

**T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

ATIF KIR

**KAMU HİZMETİNİN GÖRÜLME USULLERİNDEN RUHSAT USULÜ
VE ELEKTRİK PİYASASI ÖRNEĞİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. ALİ AKYILDIZ**

KIRIKKALE- 2010

**T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

ATIF KIR

**KAMU HİZMETİNİN GÖRÜLME USULLERİNDEN RUHSAT
USULÜ VE ELEKTRİK PİYASASI ÖRNEĞİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. ALİ AKYILDIZ**

KIRIKKALE- 2010

T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Atıf KIR tarafından hazırlanan “Kamu Hizmetinin Görülme Usullerinden Ruhsat Usulü ve Elektrik Piyasası Örneği” adlı tez çalışması, Jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak oybirliği / ~~oyçokluğu~~ ile kabul edilmiştir.

Başkan

Prof.Dr. Ali AKYILDIZ
(Danışman)

Üye

Üye

Doç.Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Yrd.Doç.Dr. Hayri BOZGEYİK

ÖZET

“Kamu Hizmetinin Görülme Usullerinden Ruhsat Usulü ve Elektrik Piyasası Örneği” isimli bu çalışmada, elektriğin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığını saptamak ve piyasada faaliyet gösterebilmek için alınması zorunlu olan lisansın hukuki niteliğine ilişkin olarak belirleme yapmak suretiyle, söz konusu piyasada faaliyetlerin hangi usulle yürütüldüğü konusunun açıklığa kavuşturulması amaçlanmıştır.

Çalışmamızda öncelikle kamu hizmeti kavramı irdelenerek tanımı yapılmaya çalışılmış ve söz konusu kavramın unsurları ve özellikleri üzerinde durulmuştur. Daha sonra kamu hizmetlerinin görülme usulleri ele alınmıştır. Son olarak da elektrik piyasasının hukuki çerçevesi irdelenerek elektriğin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığı hususu değerlendirilmiştir. Bu bağlamda elektrik faaliyetinin yürütülmesinde alınması zorunlu olan lisansın hukuki niteliği üzerinde durularak, elektrik piyasasında kamu hizmetinin görülmesi usullerinden hangisinin geçerli olduğu hususuna netlik kazandırılmaya çalışılmıştır.

ABSTRACT

The following study named “Public Service Provision Methods: A Focus on Licencing Method and Electricity Market Example” aims to clarify which methods are being used in the electricity sector by determining whether electricity provision is a public service and designating the legal nature of the licence which is a prerequisite of operating in the market.

At the beginning of this study, public sector notion is examined by its’ components and properties in order to give a definition to it. Then, public service provision methods are investigated. Finally, a discussion is carried out on electricity provision’s suitability to public service notion by addressing the legal framework of electricity market. In this context, an effort is put into determining the valid method that is used to provide public service in electricity market, by further examining the legal nature of the license, which must be obtained in order to carry out electricity market activities.

KİŞİSEL KABUL / AÇIKLAMA

Yüksek Lisans Tezi olarak hazırladığım “Kamu Hizmetinin Görülme Usullerinden Ruhsat Usulü ve Elektrik Piyasası Örneği” adlı çalışmamı, ilmi ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazdığımı ve faydalandığım eserlerin kaynakçada gösterdiklerimden ibaret olduğunu, bunlara atıf yaparak yararlanmış olduğumu belirtir ve bunu şeref ve haysiyetimle doğrularım.



05/11/2010

ATIF KIR

ÖNSÖZ

“Kamu Hizmetinin Görülme Usullerinden Ruhsat Usulü ve Elektrik Piyasası Örneği” isimli bu çalışmada elektriğin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığı ve piyasada faaliyet gösterebilmek için alınması zorunlu olan lisansın hukuki niteliği inceleme konusu yapılmıştır. Bu suretle söz konusu piyasada faaliyetlerin hangi usulle yürütüldüğü konusunun açıklığa kavuşturulması amaçlanmıştır. Söz konusu amaç kapsamında öncelikle kamu hizmeti kavramı üzerinde durulmuş, daha sonra kamu hizmetinin görülme usulleri konusu ele alınmış ve son olarak da kamu hizmeti ve elektrik piyasası irdelenmiştir.

İdare hukukundaki önemi ve etkisi yadsınamaz olan kamu hizmeti konusu, gerek yazarlar tarafından gerekse yargı organlarınca sıklıkla incelendiğinden, bu hususta kaynak temininde zorluk yaşanmamıştır. Ancak belki de elektrik piyasasının yapısal değişim geçirmekte olması ve yargı organlarının içtihadının oluşmaması nedeniyle “elektrik piyasası-kamu hizmeti” bağlamında aynı şeyi söylemek pek mümkün değildir. Bu nedenle kamu hizmeti ve elektrik piyasası (özellikle 4628 sayılı Kanun’dan sonraki dönem) konusu esas itibarıyla mevzuat çerçevesinde ele alınmıştır.

Bu çalışmanın oluşumunda ilgisini, desteğini, hoşgörüsünü ve güvenini eksik etmeyen; yapıcı eleştirileriyle yol gösteren tez danışmanım Sayın Prof.Dr. Ali AKYILDIZ’a çok teşekkür ederim. Kendisi ile çalışmak benim için bir ayrıcalıktı. Bu ayrıcalığın akademik çalışma hayatımın ilerleyen dönemlerinde de sürmesini dilerim.

Ayrıca yapıcı ve yönlendirici eleştirileri için yüksek lisans tez jürimin diğer üyeleri Sayın Doç.Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN ve Sayın Yrd.Doç.Dr. Hayri BOZGEYİK’e de çok teşekkür ederim.

Nihayet, mesleki ve akademik çalışma hayatımda fedakarlığını ve desteğini esirgemeyen Sevgili Eşim Özge'ye de teőekkürü bir borç bilirim.

Atıf KIR

İÇİNDEKİLER

| | |
|--------------------------|-----|
| ÖZET | I |
| ABSTRACT | II |
| KİŞİSEL KABUL / AÇIKLAMA | III |
| ÖNSÖZ | IV |
| İÇİNDEKİLER | VI |
| KISALTMALAR | XI |
| GİRİŞ | 1 |

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETİ

VE

KAMU HİZMETİNİN GÖRÜLME USULLERİ

| | |
|---|----|
| I. KAMU HİZMETİ | 3 |
| A. KAMU HİZMETİ KAVRAMININ ÖNEMİ VE TANIMI | 3 |
| 1. GENEL OLARAK KAMU HİZMETİ KAVRAMI | 3 |
| 2. KAMU HİZMETİ KAVRAMININ ÖNEMİ | 4 |
| 3. KAMU HİZMETİNİN TANIMI | 8 |
| B. KAMU HİZMETİ KAVRAMININ UNSURLARI | 14 |
| 1. ORGANİK UNSUR | 15 |
| a. Doğrudan Doğruya Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Yürütme | 15 |
| b. Kamu Tüzel Kişisinin Denetimi Altında Özel Kişiler Vasıtasıyla Yürütme | 16 |
| 2. MADDİ UNSUR | 18 |
| C. ANAYASA MAHKEMESİNİN KAMU HİZMETİ ANLAYIŞI | 21 |
| D. KAMU HİZMETİNİN GENEL İLKELERİ | 27 |
| 1. DEVAMLILIK | 28 |
| 2. EŞİTLİK | 31 |
| 3. DEĞİŞKENLİK VE UYARLANMA | 36 |
| 4. BEDELSİZLİK | 38 |

| | |
|--|----|
| E. KAMU HİZMETİNİN TÜRLERİ | 49 |
| 1. ÇEŞİTLİ AÇILARDAN | 49 |
| a. Tekelli-Tekelsiz Kamu Hizmeti | 49 |
| b. Ulusal-Yerel Kamu Hizmeti | 50 |
| c. Doğrudan-Dolaylı Kamu Hizmeti | 50 |
| 2. KONULARINA GÖRE KAMU HİZMETLERİ | 51 |
| a. İdari Kamu Hizmetleri | 52 |
| b. İktisadi Kamu Hizmetleri | 53 |
| c. Sosyal Kamu Hizmetleri | 56 |
| d. Bilimsel, Teknik ve Kültürel Kamu Hizmetleri | 57 |
| F. KAMU HİZMETİNİN KURULMASI | 58 |
| 1. GENEL OLARAK | 58 |
| 2. KAMU HİZMETİNİN KURULMASINDA YETKİ | 59 |
| a. Milli Kamu Hizmetleri | 59 |
| b. Mahalli Kamu Hizmetleri | 68 |
| G. KAMU HİZMETİNİN KALDIRILMASI | 69 |
| II. KAMU HİZMETİNİN GÖRÜLME USULLERİ | 71 |
| A. GENEL OLARAK | 71 |
| B. KAMU HİZMETLERİNİN KAMU TÜZEL KİŞİLERİ TARAFINDAN İŞLETİLMESİ USULÜ (EMANET USULÜ) | 72 |
| C. KAMU HİZMETLERİNİN ÖZEL HUKUK KİŞİLERİ TARAFINDAN İŞLETİLMESİ USULLERİ | 73 |
| 1. MÜŞTEREK EMANET USULÜ | 73 |
| 2. İLTİZAM USULÜ | 75 |
| 3. YAP-İŞLET-DEVRET USULÜ | 77 |
| a. Genel Olarak | 77 |
| b. Tanım | 79 |
| c. Yasal Çerçeve | 80 |
| d. Uygulama İlkeleri | 81 |
| e. Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği | 84 |
| 4. YAP-İŞLET USULÜ | 89 |
| a. Genel Olarak | 89 |
| b. Tanım | 90 |

| | |
|---|-----|
| c. Uygulama İlkeleri | 90 |
| d. Yap-İşlet Usulünün Yap-İşlet-Devret ve İmtiyaz Usulünden Farkı | 91 |
| e. Yap-İşlet Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği | 92 |
| 5. İMTİYAZ USULÜ | 93 |
| a. Genel Olarak | 93 |
| b. Tanım | 93 |
| c. Yetki ve Şekil Kuralları | 95 |
| d. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri | 98 |
| i. İdarenin Hak ve Yükümlülükleri | 98 |
| ii. İmtiyazcının Hak ve Yükümlülükleri | 100 |
| e. İmtiyazın Sona Ermesi | 103 |
| f. İmtiyaz ve Yargısal Denetim | 104 |
| 6. RUHSAT (LİSANS) USULÜ | 107 |

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETİ VE ELEKTRİK PİYASASI

| | |
|---|-----|
| I. ELEKTRİĞİN MAHİYETİ | 127 |
| A. ELEKTRİĞİN MAL VEYA HİZMET OLMASI | 128 |
| B. ELEKTRİĞİN KAMU HİZMETİ NİTELİĞİ | 129 |
| 1. Genel Olarak | 129 |
| 2. Kamu Hizmetinin Unsurları Yönünden | 129 |
| a. Organik Unsur Yönünden | 130 |
| b. Maddi Unsur Yönünden | 131 |
| 3. Kamu Hizmetinin Genel İlkeleri Yönünden | 132 |
| a. Devamlılık İlkesi Yönünden | 132 |
| b. Eşitlik İlkesi Yönünden | 135 |
| c. Değişkenlik ve Uyarlanma İlkesi Yönünden | 136 |
| d. Bedelsizlik İlkesi Yönünden | 137 |
| II. ELEKTRİK PİYASASININ TARİHSEL GELİŞİMİ VE PİYASAYA ÖZEL KESİMİ KATMA ÇABALARI | 143 |
| A. 1923-1984 ARASI DÖNEM | 144 |
| B. 1984-1999 ARASI DÖNEM | 147 |
| III. 4628 SAYILI KANUN | 152 |

| | |
|--|-----|
| A. 4628 SAYILI KANUN’U DOĞURAN NEDENLER | 152 |
| B. 4628 SAYILI KANUN’UN AMACI VE KAPSAMI | 154 |
| C. 4628 SAYILI KANUN İLE GETİRİLEN PİYASA YAPISI | 158 |
| D. EPDK | 160 |
| 1. Hukuki Yapısı | 160 |
| 2. Kuruluş Amacı | 164 |
| 3. Teşkilat Yapısı | 167 |
| 4. Görev ve Yetkileri | 170 |
| a. Genel Olarak | 170 |
| b. Düzenleme Yetkisi | 170 |
| c. Gözetim ve Denetim Yetkisi | 173 |
| d. Yaptırım Uygulama Yetkisi | 175 |
| e. Danışmanlık Görevi | 180 |
| f. Uyuşmazlık Çözme Yetkisi | 181 |
| E. ELEKTRİK PİYASASI FAALİYETLERİ | 182 |
| F. ELEKTRİK PİYASASI FAALİYETLERİNİN LİSANSLA YÜRÜTÜLMESİ | 184 |
| 1.Genel Olarak Lisans | 184 |
| 2. Lisans Türleri ve Lisans Almak Koşuluyla Faaliyet Gösterebilecekler | 188 |
| a. Üretim Lisansı ve Üretim Faaliyetinde Bulunabilecek Olanlar | 188 |
| b. İletim Lisansı ve TEİAŞ | 192 |
| c. Dağıtım Lisansı ve Dağıtım Faaliyetinde Bulunabilecek Olanlar | 194 |
| d. Toptan Satış Lisansı ve Toptan Satış Faaliyetinde Bulunabilecek Olanlar | 197 |
| e. Perakende Satış Lisansı ve Perakende Satış Faaliyetinde Bulunabilecek Olanlar | 199 |
| f. Otoprodüktör ve Otoprodüktör Grubu Lisansı ve Bu Lisans Kapsamında Piyasada Yürütülebilecek Faaliyetler | 201 |
| 3. Lisans Alma Süreci | 202 |
| a. Lisans Başvurusu | 202 |

| | |
|---|-----|
| b. Lisans Başvurularının İncelenmesi ve Değerlendirilmesi | 203 |
| 4. Lisansın Tadili, Yenilenmesi, Sona Ermesi ve İptali | 205 |
| a. Lisansın Tadili | 205 |
| b. Lisansın Yenilenmesi | 206 |
| c. Lisansın Sona Ermesi | 207 |
| d. Lisansın İptali | 209 |
| G. LİSANS KAYNAKLI UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ | 210 |
| H. LİSANSIN HUKUKİ MAHİYETİ | 210 |
| SONUÇ | 225 |
| KAYNAKÇA | 230 |
| ÖZGEÇMİŞ | 238 |

KISALTMALAR

| | |
|--------|---|
| AB | :Avrupa Birliği |
| age. | :Adı Geçen Eser |
| agm. | :Adı Geçen Makale |
| agt. | :Adı Geçen Tez |
| AİD | :Amme İdaresi Dergisi |
| AÜHFD | :Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| AÜSBFD | :Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi |
| ATAD | :Avrupa Topluluğu Adalet Divanı |
| BDDK | :Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu |
| C. | :Cilt |
| DD. | :Danıştay Dergisi |
| DPT | :Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığu |
| E. | :Esas No |
| EPDK | :Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu |
| EPLY | :Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğu |
| ETKB | :Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığu |
| GÜHFD | :Gazi Üniveristesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| K. | :Karar No |
| KHK | :Kanun Hükmünde Kararname |
| Kurul | :Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu |
| m. | :Madde |
| s | :Sayfa |
| S. | :Sayı |
| SPK | :Sermaye Piyasası Kurulu |
| RG | :Resmi Gazete |
| T. | :Tarih |
| TEAş | :Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim şirketi |
| TEDAş | :Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim şirketi |
| TEİAş | :Türkiye Elektrik İletim Anonim şirketi |

| | |
|--------------------|---|
| TEK | :Türkiye Elektrik Kurumu |
| TETAŞ | :Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi |
| ve ark. | :ve arkadaşları |
| vd. | :ve devamı |
| 1326 tarihli Kanun | :10 Haziran 1326 (1910) tarihli Menafi Umumiyeye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanun |
| 3096 sayılı Kanun | :3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun |
| 3996 sayılı Kanun | :3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun |
| 4628 sayılı Kanun | :4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu |

GİRİŞ

Elektriğe olan talebin özellikle gelişmekte olan ülkelerde büyük hızla artması, enerji kaynaklarının kısıtlılığı karşısında toplumları yeni çareler bulmaya sevk etmiştir. Ülkemizde de 1980’li yıllardan bu yana devam eden yüksek talebe bağlı olarak, ortaya çıkma riski bulunan elektrik arzı problemine çözüm kapsamında yap-işlet-devret, yap-işlet ve işletme hakkı devri gibi modeller denenmiş ve bu modellerin çözüm olamayacağı kanaatine ulaşılmıştır. Bunun üzerine çözüm, piyasa ekonomisinde aranmaya başlanmış ve 2001 yılında çıkarılan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu (“4628 sayılı Kanun”) ile bir anlamda çözümün piyasanın serbestleşmesinde ve rekabete açık bir piyasada olduğu benimsenmiştir. Nitekim, bu hususu Kanun’un “Elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetim sağlanmasıdır.” şeklindeki “Amaç, kapsam ve tanımlar” başlıklı maddesinden çıkartabiliriz.

Söz konusu Kanun’da, belirtilen yeniden yapılanma çerçevesinde piyasa faaliyetleri ile iştigal edecek tüzel kişilerin faaliyetlerine başlayabilmeleri için lisans alma zorunluluğu getirilmiştir.

Burada, elektrik piyasasının halen kamu hizmeti alanında olup olmadığı hususu ile söz konusu piyasada faaliyet gösterebilmek için alınması zorunlu olan lisansın hukuki niteliğinin (ki doktrinde bu hususta görüş birliği bulunmamaktadır) açılımı hususu büyük önem arz etmektedir. Zira, lisansı veren kurum ile alan arasında; mevcut ilişkinin niteliği, karşılıklı hak ve sorumluluklar, ortaya çıkacak hukuki uyuşmazlığın çözüm mercii ve usulü, ulusal ya da uluslararası tahkime gidilip gidilemeyeceği konuları ile 4628 sayılı Kanun karşısında halen yürürlükte olan 3096 ve 3996 sayılı Kanunların öngördüğü yöntemlerin geçerli olup olmadığı gibi konuların çözümü ve değerlendirilmesi söz konusu hususların açıklığa kavuşturulması ile ilişkilendirilmektedir.

Bu kapsamda tezimizin amacı elektriğin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığının ve piyasada faaliyet gösterebilmek için alınması zorunlu olan lisansın hukuki niteliğinin incelenmesidir.

Bu amaç doğrultusunda birinci bölümün ilk kısmında, kamu hizmeti kavramının önemi ve tanımı, kamu hizmeti kavramının unsurları, Anayasa Mahkemesinin kamu hizmeti anlayışı, kamu hizmetinin genel ilkeleri, kamu hizmetinin türleri, kamu hizmetinin kurulması ve kaldırılması konuları ele alınacaktır. Aynı bölümün ikinci kısmında ise, kamu hizmetinin görülmesi usulleri konusu ele alınacak ve bu çerçevede müşterek emanet, iltizam, yap-işlet, yap-işlet-devret, imtiyaz ve ruhsat usulleri irdelenecektir.

İkinci ve son bölümde ise, kamu hizmeti ve elektrik piyasası ele alınacaktır. İlk olarak elektriğin mahiyeti konusu irdelenecek ve ardından elektrik piyasasının tarihsel gelişimi ve piyasaya özel kesimi katma çabaları konularına değinilecektir. Son olarak da 4628 sayılı Kanun ele alınarak; bu Kanun’u doğuran nedenler, Kanun’un amacı, kapsamı ve getirdiği piyasa yapısı, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (“EPDK”), elektrik piyasası faaliyetleri, elektrik piyasası faaliyetlerinin lisansla yürütülmesi, lisans kaynaklı uyuşmazlıkların çözümü ve lisansların hukuki mahiyeti konuları incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETİ VE KAMU HİZMETİNİN GÖRÜLME USULLERİ

I. KAMU HİZMETİ

A. KAMU HİZMETİ KAVRAMININ ÖNEMİ VE TANIMI

1. GENEL OLARAK KAMU HİZMETİ KAVRAMI

“Kamu hizmeti” sözü Fransızların “servise public” tabirinden dilimize önce “hidematı umumiye” şeklinde geçmiştir. “Umumi” kelimesinin “public” sıfatının tam karşılığı olmaması sebebiyle bir dönem kamu hizmeti ifadesine karşılık gelmek üzere “hidematı amme” veya “amme hizmeti” ifadeleri kullanılsa da, “public” kelimesinin bir sıfat olmasına karşılık “amme” kelimesinin bir isim olması gerekçesiyle, bir sıfatın bir isimle karşılanmasını uygun görmeyenler “umumi hizmet” veya “hidematı umumiye” tabirlerini kullanmayı yeğlemişlerdir. “Public” sıfatına dilimizde karşılık gelen tek kelime “kamusal” kelimesi olması nedeniyle “kamusal hizmet” ifadesini kullanmak daha doğru olsa da, “kamu hizmeti” tabirinin daha çok tutunduğu görülmektedir. Öğretide geçen “kamu hizmeti”, “amme hizmeti”, “umumi hizmet”, “kamusal hizmet” gibi tabirler arasında herhangi bir fark gözetilmemekte ve tümü aynı manada kullanılmaktadır.¹

¹ DERBİL Süheyp, “Kamu Hizmeti Nedir?” AÜHFD, 1950, C.VII, S.3-4, s.28. “Servise public” terimi, Fransız hukukunda ve dilinde kamu hizmeti karşılığı kullanılmakta olup, hem idarenin bir tür faaliyetini, hem de bu faaliyetleri yürüten kamu kuruluşlarını ifade eder. DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s.301.

Türk dilinde ve hukukunda kamu hizmeti, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin emrinde çalışanların meslek ve meşgaleleri anlamı ve toplumun kamu kesiminde yapılan hemen tüm faaliyet, iş ve icraat anlamı olmak üzere iki ayrı anlamda kullanılmaktadır.² Tezimizde biz kamu hizmetinin ikinci anlamı üzerinde duracağız.

2. KAMU HİZMETİ KAVRAMININ ÖNEMİ

Öğretide kamu hizmetinin, idare hukukunun en önemli kavramlarından birisi³ hatta temel kavramı,⁴ kurucu unsuru⁵ olarak değerlendirildiği gözlenmektedir. Nitekim, ülkemizde idare hukukunun kurucusu Sıddık Sami ONAR'ın başyapıt olarak kabul gören “İdare Hukukunun Umumi Esasları” adlı eserinin kamu hizmeti kavramı üzerinden kurgulanmıştır.⁶ Kamu hizmeti bu etkinliğini sadece idare hukuku alanında değil, diğer alanlarda da göstermektedir. Bir diğer ifadeyle, kamu hizmeti kavramı, bir takım tanımlama ve adlandırmalarla idare hukuku dışında değişik disiplinlerin inceleme alanlarında da yer almaktadır. Kamu hizmeti örneğin “Devletin işlevleri/görevleri” şeklinde siyaset biliminde; “kamu kesimi”, “kamu malı” şeklinde de kamu ekonomisi, kamu maliyesi ve bazen de ceza hukuku alanlarında etkilidir.⁷

Kamu hizmetinin idare hukukundaki önemi ve etkisi, idare hukukunun uygulama alanı,⁸ idari örgütlenme ve işleyiş, idarenin sorumluluğu,⁹ idari sözleşme,¹⁰ adli ve idari yargı ayrımı,¹¹ idari yargı mercilerinin görev kriterleri,¹² idari işlem, kamu malı ve

² DURAN Lütfi, age., s.301.

³ GİRİTLİ İsmet / BİLGİN Pertev / AKGÜNER Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 2006, s.844; GİRİTLİ İsmet / BİLGİN Pertev, İdare Hukuku, İstanbul 1973, s.137; GÖZÜBÜYÜK Şeref / TAN Turgut, İdare Hukuku C.I, 4. Bası, Ankara 2006, s.641.

⁴ KARAHANOGULLARI Onur, Kamu Hizmeti, 2. Bası, Ankara 2004, s.95.

⁵ ÇAL Sedat, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, TOBB Yayın Sıra No: 5824, s.24.

⁶ ÇAL Sedat, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.26.

⁷ KESKİN Bayram, Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim, İstanbul 2008, s.5.

⁸ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.642; GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye’nin Yönetim Yapısı, 10. Bası, Ankara 2008, s.27; TAN Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.VIII, 1991, s.233.

⁹ KARAHANOGULLARI Onur, age., s. 95.

¹⁰ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Eylül 2004, s.11.

¹¹ ULER Yıldırım, “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.XV, 1998, s.252.

¹² KARAHANOGULLARI Onur, age., s.95; GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.642; GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.844; GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye’nin Yönetim Yapısı, s.27; ULUSOY Ali, Kamu

kamu görevlisi¹³ gibi konularda ölçüt olmasından¹⁴ başka bir ifadeyle “idare hukukunun neredeyse tüm önemli kavramlarının tanımlanmasında ve belirlenmesinde referans olarak alınmasından”¹⁵ kaynaklanmaktadır.

