilk şubesinin açılmasına, bu Kanunda öngörülen şartların yerine getirilmesi kaydıyla Kurulun en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınacak kararla izin verilir.*

*İzin için yapılacak başvurulara ve iznin verilmesine ilişkin usul ve esaslar Kurulca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir. İzne ilişkin karar, başvurunun yapıldığı ya da başvuruda eksiklik bulunması hâlinde, istenilen bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihten itibaren üç ay içinde ilgiliye bildirilir. Eksikliklerin altı ay içinde giderilmemesi hâlinde başvuru geçersiz hale gelir.*

*Türkiye’de münhasıran kıyı bankacılığı faaliyetinde bulunmak üzere banka kurulması veya yurt dışında kurulu bankalarca bu amaçla şube açılması, bunların faaliyet alanları ile finansal raporlama ve denetim usulleri ve faaliyetlerinin geçici veya sürekli olarak durdurulması hususları Kurul kararıyla belirlenir.*

*Yurt dışında kurulu bankalar, mevduat veya katılım fonu kabul etmemek ve Kurulca belirlenecek esaslara göre faaliyet göstermek kaydıyla, Kurulun izni ile Türkiye’de temsilcilik açabilirler.”*

4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun kuruluş iznini Bakanlar Kurulunun vereceği şeklindeki 7/1 maddesi, 4491 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve izni verme yetkisi Kurula tanınmıştır. Bu düzenleme 5411 sayılı Kanunda muhafaza edilmiştir.

5411 sayılı Kanun’un “ Kuruluş Şartları” başlıklı 7. maddesinde Türkiye’de kurulacak bir bankanın anonim şirket şeklinde olması zorunluluğu getirilmiştir<sup>631</sup>.

---

<sup>630</sup> 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 6. maddesinin gerekçesi “Bankaların, denetim ve gözetime elverişli, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunabileceği, faaliyetlerini emin ve güvenilir bir şekilde icra edebilecek, finansal piyasalarda güven ve istikrara ve kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasına zarar vermeyecek bir ortaklık yapısına, iyi yönetime, yeterli malî güce, gerekli organizasyon yapısına sahip olması amacıyla, bankaların kurulmasında ve yurt dışında kurulu bir bankanın Türkiye’de ilk şubesinin açılmasında beş üyenin aynı yöndeki oyuyla Kurul izni şart koşulmuştur. Bu suretle, denetime, sektöre giriş anından itibaren başlanmış, sektörün sağlıklı bir şekilde çalışması güvence altına alınmış ve kontrolü sağlanmış olacaktır.

Söz konusu maddede, bu Kanun ile yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanunundan farklı olarak, izne ilişkin kararın başvurunun yapıldığı ya da başvuruda eksiklik bulunması hâlinde istenilen bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihten itibaren üç ay içinde ilgiliye bildirileceği ve eksikliklerin altı ay içerisinde giderilmemesi hâlinde başvurunun geçersiz hale geleceği hüküm altına alınmıştır. Böylece izne ilişkin sürecin uluslararası uygulamalar doğrultusunda sistemik bir yapıya kavuşturularak, tarafların hak ve yükümlülüklerinin şeffaf ve hesap verilebilir hâle getirilmesi amaçlanmıştır.” ifadelerini içermektedir.

<sup>631</sup> BATTAL bu tercihin sebeplerini şöyle sıralamıştır. Birincisi, sermaye şirketlerinde ve dolayısıyla anonim şirketlerde ortaklar şirket borçlarından şahsen sorumlu tutulamazlar. Bu durum özellikle

Bunun sonucu olarak bir bankanın kurulabilmesi için önce anonim şirketin kuruluşu ile ilgili hazırlıklar yapılmalıdır. Buna göre öncelikle şirket esas sözleşmesi hazırlanacak, kurucu ortaklarca imzalanacak, imzalar noterde tasdik edilecek ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca kuruluş izni<sup>632</sup> için başvurulacaktır. Bakanlıktan alınacak izin sonrasında Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'na "*banka anonim şirketi*"nin kuruluş izni için başvurulacaktır. Toplam yedi kurul üyesinden beşinin olumlu oy vermesi hâlinde kuruluş talebi kabul edilmiş olacak ve ticaret siciline tescil ve ilan ile banka anonim şirketi kurulmuş olacaktır.

*BATTAL*'a göre, kuruluş aşamalarında henüz ortada bir banka işletmesi bulunmamaktadır. Sadece kuruluş izni için aranan mali ve sosyo-ekonomik yeterlilik denetlenmiştir. Kuruluş sermayesi henüz nakit para olarak bloke edilmiş halde beklemektedir. Kuruluşun tamamlanmasından sonra; maddi ve gayri maddi varlıkları, teşkilatı, personeli ile bütün olarak, banka işletmesinin oluşturulması için yatırımlar ve harcamalar başlayacaktır.

Bizim açımızdan cevaplanması gereken soru Kurul'un izin verip vermeme noktasında idare hukuku açısından bir takdir yetkisinin olup olmadığıdır. Yani kanunkoyucu Kurul'a kuruluş izni verme yetkisi tanırken acaba bir takdir yetkisi de tanımış mıdır? Yukarıdaki hükmün lafzına baktığımızda "*bu Kanunda öngörülen şartların yerine getirilmesi kaydıyla Kurulun en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla*

---

küçük tasarruf sahiplerinin sermaye piyasası aracılığıyla bu şirketlere kolaylıkla ortak olmalarını ve böylece sermaye yoğunlaşmasını sağlar. Zira ortak olan kişiler anonim şirketin kar elde etmesi halinde bunu paylaşmayı olduğu kadar, zarar etmesi halinde zarara katlanmayı da kabul etmişlerdir. Ancak zarar artar ve sermaye tümüyle zayi edildiği için ödenemeyen borçlar kalırsa bu borçlardan ortaklar sorumlu tutulamazlar. Bu güvence, birbirine sıkı biçimde güvenmeyen kişilerin de iktisadi güçlerini birleştirmelerine ve birlikte hareket etmelerine yardımcı olur. *İkincisi*, anonim şirketlerde paylar kıymetli evrak türünden hisse senetlerine bağlanabilir. Bu imkân payın devrini kolaylaştırır ve halka açılmak suretiyle sermayenin artırılmasına olanak sağlar. *Üçüncüsü*, anonim şirketlerin korporatif (organı) yapıya sahip olmaları, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına ve sermayenin uzmanlar eliyle ve profesyonel yöntemlerle yönetilmesine yardımcı olur.

<sup>632</sup> 11/06/2003 tarihine kadar hukukumuzda Anonim şirketler, Sanayi ve Ticaret Bakanlığından izin alarak kurulabilmekte iken 11/06/2003 tarih ve 4884 sayılı Kanunun 2. maddesi ile Ticaret Kanununun 273. maddesinde yapılan değişiklik ile kural olarak anonim şirketlerin kuruluşunda aranan Bakanlık izninden vazgeçilmiş ve anılan kanuna dayanılarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan (21.07.2003 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren) İç Ticaret 2003/3 sayılı Tebliğin 5. maddesi ile hangi anonim şirketlerin kuruluşunda Bakanlık izninin alınması gerektiği açıklığa kavuşturulmuştur. Bu tebliğe göre "Banka"lar da Sanayi ve Ticaret Bakanlığının kuruluş iznine tabi anonim şirketlerdendir.

*alınacak kararlar izin verilir*”. ibaresi ile Kurulun takdir yetkisi olmadığı düşünülebilir.

*REİSOĞLU*, Türkiye’de kurulacak bankaların kuruluş şartlarının yer aldığı 7. madde kurucularda aranacak şartlara ilişkin 8. madde ve yabancı bir bankanın Türkiye’de şube açma şartlarını belirleyen 9. maddede izin konusunda Kurul’a açık bir takdir yetkisi tanınmadığını 6. madde açısından ise lâfzî yorumdan da takdir hakkı verilmediğinin anlaşıldığını ileri sürmektedir. Yazar’a göre bu durumda Kurul örneğin, Türkiye’de yeterli sayıda bankanın faaliyette bulunduğu gerekçesiyle izin talebini reddedemeyecek ama 7. maddedeki takdir hakkı içeren kuruluş şartlarında<sup>633</sup> zorunlu olarak takdir hakkını kullanacaktır<sup>634</sup>.

*TEKİNALP*, Kurul yerine Bakanlar Kurulu’nun kuruluş izni verdiği döneme ilişkin değerlendirmesinde Bakanlar Kurulu’nun izninin ekonomik düzen açısından yeni bir bankaya, yani izin istenilen bankaya ihtiyaç olup olmadığının incelenmesi ve takdirine dayandığını ifade etmiştir<sup>635</sup>. *BATTAL*’a göre de bankacılık sisteminin oligopol bir yapıya sahip olduğu, sisteme giriş için objektif ve subjektif şartları tamamlamış olmanın yeterli olmadığı, sistemin ve sektörün yeni bir bankayı kabul için uygun olup olmadığının takdir etme görev ve yetkisinin de izin makamına ait olduğu öteden beri kabul edilmektedir ki, Kanun’un amacına uygun yorum lafzi yorumun aksine bu görüşün kabulünü gerektirmektedir. Bu durumda tüm şartlar tamam olsa dahi Kurul’un makro ekonomik sebeplerle banka kuruluşuna izin vermeme hakkı vardır<sup>636</sup>. *TAŞDELEN*’e göre de Kurum’un banka kurulmasında sağlıklı bir sevk ve idarenin gerektirdiği makro ekonomik koşulların varlığı konusunda bir değerlendirme yapmasına engel bir hüküm ve koşulların tamamını yerine getirenlere bu iznin otomatik olarak verileceği şeklinde düzenleme yoktur<sup>637</sup>.

---

<sup>633</sup> Yazar bunlara örnek olarak, yönetim kurulu üyelerinin yeterli mesleki tecrübeye sahip olmasının arandığı (md. 7/d) ve kurucuların işin gerektirdiği dürüstlük ve yeterliliğe sahip olması ( md. 7/f) hallerini vermektedir.

<sup>634</sup> Seza REİSOĞLU, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Cilt I, Ankara 2007, s. 202

<sup>635</sup> TEKİNALP, age, s. 84

<sup>636</sup> BATTAL, age, s. 86

<sup>637</sup> Servet TAŞDELEN, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Ankara 2006, s. 214

Son olarak *ALICI* bizim de katıldığımız üzere takdir yetkisinin mevcudiyetini daha somut temellere oturtmuştur. Yazar’a göre Kurul, izin talebini karara bağlarken, Kanun’un açıkça öngördüğü şartlar yanında, kanunkoyucunun finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışması, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması yönündeki amacı bakımından da değerlendirme yapacaktır. Belirtilen amaç çerçevesinde yapılan bir değerlendirme, yeni bir banka kurulmasına ihtiyaç bulunup bulunmadığının incelenmesini de içerir<sup>638</sup>.

Bizim de katıldığımız Kurul’un takdir yetkisi bulunduğu görüşünü güçlendirecek temel dayanağın 93. maddenin ikinci fıkrası olduğunu düşünmekteyiz. Kurul’un Kurum’un karar organı olduğu gerçeği unutulmaksızın, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun “Kurumun görev ve yetkileri” başlıklı 93. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki “*Kurum, tasarruf sahiplerinin haklarını ve bankaların düzenli ve emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye sokabilecek ve ekonomide önemli zararlar doğurabilecek her türlü işlem ve uygulamaları önlemek, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasını sağlamak üzere gerekli karar ve tedbirleri almak ve uygulamakla yükümlü ve yetkilidir.*” hükmü de verilebilir. Kurul Kurum’un karar organı olarak Kurum’a verilmiş olan bu yükümlülükleri dikkate alacaktır. Hükmün ikinci kısmındaki gerekli karar ve tedbirleri alma yetkisi ile esasında Kuruma (dolayısıyla Kurula) son derece geniş bir hareket alanı bırakıldığı, Kurulun “gerekli olanı” takdir edeceği bunun da takdir yetkisi anlamına geleceği açıktır. Bu hüküm doğrultusunda biz de Kurulun takdir yetkisi bulunduğunu düşünmekteyiz. Kaldı ki, bu takdir yetkisinin varlığının kabulü sonrasında, Kurul tarafından kullanılacak takdir yetkisinin de yargı denetimine tâbi olduğu unutulmamalıdır. İdari yargı, takdir yetkisini pekâlâ denetleyecek ve aykırı bir durum gördüğünde takdir yetkisine dayanan işlemi iptal edebilecektir. Dolayısıyla takdir yetkisinin de belli sınırlar içerisinde kullanılması gereken ve sahibine sınırsız bir yetki tanımayan bir yetki olduğu da unutulmamalıdır. Buna rağmen bu yetki tamamıyla da korumasız değildir. Nitekim Anayasanın 125. maddesinde idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceği hususu özel olarak hükme bağlanmıştır.

---

<sup>638</sup> ALICI, age, s. 100

5411 sayılı Bankacılık Kanununun 10. maddesinde Faaliyet izni şu şekilde dñzenlenmiřtir.

*“Bu Kanunun 6 ncı maddesi çerçevesinde kuruluş veya Türkiye’de şube açma izni alan bankaların, Kuruldan ayrıca faaliyet izni alması şarttır. Bir beyanname ile yapılacak başvuru üzerine verilecek izin, Kurul tarafından aksi kararlaştırılmış olmadıkça, 4 üncü maddede belirtilen bütün faaliyetleri aynı maddenin son fıkrasındaki sınırlamalar çerçevesinde kapsar. Verilen faaliyet izinleri Resmi Gazetede yayımlanır. Kararın, ilk izin başvurusunun yapıldığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde verilmesi gerekir.*

*Kurum, bu Kanun ve bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelerdeki şartları taşımayanlara gerekli düzeltmeleri yapmaları ve eksiklikleri tamamlamaları için altı ayı geçmemek üzere süre verir. Bu süre içinde yeniden başvuranlar hakkında yapılan inceleme sonucunda durumları uygun bulunmayanlara verilmiş olan kuruluş izni geçersiz olur ve sonuç yazılı olarak bildirilir. Kuruluş izni almış olan bankaların faaliyete geçebilmesi için;*

*a) Sermayesinin nakit olarak ödenmiş ve planlanan faaliyetleri gerçekleştirebilecek düzeyde olması,*

*b) Kurucuları tarafından 7 nci maddede belirtilen asgari sermayenin yüzde onu tutarındaki sisteme giriş payının en az dörtte birinin Fon hesabına yatırıldığına dair belgenin ibraz edilmesi,*

*c) Faaliyetlerinin kurumsal yönetim hükümlerine uygunluğunu sağlaması ve yeterli personel ve teknik donanımına sahip olması,*

*d) Yöneticilerinin, kurumsal yönetim hükümlerinde belirtilen nitelikleri haiz olması,*

*e) Kurulca faaliyet konularını yürütebilecek yeterliliğe sahip olunduğı kanaatine varılması,*

*Gerekir.*

*Sisteme giriş payının ödenmeyen kısmının, faaliyete geçiş tarihinden itibaren Kurulca belirlenecek ödeme planı çerçevesinde Fon hesabına yatırılacağına ilişkin taahhütnamenin Kuruma ibrazı zorunludur. Sisteme giriş payı bir defaya mahsus olmak üzere alınır. Banka hissedarları sisteme giriş payının ödenmesinden müteselsilen sorumludurlar.*

*Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Kurul yetkilidir”.*

5411 sayılı Kanun, faaliyet iznine ilişkin düzenlemesinde 4389 sayılı Bankalar Kanununun 7/4. maddesi hükmünü esas almakla birlikte, Basel Bankacılık Gözetim ve Denetim Komitesinin bankacılıkta etkin denetim ve gözetime ilişkin temel prensiplerine<sup>639</sup> göre hükme bazı ilaveler yapılmıştır. Bu ilavelerden birisi de

---

<sup>639</sup> Basel Komite'nin bankacılıkta etkin gözetim ve denetim prensipleri yirmi beş maddeden oluşmaktadır. Bunlar konuları itibarıyla aşağıdaki gibi sıralanmaktadır:

- Etkin bankacılık gözetim ve denetimi için ön koşullar
- Faaliyet izni ve yapı
- Bankaların ihtiyatı yönetimine ilişkin düzenlemeler ve yükümlülükler
- Aralıksız banka gözetimine ilişkin yöntemler
- Bilgi verme yükümlülükleri
- Gözetim ve denetim otoritelerinin yasal yetkileri
- Sınır ötesi bankacılık

#### ***Bankacılıkta Etkin Gözetim ve Denetim İçin Önkoşullar***

1. Bankacılık gözetim ve denetim otoritesinin amaçları ve sorumlu oldukları kuruluşlara ilişkin yetkileri açıkça tanımlanmalı, bankacılık gözetim ve denetimi konusunda faaliyetlerine ilişkin bağımsızlığı ve yeterli ölçüde kaynağı bulunmalıdır. Ayrıca, gözetim ve denetim sisteminin, bankaların kuruluş izinleri ve denetimlerinin devamlılığının sağlanmasına, güvenilir ve sağlıklı bir sistem içinde yasalara uyma zorunluluğuna ve denetim elemanlarının yasal olarak korunmasına ilişkin hükümler içeren yasal bir çerçevesi olmalıdır. Elde edilen bilgilerin gözetim ve denetim otoritelerince paylaşılması ve bu tür bilgilerin gizliliği konusuna yasal düzenlemelerde ayrıca yer verilmelidir.

#### ***Faaliyet İzni ve Yapı***

2. Bankacılık faaliyetlerinde bulunmasına izin verilen ve bu kapsamda denetim ve gözetiminin yapılmasına karar verilen kuruluşların faaliyet alanları açıkça tanımlanmalıdır. Banka ünvanının kullanımı mümkün olduğu ölçüde kontrol altında tutulmalıdır.
3. Bankacılık faaliyetlerinde bulunulmasına izin veren kurumun faaliyet iznine ilişkin esasları belirleme yetkisine ve bunlara uygun olmayan başvuruları reddetme hakkı olmalıdır. Faaliyet iznine ilişkin prosedürde en azından bankanın mülkiyet yapısı, genel müdür ve diğer üst yöneticilerin nitelikleri, faaliyet planı, iç denetim sistemi ve sermaye yeterliliğini de içerecek şekilde bankanın mali yapısıyla ilgili projeksiyonların değerlendirilmesine yer verilmelidir. Başvuru sahibinin yabancı bir banka olması durumunda ise ait olduğu ülkenin gözetim ve denetim otoritesinin onayının alınması gerekmektedir.
4. Bankacılık gözetim ve denetim otoritesi, bankaların büyük hissedarlarına ait paylarının ya da bunlar üzerindeki kontrol haklarının el değiştirmesine ilişkin taleplerini inceleme ve reddetme yetkisine sahip olmalıdır.
5. Bankacılık gözetim ve denetim otoritesi, bankaların önemli büyüklükteki ele geçirme faaliyetlerini ve yatırımlarını inceleme ve bu oluşumların banka için yeni riskler yaratmasına ya da denetimin etkinliğini azaltmasına yol açmaması için gerekli kriterleri belirleme yetkisine sahip olmalıdır.

#### ***Bankaların İhtiyatlı Yönetimine İlişkin Düzenlemeler ve Yükümlülükler***

6. Bankacılık gözetim ve denetim otoritesi, bankaların taşıdıkları riskleri karşılayacak şekilde asgari sermaye yükümlülüklerini tanımlamalıdır. Ayrıca, sermayenin banka zararlarını

---

karşılayabilmesine yönelik sermaye alt kalemlerinin tanımlanması gerekmektedir. Uluslararası alanda faaliyet gösteren bankalar için bu standart Basel Komite'nin belirlediği Sermaye Yeterliliği Rasyosu'nun altında olmamalıdır.

7. Gözetim ve denetim sistemlerinin en önemli özelliklerinden birisi bankaların kredi verme, yatırım yapma, kredi ve yatırım portföylerini yönetmelerine ilişkin politika, yöntem ve uygulamalarının bağımsız olarak değerlendirilebilmesidir.
8. Bankacılık gözetim ve denetim otoritesi, bankaların aktif kalitesi ve kredi karşılıklarının yeterliliğinin değerlendirilmesine ilişkin oluşturduğu politikaları ve kullandığı yöntemleri yeterli bulmalıdır.
9. Bankacılık gözetim ve denetim otoritesi, bankaların portföylerindeki yoğunlaşmayı belirlemelerine olanak verecek yeterli kapasitede bilgi iletişim ağına sahip oldukları konusunda tatmin olmalıdır. Ayrıca, gözetim ve denetim otoritesi bir kişi ya da gruba verilebilecek kredilerin sınırlandırılmasına ilişkin esasları belirleme yetkisine sahip olmalıdır.
10. Bankaların birbiriyle bağlantılı kuruluşlara verdikleri krediler nedeniyle artabilecek zararlardan korunabilmesi için bankacılık gözetim ve denetim otoritesi bankaların söz konusu bu kuruluşları sürekli gözetim altında bulundurmalarına imkan verecek gerekli düzenlemeleri oluşturmalıdır. Ayrıca, bu riskleri kontrol altına alabilmek ve bilançoya yayılmasını önlemek için bankaların gerekli önlemleri almalarını sağlamalıdır.
11. Bankacılık gözetim ve denetim otoritesi, bankaların uluslararası kredilendirme ve yatırım faaliyetlerine ilişkin olarak ülke ve transfer risklerinin saptanması, izlenmesi ve kontrol edilmesine ilişkin yeterli politika ve uygulamalara sahip olduklarından ve söz konusu risklerin karşılanması için yeterli rezervlerinin olduğundan emin olmalıdır.
12. Bankacılık gözetim ve denetim otoritesi bankaların piyasa risklerinin etkin olarak ölçülmesi, izlenmesi ve kontrol edilmesine imkân veren sistemlere sahip olduklarından emin olmalıdır. Piyasa riskine maruz kaldığında, gözetim ve denetim otoritesi üstlenilebilecek piyasa riskine limit getirme ya da sermaye artırımı gibi yaptırımları uygulayabilme yetkisine sahip olmalıdır.
13. Bankacılık gözetim ve denetim otoritesi, bankaların taşıdıkları tüm risklerini tespit edecek, ölçecek, yönetecek, kontrol edecek, ve bu riskler için yeterli sermayeyi bulunduracak şekilde geniş kapsamlı bir risk yönetimi sistemi ( yönetim kurulu ve üst düzey yönetimin izlenme işlevini de içermek üzere) olduğuna ikna olmalıdır.
14. Bankacılık gözetim ve denetim otoritesi, bankaların faaliyetlerinin yapısına uygun ve yeterli iç kontrollerinin bulunduğundan emin olmalıdır. Söz konusu kontroller yetki ve sorumlulukların paylaşılması, fonksiyonel ayrımlar, fon ödemeleri, aktif-pasif yönetimi, bu işlemlerin mutabakatı ve varlıkların korunmasına ilişkindir. Hem bu iç kontrollere hem de yasal ve idari düzenlemelere uyulup uyulmadığını kontrolü için uygun iç veya bağımsız dış denetimin fonksiyonları belirlenmelidir.
15. Mali sektörde mesleki ve ahlaki yüksek standartların gelişmesi ve bankacılık faaliyetleriyle bilerek ya da bilmeyerek kötüye kullanımların engellenebilmesi için bankacılık gözetim ve denetim otoritesi müşterini tanı prensibinin uygulanmasına yönelik bankaların uygun politika ve uygulamalarının olduğundan emin olmalıdır.

#### ***Aralıksız Banka Gözetimi Yöntemleri***

16. Bankacılıkta etkin gözetim hem yerinde hem de uzaktan denetimi kapsamalıdır.



Kurulun faaliyet iznini, 4. maddede yer alan faaliyet konularından tamamı veya bir kısmı için verebilmesidir. Faaliyet iznine ilişkin Kurul kararında aksine bir düzenleme olmadıkça izin tüm faaliyet konularını kapsayacak, Kurul belirli konularda faaliyet izni vermek istediğinde, izin verdiği veya vermediği faaliyet konularını kararında açıkça gösterecektir<sup>640</sup>.

- 
17. Bankacılık gözetim ve denetim otoritesi, bankaların faaliyetlerini tam olarak anlamalı ve banka yönetimiyle düzenli olarak temaslarda bulunmalıdır.
  18. Bankacılık gözetim ve denetim otoritesi, denetim raporları ve bankalara ait istatistiklerin toplanması, banka bazında ve konsolide olarak analiz edilmesi için uygun araçlara sahip olmalıdır.
  19. Bankacılık gözetim ve denetim otoritesi, bağımsız denetçiler kullanarak ya da yerinde denetim yaparak gözetim bilgilerinin doğruluğunu bağımsız olarak değerlendirebilecek araçlara sahip olmalıdır.
  20. Bankacılıkta etkin gözetim ve denetimin gereklerinden birisi de banka gruplarının konsolide bazda denetlenmesi konusunda bankacılık gözetim ve denetim otoritesinin yetkisinin bulunmasıdır.

#### ***Bilgi Verme Yükümlülükleri***

21. Bankacılık gözetim ve denetim otoritesi, her bankanın muhasebe uygulamaları ile uyumlu şekilde bankanın karlılığı ve finansman durumu hakkında doğru ve yeterli bilgiyi sağlayacak kayıtların mevcut olduğundan ve bankanın bunları gerçek durumlarını yansıtacak şekilde düzenli olarak yayımladığından emin olmalıdır.

#### ***Bankacılık Gözetim ve Denetim Otoritesinin Yasal Yetkileri***

22. Bankacılık gözetim ve denetim otoritesi, bankaların sermaye yeterliliği yükümlülüğünü yerine getiremez duruma düşmeleri, yasal düzenlemelere aykırı davranışları ya da mevduat sahiplerinin menfaatlerine yönelik herhangi bir şekilde tehdit oluşturmaları halinde düzenleyici tedbirler alma yetkisine sahip olmalıdır.

#### ***Sınır Ötesi Bankacılık***

23. Bankacılık gözetim ve denetim otoritesi, bankaların yabancı ülkelerdeki şubeleri, ortaklıkları ve iştiraklerince yürütülen işlemlerinin temel prensiplere uygunluğu ve ihtiyatlı yönetimi konusunda gereken yaptırımları uygulayarak, global konsolide denetimin gereklerini yerine getirmelidir.
24. Konsolide gözetim ve denetimin temeli, ev sahibi ülkenin yetkili otoriteleri başta olmak üzere, tüm gözetim ve denetim otoriteleri ile temaslarda bulunmak ve bilgi alış verişini sağlamaktır.
25. Bankacılık gözetim ve denetim otoritesi, yabancı bankaların ülke içindeki faaliyetlerine ilişkin olarak, yerel bankalara uygulanan aynı yüksek standartları aramalıdır. Konsolide bazda gözetim ve denetimin yapılabilmesi için söz konusu yabancı bankaların ait oldukları ülke otoriteleri ile bilgi paylaşımı yetkisine de sahip olmalıdır. [http://www.tbb.org.tr/turkce/basle/etkin\\_gozetim.doc](http://www.tbb.org.tr/turkce/basle/etkin_gozetim.doc)

<sup>640</sup> ALICI, age, s. 141

Maddedeki “ Sermayenin nakit olarak ödenmiş olması şartı” zaten kanunun 7/1. maddesinde kuruluş izni aşamasında aranmaktadır. Dolayısıyla bu yönde bir tekrar hükmünün getirilmesindeki amacın Kurulun sermayenin var olup olmadığını kontrol etmesi olduğu söylenebilir<sup>641</sup>.

Esasında 10. madde açısından tereddüt oluşturan nokta, faaliyet izni talebinin kabul edilmemesi hâlinde ortaya çıkmaktadır. Maddenin (2) numaralı fıkrasındaki “*Kurum, bu Kanun ve bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelerdeki şartları taşımayanlara gerekli düzeltmeleri yapmaları ve eksiklikleri tamamlamaları için altı ayı geçmemek üzere süre verir. Bu süre içinde yeniden başvuranlar hakkında yapılan inceleme sonucunda durumları uygun bulunmayanlara verilmiş olan kuruluş izni geçersiz olur ve sonuç yazılı olarak bildirilir.*” İfadesi ile faaliyet izni talebinin reddedilmesi hâlinde kuruluş izninin geçersiz olacağı kabul edilmiştir.

Buna karşın, 5411 sayılı Kanun’un aşağıda inceleme konusu yapılacak olan 11. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendinde “Faaliyet izninin alınamamış olması” hâlinde Kurul üyelerinin en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınacak kararla kuruluş izninin iptal edileceği ifade edilmiştir. REİSOĞLU, 5411 sayılı Kanunun bu maddesini bir çelişki olarak görmektedir<sup>642</sup>.

ALICI bu çelişkiyi giderme adına bizim de katıldığımız ikili bir ayrıma gitmiştir. Buna göre 10. maddenin II. Fıkrasındaki uygun bulmama, Kurum tarafından uygun bulmamadır. Kurum, düzeltme ve eksikliklerin tamamlanmasına yönelik altı ayı geçmeyecek şekilde bir süre verecek; bu süre içinde yeniden başvuranların durumlarını inceleyecektir. Yapılan inceleme sonucunda durumları uygun bulunmayanlara sonuç yazılı olarak bildirilecek ve verilmiş olan kuruluş izni *yasa gereği* kendiliğinden geçersiz olacaktır. Diğer taraftan, 11. maddenin (e) bendindeki düzenlemede ise Kurul tarafından uygun bulunmama vardır. Kurum başvuruyu uygun bularak Kurula sunmuş, fakat Kurul başvuruyu reddetmiştir. Bu durumda kuruluş izni kendiliğinden geçersiz olmayacak ve madde doğrultusunda Kurulun en az beş üyesinin oyu ile faaliyet izni alınmadığı gerekçesiyle ayrıca

---

<sup>641</sup> REİSOĞLU, age (Cilt I), s. 242

<sup>642</sup> REİSOĞLU, age (Cilt I), s. 241

kuruluş izninin iptal edilmesine karar vermesi gerekecektir<sup>643</sup>. Biz de kanundaki bu çelişkinin ancak bu şekilde bertaraf edileceğini düşünmekteyiz.

### **cc) İznin İptali Halleri**

5411 sayılı Bankacılık Kanununun 11. maddesinde kuruluş izninin iptali şu şekilde düzenlenmiştir.

*“Bir bankanın kuruluş izni;*

*a) İznin gerçeğe aykırı beyanlarla alınmış olması,*

*b) Kuruluş izninin verildiği tarihten itibaren dokuz ay içerisinde faaliyet izni için başvurulmaması,*

*c) Kuruluş izninden vazgeçildiğinin beyan edilmesi,*

*d) İznin verilmesinde aranan şartların, faaliyete geçilinceye kadar kaybedilmesi,*

*e) Faaliyet izni alınamamış olması,*

*f) İradi olarak bu Kanunun 4 üncü maddesinde belirtilen faaliyetlerin tümünden vazgeçilmesi ve iradi tasfiyenin tamamlanması,*

*g) Devrolunan bankanın birleşme veya bölünme işlemlerinin tamamlanması,*

*h) Bu Kanunun 106 ncı maddesi kapsamında tasfiye veya iflas takibatının tamamlanması,*

*Hallerinden herhangi birinin gerçekleşmesi durumunda, Kurulun en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınan kararlar iptal edilir.”*

Kanunkoyucu madde metninde kuruluş iptaline yol açacak halleri tek tek sayarak idari yaptırımlara yol açan aykırılıkların yasada açıkça belirtilmesi gerektiği yolundaki genel kabule uygun davranmıştır. Madde gerekçesinde de bu kabule yollama da bulunularak, 4389 sayılı Bankalar Kanunundan farklı olarak, Avrupa Birliği direktifleri ile uyumu teminen Kanunun ilgili hükümleri uyarınca verilen kuruluş izinlerinin iptaline sebebiyet veren hususların, kuruluş izninde öngörülen amaçlar gözetilerek açık bir şekilde düzenlendiği ifade edilmiştir.

---

<sup>643</sup> ALICI, age, s. 148

11. maddede sayılan iptal sebeplerinin büyük bölümü, bankanın zaten kurulmamış veya faaliyete geçmemiş olmasına ya da tüzelkişiliğinin sona erme aşamasına gelmiş olmasına dayanmaktadır. Bu nedenle kuruluş izninin iptali, belirtilen nedenlerin zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Böylece sistemde olmayan bankalara ilişkin kuruluş izni, hukuk dünyasından da çıkarılmaktadır. Yalnızca (a) bendinde yer alan “*iznin gerçeğe aykırı olarak alınmış olması*” şeklindeki sebep, bankanın hukuki statüsünü doğrudan etkileyecek niteliktedir<sup>644</sup>.

Maddenin (b) ve (c) bentlerinde sayılan iptal sebeplerinde zaten ortada bir banka olarak ortaya çıkamamış, yani kuruluş ve faaliyet izinlerinden oluşan ve bir bütün oluşturan aşamaları geçememiş, kuruluş işlemlerinin bulunduğu aşamadan daha ileri gidemeyen bir kuruluş vardır. Bu nedenle bu noktada kuruluş izninin iptali kararının, verilmiş kuruluş izninin işlevini yitirdiği gerçeğinin (Zira kuruluş izni faaliyet iznini almak için geçirilmesi zorunlu bir aşamadır.) Kurul tarafından tespiti niteliğinde olduğu söylenebilir.

Diğer taraftan aynı maddenin (d) bendinde ise kanunkoyucunun kuruluş izni ile faaliyet izninin birbirinden ayrılmaz nitelikte, birbirleri için olmazsa olmaz oldukları hususunu vurguladığını düşünmekteyiz. Böyle bir hükme açıkça yer verilmesi ile kuruluş izninin uygulamada faaliyet izni ile arasındaki süre içerisinde içinin boşaltılması ve böylece kuruluş izninin amacını yitirmesi önlenmek istenmiş ve içini boşaltma yönündeki bir niyetin kuruluş izninin iptaline yol açacağı hükme bağlanmıştır.

Bankanın kurulmasından sonra, fakat faaliyete geçmesinden önce (b, c, d, ve e bendi) kuruluş izninin iptal edilmesi, kurulmuş ve tüzelkişilik kazanmış bir banka anonim ortaklığının bankacılık faaliyetlerinde bulunmasını engelleyecek, tüzel kişilik sona ermiş olmayacaktır. Fakat bu iptalin doktrinde kimi zaman iki, kimi zamanda üç olası sonuca neden olabileceği düşünülmektedir.

---

<sup>644</sup> ALICI, age, s. 150

Kuruluş izninin iptali anonim şirket olarak kurulmuş bankanın tüzel kişiliğini ortadan kaldırmayacak, TTK 434/2'ye göre “şirket maksadının husulunun imkansızlığı” bir infisah nedeni oluşturacak<sup>645</sup> ve şirket tüzelkişiliği tasfiye sürecine girecektir. Tasfiye işlemlerinin sonuçlanmasından sonra tüzel kişilik de sona ermiş olacaktır. Diğer taraftan kuruluş izninin iptali ile anonim şirketin varlığını banka olarak sürdürmesi TTK 274/2'ye göre kamu düzenine aykırı ve kendi kuruluş ve maksadına aykırı bir durumdur ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca fesih davası açılması söz konusu olur<sup>646</sup>. Eğer şirketin devamı isteniyorsa, ortakların, şirketin konusunu değiştirmeleri gerekecek, bu da genel kurulda şirket sermayesinin en az üçte ikisine sahip olan pay sahiplerinin hazır bulunmaları ve mevcut oyların çoğunluğu ile karar vermeleri ile mümkün olacaktır (TTK 388/II)<sup>647</sup>.

Aykırlık hallerinden (f), (g) ve (h) bentlerinde ise kuruluş izni almış olan bankanın çeşitli nedenlerle faaliyetinin son bulması, bankanın tüzel kişiliğinin sona ermesi söz konusu olmakta; banka son bulduğundan kuruluş izninin iptali gerekmektedir.

Maddenin (f) bendine göre bankacılık faaliyetlerinden vazgeçen bir banka kural olarak tasfiyeye girecek ve Kurul tarafından bankanın Kuruluş izni, tasfiyenin tamamlanması ve bankanın ticaret sicilinden terkin ve tüzel kişiliğinin sona ermesi üzerine iptal edilecektir. Kanun'un 4. maddesindeki faaliyetlerden vazgeçilmesi ancak bankanın tasfiyesine karar verilmesi hâlinde söz konusu olacak; tasfiye devam ederken; banka tüzelkişiliği tasfiye ile sınırlı olarak devam edecek ve tasfiye tamamlandığında; tüzelkişilik son bulacağı için bankanın kuruluş izni de iptal edilecektir<sup>648</sup>. Bir diğer aykırılık hali (g) bendi ile de aslında devredilerek tüzelkişiliği sona eren ve kaydı ticaret sicilinden silinen bankanın kuruluş izni de doğal olarak sona ermektedir. Maddenin (h) bendine göre ise Kanun'un 106. maddesine göre<sup>649</sup> tasfiye ve iflas takibatının tamamlanması ile, tasfiye işlemlerinin

<sup>645</sup> Bu yöndeki görüşler için bkz. REİSOĞLU, age (Cilt I), s. 241 ve BATTAL, age, s. 111

<sup>646</sup> TEKİNALP, age, s. 88, ALICI, age, s. 150,

<sup>647</sup> REİSOĞLU, age (Cilt I), s. 241 ve TEKİNALP, age, s. 88, ALICI, age, s. 150,

<sup>648</sup> REİSOĞLU, age, s. 251

<sup>649</sup> 5411 Sayılı Bankacılık Kanununun “Faaliyet İzninin Kaldırılması” başlıklı 106. maddesi;

tamamlanması veya mahkemenin iflas kararının kesinleşmesi ve bankanın ticaret

---

*Bir bankanın bu Kanun hükümlerine göre faaliyet izninin kaldırılması halinde yönetim ve denetimi Fona intikal eder.*

*İznin kaldırılmasına ilişkin Kurul kararının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren, banka hakkındaki ihtiyati tedbir dahil her türlü icra ve iflas takibati durur ve yeni icra ve iflas takibi yapılamaz. Banka hakkında Fon haricinde üçüncü kişiler tarafından açılmış tüm dava, icra ve iflas takipleri mahkeme, icra ve iflas dairesi tarafından derhal Fona bildirilir.*

*Fon, yönetim ve denetimi kendisine intikal eden bankadaki sigortalı mevduatı ve sigortalı katılım fonunu doğrudan veya ilan edeceği başka bir banka aracılığı ile ödeyerek, mevduat ve katılım fonu sahipleri yerine bankanın doğrudan doğruya iflasını ister. Bu görev ve yetki münhasıran Fona aittir. Bu şekilde yapılacak iflas isteminde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 178 inci maddesinin ikinci fıkrası ve 179 uncu maddesinin iflasın ertelenmesine ilişkin hükümleri uygulanmaz.*

*Fonun iflas talebi hakkında 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun seri muhakeme usulü hükümleri uygulanır ve en geç altı ay içerisinde iflas talebi hakkında karar verilir.*

*Yönetim ve denetimi Fona intikal eden banka hakkında iflas kararı verilmesi halinde Fon, iflas masasına 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 206 ncı maddesinde yer alan üçünü sıradaki tüm imtiyazlı alacaklılardan önce **(Ek ibare: 5472 - 8.3.2006 / m.1/c)** ", ancak Devletin ve sosyal güvenlik kuruluşlarının 6183 sayılı Kanun kapsamındaki alacaklarından sonra" gelmek üzere imtiyazlı alacaklı sıfatıyla iştirak eder. Fon, bu Kanunun uygulanması ile sınırlı olmak üzere 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 166 ncı, 218 inci, 219 uncu, 223 üncü, 234 üncü, 236 ncı, 249 uncu, 251 inci ve 254 üncü maddelerindeki yetki ve görevler hariç olmak üzere iflas dairesi, alacaklılar toplantısı ve iflas idaresi görev ve yetkilerine sahip olarak bankayı tasfiye eder.*

*İflasına hükmolunan bankanın Fona olan borçları, masanın nakit durumuna göre 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 232 ncı maddesinde gösterilen sıra cetvelinin kesinleşmesi beklenmeksizin ödenir. Alacaklılar sıra cetvelinin düzenlenmesinde İcra ve İflas Kanunu'nun 232 ncı maddesinde öngörülen üç aylık sürenin yetersiz kalması hlinde iflas idaresinin talebi üzerine, Fon Kurulu tarafından üçer aylık ek süreler verilebilir.*

*İflas kararı verilmeyen hallerde bankanın iradi tasfiyesi, banka genel kurul kararı aranmaksızın ve Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketlerin infisah ve tasfiyeye ilişkin hükümlerine tabi olmaksızın tasfiye kurulu üyelerinin Fon tarafından atanması suretiyle gerçekleştirilir.*

*Bu Kanunun 12 ncı maddesi hükümlerine göre faaliyet izni kaldırılan yabancı banka şubeleri hakkında da bu madde hükümleri uygulanır. Bu şubelerin mevcut ve alacaklarının yurt dışına transferine ilişkin esaslar Fon tarafından belirlenir.*

*Fon, iflas ve/veya tasfiye masasının aktifindeki paralarla, iflas ve/veya tasfiye idaresi sıfatıyla tahsil ettiği paraları muhafaza ve nemalandırma hususunda 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 9 uncu ve sair ilgili maddelerine tabi değildir. 492 sayılı Harçlar Kanununun 36 ncı maddesinin birinci fıkrası hükmü bu paralar için uygulanmaz.*

*Müflise ait menkul ve gayrimenkullerin satışında 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz.*

*Bu madde hükümlerinin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Kurulun görüşü alınmak suretiyle Fon tarafından yönetmelikle düzenlenir." hükmünü içermektedir.*

sicilinden terkin ile tüzelkişiliğin sona ermesi kastedilmekte ve sonrasında kuruluş izni iptal edilebilmektedir<sup>650</sup>.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 12. maddesinde faaliyet izninin iptali ve sınırlandırılması şu şekilde düzenlenmiştir;

*“Bir bankanın, faaliyet izninin gerçeğe aykırı beyanlarla alınmış olması veya faaliyet izninin alınmasından itibaren altı ay içinde faaliyete geçilmemesi ya da bir yıl içinde kesintisiz altı ay süre ile faaliyette bulunulmamış olması hâlinde faaliyet izni iptal edilir. Faaliyet izninin alındığı tarihten itibaren bir ay içerisinde ilgili kuruluş birliğine üye olunmaması veya sisteme giriş payının kalan taksitlerinin Fon hesabına yatırılmaması veya bu yükümlülüklerin Kurum tarafından yapılan uyarıya rağmen yerine getirilmemesi durumunda, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri dışında kalan faaliyet konuları Kurulca tek tek sınırlandırılabilir.*

*Bu kararlar ilgililere yazılı olarak bildirilir ve Resmi Gazetede yayımlanır.*

*Türkiye'de şubesi bulunan yurt dışında kurulu bankaların, kurulu bulundukları ülkede herhangi bir nedenle faaliyet izninin kaldırılması, faaliyetlerinin durdurulması, iflas veya tasfiyelerine karar verilmesi veya konkordato ilan etmeleri hâlinde, bunların Türkiye'deki şubelerinin faaliyet izinleri Kurul tarafından kaldırılır.*

*Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) veya (b) bentleri kapsamında bir kredi kuruluşuna verilen yetkinin Kurul tarafından kaldırılması, faaliyet izninin kaldırılması hükmündedir.”*

Maddenin birinci fıkrasında faaliyetin iptali ve sınırlandırılması halleri sayılırken faaliyet izninin Kurulca tek tek sınırlandırılacağı (bu konuda maddede açıkça beş üyenin olumlu oyu aranmadığından kurul çoğunluk sağlayarak bu kararı alabilir.) açıkça ifade edilmesine rağmen faaliyet izninin Kurul tarafından iptal edileceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle faaliyet izninin kimin tarafından iptal edileceği hususunda tereddüt doğabilecektir. Burada kanunkoyucunun dikkatsizliğinden kaynaklanan bir boşluk bulunduğu düşünülebilirse de idare hukukunun önemli ilkelerinden olan “yetki ve usulde paralellik” ilkesi bu boşluğu dolduracaktır. Söz konusu ilke doğrultusunda faaliyet izninin verilmesi yönündeki idari işlemi tesis eden Kurul, faaliyet izninin ortadan kaldırılmasında da yetkili olacaktır. Kurul bu kararı faaliyet iznini verirken

---

<sup>650</sup> REİSOĞLU, age, s. 252

10.maddeye göre dört üyenin olumlu oyu ile alabildiği için usulde paralellik ilkesinden dolayı iptal ederken de dört üyenin iptal yönündeki oyu yeterli olacaktır.

Madde gerekçesinde bu kanun ile yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanunu'ndan farklı olarak, bu madde ile bankaların mali bünyelerinin bozulmasına bağlı olarak faaliyet izinlerinin kaldırılmasının yanında, belirli koşulları sağlayamamaları hâlinde de Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri dışında kalan faaliyet konularının tek tek sınırlanabileceği ya da faaliyet izni kapsamından çıkarılabileceği veya faaliyet izninin iptal edilebileceği hükme bağlandığı ifade edilmiştir.

Madde gerekçesinden anlaşılabileceği üzere 12. madde ile mali bünyenin bozulması dışındaki sebeplerle faaliyet izninin kaldırılması veya sınırlandırılması düzenlenmektedir ve gerekçede de belirtildiği üzere böyle ayrı bir düzenlemeye 4389 sayılı Kanun da yer verilmemiştir.

Gerekçe'deki kabule uygun olarak Kanun'un 12. ve 71. maddeleri yapılan ayrıma paralel olarak farklı ifadeler kullanılmıştır<sup>651</sup>. Kanun'un 12. maddesinde

---

<sup>651</sup> 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 71. maddesi “Denetlemeler sonucunda bir bankayla ilgili olarak;

a) Bu Kanunun 70 inci maddesi kapsamında alınması istenen tedbirlerin Kurul tarafından verilen süre içerisinde ya da her halükarda en geç oniki ay içinde kısmen ya da tamamen alınmaması ya da bu tedbirleri kısmen veya tamamen almış olmasına rağmen, mali bünyesinin güçlendirilmesine imkan bulunmadığı veya bu tedbirler alınmış olsa dahi mali bünyesinin güçlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi,

b) Faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiğinin ortaya çıkması,

c) Yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğinin tespit edilmesi,

d) Yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması,

e) Hakim ortaklarının veya yöneticilerinin, banka kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankayı bu suretle zarara uğratması,

Hallerinden bir veya birkaçının varlığı durumunda Kurul, en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınan kararla bankanın faaliyet iznini kaldırmaya ya da kredi kuruluşunun temettü hariç ortaklık



“faaliyet izninin iptali” ifadesi kullanılırken, 71. maddesinde “faaliyet izninin kaldırılması” ifadesi kullanılmıştır. Bunun yanında faaliyet izninin kaldırılmasının (md 71) sonuçları kanunda gösterilmiş ve 106. maddede mevduat ve katılım fonu sahiplerine önemli ayrıcalıklar tanınırken, faaliyet izninin iptalinin (md 12) ne gibi sonuçlar doğuracağını içeren bir hükme yer verilmemiştir.

Faaliyet izninin iptalinin sonuçları, iptal sebebinden ziyade, bankanın faaliyete geçmiş olup olmadığına bağlı olacaktır. Banka faaliyete geçmemiş ise, faaliyet izninin iptali üzerine pay sahiplerinin şirketi feshetmeleri veya şirketin iştiğal konusunu değiştirmeleri gerekir. Aksi halde TTK.’nın 274/2. maddesi gereğince Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca fesih davası açılması söz konusu olur. Zira banka faaliyete geçmemiş olduğundan, faaliyet izninin iptali bankanın varlığına yönelmemiştir. Faaliyete geçmemiş bir bankanın faaliyet izninin iptali ise, iptal kararı bankanın varlığına yönelmiş olduğundan, bankanın infisah ederek tasfiyeye girmesine neden olacaktır<sup>652</sup>.

Faaliyet izninin iptalinde olduğu gibi sınırlandırılmamasında da idari yaptırıma sebep olacak aykırılıklar tek tek sayılma yoluna gidilmiştir. Faaliyet izninin sınırlandırılması ise özünde bankanın sınırlandırmaya konu faaliyetleri yerine getirmesinin Kurul’ca askıya alınması olduğundan özünde bir geçici tedbir niteliğindedir ve bu nedenle geçici bir süre başvurulması gereken bir önlem olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle bankanın kuruluş birliğine üye olması veya kurucuların bakiye sistemine giriş payını ödemeleri ile Kurulun çoğunlukla alacağı bir kararla söz konusu sınırlamayı kaldırması gerekmektedir. Diğer taraftan faaliyet izninin sınırlandırılmasına imkân tanıyan sebeplerin gerçekleşmesi hâlinde Kurul’un bankanın sınırlanacak faaliyetlerini belirlemede takdir yetkisi mevcuttur. Maddede

---

*hakları ile yönetim ve denetimini, zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi kaydıyla kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla Fona devretmeye yetkilidir.*

*Faaliyet izni kaldırılan kredi kuruluşları bu Kanunda yer alan hükümlere göre, kalkınma ve yatırım bankaları ise genel hükümlere göre tasfiye edilir.*

*Bu madde kapsamında alınan Kurul kararları Resmi Gazete’de yayımlanır. Yayımlanma tarihi ilgililer bakımından tebliğ tarihi olarak kabul edilir” hükmündedir.*

<sup>652</sup> ALICI, age, s. 153-154

sayılan faaliyetler dışında kalan faaliyetlerin tümünde sınırlama yoluna gidilebilecekmiş gibi görünse de Kurul sınırlama yoluna giderken “ölçülülük ilkesi”ni dikkate almalıdır.

Maddenin son fıkrasında aynı zamanda kanundan doğan bir faaliyet iptali sebebi olarak düzenlenmiştir. Fıkradaki kredi kuruluşları ile kastedilen (Kanunun 3.maddesinde tanımı verdiği üzere) mevduat ve katılım bankalarıdır. Buna göre mevduat ve katılım bankalarının mevduat ve katılım fonu kabulü yetkisinin Kurul tarafından kaldırılması bu faaliyetlerin kredi kuruluşlarının varlık nedenleri olmasından ötürü, kredi kuruluşlarının faaliyetlerine devam etmelerini engelleyecektir. Kanun böylesine etkiler doğuracak bir kararın faaliyet izninin kaldırılması niteliğinde olduğunu kabul etmiştir.

Maddede açıkça yer verilmemesine rağmen, madde gerekçesinde “ *bu faaliyet izninin kaldırılması, Sermaye Piyasası Kurulu veya Hazine Müsteşarlığı gibi yetkili merciler tarafından verilen izinlerinde kalkmasını beraberinde getirecektir*” denilerek bu konuda çıkabilecek karışıklıkların önüne geçilmeye çalışılmıştır. Faaliyet izninin kaldırılması ile zaten tüzelkişilik sona erdiğinden gerekçede yer verilmemiş olsaydı bile bu sonuca ulaşılabilirdi. Fakat yine de bu ibareye gerekçeden önce kanunda yer verilmesi daha uygun olurdu.

#### **f) Muafiyet ve Menfi Tespitin Geri Alınması ( RK)**

##### **aa) Genel Olarak**

Rekabet hukukunda toplumsal gereksinimlerden dolayı ortaya çıkan bir kavram olarak “geri alma” konusu yapılabilen “muafiyet” kavramı, kendine özgü bir karakter taşısa da aşağıda kendine özgü yaptırımlar kısmından değil bu kısımda yani idare ile kurulan hukuki ilişkinin uzantısı olan yaptırımlar kısmında incelenmesi daha uygun bulunmuştur. Zira bize göre bu yaptırım idare ile kurulan bir hukuki ilişkiden doğmakta ve bu durum baskın bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle “muafiyetin geri alınması” yaptırımı bu kısımda incelenecektir.