Türk idare hukukunun temel kavram ve kategorilerinin Türk öğretisi tarafından Fransız etkilenimli oluşturulması ve bu durumun kamu hizmeti kavramı için de geçerli olması, söz konusu kavramın hukuki gelişimini ele alırken Fransız hukukunu da göz önünde tutmayı gerekli kılmaktadır.¹⁶

Doğuşunda idare hukuku, kamu gücü düşüncesi etrafında gelişmiş, ancak 19. yüzyıl sonunda idarenin faaliyet gösterdiği alanın genişlemesiyle birlikte (iktisadi, teknik, kültürel ve sosyal alanlarda kamu hizmeti yaratılması) “hakimiyet tasarrufları-temşiyet tasarrufları” ayrımına dayanan kamu gücü anlayışı çözülmüştür. Netice itibarıyla, pek çok açıdan kamu gücü kullanılmayan faaliyetlerin idare hukuku kapsamında değerlendirilebilmesi, yeni bir ölçütün bulunmasını gerektirmiştir. Bu ölçüt, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin “Kamu hizmetinde çalışan kişiler tarafından bireylere verilen zararlarda devletin sorumluluğuna” ilişkin olan 8 Şubat 1873 tarihli Blanco kararında ortaya çıkmıştır: Kamu hizmeti.¹⁷ Devamında, kamu hizmeti hakkında zengin bir içtihat oluşsa da, anılan kavrama gerçek içeriğini ve önemini, 19. yüzyıl başında devletin işlevlerinde ortaya çıkan gelişmenin kamu hukukunda yarattığı etkileri açıklamaya yönelik çalışmalar kazandırmıştır.¹⁸

19. yüzyılda DUGUÏT, BONNARD ve JEZE'nin çalışmaları sonucunda Fransa'da ortaya çıkan “Kamu Hizmeti (Bordeaux) Okulu Öğretisi” tarafından¹⁹ memurların yükümlülükleri, grev yasağı gibi yasaklar kamu hizmetinin devamlılığı ilkesi ile anlatılmış; kamu mallarının özel bir hukuk düzenine bağlı olması, söz konusu malların

Hizmeti İncelemeleri, s.11; TAN Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, s.233.

¹³ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.642.

¹⁴ İdari yargının görev alanı, idari örgütlenme, işleyiş ve idareni sorumluluğu vb. konularda ek ve alternatif ölçütlerin varlığına karşın kamu hizmeti hala temel ölçüt kavramdır. KARAHANOGULLARI Onur, age., s. 95.

¹⁵ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.11.

¹⁶ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.83-84.

¹⁷ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.89.

¹⁸ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.91.

¹⁹ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.91; GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.844.

kamu hizmetine özgülmesiyle açıklanmış; idari sözleşmelerin kamu hizmeti ile yakın ilişkisine değinilmiş ve devletin mali sorumluluğu konusunda, kamu hizmeti kavramı ön planda tutulmuştur.²⁰ Söz konusu öğretiye göre, devletin toplumun ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla giriştiği faaliyetler kamu hizmeti niteliği taşımakta ve bunun için idare tarafından yürütülen eylem ve işlemler de idare hukukunun konusunu oluşturmaktadır.²¹ Başka bir ifadeyle, kamu hizmeti kavramı, anılan öğreti tarafından idare hukukunun temel açıklayıcısı olarak kullanılmış,²² idare hukukunun konusu kamu hizmeti etkinlikleri olarak görülmüştür.²³ Bu kamu hizmeti anlayışı, kendini en iyi, kamu hizmeti kavramını kamu hukukunun gündemine sokan ve sistematik hale getiren DUGUÏT'in “toplum hayatı için mutlaka gerekli olan ve yerine getirilmesi için kamu müdahalesinden başka bir olanak bulunmaması nedeniyle yöneticiler tarafından sağlanması, düzenlenmesi ve denetlenmesi gereken faaliyetler” şeklindeki tanımında göstermektedir.²⁴

Kamu hizmeti kavramını, geçirdiği tüm değişimlere rağmen, idare hukukunun konusunu açıklayan bir ölçüt olarak gören ve mutlakiyetçi (objektivist) kamu hizmeti anlayışı olarak nitelendirilen “Kamu Hizmeti Okulu Öğretisi”, değişen zamana ve yere göre kamu hizmeti kavramının da değişebileceğini kabullenmemesi ve bir faaliyetin kamu hizmeti olarak görülüp görülmemesine yasama organının (siyasi iktidarın) karar verebileceği gerçeğini göz ardı etmesi nedeniyle eleştirilmiştir.²⁵

Daha sonra, Bordeaux Okulundan JEZE tarafından, değişken bir kamu hizmeti anlayışının ileri sürüldüğü ve bu kavramın belirlenmesinde maddi ölçüt yerine biçimsel ölçütün kullanılmasının önerildiği “subjektif (göreceli) kamu hizmeti anlayışı” savunulmuştur. Bu anlayışa göre, yalnızca siyasal erk (iktidar ve yasama organı) tarafından kamu hizmeti olarak kabul edilen etkinlikler kamu hizmetleridir.²⁶ JEZE, bu

²⁰ GİRİTLİ / BİLGEN / AKGÜNER, age., s.844.

²¹ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.642.

²² KARAHANOĞULLARI Onur, age., s. 91.

²³ GİRİTLİ / BİLGEN / AKGÜNER, age., s.844.

²⁴ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.25.

²⁵ GİRİTLİ / BİLGEN / AKGÜNER, age., s.844; ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.25,27.

²⁶ GİRİTLİ / BİLGEN / AKGÜNER, age., s.845.

bağlamda kamu hizmetini “yöneticilerin kamu hizmeti olarak yerine getirmeye karar verdikleri kamusal ihtiyaçlar” olarak tanımlamaktadır.²⁷

Görüleceği üzere, kamu hizmeti kavramı, “mutlakçı” bir anlayıştan günümüzde idare hukukunda geçerli olan “göreceli” bir anlayışa doğru dönüşüm yaşamıştır. Söz konusu dönüşüm, en somut biçimde TRUCHET tarafından dile getirilmiş olup, yazara göre; kamu hizmeti belli faaliyetler üzerine siyasi iktidarca yapılandırılan bir etiketten ibarettir. Etiketlin yapılandırılmasıyla faaliyet kamu hizmeti olurken, etiketin çıkarılmasıyla da o faaliyet kamu hizmeti olmaktan çıkar.²⁸

Kamu hizmeti konusunda aslında iki farklı geleneğin varlığı söz konusudur. Kıta Avrupası geleneği olarak da adlandırılabilir olan ve en iyi temsil eden örnek olarak da Fransa'nın gösterilebileceği birinci geleneğe göre, kamu hizmeti kaynağını anayasadan almakta, toplumsal dayanışmayı tesis etmek devletin temel görevlerinden biri olarak görülmekte ve kamu hizmeti bu görevin yerine getirilmesinde merkezi bir rol oynamaktadır. Söz konusu gelenekte yargı mercileri ve akademik hukuk yazını tarafından geniş ve ayrıntılı bir doktrin oluşturulmuştur. İkinci gelenekte ise sistematik bir yasal çerçeve söz konusu değildir. Başka bir ifadeyle kamu hizmetlerinin kapsamı ve özellikleri gibi konuları çevreleyen genel bir hukuk alt yapısı bulunmamaktadır. Bu geleneğe örnek olarak da İngiltere gösterilebilir.²⁹

Özellikle İkinci Dünya savaşı sonrası idare hukukunda yaşanan değişimler ve devlet müdahaleciliğinin artması sonucu, kamu hizmeti kavramının bütün unsurlarında gelişme ve değişimler yaşanmış,³⁰ bu da ortak bir kamu hizmeti tanımının yapılmasında güçlük çekilmesi sonucunu doğurmuştur.

²⁷ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.27.

²⁸ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.13.

²⁹ ATİYAS İzak / ODER Burak, Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi, TEPAV, s.24-25.

“Kuşkusuz bir ülkede kamu hizmeti hukuku geleneğinin olmaması bu ülkede devletin kamu hizmeti sunmadığı anlamına gelmez. Tersine, Birleşik Krallık örneğinde olduğu gibi başta eğitim ve sağlık olmak üzere bir çok hizmet merkezi devlet veya yerel yönetim tarafından ya sunulmuş ya da özel sektöre gördürülmüştür.” ATİYAS / ODER, Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi, s.25.

³⁰ DURAN Lütfi, age., s.303.

İdare hukukundaki temel kavram olma özelliği konusunda öğretide görüş birliği bulunan kamu hizmeti kavramının “tanımı” veya “tanıma elverişliliği” konusunda ise görüş birliği bulunduğundan söz edilemez.³¹ Öğretide kamu hizmeti kavramının tanımlanmasının oldukça zor olduğu ifadelerine yer verilmektedir.³² Kuşkusuz bu zorluk, kamu hizmeti kavramının en çetrefil ve bulanık kalmış konulardan biri olmasından kaynaklanmaktadır.³³ Aslında ideolojik açıdan, ekonomik yaklaşım açısından veya felsefi bağlamda kamu hizmetinin kapsamının değişebileceği (örneğin olaya liberal bir bakış açısıyla bakıldığında oldukça dar bir kamu hizmeti alanından söz edilebilecek iken, sosyalist bir bakış açısıyla bakıldığında ise bütün toplumsal faaliyetlerin kamu hizmeti alanına dâhil etmenin mümkün olabileceği) hususu³⁴ dahi, kamu hizmeti kavramının neden çetrefil ve bulanık olduğunu ve kamu hizmeti tanımına ilişkin bir görüş birliği bulunmamasının yadsınmaması gerektiğini ortaya koymaktadır.

3. KAMU HİZMETİNİN TANIMI

Kamu hizmetinin öğretide organik, maddi ve şekli bakımdan tanımlandığı görülmektedir.³⁵ Organik bakımdan kamu hizmeti, belli bir örgütü (teşkilatı) yani idareyi ifade etmektedir. Maddi bakımdan kamu hizmeti ise, faaliyetin mahiyetine bakılmak suretiyle, giderilmesinde kamu yararı olan toplumsal bir ihtiyacı karşılayan faaliyet olarak tanımlanmaktadır. Şekli bakımdan kamu hizmeti de, bir faaliyet olarak kullandığı usullerin mahiyetine bakılarak, belli bir hukuki rejim olarak tarif edilmektedir.³⁶

³¹ OZANSOY Cüneyt, “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, AÜHFD, 1997, C.XLVI, S.1, s.85. “Kanun koyucunun tanımlama endişesi olmadığı, yargı kararlarının değerlendirme serbestliklerini kaybetmemek için tanımlama istemediği; öğretinin ise, bütün çabasına karşın tanımlamayı başaramadığı ileri sürülmektedir.” GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye’nin Yönetim Yapısı, s.27.

³² GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, Bursa 2003, s.218; OZANSOY Cüneyt, agm., s.85.

³³ DERBİL Süheyp, agm., s.28. ULUSOY’a göre, “Kamu hizmeti alanındaki tartışmalar ve karmaşa o kadar yoğundur ki, kamu hizmetlerinin tanımı dahil, hemen hiçbir yönünde herkesin hemfikir olacağı bir uzlaşmaya varılamamaktadır. Bunun da en büyük nedeni kamu hizmetine ilişkin uyumsuzluklarda tartışmaların hukuki boyutta kalmayarak, sürekli olarak siyasal/ideolojik boyuta taşınma eğilimi göstermesidir.” ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.20.

³⁴ ÇAL Sedat, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.24.

³⁵ GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 7. Bası, Ankara 2003, s.282; GİRİTLİ / BİLGEN, age., s.138; GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.645-648.

³⁶ GİRİTLİ / BİLGEN, age., s.138.

İdare hukukundaki önemine ve 1982 Anayasası'nın çeşitli maddelerinde yer almasına karşın, kamu hizmeti kavramının anayasal veya yasal bir tanımı bulunmadığı gibi yargı içtihatlarında da tanımı yapılmamıştır.³⁷ Bununla birlikte öğretide, bazı ölçütlerden yararlanılmak suretiyle söz konusu kavramın tanımlandığı görülmektedir. Kamu hizmeti teorisinin ülkemizdeki kurucusu³⁸ Sıddık Sami ONAR kamu hizmetini “Devlet veya diğer amme hükmi şahısları (kamu tüzel kişileri) tarafından veya bunların nezaret ve murakabaları, kontrolleri altında umumi ve kollektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, amme menfaatini sağlamak için icra edilen ve umuma arz edilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetler” olarak tanımlamaktadır.³⁹ Diğer taraftan ONAR, hukuk literatüründe kamu hizmetinin geniş manada, bir kamu idare veya müessesesi tarafından doğrudan doğruya veya böyle bir idarenin nezareti altında kamu ihtiyaçları ve menfaatlerini tatmin ve temin etmek maksadıyla girişilen teşebbüsler olarak; dar manada ise, kamu idare veya müesseselerinin kamu hukukuna mahsus usuller dairesinde ve bu hukuktan doğan yetkilere dayanarak gösterdiği faaliyetler ve yaptığı hizmetler olarak tarif edildiğini ifade etmektedir.⁴⁰ Ayrıca ONAR, öğretilerde geniş tartışmalara yol açan anlayış farklarına karşın, öğretinin, kamu hizmetinin devletin var oluş sebebi, yürütme kuvvetinin insan ve toplumun mutluluğu için yapması gereken faaliyet olduğu noktasında birleştiğini belirtmektedir.⁴¹

Kamu hizmeti kavramındaki en önemli öğenin, amacı ve bunun sorumluluğunu üstlenen organın niteliği olduğu noktasından hareket eden DURAN ise kamu hizmetini, “Devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin, toplumun, halkın, umumun ya da toplulukların genel ortak ihtiyaçlarını gereği gibi karşılamak amacıyla ele alıp doğrudan doğruya ifa ettiği, ya da buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı her türlü faaliyet” şeklinde tanımlamaktadır.⁴²

³⁷ GÜNDAY Metin, age., s.282.

³⁸ ÇAL Sedat, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.26.

³⁹ ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, İstanbul 1966, s.13.

⁴⁰ ONAR Sıddık Sami, age., s.36.

⁴¹ ONAR Sıddık Sami, age., s.36.

⁴² DURAN Lütfi, age., s.307. DURAN’a göre bu tanımın içerdiği öğelerin dışında kalan ve bazı kamu hizmetlerinde görülen nitelikler, kamu hizmeti kavramının ayırıcı genel özelliklerden sayılmaz. DURAN Lütfi, age., s.307.

GİRİTLİ, BİLGİN ve AKGÜNER ise diğer tanımlardan farklı olarak, kamu hizmetini, özel bir hukuk düzeni içinde yürütülmesi boyutunu da eklemek suretiyle “giderilmesinde kamu yararı bulunan bir toplumsal gereksinmeyi karşılamak amacıyla, kamu tüzel kişileri ya da onların gözetim ve denetimi altında özel girişim tarafından, özel bir hukuk düzeni içinde yürütülen etkinlikler”⁴³ olarak tanımlamıştır. Böylece bu son tanımda maddi ve şekli kriterin birlikte kullanıldığı görülmektedir.

SOYSAL ve ERTUĞRUL tarafından da genel olarak kamu hizmetinin, “kamuya yönelik ve kamuya yararlı olan ve kamu kuruluşlarınca ya da kamu kuruluşunun sıkı denetimi altında özel kişilerce yürütülen hizmet”i ifade ettiği belirtilmektedir.⁴⁴

Kamu hizmeti GÖZLER’e göre de, “bir kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararı amacına yönelik faaliyetler”dir.⁴⁵

GÜNDAY ise bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesinin öncelikle siyasal organların iradesine bağlı olduğu hususunu dikkate alarak, kamu hizmetini, “Siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetler” olarak tanımlamaktadır.⁴⁶

ÖZAY’a göre ise kamu hizmetleri şu üç öğeden müteşekkildir. “1. Ortak, genel yani kollektif karşılanmamış⁴⁷ bir gereksinimin bulunması 2. Bu ihtiyacın bir kere giderilmekle tükenmeyip süreklilik göstermesi ve 3. Giderilmediği, daha doğrusu topluma haz vererek giderilmediği, yani tatmin edilmediği takdirde de bir

⁴³ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.846.

⁴⁴ SOYSAL Mümtaz / ERTUĞRUL İlter, “Kamu Hizmeti ve Tahkim”, Mülkiye Dergisi, C.XXIII, S.217, s.62.

⁴⁵ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.219.

⁴⁶ GÜNDAY Metin, age., s.285.

⁴⁷ “Toplumda hâlihazırda özel sektör eliyle yürütülmekte olan kimi faaliyetlerin bu gereksinimi karşılamakta olması da muhtemeldir; dolayısıyla, “karşılanmamış” ibaresiyle sadece halen böyle bir tatmin durumunun söz konusu olmadığı hallerin kastedildiği ve dolayısıyla “karşılanmakta” olan hizmetlerin de kapsam dâhilinde bulunduğu kabul edilmek gerekir. Bu anlayış, Anayasa’nın 47. maddesinde yer verilen “özel teşebbüs tarafından yerine getirilen kamu hizmetleri” ifadesiyle de uyumludur.” ÇAL Sedat, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, 103 no.lu dipnot, s.28.

huzursuzluğun başgöstereceği ve böylece kamu düzeninin bozulabileceği öngörüsü.”⁴⁸ Organik unsur zorunlu unsur olarak görmeyen bu görüş, öğretilde, “objektif nazariye” olarak adlandırılmaktadır.⁴⁹

ULUSOY da kamu hizmeti tanımını şu şekilde yapmaktadır: “Kamu yararı içermesi özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmasının mümkün olmaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olamayacak bir ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine (spesifik hukuksal rejim) tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen faaliyet kamu hizmetidir.”⁵⁰

Yer verilen tanımlar incelendiğinde öğretilde maddi ve organik unsurların kamu hizmetinin tanımında kullanılması hususunda adeta görüş birliği mevcutken, üçüncü unsur olan biçimsel (özel hukuki rejim) unsurun kullanılıp kullanılmaması gerektiği konusunda aynı görüş birliğinin olmadığı gözlenmektedir. Bazı yazarlara göre özel hukuki rejim bir unsurdan ziyade bir faaliyetin kamu hizmeti olmasının sonucu iken, bazılarına göre de bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde olması için o faaliyetin özel bir hukuki rejime tabi olması gerekmektedir.⁵¹

ONAR’a göre hususi hukuktakinden ayrı bir usul ile görülmesini, kamu hizmetinin umumi bir karakteri ve unsuru saymak, kamu hizmeti olduğunda bugün şüphe edilmeyen ve sınai ve iktisadi kamu hizmetleri adı altında toplanan bir çok faaliyetin bu mahiyetini inkar anlamına gelecektir.⁵² ONAR, kamu hukuku usullerinin ancak kamu hizmetlerinde kullanıldığı, ancak bu vasfı haiz olmayan kamu hizmetlerinin de mevcut olabileceği kanaatindedir.⁵³

⁴⁸ ÖZAY İlhan; “Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yasa” ya da “A Tes Amour””, İÜHFİM, C. LV1, S. 1-4, 1998, s. 295’den aktaran: ÇAL Sedat, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.27-28.

⁴⁹ ONAR Sıddık Sami, age., s.47.

⁵⁰ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.13.

⁵¹ GİRİTLİ / BİLGİN, age., s.140.

⁵² ONAR Sıddık Sami, age., s.25. Bu konuda ONAR tarafından verilen örnek için bakınız. ONAR Sıddık Sami, age., s.25.

⁵³ ONAR Sıddık Sami, age., s.26.

DURAN ise eski veya yeni hiçbir kamu hizmetinin tam ve kesin olarak, sadece kamu hukukuna veya sadece özel hukuka göre yürütülmediğini, kamu hizmetlerinin hukuki rejiminin konu ve amaçlarına bağlı olarak değişik ölçüde kamusal ve özel hukuktan oluşan karma nitelik arz ettiğini, bunlardan klasik idari kamu hizmetlerinin rejiminin en yoğun biçimde kamu hukukuna; ticari ve sınai kamu hizmetlerinin rejiminin ise çok geniş şekilde özel hukuka yer vermiş olabileceğini ifade etmektedir.⁵⁴

GÖZLER de konuya ilişkin olarak aynı yönde şöyle demektedir.

“... kamu hizmetlerinin bir kısmı kamu hukuku rejimine tabidir. Bu tür kamu hizmetlerini yürüten kamu tüzel kişileri ve onun kontrolü altındaki özel hukuk tüzel kişileri özel hukuku aşan bir takım kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülüklerine tabi kılınmışlardır. Ancak kamu hizmetleri(nin) diğer bir kısmı (sınai ve ticari kamu hizmetleri) kural olarak özel hukuka tabidir. Dolayısıyla bir faaliyete özel hukuk uygulansa bile, o faaliyet kamu hizmeti niteliğinde olabilmektedir. O nedenle, özel hukuku aşan hukuki rejim şartı kamu hizmetinin tanımında olmazsa olmaz bir şart değildir. Bu şartı yerine getirmese bile bir faaliyet kamu hizmeti olarak nitelendirilebilir.”⁵⁵

GİRİTLİ, BİLGİN ve AKGÜNER de, her ne kadar yapmış oldukları tanımda “özel bir hukuk düzeni içinde yürütülen etkinlikler”⁵⁶ ifadesine yer verseler de, idare hukuku kurallarına bağlı olmak ve idari yöntemleri kullanmaktan oluşan “özel hukuksal düzeni”, kamu hizmetinin biçimsel ögesi olarak kabul etmemenin (aksi durumun tecimsel ve endüstriyel nitelikli kamu hizmetlerini, bir kamu hizmeti olarak kabul etmeyi olanaksızlaştıracığı gerekçesiyle) yerinde olacağını ifade etmektedir.⁵⁷

⁵⁴ DURAN Lütfi, age., s.306. DURAN’a göre Devletin böyle bir iktisadi teşebbüsü, ne ölçüde olursa olsun, kamu yararı amacını taşıyorsa, gene de bir yönden kamu hukuku esaslarına bağlı kalacaktır. DURAN Lütfi, age., s.301.

⁵⁵ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.234.

⁵⁶ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.846.

⁵⁷ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.853.

Konuya ilişkin olarak GÜNDAY da, sosyal devlet ilkesinin kabulü ile birlikte devletin ekonomik ve sosyal hayata müdahalesi sonucunda o zamana kadar özel kesimce yürütülen bir kısım iktisadi, ticari ve sınai faaliyetlerin kamu hizmeti haline getirildiğini ve bunların özel kesim ile rekabet içerisinde yürütülebilmelerini teminen özel hukuk rejimine tabi tutulduğunu söylemektedir.⁵⁸

ÖZAY'a göre de, kamu hizmetinin belirlenmesinde "faaliyetin kamusal usullerle yürütülüp yürütülmemesi başlıbaşına belirleyici bir faktör değildir."⁵⁹

GÖZÜBÜYÜK de, "Bir hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için; i) hizmetin kamuya yöneltilmiş ve kamuya yararlı olması, ii) hizmetin kamu kuruluşlarınca ya da ilgili kamu kuruluşunun sıkı denetimi altında özel kişilerce yürütülmesi, gerekli ve zorunludur." demek suretiyle özel hukuk rejimini zorunlu şart olarak görmemiştir.⁶⁰

Anayasa Mahkemesinin bir kararında da konuyla ilgili olarak "Kamu hizmetleri kapsamının gerek öğretide, gerekse uygulamalarda Devletçe ve öteki kamu tüzelkişilerince genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve bu kapsamın da gittikçe genişlediği"⁶¹ ifade edilmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi de kararında, "Bugün artık özel hukuktakinden ayrı, kamu hukuku usulleriyle görülmesi zorunluluğu kamu hizmetinin değişmez bir karakteri ve unsuru olmaktan çıkmıştır. Faaliyet konularının gereklerine göre, değişik nispetlerde kamu ve özel hukuktan oluşan karma bir yöntem ile yürütülen sınai ve ekonomik ağırlıklı birçok kamu hizmeti alanı vardır."⁶² diyerek kamu hizmetlerinin kamu hizmeti rejimine tabi olmasının zorunluluk teşkil etmediğini vurgulamıştır.

⁵⁸ GÜNDAY Metin, age., s.284.

⁵⁹ ÖZAY İlhan; "Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: "Çok Yasa" ya da "A Tes Amour"", İÜHFİM, C. LV1, S. 1-4, 1998, s. 295'den aktaran: ÇAL Sedat, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.28.

⁶⁰ GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.28.

⁶¹ Anayasa Mahkemesi, E.1969/33, K.1971/7, T.21.01.1971 (RG: T.23.08.1971, S.13935).

⁶² Uyuşmazlık Mahkemesi, E.1992/33, K.1992/36 T.26.10.1992 (RG: T.01.12.1992, S.21422).

ULUSOY ise belirtilen fikirlerin aksi yönünde kanaat belirtmektedir. ULUSOY; bir faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul edebilmek için, yasama organının o faaliyeti özel faaliyetler için söz konusu olamayacak spesifik bir hukuksal statüye sokması gerektiğini, bu özelliğin aslında kamu hizmetini özel faaliyetlerden ayırt etmeye yarayan en önemli özellik olduğunu, bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığının pratikte bu özelliğin bulunup bulunmadığına göre belirlendiğini, teorik olarak aksi ileri sürülebilirse de, spesifik bir hukuksal rejime tabi tutulmamış bir faaliyetin (yasama organınca kamu hizmeti olarak isimlendirilse bile) kamu hizmeti olarak kabul edilmesinin pratikte hiçbir hukuksal etki ve sonucunun olmayacağını ifade etmektedir.⁶³

BİRSEN de, “... kamu hizmetinin belirleyici özelliği, üstün yetkilerle donatılmış olmasıdır.” demek suretiyle ULUSOY’la benzer yönde düşünmektedir.⁶⁴

Öğretideki baskın görüş dikkate alındığında, sonuç olarak, bir faaliyetin özel hukuku aşan (kamu rejimine tabi olan) bir hukuki rejime tabi olmasının (bir takım kamu gücü ayrıcalıkları veya yükümlülüklerinin bulunması) o faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için şart olmadığı, sadece kamu hizmetinin varlığına işaret eden bir gösterge olduğu söylenebilir.

B. KAMU HİZMETİ KAVRAMININ UNSURLARI

Bir faaliyetin özel hukuku aşan bir hukuki rejime tabi olmasının o faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için şart olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, kamu hizmeti kavramı iki unsur kullanılmak suretiyle tanımlanmaktadır. Bunlar organik unsur ve maddi unsur olarak adlandırılmaktadır. Bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi, o faaliyetin bünyesinde bu iki unsuru barındırmasına bağlıdır.⁶⁵

⁶³ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.15.