Muafiyet yanında kısaca değinilecek bir diğer konu da menfi tespittir.

#### **bb) 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanuna Göre Muafiyet Rejimi**

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun (RKHK) 4. maddesinde *“Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.”* denilerek, teşebbüslerin aralarında anlaşarak veya ortak uygulamalarla rekabeti kısıtlamaları yasaklanmıştır. Dikkat edilirse 4. maddede esas itibarıyla üç husus yasaklanmaktadır. Bunlar rekabeti sınırlayıcı niteliğe sahip teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birlikleri kararlarıdır. Yine maddenin ifadesinden anlaşıldığı üzere bu tür uygulamaların yasaklanabilmesi için ya amaçlarının ya da ekonomik etkilerinin rekabeti sınırlayıcı bir muhtevaya sahip olması gerekir. Öyle ki, bir anlaşma veya karar henüz uygulanmamış olsa bile hükümlerinden rekabeti sınırlayıcı amaçlı olduğu anlaşılıyorsa, anlaşma uygulanmadan önce de yasaklanabilir. Aynı doğrultuda amacı rekabeti sınırlayıcı olmayan anlaşmalar da uygulandığında fiilen rekabeti önleyici bir etki doğuruyor veya doğuracaksa hukuka aykırı kabul edilmektedir.

İşte muafiyet, rekabeti bozucu anlaşmaya, uyumlu eyleme ve teşebbüs birliği kararlarına 4. madde karşısında kalkan vazifesi görmekte, bunların 4. maddenin ifadesini bulan hukuki sonuçlarla karşılaşmasını önlemektedir. Bir başka anlatımla “muafiyet” 4. maddeye aykırı olan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının rekabeti sınırlayıcı niteliğini ortadan kaldırmamakta aksine bu nitelik devam etmekte fakat özel bazı nedenlerden dolayı bu aykırı durum görmezden gelinmektedir.

Zira rekabeti bozucu bazı anlaşmaların pazardaki rekabeti bozmaları nedeniyle topluma zararları olabileceği gibi ekonominin veya teknolojinin gelişmesini sağlamaları nedeniyle topluma yararları da olabilir. Gerçekten ticari yaşamda bir anlaşmanın yararları ve zararları olabilmektedir. Bu gibi durumlarda yarar ve zarar karşılaştırması yaparak yararları daha fazla olan anlaşmaları yasaklamak yerinde olmayacaktır. Diğer bir deyişle rekabeti bozucu bazı anlaşmaların yasaklanması yarardan çok zarar getirebilir. Bu nedenle anlaşmayı yasaklamanın topluma daha çok yararı bulunması durumunda anlaşmanın hukuka uygunluğunu kabul etmek gereklidir<sup>653</sup>. Bahse konu göz yummanın sebebinin de bu gereklilik olduğu söylenebilir.

RKHK'nın 5. maddesinde bu yarar ve zarar dengesi şu şekilde kurulmaya çalışılmıştır. İlgili maddeye göre;

*“Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı hâlinde, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir:*

*a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,*

*b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması,*

*c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,*

*d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması,*

*Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerlidir.*

*Kurul, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi hâlinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarılabilir.”*

---

<sup>653</sup> İbrahim GÜL, **Rekabet Kurulunun Muafiyet Kararının Adli Mahkemelerin Kararlarına Etkisi**, Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999, s. 4

Maddeden de anlaşılacağı üzere muafiyet sadece işletmeler arası anlaşmalar, birlik kararları ve uyumlu eylemler için söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla hâkim durumun kötüye kullanılmasının ya da birleşme ve devralmaların muafiyet hükümlerinden yararlanmalarına imkan yoktur.

Muafiyet verilebilmesi için maddede sayılan dört şartın birlikte gerçekleşmesinin gerekip gerekmediğine ilişkin olarak ise, maddenin ilk cümlesinde yer verilen şartların tamamının gerçekleşmesi gerektiğine ilişkin hüküm ve madde gerekçesinde geçen muafiyetin verilebilmesi için dört şartın aynı anda mevcut olması gerektiğine yönündeki ifadeler birlikte değerlendirildiğinde muafiyet kararı için dört şartın da aynı anda gerçekleşmesinin gerektiği anlaşılabacaktır.

Doktrinde söz konusu maddeler değerlendirilirken çoğunlukla (a) ve (b) bentlerinde yer alan şartlar ile (c) ve (d) bentlerinde yer alan şartlar birbirinden ayrı iki başlıkla ele alınmaktadır. Yapılan ayrıma göre ilk iki bend bir anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarında mutlaka bulunması gereken öğeleri içermesinden dolayı “*olumlu unsurlar*” olarak nitelenirken, son iki bend de bulunmaması gereken öğeleri içermesinden dolayı “*olumsuz unsurlar*” olarak adlandırılmaktadır.

***a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması;***

Kanunkoyucu bu bentte iki olasılıktan birinin gerçekleşmesini yeterli görmüştür. Buna göre söz konusu rekabeti sınırlayıcı anlaşma ya malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmeye neden olacak ya da ekonomik ve teknik gelişmeye yol açacaktır. Fakat, bu bentte sayılan unsurların bütününe dikkate alarak bir değerlendirme yapmak gerektiği de savunulmaktadır<sup>654</sup>.

<sup>654</sup> Bu bentte belirtilen hususlar bütünüyle birbirinden farklı anlam taşımamaktadır. Ekonomik gelişme aynı zamanda teknik bir gelişmedir veya bunun tersi de mümkündür. Ürünlerin üretim veya dağıtımındaki gelişme, ekonomik veya teknik gelişmelerin bir sonucu olabilir. Zekeriya ARI, **Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları**, Ankara 2004, s.173

Öncelikle malların üretim ve dağıtımının iyileşmesinde, teknik ya da ekonomik gelişmenin sağlanmasında gelişme ve iyileşme, objektif değerlere göre değerlendirilecektir. Sadece anlaşmaya taraf teşebbüslerle sınırlı bir iyileşme yeterli görülemez. Örneğin bir uzmanlaşma anlaşmasında üretimin iyileştirilmesi, bir araştırma-geliştirme anlaşmasının ekonomik ve teknik gelişmeye katkısı, objektif değerlendirmenin çerçevesini gösterir<sup>655</sup>.

Rekabeti kısıtlayıcı hükümler içeren anlaşmanın üretime ve dağıtımın iyileştirilmesine önemli derecede katkı yapmış olması zorunludur. Örneğin üretim maliyetlerinin azaltılması, üretimin veya üretim kapasitesinin artırılması, kalitenin yükselmesi, ekonomik olmayan üretim tekniklerinin terk edilmesi yanında ortak standartlar (kalite, ürün, üretim) koyan işbirliği anlaşmalarının da üretimde iyileşmeye yol açacağı kabul edilebilir. Bu paralelde, bir sektördeki aşırı kapasitede üretim yapan teşebbüslerin kapasitelerini, normal seviyelere indirmeye yönelik anlaşmalar da uzun dönemli, üretimde iyileşmeye yol açan anlaşmalar olarak düşünülebilir<sup>656</sup>. Daha etkili satış faaliyetleri, arzın sürekliliği, pazara giriş kolaylıklarının sağlanması, uygun satış ve garanti hizmetlerinin verilmesi de dağıtımda sağlanan iyileşmeye verilebilecek örneklerdir<sup>657</sup>.

Ekonomik yarar kavramı ise oldukça geniş kapsamlıdır. Bu kavram, bireyin imajını iyi göstermekten başlayarak çevrenin korunmasına, sağlık ve güvenliğe kadar pek çok anlamı içerebildiği gibi bunun da ötesinde, rekabet hukukunun amaçları da gözetilerek istihdamın sağlanması gibi bazı sosyal amaçların gözetilmesi de bu bağlamda değerlendirilebilir<sup>658</sup>. *ASLAN*'a göre sadece ekonomik yarar değil, bu hükümlerde yer alan ifadeler başlı başına oldukça soyut ifadeleridir. Örneğin yeni bir üretim süreci hızlı ve ucuz olması yanında kaliteyi bir miktar bozmuş olabilir. Bunun yanında yazara göre ekonomik gelişmenin artırılması kavramı soyut niteliğini korumakla birlikte genellikle ekonomik büyüme olarak algılanmaktadır ki; bu soyut nitelik doğal olarak uygulayacak makamın takdirine yer bırakmaktadır. Kuralı

---

<sup>655</sup> Metin TOPÇUOĞLU, **Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları**, Doktora Tezi, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tezleri, Ankara, s. 252

<sup>656</sup> TOPÇUOĞLU, age, s. 252-253

<sup>657</sup> ARI, age, s. 174

<sup>658</sup> Bkz.ARI, age, s.173

uygulayacak makam takdirini neden o yönde kullandığını ekonomik analizlerle gerekçelendirmelidir<sup>659</sup>.

Teknik ilerlemenin teşviki ise daha hızlı ve daha gelişmiş veya tamamen yeni bir teknolojinin ortaya çıkarılmasını ifade eder. Ayrıca tüketicinin kullanım imkanını arttıran veya daha güvenli olan yahut daha faydalı olan ürün, teknik ilerleme kapsamında düşünülür<sup>660</sup>.

Rekabet Kurulu PİLSA'nın Üretici Bayileri ile Yaptığı Sözleşmeye Bireysel Muafiyet Tanınması kararında<sup>661</sup> “PİLSA, anılan sözleşme vasıtasıyla ürünün ve üretiminde kullanılacak malzemelerin standartını ve üretim şeklini belirleyip, üretici bayilerin bunlara uymasını sağlayarak, WinSa markası adı altında üretilip, satılacak pencere, kapı ve panjur sistemlerinin standart ve kalite bütünlüğünü sağlamayı, dolayısıyla kaliteyi yükseltmeyi hedeflemektedir. Sözleşme ile kapı-pencere ve panjur sistemleri üretiminin artacağı, belli bir marka aracılığıyla ortak standartları hedefleyen bir imalatın sağlanacağı, profil ve diğer malzeme girdilerinden elde edilen ürün yelpazesinin genişletileceği, üretici ve satıcı bayilerin Türkiye geneline yayılmasıyla dağıtımın iyileşeceği ve tüketicilerin aldığı hizmetin kalitesiyle birlikte markalar arası rekabetin de artacağı, bu çerçevede sözleşmenin ilgili ürünlerin üretiminde ve dağıtımında gelişme sağlama koşulunu sağladığı kanaatine varılmıştır.”

Denizbank-Garanti Bankası, Bonus Kart Program Sözleşmesi Muafiyet Kararında<sup>662</sup> ise “ Hangi hallerin ekonomik yarar sağladığının somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekmele birlikte, üretim ve dağıtım maliyetlerinin düşürülmesi, kalitenin artırılması, malın arzında devamlılığın sağlanması, yeni piyasalara girişin kolaylaştırılması ve yeni ürünlerin ya da üretim tekniklerinin bulunması ekonomik yararın sağlandığı hususlar arasında görülmektedir.

Çok markalı kredi kartlarına yönelik üye işyeri edinme pazarında, Bonus Kredi Kartı Program sözleşmesi sonucunda kapalı ağ olarak faaliyet gösteren bonus üye işyeri ağı Denizbank'a açılmış olacaktır ve Denizbank, yeni bir üye işyeri ağı oluşturmaya gerek kalmaksızın mevcut ağda ihraç ettiği kartları kullandırma imkanına sahip olacaktır. Oysa taksitli kartların taksit/ödül imkanlarının kullanılabilmesi, kart ihraç eden banka ile kabulcü bankanın aynı olmasını gerektirmektedir. Böylece Program sözleşmesi ile, ülkemizde ilk defa çok markalı bir kart ağı bir başka bankanın da kullanımına açılmış olacaktır. Denizbank, yeni üye işyeri anlaşmaları yapmasa dahi, mevcut üye işyeri ağından faydalanan ve güçlü

<sup>659</sup> İ.Yılmaz ASLAN, Teori ve Uygulama Yönünden Rekabet Hukuku, Bursa 2001, s. 134

<sup>660</sup> TOPÇUOĞLU, age, s. 253

<sup>661</sup> Rekabet Kurulunun 06.06.2002 tarih, 02-36/339-167 sayılı kararı ( Kublay ATASAYAR, Danıştay ve Rekabet Kurulu Kararlarıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2005, s. 277)

<sup>662</sup> Rekabet Kurulunun 22.07.2004 tarih, 04-48/639-158 sayılı kararı, ATASAYAR, age, s. 294

*bir marka ile beraber çok markalı kredi kartları piyasasına giriş yapmış olacaktır. Ayrıca Denizbank, sözleşme gereği Garanti Bankası'nın standartlarına erişmek durumunda olduğundan hizmet kalitesinde de iyileşme görülecektir.”* diyerek ilgili bendin soyut halini ortadan kaldırmaya çalışmıştır.

#### ***b) Tüketicinin Yarar Sağlaması***

Bu şart esasında rekabetin kısıtlanması ile ortaya çıkan zararın telafisinde salt ekonomik yönden sağlanan faydanın yeterli olmayacağını, buna ek olarak aynı zamanda toplumsal yönden fayda sağlanması gerektiğini ifade etmektedir.

Bu çerçevede “Tüketici” kavramını açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. EFEM’e göre İngilizce metinde “consumer”, Fransızca metinde “utilisateur” olarak belirtilen bu kavram, sadece malı son aşamada tüketen kişi veya kişiler anlamında anlaşılmamalıdır ki Fransızca metindeki “utilisateur” kullanan, yararlanan kelimesi durumu daha iyi ifade etmektedir. Buna göre, malı herhangi bir üretim aşamasında kullanan herkes<sup>663</sup> (hatta ara malı olarak kullanan üreticiler) tüketici olarak anlaşılmalıdır<sup>664</sup>. TOPÇUOĞLU’na göre de tüketici kavramının içerisine, başta bir ürünün nihai kullanıcıları olmak üzere, mal veya hizmetlerin alıcısı konumundaki bütün kimseler dâhil edilebilir. Bu anlamda sanayi açısından, işleyip satmak üzere hammadde satın alan kimse de tüketici olarak kabul edilebilecektir<sup>665</sup>. Tüketici kavramının bu şekilde değerlendirilmesi rekabet hukukunun amacı ile de paralellik arz etmektedir. Çünkü, rekabet hukuku bakımından sadece son kullanıcılar değil, piyasanın bütününe yönelik koruma öncelik taşınmalıdır. Bu anlamda tüketici kavramının kapsamını da geniş tutmak gerekir<sup>666</sup>.

---

<sup>663</sup> Aksi yönde bkz. Emel BADUR, **Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Serisi, Ankara 2001, s. 138, Yazara göre ara alıcıların tüketici kapsamına sokulması, onların yarar sağlamasına neden olup, gerçek tüketicilerin zararına sonuçlar doğurabilir niteliktedir. Bu kişilerin yapılan anlaşma sonucunda ucuza ve daha iyi dağıtımla aldıkları mal, onların elinden geçtikten sonra aynı avantajlarla tüketiciye yansımaz.

<sup>664</sup> Gül EFEM, **Avrupa Topluluğu Rekabet Politikası Bakımından Roma Anlaşması Md. 85’e Kavramsal Bir Yaklaşım**, Doktora Tezi, Ankara 1993, s. 98

<sup>665</sup> TOPÇUOĞLU, age, s. 254

<sup>666</sup> ARI, age, s. 175



Söz konusu yarar bir “kâr” anlamında kullanılmamaktadır. Yani işletmelerin elde ettikleri kârdan tüketicilere bir pay, bir temettü ayırmaları söz konusu değildir<sup>667</sup>. Tüketicie sağlanan yarar genel olarak rekabeti kısıtlayan işbirliği anlaşmasının doğuracağı ekonomik faydalardır. Bu kapsamda daha düşük fiyatlarla satış, yüksek kalite, geniş seçim imkanı, garanti kapsamı ve satış sonrası hizmetlerin artırılması, satış şartlarının daha cazip hale getirilmesi halleri tüketiciye sağlanan yararlar olarak düşünülebilir<sup>668</sup>.

Tüketicie sağlanan yararın fiilen hemen gerçekleşmesi gerekmemektedir. Potansiyel olarak bu faydanın elde edilebileceğine olan inanç da ilgili anlaşmaya muafiyet verilmesi için yeterli olabilir. Örneğin bir araştırma geliştirme anlaşmasının sonuçlarının tüketiciye yansması uzun bir zaman alabilir. Önemli olan uzun vade de olsa tüketicinin bu anlaşma sonucunda bir yarar elde edebilmesidir<sup>669</sup>.

Söz konusu yararın sınırına ilişkin RKHK’da bir düzenleme olmamasına karşın madde gerekçesinde yer verilen “adil bir pay” kavramı bu ihtiyacı karşılayabilir. Bu kavram Avrupa Topluluğu Antlaşması (ATA)’nın 81/3. maddesinde “uygun ölçüde pay alma” şeklinde ifade edilmiştir.

Rekabet Kurulu PİLSA Kararında “ilgili sözleşme çerçevesinde, üretici bayilerin “hane halkı” olarak nitelendirebileceği alıcılardan başka, katma değer yaratacak şekilde kapı, pencere ve panjur sistemlerini satın alan müteahhitlere, taahhüt firmalarına ve kooperatiflere de ürün satışı yapacakları anlaşılmıştır.

Anılan sözleşme sayesinde, maliyetlerde düşüş, dağıtımda gelişme ve satış noktalarının artırılmasının yanı sıra, servis hizmetlerinin standart ve kalitesinin, fiyat artışları olmadan veya fiyat azalışlarıyla birlikte iyileştirilmesinden tüketicilerin adil bir pay alarak yararlanacakları kanaatine varılmıştır.” derken, Denizbank-Garanti Bankası kararında “ Sözleşme vasıtasıyla Denizbank’ın halihazırda ve gelecekte kredi kartı hamili olan müşterilerinin Türkiye’nin en yaygın üye işyeri ağına dahil olarak çok markalı kredi kartı hizmetinin sağladığı avantajlardan yararlanmalarının mümkün hale geleceği ve Denizbank kredi kartlarının çip teknolojisi kazanması sayesinde kart hamillerine daha güvenli alışveriş yapma imkanı verileceği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, muafiyet verilmesinin ikinci koşulunun da sağlandığı düşünülmektedir.” ifadelerini kullanmıştır.

---

<sup>667</sup> EFEM, age, s. 98

<sup>668</sup> TOPÇUOĞLU, age, s. 254

<sup>669</sup> ARI, age, s. 176

**c) *İlgili Piyasanın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması;***

Bu şartı piyasadaki işleyebilir rekabetin sürdürülebilmesi şeklinde anlamak da mümkündür. Zira rekabet baskısının, piyasanın önemli bir bölümünde kalkması teşebbüslerin daha iyi ürün üretme ve hizmet sunma gayretlerini de azaltacaktır. Kanun bu haliyle piyasadaki fiili ve potansiyel rekabetin devamını garanti altına almış bulunmaktadır<sup>670</sup>.

Bahse konu şartın incelenebilmesi için öncelikle Rekabet Kurulu ilgili piyasayı tespit etmelidir<sup>671</sup>. Daha sonra belirlenen ilgili pazarda rekabetin ortadan kalkıp kalkmadığını öğrenmek için coğrafi pazar ve firmaların pazar payları saptanmalıdır. “Önemli bir bölümünde” ibaresi de her somut olayda somut şartlara göre ele alınmalıdır.

Taraflardan pazar paylarının yüksek olması, her zaman ilgili malların önemli bir bölümü için rekabetin ortadan kaldırılması yolunun açıldığının kabulünü gerektirmez. Bu konuda göz önünde bulundurulması gereken hususlar vardır;

- Üçüncü kişilerin rekabetinin varlığı

-Bundan başka, paralel ithalat yolunun açık tutulması ihraç yasağının bulunmaması hallerinin de rekabetin ortadan kaldırılması tehlikesinin olmadığı açıktır<sup>672</sup>.

Ortak araştırma ve geliştirme, ortak satış ve reklam, belirli ürünlerde karşılıklı olarak üretim kapasitesinin azaltılması ve uzmanlaşma, yeknesak kural veya teknikler getiren anlaşmalar gibi belirli alanlarla sınırlı, taraflar arasındaki rekabeti bertaraf etmeyen anlaşmalar muafiyet kapsamında değerlendirilebilir. Fakat piyasa

---

<sup>670</sup> ARI, age, s. 177

<sup>671</sup> İlgili piyasaya ilişkin ayrıntılı çalışma sonucunda, anlaşmaya taraf teşebbüslerin piyasa payı oranı arttığı ölçüde muafiyet alma imkanları azalacaktır. Tam tersine, anlaşmaya taraf teşebbüslerin piyasa payları azaldığı ölçüde muafiyet alma imkanları artacaktır. Çünkü, ilgili teşebbüslerin piyasa paylarının yüksek olması, piyasadaki rekabetin sınırlanma ihtimalini daha da arttıracaktır. ARI, age, s. 113

<sup>672</sup> EFEM, age, s. 100-101

paylaşımını, sabit fiyat uygulamalarını öngören anlaşmalar, taraflarla sınırlı bir etkiye sahip olsa bile, muafiyet kapsamında değerlendirilemeyecektir<sup>673</sup>.

Rekabet Kurulu Pilsa kararında “ *Dosya mevcudu bilgi ve belgeler çerçevesinde; pazarda 50-60 civarında teşebbüsün olduğu, bu teşebbüslerin 8-10'unun pazarın yaklaşık %80'ine sahip bulunduğu, PİLSA'nın pazar payının ise yaklaşık %5 olması nedeniyle pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması şartının yerine getirildiği anlaşılmaktadır*” derken, Denizbank-Garanti Bankası kararında “ *İşlem hacmi bakımından program paylaşımının mevcut olduğu Mart 2003-Ocak 2004 döneminde Garanti Bankası'nın pazar payı %(....) Denizbank'ın pazar payı %(....); taksitli kart sayısı bakımından ise 2003 yılında Garanti Bankası'nın Pazar payı %(....) ve Denizbank'ın Pazar payı %(....) olarak gerçekleşmiştir. Bu çerçevede iki banka arasındaki rekabeti kısıtlayıcı çeşitli hükümlerin bulunduğu sözleşme ile ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kaldırılmadığı sonucuna ulaşılmıştır.*” şeklinde bu şartın karşılandığını ifade etmiştir.

***d) Rekabetin (a) ve (b) Bentlerindeki Amaçların Elde Edilmesi İçin Zorunlu Olandan Fazla Sınırlanmaması;***

Bilindiği üzere muafiyet, rekabetin kısıtlanmasının göz ardı edilmesidir ki bu noktada göz ardı edilecek bir sınır olduğu da unutulmamalıdır. Zira muafiyet, hiçbir zaman rekabetin ortadan tamamen kaldırılmasına verilmiş bir onay olarak anlaşılmamalıdır. İşte söz konusu şartta bu sınırın belirlenmesine yönelik bir ölçütün saptanması ihtiyacını karşılamaktadır. Buna göre muafiyet tanınabilecek bir anlaşma ancak (a) ve (b) bentlerindeki yararları gerçekleştirebilecek kadar rekabet sınırlaması içerebilecektir.

Rekabeti sınırlayan bir anlaşma ile (a) ve (b) bentlerindeki yararlar gerçekleşse de anlaşmanın tarafları kendi ekonomik çıkarları için, yukarıdaki etkinliklerin gerçekleşmesi için zorunlu olmayan kısıtlamaları da anlaşmaya dâhil edebilir. Rekabet düzeni bazı anlaşmaların faydaları olduğu için muafiyet tanımaktadır. Bununla birlikte faydaların elde edilmesi için zorunlu olmayan kısıtlamalara da izin verilmesine imkân yoktur. İşte bu unsur, yararlar rekabetin kısıtlanması arasındaki dengeyi kurmakta, oranı sağlamaktadır<sup>674</sup>. Diğer taraftan

<sup>673</sup> Bkz. TOPÇUOĞLU, age, s. 256

<sup>674</sup> BADUR, age, s. 142

anlaşmaya taraf teşebbüslerin, amaçlarına, daha az sınırlayıcı bir anlaşma ile ulaşılamayacağını da ispat etmeleri gerekir<sup>675</sup>.

Rekabet Kurulu bir kararında<sup>676</sup> bu şartın ne şekilde anlaşılacağını açıkça ifade etmiştir. *“Kanun’un 5. maddesinde öngörülen bu şart gereği, tüketicilere yansıtılan ekonomik gelişme ve iyileştirmenin elde edilmesinde, rekabeti daha az sınırlayan bir yöntem mevcut ise anlaşmaya muafiyet tanınamayacaktır. Bu koşula aykırılık ya izlenen amacın elde edilmesi için rekabetin gereğinden fazla sınırlandırılması ya da rekabetin sınırlandırılması gereğinin dahi bulunmaması hâlinde olabilir. Teşebbüsler prensip olarak anlaşma ile amaçladıkları ekonomik yararların gerçekleştirilmesinde rekabeti en az sınırlayıcı yöntemi tercih etmekle yükümlüdür.”*

Bu şarta ilişkin bir belirsizlikte “zorunlu olan” ibaresidir. *ASLAN*’a göre bu unsurun belirlenmesinde muafiyet tanımaya yetkili makamlara düşen, daha az sınırlama ile aynı yararların elde edilip edilemeyeceğinin araştırılmasıdır. Bu nedenle sağlanan yararlar için, zorunlu olmayan rekabet sınırlamalarına yol açan anlaşma hükümleri, Komisyon tarafından anlaşmadan çıkarılmaktadır. Örneğin Komisyon tekelden dağıtım anlaşmalarından kaynaklanabilecek dağıtım iyileşmeleri için, tek dağıtıcıya topraksal bir koruma sağlanmasının zorunlu olmadığını belirtmiştir<sup>677</sup>.

*EFEM*’e göre ise bu konuda bir görüş zorunlu olmayan sözü, üretimin bu sınırlamalar olmaksızın, gelişmemesini ifade etmekte ise de kısıtlamanın arzu edilen amaç veya getirilen ekonomik avantajlarla orantılı olması gerekmemektedir. Zira unsur sadece amacın gerçekleşmesi için gerekli ölçünün aşılmasını istemektedir. Diğer görüş ise ilk görüşe oranlılık konusunda katılmamakta ve kısıtlama ile amaç arasında bir oran aramaktadır. Hatta maddenin düzenlenişi, bu oranın bozulmamasını amaçlamıştır. Fakat Yazar’a göre zorunlu olmayan kısıtlamalara gidilmemesi unsuru amaç ile kısıtlama arasındaki bir oranlılığı gerektirmemektedir. Bu konu daha ziyade üretimin ve dağıtımın gelişmesi içinde değerlendirilmelidir. Sonuç olarak, rekabete bu anlamda getirilen kısıtlamanın öncelikle amaca ulaşmak için zorunlu olması ve amacın ötesine gitmemesi gerekir<sup>678</sup>.

---

<sup>675</sup> ARI, age, s. 179

<sup>676</sup> MARİN Römorkör-DEKAŞ Palamar Hizmetleri Muafiyet Kararı, **15.07.2004 tarih, 04-47/616-153 sayılı Kararı**, ATASAYAR, age, s. 29

<sup>677</sup> İ. Yılmaz ASLAN, **AT Rekabet Hukuku**, Ankara 1992, s. 149

<sup>678</sup> EFEM, age, s. 99

Rekabet Kurulu PİLSA kararında “ sözleşme, üretici bayilerin WinSa PVC kapı, pencere ve panjur sistemlerinin üretimi ve satışı için gerekli tüm ana malzemeleri sadece PİLSA’dan alacağı ve söz konusu ürünler ile rekabet eden kapı ve panjur sistemlerini üretilip satamayacağı, ayrıca PİLSA’nın da üretici ve satıcı bayileri haricindeki müşterilere doğrudan satış yapamayacağı konusunda hükümler içermektedir. PİLSA’nın, üretici bayilerine bağlı olarak çalışan “Satıcı Bayilerin” siparişlerini kabul etmemesi ve siparişi üretici bayi üzerinden sağlaması da taahhütler arasındadır. Bu hükümlerin dışında firma, aynen bir franchise sözleşmesinde olduğu gibi yeknesak görünümlü bayi sistemi, standart kıyafetli personel, PİLSA’nın kurumsal kimliğine uygun araç gereçlerin (kartvizit, reklam tabelası, ilan, broşür vb.) kullanımı, nitelikli eleman çalıştırma zorunluluğu ve asgari miktarda profil satın alınması gibi sınırlamaları uygulamaktadır. Bu sınırlamalar, kurulmak istenen üretim ve dağıtım kanalının ana unsurlarını teşkil etmektedir.

1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım ve 1997/4 sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği çerçevesinde, yeniden satıcıya; malların tüm çeşitlerini veya en az belli bir miktarını satın alma, anlaşma konusu malları sağlayıcı tarafından belirlenmiş marka veya paketleme ve sunuş şekliyle satma, reklam yapmak, stok bulundurmak, satış ağı oluşturmak, garanti sağlamak, nitelikli eleman çalıştırmak gibi satış artırma uygulamalarında bulunma gibi yükümlülüklerin bir kısmının veya tamamının yüklenmesi hâlinde, anlaşmaya 4. maddenin uygulanmasından muafiyet tanınabilmektedir. Dolayısıyla, yukarıda yer verilen maddeler ile getirilen kısıtlamaların, sistemin işlemesi ve ondan beklenen faydaların sağlanması için zorunlu olandan fazla sınırlama getirmediği anlaşılmıştır.” şeklinde bir karar vermiştir. Kurul aynı kararında, sözleşmenin sona ermesi hâlinde üretici bayiye, 1 yıllık bir rekabet etme yasağı getirilmesine ilişkin kayda yönelik olarak şu değerlendirmelerde bulunmuştur; “Şirket tarafından üretici bayilerine WinSa markası ile üretimi yapılacak pencere, kapı ve panjurlar hakkında teknik bilgilerin verilerek ve eğitimler düzenlenerek kurumsal bir kimlik oluşturulmaya çalışıldığı, dolayısıyla bayilere yapılan yatırımın, teknik bilginin ve marka imajının korunması amacıyla bu yasağın getirildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle getirilen 1 yıllık rekabet yasağı süresinin, (a) ve (b) maddelerindeki amaçların elde edilmesi açısından zorunlu olandan fazla kısıtlayıcı olmadığı kanaatine varılmıştır.”

Söz konusu kararda rekabet sınırlamasının düzeyine ilişkin kısımda buna ek olarak “ Sözleşmenin 3.2.2. maddesinde, PİLSA’nın üretici ve satıcı bayileri haricindeki müşterilere (müteahhitler, taahhüt firmaları vb.) direkt satış yapamayacağı hükmü ile 3.2.3. maddesinde “PİLSA’nın üretici bayilerine bağlı olarak çalışan satıcı bayilerine üretici bayileri üzerinden satış yapacağına” dair düzenlemesi bulunmaktadır. 1997/4 sayılı Tebliğ’de “sağlayıcıya, anlaşma konusu malları veya anlaşma konusu mallara rakip malları yeniden satıcının ana satış bölgesinde ve onunla aynı dağıtım seviyesinde dağıtmama yükümlülüğünden başka rekabet sınırlaması yüklenemez” prensibi yer almaktadır. Bu çerçevede, anılan maddelerde yer alan sınırlamaların, üretici bayi ve satıcı bayilerin dağıtım sistemi içerisindeki konumlarını ve satış hedeflerini koruyabilmeleri için gerekli ve anlaşmanın nihai hedefi için zorunlu olduğu anlaşılmıştır.” İfadelerine de yer verilmiştir.

Kurul Denizbank-Garanti Bankası kararında “ Bonus kredi kartı program sözleşmesi'nin ‘Garanti Bankası’nın Denizbank tarafından çıkartılacak olan Bonus kredi kartlarına Denizbank tarafından uygulanacak olan her türlü ücret, faiz, komisyon gibi kart hamillerinden talep edilen tutarların, Garanti Bankası tarafından talep edilen ortalama oranın/tutarın azami %(...) eksik veya fazla olması hususunu Denizbank’a tavsiye ettiği’ 5.2.f maddesi ve ‘Denizbank’ın, kendisi tarafından web üyesi yapılarak Bonus Kredi Kartı Programı’na dâhil edilecek üye işyerlerince verilecek bonus oranlarını belirleme yetkisine sahip olduğu, ancak söz konusu oranların, Garanti Bankası tarafından sektör bazında önerilen oranların altına düşmeyeceğinin öngörüldüğü’ 5.3.a maddesinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca sözleşmenin 5.2.c. maddesinde yer alan ‘ taraflar, diğer tarafa ait mevcut bonus kredi kartlarını kendilerine çekmek amacı ile kampanya düzenleyemezler’ ve ‘ taraflar, reklam ve ilanlarında kendileri tarafından verilen bonus kredi kartlarını diğer tarafça verilen bonusu kredi kartlarından daha avantajlı olduğunu belirtmek suretiyle reklam, tanıtım vb. uygulama yapamazlar’ ifadeleri de rekabet kısıtlaması yaratmaktadır.

Garanti bankası, taksitli/ödüllü kartların yaygınlaşması üzerine “Bonus Card” markası ile pazara giriş yapmıştır ve alışveriş cirosu ile kart hamili sayısı bakımından ikinci sırada bulunmaktadır. Sözleşmenin uygulanması neticesinde Denizbank kart hamilleri, yaygın bir ağ oluşturan bonus üye işyerlerinden taksitli/ödüllü alışveriş yapma imkânına sahip olmakta, Denizbank ise benzer bir ağ oluşturma maliyetlerinden tasarruf etmektedir. Bununla birlikte genel olarak tüketici birden fazla karta sahiptir ve kolayca ödül/taksit oranı ile ödeme koşulları kendisine daha uygun gelen bankanın kartını kullanmaya başlayabilmektedir. Bu nedenle rekabetçi bir yapıya sahip olan pazarda, tüketicilere sağlanan avantajların dolayısıyla marka imajının korunması önem arz etmektedir. Öte yandan Denizbank’ın üye işyerlerince verilecek bonus oranlarını belirleme yetkisine getirilen Garanti Bankası’nın sektör bazında önerilen oranların altına düşmeyeceğine dair kısıtlama ise, her ne kadar üye işyeri kazanımı sırasında işyerine bir yük ve tarafların uygulayacağı orana bir alt sınır getirse de, nihai tahlilde tüketicilerin yararınadır. Zira belirlenen oranların altına inilememesi ama üzerine çıkılabilmesi nedeniyle tüketiciler daha fazla bonus kazanma imkanına sahip olacaklardır. Bu hususlar dikkate alınarak, bildirime konu anlaşma ile getirilen kısıtlamanın ortaya çıkan yararlar kıyaslandığında rekabeti zorunlu olandan fazla kısıtlamadığı kanaatine varılmıştır.” ifadeleri ile söz konusu şarttan anlaşılması gerekeni ifade etmiştir.

İnceleme konusu yapılan bu muafiyet şartlarına ilişkin doktrindeki bir başka tartışma da Rekabet Kurulu’nun dört şartın gerçekleşmesi ile muafiyet verilmesine yönelik yetkisinin takdir yetkisi mi, bağlı yetki mi olduğudur. GÜL’e göre Rekabet Kurulu, dört şartın var olması durumunda muafiyet kararı vermekle yükümlü değildir. Nitekim kanunkoyucu “...muaf tutulmasına karar verebilir...” ifadesini kullanmıştır. Diğer bir deyişle Kurul muafiyet vermek için dört şartın varlığını

aramalıdır; ancak bu dört şart var olsa dahi muafiyet vermeyebilir<sup>679</sup>. *TOPÇUOĞLU* da bir zorunluluk olmadığının altını çizmekte, fakat Kurul'un takdir hakkını kullanırken keyfi davranamayacağını, kanunî şartların tamamının varlığına rağmen muafiyet talebini reddini haklı gösterecek gerekçeleri kararında belirtmesi gerektiğini savunmuştur. Yazar bu sonucun AB uygulaması için de geçerli olduğunu ve Adalet Divanının Komisyonunun takdir yetkisine müdahale etmediğini fakat Mahkemenin Komisyon kararının gerekçelerini incelediğini ve gerektiğinde kararı bozduğunu ifade etmiştir<sup>680</sup>.

*ASLAN* yukarıda yer verilen görüşü eleştirmekte ve 5. maddenin birinci fıkrasının sonundaki “verebilir” sözcüğünden hareketle ileri sürülen görüşlerin Rekabet Kurulu'na fazla keyfi davranma olanağı tanıyacağını savunmakta ve eğer koşulları varsa muafiyet vermemenin hangi gerekçeye dayandırılabilceği sorusunu yöneltmektedir<sup>681</sup>. Rekabet Kurulu'nun söz konusu yetkisinin bir takdir yetkisi olduğu kabul edilse bile Kurul'un, bu dört şartın gerçekleşmesine rağmen muafiyet talebinin reddine ilişkin kararının idari yargı denetimine tâbi olma olanağının bulunduğu ve bu süreçte Kurul'un red kararının gerekçesini açıklamak zorunda kalabileceği unutulmamalıdır.

Kanunun 5. maddesinin 2. fıkrasına göre “*muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerlidir.*” *ASLAN*'a göre buradaki “şart” ve “yükümlülük” özel hukuktaki şart ve yükümlülük kavramlarından<sup>682</sup> daha geniş anlamda kullanılmıştır.

---

<sup>679</sup> GÜL, agm, s. 6

<sup>680</sup> TOPÇUOĞLU, age, s 247-248

<sup>681</sup> ASLAN (2001), s. 138

<sup>682</sup> Şart (koşul) günlük dilde bir sonucun doğumunu etkileyen belirsizlikleri ifade eder. Hukuksal işlemlerde şart kavramında da bir belirsizlik söz konusudur. Buna göre, hukuksal işlemin kurulması ya da hükümlerini devam ettirmesi ileride doğup doğmayacağı belirsiz olaylara bağlandığında ortada bir şart şartı bağlı bir işlem söz konusu olur. Ahmet KILIÇOĞLU, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2001, Cilt II, s. 496

Şart ile mükellefiyetin arasındaki ilk önemli fark, şartın gerçekleşmesi ile hukuki işlem sonuçlarını doğurur veya daha önce doğmuş olan bu sonuçlar ortadan kalkar. Buna karşılık, mükellefiyet hukuki işlemin sonuçlarını doğurmasına veya ortadan kaldırmasına etkide bulunmaz. İkinci olarak şart, bağımsız bir varlığa sahip değildir. Şart, ancak asıl işleme bağlı(fer'i) olarak konulur; asıl işlem

Toplulukta bireysel muafiyet kararlarının verilebildiği dönemde geçerli olan 17/62 sayılı Tüzüğün 8/1. maddesi, muafiyet kararının belirli bir süre için verilebileceği ve şartların ve yükümlülüklerin bu karara ayrıca eklenebileceği şeklinde bir düzenlemeyi içermektedir. Başka bir deyişle, Türk mevzuatındaki gibi muafiyet kararı belirli şartların yerine getirilmesine (erteleyici şarta) bağlanmamakta; muafiyet verilmekte, getirilen şartlar ve/veya yükümlülükler ise verilen muafiyet kararının devamına ilişkin olmaktadır<sup>683</sup>.

Rekabet Kurulu'nun bugüne kadar önüne gelen muafiyet incelemelerinin tamamına yakınında şart kavramını sözleşmelerdeki bazı hükümlerin değiştirilmesi ve tayin edilen bir süre içerisinde bu değişikliğin yapılarak Kurum'a tevsik edilmesi şeklinde yorumlandığı, şart ve yükümlülük ayrımının net olarak ortaya konulmadığı ve yükümlülük olarak nitelendirilebilecek unsurların şart veya koşul olarak adlandırıldığı ve daha önemlisi sözleşme hükümlerinin değiştirilmesinin erteleyici şart olarak getirildiği görülmektedir<sup>684</sup>.

Esasında şart ve yükümlülük arasındaki en önemli fark, şartın hukuki işlemin sonuç doğurmasına veya sonuçlarının ortadan kalkmasını doğrudan etkilemesidir. Erteleyici şarta bağlanmış bir hukuki işlem, ancak şartın gerçekleşmesi durumunda sonuç doğurmaya başlayacak; bozucu şarta bağlanmış bir hukuki işlem ise, şartın gerçekleşmesi durumunda kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Bu durumlarda, şartın gerçekleşmesinin en önemli sonucu, işlemin sonuç doğurmasını doğrudan, başka bir karar ihtiyaç duyulmaksızın etkilemesidir. Yükümlülük ise, şarttan farklı olarak işlemin sonuç doğurmasını doğrudan etkilemektedir. Yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda, verilecek idari para cezasının yanı sıra, alınacak bir karar ile işlem ortadan kaldırılabilir. Kurul kararlarında da, muafiyetin şarta veya yükümlülüğe bağlanması bu açıdan önem kazanmaktadır. Kararı verecek olan irade,

---

bağımsız düşünülemez. Bu nedenle asıl işlem kazandıran tarafından geçersiz olursa, şart da geçersiz olur. Oysa asıl işlem den bağımsız mükellefiyet söz konusu olabilir. Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1999, Cilt II, s.1152

Şart, işlemin hüküm doğurmasını etkiler fakat yükümlülük getirmez. Mükellefiyet ise, işlemin hüküm doğurmasını etkilemez fakat yükümlülük getirir. Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2000, s. 850

<sup>683</sup>Nazlı AKSOY/Hilmi BOLATOĞLU/Şahin YAVUZ, **Rekabet Hukukunda Muafiyet ve Birleşme/Devralma Kararlarının Şarta Bağlanması**, Rekabet Dergisi Sayı:25, Ocak-Şubat-Mart 2006, s. 12

<sup>684</sup> AKSOY/BOLATOĞLU/YAVUZ, agm, s. 14-15



getirdiği koşulun şart mı, yoksa yükümlülük mü olduğunu açık bir şekilde belirlemeli ve kararında bunun hukuki sonuçlarının neler olacağını ifade etmelidir<sup>685</sup>.

Muafiyet kendi içinde bireysel muafiyet ve grup muafiyeti olarak iki türe ayrılmaktadır. “*Bireysel muafiyet*” 2005 değişikliğinden önceki tanımı ile ilgililerin talebine üzerine ve RKHK’nun 10. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinin tersinden anlaşıldığı üzere, bildirilmiş anlaşmaların Rekabet Kurulu tarafından 5. maddede aranan şartların varlığı hâlinde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem veya birlik kararının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulması hakkında verilen karardır. Fakat 2005 yılında 5388 sayılı Kanun ile 5. maddede yapılan değişiklik ile “*ilgililerin talebi üzerine*” ibaresi madde metninden çıkarılmış ve bunu takiben bildirim yükümlülüğü de kaldırılmıştır. Böylece söz konusu değişiklikler öncesi ancak teşebbüslerin başvurusu (talebi) üzerine muafiyet değerlendirmesi yapabilen Rekabet Kurulu bu değerlendirmeyi artık kendiliğinden de yapabilme imkânına kavuşmuştur.

Bildirim yükümlülüğünün kaldıran yasa değişikliğine rağmen, ihtiyari de olsa bildirim imkânı devam etmekte ve Rekabet Kurulu bireysel muafiyet verme konusunda tek yetkili organ olmaya devam etmektedir<sup>686</sup>.

Grup muafiyeti ise 5. maddenin son fıkrasında düzenlenmiş ve Kurul’a belirli türdeki anlaşmaları 4. maddenin kapsamı dışında tutmaya yarayan grup muafiyet tebliğleri çıkarma yetkisi tanınmıştır.

Bazı standart anlaşmaların her birine bireysel muafiyet kararı verilmesi hem Rekabet Kurulu’nun zamanını alacaktır, hem de emek ve kaynak israfına neden olacaktır. Bunun gibi, bazı anlaşma gruplarının sağladığı yararların belli şartların varlığı hâlinde zararlarından daha fazla olduğu kabul edilmektedir. Kanunkoyucu bu ihtiyacı göz önüne alarak Rekabet Kurulu’na grup muafiyeti tebliği çıkarma yetkisi vermiştir. Diğer bir deyişle Rekabet Kurulu, bir anlaşma grubuna giren anlaşmaların tamamına tek bir karar ile muafiyet tanıyabilir. Rekabet Kurulu, grup muafiyet kararı

<sup>685</sup> AKSOY/BOLATOĞLU/YAVUZ, agm, s. 15

<sup>686</sup> AKSOY/BOLATOĞLU/YAVUZ, agm, s. 11

ile bir statü yaratır ve bu statü kapsamına giren anlaşmalar otomatik olarak RKHK.'NIN 4.maddesinin hükümlerinin uygulanmasından muaf olurlar<sup>687</sup>.

Kanun'un 5. maddesinin getirdiği şartların bireysel muafiyet yanında grup muafiyeti için de aranıp aranmayacağı noktasında doktrinde, çoğunluk görüşün bu şartların grup muafiyetleri içinde geçerli olduğu noktasında olduğu sözlenebilir. *TOPÇUOĞLU*'na göre *"Bazı yazarlar<sup>688</sup> bu şartları bireysel muafiyet başlığı altında incelemekle birlikte, söz konusu şartların grup muafiyetleri açısından da gerekli olduğundan kuşku duymamak gerekir. Bu durum Kurulun, 'birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi hâlinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler' çıkarabileceği şeklinde ifade edilmiştir<sup>689</sup>."* *TEKİNALP*, sözkonusu şartların bireysel muafiyetler yanında grup muafiyeti içinde arandığını ifade ederken<sup>690</sup>, *ARI* *"Bu şartlar her ne kadar bireysel muafiyet açısından geçerliymiş gibi görünmekte ise de, Kurul'un grup muafiyeti tebliğleri çıkarırken bu koşullara riayet etmesi gerekir. Aksi takdirde bu tebliğlerin iptali söz konusu olabilir<sup>691</sup>."* görüşündedir.

Menfi tespit ise Kanunun 8. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir;

*"İlgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu üzerine Kurul, elinde bulunan bilgiler çerçevesinde bir anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme ve devralmanın bu kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verebilir.*

*Kurul, bu belgenin düzenlenmesinden sonra 13 üncü maddedeki şartlar çerçevesinde görüşünden her zaman dönebilir. Ancak bu durumda taraflara Kurulun görüş değiştirmesine kadar geçen süre için cezaî müeyyide uygulanmaz."*

Menfi tespit sonucunda, karara konu olan anlaşma, uyumlu eylem, birlik kararı veya birleşme ve devralmanın rekabeti sınırlayıcı olmadığına karar verilmektedir. Oysa muafiyet bunun tam tersi bir anlama sahiptir. Muafiyet tanınan anlaşma, uyumlu eylem ya da birlik kararının rekabeti sınırladığı baştan kabul edilmekte; ama belirtilen faydaları beraberinde getirdiğinden, yasaklama kapsamı dışında

---

<sup>687</sup> GÜL, agm, s. 9-10

<sup>688</sup> Bkz. ASLAN (2001), s. 134

<sup>689</sup> TOPÇUOĞLU, age, s. 251

<sup>690</sup> Ünal TEKİNALP, *Avrupa Birliği Hukuku*, İstanbul 2000, s. 424

<sup>691</sup> ARI, age, s. 172

tutulmasına imkân tanınmaktadır. Bu iki kararın kapsamı da farklıdır. Muafiyet yukarıda ifade edildiği gibi sadece anlaşma ve anlaşma türlerine, uyumlu eylemlere ve birlik kararlarına verilebilmektedir. Menfi tespit ise hem anlaşma, uyumlu eylem ve birlik kararları, hem de birleşme ve devralmalar hakkında yapılabilmektedir. Bunun yanında menfi tespit sadece 4. maddeye değil 6. (Hakim Durumun Kötüye Kullanılması) ve 7. maddelere (Birleşme ve Devralma) de aykırılığın olmadığını tespit etmektedir.

### **cc) Muafiyetin Geri Alınması**

Muafiyetin geri alınması ayrı bir hükümle Kanunun 13. maddesinde;

*“Aşağıdaki hallerde muafiyet ve menfi tespit kararları geri alınabilir yada tarafların belirli davranışları yasaklanabilir:*

- a) Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması,*
- b) Karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi,*
- c) Kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması.*

*Geri alma kararı (a) bendinde değişikliğin olduğu tarihten, diğer hallerde ise muafiyet veya menfi tespit kararının verildiği tarihten itibaren geçerlidir.*

*(c) bendinde belirtilen yanlış ve eksikliğin ilgili teşebbüsün hilesi veya kastı ile gerçekleşmesi hâlinde karar hiç alınmamış sayılır.”* şeklinde hükme bağlanmıştır.

Kanun’un ifadesinden de anlaşılacağı üzere Rekabet Kurulu muafiyeti sadece geri almak yetkisine değil, bunu yapmaksızın tarafların belirli davranışlarını yasaklamak yetkisine de sahiptir. Bir başka anlatımla üç bent hâlinde sayılan şartların gerçekleşmesi hâlinde muafiyet geri alınmaksızın, tarafların bazı hareketleri yasaklanabilecek ve yeni yükümlülükler yüklenebilecektir.

Bir değişikliğin, kararın geri alınmasına neden olabilmesi için esaslı nitelikte olması gerekir. Esaslı nitelikte olmayan değişiklikler bireysel muafiyetin geri alınmasına neden olmayacaktır. *ARF*’ya göre Kurul, bu değişikliği öngörebilseydi bireysel muafiyeti vermeyecek idi ise bu değişiklikleri esaslı kabul etmek gerekir.

Maddede şart ve yükümlölüklerin yerine getirilmemesi hâlinin bir geri alma sebebi olarak sayılmış olması bizim de katıldığımız üzere şu şekilde eleştirilmektedir. *“Aslında şartın gerçekleşmesi hâlinde muafiyetin ancak ayrı bir Kurul kararı ile geri alınabilmesi hem muafiyetin şarta bağlanması mantığına hem de Topluluk düzenlemelerine aykırı düşmektedir. Zira muafiyetin şarta bağlanması durumunda, şartın gerçekleşmesi başka bir karar gerek olmaksızın doğrudan muafiyeti geçerliliğine etki etmektedir. Dolayısıyla Kurul’un bir geri alma kararına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu durumda söz konusu düzenlemenin şartın değil yükümlölüğün yerine getirilmemesiyle ilişkili olarak yorumlanması gerekmektedir<sup>692</sup>.”*

Maddede (a) bendi ile diğer iki bent arasında geri almanın etkisine ilişkin olarak yaratılan farkın nedenini, (a) bendindeki sonuca kişinin iradesi dışında meydana gelen gelişmelerin yol açmasında diğer iki bentte yer alan sonuçlara ise doğrudan kişinin davranışlarının yol açmasında aramak gerekmektedir.

Doktrinde, muafiyetin geri alınması ile ilgili en önemli tartışma, 13. maddenin (2) ve (3) numaralı fıkraları arasındaki ayrımın varlığına ilişkin yapılmaktadır. ASLAN’a göre 2. fıkranın varlığı karşısında 3. fıkra gereksizdir. Her ikisinde de Rekabet Kurulu gerekli her türlü yaptırımı, para cezaları dâhil uygulayabilir. Eğer ikisinden farklı sonuçlar bekleniyorsa bunun açıkça belirtilmesi gerekirdi ki metin incelendiğinde her ikisinin de sonuçlarının aynı olduğu anlaşılmaktadır<sup>693</sup>.

Bu görüşe karşı görüşü savunan yazarlardan GÜL’e göre RKHK’nın 13. maddenin son fıkrasının RKHK’nın 8. maddesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle kanunkoyucu, muafiyet kararının hiç alınmamış sayılmasını kabul ederek Rekabet Kurulu’na ceza verebilme imkânı sağlamıştır. Buna karşılık muafiyetin diğer şekillerle geri alınması durumunda Rekabet Kurulu’nun görüşünü değiştirmesi söz konusu olduğundan ceza verilemeyecektir<sup>694</sup>.

---

<sup>692</sup> AKSOY, BOLATOĞLU, YAVUZ, age, s. 16

<sup>693</sup> ASLAN (2001), s. 142

<sup>694</sup> GÜL, agm, s. 8

*SANLI*, da ilk görüşü eleştirerek düzenlemenin yanlış veya eksik bilgilendirmenin kasta dayanıp dayanmaması arasında açık bir fark gözetme amacıyla kaleme alındığını ifade etmiştir. Yazar’a göre bir anlaşma hakkında muafiyet kararı alındığı takdirde, bu karar geriye etkili hüküm ifade etmekte ve anlaşma, ya yapıldığı andan ya da bildirim tarihinden itibaren geçerli kılınmakta ayrıca diğer idari ve hukuki yaptırımlardan da istisna tutulmaktadır. İşte geri alma kararı, muafiyet verildiği tarihten itibaren hüküm ifade ettiği takdirde, muafiyetin geriye etkili olduğu bu dönemde, anlaşma hukuken geçerli kalmakta ve muafiyetten yararlanmaktadır. Buna karşılık muafiyet kararının hiç alınmamış olması demek, anlaşmanın her zaman için 4. madde yasağına tabi olması ve muafiyet sonrası veya öncesi ayırımına yer olmamasıdır<sup>695</sup>.

Söz konusu iki fıkranın yasa koyucu tarafından konuluş amacı ile bunlar arasındaki içerik ve yarattığı etkiler yönünden mevcut farkları ifade etmeden önce “*idari işlemlerde yokluk*” halini ve bunun ne gibi sonuçlar doğurduğunu incelemek gerekmektedir.

Fransız Hukukunda *yokluk* konusunun idare hukukunun en belirsiz konularından olduğu kabul edilmekle birlikte, “*idari işlemlerin yokluğu doktrini*” işlemin ab initio (doğumundan itibaren) geçersiz olduğunu kabul eder<sup>696</sup>. Kendisine yokluk yaptırımı uygulanan bir idari karar hukuken hiç doğmamış, hukuk âleminde hiç ortaya çıkmamış sayılır. Dolayısıyla, bu tür bir idari karar hiçbir sonuç doğurmaz. Böyle bir idari karara, ne ilgililerin ne de o kararı almış bulunan idari makamın uyma yükümü vardır. Yoklukla malul bir idari karara uymayan ilgili hakkında herhangi bir cezai müeyyide de uygulanamaz<sup>697</sup>.

Peki bir idari karar hangi hallerde yok hükmünde sayılacaktır? Bu konuda ilk ihtimal Kanun’un kendisine yokluk yaptırımı uygulanacak idari kararı açıkça göstermesidir. Bu ihtimalden çıkarılacak ve asıl belirsizliği teşkil eden husus ise

---

<sup>695</sup> Kerem Can SANLI, **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Serisi, Ankara 2000, s. 237

<sup>696</sup> Bkz. Yücel OĞURLU, **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, Ankara 2003, s. 119

<sup>697</sup> GÜNDAY, age, s. 151

hakkında kural bulunmayan idari kararlardır. Hakkında kural bulunmayan idari kararlar bakımından sakatlığın ağırlık ve açıklık derecesine bakmak gerekecektir. Sakatlık çok ağır ve ilgililerce kolay anlaşılabilen türden ise, ortada yok hükmünde bir idari karar var demektir. Ancak hangi hallerde sakatlığın çok ağır ve ilgililerce kolayca anlaşılabilir olduğunu saptamak bakımından objektif bir ölçüt bulmak da imkansızdır. Her bir somut idari karar ayrı ayrı ele alınarak, sakatlığın çok ağır ve ilgililerce kolayca anlaşılabilir türden olup olmadığına bakılacaktır<sup>698</sup>.

Yokluk yaptırımına birtakım sonuçlar bağlanmıştır. Öncelikle yok hükmünde olan işlemlere karşı her zaman dava açılabilir. Yani yok hükmünde sayma müeyyidesi, bazı ağır nedenlerle sakatlanmış olan bir işleme karşı, “dava açma süresi” geçmiş olsa bile dava açılmasına ve bazı apaçık hukuka aykırı durumların istikrar kazanmasına engel olunmasına imkan verir<sup>699</sup>. Bir diğer önemli sonuç ise yok hükmünde olan işlemlerin idarece süre kısıtlamasına girmeksizin her zaman geri alınabilir olmasıdır.

Bu çerçevede son olarak üzerinde durulması gereken bir diğer sonuç ise “*idari istikrar*” ilkesinden kaynaklanmaktadır. İdari istikrar ilkesi, hukuka aykırı işlemlerin iptali ya da geri alınması hâlinde, bu işlemlerden doğmuş olan sonuçların korunması amacıyla içtihadın geliştirdiği kavramlardandır. Bu kavramın hukuka uygun işlemlerin geri alınmasında ya da düzeltilmesinde koruyucu bir dayanak olarak kullanıldığı görülmektedir<sup>700</sup>. Nasıl özel hukukta iyiniyet himaye görüyorsa, idare hukukunda da “*idareye güven*” şeklinde tezahür eden iyiniyetin himaye görmesi zorunludur. Zira, “*idareye karşı güven*” olmadan bir toplumda yaşanmaz ve bu nedenle de idarenin, vatandaşların ona güvenlerini sarsıcı veya kaybettirici davranışları kadar vahim bir hâl düşünülemez. Dolayısıyla idare, sakat bir tasarrufunu geri alırken, o tasarrufla veya ona müsteniden meydana gelen hukuki durum veya münasebetlere uymalı, sakatlık söz konusu değilmiş gibi, saygı göstermelidir<sup>701</sup>.

---

<sup>698</sup> GÜNDAY, age, s. 152

<sup>699</sup> GÖZLER, age, s. 894 (Cilt I)

<sup>700</sup> OĞURLU (2003), s. 190

<sup>701</sup> ÖZYÖRÜK, age, s. 198

Danıştay konuya ilişkin bir kararında<sup>702</sup> yasaya aykırı olan bir işlemin bile üzerinden belli bir süre geçtikten sonra yarattığı hukuki sonuçların korunmasını, idarede istikrar prensibinin gereği olarak görmüştür. Fakat Danıştay bu ilkenin uygulamasının da bir sınırı olduğu gerçeğinin şu şekilde ifade etmiştir.

*“Hukuka aykırı bir işlemin ise kazanılmış hak doğurabileceğini söylemek pek kolay olmamakla beraber, sakat bir işlemin de bundan yararlananlar lehine bir hak doğurabileceği ve subjektif sonuçlar meydana getireceği açıktır. yok işlemler, ilgilinin hilesine dayalı işlemler, idarenin açık hatası sonucu yapılan işlemler ve hemen hak doğurmaya elverişli olmayan işlemlerin kazanılmış bir hak doğurmayacağı da tartışmasızdır. Bunlar dışındaki idarenin bazı hukuka aykırı işlemlerinin, hukuka uygun olmasalar bile ilgili lehine yarattığı hukuki durumların belli bir süreden sonra değiştirilmesi idarenin istikrarı ilkesine aykırı düşer. Bu işlemler hukuka aykırı olsalar bile yargısal başvurma süresi geçirildikten sonra hukuki sonuçlarının korunması gerekir<sup>703</sup>.”*

OĞURLU bu yönde verilmiş Danıştay kararlarından şu sonuçları çıkarmaktadır;

- Hukuka aykırı işlemlerin bile *hukuken korunacak subjektif sonuçları vardır.*
- Bir dereceye kadar korunabilecek söz konusu hukuka aykırılık, yok işlemler, ilgilinin hilesine dayalı işlemler ve açık hatayı *kapsamamaktadır.*
- Bu koruma, sosyal ve ekonomik güvenliğin şartı olan *“idari istikrar ilkesi” nin dolaylı bir sonucudur<sup>704</sup>.*

Tüm bu anlatılanlar çerçevesinde 13. maddenin son fıkrası incelendiğinde fıkradaki *“karar hiç alınmamış sayılır.”* ibaresi ile kastedilen, yukarıda da ifade edildiği üzere kararın yok hükmünde olmasıdır. Zira yokluk hâlinde o idari karar hukuk alanında hiç doğmamıştır. Yani doktrin tarafından göz ardı edilen en önemli husus budur.

İdare hukuku doktrininde madde metninde yokluk yaptırımına bağlanan *“ilgili teşebbüsün hilesi veya kasıt”* yokluk yaptırımı içerisinde düşünülmemektedir. Yani söz konusu davranışların işlemin yokluğu sonucunu doğuracağı söylenemez. Yani kanunkoyucu bu kabulü de dikkate alarak teşebbüslerin hile ve kasıt içeren davranışlarını ağır bir yaptırıma bağlamak istemiştir. Daha önce de ifade edildiği

<sup>702</sup> Danıştay 10. Dairesi K.1985/10 (naklen OĞURLU (2003), s. 192)

<sup>703</sup> Danıştay 1. Dairesi, 19/12/1988 tarih, E. 1988/336, K. 1988/355

<sup>704</sup> OĞURLU (2003), s. 193

üzere yokluk yaptırımının karşımıza çıkabildiği iki şekilden biri, kanunun kendisine yokluk yaptırımı uygulanacak idari kararı açıkça göstermesidir ki, 13. maddede böyle bir durum söz konusudur. Bu nedenle 13. maddenin son fıkrasına giren muafiyet kararlarının yukarıda değindiğimiz yokluk yaptırımının sonuçları ile karşılaşacağı ve bu sonuçlar nedeniyle muafiyetin geri alınmasından çok farklı sonuçlar doğacağı söylenebilir. Sonuç olarak 13. maddedeki ayırım doktrinde bu şekilde anlaşılmalıdır.

Muafiyetin geri alınmasına ilişkin bir diğer anlaşmazlık da grup muafiyetinin geri alınmasında ortaya çıkmaktadır. Bilindiği üzere Rekabet Kurulu, grup muafiyet kararı ile bir statü yaratır ve bu statü kapsamına giren anlaşmalar otomatik olarak RKHK.'nın 4.maddesinin hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulur. Yani grup muafiyetine ilişkin bir anlaşmanın kapsamına girerek muafiyet kazanan bir anlaşmanın muafiyetinin Kurul tarafından alınacak bir kararla geri alınması imkânı yoktur. Zira idareyi geri alma işlemi yapmaya sevk eden etken, daha önce hukuka aykırı bir işlem yapmış olmasıdır. Dolayısıyla geri alma işleminin sebep unsurunu daha önce alınmış bulunan sakat bir idari karar oluşturur<sup>705</sup>.

Bu durumda anlaşmaya tebliğle sağlanan muafiyet nasıl geri alınacaktır. Örneğin bu muafiyet, Kurul tarafından çıkarılan tebliğle sağlandığına göre geri almanın da kurul tarafından çıkarılacak bir tebliğle yapılabileceği savunulabilir mi? İlk bakışta bu durum İdare hukukunun “*Usulde paralellik ilkesi*” ne uygundur. Fakat YAYLA usulde paralellik ilkesini yetkide paralellik ilkesi kadar katı bir şekilde uygulamanın her zaman mümkün olmadığını savunarak bu hususu şu örnekle açıklamaktadır; “*Sözgelimi tarihi ve kültürel değeri olan bir yerde yapılacak inşaat için, Taşınmaz Eski Eserler Yüksek kurulunun görüşü alınarak bir inşaat ruhsatı verilse fakat ruhsatın, imar mevzuatının başka hükümlerine ters düştüğü tespit edilerek geri alınması gerekse, bunun için tekrar Yüksek Kurulun görüşünü alma zorunluluğunun ileri sürmek mantıklı ve haklı gözükmeyiz.*”<sup>706</sup> Benzer bir durumun da grup muafiyetinin geri alınmasında yaşandığını, bu nedenle grup muafiyet şartlarını

---

<sup>705</sup> GÜNDAY, age, s. 158

<sup>706</sup> Yazar bu görüşüne dayanak olarak verdiği Conseil d’Etat’ın içtihadına göre “... Şekil ve usulde paralellik, ancak, ilk işlemde kanun koyucuyu özel şekil şartları aramaya sevk eden nedenler; aksine işlem için de geçerliliğini koruyorsa aranır.” Bkz. LAUBADERE (A.de). No:503, YAYLA, age, s. 87



kaybeden anlaşmaların Kurul tarafından bir tebliğ ile geri alınmasının haklı görülemeyeceği söylenebilir.

Bu konuda savunulan bir diğer görüşe göre ise, Kurul grup muafiyeti kapsamına giren bir anlaşmanın sonradan muafiyet koşullarıyla bağdaşmayan etkilere sahip olduğunu tespit ederse, söz konusu muafiyeti bir kararla değil soruşturma kapsamına almak suretiyle sona erdirecektir. Zira muafiyet kapsamına alınan anlaşmalar esasen rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olduklarından ve ilgili anlaşmalara muafiyet tanınmasını gerektiren haklı sebepler sona erdiğinden Kurul re'sen bu nitelikteki anlaşmaları soruşturma kapsamına alacaktır<sup>707</sup>. Bir diğer görüşe göre ise grup muafiyeti bir kararla verilmediği için, geri alınması da söz konusu değildir. Olsa olsa anlaşmanın grup muafiyeti tebliği içine girip girmediğinin tespiti kararı verilebilir<sup>708</sup>.

## **h) İmtiyaz Sözleşmesi, Ruhsat ve İznin İptali ( TK)**

### **aa) Genel Olarak**

Telekomünikasyon Kurumu, 2813 sayılı Telsiz Kanunu, 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ve diğer kanunlarda öngörülen görevlerini yerine getirmek üzere 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun 4502 Sayılı Kanun ile değişik 5 inci maddesi uyarınca kurulmuştur. Ulaştırma Bakanlığı'na bağlı ve Katma Bütçeli statüdeki Telsiz Genel Müdürlüğü tarafından 2813 Sayılı Kanun'a istinaden radyokomünikasyon regülasyonu, özelleştirme sürecine giren ve işletmecilik vasıflarıyla birlikte Türk Telekom A.Ş. tarafından 406 sayılı Kanun çerçevesinde telekomünikasyon regülasyonu ile ilgili bir kısım görevlerin yürütülmekte olduğu bir durumda; 4502 Telekomünikasyon Kurumu'na verilmiştir.

Telekomünikasyon Kurumu'nun faaliyete başlaması ve kanunlardaki son düzenlemeler ile verilen görevler sonucunda Telekomünikasyon sektöründe

---

<sup>707</sup> TOPÇUOĞLU, age, s. 263

<sup>708</sup> Ibid (naklen BADUR, age, s. 156)

geliştirilmekte olan serbestleşme hareketi regülasyon sürecine girmiştir. Bu kapsamda sektörde politika belirleme, idari düzenleme yapmak ile birlikte, idari işlevlerin birbirinden ayrılması ve her bir işlevin, o işlevin niteliğine uygun esaslar çerçevesinde yürütülür hale getirilmesi, idari özerkliği olan düzenleyici bir otoritenin idari düzenlemeleri yapması ve uygulaması, işletmecilik faaliyetlerinin de ekonomik esaslar çerçevesinde ticari kuruluşlar tarafından yerine getirilmesinin sağlanması, sektörün ticari esaslar dâhilinde ekonomik yönden daha verimli ve etkin yürütülmesi amacıyla serbest rekabete açılması hedeflenmiştir. Bunun yanında ülkemizde adil ve serbest rakabete dayalı dinamik ve güçlü bir telekomünikasyon sektörü oluşturmak, sektör ile ilgili genel strateji ve politikaları geliştirmek, tüketici haklarının korunmasını sağlayacak önlemler almak, frekans ve numara gibi kıt kaynakların planlanarak etkin ve verimli kullanımını sağlamak amaçlanmıştır<sup>709</sup>.

#### **bb) Telekomünikasyon Lisans Rejimi**

Avrupa Birliği (AB) ülkelerinde ilgili ülkeye ait telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde Lisans usulünün öne çıktığı görülmektedir. Halbuki ulusal mevzuatımızda telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde başvurulacak yöntemler sınırlı sayı ilkesine tâbi tutulmuştur. Buna göre 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'na göre telekomünikasyon hizmeti görülme yöntemi olarak görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı ve genel izin dışında bir yöntem öngörmemiştir.

Bu çerçevede AB ülkelerinde kullanılan lisans teriminin telekomünikasyon hukukumuz açısından ne ifade ettiği konusunda soru işaretleri oluşabileceği gibi aynı zamanda konuya ilişkin üst başlığımız da anlamsız hâle gelebilecektir.

Bu soru işaretlerini bertaraf eden düzenlemelerden şu an itibarıyla en yeni olanı 26 Ağustos 2004 tarihli “*Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği*”dir. İlgili Yönetmeliğin 4 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasında “Lisans: Kullanıldığı yere göre, görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi ya

---

<sup>709</sup> **Telekomünikasyon Ekseni**, Telekomünikasyon Kurumu Yayın Organı, Ocak-Şubat-Mart Sayı:1, Ankara 2002, s. 6

da telekomünikasyon ruhsatını ifade eder” denmektedir. Bu hüküm nedeniyle, AB ülkelerinde kullanılan lisans teriminin hukukumuz açısından oldukça geniş bir yelpazeye hitap ettiği söylenebilir. Fakat lisans teriminin açılımına yönelik bu hükümde genel izne yer verilmemesini anlamak güçtür. Zira genel izin lisans kavramının kapsamı içinde düşünülemeyecek ayrı bir kavram olarak görülüyorsa bu son derece yanlıştır ki yukarıdaki Danıştay kararında da vurguladığımız üzere izin ve lisans kavramları aynı anlama gelmektedir.

Lisans kavramına ilişkin 406 sayılı Kanun ile AB mevzuatı arasında yer alan bu belirsizliği gidermeye çalıştıktan sonra telekomünikasyon hizmetlerinin ve altyapısının yürütülme yöntemini ayrıntılı olarak düzenleyen hükümler içeren 27 Ocak 2000 tarih ve 4502 sayılı Kanun’dan şu çıkarımları yapabiliriz<sup>710</sup>;

-Kanun, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesini tamamiyle kamu hukuku rejimine tâbi tutmuş, bu hizmetlerin özel hukuk sözleşmesi ile görülmesi yöntemini, Anayasa’nın 47 inci maddesi yasa koyucuya böyle bir olanak vermiş olmasına rağmen, benimsenmemiştir.

-Kanun, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinin kamu hukuku rejimine tâbi olmasını belirlemekle yetinmemiş, kamu hukukuna tâbi görülüş yöntemlerinden hangileriyle yürütülebileceğini de sayma yoluyla sınırlamıştır.

-Kanun, hangi telekomünikasyon hizmetinin hangi görülüş yöntemiyle yerine getirileceğine karar verme yetkisini Ulaştırma Bakanlığı’na vermiştir. Bakanlığın bu yetkisi ise, daha sonra çıkarılan 4673 sayılı Kanun’la, Telekomünikasyon Kurumu’na geçmiştir.

Yukarıda sayma yoluyla belirlendiğini ifade ettiğimiz kamu hukukuna tâbi tutlan telekomünikasyon yöntemleri görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon hukuku ve genel izindir.

---

<sup>710</sup> ULUSOY (2002), s. 39

Görev sözleşmesi, kanundaki tanımı ile “ *Türk Telekom ile Bakanlık arasında, katma değerli hizmetler dahil, her türlü telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi ve telekomünikasyon altyapısının işletilmesi ile ilgili hak, yetki ve yükümlülükleri düzenlemek üzere, şartlar muvacehesinde Bakanlığın takdir edeceği bir süre için akdedilen sözleşme*” bir başka anlatımla bazı telekomünikasyon hizmetlerinin kamu tüzelkişileri eliyle gördürülme yöntemi idi. Bu sözleşmeyle Türk Telekom A.Ş.’ye sözleşmede öngörülen bazı telekomünikasyon hizmetlerinin lisansı verilmiş bulunmaktaydı.

406 sayılı kanunun 2 inci maddesinin (d) bendinde “*Türk Telekom’un görev sözleşmesi hükümleri, tekel süresinin bitiminden sonra da geçerliliklerini korumaya devam eder*” belirlemesi yapıldıktan sonra, “*tekel süresinin bitiminden sonra, aksi görev sözleşmesi ve GSM görev sözleşmesinde belirtilmediği müddetçe, görev sözleşmesi ve GSM görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi için belirlenen hükümlere tâbi olur*” ifadesine yer verilmiştir.

Türk Telekom’un 2005 yılında özelleştirilmesinden sonra Türk Telekom ile kurum arasında ayrı bir imtiyaz sözleşmesi imzalanmıştır. Kanun’daki görev sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin konusuz kalmasını ise Telgraf ve Telefon Kanunu’na 16.06.2004 tarihinde 5189 sayılı Kanunun 5. maddesiyle eklenen ek 33. madde ile Türksat Uydu Haberleşme Kablo TV ve İşletme Anonim Şirketi (Türksat A.Ş.)<sup>711</sup> unvanı altında bir anonim şirket kurulması önlemiştir denebilir. Türksat A.Ş. ile Kurum arasında, belirtilen hizmetlerin yürütülmesi ve alt yapısının işletilmesi ile ilgili hak, yetki ve yükümlülükleri düzenlemek üzere bir görev sözleşmesi imzalanmıştır.

---

<sup>711</sup> EKİCİ’ye göre Kanunda yer alan hükümlerde uydu işletmeciliği konusunda Türksat A.Ş.’nin tekel hakkına sahip olduğuna dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Tam tersine diğer kişiler de uydu işletmeciliği yapabileceklerdir. Zira; “diğer operatörlere ait uydular” ibaresiyle buna izin verilmiş gibi görünmektedir. Öte yandan Telgraf ve Telefon Kanunu’nun 3. maddesinin (c) bendinde; “*Frekans , uydu pozisyonu ve numaralandırma gibi kıt kaynakların tahsisini ihtiva eden, .....telekomünikasyon hizmetleri veya altyapısı ancak Bakanlık ile akdedilecek bir imtiyaz sözleşmesi ile yürütülür*” hükmü yer almaktadır. Yazara göre Türksat A.Ş.’nin durumu Türk Telekom’un sektörün diğer operatörlere açıldığı 31.12.2003’ten özelleştirilinceye kadarki süredeki statüsüyle aynıdır. Yani isteyen özel işletmeciler Kurum tarafından yetkilendirilmek suretiyle uydu işletmeciliği yapabileceklerdir. Bu yetkilendirme Kurumla işletmeci arasında imzalanacak olan bir imtiyaz sözleşmesi ile olacak ve işletmeciye uydu pozisyonu tahsisi edilecektir. Şerafettin EKİCİ, **Özel Sektöre Açıldıktan Sonra Türk Telekomünikasyon Hukuku**, İstanbul 2006, s. 89

406 sayılı Kanun'un 4502 sayılı Kanunla değişik ikinci maddesi ile Kanun'da sayılan telekomünikasyon hizmetleri görölüş usulleri ile yürütülemeyecek iki parçalık bir çekirdek alan yaratılmıştır. Bu çekirdek alan tersinden düşündüğümüzde bir kamu hizmeti alanı değil özel alan olarak görülebilecektir.

Özel alanın kapsamına giren bu çekirdek alanın birinci parçasını göre bir gerçek veya tüzelkişi kendi kullanımındaki taşınmazların dâhilinde ve her bir taşınmazın sınırları dışına taşmayan, münhasır olarak şahsi veya kurumsal ihtiyaçları için kullanılan ve üçüncü şahıslara herhangi bir telekomünikasyon hizmeti verilmesinde kullanılmayan kişisel telekomünikasyon tesisleri oluştururken ikinci parçasını kamu kurum ve kuruluşlarının münhasıran verdikleri hizmetler ile ilgili olarak özel kanunları uyarınca kurdukları telekomünikasyon tesisleri oluşturmaktadır.

Katma değerli telekomünikasyon hizmetleri<sup>712</sup> ruhsat veya genel izin ile sunulabilir. Telekomünikasyon altyapısı ve hizmetlerinden, frekans, uydu pozisyonu ve numaralandırma gibi kıt kaynakların tahsisini içerenler; her bir işletmeciye belirli özel hak ve yükümlölüklerin verilmesini gerektirenler veya sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülecek olanlar sadece imtiyaz sözleşmesi ile gördürülebilir. Burada öngörölün sözleşmenin idare hukukunda bir idari sözleşme türü olarak öngörölün tipik bir imtiyaz sözleşmesi olduğu açıktır<sup>713</sup>.

Mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım ve benzeri katma değerli hizmetler ancak imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatı ile yürütülebilir.

---

<sup>712</sup> 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 1 inci maddesine göre Katma değerli telekomünikasyon hizmetleri; *"Aboneler arasında iletilen ses ve veri dahil her türlü mesajın formu, muhtevası, kodu, protokolü veya benzer hususları üzerinde bilgisayar işlemleri ile veya başka surette işlem yapıp, aboneye veya kullanıcıya ilave, farklı veya yeniden yapılandırılmış bir mesaj ileten veya yüklenilmiş, kaydedilmiş mesaj ve veriler ile aboneler arası interaktiviteyi sağlayan telekomünikasyon hizmetleri"* şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>713</sup> ULUSOY (2002), s. 51

Lisans en çok yirmi beş yıl süre ile geçerli olacak şekilde düzenlenir. Lisansın yenilenmesi talebiyle sözleşme süresinin bitiminden yirmi dört ve altı ay önceki tarihler arasında Kuruma, lisansın yenilenmesi için başvurulabilir. Kurum yenileme talebini o tarihte yürürlükte olan mevzuata göre değerlendirir. Genel izinde ise bir kayda alma usulü benimsenmiştir ve bu kaydın süresi kurum nezdinde tutulan kayıta kayıtlı bulunulan zaman kadardır.

Kurum gerekli gördüğü her bir hizmet türü için ayrı ayrı olmak üzere telekomünikasyon hizmetinin görülüşünde başvurulacak yöntem ile bu hizmetin nasıl ve hangi şartlarla yapılacağını, başvuru ve yetkilendirmeye ilişkin usul ve esasları belirleme hakkına sahiptir.

Telekomünikasyon sektöründe uygulanabilecek idari yaptırımlarda bize yol gösterecek madde genel bir düzenleme içeren 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 2 inci maddesinin 4673 sayılı Kanunla değişik (f) bendidir. Bahse konu bent *“Kurum; Türk Telekom dahil işletmecilerle imzaladığı sözleşmelerin ve verdiği genel izin ve telekomünikasyon ruhsatlarının şartlarına uyulmasının sağlanması için gereken tedbirleri almaya, faaliyetlerin mevzuat ile görev ve imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin şartlarına uygun yürütülmesini izleme ve denetlemeye, aykırılık hâlinde ilgili işletmecinin bir önceki takvim yılındaki cirosunun %3'üne kadar idari para cezası uygulamaya, milli güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya ya da ağır kusur hâlinde imtiyaz sözleşmesini, telekomünikasyon ruhsatını ya da genel izni iptal etmeye yetkilidir.”* hükmünü içermektedir.

Anlaşılaacağı üzere bentte, kanunkoyucu imzalanan sözleşmelerin ve verilen genel izin ve telekomünikasyon ruhsatlarının şartlarına aykırılık hallerini en az milli güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmemesi halleri kadar kabul edilemez görmüştür. Zira söz konusu aykırılıkların tümünde Kurum'a aynı yaptırımı uygulama, daha doğrusu yaptırımı belirlemeye yönelik aynı geniş takdir yetkisini vermiştir.

Bu noktada anılan geniş takdir yetkisinin de inceleme konusu yapılması zorunludur. “Gerekli tedbirler” ifadesinin bir benzerine Sermaye Piyasası Kanunu’nun 46/A maddesinde “*gerekli her türlü tedbiri*” alma şeklinde bir ifade kullanılarak yer verilmiştir. Sermaye Piyasası Kurulu’na verilen bu yetki, çalışmamızda kendine özgü yaptırımlar kısmında inceleme konusu yapılacaktır. Telekomünikasyon Kurumu’na verilen bu geniş takdir yetkisinin içi, aşağıda değinilecek olan 05/09/2004 tarihli ve 25574 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “*Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları İle Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmelik*” (Yönetmelik) ile doldurulmuştur.

Öncelikle “tedbir” ile kastedilenin ne olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır. Tedbir kavramı “önlem” anlamına gelip, idari tedbirler, kamu düzenini bozucu eylemlerin engellenmesi için başvuru yollarıdır. Diğer bir ifadeyle, tedbirler önleyici nitelikteki idari yaptırımlardır<sup>714</sup>.

Hukuk devleti ilkesi açısından Kurum’un yaptırım uygulayacağı davranışlar ile yaptırımların açıkça yasada belirlenmesi gerekmesine rağmen, mevcut düzenlemede Kanun sadece tedbir alınacak veya yaptırım uygulanacak durumları tespit etmiş, tedbirleri ve yaptırımları belirleme konusunda ise Kurul’a geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Olması gereken açısından bu yaptırımların en azından, idare tarafından düzenleyici işlemler ile somutlaştırılması gerekir. Zira kanunkoyucunun idareye sınırsız bir takdir yetkisi tanınması da, “idari davranışın koşullarını tamamen belirsiz bırakması da” hukuk devleti ilkesini zedeler<sup>715</sup>. Bu gereklilik kısmen de olsa karşılanmış ve Kurum tarafından ilgili yönetmelik çıkarılmıştır.

İdareye yaptırımları belirleme noktasında bu şekilde bir takdir yetkisi tanınsa bile, idare idari yaptırımları uygularken ölçülülük ilkesini göz önünde bulundurmak

<sup>714</sup> Melikşah YASİN, *Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri*, Ankara 2002, a. 208

<sup>715</sup> Metin GÜNDAY, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, s. 145-146. Yazar, takdir yetkisini “idarenin davranış koşullarındaki belirsizlikten kaynaklanan bir yetki ve serbesti” olarak tanımlamaktadır.

zorundadır. Çünkü nasıl ki işlenen suç ile verilen ceza arasında adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun bir oran bulunması gerekiyorsa, yaptırımlar alanında da aynı ilke ve kuralın geçerli olduğunu kabul etmek gerekir<sup>716</sup>. Kamu düzenini tehdit eden durumun ortadan kaldırılması için temel özgürlükler gereğinden fazla sınırlandırılmışsa, idari işlemin ölçüsüz olduğundan söz edilir<sup>717</sup>. Danıştay 1971 yılında verdiği bir kararında “*yasalarda suç sayılan eylemlerin karşılığı cezalar gösterilmemişse, suç ile ceza arasında bulunması gereken denge ve makul oranın göz önünde bulundurulması gerekir.*” diyerek ölçülülük ilkesini vurgulamıştır<sup>718</sup>. Tüm bu anlatılanlar doğrultusunda Kurum’un kanunda kullanılan “gerekli tedbirler” ifadesini ölçülülük ilkesine tam uyumlu olarak algılamak ve uygulamak zorunluluğu bulunduğu söylenebilir.

#### **cc) İmtiyaz Sözleşmesinden doğan idari yaptırımlar**

##### **aaa) Genel olarak imtiyaz sözleşmesi**

Genel olarak imtiyaz sözleşmeleri, konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olan, bir kamu hizmetinin masrafları, kârı ve zararı özel kişiye ait olmak üzere, bir özel kişi tarafından kurulmasını ve belli bir süre işletilmesini veya kurulmuş bulunan bir kamu hizmetinin belli bir süre işletilmesi usulüdür<sup>719</sup>.

Danıştay’a göre imtiyaz “*idarenin gerçek ve genel olarak sermaye şirketi olan bir tüzel kişi ile yaptığı sözleşmeyle, bir kamu hizmetinin belirli ve uzun bir süre içinde kurulması ve işletilmesinin karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel alınmak ve giderleriyle kar ve zararı özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimidir*”<sup>720</sup>.

İmtiyaz sözleşmesine ilişkin verilecek tanımlar görüldüğü üzere ister istemez kamu hizmetinin de -tezimizin kapsamının dışında kalsa da- irdelenmesi

<sup>716</sup> ÖZAY, idari yaptırımlar, s. 59

<sup>717</sup> ERKUT, age, s. 108

<sup>718</sup> D. 5.D, 18/01/1971 gün, E.1968/5769, K.1971/220, aid, C.4, S.1, 1971, s. 25

<sup>719</sup> Yahya ZABUNOĞLU, **Bir İdari Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri**, Hukuk Kurultayı 2000, s. 491

<sup>720</sup> Danıştay 1.D., 24/09/1992, E.1992/232, K. 1992/294, Danıştay Dergisi, sayı:87, s.37



zorunluluğuna sebep olmaktadır. Bu nedenle kısaca kamu hizmeti kavramı üzerinde durulacaktır.

Esas sorun hangi faaliyetin kamu hizmeti olduğuna kimin karar vereceği, bu kararı vermeye yetkili organın hangi faaliyetleri kamu hizmeti olarak belirleyebileceği ve bu yetkili organ tarafından bir faaliyetin kamu hizmeti olarak belirlenip belirlenmemiş olduğu açıkça belli değilse, bu konuda çıkan bir uyuşmazlıkta, o faaliyetin kamu hizmeti olarak belirlenmiş olup olmadığının nasıl anlaşılacağıdır<sup>721</sup>.

Anayasa Mahkemesi kamu hizmeti kavramını “*en geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri 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 etkinlikler*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>722</sup>. Yüksek Mahkeme’nin bir başka kararına göre “*kamu hizmetleri aslında bir bütündür. Bunun yerine getirilmesi ilke olarak devlete aittir. Ancak toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmamaktadır*”<sup>723</sup>.

Bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi, her şeyden önce siyasal organların iradesine bağlı olduğuna göre, öncelikle kanunkoyucunun iradesine bakmak gerekecektir. Buna göre, kanunda bir faaliyetin kamu hizmeti olduğu belirtilmiş ise sorun yoktur. Ancak kanunda böyle bir açıklık yoksa, bir takım ölçütlere başvurmak suretiyle kanunkoyucunun iradesini belirlemek gerekecektir. Bu ölçütlerin belli başlıları ise, söz konusu faaliyetin yürütülmesi için kamulaştırma, ceza kesme veya tekel kurma gibi kamusal yetki ve usullerin yanı sıra, bu faaliyetin yürütülmesine ilişkin olarak yapılacak sözleşmelerde özel hukuku aşan kayıt ve şartların bulunmasıdır. Bu ölçütlerden bir veya birkaçının bir arada bulunması, söz konusu

---

<sup>721</sup> ULUSOY (2002), s. 3

<sup>722</sup> AYM, 28/06/1995, E.1994/71, K.1995/23, <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR./İPTAL İTİRAZ>

<sup>723</sup> AYM, 12/04/1990, E.1990/, K.1990/6, <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR./İPTAL İTİRAZ>

faaliyetin özel kesim faaliyetlerinden farklı bir faaliyet olarak görülmesine ve kamu hizmeti olarak kabul edilmesinde yeterli olacaktır<sup>724</sup>. Burada da görüldüğü gibi hizmete konu faaliyet baz alınmakta ve siyasi iktidar zamana ve mekana göre değişen toplumsal ihtiyaçlara ve sosyo-ekonomik yapıya göre o faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesini gerektirecek derecede kamu yararı içerip içermediğine karar verecektir<sup>725</sup>.

TAN kamu hizmetini belirlemenin tek ölçütünün kamu hizmetini kuranların iradesi olduğunun pozitif düzenlemelerle de ortaya çıktığını savunmakta; buna kanıt olarak da “kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin” kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devleştirilebileceğinin düzenleyen Anayasanın 47 inci maddesini göstererek “*demek ki özel teşebbüs tarafından yürütülen bir faaliyet belirli bir zamanda kamu hizmeti niteliği kazanabiliyor ve buna da yasama organı karar veriyor*” demektedir<sup>726</sup>.

Anayasa mahkemesi önceleri herhangi bir alanın kamu hizmeti alanı olarak kabulüne yönelik olarak yasama organının iradesine üstünlük tanıyan bir tavır takınırken<sup>727</sup> sonrasında verdiği daha yakın tarihli kararlarında<sup>728</sup> bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığını saptarken niteliğine bakmak gerektiğini açıkça belirtmiş ve anayasal denetim görevini yaparken kanun koyucunun bu konudaki nitelendirmeleriyle bağlı olmadığını ve bir uyuşmazlık durumunda o faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığına kendisinin karar vereceğini vurgulamıştır. Nitekim yüksek mahkemenin, faaliyetin kamu hizmeti olduğuna ilişkin bir kararına yukarıda yer verilmiştir<sup>729</sup>. Anayasa Mahkemesi’nin kendinde böyle bir yetki görmesini haklı olarak eleştiren ULUSOY’a göre “*herhangi bir faaliyetin teknik anlamda kamu hizmeti olup olmadığını belirlemede, bu konuda çıkan uyuşmazlığı çözmekle görevli*

---

<sup>724</sup> GÜNDAY, age, s. 298

<sup>725</sup> ULUSOY (2002), s. 7

<sup>726</sup> Turgut TAN (1991), **Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı**, Anayasa Yargısı, Sayı 8, s. 235

<sup>727</sup> “Hiç şüphesiz, anayasal kurallara uygun olmak koşuluyla, kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde, yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti tesis edebilir.” AYM, 28/11/1985, E.1985/2, K.1985/22 sayılı kararı

<sup>728</sup> AYM, 09/12/1994, E.1994/43, K.1994/42-2; 28/06/1995, E.1994/71, K.1995/23, <http://www.anayasa.gov.n/KARARLAR/İPTAL İTİRAZ>

<sup>729</sup> Bkz yukr. s. 54

*organ, sözkonusu faaliyetin içeriğine ve niteliğine bakarak karar vermeyip, o faaliyetin siyasi iktidar/yasama organı tarafından kamu hizmeti olarak belirlenmiş olup olmadığını inceleyecektir. Eğer siyasi iktidar bu konudaki iradesini açıkça beyan etmişse sorun olmayacak fakat beyan etmemişse görevli organ varolan ifadelerden yasakoyucunun iradesinin ne yönde olduğunu tespiti çalışacaktır”<sup>730</sup>.*

Bu noktada imtiyaz sözleşmesinden doğan idari yaptırımlara geçmeden önce kamu hizmetinin imtiyaz sözleşmesi ile görülmesinin sonuçlarına da değinmek gerekmektedir. Kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle görülmesinin en önemli sonuçlarından biri, bir “tekel” oluşturmastır. Tekelden başka, aslında idareye ait olduğu kabul edilen yaptırım uygulama, lehine kamulaştırma yapılmasını isteme gibi hizmetin yürütülmesi için gerekli fakat üstün yetkiler hep bu imtiyaz sözleşmesi sonucu özel hukuk tüzel kişisi şirketin yararlanabileceği ayrıcalıklar olarak kabul edilmektedir. Nitekim, işte bu nedenledir ki asıl kamu hizmetinin kendisinde bulunan “imtiyaz”, yani “ayrıcalık”, bir sözleşme ile ona sahip kılınan özel hukuk tüzel kişisi şirkete geçmektedir. Yine bu usulde de kamu hizmetine egemen olduğu kabul edilen süreklilik, eşitlik, değişkenlik ve uyarlanma gibi tüm ilkelerin yükümlüsü yine özel hukuk tüzel kişisi şirket olmaktadır. İdare de kamu hizmetinin gerçek sahibi nitelik ve sıfatıyla genel düzenlemeler yapabildiği gibi, yararlananlardan alınacak “bedel”e ilişkin tarifeler de onun tarafından yapılmakta ve şirkete yüklenebilmektedir<sup>731</sup>.

Telekomünikasyon hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde “imtiyaz” yöntemi, ilk kez, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununa 4000 sayılı Kanunla eklenen ek madde 18 ile “işletme lisansı” adı altında yasal bir çerçeveye sahip olmuştur. Dolayısıyla telekomünikasyon hizmetlerinde imtiyaz yöntemi 1994 yılından bu yana hukuk sistemimizde mevcuttur. “işletme lisansı” adıyla tanımlanan imtiyaz yöntemi ile belli bazı katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi düzenlenmektedir. Buna göre, “Ulaştırma Bakanlığı (4673 sayılı Kanunla artık TK) ile sermaye şirketleri arasında, tekel oluşturmayacak biçimde mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım ve benzeri katma değerli telekomünikasyon

<sup>730</sup> ULUSOY (2002), age, s. 15

<sup>731</sup> ÖZAY, age, Ankara 2002, s.254

hizmetlerinin kurulması ve işletmesi konusunda bir lisans sözleşmesi imzalanabilir<sup>732</sup>.

İmtiyaz sözleşmeleri yoluyla telekomünikasyon hizmeti gördürülmesine dünyada ve Avrupa ülkelerinde oldukça az rastlanmaktadır. Avrupa Birliği makamları üye ülkelere telekomünikasyon hizmetlerini idari izin yöntemi ile gördürmelerini önermektedir<sup>733</sup>. Buna rağmen bazı telekomünikasyon hizmetlerinin ise imtiyaz sözleşmesi yoluyla gördürüldüğü gözlenmektedir. Örneğin Avusturya’da telefon rehber basım ve dağıtım hizmetleri imtiyaz sözleşmesi yöntemiyle gördürülmektedir<sup>734</sup>.

AB lisans rejimi, frekans ve numara gibi kıt kaynakların tahsisinde bireysel lisans uygulanmasına karşın diğer durumlarda ise genel izin kullanılmaktadır<sup>735</sup>. Hatta 07/03/2002 tarihli haberleşme şebekeleri ve hizmetlerine ilişkin yetkilendirme yönergesinde<sup>736</sup> haberleşme şebekeleri ve hizmetlerinin Avrupa içerisinde geliştirilmesini teşvik etmek ve hizmet sağlayıcıların ve tüketicilerin tek bir pazarın ucuzluğundan yararlanmalarını sağlamak adına, ulusal düzenleme mercinin hiçbir açık kararına ya da idari eylemine gerek kalmaksızın herhangi bir prosedür gereksinimini yalnızca bildirimle sınırlı tutarak tüm elektronik haberleşme şebekeleri ve hizmetlerine yönelik genel bir yetkilendirme yoluna gitmektedir.

Telekomünikasyon hizmetlerinde genel yetki ve bireysel lisans hakkında konsey direktifi<sup>737</sup>, telekomünikasyon sisteminin kurulmasının onay verilmesi açısından, kıt kaynakların kullanımının gerektirmesi hâlinde bireysel lisans için 4

---

<sup>732</sup> Burak ÖZTÜRK, **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri**, Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, Ankara 2000, s. 156-157

<sup>733</sup> AB Lisans Direktifi 97/13/EC ve Telekomünikasyon Hizmetleri Direktifi 90/388/EEC

<sup>734</sup> AJDA, 2001, s. 106 ( naklen, ULUSOY, age, s.51)

<sup>735</sup> Köksal ÖZENÇ, **AB’de Telekomünikasyon Politikaları, AB Müktesebatı ve Türkiye Tarafından Alınması Gereken Tedbirler Üzerine Bir Araştırma**, Uzmanlık Tezi, Telekomünikasyon Kurumu, Ankara Nisan 2002, s. 17, [http://www.tk.gov.tr/yayin/uzmanlik-tezleri/Köksal\\_Özenç-tez.pdf](http://www.tk.gov.tr/yayin/uzmanlik-tezleri/Köksal_Özenç-tez.pdf)

<sup>736</sup> 2002/20/EC sayılı AB direktifi

<sup>737</sup> AB ülkelerinde, Avrupa Komisyonu Telekom sektöründeki düzenleyici politikaları belirlemekle yükümlüdür. Bu politikaları somutlaştırmak üzere direktifler çıkarmaktadır. Direktiflerin belirli bir sürede uygulanması zorunlu olmakla beraber, uygulamada kullanılacak olan yöntem ve araçların seçiminde üye ülkeler serbest bırakılmıştır. ÖZENÇ, age, s. 64

hafta genel izin için 6 hafta da, ihale gerekiyorsa azami 4 ayda onayın verilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>738</sup>.

### **bbb) İşletmeye geçici olarak el koyma**

Bu yaptırım, imtiyaz sahibinin geçici bazı sebepler dolayısıyla hizmetin gereği gibi yürütülmemesi veya hizmetin geçici bazı sebeplerden dolayı kesintiye uğraması gibi hallerde idare tarafından uygulanır. İdare re'sen hareket ederek işletmeye geçici olarak el koyar ve imtiyaz sahibinin yerine geçici olarak hizmeti bizzat kendisi yürütür. İmtiyaz sahibinin, idarenin geçici el koyma kararına karşı dava açma hakkı bulunmaktadır.

İmtiyaz sözleşmesinin genel hükümlerinden biri olan idarenin işletmeye geçici olarak el koyma yetkisine, telekomünikasyon hukukunda yukarıda bahsi geçen Yönetmelik'te yer verilmiştir. Yönetmeliğin "*Savaş Seferberlik ve Olağanüstü Hal*" başlıklı 22 inci maddesinde "*Kurum, savaş, genel seferberlik ve benzeri durumlarda, kamu güvenliği ve ulusal savunma için yetkili makamlarca talep edilmesi hâlinde, sınırlı veya sınırsız bir süreyle işletmecinin işletme faaliyetlerinin tamamını veya bir kısmını askıya alabilir ve doğrudan doğruya şebekeyi işletebilir, milli güvenlik ve kamu düzeni gerekleri nedeniyle işletmeciye tahsis edilen kaynakların bir kısmını geri alabilir. Bu durumda geçecek süre, yetklendirme süresine eklenir ve bu dönemde elde edilen gelir işletmeciye ait olur.*" ifadesine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere Yönetmelik işletmeye geçici olarak el koymayı iki şarta bağlamıştır.

- 1) Ortada savaş, genel seferberlik ve benzeri durumdaki olağanüstü bir hâlin olması gerekmektedir.
- 2) Buna ek olarak kamu güvenliği ve Ulusal savunma için yetkili kılınmış makamların bu yönde bir talepte bulunması gerekir.

---

<sup>738</sup> M (97/13/EC) sayılı AB Direktifi 61

Esasında yönetmelik işletmeye geçici olarak el koymayı sadece savaş, genel seferberlik ve benzeri durumların oluşması sonrasında belirli makamlardan gelecek talebe hasretmiştir. Fakat bu spesifik durumun dışında da Kurumun, telekomünikasyon hizmetlerinin gereği gibi işletilememesi hâlinde imtiyaz sözleşmesinin niteliğinden dolayı işletmeye geçici olarak el koyabileceğini düşünmekteyiz. Zira idarenin, üstlendiği kamu hizmetini yürütmeyen yahut kötü bir şekilde yürüten imtiyazcı özel kişiye müeyyide uygulama yetkisi idarenin sahip olduğu genel bir yetkidir. İmtiyaz şartnamesinde bile öngörülmüş olmasına gerek yoktur<sup>739</sup>.

### **ccc) İmtiyazın iptali (düşürülmesi)**

İmtiyaz işlemine son verilmesi anlamına gelmektedir. İmtiyaz sahibinin hizmeti bütünüyle tehlikeye düşürecek ve durduracak ölçüde ağır kusuru görüldüğünde başvurulacak bir yaptırımdır.

Yönetmelikte imtiyazın iptaline (iptaline) yönelik olarak bir takım ağır kusur hallerine yer verilmiştir. Ağır kusur kabul edilecek haller belirlenerek bu ağır kusur hallerinin gerçekleşmesi haline işletmecinin yetki belgesinin fesh/iptal edileceği ifade edilmiştir. İşletmecinin yetki belgesinin kapsamına telekomünikasyon ruhsatı ve genel izin yanında kuşkusuz imtiyaz sözleşmesi de girmektedir. Bu ağır kusur halleri imtiyaz sözleşmesinin de iptaline sebep olacaktır.

Ağır kusur halleri sırasıyla Yönetmeliğin 19 uncu maddesine göre millî güvenliğe aykırı işletmecilik yapıldığının yetkili makamlarca tespiti ve Kuruma bildirim hâlinde bu durum ve millî güvenliğe aykırı davranışın işletmecinin çalışanlarından kaynaklandığının yine yetkili makamlarca tespiti ve Kurum'a bildirim hâlinde işletmeciye ihlalin sonlandırılması ve gerekli tedbirlerin alınması hususunda yazılı uyarıya rağmen gerekli aykırı davranışların sürdürüldüğünün tespiti ağır kusur sayılmıştır.

---

<sup>739</sup> Bkz. GÖZLER, age, Cilt II, s. 390

Yönetmelik'in 20 inci maddesinde kamu düzenine aykırı olarak işletmeci ve çalışanlarının, haberleşmenin engellenmemesi veya haberleşmenin gizliliğine veya içeriğine dokunulmaması ilkesine aykırı davranışta bulunması hâlinde işletmeciye yazılı uyarıda bulunulacak bu yazılı uyarıya rağmen aykırı davranışların yaygın bir hâl alması hâlinde bu durum millî güvenlikte olduğu gibi doğrudan ağır kusur sayılmayacak, bunun ağır kusur olduğunun Kurum tarafından tespiti gerekecektir.

Yine yönetmeliğin 21 inci maddesinde Telekomünikasyon alanındaki hizmetin gereği gibi yürütülememesi hâlinde de bu durumun ağır kusur oluşturduğu Kurul tarafından alınacak bir kararla tespit edilebilecektir. Yukarıda işletmeye geçici olarak el koyma başlığı altında yer verdiğimiz 22 inci maddeye ilişkin olarak yapılmış bulunan düzenleme ve alınmış bulunan kararlara işletmeci tarafından uyulmaması da doğrudan ağır kusur sayılarak imtiyaz sözleşmesinin iptaline sebep teşkil edebilir kabul edilmiştir.

#### **ddd) Tek Taraflı Fesih Yetkisi**

İdare, yukarıda da belirttiğimiz gibi, imtiyaz sahibinin ağır kusuru hâlinde bir yaptırım olarak sözleşmeyi tek yanlı olarak feshedebilme yetkisinin yanı sıra, imtiyaz sahibinin hiçbir kusuru olmasa dahi, hizmet ve kamu yararının gerektirdiği hallerde, sözleşmeyi tek yanlı feshetme yetkisine sahiptir. İmtiyaz sahibinin ağır kusuru üzerine sözleşmenin feshedilmesi halinde imtiyaz sahibine herhangi bir tazminat ödenmesi gerekmez iken, bu ikinci halde idare imtiyaz sahibinin zararını tamamen gidermek zorundadır. Bu ikinci hal *rachat* olarak adlandırılmakta olup, *rachat*, imtiyaz sözleşmesinin süresi içinde imtiyazın tüm tesisatı ile birlikte bedeli karşılığında idarece satın alınarak imtiyaz sözleşmesine son verilmesidir. *Rachat*, idarenin kamu hizmetinin asli sahibi sorumlusu olmasından kaynaklanan bir olanak olup, sözleşmede öngörülmemiş olsa dahi kullanılabilecek bir yetkidir<sup>740</sup>.

Telekomünikasyon kurumu ile işletmeciler arasında, mobil telefon hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla imzalanan imtiyaz sözleşmelerinin, sözleşmenin

---

<sup>740</sup> GÜNDAY, age, s. 313

Kurum tarafından feshi maddesinde ( ki bu 4673 sayılı kanun gereği Telekomünikasyon Kurumu ile yenilenen sözleşmenin 40. maddesidir.) “Kurum aşağıdaki sebeplerle lisansı iptal ve lisans sözleşmesini feshedebilir. Ancak, “d” bendi hariç olmak üzere, işletmeciye, kurumun yazılı bildiriminden itibaren 90 günden az olmamak üzere yükümlülüğünü yerine getirme olanağı tanınacaktır.