⁶⁴ ÇIRAKMAN Birsen, “Kamu Hizmeti”, AİD, C.IX, S.4, 1976, s.88’den aktaran: ÇAL Sedat, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, 110 no.lu dipnot, s.28.

⁶⁵ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.219. Öğretide farklı kriterlere yer verildiği de görülmektedir. Örneğin ULUSOY, “Özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmama koşulu”nu da bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesi için gerekli şartlar arasında saymaktadır. ULUSOY’a göre “Eğer bir hizmet özel teşebbüs tarafından özel faaliyet olarak yeterli ve düzenli biçimde sunulmaktaysa veya sunulabilecekse o faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul etmeye gerek yoktur. Kamu hizmetleri ancak ve ancak mutlak zorunluluk varsa (özel kişilerce yürütülemiyorsa ve yürütülmesi arzu edilmiyorsa) kurulmalıdır. Unutulmamalıdır ki, her kamu hizmeti esasında bir yandan bina, araç gereç ve personel

1. ORGANİK UNSUR

Organik unsurda, kamu hizmetine, faaliyeti yürüten organ açısından bakılmaktadır.⁶⁶ Bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi öncelikle bu faaliyetin doğrudan doğruya bir kamu tüzel kişisi veya onun denetiminde bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından yerine getirilmesine bağlıdır.⁶⁷

a. Doğrudan Doğruya Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Yürütme

Toplumda genel, ortak ve sürekli (yani her zaman duyulan) bir ihtiyacın söz konusu olması, belirtilen niteliklere sahip ihtiyacın giderilmesine yönelik özel kişiler tarafından girişilen herhangi bir faaliyetin ya hiç bulunmaması ya da bulunsa da yeterli olmaması, bu nedenle de toplumun huzursuz olacağı ve dirlik ve esenliğin bozulacağı çıkarımından hareketle, sürekli ihtiyacın giderilmemesi veya giderilmesine yönelik faaliyetin “tatminkar” olmaması durumunda, devlet söz konusu ihtiyacın tatmini için kamu hizmeti denilen faaliyete girişmektedir.⁶⁸ Başka bir ifadeyle, fertler ve özel teşebbüsler tarafından başarılamayacak kolektif ve umumi ihtiyaçların tatmini devletin görevi ve hatta varlık nedeni olup, bu sebeple kamu hizmetlerinin kurulması ve işletilmesi devletin görev ve yetkileri arasındadır.⁶⁹

Kamu tüzel kişileri tarafından doğrudan doğruya yürütülen faaliyetler de, başlı başına kamu hizmeti niteliğinde olmayıp, söz konusu faaliyetlerin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi, bunların ayrıca kamu yararı amacına yönelik olmalarına bağlıdır.⁷⁰ Öte yandan, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için o faaliyetin karşıladığı ihtiyacın kamu yararı olması da yeterli değildir. Zira bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde olması kamu yararı ile özel çıkar arasındaki farktan

ihtiyacı gerektirdiğinden ve sonunda bunların maliyetine vergiler yoluyla tüm bireyler tarafından katlanıldığından, önemli bir harcama gerektirmekte; diğer yandan özel girişim özgürlüğüne belli ölçüde de olsa bir kısıtlama getirmektedir. Bu nedenle mutlaka gerekli olmadıkça yeni kamu hizmetleri yaratılmamalı, mevcutlardan mutlaka gerekli olmayanlar ise ya tasfiye edilmeli ya da özelleştirme yoluyla özel faaliyetler haline getirilmelidir.” ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.14.

⁶⁶ KESKİN Bayram, age., s.12.

⁶⁷ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.219; ONAR Sıddık Sami, age., s.15.

⁶⁸ ÖZAY İlhan, Günışığında Yönetim, İstanbul 1996, s.231.

⁶⁹ ONAR Sıddık Sami, age., s.14.

⁷⁰ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.220.

kaynaklanmamaktadır. Kamu tüzel kişisi tarafından yürütülme bir unsur kabul edilmediği takdirde, kamu yararı bulunan tüm faaliyetlerin kamu hizmeti sayılması gerekecektir.⁷¹

b. Kamu Tüzel Kişisinin Denetimi Altında Özel Kişiler Vasıtasıyla Yürütme

Bazı durumlarda kamu hizmetinin kurulması ve yürütülmesi için gerekli olan mali kaynağın devlet tarafından karşılanmasının zor olması veya bu hizmetlerin yürütülmesi için lazım gelen uzmanlığın devlet tarafından yeterli oranda karşılanamaması,⁷² değişen toplum yaşantısı ve koşulları⁷³ ile kamu hizmetlerinin zamanımızda giderek yaygınlaşması⁷⁴ kamu hizmetlerinin sadece devlet ve/veya kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesi gerektiği düşüncesini değiştirmiştir. Günümüzde bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için söz konusu faaliyetin bizzat klasik idari kuruluşlar (merkezi idareler, mahalli idareler ve idari kamu kurumları) tarafından yürütülmesi şartı aranmamakta, belirtilen kuruluşlar yanında kamu kuruluşları, kamusal-özel karma kuruluşlar ve hatta özel kuruluşlar tarafından da yürütülebileceği kabul edilmektedir.⁷⁵ Özetle, zaman içinde, özel kişilerin kamu hizmeti ile görevlendirilmelerine ilişkin uygulamalar, değişik hukuki rejimler uygulanmak suretiyle yaygınlaşma yönünde gelişim göstermiştir.⁷⁶

Kamu hizmetlerinin sadece klasik idari kuruluşlar tarafından yürütülmesi gerektiği kuralı bugün için kalkmış olmakla birlikte, söz konusu hizmetler kim tarafından yürütülürse yürütülsün, bunlar üzerindeki yön verme, sürekli gözetim ve denetim yetkisinin kamu yararının tesisinden birinci derecede sorumlu bulunan devlete veya ilgili kamu idaresine ait olduğu hususu tartışmasızdır.⁷⁷ Buna göre, özel hukuk tüzel kişileri tarafından yürütülen faaliyetler, kamu yararı amacına yönelik olsalar veya özel hukuku aşan hükümlere tabi bulunsalar da, kamu tüzel kişilerinin denetimi altında

⁷¹ GİRİTLİ / BİLGEN, age., s.148.

⁷² ONAR Sıddık Sami, age., s.15.

⁷³ GİRİTLİ / BİLGEN / AKGÜNER, age., s.846.

⁷⁴ KESKİN Bayram, age., s.115.

⁷⁵ DURAN Lütfi, age., s.304; GÜNDAY Metin, age., s.283.

⁷⁶ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.645.

⁷⁷ DURAN Lütfi, age., s.304; GÜNDAY Metin, age., s.283.

yürütülmedikleri müddetçe kamu hizmeti nitelikleri söz konusu olmaz.⁷⁸ Buna göre, önemli olan kamu hizmetinin kim tarafından yürütüleceği değil, hizmetin düzgün bir şekilde işleyip işlememesine ilişkin nihai sorumluluğun idareye ait olması ve sorumlu idarenin, bu hizmeti işleten özel kişiye, söz konusu özel kişinin üzerinde sıkı bir denetim yetkisinin bulunması gerektiğidir.⁷⁹ Söz konusu gereklilik Anayasa Mahkemesinin aşağıdaki kararında da şu şekilde vurgulanmıştır:

“Kamu hizmetleri, aslında bir bütündür. Bunun yerine getirilmesi de ilke olarak Devlete aittir. Ancak toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmamakta, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, kamusal hizmet ünitelerinin nitelik ve özellikleriyle uyuşabildiği ölçüde, kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikte yapılandırılmaları mümkündür. Bu sebeptir ki, kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülsün kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur.”⁸⁰

Bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından yürütülen faaliyetin, kamu tüzel kişisinin denetimi altında bulunduğunu söyleyebilmek için, söz konusu faaliyetin; aslen kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilmiş olması ve bu özel hukuk tüzel kişisine daha sonra devredilmiş olması, yani özel hukuk kişisi tarafından, kamu tüzel kişisi adına ve yerine yürütülmesi gerekmektedir.⁸¹ Böyle bir devir, genellikle bir sözleşme veya şartname gibi bir işleme dayanmaktadır.⁸² Öğretide kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen kamu

⁷⁸ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.219. GÖZLER konuya ilişkin olarak şu örneği vermektedir: “Örneğin Kızılay gibi kamuya yararlı dernekler, kamu yararı amacına yönelik olarak faaliyette bulunurlar ve keza bunlar özel hukuku aşan bir rejime tabidirler. Ancak bunlar birer özel hukuk tüzel kişisi oldukları için bunların faaliyetleri bir kamu hizmeti olarak kabul edilmez.” GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.220.

⁷⁹ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.18.

⁸⁰ Anayasa Mahkemesi, E.1990/4, K.1990/6, T.12.04.1990 (RG: T.18.06.1990, S.20551).

⁸¹ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.220.

⁸² GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.220; GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.847.

hizmetinin özel hukuk tüzel kişisine devrine ilişkin işleme örnek olarak genellikle imtiyaz sözleşmesi gösterilmektedir.⁸³

Öte yandan, kamu hizmetlerinin, esas itibariyle, devletin ve öteki kamu tüzel kişilerinin yürütmesi gerekli bir faaliyet olduğu dikkate alındığında, söz konusu denetimin ayrıca kolluk denetimi sınırlarını aşan bir denetim olması gerekmektedir.⁸⁴

Özel faaliyetler üzerinde idare tarafından uygulanan kolluk denetimi sadece kamu düzeninin korunmasına yönelik “dışsal” bir denetim iken; idarenin, özel şirket de olsa kamu hizmeti yürüten kuruluşlar üzerinde uyguladığı denetim, faaliyetin tüm aşamalarına nüfuz edebilen “içselleştirilmiş” bir denetimdir.⁸⁵

2. MADDİ UNSUR

Maddi unsurda faaliyetin muhtevasına bakılmaktadır.⁸⁶ Gerek bir kamu tüzel kişisi tarafından doğrudan doğruya gerekse bir kamu tüzel kişisinin denetimi altında bir özel hukuk kişisi tarafından yürütülen faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi, söz konusu faaliyetin “kamu yararı” amacını gerçekleştirmeye yönelik bir faaliyet olmasına bağlıdır.⁸⁷ Buradan şu sonuç ortaya çıkmaktadır: kamu yararı kavramı, bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığı konusunda operasyonel bir kavramdır.⁸⁸

Bir faaliyetin içeriğine bakmak suretiyle onda kamu yararı olup olmadığı anlaşılabilir. Diğer taraftan kamu yararı özel yarar kavramları her zaman birbirleriyle çatışma halinde olmayıp, bunların arasında örtüşme ve uzlaşma da söz konusu

⁸³ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.220; ONAR Sıddık Sami, age., s.15; GİRİTLİ / BİLGİN, age., s.149.

⁸⁴ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.15; GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.847.

⁸⁵ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.16.

⁸⁶ KESKİN Bayram, age., s.12.

⁸⁷ ORAK Cem Çağatay, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Ankara 2006, s.19; ONAR Sıddık Sami, age., s.16; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.221. “Bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için kamu yararı amacına yönelik olması şartından iki sonuç ortaya çıkmaktadır: a) Özel kişiler tarafından yürütülen bir faaliyet, ancak kamu yararı amacına yönelik ise bir kamu hizmeti haline getirilebilir. b) Bir kamu tüzel kişisinin yürüttüğü bir faaliyet, kamu yararına değil, bir kamu tüzel kişisinin özel yararına (örneğin gelir elde etmesine) yönelik ise bu faaliyet kamu hizmeti sayılmaz.”

GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.221.

⁸⁸ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.222.

olabilmektedir. Bu nedenlerle kamu yararı kavramının tanımlanması büyük güçlük arz etmektedir.⁸⁹

Kamu yararı kavramının tanımlanmasına ilişkin üç görüşten söz edilebilir:

i) Birinci görüşe göre sadece devletin tabii (doğal) görevlerinde (savunma, güvenlik ve adalet gibi) kamu yararı bulunmakta, bunların dışındaki faaliyetlerin (sağlık, eğitim, ulaştırma, haberleşme, endüstri, ticaret vs.) kamu hizmeti haline getirilmeleri söz konusu olmamaktadır.⁹⁰ Bu görüş tarafından faaliyetin niteliği ve özelliği dikkate alınmakta ve sadece bazı faaliyetler nitelikleri ve özellikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmektedir.⁹¹ Söz konusu faaliyetler, özel teşebbüsler tarafından, tehlikeli görüldüğünden veya yürütülemeyeceğinden ya da kazançlı bulunmadığından kamu tüzel kişileri veya devlet tarafından yürütülmektedir.⁹² Devletin ve devlet işlevlerinin kapsamı ve niteliğinin sürekli değiştiği çağımızda kimi faaliyetlerin niteliği ve özelliğine bakmak suretiyle kamu hizmeti sayılması ve bu şekilde bir ayrıma gidilmesi söz konusu olmamalıdır.⁹³

ii) İkinci görüşe göre ise halkın ortak ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olan bütün faaliyetlerde kamu yararı bulunmaktadır ve bu faaliyetler kamu hizmeti haline getirilmelidir.⁹⁴ Söz konusu faaliyetler toplumun, toplumsal ilişkilerin ve dayanışmanın gelişmesi için gereklidirler ve ancak idare tarafından yürütülebilirler. Bir faaliyetin kamu hizmeti şeklinde yürütülmesine yöneticiler karar verebilmekle birlikte yöneticilerin bu kararları kurucu değil beyan edici niteliktedir.⁹⁵

⁸⁹ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.223.

⁹⁰ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.223.

⁹¹ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.852.

⁹² GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.852.

⁹³ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.852. “Nitekim artık bugün ekonomik alanlarda, Devletin faaliyet göstermesi gerekmekte hatta bazen zorunlu olmaktadır. Örneğin bazen özel teşebbüsün fiili tekel haline getirdiği faaliyetlerin kamu hizmeti olarak idare tarafından yürütülmesinde, en az bu görüşün mahiyeti gereği kamu hizmeti olarak kabul ettiği faaliyetler kadar, hatta daha fazla, kamu yararı vardır... Öte yandan, bazı faaliyetlerin mahiyetleri gereği kamu hizmeti sayılması, bu faaliyetleri mahiyetleri bakımından bir ayrıma tabi tutmanın mümkün olmaması sebebiyle de kabul edilemez. Zaman içinde değişmeler olmaktadır: Örneğin Fransa’da 20. yüzyılın başında tiyatro kamu hizmeti sayılmazken bugün kamu hizmeti olarak kabul edilmektedir.” GİRİTLİ / BİLGİN, age., s.145.

⁹⁴ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.224.

⁹⁵ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.852.

DUGUÏT'in bu görüşü, bir uyuşmazlığın ortaya çıkması durumunda yargıcın hangi pozitif esaslar çerçevesinde karar vereceğini ve hangi devlet faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliğinde olduğunu açıklayamaması nedeniyle hukuk tekniği bakımından yetersiz görülmektedir.⁹⁶

iii) Üçüncü görüşe göre kamu yararını tanımlama yetkisi, devletin yetkili organlarına bırakılmalıdır.⁹⁷ Bu görüşe göre, belli bir tarihte karşılanmasında kamu yararı bulunan bir ihtiyacın kamu hizmeti olarak görülmesine karar verecek olan devlettir. Bu durumda, kamu hizmetinin kriteri, ancak idare edenlerin amacına bakmak suretiyle bulunabilir. Kriterin subjektif bir nitelik taşıması nedeniyle bu görüş, “subjektivist” kamu hizmeti anlayışı olarak adlandırılmaktadır.⁹⁸

Bir faaliyetin kamu yararı amacına yönelik olup olmadığı konusunda tam bir görecelilik ilkesi söz konusudur. Bu nedenle bir faaliyette kamu yararı bulunup bulunmadığı tespit edilirken objektif ve bilimsel kriterlere başvurmak mümkün değildir.⁹⁹ Diğer bir ifadeyle, hangi faaliyetin yürütülmesinde kamu yararı olduğuna karar vermenin bilimsel açıdan kesin bir formülü bulunmamaktadır.¹⁰⁰ Buradan çıkan sonuç: kamu yararının tanımlama yetkisini devletin yetkili organlarına (yasama organına ve idari makamlara) bırakmaktan başka bir çarenin olmadığıdır.¹⁰¹ Bir toplumun umumi gereksinimlerinin tespiti ve kamu yararının değerlendirilmesi o toplum tarafından seçim sonucu iş başına gelen temsilcilerin yetkisi dâhilinde olduğuna göre, bir faaliyetin toplumsal gereksinimi karşılamaya ve dolayısıyla da kamu yararını tesise yönelik olup olmadığını takdire de başta yasama organı olmak üzere siyasal organlar yetkilidir.¹⁰² Sonuç itibarıyla bir faaliyetin kamu hizmeti olması ya da olmaması hususu, yer ve zaman koşulları çerçevesinde yetkili kamu organlarının takdiri neticesinde belirlenip saptanan tamamen değişken ve göreceli bir husustur.¹⁰³ Nitekim,

⁹⁶ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.852.

⁹⁷ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.226; GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.852.

⁹⁸ GİRİTLİ / BİLGİN, age., s.146.

⁹⁹ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.226.

¹⁰⁰ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.14.

¹⁰¹ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.226.

¹⁰² GÜNDAY Metin, age., s.284.

¹⁰³ DURAN Lütfi, age., s.304; ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.14.

modern demokrasilerde bir hizmetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesi, siyasi iktidar tarafından kararlaştırılmaktadır.¹⁰⁴

Bu noktada, kanun koyucunun amacının nasıl tespit edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanuni düzenlemenin açık bir hüküm koyduğu durumlarda bir problem söz konusu olmayacaktır. Problem, açık hüküm bulunmayan durumlarda ortaya çıkacak olup; bu takdirde yargıcın kamu yararı amacına delalet edecek karineleri araştırması gerekecektir. Ancak bu karineler mutlak olmayıp, yargıca kanun koyucunun amacını belirlemede sadece yardımcı olacaktır. Yargıç bu karineleri arayacak ve tümünden edindiği izlenime göre hüküm vermeye çalışacaktır.¹⁰⁵

C. ANAYASA MAHKEMESİNİN KAMU HİZMETİ ANLAYIŞI

Anayasa Mahkemesinin, “kendisini kamu hizmeti kavramını tanımlamak ve bu kavramın içeriğini belirlemek zorunda hissettiği kararlarında” kamu hizmetini genel itibariyle; “devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.”¹⁰⁶ şeklinde tanımladığı görülmektedir.

¹⁰⁴ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.21. Siyasi iktidarın bu tercihi yaparken, keyfi ve subjektif kıstaslar yerine, objektif ve bilimsel verilerden hareket etmesi, her kamu hizmeti için dolaylı ya da dolaysız yollarla bir kamusal kaynak tahsisi gerekeceğinden ve ayrıca, her kamu hizmeti özellikle girişim özgürlüğü ve mülkiyet hakkı gibi, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı bir etki doğuracağından bu kararın verilmesinde baz alınacak referansların da özenle seçilmesi gerekmektedir. ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.22. TAN’a göre, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün onu kuranların iradesi olduğu pozitif düzenlemelerle de kanıtlanmaktadır. Nitekim Anayasa’nın devletleştirme ile ilgili maddesinde “kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin” kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebileceğinin öngörülmesi, özel teşebbüs tarafından yürütülen bir faaliyetin belirli bir zamanda kamu hizmeti niteliği kazanabilmesini buna da yasama organının karar vermesini göstermektedir. TAN Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, s.235.

¹⁰⁵ GİRİTLİ / BİLGİN, age., s.147-148. Söz konusu karineler şunlardır: “Hizmete özellikle, kamulaştırma, resim, harç ve vergi tahakkuk ettirme, alacaklarını özel hukuku aşan kurullarla tahsil etme, üçüncü şahıslara müeyyide uygulayabilme yetkileri ve tekel ihdası gibi kamu hukukundan doğan imtiyazlar tanınması; yapacağı sözleşmelere özel hukuku aşan şartlar koyabilme yetkisi; kar gagesi güdüp gütmemesi, bir kamu kurumunun gördüğü hizmetlerde, bu kurum ile Devletin iç münasebetleri, tarifelerin tasdiki; teşebbüsün kanunla kurulması...” GİRİTLİ / BİLGİN, age., s.147-148. Benzer görüş için bakınız. ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.27.

¹⁰⁶ Anayasa Mahkemesi, E.1994/43, K.1994/42-2, T.09.12.1994 (RG: T.24.01.1995, S.22181).

Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında da kamu hizmetinin daha kısa bir tanımına yer verildiği görülmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, bir kararında kamu hizmetini, “toplumun ortak gereksinmelerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinliklerdir.” şeklinde tanımlamıştır.¹⁰⁷ Bu tanım öğretide yanlış görülmemekle birlikte eksik bulunmaktadır. Zira, söz konusu tanımda hangi faaliyetin kamu hizmeti olduğuna karar vermenin kimin yetkisinde olduğu hususu belirtilmemektedir.¹⁰⁸ Yine öğretide kamu hizmetinin yukarıdaki şekilde tanımlanmasının, tanımda “tanımlayıcı unsur” ile “özellikler”in (“düzenlilik” ve “süreklilik”in tanımlayıcı unsur değil özellikleri olması nedeniyle) birbirine karıştırıldığı, diğer bir ifadeyle bir faaliyetin düzenli ve sürekli olduğu için kamu hizmeti haline gelmediği, bilakis kamu hizmeti olarak tanımlandığı için düzenli ve sürekli olmasının istendiği gerekçesiyle mantık bakımından yanlış olduğu değerlendirmelerine yer verilmiştir.¹⁰⁹ Söz konusu tanıma bir eleştiri de, tanımın, kamu hizmeti niteliğinde olan faaliyetler ile olmayan faaliyetleri birbirinden net olarak ayırmaya elverişli olmaması noktasındadır. Nitekim, tanım, bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde olması için kamuya yararlı olması ve sürekli ve düzenli biçimde sunulmalarını yeterli görmekte, tipik bir özel faaliyet olmakla ve kamu hizmeti olarak kabul edilmemekle birlikte, kamuya yararlı ve sürekli ve düzenli biçimde sunulan bir çok faaliyet bulunduğu gerçeğini dikkate almamaktadır.¹¹⁰

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığının saptanmasında niteliğine bakılması gerektiği görüşündedir.¹¹¹ Nitekim Anayasa Mahkemesinin aşağıda yer verilen kararında,

“Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir... Kuşkusuz,

¹⁰⁷ Anayasa Mahkemesi, E.1994/71, K.1995/23, T.28.06.1995 (RG: T.20.03.1996, S.22586).

¹⁰⁸ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.59.

¹⁰⁹ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.230.

¹¹⁰ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.63. ULUSOY kamu hizmeti olarak kabul edilmeyen ancak kamuya yararlı ve sürekli ve düzenli biçimde sunulan faaliyete şu örneği vermektedir. “... bir mahalle fırınının, mahalledeki bakkalın, terzinin, berberin yürüttüğü faaliyette de kamu yararı vardır. Hiç kimse bunların kamuya yararlı faaliyetler olmadığını ileri süremez. Hatta bu faaliyetler “sürekli ve düzenli” olarak da, yani aksatılmadan yürütülebilir. Oysa bu faaliyetler kamu hizmeti olarak değil, tipik özel faaliyetler olarak kabul edilmektedir.” ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.63.

¹¹¹ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, 228.

Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur.

Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez. Nitekim, Anayasa'nın 47. maddesinde, "kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler.... devletleştirilebilir" denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir.”¹¹²

ifadelerine yer verilmek suretiyle belirtilen yaklaşım vurgulanmıştır.¹¹³

Anayasa Mahkemesi pek çok kararında yukarıda yer verilen kararındaki yaklaşımı paralelinde bazı hizmetleri niteliği gereği kamu hizmeti saymaktadır:

“köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bunlar, toplumun ortak gereksinmelerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinliklerdir.”¹¹⁴

“Çok önemli bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin...”¹¹⁵

¹¹² Anayasa Mahkemesi, E.1994/43, K.1994/42-2, T.09.12.1994 (RG: T.24.01.1995, S.22181).

¹¹³ “Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel teşebbüs tarafından yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez. Nitekim, Anayasa'nın 47. maddesinde, "kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler... devletleştirilebilir” denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir.” ifadelerine Anayasa Mahkemesinin 22.12.1994 tarih ve E.1994/70, K.1994/65-2 sayılı kararında da (RG: T.28.01.1995, S.22185) yer verilmiştir.

¹¹⁴ Anayasa Mahkemesi, E.1994/71, K.1995/23, T.28.06.1995 (RG: T.20.03.1996, S.22586).

¹¹⁵ Anayasa Mahkemesi, E.1987/16, K.1988/8, T.19.04.1988 (RG: T.23.08.1988, S.19908).