- a) işletmeci hakkında yargı mercilerince verilmiş iflas veya konkordato kararı olması,
- b) işletmecinin sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmediğinin ve verilen süre içinde durumu düzeltilmediğinin saptanması,
- c) işletmecinin tahsis edilen frekanslar ya da GSM sisteminde kullanılması için Kurumun işletmeciye tahsis edeceği diğer frekanslar dışında faaliyet gösterdiğinin belirlenmesi, verilen süre içerisinde bu faaliyetine son verilmesi,
- d) işletmecinin lisans ücretini ödememesi,

sözleşmenin feshi hâlinde, işletmeci, GSM sistemini oluşturan teçhizatın tümünü Kuruma devredecektir” hükmüne yer verilerek imtiyaz sözleşmesinde belli şartlarda fesih hüküm altına alınmıştır<sup>741</sup>.

#### **bb) Telekomünikasyon Ruhsatı ve Genel İzin İptali**

Telekomünikasyon ruhsatı 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununda ve Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği’nde; “ *İşletmeci tarafından söz konusu telekomünikasyon ruhsatında belirtilen telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapısının işletilmesi için Bakanlık (Kurum) tarafından verilen ruhsatı ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır.

Telekomünikasyon kurulunun lisanslama ile ilgili verdiği 19/10/2001 tarih ve 2001/338 numaralı kurul kararı ile iki tip Telekomünikasyon ruhsatı belirlemiştir. Sonrasında “*Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme*

---

<sup>741</sup> Atilla ÖZTÜRK, age, s. 39



*Yönetmeliği*”nde bu karara uygun olarak 1. ve 2. tip olarak iki telekomünikasyon ruhsatına yer verilmiştir.

Yönetmeliğe göre 1. Tip Telekomünikasyon Ruhsatı, sınırlı sayıda işletmeci tarafından bölgesel veya yerel çapta yürütülecek telekomünikasyon hizmetleri ve/veya kurulacak ve işletilecek telekomünikasyon altyapılarının yürütülebilmesi için Kurum tarafından verilen ruhsat iken 2. Tip Telekomünikasyon Ruhsatı ise sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gerekmeyen ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Ek 18. maddesi kapsamında yer alan mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, Kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım ve benzeri katma değerli hizmetler ve/veya kurulacak ve işletilecek telekomünikasyon altyapılarının yürütülmesi için Kurum tarafından verilen ruhsattır.

Genel izin ise 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nda ve *“Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği”*nde *“Bir telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi için, Bakanlık tarafından işletmecileri belli genel şartlara ve Bakanlık nezdinde kayıt yaptırılmasına tabi olarak yetkilendiren genel düzenleyici işlem”* olarak tanımlanmıştır. Sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gerekmeyen ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun Ek 18 inci maddesi kapsamında yer almayan telekomünikasyon hizmetleri ve/veya kurulacak ve işletilecek telekomünikasyon altyapıları ancak genel izin kapsamında kayıtlanma suretiyle yerine getirilebilecektir.

Çalışmamızın başında yargı kararları ve doktrindeki genel kabule dayanarak ruhsat ve izin kavramlarının özünde aynı anlama geldiğini ifade etmiştik. *“Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği”*ndeki tanımlardan sanki her ikisi de bireysel bir işlemmiş gibi bir anlam çıkarılabilse de Kanun koyucunun iradesinin, her iki telekomünikasyon hizmeti yürütme yönteminin aynı nitelikte olması yönünde değil, birinin bireysel bir idari işlem, diğerinin ise genel bir düzenleyici işlem niteliğinde olması, yani aralarında nitelik yönünden farklılık olması yönünde olduğu anlaşılmaktadır<sup>742</sup>.

---

<sup>742</sup> ULUSOY (2002), s. 65

Batıdaki örneklerinde de telekomünikasyon ruhsatı, bir telekomünikasyon hizmeti sunulabilmesi için bir işletmeciye tek taraflı bireysel bir idari işlem niteliğindeki kişisel bir izni, genel izin ise, bir telekomünikasyon hizmeti sunmaya olanak veren bireysel olmayan bir izni ifade etmektedir. Uygulamada ise bu “genel izin”, ya bir telekomünikasyon hizmetinin sunumu için idarece genel koşulların belirlenip duyurulması ve o koşulları sağlayan herkesin o hizmeti serbestçe yürütebilmesi ve koşulların taşınıp taşınmadığının herhangi bir sorun çıktığında *a posteriori* olarak denetlenmesi şeklinde; ya da o hizmeti sunmak isteyen ve belirlenen genel koşulları sağlayanların kayıt yaptırması şeklinde olabilmektedir<sup>743</sup>.

Yukarıda imtiyaz sözleşmesi yönteminde de vurguladığımız üzere 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun 2 inci maddesinin 4673 sayılı Kanunla değişik genel bir düzenleme içeren (f) bendi dışında ilgili Kanun’da telekomünikasyon ruhsatı ile genel izne aykırılık hâlinde uygulanacak yaptırımlara ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle bu noktada uygulanabilecek yaptırımlar 2 inci maddenin (f) bendi ve bu bende dayanılarak çıkarılan 05/09/2004 tarihli ve 25574 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan “*Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları İle Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmelik*” hükümleri çerçevesinde tespit edilebilecektir.

2 inci maddenin (f) bendine ilişkin olarak gerekli tedbirleri alma ifadesine yönelik yukarıda açıklamalarda bulunduğumuzdan ötürü, bu noktada anılan ifadenin üzerinde durmanın gereksiz olduğunu düşünmekteyiz. Bu konu başlığı açısından bakıldığında ise ilgili bentte bizi ilgilendiren kısım son cümledir. Son cümleye göre Kurum ağır kusur hâlinde imtiyaz sözleşmesini, telekomünikasyon ruhsatını ya da genel izni iptal etmeye yetkili kılınmıştır.

Yukarıda “*Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları İle Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmelik*” hükümlerinde ağır kusura ilişkin kabullere yer verdiğimizden dolayı burada ağır

---

<sup>743</sup> ULUSOY (2002), s. 66

kusur kavramına değinmeyeceğiz. Fakat yönetmelikte sayılan bu ağır kusur hallerinin telekomünikasyon ruhsatı ile genel iznin iptaline yol açacağı da unutulmamalıdır.

Telekomünikasyon hukukunda, diğer sektörlerin aksine idari yaptırımlara (idari para cezası dışındaki) ilişkin düzenlemelerin az olduğu rahatlıkla söylenebilir. Telekomünikasyon sektörüne hukuki temelini oluşturan 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununda idari yaptırımlar konusu tek bir bende sıkıştırılmış hatta muhtemel aykırılıklara karşı uygulanacak yaptırım olarak “gerekli tedbirler” gibi ucu açık bir ifade kullanılmıştır. İlgili yönetmelikte Kanun’un bu sıkıntılarının giderilebileceği düşünülse de, bu kez de yönetmelikte idari yaptırım işleminin sebep unsuru kapalı, takdir yetkisi ile içi doldurulacak ifadelerle oluşturulmuştur. Aykırılık ve dolayısıyla ağır kusur halleri milli güvenlik, kamu düzeni, savaş, seferberlik ve olağanüstü hale aykırılık gibi esasında diğer düzenleyici kurum kanunlarında pek rastlanmayacak öğelerle ifade edilmiştir. Biz, bu tip bir düzenleme yapılmasının temelinde telekomünikasyon hizmetlerinin geçmişten bugüne kadar kamu hizmeti olarak kabul edilmesi ve bunun sonucunda da bu sektörün özelleştirme konusu olmasına rağmen stratejik önemini koruması nedeniyle bir savunma mekanizması geliştirilmesi gerektiğine olan inanç olduğunu düşünmekteyiz.

## **I) Yayın İzninin İptali (RTÜK)**

### **aa) Genel Olarak**

XX. yüzyılın ikinci yarısına doğru başlayan özgürlük dalgası uygar bir toplum için temel değerler üzerinden yeniden düşünmeye fırsat vermiştir. Çoğulcu ve demokratik istemlerin yoğunlaştığı dalgada düşünce özgürlüğü, giderek anlatım özgürlüğü gibi eksen kavramlar özgürlük gibi eksen kavramlar özgürlük arayışının dinamikleri olarak ön plana alınmıştır. 70’li yılların sonlarına doğru düşünce özgürlüğünün kitlesel boyuttaki bir başka alanı olan görsel-işitsel iletişim özgürlüğü, kurulu düzeniyle çelişkilerini iyiden iyiye açığa vurmuştur. Aslında pazar liberalizminin yayılım ateşine tuttuğu devlet güdümlü iletişim sektörü “deregulation”

(kurallardan arındırma) yönündeki açılımlara kucak açmaya başladığında, birey özgürlüklerinin ne olacağı sorusu da kaygıları ve çözüm önerilerini beraberinde getirmiştir. Radyo ve televizyon gibi geniş kitleleri kısa zamanda etkisi altına alabilecek kitle iletişim araçlarının, devlet tekeline özel sektöre doğru açılması nedeniyle anlatım özgürlüğünün kötüye kullanılmaması için devletin düzenleme (regulation) yapma zorunluluğu belirlemiştir. Halkın siyasi sisteme daha kolay ve daha yoğun biçimde katılmasına olanak verecek özel kaynaklı kitle iletişim araçlarının girişim özgürlüğü ile teknik zorunluluklar ve aykırı iletişimin yan etkilerinin yaratabileceği olumsuzluklar arasındaki çatışma, devletin görsel –işitsel iletişim alanına müdahalesini haklı kılmaktadır<sup>744</sup>.

Yetkilendirme, sözleşme yapma ve lisans verme yoluyla yayın kurumlarının belirlenmesini içeren örgütsel nitelikteki müdahaleler, suç bildirim, yaptırımlar gibi görsel ve yayıncılık sektörünün “gözetimi” görevi, devlet kudretinden destek alan ama siyasi iktidar karşısında da özgür iletişimin savunuculuğunu üstlenebilecek bağımsız idari otoritelere verilmektedir. Bu alanda faaliyet gösteren bağımsız idari otoritelerin özerklik ve bağımsızlıklarına verilen önemin büyüklüğü, özel girişimci çıkarlarını ön-planda tutan hükümetlerin baskılarından sıyrılabilmesine olanak verilmesinden ve geniş kitleler üzerinde etkiye sahip medya kurumlarının siyasi iktidara yaranarak kamuoyunu güdümüne almasına izin vermeme düşüncesinden kaynaklanmaktadır<sup>745</sup>.

Ülkemizde radyo ve televizyonculuk sektörünün tarihsel gelişiminin 1926 yılında Türk Telsiz Telefon A.Ş. adındaki şirketin İçişleri Bakanlığıyla bir sözleşme yaparak radyo yayıncılığı hakkını alması ile özel teşebbüs esas alınarak başladığı söylenebilir. Fakat daha sonra 1936 yılında radyo yayınları yapma görev ve yetkisinin PTT Genel Müdürlüğüne verilmesi ile özel teşebbüs devlet tekeline dönmüştür. Bu durum 1961 Anayasasının bu yöndeki hükmü ile devam etmiş ve 1982 Anayasasının ilk haliyle 133. maddesinde “*Radyo ve televizyon idareleri ancak devlet eliyle kurulur ve idareleri tarafsız bir kamu tüzelkişiliği hâlinde düzenlenir.*” hükmü ile bu tutum sürdürülmüştür. 1990’lı yılların başından itibaren ise, radyo

---

<sup>744</sup> AKINCI, age, s. 155-156

<sup>745</sup> AKINCI, age, s. 163

yayınlarında başlayan özel girişim kısa bir süre içinde televizyon yayıncılığına da sıçramış, Anayasanın tekel alan olarak belirlediği Radyo ve Televizyonculuk alanı fiili bir kaos ortamına dönüşmüştür.

Bu fiili kaostan çıkılması amacıyla Anayasa değiştirilmiş ve “*Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir*” hükmüne yer verilmiştir. Bu anayasal değişikliğin yaratacağı değişimi kontrol edecek bir kuruma duyulan ihtiyaç 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun (3984 sayılı Kanun) ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK)’nun kurulması ile giderilmiştir.

RTÜK’ün kurulmasına sebep olan bir diğer etken de Anayasanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin benimsedikleridir. Anayasanın 26. maddesi düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü kapsamında iletişim özgürlüğüne yer vermiştir. Buna göre “*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayınların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Buradaki “*haber veya fikir alma ve verme özgürlüğü*” görsel ve işitsel iletişim özgürlüğünün şekli konusunu oluşturan aktif süjelere yöneldiği gibi pasif süjelere de yönelmektedir. Ayrıca bu yazım, iletişim özgürlüğünün maddi konusunu oluşturan “*haber ve fikri*” de kapsamaktadır. Dolayısıyla görsel ve işitsel iletişimin bir hak olarak Anayasa’da düzenlenmiş olması onun kullanılması üzerindeki devlet tekelinin kaldırılmasını da gerektirmiştir<sup>746</sup>.

#### **bb) 3984 Sayılı Kanunun Öngördüğü İzin Rejimi**

3984 sayılı Kanun, RTÜK’e frekans planlamasını yapmak, izin ve lisans vermek, verici tesisleri kurmak ve işletme izni vermek, standartları geliştirmek, yayın

---

<sup>746</sup> Refik TİRYAKİ, **Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK**, AÜHFD, Sayı 4 C. 51 Yıl. 2002, s. 174-175

sisteminin düzenli ve dengeli gelişimine olanak verici, özendirici önlemleri almak görev ver yetkilerini vermiştir.

3984 sayılı Kanun'un 8 inci maddesi ile *“önşartları yerine getirmiş müracaatçı kuruluşlara tarafsızlık ve hakkaniyet ölçüleri dahilinde yayın izni ve lisans vermek”* görev ve yetkisi Radyo ve Televizyon Üst Kuruluna verilmiştir.

Esasında 8 inci maddedeki önşartlar ile kastedilen, özel radyo ve televizyon kuruluşlarının (Türkiye Radyo ve Televizyon kurumu dışındakiler) Kanunun 29 uncu maddesinde getirilmiş sıkı kurallara uygun kurulmuş olmaları gerekliliğidir. Bu maddeye göre, herkes değil TTK hükümlerine göre sadece radyo ve televizyon yayıncılığı , haberleşme, eğitim, kültür ve sanat amacıyla kurulmuş anonim şirketler yayın izni başvurusunda bulunabilecek ve bu şirket ancak bir radyo ve bir televizyon işletmesi kurabilecektir.

İzin başvurusunda bulunacak özel radyo ve televizyon işletmesinde, yabancı sermaye sınırlaması getirilmiştir. Buna göre yabancı sermayenin payı ödenmiş sermayenin %25'ini geçemeyecektir.

İzin başvurusunda bulunacak şirketin ortaklık yapısına ilişkin de sınırlama getirilmiştir. Buna göre dernekler, sendikalar, meslek kuruluşları, kooperatifler, vakıflar, mahalli idareler ile bunlar tarafından kurulan veya bunların ortak oldukları şirketler, iş ortakları, birlikler ile üretim, yatırım, ihracat, ithalat, pazarlama ve finans kurum ve kuruluşları yayın izni alamayacakları gibi yayın izni almış şirketlere de ortak olamayacaklardır.

3984 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra RTÜK tarafından çıkarılan yönetmeliklere de bakıldığında, yayın izni rejiminin de kendi içinde ikiye ayrıldığı ve bu durumun iki farklı yönetmelikle düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bunlardan birincisi *“Uydu yayını”<sup>747</sup> Lisans ve İzni ve Buna İlişkin Uydu Yayını Lisans ve İzni*

---

<sup>747</sup> 3984 sayılı yasaya göre Uydu yayını *“ Radyo ve televizyon programlarının yetkili yayıncı veya hizmeti temin edecek kişi veya kuruluş tarafından şifreli veya şifresiz olarak uzayda sinyal iletebilen herhangi bir araç vasıtasıyla yapılan ilk yayını”* ifade etmektedir.

*Yönetmeliği” diğeri ise “Kablolu Yayın<sup>748</sup> Lisan ve İzni ve Buna İlişkin Kablolu Yayın Lisans ve İzni Yönetmeliği”dir.*

### **cc) İznin İptali Halleri**

3984 Sayılı Kanun ile getirilen yaptırımlar incelendiğinde, kademeli bir yapı oluşturulmaya çalışıldığı anlaşılabacaktır. Bu kademeli yapının birinci ayağı, yayıncı kuruluşun uyarılması ikinci ayağı, yayıncı kuruluşun yayınının geçici olarak durdurulması (ekran karartma) üçüncü ayağı ise, konumuzu oluşturan yayın izninin iptalidir. Tüm bunlara ilaveten aykırılıkların tekrarı hâlinde idari para cezası uygulamasına da gidilebilmektedir.

Aykırılık halleri sırasıyla;

- a) Üst kurul tarafından öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi
- b) İzin koşullarının ihlal edilmesi
- c) Yayın ilke ve esaslarına aykırı yayın yapılması

Öngörülen yükümlülüklerden kastedilen 3984 sayılı Kanun’da ve üst kurul tarafından düzenlenen yönetmeliklerde izin sahibine atfedilen yükümlülüklerdir. Bunlara örnek vermek gerekirse; yayın iznini alan kuruluş, izin tarihinden itibaren en geç ikinci yıl sonunda Türkiye alanının % 70 ‘ine yayınlarını ulaştırmak ve haftada asgari seksen saat yayın yapmak mecburiyetindedir. (md 18), reklamlar günlük yayın süresinin % 15 ini geçemez. (md 19), her türlü yayında gizli reklam yapılması yasaktır. (md 21), alkol ve tütün ürünleri reklamlarına izin verilemez. (md 22), kablo ortamından yayın yapmak isteyen yayıncı kuruluşlar Üst Kurul’a müracaatta bulunmayan ve/veya bu Yönetmelikte belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmeyen kablo platform işletmecisine, Üst Kurul’un bildirimi üzerine yayınlarını ilettirmemekle yükümlüdür. ( *Kablolu Yayın Lisans ve İzni Yönetmeliği* md. 8/e)

---

<sup>748</sup> 3984 sayılı yasaya göre Kablolu yayın “  *Radyo, televizyon ve veri yayınlarının ( Radyo ve televizyon yayını ile birlikte, radyo ve televizyon programları ile ilintili ve radyo ve televizyon programlarından bağımsız verilerin, elektromanyetik dalgalar, veri şebekeleri ve diğer yollarla halkın doğrudan alması maksadıyla yapılan yayınlar ) kablo, cam iletken ve benzeri bir fiziki ortam üzerinden abonelere ulaştırılmasını sağlayan yayın türünü ” ifade etmektedir.*

İzin koşulları ile kastedilen ise, yukarıda izin rejimi konusunda üzerinde durduğumuz 29 uncu maddede yer verilen şartların ihlal edilmesidir. 3984 sayılı Kanun bu şartların ihlalini burada düzenlerken ileride ifade edeceğimiz üzere bu şartların tamamen kaybını doğrudan iptal yaptırımına bağlamıştır.

Yayın ilke ve esasları ise 3984 sayılı Kanunun 4. maddesinde düzenlenmiştir. “Yayın ilkeleri” başlığını taşıyan bu maddede yayın ilkeleri 24 bent hâlinde sayılmıştır. Fakat yayın ilkelerinden önceki maddenin birinci fıkrasında -biz 1. fıkranın, yayın ilkeleri ikinci fıkra da açıkça düzenlendiği için yayın esasları olarak adlandırılabilceğini düşünmekteyiz- 4656 sayılı 15/05/2002 tarihli Kanun, 4928 sayılı 15/07/2003 tarihli Kanun ve 4771 sayılı 03/08/2002 tarihli Kanunla önemli değişiklikleri yapılmıştır.

*“Radyo, televizyon ve veri yayınları, hukukun üstünlüğüne, Anayasanın genel ilkelerine, temel hak ve özgürlüklere, milli güvenliğe ve genel ahlaka uygun olarak kamu hizmeti anlayışı çerçevesinde yapılır. Yayınların Türkçe yapılması esastır. Ancak, evrensel kültür ve bilim eserlerinin oluşmasına katkısı olan yabancı dillerin öğretilmesi veya bu dillerde müzik veya haber iletilmesi amacıyla da yayın yapılabilir. Ayrıca, kamu ve özel radyo ve televizyon kuruluşlarınca Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerde yayın yapılabilirler.*

*Bu yayınlar, Cumhuriyetin Anayasada belirtilen temel niteliklerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı olamaz. Bu yayınların yapılmasına ve denetimine ilişkin usul ve esaslar, Üst Kurulca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”*

Bu fıkradan iki çıkarım yapılabilir. Birincisi radyo televizyon yayınlarının *kamu hizmeti anlayışı çerçevesinde* yapılacak olmasıdır. Bu ibare radyo ve televizyon yayıncılığının bir kamu hizmeti olduğunun kanıtı mıdır? Yoksa bu hüküm sadece etik bir yüküm mü getirmektedir? Kanunun genel sistemiği ve RTÜK’e tanınan yetkiler incelendiğinde faaliyetin kanun koyucu tarafından, tam anlamıyla bir serbest faaliyet olarak anlaşılmadığı görülmektedir. Nitekim özel radyo ve televizyon kuruluşlarına 31. madde ile getirilen yayınlarında belli oran ve saatlerde eğitim, kültür, Türk halk ve Türk sanat müziği programlarına yer verme zorunluluğu



konunun sadece serbest ticari faaliyet olarak değil aynı zamanda kamu hizmeti olarak görüldüğü savını doğrulamaktadır<sup>749</sup>.

Yapılabilecek ikinci çıkarım ise farklı dil ve lehçelere ilişkin yapılacak yayınlara ilişkin olarak salt yayına ilişkin yapılmış sınırlamaların dışında buna ek sınırlamaların getirilmiş olmasıdır.

Yaptırımların sebep unsurunu oluşturan aykırılıkların özünü oluşturan ve tek tek sayılma yoluna gidilen yayın ilkelerinin diğer iki aykırılık haline göre çok daha geniş bir takdir yetkisi içerdiği açıktır. *Toplumun milli ve manevi değerleri, Türk aile yapısı, Kişilerin manevi şahsiyetlerine eleştiri sınırları ötesinde saldırıda bulunulması, Türk milli eğitiminin genel amaçları, gençlerin ve çocukların fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimini zedeleyecek yayınlar* gibi kapalı ve herkesin üzerinde uzlaştığı içerikte olmayan ölçütler buna örnektir. Fakat bu belirsizliğin beraberinde getirdiği soru işaretleri bu yönde uygulanan yaptırımların yargısal denetimden geçirilmesi olanağı ile biraz olsun azalmaktadır.

Yukarıda açıklanmaya çalışılan aykırılıkların gerçekleşmesi hâlinde öncelikle bu aykırılığı gerçekleştiren yayın kuruluşu Kurulca uyarılacak veya aynı yayın kuşağında açık şekilde özür dilemesi istenecektir. Bu talebe uyulmaması veya aykırılığın tekrarı hâlinde, ihlale konu programın yayını (Yayının tamamı değil sadece ilgili programın yayını) durdurulabilecek ve aykırılığın tekrarı hâlinde idari para cezası verilebilecektir. İşte tam bu noktada kanunkoyucunun gözünden kaçırdığı bir boşluk vardır. Zira bu silsilenin sonunda örneğin program durdurulduktan ve idari para cezası verildikten sonra aykırılığın tekrarı hâlinde nasıl bir yaptırım uygulanacağı ifade edilmemiştir. Aslında doğru olan kademenin son ayağını oluşturan yayın izni iptalinin açıkça ifade edilmesidir. Ancak böyle bir ifade kullanılmamıştır.

Yukarıda sayılan süreç sonunda 3984 sayılı Kanunda yayın izninin iptaline yer verilmediğine göre nasıl bir tutum izlenecektir? Kanunda yer verilmediğine göre

---

<sup>749</sup> Halit YILMAZ, **Türkiye’de Radyo Televizyon Yayıncılığının Hukuksal Düzeni**, AÜSBF, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1999, s. 191 ve 215

yayın izninin iptali yoluna gidilemeyecek midir? Biz bu noktada iptal yaptırımının uygulanması olanağının bulunduğu ve bunun dayanağının da 33 üncü maddenin 4 üncü bendi olduğunu düşünmekteyiz. Bu bende göre 4 üncü maddenin ikinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerindeki ilkelere aykırı yayın yapılması hâlinde uyarı yapılmaz ve yayın kuruluşunun yayını bir ay durdurulur. İhlalin tekrarı hâlinde yayın süresiz olarak durdurulur ve yayın lisans izni iptal edilir. Kanunkoyucu tek tek saydığı 24 yayın ilkesinden 3'üne<sup>750</sup> çok daha fazla önem vermiş ve bunların ihlali hâlinde uyarı yoluna gidilmeden yayın kuruluşunun ihlale sebep olan programının değil bundan çok daha ağır bir şekilde yayının bir ay süre durdurulmasına, tekrarı hâlinde ise süresiz olarak durdurulmasına ve yayın lisans izninin iptaline karar verilmesini istemiştir. Yani tersinden düşündüğümüzde mezkûr 3 bent dışında kalan 21 yayın ilkesinin ihlali hâlinde uyarı, program durdurma ve devamında da yayın izni iptaline karar verilebilecektir. Fakat Kanunun yorumundan çıkarılacak bu yayın izni iptali olanağı, yasada sayılan yayın izni iptaline sebep 3 aykırılık hâlinde sadece *“Yayın ilke ve esaslarına aykırı yayın yapılması”* için geçerli bir durumdur. Zira, diğer iki aykırılık hâlinde buna imkan veren açık bir hüküm olmadığı gibi yorum yoluyla da bu sonuca ulaşamamaktadır. Bu nedenle iptal yaptırımının bu hallerde uygulanamayacağını düşünmekteyiz. Yönetmeliklerle bu aykırılıkların yayın izninin iptali yaptırımına bağlanmasının idarenin tali düzenleme yetkisine aykırı olacağı da unutulmamalıdır. Bu nedenle ortada çok ciddi bir yasal boşluk olduğunu düşünmekteyiz

Kanunun yaptırımlara yönelik bu maddesinde aynı zamanda kanundaki tek *doğrudan doğruya yayın izni iptali* hali düzenlenmiştir. Buna göre iki durumdan

---

<sup>750</sup> 3984 sayılı kanunun 4. maddesinin (2) numaralı fıkrası *“a) Türkiye Cumhuriyeti Devletinin varlık ve bağımsızlığına, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Atatürk ilke ve inkılaplarına aykırı yayın yapılmaması.*

*b) Toplum şiddete, teröre, etnik ayrımcılığa sevk eden veya halkı sınıf, ırk, dil, din, mezhep ve bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik eden veya toplumda nefret duyguları oluşturan yayınlara imkan verilmemesi.*

*c) Yayıncılığın, gerek yayın organı, gerekse hisse sahipleri ve üçüncü derece dahil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve sıhrî hısımları veya bir başka gerçek veya tüzel kişinin haksız çıkarları doğrultusunda kullanılmaması.” hükmündedir.*

birinin gerçekleşmesi hâlinde araya uyarı, yayın durdurma vb. girmeksizin doğrudan yayın izni iptal edilebilecektir. Bu iki durumdan birincisi yayın izni için verilmesi gerekli şartlardan birinin kaybedilmesi, ikincisi ise şartların uygunluğunun hile ile elde edilmesidir. Burada “izin” işlemi için kurucu öğelerde bir sakatlık bulunduğundan ayrıca uyarı yapılmasına gerek görülmemiştir<sup>751</sup>.

3984 sayılı Kanunda “Yaptırımlar” başlığı altında düzenlenmeyen fakat buna rağmen açık bir şekilde yayın izninin iptali yaptırımına bağlanan aykırılık hali, cevap ve düzeltme hakkının ihlal edilmesidir. Bilindiği üzere Anayasanın 32. maddesinde, cevap ve düzeltme hakkı taşıdığı önem nedeniyle özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre;

*“Düzeltilme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir.*

*Düzeltilme ve cevap yayımlanmazsa, yayımlanmasının gerekip gerekmediğine hâkim tarafından ilgilinin müracaat tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde karar verilir.”*

Aslında yukarıda bahsedilen 4. maddenin yayın ilkelerinin sayıldığı 24 ilke arasında (1) bendinde “cevap ve düzeltme hakkına saygılı olunması” şeklindeki ifade ile cevap ve düzeltme hakkına saygı bir yayın ilkesi olarak düzenlenmiştir fakat 28. maddede düzenlenen ve yayın izninin iptali yaptırımına bağlanan cevap ve düzeltme hakkı, bu yönde varolan bir mahkeme kararına karşın yayın kuruluşunun cevap ve düzeltme hakkını kullandırmaması durumunda uygulama bulabilecektir. Söz konusu 28. maddeye göre;

*“Gerçek ve tüzel kişilerin kişilik haklarına saldırı teşkil eden yayınlar ile gerçeğe aykırı olduğu iddia edilen yayınlara karşı cevap ve düzeltme hakkı tanınması için ilgililer yargı yoluna başvurabilirler.*

*Yayın kuruluşları yaptıkları her yayının bandını bir yıl muhafazaya mecburdur. İlgili dava açmaya esas olmak üzere, yazılı olarak Üst Kurula başvurarak yayın bandından ücretini ödeyerek bir kopya isteyebilir.*

*Yargıya yapılan başvuru üzerine yargı gerekli incelemeyi yapar. Başvuru yerinde görülürse düzeltme ve cevap, saldırı teşkil eden veya gerçeğe aykırı yayının*

---

<sup>751</sup> AKINCI, age, s. 185

*yapıldığı aynı saatte, aynı program içinde yayınlanır. Yayın süresi ve şeklini halin icabına ve delillere göre hâkim takdir eder.*

*Kişilerin yargıya başvurmaları yayından itibaren 10 gün içinde yapılır. Mahkeme 3 gün içinde karar verir. Verilen karara karşı tebliğden itibaren 3 gün içinde bir üst mahkemeye itiraz edilebilir. Üst mahkeme 3 gün içinde karar verir. Verilen karar kesindir.*

*Mahkeme kararı ilgili kuruluşa tebliğ edildiğinin ertesi günü yayın yapılır.*

*Yayını yapmayan veya karara uygun şekilde yapmayan veya geciktiren kuruluşun yayınlarından sorumlu en üst yöneticisi ile kuruluşun sahibi olan anonim şirketin yönetim kurulu başkanı hakkında üçbin günden dokuzbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Ayrıca, kuruluşa Üst Kurulca üç aya kadar gelir getirici yayın yapma yasağı verilebilir; fiilin tekrarı hâlinde yayın izni iptal edilir. Hangi yayınların gelir getirici yayınlar olduğu Üst Kurul tarafından belirlenir.*

*Yetkili ve görevli mahkeme ulusal yayın yapan kuruluşlar için Ankara Sulh Ceza Mahkemesi, bölgesel ve yerel yayın yapan kuruluşlar için başvuru sahibinin ikametgâhı sulh ceza mahkemesidir.*

*Gerçek ve tüzel kişilerin ayrıca genel hükümlere göre ilgili yayın kuruluşuna karşı tazminat davası açma hakkı saklıdır. Yayın kuruluşu ile birlikte şirketin yönetim kurulu başkanı da müştereken ve müteselsilen sorumludur. Zarar doğurucu fiilin işlenmesinden sonra yayın kuruluşunun devredilmesi, başka bir kuruluşla birleşmesi veya sahibi olan şirketin herhangi bir surette değişmesi hâlinde yayın kuruluşunu devralan, birleşen ve her ne suretle olursa olsun yayın kuruluşunun sahibi veya hissedarı olan şirket ve şirketin yönetim kurulu başkanı da bu fiil nedeniyle hükmedilen tazminattan yayın kuruluşu ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur. Tazminat talebinin haklı görülmesi hâlinde fiilin ağırlık derecesine göre belirlenir. On milyar liralık alt sınır her yıl Maliye Bakanlığınca ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılır. Bu maddeye göre açılacak manevi tazminat davalarında hakim "tensip kararı ile birlikte bilirkişiyi de tayin eder ve" davayı en geç bir ay içinde karara bağlar."*

Bu madde metni ile mahkemeler ve Üst Kurulun birlikte hareket ederek Anayasal bir hakkın kullanılmasını sağlamaları amaçlanmıştır. Kanunkoyucu cevap ve düzeltme hakkına Anayasa'da verilen değere koşut olarak 3984 sayılı Kanunda da yer vererek ikili bir koruma kalkanı yaratma yoluna gitmiş, yayın ilkeleri içerisine sokarak ihlalini ve mahkeme kanalıyla elde edilmiş olan cevap ve düzeltme hakkının kullandırılmamasını yaptırıma bağlamıştır. Hatta çok daha ağır yaptırımlara bağladığı söylenebilir.

Dava konusunu, davacı şirkete ait ... logosuyla yayın yapan televizyon kuruluşunda 08.07.2002 tarihinde yayınlanan “Gün Ortası Haber Bülteni”nde yer alan “Mersin Adliyesi’nde Rüşvet Skandalı” nedeniyle, 3984 sayılı Yasa’nın 4. maddesinin (k) bendinde düzenlenen “*Suçlu olduğu yargı kararı ile kesinleşmedikçe hiç kimsenin suçlu ilân edilmemesi veya suçluymuş gibi gösterilmemesi; kişileri suç işlemeye yönlendirecek veya korku salacak yayın yapılmaması.*” Şeklindeki yayın ilkesine aykırı yayın yapıldığı ileri sürülerek, yayın kuruluşunun uyarılmasına ilişkin Radyo ve Televizyon Kurulu’nun 31.07.2002 tarihli kararının tebliğine ilişkin işlemin iptalinin teşkil ettiği davada, İdare Mahkemesi’nce; dava konusu ifadelerin yer aldığı yayın bandının izlenmesinden, davacı yayın kuruluşunun haber niteliğindeki bir olayı izleyicilere aktardığı, her hangi bir kişiyi veya kurumu suçluymuş gibi göstermediği, olayda adı geçen kişiler hakkında söylenen hususları “öne sürülen iddialar” şeklinde, haber olarak verdiği anlaşıldığı bu haliyle de söz konusu yayın ilkesinin ihlal edilmediği sonucuna varıldığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Danıştay 13. Dairesi temyiz incelemesi sonrasında verdiği 22.02.2005 tarih ve E. 2005/556 K. 2005/947 sayılı kararında ilk derece mahkemesinin kararını şu gerekçelerle bozmuştur; “*Kesinleşmiş bir yargı kararı olmaksızın, somut olayda soruşturması daha devam eden bir konuda, henüz iddia düzeyindeki açıklamalara, kişilerin kendilerine söz hakkı da tanınmadan tek yanlı olarak yer verilmesi; kişilerin onurlarını ve şöhretlerini zedeleyeceği ve yargı erkinin fonksiyonunu anlamsızlaştıracığı gibi, en azından suçlayanların suçlananlardan daha “değerli” ve “dürüst” olduğu kabulünü de yaratır ki, bunun kabulü söz konusu olamaz.*

*Hiç şüphesiz eleştiri demokratik bir toplumun temel değerlerindendir ve üzerinde konuşulamayacak hiçbir kurum yoktur. Ancak, yargıya olan güveni zayıflatacak ve yargı otoritesinin görevini yaparken çekingen davranmasına neden olacak davranış, eylem ve “yayınların” eleştiri ve haber niteliği taşıdığı söylenemez.*

*Öte yandan, haber programında “öne sürülüyor” “iddia ediliyor” şeklinde ifadelerle konunun aktarılmasının da yayıncının sorumluluğunu ortada kaldırmayacağı açıktır. Bu değerlendirmeler karşısında, içeriği aktarılan yayın nedeniyle 3984 sayılı Yasa’nın değişik 4. maddesinin (k) bendinde belirlenen yayın ilkesinin ihlal edildiğinin kabulü gerekir.”<sup>752</sup>*

Davacı şirket tarafından yayının bir gün süre ile durdurulmasına ilişkin idari işlemin iptali istemiyle açılan davaya bakan Mahkeme, davacının Anayasa’ya aykırılık savının ciddi bularak 3984 sayılı Kanunun 33. maddesinin 15.05.2002 tarihli 4756 sayılı Kanunun 16. maddesi ile değiştirilmeden önceki “ihlalin tekrarlanması hâlinde, ihlalin ağırlığına göre izin uygulaması bir yıla kadar geçici olarak durdurulur veya yayın izni iptal edilir.” Şeklindeki ikinci fıkrasının iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur.

<sup>752</sup> D. 13. D, 22.02.2005 tarih ve E. 2002/1339, K. 2003/563 sayılı kararı

Mahkeme'nin, başvuru dilekçesinde özetle, haberleşme, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile bir bütün oluşturan basın özgürlüğünün Anayasa'nın 26. ve 27. maddeleri dikkate alınarak sınırlanabileceği, bunun kimi ayırık durumlar dışında ancak hakim kararı ile olabileceği; oysa, itiraz konusu kural ile bu yetkinin "Üst Kurula" verildiği; programın yayınlanmasından sonraki kapatma kararlarının, yayın ilkelerine aykırılığın doğurduğu sakıncaları önleyemediği; Üst Kurul'un yayın izninin bir yıla kadar durdurulması veya iptaline ilişkin yetkilerinin demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacak kadar geniş olduğu; bu nedenlerle mezkur maddenin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 13., 22., 26., 28., ve 29. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi çalışmamız açısından da önemli nitelikteki oybirliği ile verdiği 23.10.1996 tarih ve E. 1996/48, K. 1996/41 sayılı itirazın reddi kararında şu gerekçelere yer vermiştir; "*İtiraz konusu kuralda öngörülen yaptırımlar idari niteliktedir.....Ceza yaptırımları gibi idari yaptırımlar da kuşkusuz, kişi hak ve özgürlükleriyle yakından ilgilidir. Yasa ile ya da onun açıkça verdiği yetkiye dayanarak idarenin uyguladığı yaptırımların bir tür ceza olması ve bu amaçla uygulanması ve Mahkeme'nin suça değil, cezaya ilişkin kurula itiraz etmesi nedeniyle konunun Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin 13., 22., 26., 28., ve 29. maddeleriyle bir ilgisi bulunmamaktadır.*

*33. maddenin itiraz konusu ikinci fıkrasıyla, tekrarlanması durumunda, ihlalin ağırlığına göre izin uygulamasının bir yıla kadar durdurulması konusunda üst kurul yetkili kılınmıştır. Tanınan bu yetkinin, Yasa'nın kimi kurallarıyla hukuka aykırılıkları kabul edilen eylemlere uygulanacak yaptırımın bunların ağırlığına göre kişiselleştirilmesi amacını taşıması ve idari yargı yolu ile denetlenmesinin olanaklı bulunması karşısında, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacak kadar geniş olduğu yolundaki sav geçerli görülememiştir<sup>753</sup>.*"

13.04.1994 günlü 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un kimi maddelerini değiştiren 15.05.2002 günlü, 4756 sayılı "Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, Basın Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu ile Kurumlar Vergisi Kanununda değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un bazı maddelerinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla iptali istemi ile üzerine Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme neticesinde 04.08.2006 tarih ve 26249 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan E. 2002/100, K. 2004/109 ve 21.09.2004 tarihli kararında çalışma konumuz açısından çok büyük önem teşkil eden tespitler de bulunmuşlardır. Bu aykırılık iddialarının Üst Kurul tarafından verilen idari para cezalarına ilişkin olanları aşağıda idari para cezalarına ilişkin bölümde incelenecektir.

**1) 4756 sayılı Kanunun 16. maddesi ile değiştirilen 3984 sayılı Kanun'un 33. maddesinin birinci fıkrasının<sup>754</sup> iptali talep edilmiştir.**

<sup>753</sup> AYM, 23.10.1996, E. 1996/48-K. 1996/41, RG;18.09.1997, sayı:23114

<sup>754</sup> Bahse konu fıkra şu şekildedir; "*Üst Kurul, öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmeyen, izin şartlarını ihlâl eden, yayın ilkelerine ve bu Kanunda belirtilen diğer esaslara aykırı yayın yapan özel radyo ve televizyon kuruluşlarını uyarır veya aynı yayın kuşağında açık şekilde özür dilemesini ister.*

Yüksek Mahkeme fıkranın iptaline karar verdiği üçüncü tümcesi dışında kalan kısmına ilişkin iptal istemini şu gerekçelerle reddetmiştir; “Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen “hukuk devleti” insan haklarına saygılı, bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında Anayasa’ya ve hukuk kurallarına uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir.

Yasakoyucu, ceza hukuku alanında toplumsal gereksinmelerin zorunlu kıldığı yasal düzenlemeleri yaparken, Anayasa’nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımların türü ile nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Ancak hukuk devletinde adaletli bir hukuk düzeninin kurulup, sürdürülebilmesi için yasa koyucuya tanınan bu yetkiler kullanılırken suçla ceza arasında makul, kabul edilebilir, adil bir dengenin gözetilmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Madde’nin birinci fıkrasında, Radyo Televizyon Üst Kurulu’nun, öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmeyen, izin şartlarını ihlâl eden, yayın ilkelerine ve yasada belirtilen diğer esaslara aykırı yayın yapan özel radyo ve televizyon kuruluşlarını önce uyaracağı veya aynı yayın kuşağında açık şekilde özür dilemesini isteyeceği, bu talebe uyulmaması ve aykırılığın tekrarı hâlinde ihlâlê konu olan programın yayınının bir ilâ oniki kez arasında durdurulacağı belirtilmiş, dava konusu ikinci fıkra ise, bu tutumlarını ısrarlı bir şekilde sürdüren yayının kuruluşları için yüksek miktarda idari para cezaları getirilmiştir.

İkinci fıkra ile öngörülen cezaların, yasayla belirlenen ve ağır bir hukuk ihlâlê oluşturduğu tartışmasız bulunan aykırılıkların gerçekleşmesi durumunda uygulanacak olması nedeniyle suçla ceza arasında bulunması gerekli adil dengenin korunmadığı ileri sürülemez.”

2) Aynı Kanunun 16. maddesiyle değiştirilen 3984 sayılı Kanun’un 33. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan “...uyarı yapılmaz ve yayın kuruluşunun yayını bir ay durdurulur. İhlalin tekrarı hâlinde yayın süresiz olarak durdurulur ve yayın lisans izni iptal edilir.” bölümünün, yeterli açıklıkla düzenlenmeyen, öngörülebilirlik unsuru taşımayan ve siyasi ortama göre her yöne çekilebilecek ilkelere aykırılık ileri sürülerek bir yayın kuruluşunun uyarı yapılmaksızın önce bir

---

Bu talebe uyulmaması veya aykırılığın tekrarı halinde ihlâlê konu olan programın yayını, bir ilâ oniki kez arasında durdurulur. (“Bu süre içinde programın yapımcısı ve varsa sunucusu hiçbir ad altında başka bir program yapamaz” şeklindeki üçüncü tümce: Ana.Mah.nin 21/9/2004 tarihli ve E.:2002/100, K.:2004/109 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.) Yayını durdurulan programların yerine, aynı yayın kuşağında ve reklamsız olarak, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına Üst Kurulca hazırlattırılacak eğitim, kültür, trafik, kadın ve çocuk hakları, gençlerin fiziksel ve ahlakî gelişimi, uyuşturucu ve zararlı alışkanlıklarla mücadele, Türk dilinin güzel kullanımı ve çevre eğitimi konularında programlar yayınlanır.”

ay, sonra süresiz olarak yayınıni durdurma ve yayın iznini iptal etmenin idari nitelikteki bir kurula basın ve haber alma özgürlüğünü kısıtlayıcı yetki vermek ve yargı alanına giren konularda idareyi yetkilendirmek olduğu, böyle bir düzenlemenin keyfilğe yol açacağı, eylemle önlem arasında bulunması gereken adil dengenin bozulduğu, yayın lisans izninin iptal edilmesinin basın ve haber alma özgürlüğünün kısıtlanması anlamına geldiği belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 15., 26., 28., 29., 30. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür.

Yüksek Mahkeme bu kurala ilişkin iptal istemini şu gerekçelerle reddetmiştir; *“İdare, bir yargı kararına gerek olmaksızın yasayla verilen yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle doğrudan doğruya idari yaptırım uygulayabilir. Anayasa'nın 38. maddesinde de “idare, kişi hürriyetlerinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz” denilerek idarenin özgürlüğü bağlayıcı olmamak koşuluyla idari yaptırım uygulayabileceği kabul edilmiştir.*

*Öte yandan, yasakoyucu, toplumsal gereksinmelerin zorunlu kıldığı yasal düzenlemeleri yaparken, Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımların türü ile nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Bu yetkinin idari yaptırımlar için de geçerli olduğu kuşkusuzdur.*

*Dava konusu kuralla getirilen yaptırımların, belirsizlik içerdiği için farklı yorumlanabilecek yayın ilkelerine aykırılık nedeniyle uygulanacağı ve suçla ceza arasındaki adil dengeyi de bozucu nitelikte olduğu ileri sürülmekte ise de aykırı davranılmasının yaptırım uygulanmasını gerektireceği yayın ilkelerinin içeriği, öğretisi ve yargı kararlarıyla belirlenmiştir. Ayrıca, ihlâli yaptırıma bağlanan yayın ilkeleriyle korunmak istenen hukuki yararın büyüklüğü de gözetildiğinde suçla ceza arasında bulunması gerekli adil dengenin bozulduğundan da söz edilemez.*

## **Aracı Kurumların Kuruluş ve Faaliyet İzinlerinin İptali (SPK)**

### **1- Genel Olarak**

Sermaye piyasaları; işletmelerin, özellikle halka açık anonim ortaklıkların(hisse senedi halka arz olunmuş şirketlerin) orta ve uzun vadeli fon gereksinimlerini karşıladıkları bir faktör piyasasıdır. Bir başka ifade ile sermaye piyasaları, uzun vadeli fon arz ve talebinin karşılaştığı piyasalardır. Uzun vade olarak belirtilmek istenen bir yıldan uzun bir dönemdir. Sermaye piyasalarında fon arz ve talebinin karşılaşması ve fonların el değiştirmesi menkul kıymetler aracılığı ile sağlanmaktadır. Bu menkul kıymetlere sahip olanlar (genellikle yatırımcılar), bu menkul kıymetleri satanların (ihraç edenlerin) varlıkları üzerinde vadesi değişmekle



birlikte bir yıldan uzun süre talep hakkına sahip olurlar. Menkul kıymete sahip olanların değişik hakları olmakla birlikte getiriler açısından değerlendirildiğinde; menkul kıymetin türüne göre kardan pay alma ve faiz geliri talep etme hakları vardır<sup>755</sup>.

Sermaye piyasalarının arz tarafında fon fazlası bulunanlar, talep tarafında da fon gereksinimi bulunanlar vardır. Fon fazlası olanlar; tasarruf sahibi bireysel yatırımcılar, likidite fazlası bulunan işletmeler, devlet veya kamu işletmeleri, sigorta şirketleri, emekli sandıkları, sosyal sigorta kurumları, yatırım ortaklıkları, yatırım fonları ve yatırım bankaları, borsa bankerleri gibi kurumlardan oluşur. Yapacakları yatırımların finansmanı için finansman gereksinimi içinde olan işletmeler de fon açığı olan tarafı oluşturur. Fon fazlası bulunanların, fonlarını uygun bir getiri beklentisi içinde yatırıma dönüştürmeleri; fon gereksinimi olan tarafların da uygun koşullarda finansmanlarını sağlamaları sermaye piyasasının oluşmasının temel gerekçesini oluşturur<sup>756</sup>.

Sermaye piyasalarının iki temel işlevi vardır. Bunlardan birincisi, tasarrufların rasyonel yatırım alanlarına kanalize edilmesini sağlayarak, ekonomideki kaynak dağılımını optimalleştirmekken; ikincisi ise üretim araçlarının mülkiyetinin tabana yayılmasını sağlamak (şirketlerin, görece olarak küçük sermaye birikimine sahip toplumsal kesimlere küçük hisseler şeklinde satılması) ve böylece dengeli gelir dağılımının oluşumuna yardımcı olmaktır<sup>757</sup>.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (2499 sayılı Kanun)na göre faaliyette bulunabilecek sermaye piyasası kurumları ise *a)* Aracı kurumlar, *b)* Yatırım ortaklıkları *c)* Yatırım fonları *d)* Sermaye Piyasasında faaliyet göstermesine izin verilen diğer kurumlardır. Sermaye piyasası faaliyetlerini<sup>758</sup> yapabilmek üzere

---

<sup>755</sup> Güven SAYILGAN, **Soru ve Yanıtlarla Finansal Piyasalar ve Finansal Yöntemler**, Ankara 2004, s. 7

<sup>756</sup> SAYILGAN, age, s. 7

<sup>757</sup> SAYILGAN, age, s. 8

<sup>758</sup> Kanunun 30. maddesine göre Sermaye Piyasası Faaliyetleri; 1) Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla satışına aracılık, 2) Daha önce ihraç edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının aracılık amacıyla alım satımı, 3) Ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve dövizde dayalı vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri dahil her türlü türev araçların alım satımının yapılmasına aracılık, 4) Sermaye piyasası

sermaye piyasası kurumları kurulmuştur. Bu kurumlara bir veya birden fazla faaliyet için izin verilebilir<sup>759</sup>.

Sermaye piyasalarında aracılık kavramına ise Sermaye Piyasası Kanununun 30. maddesinin 2. fıkrasında özel olarak yer verilmiştir. Buna göre aracılık, sermaye piyasası araçlarının 31. madde çerçevesinde yetkili kuruluşlar tarafından kendi nam ve hesabına, başkası nam ve hesabına, kendi namına başkası hesabına satımıdır<sup>760</sup>.

ÜNAL'a göre aracı kurum kavramı ne 2499 sayılı Kanun'da ne de Kurul tebliğlerinde tarif edilmiştir. 2499 sayılı Kanun sermaye piyasası kurumları arasında saydığı (md. 32) aracı kurumların kuruluş ve faaliyet şartlarını belirterek ve faaliyet konularının sınırlarını çizerek (md. 30-34) aracı kurumları düzenlemiştir. Ayrıca 2499 sayılı Kanun'un 3. maddesinde aracı kurum, bir aracı kuruluş olarak nitelendirilmiştir. Böylece aracı kurum kavramının tarifi 2499 sayılı Kanun'un 30 ve 34. maddeleri çerçevesinde doktrine bırakılmıştır<sup>761</sup>. Bu çerçevede, bir tanıma göre Aracı kuruluşlar 2499 sayılı Kanun'un 31. maddesi gereği sermaye piyasası araçlarının ihracına veya halka arz yoluyla satışına ve daha önce ihraç edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık faaliyetlerini münhasıran yürüten; Kurul'dan bu faaliyetleri için yetki belgesi almış olan kuruluşlardır<sup>762</sup>. Diğer bir tanıma göre ise, aracı kurumları, sermaye piyasasında yer alan aracılık faaliyetlerinden en az birini yerine getirmek üzere anonim ortaklık şeklinde kurulmuş

---

araçlarının geri alım veya satım taahhüdü ile alım satımı, 5) Yatırım danışmanlığı 6) Portföy İşletmeciliği veya yöneticiliği, 7) Diğer sermaye piyasası kurumlarının faaliyetleridir.

<sup>759</sup> Ayşe SUMER, **Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat**, İstanbul 2002, s. 77

<sup>760</sup> *Kendi Nam ve Hesabına Aracılık*: Aracı Kurumun, senetleri, ihraçta veya ikinci el piyasada satın alması ve daha sonra kendi adına satmasıdır. Elde edilen kâr, alım ile satım arasındaki olumlu farktır. *Başkası Nam ve Hesabına Aracılık*: Bu işlem türünde, aracı kurum, müşterisiyle yaptığı anlaşma gereğince sermaye piyasası araçlarını alıp satmakta ve fakat işlemde taraf olmamaktadır. Taraflar, aracı kurumun müşterisiyle, işlemin niteliğine göre satıcı ve alıcıdır.

*Kendi Namına Başkası Hesabına Aracılık*: Burada dış ilişkide taraf olarak aracı kurum görülür. Hak ve borçlar önce aracı kuruma geçer, daha sonra iç ilişkiye dayanılarak müşteriye devredilir. Müşteriyle aracı kurum arasındaki hukuki ilişkisi, BK. md. 416 anlamında komisyonculuktur. Çağlar MANAVGAT, **Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar**, Ankara 1991, s. 66

<sup>761</sup> Oğuz Kürşat ÜNAL, **Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı**, Ankara 2005, s. 460

<sup>762</sup> Serdar KARABABA, **Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması**, Ankara 2001, s. 122

olan ve bu faaliyetlerini yürütmek üzere Sermaye Piyasası Kurulu'ndan (SPK) yetki belgesi almış bankalar dışındaki sermaye piyasası kurumlarıdır<sup>763</sup>.

Bu noktada aracı kuruluş ve aracı kurum arasındaki farkın da incelenmesi gerekir. Aracı kuruluşlar, aracı kurumlar ile bankaları ifade etmektedir. Yani aracı kuruluş büyük dairesi içerisinde bankalar<sup>764</sup> ile aracı kurumlar dairecikleri yer almaktadır<sup>765</sup>.

Aracı kurumların faaliyetlerinin en önemlisi hiç şüphesiz sermaye piyasasında aracılık faaliyetlerinde bulunmaktır. Sermaye piyasası araçlarının ihracına ve halka arz yoluyla satışına aracılık etmenin ve sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık etmenin aracı kurumların varlık sebebi olduğunu söylemek mümkündür. Ancak, bu temel işlevlerinin yanı sıra aracı kurumlara başka faaliyetlerde bulunma imkanı da tanınmıştır. Türev araçların alım satımına aracılık etmek, aracı kurumların yapabilecekleri diğer bir aracılık faaliyetidir. Ayrıca aracı kurumların aracılık dışında da önemli bazı sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunmaları mümkündür. Müşteri portföyü yönetiminin, yatırım danışmanlığının ve menkul kıymetlerin geri alım veya satım taahhüdü ile alım satımının (repo ve ters repo) uygulamada her geçen gün daha fazla önem kazandığı düşünülecek olunursa, aracı kurumların tek işlevinin aracılık faaliyetinde bulunmak olmadığı açıkça görülecektir<sup>766</sup>.

---

<sup>763</sup> Mehmet Murat İNCEOĞLU, **Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu**, Ankara 2004, s. 19

<sup>764</sup> SPK'nın 15 Ağustos 1996 yılında aldığı bir ilke kararı ile "sermaye piyasasında güven ve istikrarın temini ile daha etkin ve rekabetçi bir piyasa ortamının tesisi amacıyla piyasada faaliyet gösteren bankalar ile aracı kurumlar arasındaki rekabet eşitliğinin sağlanması için halen sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunan bankaların faaliyetlerini 02.01.1997 tarihinden itibaren mevcut aracı kurumlardan mevzuat çerçevesinde birini satın alarak veya mevcut yetki belgelerini bir aracı kuruma devretmek suretiyle yürütmelerine karar vermiştir. Sonrasında, bu karar ve bu karar doğrultusunda çıkarılan Bankalara ilişkin 15.08.1996 tarihli Kurul Kararı'nın Uygulama Esasları, Danıştay tarafından iptal edilmiştir. Ancak yürütmeyi durdurma ve iptal kararlarına rağmen, piyasanın gerçekleri bankaları kendi aracı kurumlarını kurmaya ve sermaye piyasası faaliyetlerini bunlar aracılığıyla yürütmeye yöneltmiştir. TANÖR, age, C.I, s. 252-253

<sup>765</sup> Reha TANÖR, **Türk Sermaye Piyasası**, C. I, İstanbul 1999, s. 251

<sup>766</sup> İNCEOĞLU, age, s. 26

## **2- Aracı Kurumların Kuruluş ve Faaliyet Şartları**

Sermaye Piyasası Hukukunda da, kurulma ve faaliyete geçme aşamaları birbirinden ayrılarak farklı şartlara bağlanmıştır.

### **a) Kuruluş Şartları**

#### **aa) Anonim Ortaklık Şeklinde Kurulma**

Sermaye Piyasası Kanununda aracı kurumların Anonim Ortaklık (A.O.) olarak kurulmalarının en önemli nedeni, sermaye ile sınırlı sorumluluğu sağlamaktır. Yasa koyucu, tüzel kişiliği haiz ortaklık yapısını benimseyerek piyasada güvenceyi ön planda tutmuştur. Sermaye Piyasası Kanununun bir tepki yasası niteliği taşıması nedeniyle, yasa koyucunun hemen her tercihinde, güvenliği sağlama saikinin etkili olduğu görülmektedir. Gerçekten de aracı kurumlar için düşünülebilecek olan, gerçek kişi modeli, bugün için Türk sermaye piyasası yapısına uygun değildir. Zira gerçek kişiler mali bakımdan yeterli bir güvence taşımazlar. Her ne kadar faaliyete geçerken, SPK'nın saptayacağı asgari malvarlığına sahip olduklarını kanıtlayabilmeleri mümkünse de, zaman içerisinde bu malvarlıklarını kaybetmeleri veya kaçırmaları ve mali sorumlulukları söz konusu olduğunda bunu karşılayamamaları tehlikesi vardır. Diğer taraftan, teminat alınması akla gelebilirse de, güvenliği sağlayabilecek miktarda teminatın yatırılması, aracı kurum olmak isteyen gerçek kişinin mali bakımdan güç duruma girmesine ve faaliyet yeteneğinin azalmasına yol açabilecektir<sup>767</sup>.

Aracı kurumların A.O. şeklinde kurulmasına ilişkin 2499 sayılı Kanun'da bir hüküm bulunmadığından ve 2499 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 2. fıkrasının genel hükümlere yaptığı yollama nedeniyle, TTK'nın A.O. kurulmasına ilişkin hükümleri aracı kurumlar için de geçerli olacaktır. Bu çerçevede aracı kurumlar A.O. şeklinde kurulurken, ilk olarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığında da izin almak zorundadırlar<sup>768</sup>.

---

<sup>767</sup> MANAVGAT, age, s. 37-39

<sup>768</sup> 11/06/2003 tarihine kadar hukukumuzda Anonim şirketler, Sanayi ve Ticaret Bakanlığında izin alarak kurulabilmekte iken 11/06/2003 tarih ve 4884 sayılı Kanunun 2. maddesi ile Ticaret Kanununun 273. maddesinde yapılan değişiklik ile kural olarak anonim şirketlerin kuruluşunda aranan

#### **bb) Hisse Senetlerinin Tamamının Nama Yazılı Olması<sup>769</sup>**

TTK'nın 409 ve 410. maddelerine göre hisse senetleri hamiline veya nama yazılı olabilir. Bununla ilgili tek sınırlama; "bedelleri tamamen ödenmemiş olan paylar için hamile yazılı hisse senetleri veya ilmühaberler çıkarılamayacağıdır"(TTK md. 409/2). Demek oluyor ki, TTK'ya göre pay bedelleri tamamen ödenmiş olmak şartıyla ortaklık, istediği oranda nama ve hâmiline yazılı hisse senedi ihdas edebilir. Kanun ise aracı kurumlar için Ticaret Kanununda bulunmayan bir sınırlama getirmiştir<sup>770</sup>.

#### **cc) Hisse Senetlerinin Nakit Karşılığı Çıkarılması**

2499 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 3. fıkrasına göre, halka arz yoluyla satılan hisse sendi bedellerinin tam olarak nakden ödenmesi şarttır. Bunun tabii sonucu olarak da halka arz yoluyla satışta aynî sermaye temini ve bedelin taksitlendirilmesi mümkün olmamaktadır. Hatta hisse senetlerinin halka arzı bir aracı kurum vasıtasıyla dahi olsa, bedelin tam ve nakden ödenmesi şarttır. 2499 sayılı Kanun'daki md. 7/3'e paralel olarak anılan Kanunun 33. maddesinde; aracı kurumların hisse senetlerini sadece nakit karşılığı çıkarmalarını öngörmüştür. Bu bakımdan nama yazılı hisse senedi çıkaracak aracı kurumların aynî karşılığı hisse senedi çıkarmaları mümkün değildir<sup>771</sup>. Bu hükmün amacı, aynî sermaye konulmasından doğabilecek tehlikelerden ortaklığı, ortakları ve tasarruf sahiplerini korumaktır.<sup>772</sup>

#### **dd) Sermayelerin Kurulca Belirlenen Miktardan Az Olmaması<sup>773</sup>**

---

Bakanlık izninden vazgeçilmiş ve anılan kanuna dayanılarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan (21.07.2003 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren) İç Ticaret 2003/3 sayılı Tebliğin 5. maddesi ile hangi anonim şirketlerin kuruluşunda Bakanlık izninin alınması gerektiği açıklığa kavuşturulmuştur. Bu tebliğe göre "*Sermaye Piyasası Kanuna tabi şirket*"ler de Sanayi ve Ticaret Bakanlığının kuruluş iznine tabi anonim şirketlerdendir.

<sup>769</sup> Bu şart Mülga Sermaye Piyasası Kanununun 32b hükmünde sermayelerin en az %51'inin nama yazılı olması şeklindeydi.

<sup>770</sup> ÜNAL, age, s. 474-475

<sup>771</sup> ÜNAL, age, s. 475-476

<sup>772</sup> MANAVGAT, age, s. 44

<sup>773</sup> TTK md. 272'e göre Anonim Ortaklıkların özel kanunlarda aksine hüküm olmadıkça esas sermaye miktarı 5.000 YTL den az olamaz. Bu miktar Bakanlar Kurulunca 10 katına kadar artırılabilir.

Kurul günün koşullarına göre, tebliğlerle bu hususu belirleyecektir. Böylelikle belirlenen meblağların, zamanla değişen iş hayatı şartları, enflasyon vs. sebepleriyle anlamını yitirmeleri sonucu kanun değişikliği yapılmadan, günün şartlarına uygun hale getirilmesi kolaylaştırılmıştır. Kurul, verilen bu yetki uyarınca aracı kurumların ödenmiş sermayelerinin Seri: V, No: 34 sayılı Tebliğ uyarınca alım satım aracılığı, halka arza aracılık, repo-ters repo, portföy yöneticiliği ve yatırım danışmanlığı yetki belgelerinin tamamı için asgari öz sermaye tutarından<sup>774</sup> az olmamak kaydıyla Kurulca belirlenecek tutardan az olmaması ve Kurulca belirlenecek esaslar çerçevesinde blokajın yapılmış ve/veya teminatların yatırılmış olmasını hükme bağlamıştır (Seri: V, No:46, m.6b)<sup>775</sup>.

#### **ee) Esas Sözleşmenin Sermaye Piyasası Kanununa Uygun Olması**

Aracı Kurum esas sözleşmesini prensip olarak TTK sistemine göre hazırlayacak, ancak bu sözleşme 2499 sayılı Kanun'un 33/e hükmü gereğince Sermaye Piyasası hükümlerine aykırı hususlar ihtiva edemeyecektir<sup>776</sup>. Madde metni farklı yorumlara elverişli niteliktedir. Ancak maddenin, aracı kurum esas sözleşmesinin, halka açık A.O.'ların tâbi olduğu hükümlerin tümüne değil, yalnızca aracılık faaliyetleri ve aracı kurumlara ilişkin hükümlere uygun olması gerektiği şeklinde yorumlanması gerekir<sup>777</sup>.

<sup>774</sup> Aracı Kurumların alım satım aracılığı faaliyeti için sahip olmaları gereken öz sermaye tutarı 90.000 YTL'dir. Ayrıca, aracı kurumlar yapılan her bir sermaye piyasası faaliyeti için öz sermayelerini aşağıda belirtilen oranlarda artırmak zorundadırlar.

- a) Halka arz aracılık faaliyeti için, alım satım aracılığı faaliyeti için sahip olunması gereken öz sermaye tutarının %50'si
- b) Menkul kıymetlerin geri alma veya satma taahhüdü ile alım satımı faaliyeti için, alım satım aracılığı faaliyeti için sahip olunması gereken öz sermaye tutarının %50'si,
- c) Portföy yöneticiliği faaliyeti için, alım satım aracılığı faaliyeti için sahip olunması gereken öz sermaye öz sermaye tutarının %40'ı
- d) Yatırım danışmanlığı faaliyeti için, alım satım aracılığı faaliyeti için sahip olunması gereken öz sermaye tutarının %10'u,
- e) (Seri: V, No: 48 sayılı Tebliğ ile yürürlükten kaldırılmıştır.)

Bu maddeye göre belirlenen asgari öz sermaye tutarları, Maliye Bakanlığı'nca ilan edilen yeniden değerlendirme oranının %80'inin altına inmemek kaydıyla ve 1999 yılından başlamak üzere, her yıl Kurul'ca belirlenir. Aracı kurumlar, belirlenen öz sermaye tutarını ilgili yılın en geç 6'ncı ayının sonu itibarıyla sağlamak zorundadır.

Ancak, bu şekilde hesaplanmış öz sermayenin en az %25'inin ödenmiş veya çıkarılmış sermaye olarak sağlanması zorunludur. Seri: V, No:34, md. 7

<sup>775</sup> ÜNAL, age, 478

<sup>776</sup> ÜNAL, s. 478

<sup>777</sup> MANAVGAT, age, s. 46

## ff) Kurucularda Aranılan Özel Şartlar

TTK kurucularla ilgili hiçbir sınırlama ve şart öngörmemiştir. Medeni haklardan istifade ehliyetini haiz ve özel kanunlarla yasaklanmamış bütün gerçek kişiler ve tüzel kişiler kurucu olabilir. Kanunun 33/f hükmü 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı “*Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*”un 369. maddesi değiştirilmiştir. Bahse konu değişiklik;

*“Kurucularının müflis olmaması ve Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı veya haksız mal edinme suçlarından mahkûm olmaması,”* gerektiği hükme bağlanmıştır.

2499 sayılı Kanun’un 33. maddesindeki “*Aracı kurumların kuruluşlarına Kurulca izin verilebilmesi için*” ibaresinden dolayı kuruluş iznini vermeye SPK yetkilidir<sup>778</sup>.

## b) Faaliyet Şartları

Aracı kurumların anonim ortaklık şeklinde kurulmaları ve ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi, aracılık faaliyetinde bulunabilmesi için yeterli değildir.

<sup>778</sup> SPK bu konuda yayınladığı tebliğ ile (Seri: V, No: 46, md. 6), aracı kurumlara kuruluş izni verilebilmesi için şu şartların gerçekleşmesini aramaktadır.

- Kanun’un 33.maddesinde aranan şartların yerine getirilmesi
- Ödenmiş sermayelerinin Seri: V, No: 34 sayılı Tebliğ uyarınca alım satım aracılığı, halka arza aracılık, repo-ters repo, portföy yöneticiliği ve yatırım danışmanlığı yetki belgelerinin tamamı için, aranan asgari öz sermaye tutarından az olmamak kaydıyla Kurul’ca belirlenecek tutardan az olmaması ve Kurul’ca belirlenecek esaslar çerçevesinde blokajın yapılmış ve/veya teminatların yatırılmış olması,
- Kurucuların aracı kurum kurucusu ve ortağı olmanın gerektirdiği mali güç ve itibara sahip olmaları

Kuruluşunu tamamlayan kurumların, ayrıca Kurul'dan faaliyet izni ve bunun sonucunda yetki belgesi<sup>779</sup> alması ve borsada işlem yapacak aracı kurumların borsa üyelik belgesi almaları yani borsaya üye olmaları şarttır (Kanun md 31. f.1,2; md. 34 f.2, Seri: V, No: 46, md. 9-15)<sup>780</sup>.

Faaliyet izninin alınabilmesi için, aracı kurumların 2499 sayılı Kanunun 30. maddesinde sayılan sermaye piyasası faaliyetlerinden Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla satışına aracılık veya daha önce ihraç edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının aracılık amacıyla alım satım faaliyetlerinden en az birinde bulunmak üzere Kurul'a başvurmaları şarttır. Aracı kurum ve bankalar, Kurulca belirlenecek esaslar dahilinde, izin almak şartıyla, diğer sermaye piyasası faaliyetlerinde de bulunabilirler. Aracı kurumlar faaliyet izni almadan hiçbir sermaye piyasası faaliyetinde bulunamazlar<sup>781</sup>.

2499 sayılı Kanunun 31. maddesindeki *“Faaliyet ve aracılık türleri itibariyle başvuru ve izin esasları Kurulca düzenlenir”* hükmü nedeniyle SPK tarafından çıkarılan 46 nolu tebliğ hükümlerine göre; *“Kanun hükümlerine kuruluşlarını tamamlamış aracı kurumların, faaliyete geçmek üzere Kurul'dan gerekli izinleri alabilmeleri için tebliğde öngörülen genel şartları ve tercih ettikleri faaliyet konularına ilişkin özel şartları yerine getirmeleri gerekir”* (Seri: V, No: 46, md.9 vd). Tebliğ ile izin şartları genel şartlar (Seri: V, No: 46, md.9 vd) ve özel şartlar olmak üzere iki grupta ele alınmakta ve halka arz aracılık, alım satım aracılık, repo ve ters repo işlemlerine ilişkin esasları da özel olarak düzenlenmektedir (Seri: V, No: 46, md.45,47,55)

### **3- Faaliyet ve Yetki Belgesinin İptali**

2499 sayılı Kanun'da faaliyet veya yetki belgesinin iptali yetkisinin SPK'ya ait olduğuna ilişkin bir ibareye yer verilmemiştir. Buna karşın idare hukukundaki “yetki paralelliği” ilkesi nedeniyle SPK, faaliyet ve yetki belgesi verilmesine ilişkin şart ve nitelikleri belirlemekle kanunen yetkili kılındığından ve bu doğrultuda

<sup>779</sup> Yetki belgesi, izin verilen kuruluşlara icra edecekleri sermaye piyasası faaliyetlerini gösteren belgeye verilen isimdir.

<sup>780</sup> ÜNAL, age, s. 484

<sup>781</sup> ÜNAL, age, s. 485



faaliyet ve yetki belgesini verdiğinden dolayı verdiği bu faaliyet izni ve yetki belgesini de kaldırmaya yetkilidir.

2499 sayılı Kanun iptale ilişkin ayrı bir hüküm içermemektedir. İptale ilişkin olarak ancak belirli hükümlerden yola çıkarak bir sonuca varılabilmektedir.

2499 sayılı Kanun'un 31. maddesinin 3. fıkrasında, yetki belgesi iptal edilenlerin sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunamayacakları gibi ticaret unvanlarında veya ilan ve reklamlarında bu faaliyetlerde bulundukları izlenimini yaratacak hiçbir kelime veya ibare kullanamayacakları hükmedilerek iptalin sonuçları düzenlenmiştir.

İptal yaptırımına sebep olabilecek haller ise, Kanunun “*Tedbirler*” başlıklı 46. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendi ile (h) bendinde sırasıyla şu şekilde düzenlenmiştir; Kurul, bu Kanun uyarınca yaptığı izleme, inceleme ve denetlemeler sonucunda

- Sermaye piyasası kurumlarının mevzuat, esas sözleşme ve içtüzük hükümlerine aykırı faaliyetlerinin tespit edilmesi hâlinde, ilgililerden aykırılıkların giderilmesi ve kanuna, işletme amaç ve ilkelerine uygunluğun sağlanmasını istemeye; aykırılıkta sorumluluğu tespit edilen kurum görevlilerinin, haklarında kovuşturmayla geçildikten sonra yargılama sonuçlanıncaya kadar imza yetkilerini sınırlandırmaya veya kaldırmaya; aykırılıkların giderilmemesi veya giderilemeyecek aykırılıkların tespit edilmesi durumunda, gerekli her türlü tedbiri almaya ve bu kurumların faaliyetlerini geçici veya sürekli olarak durdurmaya ve *yetkilerini kaldırmaya* yetkilidir.
- Sermaye piyasası kurumlarının, mali yapılarının ciddi surette zayıflamakta olduğunun tespiti hâlinde; verilecek uygun süre içinde, mali durumlarının güçlendirilmesini istemeye; kurum görevlilerinin imza yetkilerini sınırlandırmaya veya kaldırmaya; verilen bu süre içinde, bu kurumlar

tarafından gerekli tedbirlerin alınmaması hâlinde veya mali durumlarının taahhütlerini karşılayamayacak kadar zayıflamış olduğunun tespiti hâlinde gerekli tedbirleri almaya, herhangi bir süre vermeksizin kurumların faaliyetlerini geçici olarak durdurmaya veya *sürekli olarak durdurarak yetkilerini kaldırmaya*; bu tedbirlerden netice alınmadığı takdirde tedrici tasfiyelerine karar vermeye ve tasfiyenin bitmesini takiben gerektiğinde veya tedrici tasfiyeye gitmeksizin doğrudan iflaslarını istemeye yetkilidir.

## C- İdari Para Cezaları

### 1- Genel Olarak

Kamu hukukunda yer alan tüm para yaptırımlarının ortak yönü, suç teşkil etsin ya da etmesin bir hukuk normunun ihlali sonucunda belli bir miktar paranın devlete veya kanunda öngörülen başka bir yere ödenmesidir<sup>782</sup>. Para cezaları da kendi içinde bir sınıflandırmaya tâbidir ve doktrinde bu sınıflandırma mevzuatımız çerçevesinde yapılmaktadır. Buna göre para cezalarını dört ana başlık altında toplayabiliriz. Bunlar kamu para cezası, tazminat kabilinden para cezaları, medeni para cezaları ve idari nitelikteki para (yaptırımları) cezalarıdır<sup>783</sup>.

Kamu para cezaları, kanunlarda öngörülerek topluma belirli ölçüde zarar veren fiiller karşılığı olarak, suçluyu belirli bir miktar parayı kanunun gösterdiği yere ödemeye zorlayan ızdırap çektirici, yargısal bir kararla, failin kusurluluğuna ve ekonomik durumuna orantılı olarak hükmedilen yaptırımdır<sup>784</sup>. Tazminat kabilinden para cezaları ise, devletin iktisadi ve mali zararını karşılayan ve bunun yanında suç işleyeni cezalandırmak amacını güden yaptırımdır<sup>785</sup>. Medeni para cezaları ise, genel

---

<sup>782</sup> NAZAROĞLU, agm, s. 90

<sup>783</sup> MAHMUTOĞLU, age, s. 137

<sup>784</sup> DONAY, **Para Cezaları**, İstanbul 1972, s. 68

<sup>785</sup> DONAY(1972), s. 139

olarak disiplinler nitelikte olup, gerçek anlamda suç teşkil etmeyen ihlallerin karşılığı olarak uygulanmaktadır<sup>786</sup>.

## 2- Bir İdari Mali Yaptırım Çeşidi Olarak İdari Para Cezası

İdari para cezaları, yasada açıkça öngörülen idari ihlaller nedeniyle, bir yargı kararına gerek olmadan, kanunun doğrudan doğruya idari mercilerce karar verilebileceğine izin verdiği ve bir miktar paranın alınması sonucunu doğuran idari yaptırım türüdür. Bu tanımdan çıkarılabilecek sonuçlardan ilki, idari para cezasına hükmedilebilmesi için kanunda açıkça izin verilmesi gerektiği, ikincisi ise yaptırım uygulama yetkisinin idareye tanınmış olmasıdır<sup>787</sup>. Anayasa Mahkemesi'ne göre ise idari para cezaları “ *toplumsal düzene aykırılık oluşturan eylemler nedeni ile yasanın açıkça izin verdiği durumlarda idarenin yargı organına başvurmadan kendisinin bizzat uyguladığı ve bir miktar paranın alınması biçiminde gerçekleştirilen mali nitelikte yaptırımlardır*<sup>788</sup>.”

Yargının iş yükünün hafifletilmesi de dâhil olmak üzere, toplumdaki sosyolojik yönden değişen suç anlayışı, devletin ceza siyasetindeki değişiklikler idarenin para cezalarının doğuş nedenlerindendir<sup>789</sup>. Özellikle, değişen ekonomik koşullar idari faaliyetlerin çalışma alanını çok genişletmiş ve buna paralel olarak da idarenin bu alanda bir takım kamusal yetkilerle donatılması gerekmiştir. Bu yetkilerin en etkin ve en önemli olanları ekonomik yasal düzenlemeden kaynaklanan iktisadi alandaki idari para cezalarıdır<sup>790</sup>.

NAZAROĞLU'na göre de idari para cezalarını ceza mahkemelerince hükmedilen ceza yaptırımlarından olan para cezalarından ayırıcı nokta, bu cezaların bir yargı organınca ve ceza usulü kurallarınca verilmemesindendir. Çünkü bu yaptırıma, idari organlarca karar verilmektedir. Ayrıca itiraz hâlinde mahkemelerce

---

<sup>786</sup> DÖNAY(1972), s. 184

<sup>787</sup> OĞURLU(2001), s. 91

<sup>788</sup> AYM, 23.05.2001, E. 2001/232-K.2001/89, RG;19.01.2002, sayı:24645, s. 53

<sup>789</sup> SANCAKDAR(2007), s. 22

<sup>790</sup> İbrahim Ö. KABOĞLU, *İnsan Haklarının Gelişmeci Özelliği ve Anayasa Yargısı*, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 9, 1992, s. 124 (121-136)

inceleme ve kaldırılmaları imkânı olmasına karşın, itiraz ve dava edilmeme durumlarında kesinleşmekte ve infaz edilmemektedirler. İtiraz ya da dava edilme durumlarında onaylanmaları ya da iptal edilmeleri bu yaptırımın idari yaptırım olma niteliğini etkilememektedir<sup>791</sup>. Buna karşın *DÖNMEZER/ERMAN*'a göre, yargı organının verilen cezayı inceleme ve gerekirse kaldırma yetkisi, cezanın saptanmasında nihai karar yetkisinin yargısal bir fonksiyon olarak yargıda olduğunu göstermektedir<sup>792</sup>. *OĞURLU* bu görüşe şu ifadelerle karşı çıkmaktadır; “mahkemenin itiraz sonucunda verdiği karar onaylama ya da iptal şeklinde olabilir. Ancak karar ne olursa olsun yaptırıma ilk kez karar veren organın idari makam olması idari yaptırım olarak adlandırılmaları için yeterlidir. Bireyi etkileyen kararın verilmesinde de uygulanmasında da idarenin etkili olması ortada bir idari yaptırım olduğunu açıkça göstermektedir.”<sup>793</sup>.

İdari para cezaları aynı zamanda belli bir miktar paranın alınmasını içerir. Ödenecek bu paranın miktarı Kabahatler Kanununun 17. maddesinde idari para cezası hallerinden biri olarak düzenlendiği gibi sabit olabileceği gibi yine aynı maddede düzenlendiği gibi alt ve üst sınırları belirlenerek idareye bu sınırlar dâhilinde takdir yetkisinin tanındığı şekilde de düzenlenebilir. Yine aynı maddede düzenlenen bir diğer idari para cezası şekli de öngörülen para cezasının şartlara göre belli oranda artabilen biçimdeki halidir.

Anılan 17. maddenin (6) numaralı fıkrasında, işlediği kabahatten ötürü cezalandırılan kişi kamu görevlisine cezayı ödemeye rıza gösterdiğini beyan eden ve o idari yaptırım kararına karşı kanun yoluna başvurmadan önce ödeyen kişinin cezasında dörtte bir oranında indirim yapmaktadır. Kişi bu ödemeye rağmen kanunyoluna gidebilmektedir. Ödeme ceza terminolojisinde infaz anlamı taşıdığına göre, bu konuda kanunyoluna gidilmesi nasıl yorumlanacaktır? Bu infazdan sonraki bir kanunyolu niteliği taşımaktadır. Burada sistemle uyuşmayan bir durum söz konusudur<sup>794</sup>.

---

<sup>791</sup> NAZAROĞLU, agm, s. 103

<sup>792</sup> NAZAROĞLU, agm, s. 103

<sup>793</sup> OĞURLU(2001), s. 92

<sup>794</sup> YURTCAN, age, s. 26

İdari para cezası ile ortaya çıkan durum özel ve kişiseldir. Ödetilecek paranın miktarı, kişilerin sübjektif durumları göz önüne alınarak ayrı ayrı tespit edilir ve bir kere uygulanmakla sona erer<sup>795</sup>.

### **3- Genel Olarak Türkiye’deki Düzenleyici Kurulların İdari Para Cezası Uygulamaları**

ÖZAY 1985 tarihli “*İdari yaptırımlar*” adlı eserinde, en geniş kategoriye oluşturan yaptırımların idari para cezaları olduğunu ifade etmiştir. Bugünde bağımsız idari otoritelerin bulundukları sektörde düzeni sağlama yönünde en sık başvurduğu yaptırımın idari para cezaları olduğu söylenebilir. Bu durumun birazda, idari para cezası dışındaki yaptırımların genellikle yaptırımın muhatabının ilgili sektörün dışında bırakılması sonucunu doğurmasından kaynaklandığı söylenebilir.

En çok başvurulanan yaptırım olmasının yanında bağımsız idari otoritelerin uyguladıkları yaptırımları belli bir sınıflandırma içine sokabilmek de oldukça zordur. Çünkü söz konusu yaptırımlar sonuçta belli bir miktar paranın ödenmesi gayesini taşısa da, esasında ilgili sektörün hassasiyetlerini dikkate alarak farklı nedenlerden doğmakta ve yine farklı miktarlarda uygulanmaktadır. Bu sebep ve miktar farklılığı ayrı bir çalışma konusu olabilecek kadar da çeşitlilik göstermektedirler. Bu nedenle çalışmamızın bu kısmında bağımsız idari otoritelerin uyguladıkları idari para cezalarını genel olarak incelemenin daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

Bir idari yaptırım türü olarak idari para cezalarının öngörülmesinin nedeni de, genel olarak idari yaptırımların öngörülme nedeni ile aynıdır. Nitekim 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda değişiklik yapan 4487 sayılı Yasanın 23. madde gerekçesinde; idari para cezalarının öngörülme nedeni, bazı hafif ihmalleri suç olmaktan çıkarmak, mahkemelerin yüklerini hafifletmek, yaptırımın hemen uygulanmasını sağlamak ve böylece yaptırımın etkinliğini arttırmak şeklinde

---

<sup>795</sup> ÖZAY(2002), s. 364

açıklanmıştır. Ayrıca hem idari yaptırımların (idari para cezası dahil) hem de cezai yaptırımların, hukuk düzeninin güvencesi olduğu vurgulanarak; idari yaptırımların cezai yaptırımlardan amaç yönünden farklılığı şu şekilde belirtilmektedir. “..bir yönü ile kişiyi cezalandırmayı amaçlayan cezai müeyyidelerden farklı olarak idari müeyyideler, kamu idaresi, kamu maliyesi, toplum sükunu ve genel sağlık ve kamu maliyesini korumaya yönelik kabahat türünden fiillerdir. Bu bakımdan, küçük tasarruf sahibini ve yatırımcıları korumaya yönelik olarak, sermaye piyasasının güven ve istikrar içinde çalışmasını teminen, Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart formlara ve Kurulca alınan genel ve özel kararlara aykırı hareket edilmesi hâlinde idari para cezası öngörülmüştür.”<sup>796</sup>

#### **a) Enerji Hukukunda İdari Para Cezası Yaptırımı:**

Enerji hukukunun içeriğini oluşturduğunu söyleyebileceğimiz elektrik, doğalgaz, petrol ve lpg kanunlarında idari para cezası yaptırımı son derece ayrıntılı düzenlenmiştir. Diğer taraftan, bu kanunların içerdiği usule yönelik kurallar diğer bağımsız idari otoritelere de örnek teşkil edebilecek niteliktedir.

##### **aa) Elektrik Piyasası ve Doğalgaz Piyasası**

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanun (4628 sayılı Kanun)unda benimsenen ve diğer kanunlarda uygulama bulan süreç; öncelikle ilgili kanunda yer verilen ihlalin gerçekleşmesi sonrasında ihlalin ortadan kaldırılmasına yönelik ihtarda bulunulması ve son olarak ta ihtarın dikkate alınmaması üzerine Kanunda belirlenen idari para cezasının uygulanmasıdır. Yani ihlal ve idari para cezası arasına bir ihtar mekanizması yerleştirilmiştir. 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu (Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve Doğal Gaz Piyasası Hakkında Kanun) nun idari para cezasına ilişkin hükümleri ise tıpkı lisans iptaline ilişkin hükümler de olduğu gibi 4628 sayılı Kanundaki buna ilişkin hükümler ile paraleldir. Bu nedenle, bu iki kanundaki idari para cezasına ilişkin hükümleri birlikte incelemenin

<sup>796</sup> TBMM, Dönem 21, S.Sayı:191 in

«<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss191m.htm>» (naklen, GÜRSEL(2005), s. 28)

daha uygun olacağı kanısındayız. Diğer taraftan bu iki kanun arasındaki idari para cezalarına ilişkin anılan paralelliğe karşın önemli bir farklılıklar da bulunmaktadır. 4628 sayılı Kanun’da ihlal, ihtar ve idari para cezası şeklinde sıralayabileceğimiz süreç karşısında, 4646 sayılı Kanun’da ihlal ve sonrasında idari para cezası ve ihtar birlikte uygulanmaktadır. Esasında 4646 sayılı Kanun’daki bu süreç 4628 sayılı Kanunda da yer almaktaydı. Fakat 4628 sayılı Kanun’da 10.5.2006 tarih ve 5496 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden sonra son derece yerinde bir adım atılmış ve ihlal ve sonrasında idari para cezası ve ihtarın birlikte uygulanmasına ilişkin süreç ortadan kaldırılmış bunun yerine ihlal, ihtar ve idari para cezası şeklinde sıralayabileceğimiz süreç getirilmiştir. 4628 sayılı Kanundaki bu olumlu değişikliğe karşın 4646 sayılı Kanun’da aynı sıkıntıyı giderecek değişiklik yapılmamıştır. ERKUT bu süreci şu ifadelerle eleştirmektedir; *“Burada normal olarak ya ihtar edeceksiniz evvelâ, şu kadar süre içinde bilgiyi ver veya araştırma yapılmasını sağla, onu yapmazsa o zaman cezayı, idarî para cezasını uygularsınız. Ama, burada peşin peşin hem ihtar, ihtarla beraber para cezası uygulanıyor”*<sup>797</sup>.

Her iki kanunda da idari para cezasına bağlanan haller şunlardır;

1) İlk ihlal bilgi veya yerinde inceleme taleplerine ilişkindir. Bilgi talepleri sonrası hiç bilgi verilmemesi veya bilgi verilmesi fakat verilen bilgilerin yanlış, eksik veya yanıltıcı olarak verildiğinin saptanması veya yerinde inceleme taleplerinin karşılanmaması durumunda 4628 sayılı Kanun’da onbeş günlük ihtar mekanizması devreye girecektir. Kanunkoyucu bu ihtarın yazılı olmasını aramıştır. İşte bu yazılı ihtara rağmen anılan aykırı hareketlerin devam etmesi hâlinde Kanun idari para cezası uygulanmasını kabul etmiştir. 4646 sayılı Kanun’da ise, idari para cezası ile birlikte yedi günlük bir ihtar da bulunmaktadır.

2) Diğer bir idari para cezası yaptırımını ise, Kanun, yönetmelik, talimat ve tebliğlere aykırı hareketlere yönelik olarak düzenlenmiştir. 4628 sayılı Kanun’ da otuz günlük yazılı ihtar süresi içerisinde aykırı hareketlere son verilmemesi

---

<sup>797</sup> ERKUT, agm, s. 87

durumunda idari para cezası uygulanırken; 4646 sayılı Kanun'da idari para cezası ile birlikte otuz günlük bir ihtar da bulunmaktadır.

3) Her iki kanunda aynı şekilde düzenlenen diğer bir ihlal hali, lisans genel esasları ve yükümlülüklerinden herhangi birinin yerine getirilmemesidir. 4628 sayılı Kanun'da lisans genel esasları "*Lisans genel esasları ve türleri*" başlıklı 3. maddede sayılmış ayrıca Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde de ek ifadelere yer verilmiştir. Lisans yükümlülükleri de aynı şekilde 4628 sayılı Kanun'da ve 3. maddenin verdiği düzenleme yetkisi çerçevesinde lisans yönetmeliğinde tüzelkişilere yönelik olarak yer almıştır. İşte bu genel esas ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hâlinde otuz günlük yazılı ihtar süresi içerisinde yerine getirilmesi talep edilebilmekte, talebin karşılanmaması hâlinde ise idari para cezası verilebilmektedir. 4646 sayılı Kanun'da ise lisans esasları 6. maddede ayrıca Doğalgaz Piyasası Lisans Yönetmeliğinin 18. maddesinde düzenlenmiştir. Lisans yükümlülükleri ise, özellikle mezkûr yönetmelikte, doğalgaz piyasasında faaliyet konusuna göre Kurum'dan alınabilecek lisans türlerine özgü olarak düzenlenmiştir. İşte bu genel esas ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hâlinde idari para cezasına hükmedilecek ve bununla birlikte otuz günlük bir ihtar da bulunulacaktır.

4) Yukarıda elektrik piyasasına ilişkin lisans iptali hallerini incelerken de yer verildiği üzere, 4628 sayılı Kanun'da 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 hallerinde lisansın iptal edilebilmesi imkanı getirilmiştir. Fakat aynı maddenin devamında lisans iptali gibi ağır bir yaptırımın uygulanmasını engellemeye yönelik olarak kanunkoyucu, anılan gerçek dışı belge veya yanıltıcı bilgi veya lisans şartlarındaki değişikliğin düzeltilmesinin mümkün görülmesi hâline özgü olarak, düzeltme için otuz günlük yazılı ihtar süresi öngörmüştür. Bu ihtar doğrultusunda düzeltme adına bir şey yapılmaması, idari para cezası yaptırımına sebep olacaktır. 4646 sayılı Kanun'da ise aynı ihlalin sadece lisans müracaatı sırasında gerçekleşebileceği kabul edilmiş ve bu ihlal idari para cezası yaptırımına bağlanmış, lisans iptali yaptırımı öngörülmemiştir. Bir başka



anlatımla ihlal içeren hareketlerin doğalgaz piyasasında lisansın yürürlüğü sırasında gerçekleşmesi hâlinde lisans iptali dışında idari para cezası bile uygulanamayacaktır. Aynı nitelikteki iki ihlale yönelik olarak iki kanun arasındaki mevcut bu kapsam farkını anlamak mümkün değildir.

5) İdari para cezası yaptırımının uygulama bulduğu diğer bir hal ise, lisans süresi boyunca iştirak ilişkisi yasağına aykırı davranışta bulunulmasıdır. Bu davranış üzerine 4628 sayılı Kanun'da, otuz günlük yazılı ihtar da bulunulacak ve bu süre içerisinde iştirak ilişkisi yasağına aykırılığa devam edilirse idari para cezası uygulanacaktır. 4646 sayılı Kanun'da ise, aynı durumda idari para cezası verilecek ve otuz günlük ihtar da bulunulacaktır.

6) Bilindiği üzere, enerji hukukunun bir anlamda içeriğini oluşturan dört kanunda da ilgili sektöre ilişkin faaliyetler ayrıştırılarak her faaliyet için ayrı lisans alma şartı getirilmiştir. Devamında da her bir lisansın hangi faaliyetlere ilişkin izin verdiği bir başka anlatımla hangi faaliyetleri icra edilebilir kıldığı belirtilmiştir. İşte kanunkoyucu, lisans sahibinin lisansın izin verdiği faaliyetler dışında faaliyetlerde bulunmasını engellemek için bu hâl için de idari para cezası getirmiştir. Bu ihlale karşılık olarak 4628 sayılı Kanun'da onbeş günlük yazılı bir ihtar da bulunulmakta, ihtara rağmen lisansın kapsamını aşan bu faaliyetler sonlandırılmadığı takdirde idari para cezası verilebilmektedir. 4646 sayılı Kanun'da ise aynı durumda idari para cezası yanında on beş günlük ihtar da bulunmaktadır.

7) İnceleme konusu yapılacak son aykırılık hâlinde ise, yukarıda ifade edildiği üzere, 4628 sayılı Kanun'da lisans verilmesine esas olan şartların lisansın yürürlüğü sırasında ortadan kalktığı veya bu şartların baştan mevcut olmadığı saptanması hâlinde lisans iptal edilmektedir. 4646 sayılı Kanun'da ise bu aykırılık hâli lisans verilmesine esas olan şartların faaliyetlerin yürütülmesi sırasında ortadan kalktığı saptanması ve baştan mevcut olmadığı saptanması şeklinde ikiye ayrılmıştır. Birinci durumda lisans iptal edilirken, ikinci durumda lisansın iptali yanında ayrıca idari para cezası verme imkânı getirilmiştir.

#### ***bb) Petrol Piyasası***

Tıpkı lisans iptaline ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi idari para cezalarında da aykırılıklar içerik yönünden farklılık arz etse de kanun sistematığı açısından 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu (5015 sayılı Kanun) ile 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) (5307 sayılı Kanun) Kanununun idari para cezasına dair hükümlerinin aynı şekilde düzenlendiği söylenebilir. Her iki kanunda da idari para cezası yaptırımı öngörülen ihlaller belirli gruplara ayrılmıştır. 5728 sayılı Kanun öncesinde sözkonusu gruplar ağır kusur, birinci derece kusur gibi ana başlıklar altında tek tek sayılmakta ve ağır kusur hallerinden birinci ve ikinci derece kusur hallerine doğru verilecek idari para cezaları azaltılmaktaydı. 5728 sayılı Kanun ile aynı sistematik korunmuş ama ağır kusur, birinci derece kusur, ikinci derece kusur ibareleri 5015 sayılı Kanun ve 5307 sayılı Kanun'un idari para cezasına ilişkin maddelerinden çıkarılmıştır. 5015 sayılı Kanun'da idari para cezası sonucunu doğuran aykırılık halleri, “*idari para cezaları*” başlıklı 19. maddede sayılmış olup; bunlar ana başlıklara göre şunlardır;

***aaa) Sorumlularına Altyüzbin Türk Lirası İdari Para Cezası Verilen İhlaller***

- Sözkonusu ihlallerden ilki, lisans almadan, lisansa tabi faaliyetlerin yapılmasıdır.
- Bu grupta yer alan bir diğer ihlal hali ise, Kurumca, 10 uncu madde gereği yapılan uygulamaların dolaylı veya dolaysız olarak engellenmesi veya engellenmeye teşebbüs edilmesidir. Bahse konu 10. madde Petrol alım satımında fiyatların ne şekilde oluşacağına dair bir takım hususlar içermektedir. Maddede öncelikle fiyatların en yakın erişilebilir dünya serbest piyasa koşullarına göre oluşacağı genel olarak kabul edildikten sonra piyasa fiyatının içine hangi kalemlerin gireceği açıklanmaktadır. Bu madde kapsamında Kurumun bir takım uygulamaları söz konusu olmaktadır. Örneğin rafinericiler ve ham petrol üreticileri fiyat anlaşmazlıkları, Kurumun hakemliğinde en geç otuz gün içinde tarafları bağlayacak şekilde sonuçlandırılmaktadır. Bunun dışında, petrol piyasasında faaliyetleri veya rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte anlaşma veya eylemlerin piyasa düzenini bozucu etkiler oluşturması durumunda da Kurum, gerekli işlemlerin başlatılmasıyla birlikte, her seferinde iki ayı

aşmamak üzere, faaliyetlerin her aşamasında bölgesel veya ulusal düzeyde uygulanmak için taban ve/veya tavan fiyat tespitine ve gerekli tedbirlerin alınmasına yetkili kılınmıştır. İşte Kurumun fiyat oluşumuna yönelik bu tip uygulamalarının dolaylı veya dolaysız olarak engellenmesi veya engellenemese bile buna teşebbüs edilmesi hâlleri Altıyüzbin Türk Lirası idari para cezası yaptırımına sebep olacaktır.

- Kanunun “*Faaliyetlerin kısıtlanması*” başlıklı 9. maddesinde, piyasada ilgili lisans türünün alınması sonrası bulunulabilecek faaliyetlere ilişkin olarak bir takım kısıtlamalar getirilmiştir. Bunlar Türkiye’de ham petrol yapan üretimi yapan üreticilere, dağıtıcılarca yapılacak akaryakıt ithalatına, ham petrolün yurt içinde ticaretine, ihrakiye teslimi yapabileceklere, sanayi tesislerinde yan ürün olarak elde edilen ürünün yurt içinde akaryakıt olarak faaliyete konu edilmesine, araçlara yapılacak akaryakıt ikmalini yapabileceklere ilişkin olabilmektedir. İşte madde ile getirilen bu kısıtlamalara uyulmaması idari para cezası yaptırımına sebep teşkil edecektir.
- Kanunkoyucu bazı maddelere verdiği büyük önem nedeniyle, bu maddelerin ihlalini doğrudan ağır kusur sayarak idari para cezasına tabi tutmuştur. Bu maddeler sırasıyla a) Rafinerici lisansı sahiplerinin bulunabilecekleri faaliyetlere ilişkin 5. madde, b) Taşıma, işleme, depolama, iletim, madeni yağ üretimi, serbest kullanıcı, ihrakiye teslim şirketi<sup>798</sup> ve ihrakiye bayiine ilişkin 6. madde, c) Dağıtıcı lisansı sahiplerinin faaliyetlerinin sınırını çizen 7. madde, d) Bayi lisansı sahiplerinin faaliyetlerinin sınırını çizen 8. madde, e) Olağanüstü durumlara tedbiren petrol stoğu tutulması yükümlülüğünü getiren 16. madde, f) Serbest kullanıcılara ilişkin 17. madde, g) Kaçakçılığın önlenmesine yönelik Ulusal marker<sup>799</sup> uygulamasını açıklayan 18. madde

---

<sup>798</sup> *İhrakiye*: Ülkenin karasuları ve/veya karasuları bitişiğinde deniz vasıtalarına veya hava meydanlarında yerli ve yabancı uçaklara vergili veya vergisiz sağlanan akaryakıtı ve madeni yağı ifade eder.

*İhrakiye teslim şirketi ve bayi*: Yurt içinden veya yurt dışından temin ettiği ihrakiyeyi deniz ve hava taşıtlarına ikmal eden lisanslı sermaye şirketini ve lisanslı bayileri ifade eder.

<sup>799</sup> *Ulusal marker*: Akaryakıt rafineri çıkışında veya gümrük girişinde eklenecek katkıyı ifade eder.

***bbb) Sorumlularına İkiyüzellibin Türk Lirası İdari Para Cezası Verilen İhlaller***

- Lisans almaksızın hak konusu yapılan tesislerin yapımına ve/veya işletimine başlanması ile bunlar üzerinde tasarruf hakkı doğuracak işlemlerin yapılması.
- Lisans sahibinin, sahip olduğu lisansın türünün izin verdiği ve Kanunda sayılan haklar dışında faaliyetlerde bulunulması.
- 5015 sayılı Kanun'un lisans sahiplerinin hak ve yükümlülükleri Kanunun 4. maddesinde sayılmıştır. Özellikle 5015 sayılı Kanuna göre faaliyette bulunacaklara getirilen yükümlülükler 11 bentte ifade edilmiştir. İşte bu içeriğe sahip maddede yer alan hükümlerin ihlali İkiyüzellibin Türk Lirası idari para cezasına bağlanmıştır.
- Yine 5015 sayılı Kanun'un 12. maddesinde, tesislerinde boş kapasite bulunan ileticiler ve lisanslı depoculara, iletim ve depolama taleplerinin maddede sayılan şartların karşılanması durumunda bu talebi karşılama zorunluluğu getirilmiştir. İşte bu zorunluluğa karşın iletim ve depolama tesislerine erişimin dolaylı veya dolaysız olarak engellenmesi hali birinci derece kusur sayılarak idari para cezası yaptırımını öngörülmüştür.

Son olarak 5015 sayılı Kanun'da getirilen yükümlülüklerle uyulmaması şeklinde gerçekleşen ama yukarıda saydığımız ihlal hâllerine girmeyen ihlaller de Kanunda belirtilen idari para cezası yaptırımına maruz kalabilecektir. Bu son hüküm adeta bir torba hüküm olarak, idari para cezasının uygulama alanını genişletmektedir.

EPDK'nın 5015 sayılı Kanun doğrultusunda verdiği idari para cezaları içinde son dönemde en çok gündemde kalanı, petrol dağıtım şirketlerine verdiği ve toplam tutarı yaklaşık 1,5 milyar YTL' yi bulan idari para cezalarıdır.

20 Aralık 2003 tarihinde yürürlüğe giren 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu, petrol piyasasında faaliyet gösteren şirketler için kendi durumlarını yeni kanuna hazırlamak ve lisans başvurusu yapmak konusunda 1 yıllık bir geçiş süresi öngörmüş ve 20 Aralık 2004 itibarıyla tüm şirketlerin EPDK'ya lisans başvurusu yapmış olması kuralını getirmiştir. 5015 sayılı Kanun, öncesinde faaliyette bulunmakta olanlar dahil, piyasadaki tüm şirketlere lisans alma yükümlülüğü getirmektedir. Ancak petrol dağıtım şirketlerine, kendi bayilerinin lisans alıp almadığını denetleme konusunda ve

lisans almamış bayilerine akaryakıt ikmali yapmama konusunda herhangi bir yükümlülük öngörmemektedir<sup>800</sup>.

5015 sayılı Kanun lisans başvurularındaki belgelerin eksikliklerin giderilmesi konusunda 3 aylık ek süre vermiş ve 20 Mart 2005 tarihine kadar tüm şirketlerin lisans almış olmasını şart koşmuştur. Bunun üzerine EPDK, 4 Nisan ve 12 Nisan 2005 tarihlerinde tüm dağıtım şirketlerine yazılı uyarıda bulunarak, lisans almamış bayilerine akaryakıt vermemeleri konusunda uyarı yapmış ve 12 Nisan tarihli yazının ekinde de her bir dağıtım şirketine lisans almış bayilerinin listesini göndermiştir.

Dağıtım şirketlerinin lisanssız bayilerine akaryakıt vermeye devam etmelerine yönelik şikâyetler üzerine EPDK dağıtım şirketlerine soruşturma açmış ve bunların 20 Mart 2005 ile 30 Ekim 2005 arasında lisanssız bayi bayilerine de akaryakıt ikmali yaptıklarını tespit ederek, neredeyse tüm dağıtım şirketlerine idari para cezası vermiştir<sup>801</sup>.

Bahse konu idari para cezalarına karşı şirketler Danıştay’a iptal davası açmışlardır<sup>802</sup>. Bu davalara ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakan Danıştay 13. Dairesi, piyasada faaliyette bulunacak tüm şirketler için lisans alma zorunluluğu bulunduğu ilişkin Kanun’daki genel hükmü yeterli görerek, Kanun’da petrol dağıtım şirketleri için lisanssız bayilerine akaryakıt vermeme konusunda ayrıca özel bir hüküm bulunmamasını önemli bir hukuksal eksiklik görmemiş ve EPDK’nın lisanssız bayilere akaryakıt temin etmeyi hafif kusur değil ağır kusur olarak nitelemesini ve bu nedenle hafif kusurun cezasına göre 10 kat daha fazla ceza verilmesini de hukuka uygun bulmuş ve sonuç olarak davacıların yürütmeyi durdurma taleplerini reddetmiştir<sup>803</sup>.