“yeminli mali müşavirler ... gelir ve gider kayıtlarının doğruluğunu ve mali mevzuat hükümlerine uygun işlendiğini, dolayısıyla beyan edilen vergi matrahının gerçek olduğunu onaylamak görev ve yetkisine sahip olacaklardır. Böyle bir düzenleme Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nın mevcut vergi denetim personelinin sahip olduğu görev ve yetki ile donatılmaları, kamu idaresine tanınan teftiş ve inceleme yetkisinin kullanılmasına engel teşkil etmeyecekse de, yeminli mali müşavirler tarafından yapılacak bir tasdik işlemi, Bakanlıkça lüzum görülmedikçe Bakanlığın yetkili elemanlarınca incelenmiş belge niteliğine sahip olacaktır. Bu nedenle yeminli mali müşavirlerce yapılacak tasdik işlemi “kamu hizmeti” niteliğindedir.”¹¹⁶

“Çağımızda önemli olan bir kamu hizmeti niteliği kazanan “Dış Ticaretin Düzenlenmesi” kalkınma planlarında geniş ölçüde yer alan madde politikasının takibini, fiyat istikrarının sağlanmasını, ihracat darboğazının aşılmasını, dış ticaret açığının kapatılmasını amaçlamaktadır.”¹¹⁷

Anayasa Mahkemesinin belirtilen kararlarındaki yaklaşımı ifade eden şu değerlendirme, gerçeği çarpıcı bir şekilde ortaya koymaktadır: “Bazı faaliyetler “niteliği gereği” yani “doğuştan” kamu hizmetidir. Bunlar kamu hizmeti olmaları için “yaratılmışlardır.” Bunların bu kamu hizmeti niteliğini hiç kimse (yasa koyucu dahi) değiştiremez. Hangi faaliyetin bu nitelikte olduğunu saptama yetkisi ise nihai aşamada Anayasa Mahkemesine aittir.”¹¹⁸

Anayasa Mahkemesinin yer verilen yaklaşımı, bir faaliyetin yürütülmesinde kamu yararı bulunup bulunmadığını takdir etme, dolayısıyla o faaliyeti kamu hizmeti haline

¹¹⁶ Anayasa Mahkemesi, E.1986/5, K.1987/7, T.19.03.1987 (RG: T.12.11.1987, S.19632).

¹¹⁷ Anayasa Mahkemesi, E.1984/6, K.1985/1, T.11.01.1985 (RG: T.17.06.1985, S.18787).

¹¹⁸ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.60. “Anayasa Mahkemesinin bu kararlarında kamu hizmeti kavramını tanımlama gibi bir istek ve iradesinin olup olmadığı tartışılabilir. Ancak bu kararlarında stratejik, kritik ve önemli kamu hizmeti şeklinde ortaya atılmış olduğu belirlemelerle objektif kamu hizmeti anlayışı ısrarla benimsenmiş ve kamu hizmeti kavramı, özel hukuk rejimine tabi tutulmak istenen fakat tüm yönleriyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıyan sözleşmelerin bu niteliklerinin korunmasında ve devamında bir filtre görevi görmüştür.” ORAK Cem Çağatay, age., s.14.

getirme yetkisinin, başta yasama organı olmak üzere devletin yetkili organlarına ait olduğu yönündeki gerçeğe aykırı düşmektedir.¹¹⁹ Söz konusu anlayış, 19. y.y. sonlarında DUGUÏT'in savunduğu kamu hizmeti anlayışına paralel, “mutlakçı” bir anlayış olup, günümüzün modern anlayışı olan “göreceli” anlayış ile bağdaşmamaktadır.¹²⁰

Modern idare hukuku açısından, Anayasa Mahkemesi yargısal denetim görevini yerine getirirken bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığını değil, yasama organının o faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul edip etmediğini tespit etmelidir.¹²¹

Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin yaklaşımına dayanak yaptığı Anayasa'nın “kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler... devletleştirilebilir.” şeklindeki 47'nci maddesinden, bu maddede ve Anayasa'nın diğer maddelerinde kamu hizmeti tanımının yapılmamış olması gerekçesiyle, bir sonuç çıkarılması söz konusu olamaz.¹²² Diğer bir ifadeyle, özel bir teşebbüsün devletleştirilebilmesi için şart koşulan “kamu hizmeti niteliği taşıma” şartı, yasama organını sınırlayıcı veya kısıtlayıcı bir güce sahip değildir. Yer ve zaman koşulları çerçevesinde siyasi yöneticilerin iradesine bağlı olarak her faaliyet kamu hizmeti niteliğini kazanabilir ya da kaybedebilir.¹²³

Öğretide, Anayasa Mahkemesinin yer verilen kararlarının, bu kararlarda bir faaliyetin; niteliği gereği kamu hizmeti olamayacağı ve kamu hizmeti olup olmadığına karar verme yetkisinin yasama organına ait olması gerektiği hususlarını dikkate alınmadığından, tenkit edildiği görülmektedir.¹²⁴

¹¹⁹ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.228. GÖZLER'e göre Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994 tarih ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı kararında; “Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir.” ifadesine yer vermek suretiyle doğru kriterin ne olduğunu aslında bildiğini göstermektedir. GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.229.

¹²⁰ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.60.

¹²¹ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.60. ULUSOY Anayasa Mahkemesinin bir faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul eden bir kanunu anayasal denetim görevi çerçevesinde Anayasaya uygunluğu açısından değerlendirmesinde olması gereken çerçeveyi şu şekilde açıklamaktadır. “...Anayasa Mahkemesi bu değerlendirmesini pozitif anayasa hükümlerine göre yapmalıdır. Bu bağlamda bir faaliyeti kamu hizmeti olmaktan çıkararak bir kanun hükmünü Anayasa Mahkemesi ancak ve ancak somut bir Anayasa hükmünün o faaliyetin kamu hizmeti olarak yürütülmesini zorunlu tutması halinde iptal edebilir.” ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.60.

¹²² GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.229.

¹²³ DURAN Lütfi, age., s.304.

¹²⁴ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.222.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer verilen kararlarındaki, bir kamu hizmetinin özel kişiler eliyle gördürülmesinin ancak kamu hukuku rejiminin (imtiyaz) uygulanmasıyla söz konusu olabileceği yönündeki görüşün temellerinin 13.08.1999 gün ve 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 47'nci maddesinde değişiklikler yapılmak suretiyle ortadan kaldırıldığı söylenebilir.

Söz konusu Kanun ile Anayasa'nın 47'nci maddesine “Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilirliği veya devredilebilirliği kanunla belirlenir.” şeklindeki 4'üncü fıkra eklenerek kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri çerçevesinde gördürülmesi olanaklı hale getirilmiştir. Zira hükümde yer alan “yatırım ve hizmetler”in kapsamına kamu hizmetlerinin de evleviyetle dâhil olduğu şüphesizdir.¹²⁵

Söz konusu maddede yer alan “özel hukuk sözleşmeleri” ifadesiyle bazı kamu hizmetlerine ilişkin olarak özel hukuk kişileri ile yapılan özel hukuk sözleşmelerinin “imtiyaz sözleşmesi” ya da “idari sözleşme” olduğu yönündeki iddialara ya da mahkeme kararlarına son verilmek istendiği anlaşılmaktadır.¹²⁶

Diğer taraftan öğretide, maddeden, pozitif hukuk anlamında iki sonucun ortaya çıkarılabileceği savunulmaktadır. Bu sonuçlardan birincisi, istisnasız bütün kamu hizmetlerini özel hukuk rejimine tabi tutan bir yasal düzenlemenin Anayasa'nın 47'nci maddesine aykırılık teşkil edeceğidir. İkincisi ise, maddenin, tek tek sayılmak ve bütün kamu hizmetlerini kapsamamak şartıyla, yasa koyucuya, kamu hizmetlerini özel hukuk rejimine tabi tutarak özel kişilere gördürme hususunda açık bir takdir yetkisi verdiğidir.¹²⁷

¹²⁵ ULUSOY Ali, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları”, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, 2001, s.10.

¹²⁶ ÇAL Sedat, “Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi”, AÜHFİD, 2002, C.LI, S.2, s.189.

¹²⁷ ULUSOY Ali, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları”, s.12. ULUSOY bu sonuca değinmeden önce söz konusu düzenlemeyle ilgili iki sorunu gündeme getirmektedir. Birinci sorun bütün kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülüp gördürülemeyeceği, ikinci sorun ise özel kişilere gördürülen bütün kamu hizmetlerinin özel hukuk rejimine tabi tutulup tutulamayacağıdır. ULUSOY birinci soruna ilişkin olarak Anayasa'da kamu hizmeti olarak yürütülmesi zorunlu tutulan hizmetlerin mutlaka devlet veya diğer idari birimlerce yürütüleceğini

Öte yandan söz konusu Anayasa değişikliği ile özel kişilere özel hukuk sözleşmesi ile kamu hizmetini gördürme usulü getirilmesinden, bu usul ile gördürülen kamu hizmetine hiçbir kamu hukuku rejiminin uygulanmayacağı sonucu çıkartılmamalıdır. Nitekim, hem söz konusu özel hukuk sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadarki aşamada (ihale aşamasında) hem de özellikle bir tekel (doğal veya hukuki) durumunda, hizmetin görülmesiesnasında kamu hukuku uygulanacaktır. Buna bağlı olarak da, bahse konu sözleşme hakkında idari yargı tarafından ihale aşamasında (şartname dahil) ve tekel sözkonusu ise hizmetin görülmesi aşamasında idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde denetim yapılabilecektir. Diğer bir ifadeyle, “özel hukuk sözleşmesi ile kamu hizmeti gördürme” usulünden idare hukuku kurallarının tamamen soyutlanması mümkün olmayıp, bu usulün uygulanması durumunda, pratikte karma bir hukuksal rejimin uygulanması gerekebilecektir.¹²⁸

D. KAMU HİZMETİNİN GENEL İLKELERİ

Her bir kamu hizmetinin kendine has özel kuralları bulunsa da, mahiyetleri ne olursa olsun tümüne hakim olan temel bazı ilkeler söz konusudur.¹²⁹ Diğer bir ifadeyle, bu ilkeler tüm kamu hizmetleri için geçerli olan asgari müşterektir ve kamu hizmetlerinin ortak hukukudur. Kimin tarafından yerine getirildiği ve ticari, sınai veya klasik nitelikte olduğu önem arz etmeksizin bütün kamu hizmetlerinde bu ortak hukuk hakimdir.¹³⁰ Söz konusu ilkelerin öğretide genel olarak “Kamu Hizmetinin Genel İlkeleri” başlığı altında incelendiği görülmektedir.¹³¹

söylemenin pozitif hukukumuz açısından mümkün görünmediğini ifade ederken; ikinci soruna ilişkin olarak da, Anayasa değişikliğinin bu konuda bir sınırlama getirdiğinin söylenebileceğini, “tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin” ifadesinden faaliyetlerin en azından bir bölümünün kamu hukuku rejiminde gördürülmesi gerektiği sonucunun çıktığını, fakat bu faaliyetlerin hangi alana ilişkin olduğunun Anayasa metninden çıkartmanın mümkün olmadığını, bu alana sadece egemenlikle doğrudan bağlantılı (ulusal savunma, kamu düzeninin sağlanması gibi) kamu hizmetlerinin gireceğinin ve özellikle ekonomik yanı ağır basan kamu hizmetinin bu alana dahil olmayacağını savunulabileceğini ifade etmektedir. ULUSOY Ali, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları”, s. 11-12.

¹²⁸ ULUSOY Ali, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları”, s.15,19. Ayrıntı için bakınız. ULUSOY Ali, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları”, s.18-22.

¹²⁹ GİRİTLİ / BİLGİN, age., s.153; GÜNDAY Metin, age., s.286.

¹³⁰ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.188.

¹³¹ DURAN Lütfi, age., s.309; GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.655.

1. DEVAMLILIK

Kamu hizmetleri, tatmininde kamu yararı bulunan toplumsal ihtiyaçları karşılayan faaliyetler olarak kabul edildiklerinden, bunların devamlı ve düzenli biçimde yürütülmeleri gerekmektedir.¹³² Aksi takdirde, kamu gereksiniminin karşılanmasından ve kamu yararının gerçekleşmesinden söz edilemez.¹³³

Devamlılık (süreklilik) ilkesi, kamu hizmetlerinin kanunda öngörülen istisnalar dışında kesintisiz ve düzenli bir biçimde yürütülmesini öngörmektedir.¹³⁴

Burada kesintisizlik kavramını biraz açmak önem arz etmektedir. Kamu hizmetinin yürütülmesi sonucunda karşılanacak olan gereksinimin her an kendisini hissettirdiği durumlarda (elektrik, su gibi) söz konusu hizmetin kesintisiz olarak yürütülmesi gerekmektedir. Diğer taraftan, eğitim hizmetleri gibi belli zamanlarda karşılanması söz konusu olan gereksinimler ise, o zamanlarda yürütülen hizmetlerle karşılanır.¹³⁵

Bazı hizmetlerde (ulusal savunma, iç güvenlik ve acil yardım hizmetleri gibi) devamlılık kesintisizliğe kadar vardiılmakta iken diğer hizmetlerde ise sadece işleyişteki düzenliliği ifade etmektedir.¹³⁶ Başka bir ifadeyle, devamlılık kavramının bir yönünü kronolojik (zaman bakımından) devamlılık, diğer ve asıl önemli yönünü de içerik ve yoğunluk bakımından düzeyindeki devam (istikrar) oluşturmaktadır. Devamlılık kavramı tek başına bir anlam taşımamakta, buna karşılık içerik ve yoğunluk bakımından da aynı düzeyde devamı sağlayacak nitel "istikrar"ın söz konusu olması gerekmektedir.¹³⁷

¹³² GÜNDAY Metin, age., s.286; GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.855; GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.655.

¹³³ GÜNDAY Metin, age., s.286. GİRİTLİ / BİLGİN de benzer yönde toplumun belirtilen nitelikteki ihtiyacının devamlı ve düzenli bir şekilde görülmemesi halinde toplumda kamu yararını zedeleyen sonuçların ortaya çıkacağını, her türlü kesintinin toplum yaşamında büyük karışıklıklar meydana getirebileceğini ifade ederek bu durumlara büyük bir şehirde bir ay süre ile suların akmamasını, elektriğin kesilmesini ve çöplerin toplanmamasını göstermektedir. GİRİTLİ / BİLGİN, age., s.153. DURAN da benzer örnekleri vermektedir. DURAN Lütfi, age., s.310.

¹³⁴ ÖZAY İlhan, age., s.241; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.263.

¹³⁵ GÜNDAY Metin, age., s.286-287; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.263-264.

¹³⁶ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.191.

¹³⁷ ÖZAY İlhan, age., s.241-242.

Buna göre, devamlılık ilkesi gereğince; kesintisiz olarak yürütülmesi gereken hizmetlerin aynı zamanda işleyişlerinin de düzenli olması; belli zamanlarda yürütülen (kesintisiz olmayan) hizmetlerin ise işleyişlerinin düzenli olması gerekmektedir.

Kamu hizmetlerine ilişkin doğrudan düzenleme niteliğinde olan Anayasa'nın "1. Genel ilkeler" başlıklı 128'inci maddesinin "Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür." şeklindeki birinci fıkrası hükmü devamlılık ilkesine temel olarak gösterilebilecek maddelerdendir.¹³⁸

Öte yandan, Anayasa'nın; 77'nci maddesinin son fıkrasında yer alan "yenilenmesine karar verilen Meclisin yetkileri, yeni Meclisin seçilmesine kadar sürer" hükmü, 102'nci maddesinin son fıkrasında yer alan "seçilen yeni Cumhurbaşkanı göreve başlayıncaya kadar görev süresi dolan Cumhurbaşkanı'nın görevi devam eder" hükmü, 114'üncü maddesinin son fıkrasında yer alan seçimlerin Cumhurbaşkanı'nca yenilenmesi durumunda oluşturulan "geçici bakanlar kurulu seçim süresince ve yeni meclis toplanıncaya kadar vazife görür" hükmü, Geçici 7'nci maddesinde yer alan "ilk milletvekili genel seçimi sonunda, Türkiye Büyük Millet Meclisi toplanıp, yeni Bakanlar Kurulu kuruluncaya kadar, iş başında olan Bakanlar Kurulunun görevi devam eder." hükmü Devletin diğer işlevlerine ilişkin devamlılığı sağlayıcı düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.¹³⁹

Devamlılık ilkesi gereğince kamu hizmetinin görülmesine, idarece yürütülen kamu hizmetlerinde "kanuna bağlılık" ve "zorunluluk ilkeleri"nin geçerli olması nedeniyle ancak bir kanunla ya da kanuna dayanan bir idari işlemle son verilebilir.¹⁴⁰

Devamlılık ilkesi; tek yanlı icrai işlem yetkisi ve resen icra yetkisi,¹⁴¹ kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri için geçerli olan imprevizyon (öngörülemezlik)

¹³⁸ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.191.

¹³⁹ KARAHANOGULLARI Onur, age., s. 191.

¹⁴⁰ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.855.

¹⁴¹ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.193.

teorisi,¹⁴² 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 20'nci maddesinde memurun "genel hakları" arasında belirtilen "çekilme hakkı"nın kullanılmasına ilişkin çeşitli kayıtlar,¹⁴³ kamu personeli için konulan grev yasağı,¹⁴⁴ idari sözleşmelerde akide yüklenen ağır yükümlülükler ve idarenin haiz olduğu yetkiler,¹⁴⁵ kamu mallarının haczedilemezliği ilkesi¹⁴⁶ gibi birçok idare hukuku ilke ve kuralının dayanak noktasıdır.

Kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesi Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında da yer bulmaktadır.

Nitekim Danıştayın bir kararında; "Kamu hizmetlerinin toplum hayatının devamı, faaliyetlerin işlemesi, toplumun kalkınması ve menfaatlerin sağlanması açısından sürekli ve eksiksiz işlemesinin zorunluluğu idari yargı içtihatlarına girmiş ve hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmiştir."¹⁴⁷ ifadeleriyle devamlılığın hukukun genel ilkesi olarak kabul edildiği belirtilmektedir.

Danıştayın bazı kararlarında da devamlılık ilkesinin kamu hizmeti kavramının tanımında kullanıldığı görülmektedir. Nitekim, Danıştay İdari İşler Kurulunca kamu hizmetinin tanımlandığı bir kararda; "devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından veya bunların gözetimi ve denetimi altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir."¹⁴⁸ ifadelerine yer verilmiştir.

¹⁴² KARAHANOGULLARI Onur, age., s.193; DURAN Lütfi, age., s.310; GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.658; GÜNDAY Metin, age., s.287.

¹⁴³ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.65; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.266; GÜNDAY Metin, age., s.287; GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.855. Söz konusu kayıtlar 657 sayılı Kanun'un 94, 95 ve 96'ncı maddelerinde yer almaktadır. 94'üncü maddeye göre; "...Çekilmek isteyen memur yerine atanan kimsenin gelmesine veya çekilme isteğinin kabulüne kadar görevine devam eder..." 95'inci maddeye göre "Çekilen Devlet memurlarından devir ve teslim ile yükümlü olanlar, bu işlemlerin sonuna kadar görevlerini bırakamazlar..." ve 96'ncı maddeye göre de "Olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde veya genel hayata müessir afetlere uğrayan yerlerdeki Devlet Memurları yerine atanacaklar gelip işe başlamadıkça görevlerini bırakamazlar."

¹⁴⁴ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.656; DURAN Lütfi, age., s.309; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.264; GÜNDAY Metin, age., s.287.

¹⁴⁵ GİRİTLİ / BİLGİN, age., s.153; GÜNDAY Metin, age., s.287.

¹⁴⁶ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.267.

¹⁴⁷ Danıştay 8'inci Dairesi, E.1996/1687, K.1997/3669, T.27.11.1997, DD., S.96, 1998, s.388-390 (Nakleden: KARAHANOGULLARI Onur, age., s. 195.)

¹⁴⁸ Danıştay İdari İşler Kurulu, E.1996/79, K.1996/83, T.03.10.1996, DD., S.93, 1997, s.36 (Nakleden: KARAHANOGULLARI Onur, age., s. 195).

Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi kararlarında da kamu hizmeti tanımında devamlılık ilkesinin kullanıldığı görülmektedir. Nitekim, Mahkemenin 28.06.1995 tarihli kararında kamu hizmeti; "...devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetimleri ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir."¹⁴⁹ şeklinde tanımlanmıştır.

2. EŞİTLİK

Kamu hizmetinin yürütülmesinde uyulması gereken temel ilkelerden birisi de eşitlik (yansızlık) ilkesidir.

Eşitlik ilkesinin bir görünümü olan ve kamu hizmetlerinin, görevlilerin ve kullanıcıların kanaatlerine göre yürütülmemesi anlamına gelen yansızlık kimi yazarlarca ayrı bir ilke olarak ele alınmakla birlikte Anayasa'da dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri unsurların kamu hizmetinin görülmesinde ayırım temeli yapılamayacak olmasının yansızlığı ifade etmekte olması karşısında, yansızlığın eşitlik ilkesi içinde değerlendirilmesi gereken (diğer bir ifadeyle eşitlik ilkesi karşısında özerkliği olmayan) bir kavram olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.¹⁵⁰

Kamu hizmetleri, toplumsal gereksinimlerin giderilmesine yönelik faaliyetler olduğundan, idare bu hizmetlerin yürütülmesinde objektif (nesnel) esaslar çerçevesinde hareket etmek ve yan tutmamak (tarafsız davranmak) mecburiyetindedir.¹⁵¹ Bunun sonucu olarak bireyler de kamu hizmetlerinden yararlanma ve kamu hizmetlerine katılma açısından eşit durumdadırlar. Ayrıca bu eşitlik, kamu hizmetinin getirdiği yükümlülüklerde de eşitliği zorunlu kılar.¹⁵² Buna göre, eşitlik bir yandan bireylerin

¹⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, E.1994/71, K.1995/23, T.28.06.1995 (RG: T.20.03.1996, S.22586).

¹⁵⁰ KARAHANOGULLARI Onur, age., s. 205. Tarafsızlığı ayrı bir ilke olarak ele alan yazarlara örnek olarak bakınız. GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.662; GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.858. GİRİTLİ-BİLGİN-AKGÜNER'e göre eşitlik ilkesi ile tarafsızlık ilkesi arasındaki fark birincisinin hukuk tekniği açısından ikincisinin ise siyasal açıdan söz konusu olmasından kaynaklanmaktadır. GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.858.

¹⁵¹ GÜNDAY Metin, age., s.288; DURAN Lütfi, age., s.310.

¹⁵² GÜNDAY Metin, age., s.288; DURAN Lütfi, age., s.310-311.

kendi aralarındaki ilişkilerinde hukuk öznesi bakımından eşit olduklarını ifade ederken, diğer yandan devletin hukuk yapıcısı ve uygulayıcısı olarak bireylere tarafsız davranması gerektiğini ifade etmektedir. Bu anlamda, eşitlik ilkesi iki yönlü olup, iki yönüyle de günümüz toplumsal ve siyasal kurgusunun temelinde yer almaktadır.¹⁵³

Kamu hizmetinin eşitliği, farklılıkların göz önünde bulundurulmaması, tek tiplik anlamına gelmez.¹⁵⁴ Diğer bir ifadeyle, bu eşitlik mutlak ve aritmetik nitelikte bir eşitlik olmayıp, kanunların ve diğer düzenleyici işlemlerin belirlediği nesnel koşul ve niteliklere sahip olanların tümüne aynı yönde muamele yapılmasıdır.¹⁵⁵ Bundan çıkan diğer bir sonuç, farklılıkların farklı muameleler yaratabileceğidir.¹⁵⁶

Bu konuda, öğretide, mutlak ve nisbi eşitlik şeklinde ikili bir ayrıma gidildiği de görülmektedir. Mutlak eşitlik kanunların herkese eşit olarak uygulanmasını, bireylerin kişisel ve özel durumlarının dikkate alınmamasını ifade etmektedir. Nitekim, Anayasa'nın 10'uncu maddesinin "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." şeklindeki hükmü mutlak eşitliği emretmektedir.¹⁵⁷ Nispi eşitlikle ifade edilen ise aynı durumda bulunan kişilerin aynı yönde işleme tabi tutulmasıdır. Buradan çıkan sonuç farklı durumlarda bulunan kişilerin farklı işlemlere tabi tutulabileceğidir. Bu ilkeye göre kişinin hakları ve ödevleri, yetkileri ve sorumlulukları durumuna, niteliğine, yaptığı işe göre değişebileceğinden, kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve sunulmasında farklı konumdaki kişilere farklı şekilde muamele yapılabilecektir.¹⁵⁸ Ancak, Anayasa'nın belirtilen maddesinde sayılan dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri unsurlar farklılık nedeni olarak sayılamayacaktır.¹⁵⁹

¹⁵³ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.201.

¹⁵⁴ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.217.

¹⁵⁵ DURAN Lütfi, age., s.10-311; GÜNDAY Metin, age., s.288; GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.32.

¹⁵⁶ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.218.

¹⁵⁷ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.278-279. GÖZLER bu konuda, eğitim hizmetinde kız öğrencileri bir okula teşvik için giriş sınavlarında kız öğrencilere puan eklenmesi şeklindeki bir uygulamanın cinsiyete dayalı bir ayırım olacağı gerekçesiyle mutlak eşitlik ilkesine aykırı olacağı örneğini vermektedir. GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.279.

¹⁵⁸ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.279.

¹⁵⁹ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.218.

Kamu hizmetinin eşitliği ilkesi, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer bulan "kanun önünde eşitlik" ilkesinin yansıması gibi görünmekle beraber aslında "kanun önünde eşitlik" ilkesi, kamu hizmetinin eşitliği ilkesinin doğrudan ifadesidir.¹⁶⁰ Buna göre, "kamu hizmetinin eşitliği ilkesi" Anayasa'da açıkça düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında "kamu hizmetinde eşit davranış eşit yararlanma temel ilkedir." ifadelerine yer vermek suretiyle eşitliğin kamu hizmeti alanındaki yansımasına vurgu yapmıştır.¹⁶¹

Anayasa Mahkemesinin "eşitlik ilkesi"ni açıkladığı birçok kararı bulunmaktadır. Bu kararlardan bazılarında aşağıda yer verilmektedir.

"Kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, birbiriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasının ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasının engellenmesidir... Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez."¹⁶²

¹⁶⁰ KESKİN Bayram, age., s.25; KARAHANOGULLARI Onur, age., s.201. KARAHANOGULLARI "kanun önünde eşitlik" ilkesi ile ilgili şu ifadelere yer vermektedir; "Anayasada'ki tanımlayışıyla eşitlik, kişilerin devletle olan ilişkilerine yönelik bir ilkedir. Anayasa'nın 10. maddesindeki ifadesiyle kanun karşısında "herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri" unsurlar bakımından eşit konumdadır. Ya da daha farklı ifade etmek gerekirse, kişilerin dili, ırkı, cinsiyeti, siyasi düşüncesi, dini ve benzeri temel farklılıkları kanunlar önünde "gözetilmez". Kanunlar, bu unsurlar farklılık yaratmadan yapılır ve uygulanır; devlet bu unsurları farklı muamele dayanağı yapmadan faaliyette bulunur." KARAHANOGULLARI Onur, age., s.201. Anayasa'nın 10'uncu maddesi;"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." şeklindedir.