Danıştay 13. Dairesinin bu kararına yapılan itirazı inceleyen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) ise Daire kararından tamamen farklı bir

---

<sup>800</sup> Ali ULUSOY, **Petrol Dağıtım Şirketlerine EPDK Tarafından Verilen İdari Para Cezalarının Danıştay’ca Denetimi**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:66, Sayı:2, Bahar 2007, s. 230

<sup>801</sup> ULUSOY, agm, s. 230

<sup>802</sup> 5015 sayılı Kanunun 21. maddesine göre “*Kurul kararına karşı açılacak davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülür.*”

<sup>803</sup> Bkz. Örneğin Danıştay 13. D. E. 2006/4287, 17 Kasım 2006

değerlendirme yaparak, davacılar lehine karar vermiş ve verilen cezaların onda dokuzluk kısmının (miktarının) yürütmesini durdurmuştur<sup>804</sup>.

İDDK tarafından verilen yürütmeyi durdurma kararı<sup>805</sup> iki temel gerekçeye dayanmaktadır:

- 1) Hukuken tüm bayilerin 20 Mart 2005 tarihi itibarıyla lisans almış olmaları gerekmektedir. Ancak dağıtım şirketleri açısından, hem lisanssız bayilerine akaryakıt ikmal yapmalarını yasaklayan açık bir yasal hüküm yoktur; hem de dağıtımının hangi bayinin lisans almadığını bilme ve bunu denetleme hususunda yasal bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu durumda dağıtımıcılara bu nedenle idari ceza verilebilmesi için EPDK tarafından hem lisanssız bayilere akaryakıt vermeme konusunda ve hem de hangi bayilerin lisanssız oldukları konusunda açık bir bildirim yapılması gereklidir. Böyle bir bildirim ise EPDK tarafından dağıtımıcılara 12 Nisan 2005 tarihinde yapılmış olup, dağıtımıcılar bunu 14 Nisan 2005 tarihinde tarihinde tebellüğ etmişlerdir. O halde dağıtımıcılara ancak 14 Nisan 2005 tarihinden sonrasındaki akaryakıt ikmalleri nedeniyle ceza verilebilir. Bu tarihten önceki ikmaller için ceza verilmesi hukuka aykırıdır.
- 2) EPDK, dağıtım şirketlerine Kanun'un 19. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "ağır kusur" nedeniyle ceza vermiştir. Bunun da o tarihteki cezası, ihlal başına yaklaşık 700.000 YTL'dir. Oysa Kanun'da dağıtımıcıların lisanssız bayilerine ikmal yapmasını yasaklayan açık bir hüküm yoktur. Bayiler için lisanssız faaliyette bulunmama yükümlülüğü bulunmasına karşın, lisanssız bayilere ikmal yapmama yükümlülüğü dağıtımıcılar için ancak dolaylı yorum yoluyla çıkarılabilmektedir. Bu durumda, 14 Nisan 2005 sonrasındaki ikmaller için de Kanun'un 19. maddesinde öngörülen "ağır kusur" nedeniyle değil, aynı maddede ayrıca düzenlenen "hafif kusur" nedeniyle ceza verilmeliydi. Bunun da cezası ağır kusurun onda biri olan yaklaşık 70.000 YTL'dir.

O halde, anılan Danıştay kararı uyarınca petrol dağıtım şirketleri 14 Nisan 2005 öncesindeki ikmaller nedeniyle aldıkları para cezalarının tamamından; bu tarihten sonrasındaki ikmalleri nedeniyle aldıkları para cezalarının ise onda dokuzundan kurtulmuşlardır. Ancak 14 Nisan 2005 tarihinden sonra lisanssız bayilere akaryakıt ikmal yapmanın dağıtımıcılar için Kanunun ihlal edilmesi anlamına geldiği de bu yargısal hükümle ortaya konulmuştur. Başka bir anlatımla,

<sup>804</sup> Bkz. Örneğin Danıştay İDDK, E. 2006/1517, 25 Ocak 2007

<sup>805</sup> Danıştay kararı ile EPDK tarafından dağıtım şirketlerine verilen idari para cezasına yönelik kararın yürütmesi durdurulduğuna göre, Danıştay'ın anılan yürütmeyi durdurma kararı sonrasında EPDK'nın önceki idari para cezası verme işlemi (en azından bu konudaki nihai karara kadar) hukuken ortadan kalktığından, bu aşamada EPDK, adigeçen yargı kararını uygulamak adına, gerekçeli kararın kendisine tebliğinden itibaren en geç 30 gün içinde aynı konuda tamamen yeni bir karar alabilecektir. Bu yeni kararında EPDK, 14 Nisan 2005 tarihinden önceki ikmaller için ceza veremeyecek; bu tarihten sonraki ikmaller için ise Kanunun 19 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasındaki "hafif kusur" nedeniyle idari para cezası uygulayabilecektir. Ali ULUSOY, **Petrol Dağıtım Şirketlerine Verilen İdari Para Cezaları Hakkında Bir Not**, Rekabet Forumu, Sayı:31, 20 Şubat 2007, [http://www.rekabetderneği.org/rk\\_bulten/sayi31.doc](http://www.rekabetderneği.org/rk_bulten/sayi31.doc)

hafif kusur da olsa, dağıtımçıların hukuka aykırı davrandıkları hüküm altına alınmıştır<sup>806</sup>.

### ***cc) LPG Piyasası***

5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Kanun (5307 sayılı Kanun)'unda idari para cezaları, “*idari para cezaları*” başlıklı 16. maddede düzenlenmiştir. 5307 sayılı Kanun'da, 5015 sayılı Kanun'dan farklı olarak ellibin Türk Lirası para cezası verilen ayrı bir ihlal haline de yer verilmiştir.

### ***aaa) Sorumlularına Beşyüzbin Türk Lirası İdari Para Cezası Verilen İhlaller***

- Söz konusu ihlallerden ilki, lisans almadan, lisansa tabi faaliyetlerin yapılmasıdır.
- 5307 sayılı Kanun'un 4. maddesinde lisans sahiplerinin hak ve yükümlülükleri düzenlenmiştir. Maddenin son fıkrasına göre, Yurt dışından LPG temin edeceklerin rafinerici veya dağıtıcı lisansına sahip olması gereklidir. Dağıtıcılar LPG'yi rafinerilerden veya ithalat yoluyla yurt dışından temin ederler. LPG ithalatı, Kurumun belirleyeceği teknik düzenlemelere uygunluğu ihtisas gümrüklerindeki laboratuvarlarda belirlendikten sonra ihtisas gümrüklerinden yapılır. Lisans sahibi olmayanlar LPG ticareti yapamaz. İşte bu fıkranın ihlali Kanun'da ağır kusur sayılmış ve idari para cezası yaptırımını öngörülmüştür.
- 5307 sayılı Kanun'un 10. maddesi tıpkı 5015 sayılı Kanun'un 10. maddesinde olduğu gibi, fiyat oluşumunu düzenlemektedir. Bu maddede kural LPG alım satımındaki fiyatların dünya serbest piyasa koşullarına göre oluşmasıyken buna Kurum'un yetkili kılındığı bir istisna getirilmiştir. Buna göre, LPG piyasasında faaliyetleri veya rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte anlaşma veya eylemlerin piyasa düzenini bozucu etkiler oluşturmaları hâlinde, gerekli işlemlerin başlatılmasıyla birlikte, her seferinde iki ayı aşmamak üzere, faaliyetlerin her aşamasında, bölgesel veya ulusal düzeyde uygulanmak için taban ve/veya tavan fiyat tespitine ve gerekli tedbirlerin alınmasına Kurum yetkili olacaktır. İşte

---

<sup>806</sup> ULUSOY (2007), agm, s. 231

Kurumun 10. maddeden kaynaklanan bu tip uygulamalarının dolaylı veya dolaysız olarak engellenmesi veya engellenmeye teşebbüs edilmesi 5015 sayılı Kanun'da olduğu gibi ağır kusur sayılmış ve idari para cezası kapsamına alınmıştır.

- 5307 sayılı Kanun'un 12. maddesinde, Kurumun bilgilerin toplanması, kayıt düzeni, denetim ve tebligata dair hususlara yer verilmiştir. Kurum, piyasanın işleyişine ilişkin bilgilere yönelik bildirim yükümlülüklerini belirleyeceği gibi, lisans sahiplerinin Vergi Usul Kanunu hükümleri saklı kalmak şartı ile düzenleyecekleri belge ve tutanakları kayıt düzenlerine ilişkin özel usul ve esasları belirleyebilecektir. Bunun dışında gerekli gördüğü her türlü bilgiyi gerçek ve tüzelkişilerden isteyebilecektir. Görevlendirilen Kurum personeli de piyasa tarafları ve/veya tesisleri nezdinde oldukça kapsamlı bir inceleme yetkisine sahip olabilecektir. Kurum bu doğrultuda piyasa faaliyetlerini denetim yetkisine de sahiptir. Bu maddenin devamındaki 13. madde de ise, lisans kapsamında yürütülen faaliyetler için sigorta yaptırılması zorunluluğu getirilmiştir. İşte mezkûr 12. ve 13. maddelerin ihlal edilmesi hâlinde bu bir ağır kusur sayılmış ve idari para cezası yaptırımına bağlanmıştır.

#### ***bbb) Sorumlularına İkiyüzellibin Türk Lirası İdari Para Cezası Verilen İhlaller***

5307 sayılı Kanun'un "Üretim ve dağıtım" başlıklı 5. maddesinde öncelikle rafinerilerin 5015 sayılı Kanun kapsamında alacakları rafinerici lisansı çerçevesinde LPG üretimi yapabilecekleri, dağıtıcı lisansı sahiplerinin LPG dağıtım hakkına sahip olacakları belirtilmiştir. Sonrasında özellikle dağıtıcı lisansı sahiplerinin icra edebilecekleri ve icra edemeyecekleri faaliyetler ile dağıtıcılara otogaz LPG faaliyeti, dökme LPG faaliyeti ve tüplü LPG faaliyeti yaparken yüklenen yükümlülüklerle yer verilmiştir. 6. madde de ise, taşıma, depolama, dolum, tüp imalatı, tüp muayene, tamir ve bakımına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu maddenin devamında yer alan 7. madde ile otogaz bayilerine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Otogaz bayilerinin, bayilik faaliyetlerini dağıtıcılar ile yapacakları tek elden satış sözleşmesine göre yürütecekleri ifade edildikten sonra otogaz istasyonlarına yönelik şartlar sayılmıştır. Bu çerçevede 5307 sayılı Kanun'un 5., 6. ve 7. maddelerinin ihlali birinci derece kusur sayılmış ve idari para cezası yaptırımına bağlanmıştır.



- Lisans almaksızın hak konusu yapılan tesislerin yapımına ve/veya işletimine başlanması ile bunlar üzerinde tasarruf hakkı doğuracak işlemlerin yapılması.
- Lisans sahibinin, sahip olduğu lisansın türünün izin verdiği ve Kanunda sayılan haklar dışında faaliyetlerde bulunulması
- Yukarıda da değinildiği üzere, 5307 sayılı Kanun'un lisans sahiplerinin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen 4. maddesinin son fıkrasının ihlali bir ağır kusur hali olarak kabul edilmişti. İşte aynı maddenin bu son fıkrası dışında kalan kısmına yönelik bir ihlal birinci derece kusur sayılmış ve idari para cezası yaptırımına sebep teşkil etmiştir.

### ***ccc) Sorumlularına Ellibin Türk Lirası İdari Para Cezası Verilen İhlaller***

- 5307 sayılı Kanun'un *Dökme LPG kullanıcıları* ile ilgili hükümler içeren ve örneğin dökme LPG kullanıcıları için sözleşme yaptıkları dağıtıcıdan dökme LPG ikmal yapmak ve ilgili mevzuata göre gerekli izinleri alma zorunluluğu getiren 9. maddesi, LPG dolum tesislerinde ve otogaz istasyonlarında sorumlu müdür bulundurulması zorunluluğunu getiren 14. maddesi ve LPG piyasasında görev yapacak personele eğitim zorunluluğu getiren 15. maddesinin ihlali hâlinde bu durum ellibin Türk Lirası idari para cezası uygulanacaktır.

Bu farklı miktarda idari para cezası öngörülen üç grup ihlal dışında, 5307 sayılı Kanun'un tüplü LPG bayilerine yönelik 8. maddesinin dördüncü fıkrasının (6) numaralı bendine ilişkin de ayrıca farklı miktarda bir idari para cezası yaptırımı getirilmiştir. Bu bende göre tüplü LPG bayileri İki kilogram üzeri tüp teslimini ve bağlantısını adreste yapmakla yükümlü kılınmıştır. İşte bu yükümlülüğe aykırı davranış idari para cezasına sebep olacaktır. Ancak tüpün sisteme bağlantısının kullanıcı tarafından yapıldığının kanıtlanması durumunda tüp bayii ve dağıtıcı şirketlere hukuki ve cezai sorumluluk yüklenemeyecektir.

Son olarak Kanunda getirilen yükümlülüklerle uyulmaması şeklinde gerçekleşen ama yukarıda saydığımız ihlal hallerine girmeyen ihlaller de Kanunda belirtilen idari para cezası yaptırımına maruz kalabilecektir. Bu son hüküm adeta bir torba hüküm olarak, idari para cezasının uygulama alanını genişletmektedir.

**b) Şeker Hukukunda İdari Para Cezası Yaptırımı:**

Şeker hukukunda idari para cezaları 4634 sayılı Şeker Kanununun (4634 sayılı Kanun) 11. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre ilk düzenleme B kotasına (A kotasının belli bir oranına tekabül eden ve güvenlik payı için bulundurulmak üzere üretilen şeker miktarı) ilişkindir. Şeker üreten gerçek ve tüzelkişilerin, pazarlama yılı içinde B kotası şekerini bulundurma zorunluluğunu ihlal etmelerini önlemek amacıyla B kotası şekerin bulundurulmaması, Şeker Kurulu (Kurul) kararı dışında satılması ya da bedelsiz şekilde devredilmesi halleri ile C kotası şekerin (A ve B kotaları dışında üretilen ve yurtiçinde pazarlanamayan şeker ile işlenmek üzere ihraç kaydıyla temin edilen ham beyaz şeker) Kurul kararı dışında iç piyasada satılması veya bedelsiz olarak devredilmesi hallerinde tespit yapıldığı tarihteki fabrika satış fiyatı üzerinden hesaplanacak tutar kadarı Kurulca idari para cezası verilecektir. Aynı hesaplama yöntemini içeren yaptırıma bağlanan bir diğer ihlal de şirketlerin, 4634 sayılı Kanun'un amaçlarına aykırı olarak, A ve B kotası dışında temin edildiği tespit edilen şekerin doğrudan veya dolaylı olarak iç piyasada satılması veya devredilmesidir.

Maddede yaptırıma bağlanan ihlale ilişkin bir diğer grupta, şirketlerin Kurulun bilgi ve kararı dışında, birbirleri veya fabrikaları arasında kota aktarımı yapmalarıdır ki bu durumda her bir şirket için ayrı olmak üzere aktardıkları şeker miktarının, tespit yapıldığı tarihteki fabrika satış fiyatı üzerinden hesaplanacak tutar kadar Kurulca idari para cezası verilecektir.

Bir diğer idari para cezası ise Kurulca istenen bilgilerin yanlış, eksik veya yanıltıcı olarak verildiğinin saptanması veya hiç bilgi verilmemesi ya da yerinde inceleme imkânının verilmemesi hallerinde, Kurulca yapılacak yedi günlük ihtar karşın gereğinin yerine getirilmemesi hâlinde, şirketlerin Kurulca cari pazarlama yılı için tahsis edilen A kotası miktarının cari pazarlama yılı başındaki fabrika satış fiyatı üzerinden hesaplanacak tutarının % 3'üne kadar idari para cezası verilmesidir.

Şeker Kurulu tarafından şu ana kadar verilmiş en yüksek meblağlı idari para cezası ise ... Şirketler Topluluğu bünyesindeki ... A.Ş.'ye üretimde kota fazlası nişasta bazlı şeker kullandığı gerekçesiyle verilen 32 milyon YTL'lik idari para cezasıdır. Hammaddesi mısır olan nişasta sütünden üretilen nişasta bazlı şeker, pancar şekerine alternatif olarak maliyet avantajı nedeniyle gıda ve meşrubat sanayinde tercih edilmektedir. Fakat ülkemizde tamamıyla yerli sermaye ağırlıklı olan Şeker Pancarı sektörünün korunması ve Pazar kaybetmemesi amacıyla nişasta bazlı şekerlere kota uygulanmaktadır.

Bahse konu idari para cezası yaptırımında gazlı içecekler üreten ... A.Ş. nişasta sütü alarak kendi tesislerinde bunu (nişasta bazlı şekerle dönüştürdükten sonra) kolalı içeceklere dönüştürmüş ve bu durum Şeker Kurulu tarafından kota fazlası nişasta bazlı şeker kullanılması olarak kabul edilmiş ve 32 milyon YTL idari para cezası uygulanmıştır.

İdari para cezası yaptırımına maruz kalan ...A.Ş.'nin bünyesinde bulunduğu, ... grubu ise bu cezaya 4634 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının şeker fabrikası tanımını içeren (j) bendine dayanarak karşı çıkmaktadır. Bilindiği üzere kotalar şirketlere yönelik getirilmiş bir sınırlamadır ve 4634 sayılı Kanun'da "şirket", bir veya birden fazla sayıda şeker fabrikasını bünyesinde bulunduran ve/veya işleten tüzelkişiliği olarak tanımlanmıştır. *Şeker fabrikası* ise j bendinde "Şekeri girdi olarak kullanan işletmeler hariç olmak üzere (e) bendinde tanımlanan ürünler ile ham şekeri işleyerek şeker üreten işletme" şeklinde tanımlanmıştır. İşte ... grubu da bahse konu maddede, şekeri girdi olarak kullanan şirketlerin şeker fabrikası tanımı dışında bırakıldığını ... A.Ş. nin de bu maddeye dayanarak nişasta sütü alarak bunu entegre tesiste kolalı içeceklere dönüştürdüğünü iddia etmektedir.

### **c) Bankacılık Hukukunda İdari Para Cezası Yaptırımı:**

Bankacılık hukukunda idari para cezaları, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun (5411 sayılı Kanun) sırasıyla 146, 147 ve 148. maddelerinde düzenlenmiştir.

İdari para cezası yaptırımına bağlanan Kanuna aykırılık halleri ilk olarak, kuruluşlara ilişkin olarak 146. maddenin 1. fıkrasında 17 bent hâlinde sayılmıştır. Maddede sayılan aykırılık halleri sırasıyla; yurt içinde şube açma(md. 13) ve sınır ötesi faaliyetlere ilişkin aykırılık (md. 14), pay edinim ve devirlerinin, yönetim kuruluna veya denetim komitesine üye belirleme imtiyazı veren paylar (md.18/2) ile ortak sayısının beşten aşağı düşmesine yol açan işlemler ve izin alınmadan yapılan pay devirlerine (md. 18/4) ilişkin hükümlerine aykırılık, genel müdür ve yardımcılarının atanmasında aranan şartlara (md. 25) ve çalışma ve imza yetkisi yasağına tabi tutulan kişilerin belirli görevlerde çalıştırılması yasağına aykırılık (md. 26), karar defterine ilişkin getirilmiş hükümlere aykırılık (md. 28), bağımsız denetim kuruluşları (md. 33) ve değerlendirme ve derecelendirme kuruluşlarına (md. 34) dair getirilmiş hükümlere aykırılık, muhasebe ve raporlama sistemine yönelik zorunluluklar (md. 37/1) ile konsolide finansal raporlar (md. 38), finansal raporların imzalanması, sunulması, ilanı ve denetimi (md. 39) ve belgelerin saklanması (md. 42) ilişkin hükümlere aykırılık, bankaların 5411 sayılı Kanun kapsamında öngörülen sınırlamalara ve standart oranlara ilişkin eşiklere erişilmesi veya aşımaların oluşması haline özgü, Kuruma bildirme zorunluluğunun yerine getirilmemesi (md. 43), kredi sınırlarına ilişkin hükümlere aykırılık (md. 50), bankaların verdikleri kredileri izlemesine ilişkin yükümlülüğe aykırılık (md. 52) ile krediler ve diğer alacaklardan kaynaklanan zarar veya değer azalışlarına ilişkin ayrılması gereken karşılıkların tesis edilmemesi (md. 53), 5411 sayılı Kanun'da öngörülen kredi sınırları (md. 54) ile ortaklık payı edinilmesine ilişkin sınırlara uyulmaması (md. 56), bankaların gayrimenkullerinin defter değerlerine ve bu gayrimenkuller ile emtiaların alım satımına ilişkin getirilmiş sınırlama ve yasaklara uyulmaması (md. 57), bankaların nitelikleri belirlenen sandık ve vakıflara açıklarının kapatılması için kaynak aktarması yasağı (md. 58) ile bankalar ve konsolide denetime tabi kuruluşlarca bir mali yılda yapılabilecek bağış miktarına dair sınırlamalara (md. 59) aykırılık, Türkiye'de kurulan kredi kuruluşlarının yurt dışındaki şubeleri ve ortaklıkları adına hiçbir şekil ve surette yurt içinde mevduat cüzdanı ve fon toplamaya ilişkin evrak düzenlenemeyeceği veya verilemeyeceği (md. 60/5) hükmü ile kredi

kuruluşlarının<sup>807</sup> mevduat hesapları ile katılım fonu hesaplarını Kurulun görüşü alınmak suretiyle Merkez Bankasınca tespit edilecek vade ve türlerine göre tasnif etme, tasarruf mevduatı ve gerçek kişilere ait katılım fonunu diğer hesaplardan ayırma (md. 60/7) hükmüne aykırılık, 5411 sayılı Kanunda ifade bulan istisnalar dışında mevduat ve katılım fonu sahiplerine ödenmesi gereken tutarları geri alma haklarının hiçbir suretle sınırlandırılmayacağı (md. 61) hükmüne aykırılık, yerinde denetim ve gözetim kapsamında ve bunun dışında istenecek bilgi ve belge taleplerinin yerine getirilmemesi, Bakanlar Kurulunun bankaların ödünç para verme işlemleri ve mevduat kabulünde uygulanacak azami faiz oranlarına, katılma hesaplarında kar ve zarara katılma oranlarına, özel cari hesaplar dahil bu maddede belirtilen işlemlerde sağlanacak diğer menfaatlerin nitelikleri ile azami miktar ya da oranların tespitine, bunları kısmen veya tamamen serbest bırakmaya ilişkin aldığı karar ve düzenlemelere (md. 144) uyulmamasıdır.

Kurula aynı zamanda yukarıda sayılan aykırılıklara karşı verilecek idari para cezalarını 5411 sayılı Kanun'un 68., 69. ve 70. maddeleri uygulanan bankalar için yüzde ellisine, 71. maddesi uygulanan bankalar için ise yüzde yüzüne kadar indirme yetkisi tanımıştır.

İdari para cezası yaptırımına bağlanan ikinci grup Kanuna aykırılık hali ise, İlgili kişilere ilişkin olarak 147. maddede sayılmıştır. Maddede sayılan aykırılık halleri sırasıyla; Bir kişinin, bir bankada doğrudan veya dolaylı pay sahipliği yoluyla sermayenin yüzde onunu ve daha fazlasını temsil eden payları edinmesi veya bir ortağa ait doğrudan veya dolaylı payların sermayenin yüzde on, yüzde yirmi, yüzde otuzüç veya yüzde ellisini aşması sonucunu veren pay edinimleri ile bir ortağa ait payların, bu oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirlerinde Kurulun izninin alınmaması (md. 18/1), yönetim kuruluna veya denetim komitesine üye belirleme imtiyazı veren payların (birinci fıkradaki oransal sınırlara bakılmaksızın) tesisi, devri veya yeni imtiyazlı pay ihracında Kurulun izninin alınmaması (md. 18/2), ortak sayısının beşten aşağı düşmesine yol açan işlemler ile izin alınmadan yapılan pay devirleri pay defterine kaydolunamayacağı (md 18/4) hükmüne aykırılık,

---

<sup>807</sup> Kredi Kuruluşu: Mevduat Bankaları ve katılım Bankalarını ifade eder.

bağımsız denetim, değerlendirme, destek hizmeti kuruluşlarının sorumluluk sigortası (md. 36) yaptırmaması, konsolide finansal rapor düzenleme zorunluluğunun (md. 38) yerine getirilmemesidir.

İdari para cezası yaptırımına bağlanan üçüncü Kanuna aykırılık hali ise sınırlamalara, kararlara ve düzeltmelere aykırı hareketler için 148. maddede sayılmıştır. Maddede sayılan aykırılık halleri sırasıyla; Bu Kanun veya bu Kanuna istinaden çıkarılan düzenlemelerde yer alan sınırlamalara uyulmaması, ilgili maddelerine göre, Kurul ve Kurum tarafından bu Kanuna dayanılarak alınan kararlara, çıkarılan yönetmelik ve tebliğlere ve yapılan diğer düzenlemelere uyulmamasıdır.

#### **d) Rekabet Hukukunda İdari Para Cezası Yaptırımı:**

İdari para cezası yaptırımına en çok başvuran bağımsız idari otoritelerden biri de Rekabet Kurumudur. İdari para cezaları 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu (4054 sayılı Kanun) 16. ve 17. maddelerinde usule ve esasa yönelik ihlaller<sup>808</sup> karşısında, nisbî veya ani olmak üzere ikiye ayrılarak düzenlenmiştir.

23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı “*Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile çok sayıda Kanunu kapsayan 578 maddelik bir değişiklik yapılmıştır. Bu kapsamlı düzenlemenin 472. maddesi ile 4054 sayılı Kanun’un idari para cezasına ilişkin temel maddesi diyebileceğimiz 16. maddesinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu çerçevede söz konusu yeni düzenleme, 16. maddenin eski metni ile karşılaştırılarak incelenecektir.

---

<sup>808</sup> ASLAN bu ibareler yerine “*usule ve esasa ilişkin suçlar*” ibaresini kullanmaktadır ki biz yukarıda idari ceza hukuku teorisine ilişkin kısımda da değindiğimiz üzere, idare hukuku rejimine tabi idari yaptırımlar alanında ceza hukuku terimlerinin kullanılması taraftarı olmadığımızdan dolayı bu ibareleri kullanmamaktayız.

4054 sayılı “İdari Para Cezası” başlıklı 16. maddenin ilk fıkrasında, sayılan fiiller ikinci fıkraya göre daha hafif ve usule ilişkin fiillerdir. İkinci fıkra ise esasa ilişkin fiilleri düzenlemektedir. Teşebbüslerin belirli bir şekilde davranmalarını gerektiren kararların yerine getirilmemesi veya 4054 sayılı Kanun’un belirli maddelerinin ihlal edilmesi hâlinde uygulanacak “*nispi para cezaları*” ise (5728 sayılı Kanun öncesinde “sürelî para cezaları” ibaresi kullanılıyordu) 17. maddede düzenlenmiştir. Nispi para cezaları, diğer bağımsız idari otoritelerde rastlanmayan bir idari para cezası hâli olduğundan burada değil kendine özgü idari yaptırımlar başlığı altında incelenecektir.

**Usule ilişkin İhlaller:** Usule ilişkin ihlaller 4 bent hâlinde sayılmış ve her bir bentteki her bir fiil için ayrı bir para cezasına hükmedilmiştir. Usule ilişkin ihlallerden birincisine göre, 4054 sayılı Kanun’da belirtilen şartları taşıyan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının 5. maddede düzenlenen ‘muafiyet’ hükümlerinden yararlanabilmesi, teşebbüsler arası anlaşmalar ve teşebbüs birliklerinin kararlarının 8. maddede hükme bağlanan ‘*menfi tespit*’ belgesi alabilmesi ve birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul’dan izin alınabilmesi amacıyla *yapılacak başvurularda yanıltıcı ve yanlış bilgi verilmesi* para cezası yaptırımına bağlanmıştır.

İdari para cezasına bağlanan ikinci usule ilişkin ihlal ise, izne tabi birleşme ve devralma işlemlerinin Kurulun izni olmaksızın gerçekleştirilmesidir<sup>809</sup>. Birleşme ve devirlerle ilgili objektif bir ölçü kabul edilerek bu ölçüyü aşan birleşme ve devirlerin Rekabet Kurulu’nun kontrolüne bırakılması gerekir<sup>810</sup>. 4054 sayılı Kanun bu objektif ölçüyü belirleme yetkisini, 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki “*Hangi tür*

---

<sup>809</sup> 02.07.2005 tarih ve 5388 sayılı yasa ile yapılan değişiklik öncesinde, madde metni şu şekildeydi; “*Birleşme veya devralmanın ya da 4 üncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların süresi içinde bildirilmemesi halinde... para cezası uygulanır*” idi. ASLAN, değişiklik öncesi düzenlemenin uygulamada sebep olduğu sıkıntıları şu şekilde ifade etmekteydi; Eski 16/1-c bendinin düzenlemesi Kanun’un sistemine tersti. Bu terslik 4. madde kapsamına giren anlaşma, karar ve uyumlu davranışlarla ilgiliydi. Birleşme ve devirlerin geçerli olabilmesi Rekabet Kurulu’nun izni ile mümkündür. Oysa anlaşma, karar ve uyumlu davranışlar için böyle bir şey yoktur. Bu hüküm karşısında işletmeciler, ileride bir sürprizle karşılaşmamak için, rekabeti sınırlayıcı olsun olmasın her türlü anlaşmayı, Kurul’a bildirmek zorunda hissediyorlardı. Bu, Kurul’un bildirimler arasında boğulmasına yol açıyordu. Avrupa Birliği’nin kabul etmiş olduğu ihtiyari bildirim sisteminin kabul edilmesi gerekmektedir. Avrupa Birliği, yaptığı yeni düzenlemelerle bildirimini tamamen kaldırmış bulunmaktaydı. Yeni değişikliklerle bizde de bu sorun ortadan kalkmıştır. ASLAN, age, s. 715

<sup>810</sup> ASLAN, age, s.

*birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder.”* hükmü ile Rekabet Kurulu’na bırakmıştır. Bu çerçevede 4054 sayılı Kanun’un 7. maddesi çerçevesindeki birleşme veya devralmalar, 1998/2, 1998/6 ve 2000/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile değişik 1997/1 sayılı *"Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ"*<sup>811</sup> uyarınca, 5.11.1997 tarihinden itibaren Kurul iznine tabi kılınmıştır.

Usule ilişkin üçüncü ihlal, 4054 sayılı Kanun’un sırasıyla 14. ve 15. maddesinde düzenlenen Rekabet Kurulu kararıyla bilgi isteme ve yerinde inceleme hallerine ilişkindir. 5728 sayılı Kanun öncesi, bu iki durumda hiç bilgi verilmemesi ile eksik, yanlış ve yanıltıcı bilgi verilmesi idari para cezası yaptırımına bağlanmışken, 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası, önceki halinde yer verilen durumlardaki bilgi verilmemesi haline ek olarak belge verilmemesi hali de eklenmiştir. Ayrıca bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde verilmemesi de idari para cezası yaptırımına bağlanmıştır. Rekabet Kurulu ÇİMBETON-YILMAZ BETON kararında<sup>812</sup> Çimbeton A.Ş. ile Yılmaz Beton Ltd. Şti ‘nin istenen bilgilerin yerine başka bilgiler vermesini eksik bilgi vermek olarak addederek idari para cezasına karar vermiştir. Kurul, LAFARGE BETON kararında ise, soruşturma aşamasında soruşturma ile ilgili görülen bazı belgelerin kopyalarının verilmemesini

<sup>811</sup> RG-12.08.1997, 23078

<sup>812</sup> “20. 02.2003 tarih ve 03-11/119-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen önaraştırma sırasında, Çimbeton Hazır Beton ve Prefabrik Yapı Elemanları Sanayi ve Ticaret A.Ş.’ye gönderilen 03.03.2003 tarih ve 445 sayılı bilgi isteme yazısında, diğer bilgilerin yanı sıra “2001, 2002 ve 2003 yılların aiat, satış yapılan her bir bölge için değişim tarihi itibarıyla hazır beton fiyatları” talep edilmiş ve gönderilecek bilgilerin, “vadeli fiyat, bant çıkisi-yerinde teslim fiyatı gibi” ayrıntıları içermesi de istenilmiştir.

Ancak, Çimbeton Hazır Beton ve Prefabrik Yapı Elemanları Sanayi ve Ticaret A.Ş.’nin 20.03.2003 tarih ve 1150 sayı ile intikal eden cevabı yazısında “ön inceleme çalışmasının yürütümünde faturalara yansıyan cari satış fiyatlarının daha gerçekçi ve yardımcı olacağı” gerekçesi ile “aylık ortalama net satış fiyatları” tablosunun yer aldığı; dolayısıyla fiyat bilgilerine ilişkin istemin karşılanmadığı tespit edilmiştir. Teşebbüs yetkililerine, yerinde inceleme esnasında talep edilen bilgilere ilişkin olarak ayrıntılı açıklamalar yapılmasına ve olası sorular bakımından her zaman için raporörlere ulaşabileceklerinin ifade edilmesine rağmen verilen cevap, daha önceki soruşturmalardan tecrübe sahibi ilgili teşebbüsün, iyi niyetli olmadığını göstermektedir.

Raportörler tarafından 11.03.2003 tarihinde hazırlanan tutanakla, Yılmaz Beton Sanayi ve Ticaret Ltd Şti.’nden “2001, 2002 ve 2003 yıllarına ait, satış yapılan her bir bölge için değişim tarihi itibarıyla hazır beton fiyatları” talep edilmiş; gönderilecek bilgilerin, “vadeli fiyat, bant çıkisi-yerinde teslim fiyatı gibi” ayrıntıları içermesi de istenilmiştir. Ancak, Yılmaz Beton Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti’nin, 28.03.2003 tarih ve 1318 sayı ile intikal eden cevabı yazısında, “aylık ortalama satış fiyatları” tablosunun yer aldığı; dolayısıyla fiyat bilgilerine ilişkin istemin karşılanmadığı anlaşılmıştır.” Rekabet Kurulunun **01.05.2003** tarih, **03-28/352-151** sayılı kararı (naklen ATASAYAR, age, s. 622)



*engelleme* kabul ederek bahse konu fıkranın ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>813</sup>. Kurul AYGIN SÜT ÜRÜNLERİ kararında istenen belgenin verilmemesini, bu belge yerine başka bir belgenin ibraz edilmesini ve itiraz üzerine bu belgenin de yırtarak imha etmeye teşebbüs edilmesini *yanıltmaya* yönelik bir davranış olarak addetmiştir<sup>814</sup>.

5728 sayılı Kanun öncesi usule ilişkin ihlallerin sonuncusu, muafiyet yükümlülüklerinin yerine getirilmemesiydi. Madde metninde her ne kadar 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinin üçüncü fıkrasından bahsedilmekteyse de, bunun maddi hatadan kaynaklandığı, aslında kastedilenin 5. maddenin ikinci fıkrası olduğu hususunda duraksama bulunmadığı kabul edilmekteydi<sup>815</sup>. Fakat 5728 ile bu usule ilişkin ihlal idari para cezasına konu olmaktan çıkarılmıştır. Buna karşın 5728 ile getirilen usule ilişkin ihlallerin sonuncusu, yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılmasıdır. 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesi, yerinde denetimin engellenmesi ve zorlaştırılması karşısında, Kurumun elindeki tek zorlayıcı yetki, ilgili işletmeye yerinde inceleme yapılmasına izin verilinceye kadar işleyecek şekilde süreli para cezası uygulamaktı. Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması, 5728 ile madde başlığı “*nispi para cezası*” olarak değiştirilen 17. madde de nispi para cezası yaptırımı sebebi olarak muhafaza edilmektedir. Buna göre aynı fiil nedeniyle aynı anda hem idari para cezası hem de nispi para cezası verilebilecektir. Bir başka anlatımla, aynı fiilden dolayı iki ayrı idari yaptırım uygulanabilecektir. Bu durum ne bis in idem kuralına aykırılık teşkil edecek midir? ÖZAY’ın yukarıda yer verdiğimiz ve bizim de katıldığımız görüşüne göre ne bis in idem kuralı, salt idare hukuku içinde sınırlı bir uygulama bulabilecektir. Buna göre, idarenin bir şahsı değişik iki sıfatı ve durumu bakımından ele alıp, aynı fiilden dolayı, kendisine iki ayrı müeyyide uygulaması hukuken mümkün ve caizdir. Çünkü, idari müeyyidelerin tatbikinde, ceza hukukunun, aynı fiilden dolayı değişik esaslara dayanan birden fazla ceza verilemeyeceğine dair kuralı geçerli değildir<sup>816</sup>.

<sup>813</sup> “...Soruşturma ile ilgili olarak görülen bazı belgelerin fotokopileri verilmeyerek, yapılan incelemenin tamamlanması engellenmiş ve söz konusu engellemeye ilişkin olarak ileri sürülen nedenler hukuken kabul edilebilir nitelikte bulunmamıştır...” Rekabet Kurulunun **12.06.2003** tarih, **03-42/483-M** sayılı kararı (naklen ATASAYAR, age, s. 624)

<sup>814</sup> Rekabet Kurulunun **07.04.2005** tarih, **05-22/275-74** sayılı kararı (naklen ATASAYAR, age, s. 625)

<sup>815</sup> Kazım Eren GÖNEN, **Rekabet Hukukunda İdari Para Cezaları**, Ankara 2003, s. 54

<sup>816</sup> ÖZAY(1985), s. 64

5728 sayılı Kanun ile 4054 sayılı Kanun’a dayanılarak verilen idari para cezalarına ilişkin getirilen önemli bir değişiklikte, idari para cezası tutarının hesaplanmasına ilişkindir. Anılan değişiklik öncesi kanunkoyucu tarafından uygun görülen idari para cezası tutarı ilgili usule ilişkin aykırılık halinde açıkça ifade edilmekte ve bu tutar hemen her sene kanunkoyucu tarafından yeniden belirlenmekteydi. Fakat 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası, idari para cezası tutarının tespitinde birtakım ölçütler getirilerek hem yasama açısından hemen her yıl kanun değişikliği yapılmasının beraberinde getirdiği külfetten kurtulunmuş hem de verilecek para cezasının bu yaptırımın muhatabının ekonomik durumuna paralel bir meblağ olması sağlanmıştır. Böylece 4054 sayılı Kanun çerçevesinde verilecek idari para cezaları açısından Viyana Uluslararası Ceza Kongresi’nde alınan ve idari ceza hukukunu ilgilendiren ihlaller için öngörülecek müeyyidelerin makul olması ve ihlalin ağırlığının failin kişisel durumuna uyması gerektiği yönünde tavsiye kararına da uyulmuştur. Gerçekten de idari yaptırımın elverişliliğini, dolayısıyla ölçülü olmasını sağlamada önemli bir nokta da idari ihlali işleyerek idari yaptırımla karşılaşan *bireyin sübjektif durumunun dikkate alınması* gerekir.

5728 sayılı Kanun ile yapılan yeni düzenlemeye göre usule ilişkin ihlallerde idari para cezaları tutarı yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması hali ile diğer ihlal halleri için ayrı ölçütler kullanılarak tespit edilecektir. Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması hali dışında kalan usule ilişkin ihlallerde idari para cezası teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin “*binde biri*” oranında verilecektir. Bunun dışında izne tabi birleşme ve devralmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde verilecek idari para cezaları birleşme işlemlerinde taraflardan her birine, devralma işlemlerinde ise sadece devralana verilecektir. Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması halinde ise, idari para cezası teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin “*binde beşi*” oranında verilecektir. Buna göre, kanunkoyucu yerinde

incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması halinde diğer usule ilişkin ihlallere göre beş katı daha fazla para cezası öngörmüştür.

Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, 1. fıkra da yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılmasının idari para cezası yaptırımına bağlanması şeklindeki yeni düzenlemenin devamı niteliğinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. 4054 sayılı Kanun'un "*Yerinde İnceleme*" başlıklı 15. maddesinde uygulamada yaşanan sıkıntılar neticesinde 01.08.2003 tarih ve 4971 sayılı Kanun'un 25. maddesi ile bir ekleme yapılmış ve teşebbüslerin yerinde incelemeyi engellemesi veya engelleme ihtimalinin olması halinde sulh ceza hâkimi kararı ile yerinde inceleme yapılabilmesi imkânı getirilmiştir. İşte 16. maddenin 2. fıkrasında da yerinde incelemenin mahkeme kararı ile gerçekleştirilmesi halinde verilecek idari para cezası verilip verilmeyeceği noktasında doğabilecek tereddütleri engellemek amacıyla, yerinde incelemenin mahkeme kararı ile gerçekleştirilmesi halinde bunun, yerinde incelemenin engellenmesi ve zorlaştırılmasına ilişkin olarak 4054 sayılı Kanunda öngörülen idarî para cezasının uygulanmasını engellemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır.

***Esasa ilişkin ihlaller:*** Esasa ilişkin ihlaller Kanunun 16. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; "*Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir.*" 5728 sayılı Kanun ile esasa ilişkin ihlallerin kapsamı genişletilmiş ve 4054 sayılı Kanun'un "*Birleşme ve Devralma*" başlıklı 7. maddesine aykırılıklarda idari para cezası yaptırımına bağlanmıştır. Buna karşın 5728 öncesinde mevcut bulunan ve idari para cezası öngörülen 4054 sayılı Kanun'un 11. maddesinin hâkim durumu yaratan veya mevcut bir hâkim durumu güçlendiren bir birleşme veya devrin Rekabet Kurulu'nun izni olmaksızın uygulamaya sokulması halini düzenleyen (b) bendine aykırılık hali madde metninden çıkarılmıştır. Bahse konu fıkra ya göre 7. madde dışında 5728 ile muhafaza edilen esasa ilişkin ihlaller sırasıyla; rekabeti sınırlayıcı amaçlı, etkili ya da muhtemel etkili

anlaşma, karar veya uyumlu davranışın gerçekleştirilmesi, hâkim durumun kötüye kullanılması ve hâkim durumu yaratan veya mevcut bir hâkim durumu güçlendiren bir birleşme veya devrin Rekabet Kurulu'nun izni olmaksızın uygulamaya sokulmasıdır. Böylelikle, maddi anlamda rekabet kurallarını ve 4054 sayılı Kanun'un temelini oluşturan 4., 6. ve 7. maddeler ile getirilen düzenlemelerin ihlali, 16. maddenin ikinci fıkrasında esasa ilişkin ihlaller olarak belirlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştır<sup>817</sup>. Esasa ilişkin ihlaller açısından doktrinde cevap aranan konulardan biri de esasa ilişkin ihlallerin gerçekleşmesi hâlinde, Kurul'un para cezası verip vermeme hususunda takdir yetkisine sahip olup olmadığıdır. Avrupa Birliğinde, Komisyon bu durumda para cezası vermeye mecbur değildir<sup>818</sup>. Buna karşın öğretide bu konuda görüş birliğine varıldığı söylenemez. GÖNEN, Kurulun bu konuda verdiği ADIYAMAN LPG kararı<sup>819</sup> ile ÇAY-KUR kararını<sup>820</sup> örnek vererek Kurulun bu konuda birbiriyle çelişen kararları olduğunu ve istikrarlı bir tutumun olmadığını savunmakta devamında fıkra metninin lafzının büyük önem taşıdığını ifade ederek, metinde “verileceği” ifadesi kullanıldığından dolayı Kurul'un para cezası verip vermemekte bir takdir yetkisi bulunmadığını ifade etmektedir<sup>821</sup>. ASLAN ise özellikle 4. madde yönünden bu sorunu değerlendirmiştir. Yazar'a göre Kurul, 4. maddeye aykırılık nedeniyle yasaklama kararı verdiği her olayda para cezası uygulamak zorunda değildir. Salt amacı rekabeti sınırlayıcı olduğundan bahisle ya da potansiyel rekabeti sınırlayıcı olan fakat rekabeti sınırlayıcı fiili etkiler doğurmamış olan bir

---

<sup>817</sup> GÖNEN, age, s. 56

<sup>818</sup> Nurkut İNAN, **AT Rekabet Hukuku Uygulama Tüzüğünde 17/62 Yenilikler**, Perşembe Konferansları,

<sup>819</sup> Kurul ADIYAMAN LPG olayında “Bir anlaşmada, rekabeti sınırlama amacı açıksa, anlaşmanın kendisi veya en azından rekabeti bozucu hükümleri, pers e bir rekabet ihlali oluşturur. Bu durumda anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin incelenmesine gerek yoktur. Rekabeti bozucu nitelikte olan anlaşmalar, tarafların kendi bağımsız rekabetçi faaliyetlerini ortak çıkarlar adına gözden çıkardıkları bir yapısal çerçeve yaratır. Bu sebepten dolayı, sadece rekabete aykırı bir anlaşmaya taraf olmak, anlaşma etkilerini gerçekleştirmemiş olsa dahi yasaktır.” yönünde karar vermiştir. (Rekabet Kurulunun 26.11.1998 tarih, 93/750-159 sayılı kararı)

<sup>820</sup> Kurul ÇAY-KUR olayında “ÇAY-KUR tarafından bayilik sistemine ilişkin olarak 01.01.1995 tarihli sözleşmeler ile daha sonra Mayıs 1998 tarihinden itibaren imzalanan EK sözleşmeler ve ayrıca TEKELE ile imzalanan Çay Satış Protokolü'nde yer alan maddelerin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 ve 6'ncı maddelerini ihlal ettiğine; ancak, söz konusu sözleşmeler ile protokolün dayanağının, ÇAY-KUR'un bağlı bulunduğu Devlet Bakanlığı tarafından Resmi Gazete'de yayımlanan ve anılan teşebbüsün irade özgürlüğünü ortadan kaldıran düzenlemenin geniş yorumlanmasından kaynaklanması, ayrıca 4054 sayılı Kanun'un yeni olması ve ilgili piyasaya yönelik olarak uygulamanın ilk kez yapılıyor olması nedenleriyle ilgili teşebbüsler hakkında soruşturma dahi açılmasına gerek görülmemiştir.” yönünde karar vermiştir. (Rekabet Kurulunun 22.06.1999 tarih, 99-31/277-167 sayılı kararı)

<sup>821</sup> GÖNEN, age, s. 57

anlaşmaya para cezası verilmemelidir. 16. maddenin, birbiri ile aynı olmayan her ihlali aynı şekilde cezalandıran ifade tarzı böyle katı bir şekilde uygulanamaz. Yazara göre 16. maddenin 4. fıkrası 1. fıkrası ile birlikte okunduğunda, ortada herhangi bir zarar olmayan hallerde para cezası uygulanmayabileceği sonucuna ulaşılabilir<sup>822</sup>.

Esasa ilişkin ihlallerde uygulanacak para cezasının miktarına ilişkin olarak 5728 sayılı Kanun öncesinde, ceza verilecek teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzelkişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin *bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar* para cezası verileceği hükme bağlanmış fakat “yıl” tabirinin hangi yıl olduğu konusunda bir açıklık sağlanamamıştı. Yani ihlalin sona erdiği yıl mı, soruşturmanın açıldığı yıl mı yoksa Kurul kararının verildiği yıl mı dikkate alınacağı noktasında bir belirsizlik vardı. Danıştay 13. Dairesi E. 2006/1150 sayılı kararı ile bu belirsizliği şu şekilde ortadan kaldırmıştı;

*“Kanun’un 4. Maddesinde yasaklanan davranışların işlenmesi ve bu durumun Kurul’ca saptanması hâlinde, saptanan davranışın eylem tarihi dikkate alınarak para cezasına konu teşkil edeceği açık bulunduğundan, ilgililerin eylem tarihinden bir yıl önceki yılsonunda oluşan yıllık gayri safi gelirleri üzerinden cezalandırılması gerekmektedir.”*

*Bu durumda Rekabet Kurulu kararıyla, 4054 sayılı Kanun’un 4. Maddesinin Şubat 2003- Kasım 2003 döneminde ihlal edildiğinin saptanması nedeniyle, Kurul’ca davacı şirketin eylem tarihinden bir önceki mali yıl olan 2002 yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi geliri üzerinden cezalandırılması gerektiğinden, soruşturmanın açılması tarihi esas alınarak 2003 yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi geliri üzerinden para cezası verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”*

Rekabet Kurulu da 19.1.2007 tarih 07-07 sayılı toplantısında 43-12 sayılı ilaç sektörüne ilişkin kararında, soruşturma 2005 yılında açılmasına karşılıklı 2004 yılı net satış miktarı üzerinden değil, ihlal 2002 yılında gerçekleşip nihayete erdiğinden 2001 yılı net satış tutarları üzerinden ceza takdir etmişti<sup>823</sup>.

---

<sup>822</sup> ASLAN, age, s. 728

<sup>823</sup> Danıştay’ın ve Rekabet Kurulu’nun bu kararları elbette tüm tereddütleri ortadan kaldırmamaktadır. Ancak bundan sonraki uygulamaları da etkiler niteliktedir. Bu etkiler şu şekilde olabilir:

1-Ceza takdirinde ihlalin sona erdiği yıldan önceki yıl rakamlarının dikkate alınması yukarıda örnek kararlarda açıklandığı üzere teşebbüslerin lehine bir durumdur. Ancak bu durum her zaman teşebbüslerin lehine bir sonuç doğurmayabilir. Şimdiye kadarki uygulamada Rekabet Kurulu

Konuya ilişkin 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile “yıl” bakımından varolan belirsizliğin giderilmesi amaçlanmıştır. Yeni düzenleme;

*“Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idari para cezası verilir.”*

şeklinde dir. Bu çerçevede “yıl” açısından nihai karardan bir önceki mali yıl bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yılın dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. Bir başka anlatımla Danıştay 13. Dairesi’nin yukarıda yer verilen kararındaki *“ihlale yol açan eylem tarihinden bir önceki yıl”* şeklindeki kabulü kanunkoyucu tarafından benimsenmemiştir.

Maddenin 4. fıkrasında 5728 öncesi usule ilişkin ihlallere bağlanan ama değişiklik sonrası esasa ilişkin ihlallere bağlanan bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, esasa ilişkin ihlallerden herhangi birisi sonucunda kendisine para cezası yaptırımını uygulanan, tüzelkişiliği bulunan teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin ihlalde belirleyici etkisi saptanan yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idari para cezası verilecektir. Bu hüküm 5728 sayılı Kanun öncesine göre önemli değişiklikler içermektedir. 5728 sayılı Kanun ncesi usule ilişkin ihlallerde geçerli olan bu para cezası hali artık esasa ilişkin ihlallerde geçerli olacaktır. Yine nceki halinde bu sebepten verilecek para cezalarında para cezası verileceklerin *“ihlalde belirleyici etkisi saptanması”* gibi bir araştırma yapılmadan doğrudan para cezası verilebilmektedirken artık ancak bu tespitten sonra

---

başlamış ve devam etmekte olan ihlallere ilişkin olarak ceza takdirinde soruşturmanın açıldığı yıldan bir önceki yıl net satış tutarlarını dikkate almaktaydı. Ancak bundan sonra soruşturmanın devam ettiği sürede de ihlal srdrlmşse Kurul’un nihai karar tarihinden önceki yıl net satış tutarları üzerinden ceza verilebilecektir.çünkü Danıştay kararında belirtildiği gibi ihlalin sona erdiği tarihten önceki yıl net satış tutarları üzerinden ceza takdiri söz konusudur. Teşebbüslerin bunu önemle göz önünde bulundurmaları gerekmektedir.

2- Yeni uygulamanın getirdiği diğer önemli husus ise Soruşturma Heyeti’nin ve sonuçta Rekabet Kurulu’nun ihlalin başlama ve bitiş tarihlerini saptamasının zorunlu olmasıdır. Necdet KARACEHENNEM, **İdari Para Cezalarının Hangi Yıla Ait Net Satış Tutarları zerinden Hesaplanacağına İlişkin Danıştay Kararı Ve Bu Kararın Olası Etkileri**, Rekabet Forumu, S. 31, şubat 2007,

[http://www.rekabetdernegi.org/rk\\_bulten/sayi31.doc](http://www.rekabetdernegi.org/rk_bulten/sayi31.doc)

idari yaptırım uygulanabilecektir ki bu son derece yerinde bir düzenlemedir. Buna karşın yeni düzenlemede para cezası verilebileceklerin kapsamı genişletilmiştir. Eski halinde sadece yönetim organlarında görev yapan gerçek kişilere ceza verilebilirken yeni düzenleme ile çalışanlara da para cezası verilebilmesi mümkün hale getirilmiştir. Son olarak da, eski düzenleme de yüzde on olarak belirlenen oranda indirimle gidilerek yüzde beş olarak belirlenmiştir. Kurul bu miktarı tespit ederken azami oran olan yüzde beşten para cezasını takdir etmesi hâlinde bunun gerekçesini açıklamak zorundadır. Zira yukarıda idari ceza hukukunda ölçülülük kısmında da ayrıntılı bir şekilde değindiğimiz üzere, Yasal sınırlar içerisinde dilediğince tespit hakkı varmış gibi görünse de, ceza üst sınırdan verilmişse cezanın gerekçesi gösterilmelidir. Hiçbir gerekçe olmadan üst sınıra karar verilmesi yasal sınırlar içerisinde kalınması anlamını taşısa da, bu seçim hakkının takdir yetkisinin keyfi kullanımı için verilmediği açıktır<sup>824</sup>.

Bahse konu maddenin 5. fıkrası ise ölçülülük ilkesinin orantılılık alt başlığına ilişkin bir düzenlemedir. Bu düzenleme ile yaptırımın ihlal ile orantılı olması gayesinin güdüldüğü açıktır. Bu açıdan büyük önem arzeden fıkra

*“Kurul, üçüncü fıkraya göre idarî para cezasına karar verirken, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır. Kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri veya bunların yöneticileri ve çalışanlarına, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ve gerekçesi açık bir şekilde gösterilmek suretiyle üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen cezalar verilmeyebilir veya bu fıkralara göre verilecek cezalarda indirim yapılabilir.”*

hükmünü içermektedir. 5728 sayılı Kanun öncesi usule ve esasa ilişkin ihlallerden kaynaklanabilecek tüm idari para cezalarını içerecek şekilde kaleme alınan fıkra yeni halinde sadece esasa ilişkin ihlallerden doğan idari para cezaları için

---

<sup>824</sup> OĞURLU(2001), s. 107

kullanılabilecektir. Bunun dışında 5728 sayılı Kanun ile getirilen önemli bir yenilikte, Kurum ile yapılacak aktif işbirliğinin sonucu olarak verilecek para cezasında indirimle gidilmesi veya para cezasının hiç verilmemesidir.

5728 sayılı Kanun öncesinde 16. maddenin son fıkrasında hüküm altına alınan ve Kanun hükümlerini açık bir biçimde ihlal etmeyen ve süresi içinde bildirilmiş anlaşma ve kararlara para cezaları uygulanmaması imkânı getiren hüküm madde metninden çıkarılmıştır. Söz konusu eski düzenleme 5728 sayılı Kanun öncesi belirsizliğe yol açmış, Rekabet Kurulu “*açık ihlal*” kavramını verdiği bir kararında “*...fiyat anlaşmaları, pazar paylaşımları, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkarılması gibi ilk bakışta rekabet ihlali olarak nitelendirilebilecek türden ihlaller...*”<sup>825</sup> şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir. ASLAN, Kurulun bu yorumunun, bilgisizlik nedeniyle bir anlaşmaya açıkça konulmuş bulunan ve rekabetin ihlali niteliğindeki bir hükmün, anlaşma süresi içinde bildirilmiş olsa dahi ilgili teşebbüslerin cezalandırılmasına neden olacağını; oysa aynı rekabet ihlalini doğuran ve fakat açıkça anlaşılamayan maharetli bir şekilde gizlenmiş ve bildirimde bulunulmuş bir anlaşmanın tarafları olan teşebbüslerin ise cezalandırılmaması sonucunu doğuracağını savunmuştur<sup>826</sup>.

#### e)Telekomünikasyon Hukukunda İdari Para Cezası Yaptırımı:

Telekomünikasyon hukukunda idari para cezası yaptırımına ilişkin düzenleme, diğer yaptırımlara ilişkin de yegâne düzenleme olarak adlandırılabilir olan 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 2 inci maddesinin 4673 sayılı Kanunla değişik (f) bendidir. Buna göre Telekomünikasyon Kurumu (Kurum), telekomünikasyon sektöründeki faaliyetlerin mevzuat ile görev ve imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin şartlarına aykırı yürütülmesi hâlinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki cirosunun %3’üne kadar idari para cezası uygulamaya yetkilidir. 2004 yılında Telekomünikasyon Kurumu bu maddeye

<sup>825</sup> Rekabet Kurulunun 99-13/99-40 sayılı kararı

<sup>826</sup> Yılmaz ASLAN, *Rekabet Kurulu’nun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler*, Rekabet Dergisi, C. 1, S. 2, Ankara 2000



dayanarak Turkcell' e imtiyaz sözleşmesine aykırı faaliyette bulunduğu gerekçesiyle 31.7 trilyon lira idari para cezası vermiştir.

Dava, Kuruma onaylatılması gereken tarife değişikliğinin onaylatma yükümlülüğünün yerine getirilmediğinden bahisle, davacı şirkete 36.416.258.972.450.-TL<sup>827</sup> idari para cezası verilmesine ilişkin 22.07.2003 gün ve 5908 sayılı davalı idare işlemi ile bu işlemin Telekomünikasyon Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır. İdare Mahkemesi, yapacağı iş ve hizmetlerin karşılığı olarak alacağı ücrete ilişkin tarifeyi tavan fiyat yöntemini esas alarak belirleyip, davalı idarenin onayına sunan davacı şirketin, sınırlı süreyle yaptığı ve yeni bir hizmet getirmeyip mevcut hizmetten yararlanmada abone ve kullanıcılara farklı seçenekler sunduğu kampanyasının tarife değişikliği olarak onay zorunluluğunun kabulünün, promosyonun amacına uygun olamayacağı, bu durumda tarife değişikliği kapsamında olmadığı sonucuna varılan kampanyanın, onaylatma yükümlülüğünü yerine getirmedüğinden bahisle davacı şirkete para cezası verilmesinde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmiştir.

Danıştay 13. Dairesi temyiz incelemesi sonrası verdiği 22.02.2006 tarih E. 2005/6376, K. 2006/1131 sayılı bozma kararında şu gerekçelere yer vermiştir; “ *Türk Telekomünikasyon A.Ş. tarafından belli bir süre uygulandığı anlaşılan promosyon kampanyasının incelenmesi sonucunda, daha önce belirlenen tarife üzerinden kontör atış periyodunun uzatılması ve indirim oranlarının arttırılması yoluyla hizmete olan talebi arttırmayı amaçlayan, onaya tabi yeni bir tarife değişikliği niteliğinde düzenleme yapıldığı görülmektedir.*

*Diğer yandan, Türk Telekom'un promosyon uygulamasının onaya tabi bir tarife değişikliği niteliğinde bulunmadığının kabulü, yasal düzenlemelerle Türk Telekomünikasyon sektöründe genel anlamda düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama görevi verilen Telekomünikasyon Kurumu'nun görevleriyle de bağdaştırma olanağı bulunmamaktadır. Bu durumda, Kuruma onaylatılması gereken tarife değişikliğinin onaylatma yükümlülüğünü yerine getirmedüğinden bahisle, davacı şirkete bir önceki yıl cirosunun %1'i oranında idari para cezası verilmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir<sup>828</sup>.*”

<sup>827</sup> 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 2. maddesinin (f) bendinden sonra gelen (g) bendinde, Kurum tarafından 2. maddedeki hükümlerin, cezaların ve 4. maddede belirtilen ilkelerin uygulanma esaslarını göstermek üzere yönetmelikler çıkarılacağı öngörülmüştür.

Bu hükme dayanılarak Kurum tarafından hazırlanan ve dava konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan 01.08.2002 tarih, 24833 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Telekomünikasyon Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmeliğin 17. maddesinin (d) bendinde, işletmecinin herhangi bir telekomünikasyon hizmetini, onaylanmamış tarife ile sunması veya fiyat sınırlarının üzerinde tarife uyguladığının tespiti halinde ise, işletmecinin bir önceki yıla ait cirosunun %1'i oranında, ihlalin devamı veya tekrarı halinde ise, işletmecinin bir önceki yıla ait cirosunun %2'si oranında idari para cezası uygulanacağı kurala bağlanmıştır.

<sup>828</sup> D. 13. D., E. 2005/6376, K. 2006/1131, 22.02.2006

#### **f) Radyo ve Televizyon Hukukunda İdari Para Cezası Yaptırımı:**

İdari para cezaları 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun (3984 sayılı Kanun)da yaptırımlara ilişkin 33. maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre, Üst Kurulun öngördüğü yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, izin şartlarının ihlal edilmesi, yayın ilkelerine ve 3984 sayılı Kanun'da belirtilen diğer esaslara aykırılık şeklinde ifade edilen ihlalin tekrarı hâlinde idari para cezası verilmektedir. Verilmesi muhtemel idari para cezası miktarında ise ulusal düzeyde yayın yapan kuruluşlar ile yerel, bölgesel ve kablo ortamında yayın yapan kuruluşlar arasında farklı cezalar kabul edildiği gibi yerel, bölgesel ve kablo ortamında yayın yapan kuruluşlar arasında da kapsanan yayın alanının nüfusuna göre farklı miktarlarda cezalar ortaya çıkabilmektedir. Bu son derece yerinde bir düzenlemedir. Zira ülke çapında yayın yapan bir televizyon kanalının karşılaşacağı yaptırımın ülke çapında yayın yaparak duyurduğu yanlış, yanıltıcı ya da küçük düşürücü bir haberin doğurduğu zararla orantılı olması yanında, ödeme gücünün yüksekliğinin de dikkate alınması gerekir. Bu nedenle, işletmelerle ilgili idari yaptırımları içeren düzenlemelerde, verilen zararlar orantılı olmakla birlikte, kişi ya da kuruluşun subjektif koşullarını dikkate alacak kurallar koyulmalıdır.

13.04.1994 günlü 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un kimi maddelerini değiştiren 15.05.2002 günlü, 4756 sayılı "Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, Basın Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu ile Kurumlar Vergisi Kanununda değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un bazı maddelerinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla iptali istemi ile üzerine Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme neticesinde 04.08.2006 tarih ve 26249 sayılı R.G.'de yayımlanan E. 2002/100, K. 2004/109 ve 21.09.2004 tarihli kararında çalışma konumuz açısından çok büyük önem teşkil eden tespitler de bulunmuşlardır. Bu aykırılık iddialarının Üst Kurul tarafından verilen idari para cezalarına ilişkin olanları şu şekildedir;

1) 4756 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değiştirilen 3984 sayılı Kanun'un 12. maddesinin (d) bendinin iptali talep edilmiştir. Bu bentte, Radyo ve Televizyon kuruluşlarına 33. madde uyarınca verilecek idari para cezaları, Üst Kurulun gelir kaynakları arasında yer almıştır ki, bu durumun Kurula keyfi olarak ceza vermeye olanak sağladığı gerekçesiyle Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık taşıdığı iddia edilmiştir. Bilindiği üzere ülkemizdeki BİO'ların çoğu verdikleri idari para

cezalarının tamamına veya bir kısmına gelir kaynakları arasında yer vermektedir. Bu açıdan da Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin kararı önem teşkil etmiştir.

Yüksek Mahkeme bu kurala ilişkin iptal istemini şu gerekçelerle reddetmiştir; *“ Üst Kurul’un uygulayacağı para cezalarının, gelirleri arasında yer almasının keyfiliğe yol açacağı iddiasının geçerli bir nedeni bulunmadığı gibi, yargı denetiminin bu tür keyfi uygulamalara olanak vermeyeceği de göz önünde bulundurulduğunda, kuralın Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen “hukuk devleti” ilkesine aykırılık oluşturduğundan söz edilemez.”*

2) Kanunun 16. maddesiyle değiştirilen 3984 sayılı Kanun’un 33. maddesinin ikinci fıkrasıyla<sup>829</sup> getirilen idari para cezası tutarlarının çok yüksek olmasının demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesi ile bağdaşmadığı, bu durumun haber alma özgürlüğü ve basın özgürlüğü yönünden ağır sonuçlara yol açacağı belirtilerek kuralın Anayasa’nın 13., 26., ve 28. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür.

Yüksek Mahkeme bu kurala ilişkin iptal istemini şu gerekçelerle reddetmiştir; *“.... Dava konusu ikinci fıkra, birinci fıkradaki aykırı tutumlarını ısrarlı bir şekilde sürdüren yayın kuruluşları için yüksek miktarda idari para cezaları getirilmiştir. İkinci fıkra ile öngörülen cezaların, yasayla belirlenen ve ağır bir hukuk ihlali oluşturduğu tartışmasız bulunan aykırılıkların gerçekleşmesi durumunda uygulanacak olması nedeniyle suçla ceza arasında bulunması gerekli adil dengenin korunmadığı ileri sürülemez.”*

#### **g) Sermaye Piyasası Hukukunda İdari Para Cezası Yaptırımı:**

Sermaye Piyasası Hukukunda idari para cezası 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 47/A maddesinde düzenlenmiş ve bu maddede 5728 sayılı Kanun’un

---

<sup>829</sup> Maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada belirtilen aykırılığın tekrarı halinde; Ulusal düzeyde yayın yapan kuruluşlara, ihlâlin ağırlığına göre, yüzyirmibeş milyar liradan az olmamak kaydıyla ikiyüzelli milyar liraya kadar; Yerel, bölgesel ve kablo ortamından yayın yapan kuruluşlara, kapsadığı yayın alanı itibarıyla, bir milyondan fazla nüfusa ulaşan il ve ilçelere yayın yapanlara, ihlâlin ağırlığına göre, altmış milyar liradan az olmamak kaydıyla yüz milyar liraya kadar; kapsadığı yayın alanı itibarıyla, beşyüz bin ilâ bir milyon arasında nüfusa ulaşan il ve ilçelere yayın yapanlara ihlâlin ağırlığına göre, otuz milyar liradan az olmamak kaydıyla altmış milyar liraya kadar; kapsadığı yayın alanı itibarıyla, ikiyüzelli bin ilâ beşyüz bin arasında nüfusa ulaşan il ve ilçelere yayın yapanlara, ihlâlin ağırlığına göre, yirmi milyar liradan az olmamak kaydıyla kırk milyar liraya kadar; kapsadığı yayın alanı itibarıyla, ikiyüzellibinden az nüfusa ulaşan il ve ilçelere yayın yapanlara, ihlâlin ağırlığına göre, beş milyar liradan az olmamak kaydıyla on milyar liraya kadar; radyo yayınları için yukarıdaki miktarların yarısı kadar idarî para cezası uygulanacağı belirtilmiştir.

373. maddesi ile birtakım değişiklikler yapılmıştır. Buna göre Sermaye Piyasası Kanununa dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standartlara ve formlara ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket ettiği tespit edilen gerçek ve tüzelkişilere gerekçesi belirtilmek suretiyle Sermaye Piyasası Kurulunca idari para cezası uygulanabilecektir.

Anılan maddenin son fıkrasında İdarî para cezalarının verilmesini gerektiren fiillerin tekrarı halinde, verilen para cezasının iki katı, ikinci ve müteakip tekrarlar da ise üç katı artırılarak uygulanacağı ve bu cezaların verildiği tarihten itibaren iki yıl içinde idarî para cezası verilmesini gerektiren aynı fiil işlenmediği takdirde önceki cezalar tekrarda esas alınmayacağı hükme bağlanmıştır.

#### **D- Kendine Özgü ( Sui Generis) İdari Yaptırımlar**

##### **1- Genel Olarak**

Yukarıda idari yaptırımların görünüm biçimlerine ilişkin yaptığımız açıklamalarda da kısaca değindiğimiz üzere, kendine özgü idari yaptırımlar ayırımında kullandığımız ölçüt, inceleme konusu idari yaptırımın niteliği gereği salt o idari yaptırım kararını verme yetkisi tanınan düzenleyici kurulun verebileceği bir idari yaptırım olması diğer düzenleyici kurullar açısından bu tip bir yaptırım kararı verilmesinin söz konusu olamamasıdır.

##### **2- Nispi İdari Para Cezası (RK)**

5728 sayılı Kanun ile 4054 sayılı Kanun'un 17. maddesinde yapılan değişiklik sonrası "Sürelî para cezaları" şeklindeki madde başlığı "Nispi idari para cezası" olarak değiştirilmiştir. Madde içeriğinde de önemli değişiklikler yapılmıştır. Bahse konu 17. madde aşağıda 5728 sayılı Kanun öncesindeki hali ile karşılaştırılarak incelenecektir. Nispi idari para cezası yaptırımı, yukarıda da vurguladığımız üzere genel olarak idari para cezası yaptırımları içinde kendine özgü bir nitelik arz etmektedir. Hem nitelik yönünden gösterdiği farklılık hem de Rekabet Kurumu dışındaki diğer bağımsız idari otoriteler tarafından başvuru olan bir yaptırım olmamasından dolayı, kendine özgü yaptırımlar arasında incelenmesinin daha uygun olacağı düşünülmüştür.

*AKINCI*'ya göre, nispi idari para cezaları Rekabet Kurulu'nun yaptırım yetkisini güçlendirici nitelikte olup, bu yaptırım ile Kurul'un verdiği karar ve emirlerin en kısa zamanda uygulanmasını sağlayarak ekonomik kamu düzenini sarsıcı durumların piyasada uzun süreyle kalmalarını önlemek amaçlanmaktadır<sup>830</sup>. *TOPÇUOĞLU*'na göre ise nispi idari para cezalarının asıl amacı, teşebbüslerin, tedbir niteliğindeki Kurul kararlarına uymalarını sağlamaktır<sup>831</sup>.

Nispi idari para cezası verilebilecek haller 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun (4054 sayılı Kanun) 5728 sayılı Kanun'un 473. maddesi ile değişik 17. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde sayılmıştır;

*“Kurul, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine, 16 ncı maddenin birinci fıkrasında belirtilen cezalar saklı kalmak kaydıyla,*

*a) Nihai karar veya geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlülüklerle ya da verilen taahhütlere uyulmaması,*

*b) Yerde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması,*

*c) Kanunun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında, istenen bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde verilmemesi durumunda her gün için, ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan, bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi oranında idarî para cezası verir.*

Anılan maddenin ilk cümlesinde, 5728 sayılı Kanun ile 16. maddenin 1. fıkrasında belirtilen cezaların saklı kalacağı ifade edilerek, idari para cezası ile nispi idari para cezasının aynı anda verilebileceği hatta aynı sebepten dolayı aynı anda hem idari para cezası hem de nispi idari para cezası verilebileceği açıkça hüküm altına alınmıştır.

---

<sup>830</sup> AKINCI, age, s. 239

<sup>831</sup> TOPÇUOĞLU, age, s. 97

4054 sayılı Kanun'un "*İhlale Son Verme*" başlıklı 9. maddesi ile<sup>832</sup> Kurul'un ihlale son verme kararının bu Kanun'un 4., 6. ve 7. maddelerinin ihlali nedeniyle verileceği hükme bağlanmıştır. Rekabet Kurulu ihlale son verme kararında rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışların neler olduğunu gösterir. Kanun'un 9/1 maddesinden açıkça Kurul'un sadece Kanun'a aykırı davranışları "*yasaklama*" (yani belirli davranışları yapmaktan kaçınma- menfi davranış) değil aynı zamanda belirli davranışları yapmayı "*emretme*" (müspet davranış) yetkisine de sahip olduğu anlaşılmaktadır<sup>833</sup>. Genel olarak 4054 sayılı Kanun'un amacına, özel olarak 4., 6. ve 7. maddelere aykırı davranışların yasaklanacağı tabiidir. Ancak ne gibi emirler verilebileceği net değildir. Buna karşın, emirlerin amacının maddeden "rekabetin tesisi" ve genel çerçevesinin ise "ihlalden önceki durumun korunması" olduğu çıkarılabilmektedir. Yani Kurul rekabetin tesisi amaçlı her türlü emri verebilecek fakat bu emirler ihlalden önceki durumun korunmasından daha ileri gider mahiyette olmayacaktır. Rekabet Kurulu bu yetkisini ihlalden önceki duruma göre daha da canlı bir rekabetin tesisi amacıyla kullanamaz<sup>834</sup>.

İhlale son vermeye yönelik 9. maddenin 3. fıkrasında, Kurul'un, birinci fıkraya göre bir karar almadan önce, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine, ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildireceği hükme bağlanmıştır. 4054 sayılı Kanun'un öncelikli amacının, ihlal niteliğindeki davranışların cezalandırılması değil, mal ve hizmet piyasalarında serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamının sağlanması olduğu göz önüne alındığında, Kurul'un, 4054

---

<sup>832</sup> "*Kurul, ihbar, Şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu kanunun Dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir.*" 4054 sayılı Kanun Md 9/1.

<sup>833</sup> ASLAN, age, s. 801; Hatta GÖNEN'e göre rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması amacıyla verilecek ve menfi davranış veya müspet bir davranış, öngören bu karar, bir ara karar niteliğinde olabileceği gibi, nihai kararda yer alacak bu yöndeki hükümler olarak da ortaya çıkabilir. Yani, Kanun'un 9/1. maddesi gereğince, Kurul'un, ihlale son verilmesini sağlamak amacıyla mutlaka nihai kararı beklemesi zorunlu olmayıp, bu hüküm, Kurul'un, ihlalden önceki durumun korunmasına yönelik emirlerini bir ara karar olarak verebilmesi imkânını da yaratmaktadır. Bu noktada, 9. maddenin birinci fıkrasında yer alan "ihlalin tespiti" ifadesini, Kanun'un Dördüncü kısmında düzenlenmiş olan ön araştırma ve soruşturma süreçlerinin tamamlanması koşuluna bağlamamak gerekir. GÖNEN, age, s. 66

<sup>834</sup> ASLAN, age, s. 801-802

sayılı Kanun'un 4., 6. ve 7. maddelerinin ihlal edildiğini tespit etmesi hâlinde, bir ara karar veya nihai karar almadan önce, bu ihlale ve ne şekilde son verilebileceğine ilişkin görüşlerini bildirmesi, Kanun'un amacına daha uygun olacaktır<sup>835</sup>. Aynı maddenin (4) numaralı fıkrası<sup>836</sup> ile nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimali hâlinde, Kurul'a geçici nitelikte tedbir kararı alabilme yetkisi tanınmıştır. Bu geçici tedbir kararının verilebilmesi için ortada bir ihlalin bulunması gerekir. Gerçekten de yalnızca bu Kanun'un 4., 6. ve 7. maddelerinin ihlal edildiğine dair çok kuvvetli delillerin varlığı halinde bu yola gidilmelidir<sup>837</sup>. Rekabet Kurulu CINE 5 A.Ş. kararında<sup>838</sup> ihtiyati tedbir kararı verebilmek için ortada bir ihlalin bulunduğu dair "açık" bir durumun varlığını aramıştır. *TOPÇUOĞLU* da Kurul gibi ihtiyati tedbir kararı alabilmek için açık ihlalin aranması gerektiğini belirtmektedir. Yazar'a göre İhlal açık olmalıdır, kuvvetle muhtemel olması veya bu yönde önemli emarelerin bulunması yetmez<sup>839</sup>. Öğretide bu görüşe Kanunda açık ihlalden değil ciddi ve telafi olunmayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinden bahsedildiği gerekçesiyle karşı çıkılmaktadır<sup>840</sup>. Bir diğer şart ise nihai karara kadar ciddi ve telafisi olunmayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunmasıdır. Zira bu zararlardan ihtiyati tedbir kararı alınmadan kurtulmak mümkün ise ihtiyati tedbire gerek yoktur. Diğer taraftan, ihtiyati tedbir kararının ihlalden önceki durumu koruyucu olması da şarttır<sup>841</sup>. Yani ihtiyati tedbir kararı, yasak faaliyetleri icra eden teşebbüsleri ihlalden önceki şartlara taşımak yerine, onları cezalandırma amacını izleyecek bir karar değildir. Aynı şekilde, mağdur olan teşebbüsleri ihlalden önceki rekabet şartları açısından avantajlı bir konuma getirecek nitelikte ve kapsamda tedbir kararı alınamaz<sup>842</sup>. Bu konudaki son şart ise tedbir kararının içeriğinin nihai kararın kapsamını aşmaması gerektiğidir. Tedbir kararı özü itibarıyla bir ara kararı olduğundan, sadece ciddi ve onarılamayacak nitelikteki zararların doğmasını önlemeye hizmet edecek muhtevada

<sup>835</sup> GÖNEN, age, s. 66-67

<sup>836</sup> "Kurul, nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir." 4054 sayılı Kanun md. 9/4

<sup>837</sup> ASLAN, age, s. 903; TOPÇUOĞLU, age, s. 276

<sup>838</sup> Rekabet Kurulunun 13.08.1998 tarih, 78/601-111 sayılı kararı

<sup>839</sup> TOPÇUOĞLU, age, s. 275

<sup>840</sup> ASLAN, age, s. 907; GÖNEN, age, 66

<sup>841</sup> ASLAN, age, s. 910; TOPÇUOĞLU, age, s. 276

<sup>842</sup> TOPÇUOĞLU, age, s. 277

olmalıdır<sup>843</sup>. Nihai kararlar ilgili işletmelere en fazla hangi yükümlölükler yüklenebilecekse tedbir kararıyla en fazla bu yükümlölükler yüklenebilir<sup>844</sup>. Tedbir kararı ile ilgili söylenebilecek son şey ise Kanun'un 55. maddesinde ara karar niteliğindeki tedbir kararlarına karşı nihai karardan bağımsız bir şekilde yargı yoluna başvurma imkânının getirilmesi ile hukukumuzdaki ara kararın ancak nihai kararlarla birlikte temyiz edilebileceği şeklindeki genel kabule istisna getirilmiş olduğudur.

5728 sayılı Kanun ile 4054 sayılı Kanun'da 11. maddesinin (b) bendine aykırılık tıpkı 16. maddede idari para cezası sebebi olmaktan çıkarıldığı gibi 17. maddede de nispi idari para cezası sebebi olmaktan da çıkarılmıştır. Bunun yanında madde metninden çıkarılan bir diğer ihlal hali de, 4054 sayılı Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasına göre yasaklanan davranışlardır. Söz konusu "Muafiyet ve Menfi Tespit Kararlarının Geri Alınması" başlıklı 13. maddenin birinci fıkrasında, hükümde belirtilen üç durumun gerçekleşmesi halinde muafiyet ve menfi tespit kararlarının geri alınabileceği ya da tarafların belirli davranışlarının yasaklanabileceği belirtilmiştir. 5728 sayılı Kanun ile söz konusu davranışlar için artık sadece 13. madde de sayılan idari yaptırımlar uygulanabilecektir.

5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesinde, Kurul uzmanlarının 4054 sayılı Kanun'un 15. maddesi çerçevesinde yerinde inceleme yapmalarının engellenmesi hali için nispi (sürelî) idari para cezası öngörölmüştü. Yeni düzenleme ile sadece yerinde incelemenin engellenmesi için değil zorlaştırılması içinde nispi idari para cezası verilebilecektir. Kurul DENİZLİ ÇİMENTO VE MODERN BETON kararında<sup>845</sup>, yerinde incelemeye izin verilmemesinin de esasında engelleme olduğuna karar verirken şu ifadeleri kullanmıştır;

*"...Söz konusu olayda, aynı gün mahkeme kararı alınmak suretiyle yerinde inceleme yapılmış, ancak bu durum bes buçuk saatlik bir gecikmeye neden olmuş, bu nedenle de yerinde incelemenin etkinliğinden beklendiği üzere delillerin kaybolmaması ve karartılmaması için mümkün olan en kısa zamanda yerinde incelemeye başlanılamamıştır. Yerinde incelemenin geciktirilmesinin de yerinde incelemenin engellenmesi olarak yorumlandığı AB Komisyon uygulamaları da*

<sup>843</sup> TOPÇUOĞLU, age, s. 277

<sup>844</sup> ASLAN, age, s. 912

<sup>845</sup> Rekabet Kurulu'nun 02.06.2005 tarih, 05-38/511-121 sayılı kararı



*dikkate alındığında, Denizli Çimento ve Modern Beton tarafından gerçekleştirilen yerinde incelemenin engellenmesi fiilinin, Kanun'un 17/d maddesi uyarınca bir günlük süreli para cezasıyla cezalandırılması gerektiği, aksi bir karar ve yorumun teşebbüsleri yerinde incelemeyi geciktirme/engelleme hususundacesaretlendireceği ve her olayda mahkeme kararı isteneceği, bu durumun dayerinde incelemeleri etkisizlestireceği kanaatine ulaşılmıştır.”*

Danıştay 10. Dairesi ise konuya ilişkin bir kararında<sup>846</sup>;

*“Yerinde incelemenin engellenmesi halinde, verilecek süreli cezanın başlangıcı ilk incelemeye gelindiği tarih, sürenin sonu ise incelemenin yapıldığı tarihtir. Bu iki tari arasındaki süre, para cezasının uygulanacağı süreyi gösterir.”*

sonucuna varmıştır.

GÖNEN, 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesi durumda, yerinde incelemenin engellenmesi hali için süreli para cezasının yeterli olmadığını savunmaktadır. Yazar’a göre, Kurul uzmanlarının yerinde incelemenin engellenmesi halinde teşebbüslere ait binalara zorla girme yetkileri bulunmamaktadır. Bu durumda, rekabet ihlallerine ilişkin belgelerin çok kısa bir süre içinde, yerinde inceleme yapılacak mekanlardan çıkarılabilecek ve bu kısa süre için işleyecek cüz’i miktardaki süreli para cezası, caydırıcı bir yaptırım olamayacaktır. Rekabet ihlali niteliğindeki davranışları, Türkiye genelinde mal ve hizmet piyasalarını büyük ölçüde etkileyebilecek olan, mali açıdan güçlü teşebbüsler bakımından ise, rekabet ihlali neticesinde elde edilecek fayda karşısında, bu cüz’i miktardaki süreli para cezası bir önem arz etmeyecektir<sup>847</sup>.

5728 sayılı Kanun ile 17. maddede, tıpkı 16. maddede olduğu gibi idari para cezası tutarına açıkça kanunda yer verilmesi şeklindeki tutumdan vazgeçilmiş ve idari para cezası tutarının birtakım ölçütler kullanılarak tespiti yoluna gidilmiştir. Buna göre her gün için, ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan, bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi oranında idarî para cezası verilecektir. Nispi idari para ceza tutarının ilgili teşebbüsün gayri safi geliri ile

<sup>846</sup> D. 10. D, 16.06.2003 tarih; E.2001/27, K.2003/2431 sayılı karar (naklen ATASAYAR, age, s. 617)

<sup>847</sup> GÖNEN, age, s. 69

orantılı tespiti iki hem Viyana Uluslararası Ceza Kongresi'nde alınan ve idari ceza hukukunu ilgilendiren ihlaller için öngörülecek müeyyidelerin makul olması ve ihlalin ağırlığının failin kişisel durumuna uyması gerektiği yönünde tavsiye kararına uyulmuş olmakta hem de nispi idari para cezasının doktrinde eleştiri konusu yapılan caydırıcılık gücü arttırılmaktadır.

Nispi idari para cezası yaptırımına bağlanan son ihlal hali ise, 5728 sayılı Kanun ile getirilen, 4054 sayılı Kanun'un "*Bilgi İsteme*" başlıklı 14. maddesi ve "*Yerinde İnceleme*" başlıklı 15. maddesi çerçevesinde Kurum tarafından istenen bilgi veya belgenin belirlenen süre<sup>848</sup> içinde verilememesi halidir.

Anılan 17. maddenin son fıkrasında yine 5728 sayılı Kanun'dan önce bulunmayan ve bu kanun ile getirilen bir düzenleme bulunmaktadır. sözkonusu düzenlemenin amacı maddede sayılan ihlallerin gerçekleşmesinin ardından nispi idari para cezasının ne zamandan itibaren verilebileceğine ilişkin usulü düzenlemektir. Bu düzenelemeye göre, nihai karar veya geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlülöklere ya da verilen taahhütlere uyulmaması ile 4054 sayılı Kanunun 14. ve 15. maddelerinin uygulanmasında, istenen bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde verilmemesi hallerinde verilecek nispi idari para cezaları bu iki ihlalde uyulması için belirlenen sürenin dolmasından itibaren verilebilecektir. Nihai karar veya geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlölöklere ya da verilen taahhütlere uyulmaması halinde nispi idari para cezası yükümlölök getirilen kararda herhangi bir süre belirlenmemiş olması halinde, bu süre belirlenmemiş kararın tebliğini takip eden günden itibaren verilebilecektir. Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması halinde ise, nispi idari para cezası fiilin gerçekleştiğı günü takip eden günden itibaren verilebilecektir.

### **3- Bankanın Fona (Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu) Devredilmesi (BDDK)**

Bankanın fona devri terimi, hem temettü hariç ortaklık haklarıyla bankanın yönetim ve denetiminin Fona devrini hem de bankanın paylarının fona devrini ifade

---

<sup>848</sup> 4054 sayılı Kanun'un 14. maddesinde istenen bilgileri için verilmesine yönelik süreyi Kurul'un belirleyeceği açıkça hükme bağlanmıştır.

eder<sup>849</sup>. Bankanın fona devri 5411 sayılı Bankacılık Kanununun (5411 sayılı Kanun) “Faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devir” 71. maddesinde düzenlenmiştir. Bahse konu madde;

“Denetlemeler sonucunda bir bankayla ilgili olarak;

a) Bu Kanunun 70 inci maddesi kapsamında alınması istenen tedbirlerin Kurul tarafından verilen süre içerisinde ya da her halükarda en geç oniki ay içinde kısmen ya da tamamen alınmaması ya da bu tedbirleri kısmen veya tamamen almış olmasına rağmen, mali bünyesinin güçlendirilmesine imkan bulunmadığı veya bu tedbirler alınmış olsa dahi mali bünyesinin güçlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi,

b) Faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiğinin ortaya çıkması,

c) Yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğinin tespit edilmesi,

d) Yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması,

e) Hakim ortaklarının veya yöneticilerinin, banka kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankayı bu suretle zarara uğratması,

Hallerinden bir veya birkaçının varlığı durumunda Kurul, en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınan kararla bankanın faaliyet iznini kaldırmaya ya da kredi kuruluşunun temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimini, zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi kaydıyla kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla Fona devretmeye yetkilidir.

Faaliyet izni kaldırılan kredi kuruluşları bu Kanunda yer alan hükümlere göre, kalkınma ve yatırım bankaları ise genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Bu madde kapsamında alınan Kurul kararları Resmi Gazete’de yayımlanır. Yayımlanma tarihi ilgililer bakımından tebliğ tarihi olarak kabul edilir.” hükmündedir.

Maddenin 1. fıkrasının (a), (b), (c) ve (d) bendinde dört sebep sayılmış ve Bankanın fona devri için bu sebeplerden bir veya birkaçının gerçekleşmiş olması yeterli kabul edilmiştir.

5411 sayılı Kanunun 70. maddesi kapsamında alınması gereken tedbirler, 70. maddenin lafzından dolayı 68 ve 69. maddelerinde incelenmesini de

---

<sup>849</sup> Ünal TEKİNALP, **Fondaki Bankanın Hukuku**, İstanbul 2003, s. 17

gerektirmektedir<sup>850</sup>. Kanunun 67. maddesinde<sup>851</sup> Bankaların önlem alınması gereken haller tek tek sayılmıştır ve bu hallerden birinin tespiti hâlinde 68., 69. ve 70. madde

---

<sup>850</sup> “Banka tarafından 68 inci ve/veya 69 uncu maddelerde yer alan önlemlerin alınmaması veya alınan önlemlere rağmen sorunların giderilememesi ya da bu tedbirlerin alınması durumunda dahi sonuç alınamayacağının belirlenmesi halinde Kurul bankadan;

a) Faaliyetlerini, faaliyet türleri itibarıyla tüm teşkilatını veya gerekli görülecek yurt içi veya yurt dışı şubelerini veya muhabirlerle ilişkilerini kapsayacak şekilde kısıtlaması veya geçici olarak durdurulması,

b) Kaynakların toplanması ve kullanırılmasına ilişkin olarak faiz oranı ve vade kısıtlamaları da dahil olmak üzere, her türlü sınırlama ve kısıtlama getirmesi,

c) Yönetim kurulu da dahil olmak üzere genel müdür, genel müdür yardımcıları, ilgili birim ve şube yöneticilerinin bir kısmını veya tamamını görevden alması, görevden alınan kişilerin yerine atanacak veya seçilecek kişiler için Kurumdan onay alınması,

d) Sigortaya tabi mevduat veya katılım fonu tutarını aşmamak ve yeterli teminatı hakim ortakların hisse senetlerinden veya diğer malvarlıklarından karşılanmak üzere uzun vadeli kredi sağlaması,

e) Zarar doğurduğu tespit edilen faaliyetlerinin sınırlandırılması veya durdurulması, verimi düşük veya verimsiz varlıklarının elden çıkarılması,

f) İstekli olan bir veya birkaç banka ile birleşmesi,

g) Özkaynakların artırılmasını sağlamak amacıyla uygun görülecek yeni hissedarlar bulunması,

h) Doğan zararın özkaynaktan indirilmesi,

Tedbirlerinden bir ya da birkaçının veya uygun göreceği diğer tedbirlerin alınmasını ve uygulanmasını ister.”

<sup>851</sup> “Konsolide veya konsolide olmayan bazda yapılan denetimler sonucunda bir bankanın;

a) Aktiflerinin vade itibarıyla yükümlülüklerini karşılayamama tehlikesiyle karşı karşıya gelmesi ya da likiditeye ilişkin düzenlemelere uymaması,

b) Gelir ve giderleri arasındaki ilgi ve dengelerin bozulması nedeniyle karlılığın faaliyetleri emin bir şekilde yürütecek yeterlilikte olmaması,

c) Özkaynaklarının sermaye yeterliliğine ilişkin düzenlemelere göre yetersiz olması veya bu durumun gerçekleşmek üzere bulunması,

d) Aktif kalitesinin mali bünyeyi zayıflatabilecek şekilde bozulması,

e) Bu Kanuna ve ilgili düzenlemelere veya Kurulca alınan kararlara aykırı nitelikte karar, işlem ve uygulamalarının bulunması,

f) İç denetim, iç kontrol ve risk yönetim sistemlerini kurmaması veya bu sistemleri etkin ve yeterli bir şekilde işletmemesi veya denetimi engelleyici herhangi bir hususun bulunması,

de öngörülen tedbirlerden derhal alınması şart koşulmuştur. Bahse konu tedbirler kademeli bir şekilde “düzeltici önlemler” (md. 68)<sup>852</sup>, “iyileştirici önlemler” (md. 69) ve “kısıtlayıcı önlemler” (md. 70) şeklinde ağırlaşmaktadır. Buna göre, kanun koyucunun getirdiği bu kademeli sistemle, düzeltici önlemlerin alınmaması iyileştirici önlemlerin, düzeltici ve iyileştirici önlemlerin alınmaması da kısıtlayıcı

---

g) Yönetiminin basiretsizliği nedeniyle bu Kanun ve ilgili mevzuat ile tanımlanmış risklerin önemli ölçüde artması veya mali bünyeyi zayıflatabilecek şekilde yoğunlaşması,

Hallerinden herhangi birinin tespit edilmesi durumunda, bu Kanunun 68 inci, 69 uncu ve 70 inci maddelerinde öngörülen tedbirler derhal alınır.”

<sup>852</sup> MADDE 68.- “Kurum, 67 nci maddede düzenlenen;

a) (a), (b), (c) ve (d) bentlerindeki hallerden birinin veya birkaçının tespiti halinde, bankanın özkaynağının artırılması veya kar dağıtımının geçici bir süreyle durdurularak ihtiyatlara aktarılması veya ayrılan karşılıkların artırılması, hissedarlara kredi verilmesinin durdurulması veya aktiflerin elden çıkarılması suretiyle likidite temin edilmesi veya yeni yatırımların sınırlandırılması veya durdurulması, ücret ve diğer ödemelerin sınırlandırılması, uzun vadeli yatırımların durdurulması,

b) (e), (f) ve (g) bentlerindeki hallerden birinin veya birkaçının varlığı halinde bu aykırılıkların giderilmesi, kredi politikasının gözden geçirilerek riskli işlemlerin durdurulması, maruz kalınan vade, kur veya faiz riskinin azaltılması için gerekli önlemlerin alınması,

Tedbirlerinden bir veya birkaçının ya da tamamının ve Kurumca uygun görülecek diğer tedbirlerin, Kurumun uygun göreceği bir süre ve onaylayacağı bir plan dahilinde alınmasını ve uygulanmasını bankanın yönetim kurulundan ister.”

MADDE 69.- Banka tarafından 68 inci maddede yer alan önlemlerin alınmaması veya alınan önlemlere rağmen sorunların giderilememesi ya da bu tedbirlerin alınması durumunda dahi sonuç alınamayacağının Kurumca belirlenmesi halinde Kurul;

a) 67 nci maddenin (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde sayılan hallerden herhangi birinin veya birkaçının gerçekleşmesi durumunda, mali bünyenin düzeltilmesi, sermaye yeterliliği veya likidite düzeylerinden birinin ya da her ikisinin yükseltilmesi, uygun bir süre vererek uzun vadeli veya duran varlıkların elden çıkarılması, işletme ve yönetim giderlerinde kısıntıya gidilmesini veya mensuplarına her ne ad altında olursa olsun düzenli olarak ödenenler dışındaki ödemelerin durdurulması, belirli kişi, kurum, risk grubu veya sektörler nakdi ve gayrinakdi kredi kullandırımının sınırlandırılması veya yasaklanması,

b) 67 nci maddenin (e), (f) ve (g) bentleri ile ilgili olarak aykırılıkların giderilmesi, karar, işlem ve uygulamalarda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bulunması halinde genel kurulun en kısa sürede olağanüstü toplantıya çağrılarak yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçının veya tamamının değiştirilmesi veya üye sayısını artırarak üye atanması veya karar ve işlemlerde sorumluluğu bulunan mensuplarının görevden alınması, (g) bendi ile ilgili olarak maruz kalınan risklerin azaltılması için kısa, orta ve uzun vadeli olmak üzere Kurulca uygun görülecek bir plan oluşturulması ve yönetim kurulu üyeleri ile nitelikli paya sahip ortaklarından, bu planın yazılı olarak taahhüt edilmesi ve belirlediği dönemler itibarıyla uygulama sonuçlarının gönderilmesi de dahil olmak üzere, uygun göreceği her türlü tedbirin alınmasını ve ivedilikle uygulanmasını banka yönetim kurulundan ister.

önlemlerin alınması zorunluluğunu doğurmaktadır. Hükümde kısıtlayıcı önlemlerin bankaca alınmaması bakımından, a) Kurul (Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu) tarafından verilen süre içinde alınmaması b) Her halükârda en geç on iki ay içinde alınmaması şeklinde ikili bir ayırım yapılmıştır. Bunun nedeni bir kısım kısıtlayıcı önlemlerin alınmasının, yönetim kurulu kararı yanında genel kurul kararını gerektirmesi ya da bankanın iradesi yanında üçüncü şahısların (bankaya kredi verecek kreditorlerin, birleşme önerisi yapılacak diğer bankanın vs) iradesine de bağlı olmasıdır<sup>853</sup>. Kurul tarafından istenen diğer tedbirler arasına Kanunun 68. ve 69. maddelerindeki tedbirler de girer<sup>854</sup>. Bendin özellikle son bendi ile Kurul'a bankanın mali bünyesinin güçlenip güçlenmeyeceğini alınması gereken önlemler öncesinde takdir ederek hareket edebilme yetkisi tanınmakta ve böylece Kurul'un bu konudaki takdir yetkisi genişletilmektedir.

Kanunkoyucu birinci fıkranın (b) bendinde (a) bendinde olduğu gibi bankanın, mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve mali sistem açısından tehlike yaratacak faaliyetlerini sayma yoluna gitmeyerek karşılaşılan olaylara göre Kurula takdir yetkisini kullanabileceği bir hareket alanı bırakma yolunu seçmiştir. Bankanın fona devredilmesi şeklindeki idari yaptırımın sebep unsurunda takdir yetkisini kullanabilme imkanı getirilmiştir. Kurul söz konusu idari yaptırım yetkisini kullanırken sebep unsuru olarak kullanacağı durumlar açısından düşünüldüğünde bankanın devamlı surette ortalamanın çok üstünde faizle mevduat kabulü, finansal durumu müsait olmayan gerçek veya tüzel kişilere kredi verilmesi, haklı sebep olmaksızın teminat alınmaması, sürekli sınır aşımı, banka yönünden yararı olmayan alacak temliki, borç yüklenmeleri mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve mali sistem açısından tehlike yaratacak faaliyetlere örnek olarak verilebilir<sup>855</sup>.

Bankanın yükümlülüklerini vadesinde yerine getirememesi bankada likidite riskinin gerçekleştiğini göstermektedir. Bu riskin gerçekleşmesinde çoğu zaman özkaynak, kârlılık, aktif kalitesi veya yönetim risklerinden biri veya bir kaçı da

---

<sup>853</sup> ALICI, age, s. 778

<sup>854</sup> REİSOĞLU, age, C.I, s. 964

<sup>855</sup> TEKİNALP(2003), s. 11

devreye girmiş olmaktadır<sup>856</sup>. Likitide ile kastedilen kullanılabilir. Yani vade başta olmak üzere, herhangi bir şarta veya eşyaya bağlı olmayan satın alma gücüdür. Bir banka, varlıkları nakit hâlinde bulunduğu ve bunların nakde çevrilmelerinin kolay olduğu oranda likittir<sup>857</sup>.

Yükümlülüklerin toplam değerinin, varlıkların toplam değerini aşması hali açısından düşünüldüğünde ise bir bankanın yüklendiği riskleri kontrol ve idare edebilmesinin en önemli şartı yeterli özkaynağa sahip olmasıdır. Bu nedenle bankalar yüklendikleri toplam riske uygun asgari bir özkaynağa sahip olmakla yükümlüdür. Bankaların yüklendikleri toplam risk ile bunlara karşılık sahip olması önerilen asgari özkaynak miktarı arasındaki ilişkiye sermaye yeterliliği adı verilmemekte olup, 45. madde ile bankaların, Kurum tarafından düzenlenecek yönetmelikte öngörülen usul ve esaslara göre % 8 oranından az olmamak üzere belirlenecek sermaye yeterliliği oranını hesaplamak, tutturmak, idame ettirmek ve raporlamak zorunda oldukları hükme bağlanmıştır<sup>858</sup>.

Mezkur fıkranın (e) bendindeki banka kaynağı ile bankanın bilanço varlığı niteliğini haiz olan ve olmayan bütün malvarlığı parçalarıyla imkanları kastedilmiştir. Duran ve dönen aktifler, özellikle alacaklar; pasif kalemlerden özkaynaklar, mevduat ve fonlar dâhil, bankanın aldığı her türlü borç tutarı gibi<sup>859</sup>. Banka kaynaklarının kullanma esas itibarıyla kredi kullanma yoluyla sağlanmakta ise de, burada çok daha geniş bir kavram söz konusudur. Bankanın hâkim ortaklarına veya grup şirketlerine – bu Kanunun kredi sınırlarına uyulsa dahi (md. 54)- çok düşük faizle veya teminatsız, kredibilitesi olmadığı halde nakdi kredi verilmesi, diğer bankalardan aldıkları kredilere kefil olunması, garanti verilmesi, taşınmazların emsalinin üstünde fiyatlarla satın alınması veya bankanın malvarlıklarının emsalinin çok altında fiyatlarla satılması, borç üstlenilmesi, temlik yapılması ve temlik alınması, borcunu ödeyemeyecek müşteriye yeni kredi verilmesi gibi işlemler banka kaynaklarının, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürebilecek

---

<sup>856</sup> ALICI, age, s. 779

<sup>857</sup> TEKİNALP(2003), s. 15

<sup>858</sup> ALICI, age, s. 780

<sup>859</sup> TEKİNALP(2003), s. 36

biçimde kullanılması şeklinde yorumlanabilecektir<sup>860</sup>. Dolaylı kaynak kullanımında kredi bir üçüncü gerçek ya da tüzel kişiye –grup şirketlerine veya kurulan paravan şirketlere, bir akrabaya, makam şoförüne- kullandırılmakta, ancak bu krediden fiilen hâkim ortak veya yönetici yararlanmaktadır. Hâkim ortağın kredi borcunun ödeme gücü olmayan bir kişiye devri, bankanın taşınmazının bir üçüncüye kişiye, onun tarafından da hâkim ortağa veya yöneticiye devri de dolaylı kaynak kullanımıdır<sup>861</sup>. Dolanlı kaynak kullanma veya kullandırma ise 108. maddenin ikinci fıkrasında tanımlanmıştır. Bankanın bentte sayılan kullanımlarının bir fona devir nedeni olabilmesi için bu kullanımların bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürmesi gerekir. Emin bir şekilde çalışmayı tehlikeye düşürmek, hem söz konusu işlemlerin bankanın bünye sağlamlığı rasyolarını (parametlerini) bozmasını, hem bunun tehlikeli olacak düzeye ulaşmış bulunmasını ifade eder<sup>862</sup>. Bir diğer şart ise bu kullanımlar sonucunda bankanın bir zarara uğramış olmasıdır. *TEKİNALP*’e göre bu zarar, bankanın mali sağlamlık rasyosunu düzelemeyecek veya güçlükle düzelebilecek ölçüde bozmalı, bankanın durumu “*emin şekilde çalışmayı tehlikeye düşürmek*”e eşdeğer olmalıdır<sup>863</sup>.

Yukarıda açıklanan hallerden bir veya birkaçının gerçekleşmesi hâlinde, Kurul bankanın faaliyet iznini kaldırmakla bankanın yönetim denetimini fona devretme arasında bir seçim yapacaktır. Eğer bankanın mali durumunun, mevcut yönetim ve ortaklık yapısı altında düzeltilmesi imkânı yoksa ve yönetim ve denetiminin fona devredilmesi ile bu imkâna kavuşulabileceğine inanılıyorsa bankanın faaliyet izni kaldırılmayacak yönetim ve denetimi fona devredilecekken aksi durumda bankanın faaliyet izni kaldırılacaktır. Mevduat ve katılım bankaları için iki tür kararın da alınabilmesi olanaklıyken, kalkınma ve yatırım bankaları için sadece faaliyet izninin kaldırılması kararı alınabilecektir.

Bankanın faaliyet izninin kaldırılması hâlinde Kanunun 106. maddesinin 1. fıkrasının açık hükmü gereğince bu bankanın yönetim ve denetimi fona intikal

---

<sup>860</sup> REİSOĞLU, age, C.I, s. 970

<sup>861</sup> REİSOĞLU, age, C.I, s. 971

<sup>862</sup> TEKİNALP(2003), s. 37

<sup>863</sup> TEKİNALP(2003), s. 37



edecektir. Fakat buradaki devrin amacı sadece belirli işlemlerin yapılması sonra da bankanın iflâsının istenmesi amacı ile sınırlı olup, geçici nitelik taşır; yoksa Fon bankayı iyileştirici işlemleri tamamlayıp tedbirler alıp bankayı devredemez veya Kurul’dan iznin iadesini isteyemez<sup>864</sup>. Fonun yönetim ve denetim yetkisi bankanın tasfiye edilmesi ile sınırlıdır<sup>865</sup>.