¹⁶¹ Anayasa Mahkemesi, E.1987/3, K.1987/13, T.22.05.1987 (RG: T.18.09.1987, S.19578).

¹⁶² Anayasa Mahkemesi, E.2003/106, K.2004/59, T.12.05.2004 (RG: T.03.11.2004, S.25632).

“... Anayasanın eşitlik ilkesinin çiğnenmiş sayılabilmesi, eşitliği bozar gibi görünen kuralın herhangi bir kamu yararına veya haklı bir nedene dayanılmadan getirilmiş bulunmasına bağlıdır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik kavramıyla kanun önünde eşitlik yani hukuki eşitlik kastedilmiştir. Bu ilkeyle bir tek kişiye veya kimi topluluklara, aynı durumda bulunan yurttaşlardan daha çok veya daha geniş hak ve yetkiler tanımak yoluyla kanun karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmesi yasaklanmaktadır.

Kanun karşısında eşitlik demek bütün yurttaşların hepsinin, her yönden aynı hükümlere bağlı tutulmaları demek değildir. Kimi yurttaşların başka hükümlere bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise eşitlik ilkesinin ihlalinden söz edilemez.

Anayasadaki eşitlik ilkesinin amacının, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmasını sağlamak ve yurttaşlara, yasa karşısında dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle ayırmalı davranılmasını önlemek olduğu Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında vurgulanmıştır.”¹⁶³

“... “Kanun önünde eşitlik, ilkesi, Mahkememizin pek çok kararlarında belirtildiği gibi tüm yurttaşların mutlaka her yönden, her zaman aynı kurallara bağlı tutulmaları zorunluluğunu da içermez. Birtakım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemez.

İnsanlar arasında yaradılış ve çalışma gücü veya sağlık bakımından veya nitelikçe buna eşit nedenler dolayısıyla pek çok ayırım bulunduğu açık bir gerçektir. Bundan dolayıdır ki, eşitliği bozan bir kuralın varlığı, ancak

¹⁶³ Anayasa Mahkemesi, E.1986/16, K.1986/25, T.21.10.1986 (RG: T.31.01.1987, S.19358).

o kuralın kamu yararına veya başka haklı bir nedene dayanmamış olması hallerinde ileri sürülebilecektir.”¹⁶⁴

“Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Durumlarındaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklara, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi, Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.”¹⁶⁵

“Yasa önünde eşitlik ilkesi” hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Kimilerinin Anyasa’nın 13. maddesinde öngörülen nedenlerle değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir.”¹⁶⁶

Belirtilen Anayasa Mahkemesi kararlarında yer alan; “kanun önünde eşitlik” ilkesinin herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmeyeceği, Anayasa’nın amaçladığı eşitliğin, eylemli değil hukuksal eşitlik olduğu, aynı hukuksal durumların aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması durumunda Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesinin çiğnenmiş olmayacağı ifadelerinden Anayasa Mahkemesinin nispi eşitlik ilkesi anlayışını benimsediği anlaşılmaktadır.

Yine söz konusu kararlara göre; eşitlik ilkesinin amacı, aynı hukuksal durumda bulunan kişilerin aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve yasalarla kişiler arasında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önleyerek ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektir.

Kararlardan, Anayasa Mahkemesinin, nispi eşitlik çerçevesinde yapılan ayrımcılığın “kanun önünde eşitlik” ilkesine aykırı olup olmadığını incelerken değişik

¹⁶⁴ Anayasa Mahkemesi, E.1981/13, K.1983/8, T.28.04.1983 (RG: T.09.04.1984, S.18367).

¹⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, E.1997/74, K.1998/69, T.17.11.1998 (RG: T.23.10.1999, S.23855).

¹⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, E.1998/58, K.1999/19, T.27.05.1999 (RG: T.04.03.2000, S.23983).

kriterler belirlediği, diğer bir ifadeyle kararlarında kriter anlamında bir standart olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim bazı kararlarda sadece “haklı neden” bazı kararlarda “bir kamu yararı veya haklı bir neden”, bazı kararlarda “haklı neden veya farklılığın doğurduğu zorunluluklar”, bazı kararlarda ise “Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen nedenler” kriter olarak kabul edilmiş ve şayet farklı uygulamanın bunlardan bir tanesine dayanması halinde bu uygulamanın “kanun önünde eşitlik” ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği kabul edilmiştir.

Belirtilen kriterlerden “haklı neden” ifadesi, oldukça subjektif bir kavram olması nedeniyle kamu hizmetlerinde ayrımcılık yapılmasının kriteri olarak kullanılması zordur.¹⁶⁷ Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yer alan sebeplerin (Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, milli egemenlik, Cumhuriyet, milli güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlak ve genel sağlık) “haklı neden” kriterine göre daha somut ve uygulanmaları daha kolay olmakla birlikte bu hususlar 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile madde metninden çıkarıldığından artık kriter olarak kullanılmaları mümkün değildir.¹⁶⁸

3. DEĞİŞKENLİK VE UYARLANMA

Daha önce ifade edildiği üzere, “devamlılık” kavramının bir yönü “kronolojik” yani zaman yönünden devamlılık iken diğer ve asıl önemli yönü ise “içerik ve yoğunluk” bakımından düzeyindeki devam yani “istikrar”dır.¹⁶⁹ “Devamlılık” kavramının tek başına bir anlam taşımadığı, buna karşılık “içerik ve yoğunluk” bakımından da aynı düzeyde devamı sağlayacak nitel “istikrar”ın söz konusu olması gerektiği görüş ve varsayımı bizi ister istemez “değişkenlik ve uyarlanma” kavramına götürmektedir.”¹⁷⁰ Bir faaliyetin kamu hizmeti haline getirilmesi, bireylerin ve toplulukların o konudaki gereksinimlerinin en iyi ve uygun şekilde karşılanması

¹⁶⁷ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.281.

¹⁶⁸ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.282.

¹⁶⁹ ÖZAY İlhan, age., s.241. ÖZAY konu ile ilgili olarak şu örneği vermektedir. “...yararlananlara günün yirmidört saatinde sunulan elektrik eğer belli saatlerde buzdolaplarını tam olarak çalıştıracak, televizyonda rahat görüntü sağlayacak ya da asansörleri hareket ettirebilecek güçte değil ise, aboneler voltaj regülatörü ve benzeri ek araçlardan medet ummak zorunda kalıyorlarsa, o takdirde sürekli biçimde sunulan bir hizmet ile karşı karşıya bulunulduğunda kuşku yoktur.” ÖZAY İlhan, age., s.241.

¹⁷⁰ ÖZAY İlhan, age., s.242.

amacına yönelik olduğundan, kamu hizmetlerinin değişken olmasını yani değişen ve gelişen koşullara ve teknik verilere kendilerini uydurmalarını zorunlu kılmaktadır.¹⁷¹ Diğer bir ifadeyle, “kamu hizmetinin karşıladığı kamu yararı ve bunu karşılama araçları zamana ve mekana göre değiştiğine göre kamu hizmeti de amacını gerçekleştirebilmek için bunlara uyum sağlamak zorundadır.”¹⁷²

Değişkenlik ve uyarlanma ilkesi, kamu hizmetinin değişkenliğini yani gelişen ve değişen toplum ihtiyaçlarına ve teknolojik gelişmelere kendini uydurma zorunluluğunu ifade etmektedir.¹⁷³ Daha geniş bir ifadeyle söz konusu ilke “çağın teknik ve teknolojik bilimsel gerek ve olanaklarının olabildiğince göz önünde tutulması ve buna göre sunulan hizmetin içerik ve yöntemi ile araç-gereçlerinde sürekli değişkenlik ve uyarlamaların yapılması zorunluluğunu” anlatmaktadır.¹⁷⁴

Söz konusu ilke çerçevesinde, idarenin kamu hizmetlerinin günün koşullarına göre daha iyi ve uygun şekilde yürütebilmesini teminen her zaman hizmetin örgütleniş ve işleyişinde gerekli değişiklikleri yapabileceği, yapılacak değişiklikler karşısında, ilgililerin kazanılmış hak iddiasında bulunamayacağı ve bunlara katlanacağı kabul edilmektedir.¹⁷⁵

Anayasa’da değişkenlik ve uyarlanma ilkesine ilişkin doğrudan bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, Anayasa’nın idareye ve planlamaya dair kimi hükümlerinde “verimlilik, uyumluluk, düzenlilik, etkililik” kamusal etkinliğin ilkeleri olarak dolaylı şekilde öngörülmüştür. Kamu hizmetlerinin bu ilkelerin gereğini yerine getirebilmesi için uygun yeni araç ve yöntemlerin izlenmesi bir zorunluluk teşkil

¹⁷¹ GÜNDAY Metin, age., s.287; DURAN Lütfi, age., s.310.

¹⁷² KARAHANOGULLARI Onur, age., s.221. KARAHANOGULLARI’na göre uyarlanma ilkesinin önemi, zorunluluğu ifade etmesinden değil, kamu hizmeti hukuki rejiminin temel özelliklerinden olan “tek yanlılık”ın kaynaklarından olmasındandır. KARAHANOGULLARI Onur, age., s.221.

¹⁷³ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.856; DURAN Lütfi, age., s.310; GÜNDAY Metin, age., s.287.

¹⁷⁴ ÖZAY İlhan, age., s.242.

¹⁷⁵ GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye’nin Yönetim Yapısı, s.31; DURAN Lütfi, age., s.310. Aksi durum, toplumsal ihtiyaçların çağdaş uygarlık esaslarına uygun şekilde karşılanamaması sonucunu ortaya çıkaracaktır ki, bu durum kamu yararına aykırılık teşkil eder. GİRİTLİ / BİLGİN, age., s.154.

etmektedir. Değişkenlik ve uyarlanma ilkelerinin anayasal dayanağını zayıf da olsa bu düzenlemelerde görebiliriz.¹⁷⁶

Değişkenlik ve uyarlanma ilkesinde, ihtiyaçlardaki hızlı değişime ne oranda ve hızda cevap verilmesi gerektiği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda kesin bir kıstas olmamakla beraber idarenin, Anayasa'nın 65'inci maddesinde yer bulan "mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde" değişime uyum sağlayabileceği de bir gerçektir.¹⁷⁷

4. BEDELSİZLİK

Bedelsizlik başka bir deyişle "meccanilik" ilkesi öğretide tartışılan konulardan birisi olup, kamu hizmetlerinin kural olarak karşılıksız oluşunu ifade etmektedir.¹⁷⁸ Meccani Arapça bir sözcüktür ve karşılıksızlığı ifade etmektedir. Yine Arapça bir sözcük olan bedel ise karşılık anlamına gelmektedir.¹⁷⁹

Kamu hizmetinin karşılıksız oluşunu kamu hizmetinin genel ilkeleri arasında sayanlar olduğu gibi saymayanlar da vardır. Aslında, bedelsizlik, ancak Anayasa ve kanunlar tarafından öngörülmesi halinde, öngörülen kamu hizmetleri için geçerli olabilecek istisnai bir ilkedir.¹⁸⁰ Bununla birlikte söz konusu ilke, kamu hizmetlerinde bugün için farklı şekillerde etkisini göstermeye devam etmektedir. Bu bakımdan bu ilkeye kamu hizmetinin genel ilkeleri arasında yer verilmesinin uygun olacağı düşünülmüştür. Öte yandan, öğretide kamu hizmetinin karşılığında alınan paranın

¹⁷⁶ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.222. Anayasanın söz konusu hükümlerine "İdarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla, Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak kurulan Devlet Denetleme Kurulu, ... her türlü inceleme, araştırma ve denetlemeleri yapar" şeklindeki 108'inci maddesi, "Kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla, birden çok ili içine alan merkezî idare teşkilatı kurulabilir..." şeklindeki 126'ncı maddesinin son fıkrası, "...ülke kaynaklarının... verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak Devletin görevidir." şeklindeki 166'ncı maddesinin birinci fıkrası, "Planda... kaynakların verimli şekilde kullanılması hedef alınır." şeklindeki 166'ncı maddesinin ikinci fıkrası ve "...üniversitelere tahsis edilen kaynakların etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak ... maksadı ile Yükseköğretim Kurulu kurulur." şeklindeki 131'inci maddesi örnek olarak gösterilebilir. KARAHANOGULLARI Onur, age., 575 no.lu dipnot, s.222-223. Benzer görüş için bakınız. KESKİN Bayram, age., s.31.

¹⁷⁷ KESKİN Bayram, age., s.32.

¹⁷⁸ KESKİN Bayram, age., s.27.

¹⁷⁹ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.228.

¹⁸⁰ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.304.

hukuki niteliğinin (“vergi, resim veya harç ve benzeri yükümlülük” veya “fiyat”) ne olduğu konusunda da görüş birliği bulunmamaktadır.¹⁸¹

İdare tarafından sınırlı sayıdaki kamu hizmetinin yürütüldüğü dönemlerde, bu hizmetler karşılığında bir para alınmazken (ki bugün dahi klasik nitelikli bazı kamu hizmetleri parasız olarak yürütülmektedir) bugün idarenin üstlendiği kamu hizmetlerinin çoğalmas ve bununla bağlantılı olarak söz konusu hizmetlerden yararlananların sayısının artması sonucu, belli hizmetler karşılığında para alınabilmektedir.¹⁸² Ancak, burada önemli olan husus parasız yararlanılabilen kamu hizmetlerinin de karşılıksız olmadığıdır.¹⁸³ Nitekim Devletin gördüğü hizmetlerden örneğin milli savunma, zabıta, ilköğretim gibi parasız ifa edilen hizmetler de vatandaşlardan alınan vergilerle yürütülmektedir.¹⁸⁴ Diğer bir ifadeyle, bireyler, parasız sunulan kamu hizmetlerinin maliyetine de doğrudan veya dolaylı bir şekilde katılırlar.¹⁸⁵ Sonuç olarak hiçbir kamu hizmetinin karşılıksız (bedelsiz) olmasından söz edilemez.¹⁸⁶ Diğer taraftan, parasızlık da genel bir ilke olarak görülemez. Zira, sınai ve ticari kamu hizmetlerinin karşılığı doğrudan kullanıcılardan alınmakta olup, bu hizmetler paralıdır. Bununla birlikte, parasızlığın idari kamu hizmetleri için genel bir ilke olup olmadığı hususu ise tartışmalıdır.¹⁸⁷

¹⁸¹ Kamu hizmetlerinin karşılığı olarak ödenen paranın hukuki niteliğinin tespitinin neden önemli olduğu GÖZLER tarafından şu şekilde açıklanmaktadır: “Bir kamu hizmetinin karşılığı olarak alınan paranın “vergi, resim veya harç ve benzeri mali yükümlülük” olması ile “fiyat” olması arasında, bunların yol açtığı hukuki sonuçlar bakımından önemli farklılıklar vardır. Şöyle ki: (1) Kamu hizmetinin karşılığı olarak alınan para, “vergi, resim veya harç ve benzeri yükümlülük” niteliğinde ise, bu para kamu hukukuna tabi olur. Bunun konulması, kaldırılması, değiştirilmesi, miktarının belirlenmesi için kanun gerekir (Anayasa m.73). Yani bu durumda hizmetin karşılığı, tarafların rızasıyla değil, tek-tarafli olarak belirlenir. Bu paranın miktarının verilen hizmetin maliyetini geçmemesi ve ödeyenlerin mali gücüne göre (Anayasa, m.73/1) belirlenmesi gerekir. Bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda idari yargı (vergi mahkeneleri) görevlidir. (2) Kamu hizmetinin karşılığı olarak alınan para, “fiyat (prix)” niteliğinde ise, bu para özel hukuka tabi olur. Fiyat, verilen hizmetin maliyetinden yüksek olur. Yani maliyete bir de “kar payı” eklenir. Fiyat, hizmeti veren kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında kamu hizmetini işleten özel hukuk tüzel kişisi ile hizmeti kullanan kişi arasında sözleşme yoluyla belirlenir. Fiyattan kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda karara bağlanır.” GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.308.

¹⁸² GÜNDAY Metin, age., s.288.

¹⁸³ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.228-229.

¹⁸⁴ ONAR Sıddık Sami, age., s.18.

¹⁸⁵ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.228.

¹⁸⁶ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.228.

¹⁸⁷ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.230. Aytıntı için bakınız. KARAHANOGULLARI Onur, age., s.230.

Anayasa'nın 73'üncü maddesinin değerlendirilmesinden kamu hizmetinden yararlanmanın bir karşılığı bulunduğu ve para karşılığı olabileceği sonucu çıkmaktadır.¹⁸⁸ Anılan maddenin "Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür." şeklindeki birinci fıkrasına göre kamu hizmetlerinin bedeli tüm toplum tarafından karşılanacaktır ve karşılıksız değildir. Maddenin "Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır." şeklindeki üçüncü fıkrasında da kamu hizmetinden yararlanmanın paralı olabileceği düzenleme altına alınmıştır.¹⁸⁹ Burada geçen harç "bazı kamu hizmetlerinden yararlanan kimselerin belli bir ölçüde bu hizmetlerin maliyetine katılmaları amacıyla ya da kişilerin bazı işlemleri yapmaları sırasında konulan ve zor unsuruna dayanan mali yükümlülükler"i ifade etmektedir.¹⁹⁰ Buna göre, kamu hizmetlerinden yararlanılması, kanunla, belirlenmiş bir parayı ödeme şartına bağlanabilir.¹⁹¹

Kanun koyucu belirli bir kamu hizmetinin paralı veya parasız olarak sunulması tercihini yapmakta kural olarak serbesttir.¹⁹² Anayasa'nın 130'uncu maddesinde yer alan "...yükseköğretime giriş, devam ve alınacak harçlar, Devletin yapacağı yardımlar ile ilgili ilkeler,... kanunla düzenlenir." şeklindeki hükümle de yüksek öğretim kamu hizmetinin paralı olmasına olanak tanınmıştır.¹⁹³ Diğer taraftan, Anayasa'da bir kamu hizmeti için parasızlığı öngören tek hüküm bulunmakta olup, bu hüküm Anayasa'nın 42'nci maddesinde yer alan "ilköğretim kız ve erkek vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır." şeklindeki hükümdür.¹⁹⁴

Anayasa Mahkemesi kararlarına baktığımızda, Devletin salt iktisadi nitelik arz etmeyen hizmetlerinin diğer hizmetlerden ayrılarak farklı bir rejime tabi tutulduğunu görmekteyiz.

¹⁸⁸ KESKİN Bayram, age., s.29; KARAHANOGULLARI Onur, age., s.232.

¹⁸⁹ KESKİN Bayram, age., s.29; KARAHANOGULLARI Onur, age., s.232.

¹⁹⁰ ÖNCEL Mualla / KUMRULU Ahmet / ÇAĞAN Nami, Vergi Hukuku, 11. Bası, Ankara 2003, s.435.

¹⁹¹ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.233.

¹⁹² ERGÜN Çağdaş Evrim, Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, Ankara 2010, s.200.

¹⁹³ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.233; KESKİN Bayram, age., s.30.

¹⁹⁴ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.233.

“Anayasa’nın 50. maddesindeki kuralların dayanağı, halkın öğrenim ve eğitim ihtiyaçlarını sağlamanın Devlet için en başta gelen ödevlerden olduğu ilkesidir. Bu maddede, halkın öğrenim ve eğitim gereksinmelerinin karşılanması, nitelikçe kolluk işleri, yargı işleri gibi, Devletin en önemli ödevlerinden olduğu ilkesi benimsenmiş ve kesinlikle açıklanmıştır... Öğretim ve eğitim Devletin en önemli ödevlerinden sayılınca bu konuda devlete yardımcı olarak özel kesimce açılacak ve işletilecek kurumların kazanç amacı güden kurumlar olmaması zorunlu olarak ortaya çıkar; Devletin başta gelen ve salt iktisadî alan dışında bulunan bir ödevi için yardımcı olmak üzere açılacak ve işletilecek bir kurumun zarardan korunmak düşüncesiyle yetinmeyip kazanç amacı gütmesi, sosyal Devlet ilkesi ile bağdaştırılmaz ve böyle bir duruma izin veren hiçbir kural, Anayasamızda yer almış değildir. Gerçekten salt iktisadî nitelikte olmayan kamu işlerinin Devletçe ve Devlet kaynaklarıyla ve kazanç amacı güdülmeksizin görülmesi, Anayasa’nın temel ilkelerindedir.”¹⁹⁵

Yer verilen karara göre, Devletin iktisadî nitelikte olmayan hizmetleri, sosyal devlet ilkesi gereği, Devletçe ve Devlet kaynaklarıyla ve kazanç amacı güdülmeksizin görülmesi gereken hizmetlerdir. Diğer bir ifadeyle bu hizmetlerde yararlananlardan bir karşılık alınması durumunda bu karşılık kâr içermeyecektir. Yüksek Mahkeme tarafından bu durum Anayasa’nın temel ilkelerinden addedilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin sonraki tarihli kararlarında da bu anlayışın devam ettiği görülmektedir.

“Bir iktisadî kuruluş için satış bedelini anlatan “fiyat”ın kâr kapsadığı temelde doğru ise de, hizmetin kamu kurumunca verilmesinin bedeli olup giderleri “asgari” düzeyde karşılayan “ücret”in “fiyat” sözcüğüyle adlandırılması, genel anlamda iktisadî işletmenin “satış” yapmasıyla bir tutulamaz. Kamu hizmetinin giderlerine yurttaşın bir ölçüde katılımının

¹⁹⁵ Anayasa Mahkemesi, E.1969/31, K.1971/3, T.12.01.1971 (RG: T.26.03.1971, S.13790).

istenmesi, bu hizmetin satışı sayılamaz. Sağlık kurumlarının işletme durumunda çalışması, bu nedenle ücret alınması da sosyal hukuk devleti niteliğiyle bağdaşmaz değildir. Yasanın 3. maddesinin öngördüğü temel esasların gerçekleştirilmesi hizmetlerin karşılığında bir ücret alınmasını doğal kılmakta, bunun sosyal hukuk devleti niteliğine ters düşen bir yanı görülmemektedir... Anayasa, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler konusunda devleti öncelikle görevlendirmiştir. Ancak, devlet bu görevlerini yine Anayasa'nın 65. maddesinin çizdiği sınır içinde, "...malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.". Klasik idare hukukunun bedelsiz-meccanî olmasını ilk koşul saydığı kamu hizmeti kavramı, giderek değişiklik görmüş, günümüzde karşılık olarak yararlananlardan ödeme güçleri oranında bir ücret alınması uygulaması yaygınlaşmıştır. Böylece, yararlananlarla yararlanmayanlar arasındaki eşitsizlik de giderilmiştir... kamu hizmetlerine ayrılarak kamunun yararlanmasına özgülenmiş varlıkların salt ticarî işletme durumuna indirgenerek piyasa ekonomisi kurallarına açık tutulmaları olgusu bir yana, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bir yön yoktur.”¹⁹⁶

Söz konusu karara göre bir iktisadi kuruluşun satış bedeli için, giderleri asgari düzeyde karşılayan ücret yerine, kârı da kapsayan fiyat sözcüğünün kullanılması, iktisadi işletmenin satış yapmasıyla bir tutulamaz. Karar, dolaylı ve üstü kapalı biçimde de olsa kamu hizmeti karşılığının piyasa koşullarına göre oluşacak bir fiyat olamayacağı izlenimi vermektedir.¹⁹⁷ Bu karar da kamu hizmetlerinden yararlananlardan bir karşılık alınması durumunda bu karşılığın kâr içermemesi gerektiği yönündeki 12.01.1971 tarihli kararı ile paralellik arz etmektedir. Diğer taraftan kararda, kamu hizmetlerinden yararlananlardan ücret alınmasının sosyal devlet ilkesi ile bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda da açıklamalara yer verilmiştir. Buna göre, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler konusunda öncelikli olarak görevli olan Devletin karşılık olarak yararlananlardan ödeme güçleri oranında bir ücret alması, Anayasa'nın 65'inci maddesi çerçevesinde söz konusu görevlerini mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getirmesi kuralı da dikkate alındığında, sosyal devlet ilkesine aykırılık teşkil

¹⁹⁶ Anayasa Mahkemesi, E.1987/16, K.1988/8, T.19.04.1988 (RG: T.23.08.1988, S.19908).

¹⁹⁷ TAN Turgut, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı", s.252.

etmemektedir. Ayrıca bu durum hizmetten yararlananlarla yararlanmayanlar arasındaki eşitsizliği de gidermektedir.

Anayasa Mahkemesinin 26.03.1974 tarihli kararında da, kamu hizmeti niteliğinde olan yüksek öğretim hizmetinden yararlanarlardan para alınmasının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir. Karara göre; kamu hizmetlerinin maliyetini önceden hesaplayarak bu maliyeti yurttaşlar arasında bölüştürmenin olanak dışı olması, bu nedenle de verginin tüm kamu hizmetlerinin maliyetini karşılayacağı ve kaynak yönünden başka desteğe ihtiyaç kalmayacağı düşünülmemesi, yurttaşın vergi vermesinin belirli bir kamu hizmetinden yararlanması için ayrıca bir ücret ödemesine engel teşkil edemeyeceği sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca kararda; devletin yapmakla yükümlü bulunduğu bir kamu hizmeti için o hizmetten doğrudan doğruya yararlanarlardan bir ücret isteyip istenemeyeceği sorusuna genel, kapsamlı ve değişmez bir cevap vermenin imkansız olduğu, bu sorunun cevabının hizmetin özelliğine göre değişiklik arz ettiği, hatta bazı durumlarda hizmetten doğrudan doğruya yararlanarlardan işin gereği olarak para alınması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁹⁸

Anayasa Mahkemesinin, kamu hizmetinin sonu olarak ünlenen kararında ise "Karayollarından, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazı, demiryolları, havayolları, kimi hastane ücretleri gibi, şartlara göre oluşturulan ve hizmetin konusu tesislerin bakım ve idamesini ve yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen bir fiyattır ve belirtilen nitelikleri bakımından muayyen kamu hizmetleri karşılığı kişilerden alınan resim, harç veya benzeri mali yükümlülüklerden sayılmaz. Bu itibarla, bunların "Gelir Ortaklığı Senedi yolu ile özel kişilere bırakılmasında Anayasa'nın 73. maddesine aykırı bir yön bulunmamaktadır." ifadelerine yer verilmiştir. Kararda, fiyat kavramına yer verilmesi ve bunların gelir ortaklığı senedi yolu ile özel kişilere bırakılmasının Anayasa'ya aykırı görülmemesinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, Anayasa Mahkemesince kamu hizmetlerinden kâr elde edilebileceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Zira fiyatın içinde, gelir ortaklığı senedi sahiplerine verilecek gelir de

¹⁹⁸ Anayasa Mahkemesi, E.1973/32, K.1974/11, T.26.03.1974 (RG: T.21.6.1974, S.14922).

yer alacaktır. Bu gelirin dağıtılabilmesi ise hizmetten kâr elde edilmesi ile mümkün olabilir.¹⁹⁹

Anayasa Mahkemesinin 12.04.1990 tarihli kararında da; kamu hizmetlerinin, aslında bir bütün olduğu, bunun yerine getirilmesinin de ilke olarak Devlete ait olmakla birlikte, toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulunun artık aranmadığı, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirilebileceğinin kabul edildiği, ancak bu durumun hizmeti yapmakla yükümlü kılınan kamu kurumunu hizmetten yararlananlara ve üçüncü şahıslara karşı sorumluluktan kurtaramayacağı, bu sebeple hizmetin kurallarına uygun ciddiyet ve güvenilir biçimde yürütülmesini sağlamanın Devletin görevi olduğu, bir yanda genel kamu yararını amaçlayan bir kamu hizmeti, öte yandan da yararını düşünen özel kişilerin bulunmasının, bu yarar çatışmasının dengelenmesini gerektirdiği, dengelemenin sağlanabilmesi için de yürütülecek hizmet üzerinde kamu kurumuna etkin yetki ve sorumluluk tanınmasının zorunlu olduğu değerlendirilmelerine yer verilmiştir.²⁰⁰ Bu karardan, bir faaliyette özel yarar (kâr amacı) olmasının o faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde olması sonucunu değiştirmedeği, ancak kâr amacının muhtemel sakıncalarının kamu kurum ve kuruluşlarının etkin yetki ve sorumlulukları ile önlenmesi gerektiği sonucu çıkarılabilir.

Anayasa Mahkemesinin tüm bu kararlarından; iktisadi nitelikte olmayan temel hizmetlerde kazanç sağlama amacı güdülmesinin Anayasa'nın sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu yönündeki anlayıştan, kar amacı güdülebileceği ancak bunun sakıncalarının kamu kurum ve kuruluşlarına tanınacak yetki ve verilecek sorumluluklarla denetlenmesi yönündeki anlayışa geçiş yaptığı sonucuna ulaşmaktayız.

Bu noktada Anayasa Mahkemesinin kamu hizmetleri karşılığında alınan bedelin iktisadi anlamda kâr olabileceği sonucuna varan kararları ile öğretide bazı yazarların görüşlerinin uyduğu bazı yazarların görüşlerinin de çelişmekte olduğu gözlenmektedir.

¹⁹⁹ YAYLA Yıldızhan, "Sosyal Devletten İktisadi Devlete (Veya Kamu Hizmetinin Sonu)", Hukuk Araştırmaları, C.I, S.1, s.36'dan aktaran: YILDIRIM Turan, "Kamu Hizmeti ve Kar Amacı", Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, 2001, s.40.

²⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, E.1990/4, K.1990/6, T.12.04.1990 (RG: T.18.06.1990, S.20551).

Nitekim ÖZAY'ın aşağıda yer verilen görüşü, Anayasa Mahkemesinin söz konusu görüşü ile uyuşmamaktadır.

“Kamu hizmetlerinden yararlanma karşılığı ödenen paranın hukuksal niteliği ne olursa olsun aslında hemen vurgulanması gereken bunun bir “fiyat” olmadığı, olmaması gerektiğidir. Bilindiği gibi ekonomik anlamda fiyat “maliyet artı kâr” unsurlarından oluşan bir kavramdır. Bunların olabildiğince düşük tutulması için çaba sarfedilebilir ama bu iki unsurdan oluşan fiyattan vazgeçen hiç bir ekonomik girişim olamaz. Özel girişim tanım olarak gelir getirici bir etkinliktir ve ekonomi alanında bunun adı da “kâr”dır... Aslında ilke olarak hiç ödenmemesi gereken buna karşılık yararlanma için çoğu kez ödenen para, ne bir “fiyat” ne de “bedel” sayılamayacağına göre hukuksal niteliğini belirlemede başka bir kavramdan yararlanılabilir... kamu hizmetleri karşılığı yararlananlardan hiç para alınmaması İdare Hukukunun “kamu yararı” ile birlikte anılan temel ilkelerden biridir. Ancak kural bu olunca, bunun ayrık halinin, yani belli bir para almanın da yine kamu yararı ile birlikte düşünülmesi ve bu temel ilkeye uygun düşmesi gerekmektedir. Bu nedenle “kamu hizmeti karşılığı alınan para(nın) genel niteliği bakımından ancak... vergi türünden bir şey... bir edim, hizmet, faaliyetten ötürü bundan faydalananaya yüklenen <<resim>>, <<harç>>dan başka bir şey (olmadığı)” söylenebilir... Bunu bir “vergi” olarak düşündüğümüzde de bu alanda geçerli olan anayasal ilkelerinde gözetilmesi gerekecektir. Nitekim Anayasa “Vergi ödevi” kenarbaşlığını taşıyan 73 üncü maddesinde “(h)erkes(in) ... vergi ödemekle yükümlü” olduğunu öngörmekle beraber, bunun “mali gücüne göre” olmasını istemiştir. Demek ki kamu giderlerinin eşit bir biçimde karşılanması dolayısıyla hizmetin maliyetinin bölünmesi değil, buna ekonomik güç oranında bir “katılım” ilke ve kuralı temel alınmıştır. Bunu kamu hizmetlerinden yararlanmaya uyguladığımız zaman veya doğrudan vergilerle zaten bu katılım gerçekleştiği için hiçbir parasal karşılık

sözkonusu olmayacak ya da bunun için ödenen, en az gelir düzeyindeki kimselerin bile kolaylıkla verebilecekleri bir miktarı aşamayacaktır.”²⁰¹

GÖZÜBÜYÜK ve TAN, ÖZAY’ın kamu hizmetinin karşılığı olarak ödenen bedelin içinde kâr olamayacağına ilişkin görüşüne karşılık “...pozitif hukuk düzenlemeleri bu bedelin içinde kâr bulunduğunu kanıtlar yöndedir.” görüşünü savunmuşlardır.²⁰²

GÜNDAY’ın görüşü ise Anayasa Mahkemesinin görüşü ile paralellik arz etmektedir. GÜNDAY’a göre;

“iktisadi nitelikli kamu hizmetlerinin kârlılık ve verimlilik esaslarına göre yürütülmesi esas olduğundan, bu hizmetler karşılığı olarak hizmetten yararlananlardan alınan paraların kâr elde etme amacına yönelik bir fiyat olduğu söylenebilir. Ancak gene de kamu hizmetlerinin nesnellik ve eşitlik ilkelerinden tam olarak ayrılmamak ve bu hizmetlerden yararlananların da ödeme güçlerini gözönünde tutarak bu fiyatı belirlemek gerekir. Zira, her ne kadar bu hizmetler karlılık ve verimlilik esaslarına göre yürütülmesi öngörülmekte ise de, asıl amaç kâr elde etmek değil ve fakat toplumsal gereksinimleri gidermek suretiyle kamu yararını sağlamak olmalıdır. Kâr olsa olsa, esas itibarıyla kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik bu faaliyetlerin bir sonucu olabilir.”²⁰³

Kamu hizmetlerinden yararlananlardan para alınıp alınmayacağı alınacaksa bu paranın hukuki niteliğinin ne olduğu konusunun idari kamu hizmetleri ile sınıai ve ticari kamu hizmetleri için ayrı ayrı değerlendirilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

Öğretide, idari kamu hizmetlerinde ikili bir ayrıma gidilerek, idari kamu hizmetini kurup kurmamanın kamu tüzel kişinin seçiminde olduğu ihtiyari kamu hizmetlerinde para alınabileceği, buna karşın mevzuatla kurmak ve yürütmek zorunluluğu öngörülen

²⁰¹ ÖZAY İlhan, age., s.244.

²⁰² GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.667.

²⁰³ GÜNDAY Metin, age., s.289.

mecburi kamu hizmetlerinde ise para alınamayacağı ifade edilmektedir.²⁰⁴ Konu ile ilgili Danıştayın bir kararında da “Kurumların kanunla kendilerine verilen zorunlu bir kamu hizmetinin yürütülmesinde, yasal bir düzenleme olmadıkça bu hizmetle ilgili şahıslardan bir bedel istenmesi kamu hizmeti kavramına uygun bulunmamaktadır.” gerekçesine yer verilerek kanuni düzenlemede zorunlu kamu hizmetinin yürütülmesi karşılığında bedel öngörülmediği halde ilgili Yönetmelikte bedel öngörülmesi hukuka aykırı bulunmuş ve söz konusu Yönetmelik maddesi iptal edilmiştir.²⁰⁵

Sınai ve ticari kamu hizmetleri için ise hizmetten yararlananlardan para alınabileceği hatta hem bu hizmetlerin kârlılık ve verimlilik esaslarına göre yürütülmesi gerekliliği²⁰⁶ hem de hizmetin devamlılığının ve hizmetten yararlananlarla yararlanmayanlar arasında oluşacak adaletsizliğin bertaraf edilmesi için alınması gerektiği²⁰⁷ kabul görmektedir. Bu anlamda kamu hizmetlerinin kural olarak karşılıksız oluşunu ifade eden bedelsizlik ilkesi bilhassa sınai ve ticari nitelikli kamu hizmetlerinde genel bir ilke olarak görülmemektedir. Bununla birlikte bedelsizlik ilkesinin günümüz hukukuna yansımalarının devam ettiği bir gerçektir.

Şöyle ki, idari kamu hizmetlerinde alınan bu paranın hizmetin maliyetini geçmemesi gerekir.²⁰⁸ Zira idari kamu hizmetleri ticari değil kamusal usullere göre yürütüldüğüne göre, bu hizmetlerde kâr amacı güdülemez. İdari kamu hizmetlerinden yararlananlardan karşılık alınması durumunda bu karşılığın kâr içermemesi ayrıca

²⁰⁴ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.308. Ayrıntı için bakınız. GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.308-309.

²⁰⁵ Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Kurumların kanunla kendilerine verilen zorunlu bir kamu hizmetinin yürütülmesinde, yasal bir düzenleme olmadıkça bu hizmetle ilgili şahıslardan bir bedel istenmesi kamu hizmeti kavramına uygun bulunmamaktadır.4628 sayılı Kanunun 5. maddesinin beşinci fıkrasının (j) bendinde, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin denetlenmiş malî tablolarını incelemek veya incelettirmek Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun görevleri arasında belirlenmiş olup, davalı idarenin yapmakla yükümlü olduğu bu denetim görevi karşısında yukarıda açıklandığı üzere bir bedel istenmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Bu itibarla sözü edilen yönetmelik hükmünün "Bu tür denetim hizmetlerinin bedeli ilgili lisans sahibi tüzel kişi tarafından karşılanır. Ancak, Kurulun gerek görmesi halinde, bedeli Kurumca karşılanmak kaydıyla da denetim yaptırılabilir." şeklinde düzenlenmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” Danıştay 13'üncü Dairesi, E.2005/5263, K.2005/5709, T.29.11.2005.

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

²⁰⁶ GÜNDAY Metin, age., s.289; ATAY Ethem, İdare Hukuku, C.I, Ankara 2006, s.243.

²⁰⁷ ATAY Ethem, age., s.243.

²⁰⁸ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.305.

sosyal devlet ilkesinin de gereğidir.²⁰⁹ Bu anlamda, idari kamu hizmetleri için hizmetin maliyetini geçmeyecek şekilde alınan bu para, “vergi, resim, harç veya benzeri yükümlülük (şerefiye, ödenti, aidat, kesinti, prim vs.)” olarak nitelendirilebilir.²¹⁰ Sınai ve ticari nitelikli kamu hizmetlerinde ise, bu hizmetlerden yararlananlardan alınan paraların kâr elde etme amacına yönelik bir fiyat olduğu söylenebilir. Zira, bu hizmetlerin kârlılık ve verimlilik ilkelerine göre yürütülmesi esastır.²¹¹ Bununla birlikte, söz konusu fiyat belirlenirken nesnellik ve eşitlik ilkelerini de dikkate almak²¹² ve hizmetten yararlananların ödeme güçlerini de göz önünde tutmak gerekir.²¹³ Talep edilen bedel, ilgililerin kamu hizmetinden yararlanmalarını imkansız kılacak seviyede olmamalıdır.²¹⁴ Başka bir ifadeyle, söz konusu fiyat arz talep ekseninde oluşan piyasa fiyatı olamaz. Bu fiyat makul bir kâr payı içerse de esas itibarıyla maliyet temeline dayalı olmalıdır. Çünkü, sınai ve ticari kamu hizmetleri her ne kadar kârlılık ve verimlilik esaslarına göre yürütülse de, asıl amaç kâr elde etmek değil toplumsal ihtiyaçların karşılanması suretiyle kamu yararını sağlamak olmalıdır.²¹⁵ Gerek belirtilen hususların tesisi ve kontrolü gerekse özellikle özel kişiler tarafından sınai ve ticari kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kâr amacı güdülmesinin muhtemel sakıncaların önlenmesi, kamu kurum ve kuruluşlarına etkin yetki ve sorumluluklar verilmesi ile sağlanabilir. Sonuç itibarıyla, bedelsizlik ilkesinin bir uzantısı olarak sınai ve ticari kamu hizmetlerinde hizmetten yararlananlardan alınacak ücretin, tamamen serbest bir şekilde (piyasa koşullarında) belirlenmesi söz konusu olmayıp, idarenin koyduğu ilke ve esaslar çerçevesinde tespit edilmesi gerekir.

²⁰⁹ Anayasa Mahkemesi, E.1987/16, K.1988/8, T.19.04.1988 (RG: T.23.08.1988, S.19908).

²¹⁰ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.309. “...savunma, güvenlik gibi bölünemez nitelikteki idari kamu hizmetlerinin karşılığı olarak bunların kullanıcılarından bir bedel alınması mümkün değildir; zira, bunlardan bireysel ve doğrudan doğruya yararlanma söz konusu değildir. Bu tür hizmetler ancak vergiler yoluyla finanse edilir. Adalet hizmetleri gibi bazı hizmetlerde de hizmetten yararlananlardan alınan para “harç” niteliğindedir. İmar hizmetleri gibi bazı idari kamu hizmetlerinden yararlanan kişilerden de alınan para “şerefiye” niteliğindedir. Bazı idari kamu hizmetleri karşılığında ise parafiskal gelirler alınmaktadır. Örneğin meslek kuruluşlarına üyelerin ödedikleri aidatlar, sosyal güvenlik kuruluşlarına sigortalıların ödedikleri prim ve kesenekler parafiskal gelir niteliğindedir.”. GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.309.

²¹¹ GÜNDAY Metin, age., s.289.

²¹² GÜNDAY Metin, age., s.289.

²¹³ ATAY Ethem, age., s.243; GÜNDAY Metin, age., s.289.

²¹⁴ ATAY Ethem, age., s.243.

²¹⁵ GÜNDAY Metin, age., s.289.

Bedelsizlik ilkesinin, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde devletin hizmeti ifa eden olmaktan çıkarak düzenleme denetleme konumuna geçtiği sektörlerde (düzenlemeye tabi sektörlerde) yansımalarının ise daha farklı olduğu söylenebilir. Söz konusu ilke bu tür sektörlerde değişime uğramış ve hizmetin makul, herkesçe erişilebilir bir fiyattan sunulması ilkesi haline dönüşmüştür.²¹⁶ Bu tür düzenlemeye tabi sektörlerde (örneğin elektrik sektöründe) bağımsız idari otorite tarafından ücret tarifelerinin onaylanması suretiyle fiyat kontrolü yapıldığı ve/veya fiyat kontrolü yapılmamakla birlikte rekabetin tesis edilmesi suretiyle fiyatların kendiliğinden makul seviyede oluşmasının sağlanmaya çalışıldığı, hatta hizmetlerin makul, herkesçe erişilebilir bir fiyattan sunulmasının bağımsız idari otoriteye bizzat görev olarak yüklendiği gözlenmektedir.

E. KAMU HİZMETİNİN TÜRLERİ

Çağdaş devlet düzeninde çeşit ve sayı bakımından hızla artan kamu hizmetlerinin değişik açılardan tasnif edilmesi mümkündür.²¹⁷

1. ÇEŞİTLİ AÇILARDAN

a. Tekelli-Tekelsiz Kamu Hizmeti

Öğretide bu ayırım kamu hizmetlerinin konularını oluşturan faaliyetin özel kesime de açık tutulmasına veya özel kesime tamamen yasaklanmasına göre yapılmaktadır.²¹⁸ Bu çerçevede kamu hizmetinin konusunu teşkil eden faaliyet özel kesime tamamen yasaklanmışsa tekelli kamu hizmeti söz konusu olur. Diğer taraftan, kamu hizmetinin konusunu oluşturan faaliyet özel kesime de açık ise diğer bir ifadeyle bahse konu faaliyeti idare dışında özel kesim de yürütebiliyorsa tekelsiz kamu hizmeti mevzu bahis olur.²¹⁹

Bununla birlikte, günümüzde bir kamu hizmetinin özel hukuk tüzel kişilerince de tekel olarak yürütülmesinin mümkün olduğu dikkate alındığında, tekelli-tekelsiz kamu

²¹⁶ ERGÜN Çağdaş Evrim, age., s.201.

²¹⁷ DURAN Lütfi, age., s.316.

²¹⁸ GÜNDAY Metin, age., s.289; DURAN Lütfi, age., s.316.

²¹⁹ GÜNDAY Metin, age., s.289-290.

hizmeti ayırımında, hizmetin özel sektöre açıkip açılmadığı yerine, o hizmetin ister kamu kesimi isterse özel kesim tarafından olsun tekel olarak yürütölüp yürütölmediğı dikkate alınmalıdır.²²⁰

b. Ulusal-Yerel Kamu Hizmeti

Bu ayırım etkinlik²²¹ diğér bir ifadeyle yürütölükleri alan²²² açısından yapılan ayırımdır. Ulusal kamu hizmetleri tüm ülke çapında yürütölülen ve dolayısıyla tüm vatandaşların yararlanmasına sunulmuş kamu hizmetlerini ifade ederken; yerel kamu hizmetleri ise sadece belli bir yörede yürütölülen ve sadece o yörede bulunanların yararlanmasına sunulmuş olan kamu hizmetlerini ifade etmektedir.²²³ Ulusal kamu hizmetine T.C. Devlet Demir Yollarının ülke çapında yürüttüğü ulaştırma kamu hizmeti, mahalli kamu hizmetine de İETT'nin İstanbul ve çevresinde yürüttüğü ulaştırma kamu hizmeti örnek olarak verilebilir.²²⁴

c. Doğrudan-Dolaylı Kamu Hizmeti

Bu ayırım ise bireylerin kamu hizmetlerinden yararlanma biçimlerine göre yapılan ayırımdır.²²⁵ Bu çerçevede genelde doğrudan doğruya ve bireysel yararlanma sağlayan kamu hizmetleri ve dolaylı ve birlikte yararlanma sağlayan kamu hizmetleri şeklinde ikili bir ayırma gidilmektedir.²²⁶ Bireyler; öğretim, hastane, su, gaz, elektrik, posta gibi kamu hizmetlerinden ayrı ayrı ilişki kurmak suretiyle ve doğrudan doğruya yararlanırlarken, bayındırlık ve aydınlatma hizmetleri gibi kamu hizmetlerinden ise kamu kuruluşları ile bağ kurmadan birlikte ve dolaylı olarak yararlanmaktadırlar.²²⁷

²²⁰ ERGÜN Çağdaş Evrim, age., s.143.

²²¹ GİRİTLİ / BİLGEN / AKGÜNER, age., s.866.

²²² GÜNDAY Metin, age., s.290.

²²³ GÜNDAY Metin, age., s.290.

²²⁴ DURAN Lütfi, age., s.316; GÜNDAY Metin, age., s.290.

²²⁵ KESKİN Bayram, age., s.36; GİRİTLİ / BİLGEN / AKGÜNER, age., s.867; DURAN Lütfi, age., s.316; GÜNDAY Metin, age., s.290.

²²⁶ DURAN Lütfi, age., s.316; GÜNDAY Metin, age., s.290. GİRİTLİ-BİLGEN-AKGÜNER bu ayırma bir kategori daha eklemektedir ki bu otomobil sahiplerinin yolların bakımından ve tamirinden yararlanmasının örnek olarak verildiğı dolayısıyla kişisel yararlanma sağlayan kamu hizmetleridir.

GİRİTLİ / BİLGEN / AKGÜNER, age., s.867

²²⁷ DURAN Lütfi, age., s.316.

2. KONULARINA GÖRE KAMU HİZMETLERİ

Öğretide konusuna göre kamu hizmeti ayırımında sayı bakımından iki farklı görüş söz konusudur. Bazı yazarlar ikili bir ayırımı (idari-iktisadi) kabul ederken bazı yazarların da dördü bir ayırım (idari-iktisadi-sosyal ve bilimsel-teknik-kültürel) yaptığı görülmektedir. GÖZLER,²²⁸ GİRİTLİ-BİLGİN-AKGÜNER,²²⁹ GÖZÜBÜYÜK-TAN²³⁰ ikili ayırımı benimserken GÜNDAY²³¹ ve DURAN²³² dördü bir ayırımı benimsemektedir.

Söz konusu yazarlardan benimsedikleri ayırma ilişkin açıklamanın sadece GÖZLER tarafından yapıldığı gözlenmektedir. GÖZLER neden ikili bir ayırma gittiğini şu ifadelerle açıklamaktadır: “İdare hukukunda kamu hizmetlerinin ayırımı, bunların konuları itibarıyla değil, tabii olduğu hukuki rejim itibarıyla yapılmalıdır. Bu kamu hizmetleri konuları itibarıyla dörde değil, ondörde bile ayrılabilir. Bu şekilde yapılan bir ayırımın hukuca sağlayacağı bir yarar yoktur. Ancak hukuki rejimleri bakımından yapılacak bir ayırımın hukuca yararı olabilir. İki tür hukuki rejim (kamu hukuku ve özel hukuk rejimi) olduğuna göre, tabii oldukları hukuki rejim itibarıyla kamu hizmetleri sadece ve sadece ikiye ayrılabilir. Kamu hizmetlerinin bir kısmı, kamu hukukuna, diğer bir kısmı ise özel hukuka tabii tutulabilir. O nedenle kamu hizmetlerinin üçe veya dörde ayrılması sadece yanlış değil, aynı zamanda mantıki bakımından saçmalaktır.”

Biz tezimizde gerek dört türde hukuki rejimin ağırlığının farklı olması gerekse mevzuatta da bu ayırımın uzantılarını görmenin mümkün olması nedeniyle dördü bir ayırma yer vermeyi uygun buluyoruz.

Buna göre, konuları açısından dört tür kamu hizmeti bulunmakta olup, bunlar; idari, iktisadi, sosyal ve bilimsel-teknik-kültürel kamu hizmetleridir.²³³

²²⁸ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.244.

²²⁹ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.866.

²³⁰ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.650.

²³¹ GÜNDAY Metin, age., s.290.

²³² DURAN Lütfi, age., s.317.

²³³ GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.28-29; GÜNDAY Metin, age., s.290; DURAN Lütfi, age., s.317.

Kamu hizmetlerinin konularına göre yapılan ayırım, kamu hizmetlerinin tabi oldukları hukuki rejimin saptanması açısından önemli olup, bu ayırım her bir tür kamu hizmeti için kamusal ve özel yönetim usullerinin yerini ve yoğunluğunu ortaya koymaktadır.²³⁴ Kamu hizmeti türlerinden özellikle idari kamu hizmetleri ile iktisadi kamu hizmetleri arasında bir ayırım yapılmasında birçok yarar bulunmaktadır. Zira idari kamu hizmetleri ile kullanıcıları, personeli ve üçüncü kişiler arasındaki ilişkiler kural olarak kamu hukukuna tabi iken iktisadi kamu hizmetleri ile kullanıcıları, personeli ve üçüncü kişiler arasındaki ilişkilere ise özel hukuk uygulanır. Diğer bir ifadeyle, idari kamu hizmetleri kural olarak kamu hukukuna tabi iken, iktisadi kamu hizmetleri ise kural olarak özel hukuka tabidir.²³⁵

a. İdari Kamu Hizmetleri

İdari kamu hizmetleri, devletin öteden beri yürüttüğü kamu hizmetleridir. Bunlar konuları iktisadi, sosyal ve bilimsel-teknik-kültürel nitelikte olmayan tüm faaliyetleri kapsamaktadır.²³⁶ Bu tür kamu hizmetlerine milli savunma, adalet,²³⁷ bayındırlık işleri ile eğitim, sağlık, nüfus ve tapu kadastro hizmetleri²³⁸ örnek olarak verilebilir.