Bankanın (mevduat ve katılım) temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin Fona devri hâlinde *TEKİNALP*’e göre banka paylarının (hisse senetlerinin mülkiyet durumunda herhangi bir değişikliğin meydana gelmediği *geçici bir dönem* başlar<sup>866</sup>. Fon, kanunen tayin edilen, vesayet makamına bağlı olmayan, bankanın yönetim ve denetimini, yani bu işlevleri yüklenmiş bulunan, temettü hariç ortaklık haklarını kullanan, tek başına genel kurula katılan, bankanın malvarlığı üzerinde de tasarrufta bulunabilen, geniş yetkili, ayırık konumda bir kayyımdır<sup>867</sup>. Bankanın temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona devredildiğinde, mevcut yönetim ve denetim kurulu üyelerinin görevleri sona erer ve bankanın yönetim ve denetimi Fona geçer. Mülkiyette değişiklik olmadığı için pay sahipliği hakları ve dolayısıyla bankanın mülkiyeti mevcut pay sahiplerine aittir. “*Temettü hakları hariç*” denilmiş olmasına rağmen, devredilen haklar, yalnız yönetime ilişkin olanlardır; yani, genel kurula katılma, öneride bulunma, bilgi alma, oy kullanma ve iptal davası açma hakları gibi. Yoksa, malvarlıksal haklardan tasfiye payı, rüçhan, bedelsiz payları edinme, tesislerden yararlanma, -varsa- hazırlık dönemi faizi hakları Fona geçmez<sup>868</sup>. Fon, Kanunun 107. maddesi çerçevesinde kendisine devredilen bankaya gerektiğinde mali ve teknik yardım da sağlamak suretiyle başka bir bankaya devretmeye veya başka bir bankayla birleştirmeye ve bankanın mali bünyesini güçlendirmek ve yeniden yapılandırmak için gerekli tedbirleri almaya yetkili kılınmıştır.

İşte böylesine önemli sonuçları olan bankanın fona devredilmesi işleminin bir idari yaptırım olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

---

<sup>864</sup> TEKİNALP(2003), s. 66

<sup>865</sup> ALICI, age, s. 782

<sup>866</sup> TEKİNALP(2003), s. 19

<sup>867</sup> TEKİNALP(2003), s. 20

<sup>868</sup> TEKİNALP(2003), s. 20

Kamu gücüne dayalı tek taraflı ve maddi yönden bir koşul işlem olduğunda tereddüt edilemeyecek olan bu durum, *SANCAKDAR*'a göre, “*El konulan bankanın özel mülkiyeti değişmemekte, değişen şey bankanın yönetim ve temsili olmaktadır. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu sanki özel hukuktaki kayyım gibi bankayı kamusal bir iradeye dayalı olarak yönetmekte ve temsil etmektedir. Bu durum bilinen klasik idare hukuku müesseselerine tam olarak oturmamaktadır. Bankanın yönetim ve denetimine el koyma, idari yaptırımdan ziyade derinliği olan ekonomik idari kolluk işlemidir. İdari kolluk etkinliğinin amacı kamu düzenini sağlamaktır. Maddi dış kamu düzeni genel dirlik ve düzenin korunması, şayet bozulmuşsa düzeltilmesi amaçlanmaktadır. Burada genel değil, özel kolluğun varlığından söz edilebilir*<sup>869</sup>.” Buna karşın *TAN*, BDDK'nın, bankanın fona devri kararı verme yetkisinin bir idari yaptırım yetkisi olduğunu savunmaktadır<sup>870</sup>.

<sup>869</sup> Bir özel hukuk tüzel kişinin mallarının kamuya ilişkin mallar içerisinde dâhil olması halinde söz konusu malın kamu mülkiyeti ve malları içerisindeki konumunu da belirlemek gerekir. Bu durumda söz konusu mal hemen ve doğrudan doğruya kamu malı olmayıp kural olarak kamunun özel malı kategorisine girer. Ancak bundan sonra kural olarak tahsisi kararı ile kamunun özel malı kamu malları içerisindeki hizmet malları kategorisine dâhil olabilir.

Banka özel teşebbüs olduğuna göre ortada devletleştirme müessesesinin varlığından söz edilebilir mi? Belirtelim ki, ancak kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler şayet kamu yararı zorunlu kılıyorsa devletleştirilebilir. Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır ve gerçek karşılığın hesaplanma tarz ve usulleri kanun ile gösterilir (AY md.47/1,2). Esasen bankalar üzerindeki devletleştirme uygulaması ya şahsi teşebbüsün inkâr edildiği sosyalist sistemlerde bütün bankacılık faaliyetlerinin devlet kanalı ile yapılması ya da özel bankacılığa paralel bir şekilde devletin bankacılıkla iştigal etmesi ve yahut da belirli esaslar dâhilinde mevduat bankacılığının kısmen ya da tamamen devletleştirilmesi ile olur<sup>869</sup>. Bankanın, dolayısıyla bir teşebbüsün yönetimi kamuya geçtiği için sanki geniş anlamda devletleştirme ve hatta bankacılık etkinliği de dikkate alınırsa “işletmenin devletleştirilmesi” gibi bir izlenim uyanabilirse de kanımızca ortada devletleştirme söz konusu değildir. İdarenin mal edinme yöntemlerinden biri olan devletleştirme ancak yasama organının iradesine dayalı olarak kanun ile yapılabilir. İdari işlemle değil! Bankanın özel hukuk tüzel kişiliği devam etmektedir.

Söz konusu müdahale kamulaştırma olarak da nitelendirilemez. Çünkü gayri menkulleri olsa da ortada bir banka işletmesi yani teşebbüs bulunmaktadır. Oysa AY md.46 ve 2942 s. Kamulaştırma Kanunu md.1’de kamulaştırma konusunda sadece taşınmaz ve idari irtifaklardan söz edilmektedir

Bu noktada acaba istimval söz konusu mudur? Kural olarak ve bilhassa idarenin özel mülkiyete geçici olarak el koyduğu durum olan istimvalde bilhassa amaç unsuru yönüyle farklılık görülmektedir. Yapılan uygulamada bankaların yönetim ve temsiline idareye geçmesinde küçük sermaye sahiplerini koruma, ekonomik ve siyasi dalgalanmalardan bankacılık sektörünün olur olmaz etkilenmesinin önüne geçmek amacıyla bu sektörde güveni hâkim kılma yoluyla kamu düzenini sağlama ve koruma amaçlanmaktadır. İstimval iki yönlü bir kavramı ifade eder. İlki, olağanüstü dönemlerde idarenin gereksinme duyduğu taşınır malları normal yollarla elde etme olanağı yoksa taşınır edinmesi, ikinci yönü ise taşınır ya da taşınmaz malların yalnız kullanma hakkının geçici olarak idareye geçmesidir. Bu anlamda istimvalin ikinci yönüne “elkoyma” denilebilir<sup>869</sup>. Olağan dönemlerde kullanım, olağanüstü dönemlerde ise mülkiyet idareye geçer. Olağan dönemlerde idare malı kullandıktan sonra malike iade etmelidir. Oysa burada TMSF’nin bankayı mal sahiplerine iade yükümlülüğü yoktur. Belli bir süre yani “geçicilik” unsuru nedeniyle belirli bir şekilde istimvale benzetilse dahi iade sorunu yani eski malike zorunlu olarak iade yükümlülüğü olmaması nedeniyle tam olarak istimvalin şartları

Kanımızca bankanın fona devri yetkisi bir idari yaptırım yetkisidir. Zira yukarıda iznin iptali işleminin idari yaptırım olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin açıklamalarımızda da ayrıntılı bir şekilde değindiğimiz üzere<sup>871</sup>, idari yaptırımların salt cezalandırma amacı güttüğü kabul edilemez. Nitekim İdarenin “bireyler açısından ceza sonucu doğuran” işlemler yaparken güdebileceği amaç ancak kamu düzenini korumak ve kamu hizmetlerinin aksamadan daha düzgün işlemlerini sağlamak amacı olabilir. Ancak bu amaç güdülerek işlem yapılırsa idari fonksiyona dâhil edilebilir. Burada da kamu düzenini özellikle de bankacılık sektörünün düzenini korumak amacıyla hareket edilmektedir. Verilen bu yaptırım yetkisi ile geçmişte ülkemizde de örneklerine rastlanıldığı üzere, bankanın mevcut olumsuz durumunun bankacılık sektöründe bütüncül bir etki yaratması olasılığının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Diğer taraftan bu yetkinin teorik açıdan idari yaptırım olarak adlandırılması, bu yetkinin temel hak ve özgürlükler üzerinde doğurduğu etkinin şiddeti dikkate alındığında adeta bir zorunluluktur. *TAN* da bu yetkiyi ağır sonuçları olan bir yaptırım olarak adlandırmakta ve bu durumu bağımsız idari otoritelerin en önemli özelliklerinden biri olarak kabul etmektedir<sup>872</sup>.

Danıştay, 5411 sayılı Bankacılık Kanunundan önce yürürlükte olan mülga 4389 sayılı Bankalar Kanununun yürürlükte olduğu dönemde verdiği bir kararında; “...verilen talimatlarla defalarca uyarılan, buna karşın istenilen tedbirleri almayan ve verilen sürelerde nakit sermaye artışını gerçekleştirmemesi nedeniyle mali durumunu düzeltemediği ortaya çıkan, zararı özkaynaklarını aşarak yabancı kaynaklara sirayet eden ve yükümlülüklerinin toplam değeri varlıklarının toplam değerini aşan *Tarişbank*’ın faaliyetlerine devamının mevduat sahiplerinin haklarını ve mali sistemin güven ve istikrarını bozacağına anlaşılmış karşısında, Bankalar Kanununun 14. maddesinin 3 nolu fıkrası uyarınca *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna* devredilmesine ilişkin dava konu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” demiştir<sup>873</sup>.

---

da bulunmamaktadır. Oğuz SANCAKDAR, **İdare Hukuku Yönüyle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu’nun Kısa Bir Değerlendirmesi**, TBB Bankacılar Dergisi, S. 37, 2001, s. 60-63

<sup>870</sup> Turgut TAN, **Bağımsız İdari Otoriteler**, TESEV yayınları, İstanbul 2000; TAN(2000), s. 12

<sup>871</sup> Yuk.s. 105 vd.

<sup>872</sup> TAN(2000, Perşembe Konferansları), agm, s. 12

<sup>873</sup> D. 10. D, 30.04.2002, E. 2001/2275, K. 2002/1321

Yüksek Mahkemenin bir diğer kararına göre; “ 22.10.2000 tarihinde baş gösteren mali kriz nedeniyle Kurul kararı ile Fona devredilen banka ile ilgili olarak, bankanın krizden önce mali durumunun çok iyi olduğunu -%8 olması gereken sermaye yeterlilik standart rasyosunun %11,07 olması ve diğer hususlar- krizden sonra yönünü Merkez Bankasına çevirdiği; ancak 04.12.2000 tarihinden sonra Merkez Bankası olan borçlarını ödeyemediği, bankanın Merkez Bankası nezdindeki piyasalardan fon sağlama olanağının kalktığı, bankadan mevduat çekilişlerinin hızlandığı, yüksek faizler nedeniyle sürekli zarar eden menkul kıymetler portföyünün fonlanması için, aşırı yükselmiş olan piyasa faiz oranlarından daha yüksek faiz oranlarına katlanmak zorunda kalacağı, bu durumun piyasanın faiz oranını ve Bankanın da zararını artıracacağı, sistemin istikrarını olumsuz etkileyen Bankanın durumunun diğer bankalara da sirayet edebileceği nedeniyle Bankanın, temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin Fona devri kararı alındığı görülmektedir. Bu durumda, ...bank T.A.Ş.'nin faaliyetlerinin devamının tasarruf sahiplerinin haklarının korunmasını olanaksız hale getireceği, mali sistemin güven ve istikrarını bozacağına anlaşılmaması ve bankanın yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğinin saptanması karşısında 4389 sayılı Yasanın 14. maddesinin 3. fıkrası (b) ve (d) bendinde öngörülen durumlar gerçekleştiğinden, dava konusu işlemde anılan fıkra hükümleri açısından hukuka aykırılık görülmemiştir<sup>874</sup>. ”

Konuya ilişkin bir başka kararda da, Kurul tarafından verilen ....Bankasının temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimini Fona devrine ilişkin 09.07.2001 tarihli kararın Danıştay 10. Dairesince iptali sonrası Danıştay 13. Dairesi, iptal kararının uygulanmasının hukuken ve fiilen imkansızlığına şu gerekçelerle karar vermiştir; “ idari yargıda açılan dava sonucu, mevcut hukuki durumda değişiklik yaratan sübjektif bir işlemin iptali yolunda karar alındığında, bu kararın uygulanmasını sağlamak yükümlülüğü işlemi tesis eden idareye ait bulunmaktadır. İptal kararının yerine getirilmesi, dava konusu işlemin tesis edildiği anda mevcut olan hukuki durumun davalı idare tarafından yeniden tesisi suretiyle olacaktır.

Ancak davalı idarenin tek taraflı işlemi ile dava konusu işlemin tesisinden önceki hukuki durumun yaratılmasının hukuken veya fiilen mümkün olmadığı hallerde yargı kararının uygulanmaması söz konusu olabilmektedir. Bu durumda, Fonun kendisine devredilen, bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılmış olan...bank hakkında, Bankalar Kanununun 15. maddesi uyarınca yaptığı, üçüncü kişileri de ilgilendiren hukuki tasarruflar ve bankanın tüzel kişiliğinin sona ermesi nedeniyle, idarece, BDDK'nın anılan bankanın Fona devrine ilişkin işlemini iptal eden 10. Daire kararının gereğinin yerine getirilmesinin olanaksız olduğu, başka bir anlatımla, devir kararının alındığı tarihteki ...bank'ın hukuki ve maddi (fiili) imkansızlık bulunduğu ve idarenin idari yargı kararını uygulayamadığı sonucuna ulaşıldığından, dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmamaktadır<sup>875</sup>. ”

<sup>874</sup> D. 10. D. 03.06.2003, E. 2002/4599, K. 2003/2145

<sup>875</sup> D. 13. D. 29.11.2005, E. 2005/5546, K. 2005/5699

#### 4- Ekran Karartma (Yayının Geçici Olarak Durdurulması) ( RTÜK )

Yukarıda da ayrıntılı bir şekilde değinildiği gibi, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun (3984 sayılı Kanun) ile RTÜK’e tanınan idari yaptırımlar kademeli bir esasa bağlanmıştır. Mevcut düzenlemeye göre, öncelikle gerekçeleri ile birlikte yayın kuruluşu uyarılacak ve ihlal yinelenmediği veya ortadan kaldırılmadığı takdirde bir yıla kadar yayın durdurma yaptırımı uygulanacak, ihlaller yine de devam ederse bu takdirde yayın iznin iptali kararı verilebilecektir. Bir başka anlatımla yayının geçici olarak durdurulması veya yaygın kullanımı ile ekran karartma en ağır yaptırım konumundaki yayın izninin iptalinden önceki safhadır.

Ekran karartma yaptırımını, özellikle idari yaptırımlar açısından da uygulama bulduğuna inanılan “*Cezaların Kişiselliği*” ilkesi açısından düşündüğümüzde bu yaptırımın önemli sıkıntılara yol açtığı daha rahat anlaşılabacaktır. Ekran karartma ile yayındaki bir programın yayın ilkelerini ihlal etmesi yüzünden esasında cezanın yayın kurumunda çalışan bütün kişilere sirayetine neden olmakta; kişisel sorumluluk, kurumsal sorumluluğa dönüşmektedir. Bununla izleyicinin, görsel-işitsel hizmetten yararlanma hakkı elinden alınmaktadır. İzleyici, severek beğenerek izlediği bir kanalın yayınlarını izlememe gibi bir durumla karşılaşmakta, bu nedenle yaptırım kişiselleştirilmekten öte, toplumsallaştırılmaktadır<sup>876</sup>. Diğer taraftan ekran karartma, yayıncılar açısından görsel işitsel kurum işletme özgürlüğüne açık bir aykırılık oluşturmaktadır. Zira, görsel-işitsel iletişim özgürlüğünün bir boyutu olan bu özgürlük, kurum çerçevesinde kullanıldığına göre, yayın durdurma yaptırımı, bu özgürlüğün (kurumsal) durdurulması anlamına gelmektedir<sup>877</sup>.

Karşılaştırmalı hukukta benzer kurumların faaliyetine baktığımızda böyle bir ağır yaptırım yetkisinin bulunmadığı söylenebilir. Örneğin ABD’de FCC (Federal Communications Commission)’nin ekran karartma yetkisi bulunmamaktadır. FCC

---

<sup>876</sup> AKINCI, age, s. 193

<sup>877</sup> AKINCI, age, s. 194

lisans iptali veya para cezası yaptırımını uygulamaktadır. Gerçi lisans iptali de bir tür ekran karartma sonucunu doğuruyorsa da bu, yılda 1–2 defa uygulandığından yayıncıların yayın yaşamı önemli ölçüde bir kesintiye uğramamaktadır. Birleşik Krallıkta ise, yayın ilkelerini ihlal eden programa ceza yaptırımını uygulama eğilimi ağırlıktadır<sup>878</sup>.

## 5- Gerekli Her Türlü Tedbiri Alma Yetkisi (SPK)

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun (2499 sayılı Kanun) 46. maddesine göre Sermaye Piyasası Kurulu;

*“Kurul’a kayıt yükümlülüğü yerine getirilmeksizin yapılmış ihraç, halka arz ve satış işlemleriyle, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması için gerekli her türlü tedbiri”* almaya yetkilidir.

Mezkûr maddede kullanılan *“gerekli her türlü tedbiri almak”* ibaresi, idareye sınırlarını yine kendisinin belirleyebileceği son derece geniş bir hareket alanı sağlamaktadır. Kurula böyle bir yetkinin tanınmasında, yargı kararları da etkili olmuştur. Zira 2499 sayılı Kanun’da 4487 sayılı Kanun ile yapılan son değişiklikten önce, Kurul’un yaptırım yetkisini düzenleyen 46. maddesinde, uygulanacak yaptırımlar somut olarak belirtilmişti. Bu durumda, Kurul’un uyguladığı bazı yaptırımlar, yasada düzenleme olmadığı gerekçesiyle iptal ediliyordu. Örneğin, borsada manüplatif işlem yaptığı gerekçesiyle tedbiren borsada işlem yapması yasaklanan davacının açtığı iptal davasını şu gerekçeyle kabul etmiştir<sup>879</sup>: *“idari tedbirlerin, idarenin yetkileri dâhilinde tesis edilebilecekleri, işlemlerin sonuçlarına uygun şekilde alınabilmesinin mümkün olması karşısında, borsada manüplatif işlem yaptığı iddia edilen kişi hakkında Sermaye Piyasası Kurulunca kişilerin cezalandırılması yönünden 2499 sayılı yasanın 47. maddesi gereğince durumu yetkili mercilere intikal ettirmek dışında bir işlem tesisi konusunda yetki veren yasal bir dayanağın bulunmaması nedeniyle kişinin hesabında bulunan bütün hisse senetlerinin Kurul kaydından çıkarılması yolundaki işlemin tedbir olarak*

---

<sup>878</sup> AKINCI, age, s 194

<sup>879</sup> YASİN, age, s. 212-213

*nitelendirilmesine olanak bulunmadığından sözkonusu işlemin kişiyi cezalandırma amacına matuf olduğu sonucuna varılmaktadır<sup>880</sup>. ”*

Kurul’un alacağı tedbirlerin gerekli olmasının şart koşulması ile aslında Kurula, idari yaptırıma karar verirken yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelediğimiz<sup>881</sup> “ölçülülük ilkesi”ne uygun bir karar verme zorunluluğu getirilmektedir. Zira takdir yetkisinin çerçevesi genişledikçe doğal olarak idari yargı denetimine konu olacak takdir yetkisinin alanı da genişlemekte ve bu alanda ölçülülük ilkesi daha da önemli bir hal almaktadır. Kurul’un meydana gelen ihlallere karşı karar verip uyguladığı yaptırımlar;

- ulaşılmak istenen amaç için “elverişli” bir araç olmalıdır. Örneğin insanları caydırmaya yetmeyen bir idari yaptırım, amacı gerçekleştirmek açısından elverişli olmayacaktır

- güdülen amaca aynı derecede elverişli birçok araç arasından seçimli en az müdahalede bulunan araç olmalıdır.

- ihlalin ağırlığı ile orantılı olmalıdır.

Dava,... Holding A.Ş.’nin kurucu ortağı olan davacının banka hesaplarının bloke edilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 6. İdare Mahkemesi: Sermaye Piyasası Kanunun 46/a maddesinin, kayıt yükümlülüğü yerine getirilmeksizin yapılmış ihraç, halka arz satış işlemleriyle, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması için gerekli her türlü tedbiri alma konusunda Sermaye Piyasası Kuruluna yetki verdiği, idari tedbir niteliğindeki bu yetkinin ancak sözü edilen faaliyetlerin durdurulmasına yönelik olduğu, yasada sermaye piyasası mevzuatı hükümlerine aykırı faaliyetlerde bulunan anonim şirket ortaklarının kişisel sorumluluklarına gidilebileceğine ilişkin bir hükme yer verilmediği gibi sözü edilen yükümlülüğe uyulmaksızın yapılan halka arz ve satış sonucu satılan kısmın karşılığı ve satışı yapılacak senetler için Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 103. maddesi uyarınca ihtiyati tedbir isteminde bulunulabileceği, şirket hakkında verilmiş bir ihtiyati tedbir kararı olsa dahi bu hükmün şirket kurucu ortaklarının banka hesaplarının bloke edilmesine imkan tanıyacak şekilde geniş yorumlanamayacağı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal etmiştir. Bu karara ilişkin temyiz istemini Danıştay 10. Dairesi 02.12.1999 tarih ve E. 1998/2486, K. 1999/6384 sayılı kararı ile reddetmiştir<sup>882</sup>.

<sup>880</sup> D. 10. D., E. 1998, K. 2001/273, 05.02.2001

<sup>881</sup> Bkz. Yuk. s. 81 vd.

<sup>882</sup> D. 10. D., E. 1998/2486, K. 1999/6384, 02.12.1999

Anayasa Mahkemesine göre, “Kurul’a tanınan “her türlü tedbiri alma” yetkisi, faaliyette bulunan ortaklığın mevzuat, esas sözleşme ve içtüzük hükümlerine uygun biçimde çalışmasını sağlamak maksadıyla kullanılacaktır. Kanunda Kurul’ca alınacak tedbirlerin tek tek sayılmaması, her somut olaya göre yatırımcıya tam bir koruma sağlayacak düzenleme yapılmasının mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır.”<sup>883</sup>”

---

<sup>883</sup> AYM, 26.12.2003 tarih ve E. 2000/8, K. 2003/104 sayılı karar, RG; 19 Aralık 2007, sayı:26735



## § – SONUÇ

Düzenleyici kurullar, ülkemizdeki ekonomik değişimin tetiklemesi ile kurulmaya başlandıktan sonra, Türk idare hukuku öğretisinin en önemli ilgi alanlarından biri haline gelmiştir. Bunda, 90'lı yıllardan itibaren düzenleyici kurulların sayısında yaşanan büyük artışın da etkili olduğu söylenebilir. Özellikle devletin geri çekilmeyi uygun gördüğü alanlara yerleştirilen düzenleyici kurullar her ne kadar bulundukları sektörlerde hakem rolünü üstlenmiş gibi görünselerde bize göre devletin ekonomiye müdahale olgusunun kabuk değiştirmiş halidir. Daha da açmak gerekirse, küreselleşen dünya ile birlikte ekonomik ilişkiler de değişmiş ve devletin ekonomiye müdahale de kullandığı araçlar da bu değişimden nasibini almıştır. İşte bize göre düzenleyici kurullar devlet tarafından ekonomiye müdahalede kullanılmaya başlanılan ve değişimin zorladığı en yeni araçlardandır.

Yukarıda, hakem rolünü üstlendiğini ifade ettiğimiz düzenleyici kurullar düzenleme ve denetleme yetkileri yanında bu yetkilerin ayrılmaz bir parçası niteliğinde olan idari yaptırım uygulama yetkisine de sahiptirler. Bu oluşumların idari yaptırım uygulama yetkileri esasında onları kamu gücünü kullanan diğer kurum ve kuruluşlardan ayıran en önemli özelliktir. Söz konusu kuruluşların zaman ilerledikçe bulundukları sektörde caydırıcılığı tesis etme gayesiyle bu yetkilerine daha çok başvurdukları gözlenmektedir. İdari yaptırım yetkilerinin kullanımında yaşanan bu artış bu yetkilerin takdir yetkisi ve ölçülülük ilkelerine uygun olarak kullanılmasını ve bu kullanımın bu ilkeler dikkate alınarak denetlenmesini daha zorunlu hale getirmiştir.

Tüm bunların dışında, ülkemizdeki düzenleyici kurulların idari yaptırım yetkilerine ilişkin bir inceleme birtakım zorlukları da içinde barındırmaktadır. Öncelikle Türk idare hukuku öğretisinde idari yaptırımlar konusunun spesifik bir inceleme konusu olduğu eser sayısı son derece azdır. İdare hukukumuzda böylesine az incelenen bir konunun düzenleyici kurullar özelinde incelenmesi de zorlaşmaktadır. Diğer taraftan düzenleyici kurulların halihazır da kullandıkları idari yaptırımların çeşitliliği de ayrı bir zorluk oluşturmaktadır. Fakat tüm zorluklarına

rağmen zaman ilerledikçe düzenleyici kurulların idari yaptırım yetkilerinin uygulamadaki artışı bu yetkilerin incelenmesi zorunluluğunu artırmaktadır. Bu çalışma tüm zorluklarına rağmen yukarıda ifade edilen zorunluluğu dikkate alarak hazırlanmıştır.

Diğer taraftan, düzenleyici kurulların, idari yaptırım yetkilerini kullanırken her ne kadar bir mahkeme niteliği taşımaları da, temel hak ve özgürlükler üzerinde bir mahkemenin kullanabileceği düzeyde etki yaratabilecek bir yetki kullandıkları unutulmamalıdır. Bu noktada temennimiz ülkemizdeki düzenleyici kurulların da günün birinde, Fransa’da Mali Piyasalar Otoritesinin 16 üyeli kurulu dışında 12 üyeli bir yaptırım komisyonuna sahip olması örneğinde olduğu gibi yaptırım konusunda uzmanlaşmış ayrı bir komisyon oluşturacak şekilde örgütlenmeleridir.

Ülkemizdeki düzenleyici kurulların idari yaptırım yetkileri açısından doktrinde farklı görüşlerin savunulduğu en önemli konulardan biri de, Danıştay’ın idari yaptırımların yargısal denetimini yaparken yaptırımın, AİHS.’nin 6. maddesine uygunluğunu denetlemesinin mi yoksa denetlememesinin mi daha kabul edilebilir olduğudur. Bir görüşe göre, bu ölçütün kullanılması, idari yaptırımlara ceza yaptırımlarına göre daha çok başvurulmasının en önemli nedeni olan pratiklik unsurunun terk edilmesi sonucunu doğuracakken, diğer bir görüşe göre, Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasındaki 2004 değişikliği sonrası, idari yaptırımların AİHS.’nin 6. maddesine uygunluğunu incelemek mümkün hale gelmiştir. Şu an itibariyle Danıştay, idari yaptırımlara ilişkin denetiminde bu ölçütü kullanmamaktadır. Fakat bize göre bu husus, Türkiye’deki düzenleyici kurulların idari yaptırım yetkilerine ilişkin olarak üzerinde tartışılması gereken en önemli konu olma özelliğini korumaktadır.

## KAYNAKÇA

### D) KİTAPLAR

**AKGÜNER, Tayfun**, Özel Girişim Özgürlüğü ve Yatırımları Teşvik Tedbirleri, İstanbul 1979

**AKINCI, Müslüm**, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, İstanbul, 1999

**AKTAN, Coşkun Can**, Anayasal İktisat, Siyasal Kitabevi, Ankara 2002

**ALICI, Yaşar**, Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2007

**ARDIYOK, Şahin**, Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2002

**ARI, Zekeriya**, Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2004

**ASLAN, Zehredin**, – **BERK, Kahraman**, Rekabet Kurumu’nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi, İstanbul 2000

**ASLAN, İ. Yılmaz**, AT Rekabet Hukuku, Ankara 1992

**ASLAN, İ. Yılmaz**, Teori ve Uygulama Yönünden Rekabet Hukuku, Bursa 2006

**ATASAYAR, Kublay**, Danıştay ve Rekabet Kurulu Kararlarıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2005

**BADUR, Emel**, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Rekabet Kurumu Lisansüstü Serisi, Ankara 2001

**Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması**, TÜSİAD yayınları, Aralık 2002

**BALTA, Tahsin Bekir**, İdare Hukukuna Giriş I, Ankara 1968/1970,

**BALTA, Tahsin Bekir**, İdare Hukuku I-Genel Konular, Ankara 1970/72

**BATTAL, Ahmet**, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006

**BİLGE, Necip**, Hukuk Başlangıcı ve Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, Ankara 1995

**BOZKURT, Enver**, Hukukun Temel Kavramları, 2006

**BÖKE, Veli**, Açıklamalı-Uygulamalı Kamu İhale Kurulu Kararları Işığında Kamu İhale Kılavuzu, Ankara 2004

**ÇAĞLAYAN, Ramazan**, İdari Yaptırımlar Hukuku, Ankara 2006

**ÇOLAK, Nusret İlker**, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve ABD Örneği, Ankara, 2003

**DEMİR, Osman**, Ekonomide Devlet, SPK Yayınları, Ankara 1997

**DEMİRBAŞ, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005

**DERBİL, Süheyy**, İdare Hukuku, AÜHF Yayınları, Ankara 1955

**DONAY, Süheyl**, Para Cezaları, İstanbul 1972

**DÖNMEZER, Sulhi, – ERMAN, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I

**DURAN, Lütfi**, İdare Hukuku ( Ders Notları), İÜHF yay. İstanbul 1982

**EFEM, Gül**, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikası Bakımından Roma Anlaşması Md. 85'e Kavramsal Bir Yaklaşım, Doktora Tezi, Ankara 1993

**EKİCİ, Şerafettin**, Özel Sektöre Açıldıktan Sonra Türk Telekomünikasyon Hukuku, İstanbul 2006

**EMEK, Uğur**, Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması ( 3. Bölüm Türkiye Uygulaması), TÜSİAD yayınları, Aralık 2002

**EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1999, Cilt II

**ERKUT, Celal**, Hukuka Uygunluk Bloku, İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi, İstanbul 1996

**ERMAN, Sahir**, Ticari Ceza Hukuku, İstanbul 1992

**ESENER, Turhan**, Hukuk Başlangıcı Genel Hukuk Bilgisi, 2004

**GİRİTLİ, İsmet**, Türkiye'nin İdari Yapısı, Der Yayınları 9. Basım

**GÖKDERE, Ahmet**, Soru ve Yanıtlarla Mikro-Makro Ekonomi, Ankara 2004

**GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, – GÖZÜBÜYÜK, Şeref**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2002

**GÖNEN, Kazım Eren**, Rekabet Hukukunda İdari Para Cezaları, Ankara 2003

**GÖZLER, Kemal**, İdare Hukuku, Bursa 2003

**GÖZLER, Kemal**, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2005

**GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, – TAN, Turgut**, İdare Hukuku, Cilt I Genel Esaslar, Ankara 2006

**GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref**, Yönetim Hukuku, Ankara, 2004

**GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref**, Yönetimsel Yargı, Ankara 2001

**GÜNDAY, Metin**, İdare Hukuku, Ankara, 2003

**GÜNEŞ, Turan**, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965

**GÜRAN, Sait**, İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri, İstanbul 1969

**GÜRİZ, Adnan**, Hukuk Başlangıcı, Ankara 1997

**GÜRSEL, Meltem Kutlu**, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası-İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme, Ankara 2003

**İÇEL, Kayıhan**, Suç Teorisi, İstanbul 2000

**İÇEL, Kayıhan, – DONAY, Süheyl**, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, İstanbul 1999

**İNCEOĞLU, Mehmet Murat**, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2004

**KABOĞLU, Ö. İbrahim**, Kolektif Özgürlükler, Diyarbakır 1989

**KAPANİ, Münci**, Politika Bilimine Giriş, Ankara 1998

**KARABABA, Serdar**, Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması, Ankara 2001

**KARABULUT, Mustafa**, İdari Yaptırımların Hukuksal Rejimi, Ankara 2008

**KARAHANÖĞLU, Onur**, Kamu Hizmeti: Kavram ve Hukuksal Rejim, Ankara 2002

**KARAKILIÇ, Hasan**, Hukuki Açıdan Elektrik Piyasası Avrupa Birliği ve Türkiye Örneği, İzmir 2006

**KILIÇOĞLU, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2001, Cilt II

**KUNTER, Nurullah**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1986

**MAHMUTOĞLU, Fatih Selami**, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, İstanbul 1995

**METİN, Yüksel**, Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Ankara 2002

**MUTLUER, Kamil**, Vergi Ceza Hukuku, Eskişehir 1979

**OĞURLU, Yücel**, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara 2003

**OĞURLU, Yücel**, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Ankara 2001

**OĞURLU, Yücel**, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002

**OĞUZMAN, Kemal, – ÖZ, Turgut,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000

**ONAR, Sıddık Sami,** İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966, C.I

**OPPENHEİMER, Franz,** Devlet, çev. Alaeddin Şenel ve Yavuz Sabuncu, Ankara 1984, Kaynak Yayınları

**ÖZAY, İlhan,** Günışığında Yönetim, Ankara 2002

**ÖZAY, İlhan,** İdari Yaptırımlar, İstanbul 1985

**ÖZBUDUN, Ergun,** Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2004

**ÖZENÇ, Köksal,** AB’de Telekomünikasyon Politikaları, AB Müktesebatı ve Türkiye Tarafından Alınması Gereken Tedbirler Üzerine Bir Araştırma, Uzmanlık Tezi, Telekomünikasyon Kurumu, Ankara Nisan 2002, [http://www.tk.gov.tr/yayın/uzmanlık-tezleri /Köksal Özenç-tez pdf](http://www.tk.gov.tr/yayın/uzmanlik-tezleri/Koksal%20Ozen%20tez.pdf)

**ÖZTAN, Bilge,** Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, Ankara 2003

**ÖZTÜRK, Atila,** Mobil Telekomünikasyon Lisans Rejimi: Dünya Örnekleri ve Türkiye Analizi, Uzmanlık Tezi, Telekomünikasyon Kurumu, Nisan 2002, Ankara

**ÖZTÜRK, Bahri, – ERDEM, Mustafa R.,** Ceza Hukuku (Genel ve Özel Hükümler), Ankara 2005

**ÖZTÜRK, Bahri, – ERDEM, Mustafa Ruhan, – ÖZBEK, Veli Özer,** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara 2003

**ÖZTÜRK, Burak,** Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, Ankara 2000

**ÖZTÜRK, Nazım,** Ekonomide Devletin Değişen Rolü, AİD, 39/1 Mart 2006



**ÖZYÖRÜK, Mukbil**, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1972

**PARASIZ, İlker**, Para Banka ve Finansal Piyasalar, Aralık 2000

**PINAR, Abuzer**, Soru ve Yanıtlarla Kamu Maliyesi ve Maliye Politikası, 2. Bası, Ankara 2005”

**PINAR, Abuzer, – ERDAL, Bahar**, Soru ve Yanıtlarla Para-Banka-Kredi ve Para Politikası, Ankara 2003

**Radikal Gazetesi**, 21 Aralık 2001

**REİSOĞLU, Seza**, Bankacılık Kanunu Şerhi, Cilt I, Ankara 2007

**SARICA, Ragıp**, Türkiye’de İcra Uzunun Tanzim Selahiyeti, İstanbul 1943

**SANLI, Kerem Can**, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Lisansüstü Serisi, Ankara 2000

**SEZEN, Serriye**, Türk Kamu Yönetiminde Kurullar Geleneksel Yapılanmadan Kopuş, TODAİE yayınları Ankara 2003

**SOYASLAN, Doğan**, Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Ankara 1990

**SUMER, Ayşe**, Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat, İstanbul 2002

**TANÖR, Reha**, Türk Sermaye Piyasası, C. I, İstanbul 1999

**TEKİNALP, Ünal**, Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000

**TEKİNALP, Ünal**, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988

**TEKİNALP, Ünal**, Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul 2003

**TAN, Turgut**, Ekonomik Kamu Hukuku, TODAİE yayınları, Ankara 1984,

**TAN, Turgut**, İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara 1970

**TANÖR, Bülent, – YÜZBAŞIOĞLU, Necmi**, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2004

**TAŞDELEN, Servet**, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006

**TOPÇUOĞLU, Metin**, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Doktora Tezi, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tezleri, Ankara 2001

**TOROSLU, Nevzat**, Ceza Hukuku, Ankara 2005

**TÜRK, İsmail**, Kamu Maliyesi, 3. Bası, Ankara 1999

**ULUATAM, Özhan**, Kamu Maliyesi, 6. Baskı, Ankara 1999

**ULUSOY, Ali**, Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara 2003

**ULUSOY, Ali**, Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış, Ankara 2005

**ULUSOY, Ali**, Telekomünikasyon Hukuku, Ankara 2002

**ÜNAL, Oğuz Kürşat**, Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara 2005

**ÜNSAL, Erdal**, Mikro İktisat, Ankara 1998

**YASİN, Melikşah**, Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri, Ankara 2002

**YARSUVAT, Duygun**, Trafik Suçları, İstanbul 1972

**YAYLA, Yıldızhan**, İdare Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985

**YURTCAN, Erdener**, Kabahatler Kanunu ve Yorumu, İstanbul 2005

**YÜKSEL, Mehmet**, Yönetişim Kavramı Üzerine, Ankara Barosu Dergisi, 2000, Sayı 3

**ZABUNOĞLU, Yahya**, Bir İdari Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, Hukuk Kurultayı 2000

**ZANOBINI, Guido**, İdari Müeyyideler, (Çev. H. Yılmaz GÜNAL), Ankara 1964,

**ZENGİNOBUZ, E. Ünal**, Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması (2. Bölüm Uluslararası Karşılaştırmalar), TÜSİAD yayınları, Aralık 2002

## **II) MAKALELER**

**AĞCAKAYA, Serpil, – HALICI, Nadide Sevil**, “Bir İktisat Politikası Aracı Olarak Regülasyon Politikası”, Telekomünikasyon ve Regülasyon Dergisi, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, Sayı:2

**AKILLIOĞLU, Tekin**, “Belediyeler ve Özel Girişim Özgürlüğü”, Yerel Yönetimler Dergisi, S. 1, Mayıs 1979

**AKILLIOĞLU, Tekin**, “Yıkma Kararlarında Yöntem Sorunları”, AİD, C.12, S. 4

**AKINCI, Müslüm**, “Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kavramı”, Rekabet Dergisi, Ocak-Şubat-Mart 2001, S.5

**AKSOY, Nazlı, – BOLATOĞLU, Hilmi, – YAVUZ, Şahin**, “Rekabet Hukukunda Muafiyet ve Birleşme/Devralma Kararlarının Şarta Bağlanması”, Rekabet Dergisi Sayı:25, Ocak-Şubat-Mart 2006

**AKTAN, Coşkun Can, - KARAASLAN, Yusuf Tuğrul**, “Regülasyon Ekonomisi ve Kamusal Regülasyonlar Teorisi”,  
[http://www.canaktan.org/ekonomi/kamu\\_maliyesi/kamu-ekonomisi/regulasyon-ekon.pdf](http://www.canaktan.org/ekonomi/kamu_maliyesi/kamu-ekonomisi/regulasyon-ekon.pdf)

**AKTAN, Coşkun Can**, “İyi Yönetişim Kavramı”, <http://www.canaktan.org/politika/yonetisim/tanim.htm>

**ALAN, Nuri**, “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 1982

**ARDIÇOĞLU, Artuk**, “Anayasa ve İdare Hukuku Açısından Rekabet Hukuku”, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, Sempozyum. Bildiriler-Tartışmalar-Panel, 7-8 Ekim 2005

**ARIKAN, Yeşeren Elçin**, “Bütünleşen Avrupa’da Yerel Yönetimler”,  
<http://www.tusiad.org/yayin/gorus/58/8.pdf>

**ASLAN, İ. Yılmaz**, “Rekabet Kurulu’nun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler”, Rekabet Dergisi, C. 1, S. 2, Ankara 2000

**ATAY, Etem**, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. X, s.1, 2 y.2006

**ATAY, Etem**, “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler: Rekabet Konseyi”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Mart 2000

**AZRAK, Ülkü**, “Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, Rekabet Kurumu Bağımsız İdari Otoriteler Panelinde sunulan tebliğ, Ankara, 5 Kasım 2001

**BAYRAKTAR, Köksal**, “Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı”, İHFM, C. L. S. 1-4

**BEHR, Volker**, (Çev. Erhan TEMEL) , “Avrupa Kamu Düzeni (European Public Order)”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt II, s. 1161, İstanbul 2001

**BELL, John**, “Fransa’da Bağımsız İdari Otoriteler”, Çev. Cemil KAYA, 75. Yaş Günü İçin Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004

**BİLGİN, Nihat**, “Kamu Yönetimi ve Demokrasi Eğitimi”, Kamu Yönetimi Disiplini Sempozyumu, C. I, Ankara 1995, TODAİE yayın No:261

**ÇAL, Sedat**, “Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Kurulu”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2001/3

**ÇAĞLAYAN, Ramazan**, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, AÜEHFD, C:VII, S. 3-4, 2003

**DONAY, Süheyl**, “İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, İÜHFM, Cilt 37, Sayı 1-4, 1972

**DURAN, Lütfi**, “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?”, İHİD, İstanbul 1983, Y.4, S. 1-3

**DURAN, Lütfi**, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, AİD, Cilt:30, Sayı:1

**ERDEM, Fazıl Hüsnü**, “TCK’nın 312. Maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi: Türk Devlet Düzeni Ve Demokratik Kamu Düzeni”, AÜHFD, Ankara 2003

**ERKUT, Celal**, 5 Kasım 2001 tarihli “Bağımsız İdari Otoriteler” Paneli, Rekabet Kurumu

**FEYZİOĞLU, Metin**, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, AÜHFD, 1999-48-01-04

**GÖLCÜKLÜ, Feyyaz**, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, SBFD, C.18, 1963

**GÖLCÜKLÜ, Feyyaz**, “İdari Ceza Müeyyidesi ve Bunlara Karşı Kanun Yolları”, SBFD, C. 18, Eylül – Aralık 1963

**GÜL, İbrahim**, “Rekabet Kurulunun Muafiyet Kararının Adli Mahkemelerin Kararlarına Etkisi”, Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999

**GÜLAN, Aydın**, “Conseil d’Etat’nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı”, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, 11-12 Mayıs 2000, Ankara, Danıştay Yayınları, Ankara 2000

**GÜNDAY, Metin**, 5 Kasım 2001 tarihli “Bağımsız İdari Otoriteler” Paneli, Rekabet Kurumu 2001

**GÜNDAY, Metin**, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Ankara

**GÜRAN, Sait**, “ABD’de Ekonomik Hayatın Düzenlenmesi”, İHİD 1985, Y.6, S.13

**GÜRSEL, Meltem Kutlu**, “Sermaye Piyasası Kurulu’nun Denetimi”, 2005 Yılı İdari Yargı Sempozyumu

**İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80)2 Sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararı**, (Çev. Onur KARAHANOG̃LU), AÜHFD, C. 45, S. 1-4, 1996

**İNAN, Nurkut**, “AT Rekabet Hukuku Uygulama Tüzüğünde 17/62 Yenilikler”, Perşembe Konferansları

**KABOĞLU, İbrahim**, “İnsan Haklarının Gelişmeci Özelliği ve Anayasa Yargısı”, in Anayasa Yargısı, S. 9

**KALABALIK, Halil**, “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, GÜHFD, Aralık 1997, Cilt:1, Sayı:2

**KALABALIK, Halil**, “İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi”, GÜHFD, Haziran 1997, Cilt:1, Sayı:2

**KARACAN, Ali İhsan**, “Özerk Kurumların Özerkliği”, Rekabet Dergisi, Ekim-Kasım-Aralık 2001, Sayı 8

**KARACEHENNEM, Necdet**, “İdari Para Cezalarının Hangi Yıla Ait Net Satış Tutarları Üzerinden Hesaplanacağına İlişkin Danıştay Kararı Ve Bu Kararın Olası Etkileri”, Rekabet Forumu, S. 31, Şubat 2007

**KARATEPE, Şükrü**, “İdarenin Takdir Yetkisi”, Türk İdare Dergisi, Yıl:63, Eylül 1991, Sayı 392

**MAHMUTOĞLU, Fatih Selami**, “Suç-Kabahat Ayrımı-İdari Ceza Hukukunun Temelleri”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, 20-21 Eylül 2007

**MANAVGAT, Çağlar**, “Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar”, Ankara 1991

**MÜFTÜOĞLU, M. Tamer, - KARABUDAK, H. Baha,** “İktisadi Politikalar Bağlamında Hukuki Düzenleme (Regülasyon) Üzerine Düşünceler”, Rekabet Dergisi 2001

**NAZAROĞLU, Yavuz,** “Genel Olarak İdari Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri”, DD. 1974

**ÖZAY, İlhan,** “Anayasa Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri”, 2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Yansımaları, 25-28 Nisan 2002, Anayasa Mahkemesinin 40 ıncı Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu

**ÖZEN, Muharrem,** “Rekabet ve Ceza Hukuku”, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, Sempozyum. Bildiriler-Tartışmalar-Panel, 7-8 Ekim 2005

**PAULIAT, Helene,** “Le Pouvoir De Sanction Des Autorités Administratives Indépendantes” (Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi), (Çev. Mahmut GÖÇER), Bağımsız İdari Otoriteler, (Editör İbrahim KABOĞLU), İstanbul 1998

**SANCAKDAR, Oğuz,** “İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukukundaki Anayasal Temelleri”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, 20-21 Eylül 2007

**SANCAKDAR, Oğuz,** “İdare Hukuku Yönüyle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu’nun Kısa Bir Değerlendirmesi”, TBB Bankacılar Dergisi, S. 37, 2001

**SAVAŞ, Vural,** “Anayasalarda Ekonomik Hak ve Özgürlükler: T.C. Anayasaları Örneği”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt no:6 (1989)

**SAYILGAN, Güven,** “Soru ve Yanıtlarla Finansal Piyasalar ve Finansal Yöntemler”, Ankara 2004, s. 7

**SERTER, Nur,** “Devlet Görevlerindeki Gelişmelerin Sonucu Olarak Sosyal Devlet”, İÜHF Yay., İstanbul 1994



**SYRETT, Keith**, “Düzenleyici Kurumlar: Yapıları ve Sorunları”, 15 Mayıs 2000  
Tarihinde AÜSBF’de yapılan seminer

**TELEKOMÜNİKASYON EKSENİ**, Telekomünikasyon Kurumu Yayın Organı,  
Ocak-Şubat-Mart Sayı:1, Ankara 2002

**TEPE, Berna, - ARDIYOK, Şahin**, “Devlete Yeni Rol:Regülasyon”, AİD, Cilt:37  
Sayı:1, Mart 2004

**TEZCAN, Durmuş**, “İdari Muhakeme Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukuku  
Arasındaki Farklılığın Anlamı ve Önemi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi Uluslararası İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, 20-21 Eylül 2007

**TAN, Turgut**, “Anayasal Ekonomik Düzen”, Anayasa Yargısı 1990, Ankara

**TAN, Turgut**, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”,  
Anayasa Yargısı, Sayı 8

**TAN, Turgut**, “Bağımsız İdari Otoriteler”, Rekabet Kurumu Perşembe  
Konferansları, Ankara, Ocak 2000

**TAN, Turgut**, “Bağımsız İdari Otoriteler”, TESEV yayınları, İstanbul 2000;  
TAN(2000), agm, s. 12

**TAN, Turgut**, “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”, AİD, Haziran  
2002, Sayı:35/2

**TAN, Turgut**, “Ekonomi <Regülasyon> Ve Bağımsız İdari Otoriteler”, 2005 Yılı  
İdari Yargı Sempozyumu

**TAN, Turgut**, “İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki  
Güvenceler”, A. Şeref GÖZÜBÜYÜK’e Armağan, Ankara 2005

**TİRYAKİ, Refik**, “Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK”, AÜHFD, Sayı 4 C. 51 Yıl. 2002

**TÜLÜMEN, Özcan**, “I. Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu”, İstanbul 27-28 Mayıs 2004, Kamu İhale Kurumu Yayını

**ULUSOY, Ali**, “Anayasa Mahkemesine Göre Üst Kurulların Özerkliği Ve Anayasal Konumu”, Rekabet Bülteni, 20/11/2006, sayı:28, [http://www.rekabetdernegi.org/rk\\_bulten/sayi28.doc](http://www.rekabetdernegi.org/rk_bulten/sayi28.doc)

**ULUSOY, Ali**, “İdari Ceza Hukuku’nun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, 20-21 Eylül 2007

**ULUSOY, Ali**, “Petrol Dağıtım Şirketlerine EPDK Tarafından Verilen İdari Para Cezalarının Danıştay’ca Denetimi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:66, Sayı:2, Bahar 2007

**ULUSOY, Ali**, “Petrol Dağıtım Şirketlerine Verilen İdari Para Cezaları Hakkında Bir Not”, Rekabet Forumu, Sayı:31, 20 Şubat 2007, [http://www.rekabetdernegi.org/rk\\_bulten/sayi31.doc](http://www.rekabetdernegi.org/rk_bulten/sayi31.doc)

**ULUSOY, Ali**, “Şeker Kurumu Lağvedildi Ama Şeker Kurulu Görevde!”, Rekabet Bülteni S. 7, Ocak 2005, s. 3, [http://www.rekabetdernegi.org/rk\\_bulten/sayi7.doc](http://www.rekabetdernegi.org/rk_bulten/sayi7.doc)

**ULUSOY, Ali**, “Türk İdare Sistemi İçinde Rekabet Kurumu’nun Yeri”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Kasım 1999

**ÜSTÜN, Şadi**, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ile Uygulama Alanına Getirilen Yenilikler”, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, C. 8, S. 2, 2003

**XIV. Viyana Uluslararası Ceza Kongresi Kararları (1-7 Ekim 1989), Bölüm I: Ceza Hukuku ile İdari Ceza Hukukunun Ayırt Edilmesinde Hukuki ve Pratik Sorunlar**, (Çev. Nur CENTEL), Argumentum 1990 , Sayı:1

**YILMAZ, Halit**, “Türkiye’de Radyo Televizyon Yayıncılığının Hukuksal Düzeni”, AÜSBF, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1999

**YILMAZ, Rıza**, “Kamu İhale Kanununda İhale Yetkilisi, İhale Komisyonu ve Yetki Devri”, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, C. 8, S. 4, 2003

**YÜKSEL, Mehmet**, “Yönetişim Kavramı Üzerine”, Ankara Barosu Dergisi, 2000, Sayı 3

**ZABUNOĞLU, Yahya**, “Bir İdari Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri”, Hukuk Kurultayı 2000

**ZANOBINI, Guidio**, “İdari Ceza Hukukunda Kıstas Mes’elesi”, (Çev. Yılmaz GÜNAL), AÜSBFD, C.XVIII, 1963, No:3-4

**ZENGİNOBUZ, Ünal, - OĞUR, Serhan**, “Türkiye Elektrik Sektöründe Yeniden Yapılanma, Özelleştirme ve Regülasyon,”, [http://www.tesev.org.tr/projeler/kamu\\_devlet\\_metin\\_tebliğ5.php](http://www.tesev.org.tr/projeler/kamu_devlet_metin_tebliğ5.php)