İdari kamu hizmetleri, genel olarak, kamu hukuku kuralları ve kamusal yönetim usullerine tabidirler. Belirtilen hizmetlerin tüm öğeleri; yani yetkileri, usulleri, personeli, mal ve paraları kamu hukuku rejimine tabidir ve bu hizmetlere ilişkin işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar idari yargının görev alanı içerisindedir.²³⁹

İdari kamu hizmetleri için ancak ayrıksı durumlarda (kanunların veya mahkeme içtihatlarının olanak tanıdığı hallerde) özel hukuk usullerine başvurulabilir ve bu hizmetlere ilişkin çıkan uyuşmazlıklar adli yargı önüne götürülebilir.²⁴⁰

²³⁴ GÜNDAY Metin, age., s.317.

²³⁵ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.237.

²³⁶ GÜNDAY Metin, age., s.291; DURAN Lütfi, age., s.317.

²³⁷ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.866.

²³⁸ GÜNDAY Metin, age., s.291; DURAN Lütfi, age., s.317.

²³⁹ GÜNDAY Metin, age., s.291; DURAN Lütfi, age., s.317-318.

²⁴⁰ DURAN Lütfi, age., s.318. DURAN ayrıksı duruma, idarenin klasik kamu hizmetleri ile ilgili olarak yapabileceği adi sözleşmelerin, esas itibariyle borçlar hukukuna ve adliye mahkemelerinin denetimine tabi olmasını örnek olarak göstermektedir. DURAN Lütfi, age., s.318. GÜNDAY da ayrıksı duruma bu

b. İktisadi Kamu Hizmetleri

Öğretide “ticari (tecimsel)-endüstriyel (sanayi) nitelikli kamu hizmetleri” olarak da adlandırılan²⁴¹ iktisadi kamu hizmetleri 19’uncu yüzyılın ikinci yarısından sonra ortaya çıkan demiryolları, gaz, elektrik, telefon gibi bireylerin ve toplulukların mali imkanlarının yetersizliği nedeniyle yürütemedikleri sınai ve ticari nitelikteki faaliyetlerden oluşmaktaydı. Ancak özellikle Birinci Dünya Savaşından sonra devletin ekonomik yaşama müdahale etmesi sonucu, özel sektörün sanayi, ticaret, tarım ve maliye alanlarında yürüttükleri faaliyetler de kamu hizmetleri haline getirildi ve bu hizmetler özel sektörle birlikte yürütülmeye başlandı.²⁴²

İktisadi kamu hizmetlerinin tanımı “devletin ekonomik yaşama el atması ve ekonomiyi düzenleme gereğinin bir sonucu olarak ortaya çıkan, idare edilenlerin ve toplumun ekonomik gereksinimlerini, özel hukuk kurallarına göre karşılayan kamu hizmetleridir.” şeklinde yapılabilir.²⁴³

İdarenin tekelinde yürütülen ve halkın umumi ihtiyaçlarını karşılamayı amaçlayan eski sınai ve ticari kamu hizmetlerinin özel teşebbüslerden ayrımı kolay olsa da, yeni iktisadi kamu hizmetlerinin aynı konuda ve aynı usuller çerçevesinde yürütülen özel faaliyetlerden ayrımı kolay olmayıp, bu konuda kesin bir ölçüt bulmak mümkün değildir. Zira, iktisadi kamu hizmetlerinin konuları ve yönetim usulleri özel kişilerin uğraş alanında yer almaktadır ve kullandıkları yol ve yöntemler aynıdır; üstelik özel teşebbüsün faaliyetleri ile bu hizmetler yan yana yürütülmektedir.²⁴⁴

hizmetler için gerekli araç-gereç teminine yönelik olarak özel hukuk sözleşmelerinin yapılabilmesini örnek olarak vermektedir. GÜNDAY Metin, age., s.291.

²⁴¹ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.866; GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.650.

²⁴² GÜNDAY Metin, age., s.291; DURAN Lütfi, age., s.318.

²⁴³ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.866.

²⁴⁴ DURAN Lütfi, age., s.318. GÖZÜBÜYÜK-TAN’da yürürlükteki yasal düzenlemelerin konu ile ilgili duraksamaya yol açtığını belirtmekte ve gerekçe olarak da şu ifadelere yer vermektedir. “Zira, Anayasa (m.128) kamu iktisadi teşebbüslerinin “genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetleri”nden söz etmektedir. “Genel idare esasları” aslında “kamu hukuku rejimi”ni anlatmaktadır. Nitekim, bu tür hizmetleri yürüten personelin büyük bölümü (memur ve sözleşmeliler) kamu görevlisi, malları kamu malı sayılmakta; işlemlerinin bir bölümü de idari işlem niteliğinde kabul edilmekte ve idari yargının görev alanına sokulmaktadır.” GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.650-651.

Bununla birlikte, iktisadi kamu hizmetleri kuruluşları, ögeleri, amaçları ve denetimleri yönünden farklılık arz etmektedir. Nitekim belirtilen hizmetler bir kanunla veya kanuna dayanan idari işlemle kurulur; malları devletçe veya kamu tüzelkişilerince sağlanır ve kamu malı niteliğindedir; personelinin bir kısmı idare ajanıdır ve en önemlisi bu hizmetlerin her ne kadar kârlılık ve verimlilik esaslarına göre yürütülmesi söz konusu olsa da asıl amaçları kâr elde etmek olmayıp, toplumsal gereksinimlerin karşılanması suretiyle kamu yararını sağlamaktır.²⁴⁵

İktisadi kamu hizmetleri belli açılardan kamu hukuku kurallarına tabi iken belli açılardan da özel hukuk kurallarına tabidirler.²⁴⁶ Nitekim, kamu hizmetlerinin “devamlılık”, “değişkenlik” ve “eşitlik” genel ilkelerinin, iktisadi kamu hizmetleri için de geçerliliği söz konusu olduğu gibi, bu hizmetlere ilişkin kamulaştırma, ceza kesme, idari sözleşme yapma gibi kamusal yetkilerin uygulanması da kabul edilmektedir. Diğer taraftan iktisadi kamu hizmetlerinin piyasa ekonomisinde, rakipleri olan özel teşebbüslerle birlikte faaliyet gösterebilmesi için söz konusu hizmetler, iç düzen ve işleyişlerinde ve dış ilişkilerinde sınai ve ticari esas ve usuller ile özel hukuk hükümlerine tabidirler.²⁴⁷ Bununla birlikte iktisadi kamu hizmetlerinin ağırlıklı olarak özel hukuk, fakat genelde kamu hukuku özel hukuk karışımı karma bir hukuki rejime tabi tutulduğunu söylemek mümkündür.²⁴⁸

Bu arada idari kamu hizmetlerinin genelde kamu hukukuna iktisadi kamu hizmetlerinin ise genelde özel hukuka tabi olmasından çıkan sonuçlar şu şekilde ifade edilebilir: i) İdari kamu hizmetlerinin kullanıcılarının durumu kanuni ve nizami iken, iktisadi kamu hizmetlerini kullanan kişiler ise müşteri gibi özel hukuka tabidir. ii) İdari kamu hizmetlerinde çalışan personel kamu görevlisi niteliğinde iken, iktisadi kamu hizmetlerinde çalışan personel özel hukuka tabi işçi niteliğindedir. iii) İdari kamu hizmetlerinde akdedilen sözleşmeler idari sözleşme niteliğinde iken, iktisadi kamu hizmetlerinde akdedilen sözleşmeler idari sözleşme niteliğinde olabileceği gibi özel hukuk sözleşmesi niteliğinde de olabilir. iv) İdari kamu hizmetlerinin üçüncü kişilerle ilişkileri kamu hukukuna, iktisadi kamu hizmetlerinin üçüncü kişilerle ilişkileri ise özel

²⁴⁵ DURAN Lütfi, age., s.318.

²⁴⁶ GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.29.

²⁴⁷ DURAN Lütfi, age., s.319; GÜNDAY Metin, age., s.291-292.

²⁴⁸ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.650.

hukuka tabidir. v) İdari kamu hizmetleri dolayısıyla ortaya çıkan zararlardan dolayı sorumluluğa kamu hukuku uygulanırken, iktisadi kamu hizmetleri dolayısıyla ortaya çıkan zararlardan dolayı sorumluluğa özel hukuk uygulanır. vi) İdari kamu hizmetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda; iktisadi kamu hizmetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda görülür.²⁴⁹ Tabi ki bu sonuçların geneli ifade ettiği ve ayrık durumların olabileceğini de belirtmek gerekir. Örneğin daha önce ifade edildiği gibi idari kamu hizmetleri için bazı durumlarda (kanunların veya mahkeme içtihatlarının olanak tanıdığı hallerde) özel hukuk usullerine başvurulabilir ve bu hizmetlere ilişkin çıkan uyuşmazlıklar adli yargı önüne götürülebilir.²⁵⁰

Bu noktada idari kamu hizmetleri ile iktisadi kamu hizmetlerinin ayırım sorunu ortaya çıkmaktadır. Öncelikle kamu hizmetinin niteliğine ilişkin kanunla bir nitelendirme yapıp yapılmadığına bakmak yerinde olacaktır. Yapılmışsa buna göre hareket edilir. Yapılmamışsa bu defa yargı kararları tarafından geliştirilen kriterlere bakmak gerekir.²⁵¹ Nitekim Fransız idare hukukunda bu ayırım; hizmetin konusu, finansman biçimi ve örgütleniş ve hizmetin işleyiş biçimi dikkate alınarak yapılmaktadır.²⁵² Buna göre; konusu özel işletmelerin faaliyet konusuna benzer olan, kullanıcılarının ödediği parayla finanse edilen ve özel sektördeki usullerle işletilen kamu hizmetleri iktisadi nitelikte iken, bunlardan birisinin söz konusu olmadığı kamu hizmetleri idari niteliktedir.²⁵³

Ancak yer verilen unsurlar açısından bakıldığında da, Türk hukukunda idari kamu hizmetleri ile iktisadi kamu hizmetleri arasındaki ayırımın yapılmasında zorluklar olduğu görülmektedir. Her şeyden önce iktisadi kamu hizmeti yürüttükleri kabul edilmesi gereken kamu iktisadi teşebbüslerine ilişkin başta Anayasa olmak üzere yasal düzenlemeler konu ile ilgili duraksamaya yol açmaktadır. Zira, Anayasa'nın (m. 128) kamu iktisadi teşebbüslerinin “genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetleri”nden söz edilmektedir. “Genel idare esasları” aslında “kamu

²⁴⁹ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.238.

²⁵⁰ DURAN Lütfi, age., s.318.

²⁵¹ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.238.

²⁵² GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.650;

GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.238.

²⁵³ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.241.

hukuku rejimi”ni anlatmaktadır. Nitekim, bu tür hizmetleri yürüten personelin büyük kısmı (memur ve sözleşmeliler) kamu görevlisi kabul edilmekte, malları kamu malı sayılmakta ve işlemlerinin bir bölümü de idari işlem niteliğinde kabul edilerek idari yargının görev alanına sokulmaktadır.²⁵⁴ Aslında bu noktada, Türkiye’de kamu hizmetlerinin idari kamu hizmetleri-iktisadi kamu hizmetleri gibi bir ayrımın mümkün olmadığı ancak bu ayrıma tekabül edecek şekilde “genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetleri-genel idare esaslarına göre yürütülmesi gerekmeyen kamu hizmetleri” şeklinde bir ayrımın söz konusu olduğu da söylenebilir. Nitekim bu ayrıma imkan veren Anayasal, kanuni ve içtihadi veriler mevcuttur.²⁵⁵

Diğer taraftan, iktisadi kamu hizmetlerinin belirli bir kuruluş şeklinde örgütlenmesi şartı yoktur. Bu tür hizmetler kamu idareleri ve kurumları tarafından doğrudan doğruya yürütülebileceği gibi bir tür kamu kurumu olan iktisadi devlet teşekkülleri tarafından veya imtiyazlı şirketler eliyle de yürütülebilir.²⁵⁶

c. Sosyal Kamu Hizmetleri

Sosyal kamu hizmetleri, devlet ve öteki kamu tüzelkişileri tarafından öteden beri yürütülen emeklilik ve fakirlere yardım gibi faaliyetler ile özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra gelişmeye başlayan çalışma düzeni ve sosyal güvenliğe ilişkin faaliyetleri kapsamaktadır.²⁵⁷ Diğer bir ifadeyle sosyal kamu hizmetleri, devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin sosyal yardım, sosyal güvenlik, emeklilik ve çalışma düzenine ilişkin faaliyetlerdir.²⁵⁸

KESKİN sosyal kamu hizmetlerine ilişkin ülkemizdeki gelişimi şu şekilde özetlemektedir: “Ülkemizde Devlet sosyal konu ve sorunlarla II. Dünya Savaşından sonra ilgilenmeye başladığından bu alandaki kamusal hizmet ve örgütler yenidir. Gerçekten de çalışma hayatını düzenleyen İş Kanunu 1936’da çıkarılmış, bu Kanunda

²⁵⁴ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.650-651.

²⁵⁵ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.245. Söz konusu veriler için bakınız. GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.245 vd.

²⁵⁶ DURAN Lütfi, age., s.319.

²⁵⁷ GÜNDAY Metin, age., s.292.

²⁵⁸ KESKİN Bayram, age., s.39.

öngörülen sosyal görevler ve teşkilatlar ancak II. Dünya Savaşından sonra oluşturulmaya başlanmıştır. Bu gelişim doğrultusunda da “sosyal devlet” olgusu ilk defa 1961 Anayasası’nda ifadesini bulmuştur. Aynı ilke 1982 Anayasası’nda da yer almıştır. Yine Anayasa’nın 60’ncı maddesinde “herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, Devletin bu güvenliği sağlayacak tedbirleri alıp gerekli teşkilatı kurması gerektiği” belirtilmiştir. Anayasa bu genel hükümle yetinmemiş “sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenleri” de düzenleme altına almıştır.”²⁵⁹

Sosyal kamu hizmetlerinden bir kısmı (iş ve işçi bulma hizmetleri gibi) devletin tekeli altında iken, bir kısmı ise (özel sigorta şirketlerinin yaptıkları hastalık, kaza ya da hayat sigortaları gibi) özel teşebbüs ile beraber yürütülmektedir.²⁶⁰

Sosyal kamu hizmetleri memurların emeklilik işleri dışında salt pratik mülahazalarla özel hukuk usul ve kurallarına tabi tutulsa da iktisadi kamu hizmetlerinde olduğu gibi kimi unsur ve amaçları yönünden özel kesim faaliyetlerinden farklı olmaları nedeniyle kamu hukuku kurallarına da tabi tutulmuşlardır. Sosyal kamu hizmetlerinin kamu yararı amacının daha belirgin olması, bu hizmetlerde karlılık ve verimlilik kaygısının önem taşımaması ayrıca sosyal kamu hizmetleri için çoğu kez (sosyal güvenlikte olduğu gibi) ilgililer için katılma zorunluluğunun da öngörülmesi sosyal kamu hizmetlerine kamu hukuku kurallarının uygulanmasının, iktisadi kamu hizmetlerine oranla çok daha yoğun olduğunu göstermektedir.²⁶¹

d. Bilimsel, Teknik ve Kültürel Kamu Hizmetleri

Bilim, teknik ve kültürün bireyler ile toplumların yaşamındaki yeri ve rolünün önemi ve etkisi dolayısıyla ve belirtilen konulardaki faaliyetlerin geniş teşkilat ile çok zaman ve masraf gerektirmesi nedeniyle devlet bu faaliyetleri “kamu hizmeti” haline getirmek durumuyla karşı karşıya kalmıştır.²⁶² Aslında idare klasik eğitim ve öğretim hizmetleri çerçevesinde bilimsel ve teknik araştırma ve incelemeler yapmakta ve kültür çalışmalarında bulunmakta idi. Ancak özellikle İkinci Dünya Savaşından itibaren kamu

²⁵⁹ KESKİN Bayram, age., s.39.

²⁶⁰ GÜNDAY Metin, age., s.292.

²⁶¹ GÜNDAY Metin, age., s.292.

²⁶² DURAN Lütfi, age., s.242.

kuruluşları tarafından yürütülen yeni bilimsel ve kültürel hizmetler, kendine has konu amaç ve usulleri ile başlı başına yürütülen faaliyetler haline gelmiştir.²⁶³ Bu çerçevede bilimsel teknik ve kültürel kamu hizmetlerinin tanımı, idarenin yakın zamanlarda genellikle özel faaliyete konu olan bilimsel ve teknik araştırmalara, müzik, resim, tiyatro, bale gibi sanat ve kültür hareketlerine el atması sonucu ortaya çıkmış olan kamu hizmetleri şeklinde yapılabilir.²⁶⁴

Bu faaliyetlerin, idari kamu hizmetlerinin örgüt biçimleri, işleyiş yöntemleri, görev ve yetki kuralları ve usulleri ile bağdaşmaması dolayısıyla kamu hukukunun katı kalpları içerisinde yürütülememesi, bunların özerk kuruluşlar, bağımsız personel, serbest usuller ve geniş maddi imkanlar çerçevesinde yürütülmesini kabulü zorunlu kılmıştır. Bu nedenle söz konusu faaliyetler için kamusal ve özel yönetim biçimlerinin özgün karması sayılabilecek bir hukuki rejim benimsenmiştir.²⁶⁵

F. KAMU HİZMETİNİN KURULMASI

1. GENEL OLARAK

Bir kamu hizmetinin kurulması faaliyet ve teşkilat bakımından iki değişik anlam taşımaktadır. Faaliyet bakımından kamu hizmetinin kurulması da iki şekilde olmaktadır.²⁶⁶ Bir faaliyet ya ilk kez ve doğrudan doğruya kamu kesiminde yürütülerek ya da özel kesim alanından kamu kesimine alınmak suretiyle kamu hizmeti kurulmuş olur.²⁶⁷ Türkiye’de birinci duruma idarenin radyo ve televizyon yayıncılığı faaliyetine girişmesi, ikinci duruma da idarenin banka işletmesi örnek olarak gösterilebilir.²⁶⁸ Teşkilat bakımından kamu hizmetinin kurulması ise bu hizmeti yürütecek teşkilatın kurulması anlamına gelmektedir. Kamu hizmetlerinin bir kısmı merkezi idare teşkilatı içinde bakanlıklar bünyesinde yürütülürken, bir kısmı da mahalli idareler ve kamu kurumları tarafından yürütülürler. Söz konusu hizmetlerin önemli bir kısmı da devlet

²⁶³ DURAN Lütfi, age., s.321.

²⁶⁴ GÜNDAY Metin, age., s.292.

²⁶⁵ DURAN Lütfi, age., s.322.

²⁶⁶ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.316.

²⁶⁷ DURAN Lütfi, age., s.312; GÜNDAY Metin, age., s.285; GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.859; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.316.

²⁶⁸ DURAN Lütfi, age., s.312.

veya mahalli idarelerin denetimi altında onların görevlendireceği özel hukuk tüzel kişileri tarafından yürütülür.²⁶⁹

Bu bölümde kamu hizmetinin teşkilat bakımından değil esas itibariyle faaliyet bakımından kurulması konusu ele alınmaya çalışılacaktır.

2. KAMU HİZMETİNİN KURULMASINDA YETKİ

Kamu hizmetlerini kurma yetkisinin kime ait olduğu hususunun cevabını, hizmetin “milli kamu hizmetleri” ile “yerel kamu hizmetleri” ayrımını dikkate almak suretiyle vermek gerekmektedir.²⁷⁰

a. Milli Kamu Hizmetleri

Bir faaliyetin ilk kez doğrudan doğruya kamu kesiminde yürütülmesi durumunda tek el biçiminde yürütülen bir kamu hizmeti söz konusu olmakta diğer bir ifadeyle kamu hizmeti haline getirilen faaliyetin özel kesime kapatılması ve yasaklanması sonucu doğmaktadır. Bu durumun özel kesimin temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle de çalışma ve özel teşebbüs kurma özgürlüğünü kısıtlayacağı açıktır.²⁷¹ Faaliyetin özel kesimden kamu kesimine alınmak suretiyle kamu hizmetine dönüştürülmesinde de kamu hizmetine dönüştürülen faaliyet her ne kadar özel kesime yasaklanmayıp, özel kesim tarafınca da yürütülebilirse de bu durumda da idare gibi güçlü bir rakibin ortaya çıkmış olması nedeniyle özel kesimin çalışma özgürlüğü yine de belli ölçüde sınırlandırılmış olur.²⁷²

Anayasa'nın 48'inci maddesi ile “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.” ilkesi getirilmiştir. Bir kamu hizmetinin kurulmasının özel teşebbüs hürriyetinin sınırlandırılması sonucunu doğurması halinde bu sınırlamanın ancak Anayasa'nın 13'üncü maddesinde öngörülen

²⁶⁹ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.316.

²⁷⁰ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.250; DURAN Lütfi, age., s.313-314; GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.654.

²⁷¹ GÜNDAY Metin, age., s.285.

²⁷² GÜNDAY Metin, age., s.285.

şartlar çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Bu şartlardan birisi de sınırlamanın ancak kanunla yapılması şartıdır. Buna göre, bir kamu hizmetinin kurulmasının özel teşebbüs hürriyetini kısıtlaması durumunda bu sınırlamanın ancak kanunla yapılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.²⁷³

Öte yandan bir kamu hizmetinin kurulması belli bir teşkilatın kurulmasını bu teşkilata personel ve parasal açıdan olanaklar tanınmasını gerekli kılmakta, bu da harcama yapılmasını gerektirmektedir.²⁷⁴ Anayasa'nın 161'inci maddesine göre Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzelkişilerinin harcamalarının yıllık bütçelerle yapılması ve bunun da Anayasa'nın 87'nci maddesine göre yasa konusu olması gerekmektedir.²⁷⁵ Anayasa'nın "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir." şeklindeki 123'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre idarenin kuruluş ve örgütlenmesinde asli yetki yasama organına aittir. Nitekim Anayasa'nın 113'üncü maddesinin "Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilatı kanunla düzenlenir." şeklindeki birinci fıkrasında Devlet kamu hizmetlerinin bölümleri olan bakanlıkların kanunla kurulması öngörüldükten başka, Anayasa'nın 123'üncü maddesinin "Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği

²⁷³ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.654; GÜNDAY Metin, age., s.285-286; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.318. Kamu hizmetinin kurulması suretiyle özel teşebbüs hürriyetinin sınırlandırılmasına denizyolları işletmelerinin bir kamu hizmeti haline getirilmesi ile memleket limanları arasında yolcu taşıyan armatörlerin bu sahadaki çalışma ve ticaret serbestisini kaldırması, eşya nakli hususundaki serbestilerini de kısıtlaması örnek olarak verilebilir. ONAR Sıddık Sami, age., s.38-39. GÖZLER Anayasa'nın 13'üncü maddesi ile ilgili olarak 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğini Türk hukuk tarihinde şimdiye kadar görülmemiş bir tuhaflık örneği olarak değerlendirmektedir. GÖZLER değerlendirmesine gerekçe olarak şu ifadelerle yer vermektedir: "Anayasanın 13'üncü maddesi, 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliği kanunuyla değiştirilmiş ve bu maddeden "kamu yararı" gibi genel sınırlama sebepleri bütünüyle çıkarılmıştır. Dolayısıyla bundan sonra bir temel hak ve hürriyet ancak Anayasanın ilgili maddesinde yer alan özel sınırlama sebepleri ile sınırlanabilir duruma gelmiştir. Anayasamızın 48'inci maddesinde özel teşebbüs hürriyetinin sınırlanması sebebi olarak kamu yararı belirtilmediğine göre, Anayasamızın 13'üncü maddesine göre, özel teşebbüs hürriyetinin kamu yararı ile sınırlandırılması yani kamu hizmeti kurulması mümkün değildir. Bu tamamıyla tuhaf, saçma sapan bir sonuçtur. Türkiye'de artık özel teşebbüs hürriyetiyle rekabet eden kamu hizmeti kurulamayacak mıdır? Eğer bu öyleyse mevcut kamu hizmetlerinin neredeyse tamamı yakını Anayasaya aykırı hale gelmiştir. Kamu hizmetini böylesine yasaklayan, özel teşebbüs hürriyetini böylesine mutlaklaştıran bir Anayasa yeryüzünde yoktur." GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.318. GÖZLER bu durumun tuhaflığını şu şekilde açıklamaktadır: "Bu öylesine bir tuhafliktir ki, Anayasamızın 48'inci maddesi herkese dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyeti tanıdığına ve bu maddede bir sınırlama sebebi bulunmadığına ve keza 13'üncü maddede temel hak ve hürriyetler ilgili maddedeki özel sebepler dışında başka bir sebeple sınırlanamayacağına göre, artık Türkiye'de örneğin fuhuş alanında çalışma hürriyeti vardır. Keza bu alanda özel teşebbüs de kurulabilir. Aynı şekilde Türkiye'de eroin ticareti yapılabilir." GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, 444 no.lu dipnot, s.319.

²⁷⁴ ONAR Sıddık Sami, age., s.39.

²⁷⁵ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.654.

yetkiye dayanılarak kurulur.” şeklindeki üçüncü fıkrasına göre eğer bir kamu hizmeti Devlet tüzelkişiliği dışında ayrı bir kamu tüzel kişiliği olarak örgütlenecek ise, böyle bir kamu tüzel kişininin de kanunla ya da kanunun açıkça verdiği bir yetkiye dayanmak suretiyle bir idari işlem ile kurulması öngörülmüştür.²⁷⁶ Buna göre, kamu hizmeti kanun ile kurulabilir. Kanun doğrudan doğruya kamu hizmetini kurabileceği gibi, bu hizmeti doğrudan doğruya kurmayarak belirli sebepler altında veya takdire bağlı olarak kurma hususunda idari makamlara yetki verebilir. İkinci durumda hizmet idare tarafından bir idari kararla kurulur ancak bu durumda da hizmetin kurulması yine kanuna müstenit demektir.²⁷⁷ Özetle, bir kamu hizmeti kanunla veya kanunun kamu hizmetinin kurulması hususunda idareye yetki vermesi ile idarece bu yetkiye dayanılarak tesis edilen idari işlemle kurulabilir.²⁷⁸ Bu Türkiye’de Anayasa’nın emrettiği bir zorunluluktur.²⁷⁹

Anayasa Mahkemesi kararlarında da bu yönde ifadelere yer verildiği görülmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin aşağıdaki kararında;

““Kamu hizmeti” ve onun dayanağını oluşturan “kamu yararı” bir yasa hükmü ile veya yasanın çizdiği sınırlar içinde yasanın yer verdiği açık yetkiye dayanılarak kurulur.

Kamu hizmetinin kurulması, Devlet gücünün kullanılması ile bütçe usullerine göre kaynak ayrılması ve bütün kamu yönetiminin temeli olan görev ve yetkinin yasayla belirlenmesi ile olur.”²⁸⁰

ifadelerine yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bir başka kararında da kamu hizmetinin kurulmasında yetkinin yasama organında olduğu şu ifadelerle vurgulanmıştır.

²⁷⁶ GÜNDAY Metin, age., s.286.

²⁷⁷ ONAR Sıddık Sami, age., s.38.

²⁷⁸ GİRİTLİ / BİLGEN / AKGÜNER, age., s.859; ONAR Sıddık Sami, age., s.38.

²⁷⁹ GİRİTLİ / BİLGEN / AKGÜNER, age., s.860.

²⁸⁰ Anayasa Mahkemesi, E.1994/43, K.1994/42-2, T.09.12.1994 (RG: T.24.01.1995, S.22181).

“Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların iradesi olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımla, bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasakoyucunun iradesi rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin zorunlu kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir.”²⁸¹

Kanunla İdareye bir kamu hizmetinin kurulması için yetki verilmesi durumunda üç ihtimal söz konusu olur. Birinci ihtimalde kamu hizmetinin kurulması zorunlu tutularak, bu zorunluluk idareye yüklenmiştir. İkinci ihtimalde ise idareye belli bir kamu hizmetini kurup-kurmama, buna yönelik ihtiyacı belirleme, söz konusu hizmet kurulacaksa ne zaman kurulacağına ilişkin bir takdir yetkisi verilebilir. Son ihtimalde ise kamu hizmetinin kurulması yönünde idareye verilen yetkiye bazı alanlar açısından sınırlar koyulabilir.²⁸²

Kamu hizmetlerinin kanun hükmünde kararnamelerle kurulup kurulamayacağı meselesine ilişkin olarak ise öğretilerde farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. GÖZLER’e göre, kanun hükmünde kararname de normlar hiyerarşisinde “kanun” düzeyinde bir işlem olup, kanunla yapılabilen bir şey kural olarak kanun hükmünde kararnameyle de yapılabılır. Ancak bir kamu hizmetinin kurulmasının özel teşebbüs hürriyetinin sınırlandırılması anlamına gelmesi, özel teşebbüs hürriyetinin ise Anayasa’nın 48’inci maddesinde yer alan bir temel hak ve hürriyet olarak Anayasa’nın 13’üncü maddesi uyarınca “ancak kanunla” sınırlandırılması, Anayasa’nın 13’üncü maddesinde geçen “kanun” teriminin, kanun hükmünde kararnameleri değil, sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kanun adı altında yapılan işlemleri kapsamaması, temel hak ve hürriyetlerin kanun hükmünde kararnameyle sınırlandırılması sonucunu doğuracağından, kanun hükmünde kararnameyle bir kamu hizmetinin kurulması mümkün değildir. GÖZLER bu sonucun doğruluğunun bir kamu hizmetinin kurulmasının özel teşebbüs hürriyetini sınırlandırdığı varsayımı üzerine kurulu olduğunu belirtmekte ve kurala bir istisna getirmektedir. GÖZLER’e göre ancak özel

²⁸¹ Anayasa Mahkemesi, E.1994/71, K.1995/23, T.28.06.1995 (RG: T.20.03.1996, S.22586).

²⁸² KESKİN Bayram, age., s.18-19. Bu üç duruma ilişkin örneklere bakınız. KESKİN Bayram, age., s.18-19.

teşebbüs tarafından hiçbir şekilde yürütülmeyen ve özel teşebbüs tarafından yürütülmesi ihtimali hiçbir şekilde olmayan bir faaliyetin kamu hizmeti haline getirilmesi için de kanuna ihtiyaç olduğunu söylemenin bir anlamı bulunmamaktadır. Nitekim özel teşebbüsün mahiyeti gereği kâr elde etme amacına yönelik olması nedeniyle kâr elde etmenin söz konusu olmadığı faaliyetlerin kamu hizmeti haline getirilmesi için kanun şart olmayıp, bu faaliyetlerin kanun hükmünde kararnameyle de kamu hizmeti haline getirilebilmesi mümkündür.²⁸³

KARAHANOGULLARI ise kamu hizmetlerinin kanunla kurulması gerekliliğine neden oluşturan ve bizim de yukarıda yer verdiğimiz unsurların, kamu hizmeti kurulmasının TBMM'nin yasama tekelinde olduğunu ve hükümetin kanun hükmünde kararnamelerle buna ortak olamayacağını gösterdiğini ifade etmekte ve bu kuralın istisnası olup olmadığına dair bir değerlendirme yapmamaktadır.²⁸⁴

KESKİN de konu ile ilgili olarak kamu hizmetinin yasama organının tekelinde olduğu kanaatini taşıdığını ifade etmektedir.²⁸⁵

1982 Anayasası'nda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin kapsamı Anayasa'nın 91'inci maddesinin, "Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez." şeklindeki birinci fıkrasında olumsuz biçimde düzenlenmiştir. Maddeye göre olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri olağan kanun hükmünde kararnameler için öngörülen konu sınırlamasına tabi bulunmamaktadır. Konuya ilişkin bir başka sınırlama da Anayasa'nın

²⁸³ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.319. Örneğin şehit çocuklarına ve gazilere karşılıksız olarak yardım yapılması, fakir öğrencilere burs verilmesi, kimsesiz yaşlılara bakılması gibi hizmetlerde kâr elde etme söz konusu olamayacağına göre belirtilen alanlarda devletin kanun hükmünde kararnameyle bir kamu hizmeti kurmasında özel teşebbüs hürriyeti bakımından bir sakınca bulunmamakta ve bu nedenle de burada Anayasa'nın 13'üncü maddesinde öngörülen "ancak kanunla sınırlama şartı" uygulama bulmamaktadır. GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.320.

²⁸⁴ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.262.

²⁸⁵ KESKİN Bayram, age., s.16. Ayrıntı için bakınız. KESKİN Bayram, age., s.16.

163'üncü maddesinde yer almakta olup, maddeye göre Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapma yetkisi verilemez.²⁸⁶

Anayasa'nın 91'inci maddesinde yer alan konu kısıtlaması, Anayasa'nın İkinci Kısımında düzenleme altına alınan kamu hürriyetleriyle ilgili olup, buna göre, Anayasa'nın 12-40 maddeleri arasında yer alan "negatif statü hakları" ile 66-74 maddeleri arasında yer alan "aktif statü hakları" yürütme organınca kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyecektir. Buradan çıkan sonuç; Anayasa'nın İkinci Kısım, Üçüncü Bölümde yer alan "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" in ve Anayasa'nın kamu hürriyetlerine ilişkin İkinci Kısım dışında kalan hükümlerdeki konuların (163'üncü madde dışında) kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenebileceğidir.²⁸⁷

Burada son olarak Anayasa Mahkemesinin konu ile ilgili bir içtihadına rastlamadığımızı da belirtelim.

Yasa koyucunun kamu hizmeti kurulmasına ilişkin tasarruflarında serbest olup olmadığı hususu da öğretide ele alınan konulardandır.

Yasama organı hangi faaliyetin tatmininde kamu yararı bulunup bulunmadığını kendisi takdir eder. Diğer bir ifadeyle kamu hizmetinin unsuru olan kamu yararını tanımlama yetkisi yasama organınındır.²⁸⁸ Bir kanunla kurulan kamu hizmetinin kamu hizmeti mahiyetini haiz olmadığını iddia edebilmek için bu kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ileri sürmekten başka hukuki bir yol ve vasıta yoktur. Böyle bir itiraz için de öncelikle bu itirazı tetkik edecek bir mercie ve ikinci olarak da hizmeti kuran kanunun Anayasa'ya aykırılığını gösterecek ve ispat edecek açık hükümlere ihtiyaç bulunmaktadır.²⁸⁹ Sonuç itibarıyla bir faaliyetin yürütülmesinde kamu yararı olup olmadığının takdiri ve o faaliyetin kamu hizmeti haline getirilmesi bir yerindelik sorunudur. Anayasa Mahkemesinin açık takdir hatası olmadığı müddetçe bir kamu hizmetinin kurulması veya kaldırılması hususunda çıkarılan bir kanunu

²⁸⁶ KARAHANOGULLARI Onur, "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi", AÜSBFD, C.LII, 1997, S.1-4, s.392.

²⁸⁷ KARAHANOGULLARI Onur, agm., s.392.

²⁸⁸ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.320.

²⁸⁹ ONAR Sıddık Sami, age., s.41.

denetleyememesi gerekir.²⁹⁰ Türk Anayasa Mahkemesi de kararlarında kamu hizmeti kurma yetkisinin yasama organına ait olduğunu ve bu konuda yasama organının takdir yetkisinin bulunduğunu kabul etmektedir.²⁹¹

Diğer taraftan, siyasi iktidar, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilip edilmemesinde zaman ve mekana göre değişen toplumsal ihtiyaçlar ve sosyo-ekonomik yapı çerçevesinde o faaliyetin kamu hizmeti olarak kabulünü gerektirecek ölçüde kamu yararı içerip içermediğine bakacaktır. Siyasi iktidarın söz konusu tercihi yaparken keyfi ve sübjektif kıstasları değil objektif ve bilimsel verileri dikkate alması uygun olacaktır. Zira, bir kamu hizmeti için dolaylı ya da dolaysız yollarla bir kamusal kaynak tahsisinin zorunlu olması, ayrıca her kamu hizmetinin özellikle girişim özgürlüğü ve mülkiyet hakkı gibi temel hak ve özgürlükler üzerinde sınırlayıcı etki doğurması, bu kararın verilmesi esnasında baz alınacak referansların da özenle seçilmesi gerekliliğini doğurmaktadır.²⁹²

İdari bir kararla kurulan kamu hizmetlerinde ise durum farklı olup, hizmeti kuran idari kararın bir kanuna dayanması zaruridir. Bu kararın sebep ve saik, salahiyet, konu, şekil ve maksat bakımından dayandığı kanuna ve hukuk kurallarına uygun olup olmadığı bir ihtilaf ve yargısal inceleme konusu olabilir. Belirtilen hususlarda kanuna ve hukuk kurallarına bir aykırılık saptandığı durumda, hizmeti kuran idari karar iptal edilmek suretiyle hizmetin kurulması önlenir. İdari kararda söz konusu yönlerden kanuna ve hukuk kurallarına aykırılık yoksa artık kanunun da ötesine gidilerek hizmetin kurulmasına muhalefete hukuken imkan yoktur.²⁹³

²⁹⁰ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.320.

²⁹¹ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.321. Örnek kararlar için bakınız. GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.321.

²⁹² ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.21-22. “Bu bağlamda siyasi iktidarın, herhangi bir faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul ederken veya herhangi bir faaliyeti kamu hizmeti olmaktan çıkarırken, o malın Ekonomi bilimi yönünden kamusal mal olarak kabul edilip edilemeyeceğini en temel veri (referans) olarak alması daha uygun olacaktır.” ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.22-23.

²⁹³ ONAR Sıddık Sami, age., s.42. “Mesela belediyenin ihdas ettiği bir hizmetin Belediye Kanununa veyahut bu hizmeti alakadar eden kanuna göre bir amme hizmeti olup olam(a)yacağı ihdas kararını veren makamın buna salahiyeti bulunup bulunmadığı, kararın kanun ve hukuk prensiplerinin aradığı şekle uygun olup olmadığı, hizmetin ihdasında amme menfaati bulunup bulunmadığı noktaları alakalılar tarafından bir ihtilaf mevzuu yapılabilir ve bir iptal davası doğurur.” ONAR Sıddık Sami, age., s.42.

Kamu hizmetinin kurulması konusunda takdir yetkisi yasama organına ait olmakla birlikte bu takdir yetkisinin iki istisnası bulunmaktadır. Bunlar anayasal kamu hizmetleri ile uluslararası antlaşmalardır.

Anayasal kamu hizmetleri terimi Fransız hukuku kaynaklı bir kavramdır.²⁹⁴ Fransız Anayasa Konseyi tarafından anayasal düzenlemelerden kaynaklanan kamu hizmetleri yasama organı ve idari makamlarca oluşturulardan ayrılmakta ve bunlar anayasal kamu hizmetleri olarak nitelendirilmektedir.²⁹⁵ Bu kategori gereğince kamu hizmetlerinin kurulmasında yasa koyucunun genel yetkisinin yanında anayasa koyucunun yetkisi de devreye girmektedir.²⁹⁶ Bu anlayışa göre anayasal normlar bir kısım faaliyetlerin kamu hizmeti olarak benimsenmesini zorunlu tutabilir.²⁹⁷ Diğer bir ifadeyle, Anayasa tarafından bazı faaliyetlerin kamu hizmeti olarak örgütlenmesi öngörülmüş olabilir. Özellikle Anayasa Mahkemesince yasaların yargısal denetiminin yapıldığı bir sistemde Anayasa'nın yorumundan çeşitli anayasal kamu hizmetleri türetmek mümkün olabilir.²⁹⁸

Buna göre Anayasa'da bazı faaliyetlerin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi söz konusu ise yasama organı tarafından bu faaliyetlerin kamu hizmeti haline getirilmesi yükümlülüğü söz konusu olur.²⁹⁹ Bu faaliyetler söz konusu olduğunda bunlarda kamu yararı olduğu Anayasa gereği kabul edilir. Zira söz konusu faaliyetlerin kamu yararı ihtiva ettiği anayasa koyucu tarafından belirlenmiş olup, bu belirleme kanun koyucuyu bağlar. Bu durumda, belirtilen alanlarda kanun koyucu tarafından Anayasa'nın öngördüğü kamu hizmetini kurmak zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak bu konuda çıkarılması gereken kanunu çıkarmayan yasama organına karşı bir müeyyide uygulamak da söz konusu olamaz. Zira Anayasa'nın "devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini... mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine

²⁹⁴ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.264.

²⁹⁵ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.653.

²⁹⁶ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.266.

²⁹⁷ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.23.

²⁹⁸ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.264.

²⁹⁹ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.23; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.322.

Anayasal kamu hizmetlerine örnek olarak milli savunma (m.117), eğitim (m.42), sağlık (m.56), gençliğin korunması (m.58), sosyal güvenlik (m.60), şehitlerin dul ve yetimlerini, gazileri, sakatları, yaşlıları, muhtaç çocukları koruma (m.61), tarih, kültür ve tabiat varlıklarını koruma (m.63), yüksek öğrenim (m.130), radyo ve televizyon yayıncılığı (m.133) gibi faaliyetler gösterilebilir. GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.322.

getirir.” şeklindeki 65’inci maddesi gereğince Devlet Anayasa tarafından öngörölmüş ekonomik ve sosyal alanlardaki kamu hizmetlerini mali yeterliliği ölçüsünde yerine getirecek, yetmemesi durumunda bu hizmetleri kurmaktan kaçınabilecek veya belli ölçüde kuracaktır.³⁰⁰

Diğer taraftan, kanun koyucunun, Anayasa tarafından kamu hizmeti olması zorunlu tutulan bir hizmeti kamu hizmeti olmaktan çıkarması durumunda bu kanun Anayasa’ya aykırılık teşkil edecektir.³⁰¹

Ülkemizde “anayasal kamu hizmetleri”ne ilişkin doğrudan bir içtihat bulunmamakla birlikte, Anayasa Mahkemesinin kurulduğu tarihten bu yana geliştirdiği, devletin görevlerini kamu hizmetleriyle eşitleyen içtihadı, söz konusu kategorinin hukukumuzda da bulunduğunu göstermektedir.³⁰²

Anayasa Mahkemesinin 1979 yılına ait aşağıdaki kararında devletin görevleriyle kamu hizmetleri eşitliği açık bir şekilde kurulmuş ve bir konunun Anayasa’da Devletin görevleri arasında sayılmış olması bu konunun kamu hizmeti niteliğinde olduğunu açık kanıtı olarak görölmüştür.

“Anayasa’nın 130. maddesi, doğal zenginlikler ve kaynaklarının Devletin “hüküm ve tasarrufu” altında olduğunu açıkladıktan sonra, bunların aranması ve işletilmesi hakkının Devlette olduğu ilkesini koymaktadır...

Gerçekten, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan doğal zenginlikler ve kaynaklarının aranma ve işletilmesinin ilke olarak Devletin görevi sayılması, Anayasa Koyucunun bu işleri “kamu hizmeti” niteliğinde gördüğünün açık kanıtıdır.”³⁰³

³⁰⁰ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.323.

³⁰¹ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.23.

³⁰² KARAHANOGULLARI Onur, age., s.267.

³⁰³ Anayasa Mahkemesi, E.1979/1, K.1979/30, T.21.06.1979 (RG: T.14.01.1980, S.16869).

Anayasa Mahkemesine göre bir faaliyetin Anayasa’da Devletin görevi olarak öngörölmüş olması, o faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde olduğunu göstermektedir. Mahkemenin bu yorumu dikkate alındığında, Anayasa’yı esas alarak bir kamu hizmeti envanteri çıkarmak mümkün olabilecektir. Mahkeme buna göre bir “anayasal kamu hizmetleri” kategorisi oluşturmuştur. Anayasa’da, yerine getirilmesi Devletin görevi olarak belirlenen faaliyetler kamu hizmeti niteliğinde olup; bu tip hizmetlerin kurularak faaliyete geçirilmesi anayasal zorunluluk addedilmeli; ortadan kaldırılması ise Devlete yüklenen ödev ortadan kalkmadıkça mümkün olmamalıdır.³⁰⁴ Diğer taraftan, bu yorumdan kurma ve faaliyete geçirmenin mutlaka emanet usulü ile yapılması gerektiği sonucu da çıkarılamaz. Anayasa’da aksi öngörölmedikçe hizmetin mutlaka idarenin kendi örgütü tarafından sağlanması zorunlu olmayıp, kamunun gerekli gözetim, denetim ve strateji belirleme işlevini sürdürerek söz konusu hizmeti bu çerçevede özel kesime gördürmesi de mümkündür.³⁰⁵

Kamu hizmetinin kurulması konusunda takdir yetkisinin yasama organına ait olması kuralının ikinci istisnası uluslararası antlaşmalardır. Nitekim uluslararası antlaşmalarda, devletler, bazı kamu hizmetlerinin kurulması ile yükümlü tutulabilirler. 1941 Chicago Sözleşmesi uyarınca imzacı devletlerin uçuş denetimi ve uçuş yönlendirmesi gibi bazı hava yolu hizmetlerini yürütmekle yükümlü tutulması, yine 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile imzacı devletlerin siyasi mültecilere ilişkin bazı kamu hizmetlerini yürütmekle görevli tutulması bu tür uluslararası antlaşmalara örnek olarak gösterilebilir.³⁰⁶

b. Mahalli Kamu Hizmetleri

Mahalli kamu hizmetlerinin kurulabilmesi için yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır.³⁰⁷ Mahalli kamu hizmetlerini kurma yetkisi mahalli idarelere aittir. Bu yetkinin dayanağı Anayasa’nın “Mahallî idareler; il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve

³⁰⁴ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.268.

³⁰⁵ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.268.

³⁰⁶ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.223.

³⁰⁷ DURAN Lütfi, age., s.314; GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.654; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.326.

karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir.” şeklindeki 127’nci maddesidir.³⁰⁸ Bu madde ile mahalli idarelerin görevleri doğrudan doğruya Anayasa ile ve genel bir çerçeve içinde verilmiştir.³⁰⁹ Madde uyarınca, mahalli idareler kamu kurumlarından farklı olarak, kanundan açık bir yetki almadan da hangi mahalli müşterek ihtiyacın tatmininde kamu yararı olup olmadığını takdir etme ve söz konusu ihtiyacı tatmin için kamu hizmeti kurma yetkisine sahiptirler.³¹⁰ Ancak mahalli idarelerin bunu yaparken tekel oluşturarak bir faaliyet alanını özel teşebbüslere kapatmaları söz konusu olamaz.³¹¹

G. KAMU HİZMETİNİN KALDIRILMASI

Bir kamu hizmetinin kaldırılması faaliyet ve teşkilat bakımından iki değişik anlam taşımaktadır. Faaliyet bakımından kamu hizmetinin kaldırılması, kamu hizmeti niteliğindeki bir faaliyetin kamu hizmeti olmaktan çıkarılması anlamına gelirken, teşkilat bakımından kamu hizmetinin kaldırılması ise bu hizmeti yürüten teşkilatın varlığına son verilmesi anlamına gelmektedir. Çoğunlukla bir kamu hizmetinin kaldırılmasının bu hizmeti yürüten teşkilatın kaldırılmasını gerektirmemesi, bir kamu hizmetinin kaldırılmasıyla bu kamu hizmetini yürüten kamu kurumunun kaldırılması arasında zorunlu bir paralelliğin her zaman söz konusu olmaması ayrıca bir kamu kurumunun kaldırılmasının her zaman onun yürüttüğü kamu hizmetinin de kaldırılması sonucunu doğurmaması hususları dikkate alındığında, kamu hizmetinin kaldırılmasından anlaşılması gerekenin, faaliyet bakımından yani kamu hizmeti niteliğindeki bir faaliyetin kamu hizmeti olmaktan çıkarılması olduğu anlaşılabilir.³¹²

³⁰⁸ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.654; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.326.

³⁰⁹ DURAN Lütfi, age., s.314.

³¹⁰ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.326.

³¹¹ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.654.

³¹² GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.234. “Bir kere, merkezi idare veya mahalli idareler tarafından doğrudan doğruya emanet usulüyle yürütülen kamu hizmetlerinin kaldırılması durumunda haliyle bunları yürüten merkezi idare veya mahalli idare ortadan kalkmaz... Bir kamu hizmeti kaldırılabilir; ama bu kamu hizmetini yürüten kamu kurumu muhafaza edilebilir; ona yeni görevler verilebilir veya o yeniden teşkilatlandırılabilir... Bir kamu kurumunun varlığına son verilebilir; ama onun yürüttüğü kamu hizmeti bir başka kamu kurumuna verilebilir veya bir özel hukuk kişisine devredilebilir. Kamu hizmetinin özel hukuk tüzel kişisine devredilmesi kamu hizmetinin sona ermesi anlamına gelmez.” GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.234-235.

Toplumsal ihtiyaçlarda veya kamu yararı kavramında yaşanan değişiklikler sonucu artık toplumun belli bir kamu hizmetine olan gereksinimi sona ermiş olabilir.³¹³

Bir kamu hizmeti kaldırılması kural olarak, “yetki ve usul paralelliği ilkesi” uyarınca hizmeti kuran organ tarafından ve kuruluşundaki şekil ve usul kurallarına uyularak söz konusu olabilir.³¹⁴ Buna göre kamu hizmetlerini kaldırma yetkisi milli kamu hizmetlerinde kural olarak yasama organına aitken, mahalli kamu hizmetlerinde mahalli idarenin karar organına aittir.³¹⁵ Bu kuralın istisnasını “sıralama (hiyerarşi) kuramı” oluşturmaktadır.³¹⁶ Bu kurama göre, bir kamu hizmeti, o kamu hizmetini kuran işlemin normlar hiyerarşisinde bulunduğu basamaktan daha üst bir basamakta bulunan bir işlem ile kaldırılabilir.³¹⁷ Buna göre, kanunla kurulan bir kamu hizmeti Anayasa ile kaldırılabilir gibi, mahalli idare kararı ile kurulan bir kamu hizmeti de yasa koyucu tarafından kaldırılabilir.³¹⁸

Normlar hiyerarşisinde üst basamakta yer alan bir normla aksi öngörülmedikçe, bir kamu hizmetini kaldırmaya yetkili makam o hizmeti kaldırıp kaldırmamak hususunda takdir yetkisine sahiptir. Bu yetkinin normlar hiyerarşisi nedeniyle bazı istisnaları bulunmaktadır. İstisnalardan birisi yasama organının takdir yetkisinin Anayasa’yla sınırlı olmasıdır. Buna göre, kaldırılması düşünülen kamu hizmeti, Anayasa tarafından kamu hizmeti olarak nitelendirilmişse, bu hizmet kamu hizmeti olmaktan çıkarılamaz. Diğer bir istisna ise mahalli idarelerin takdir yetkisinin kanunla sınırlı olmasıdır. Bu sınır uyarınca mahalli idare işlemleri normlar hiyerarşisinde kanunlara göre alt basamakta yer aldığına göre, kanunla öngörülmüş mahalli kamu hizmetlerinin mahalli idareler tarafından kaldırılması söz konusu olamaz. Bu istisnalar saklı olmak üzere yetkili makamın kamu hizmetinin kaldırılmasındaki takdir yetkisinin yargısal denetimi, denetimde kullanılacak bir hukuki ölçünün bulunmaması nedeniyle yerindelik denetimi olacağından, mümkün değildir.³¹⁹

³¹³ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.867.

³¹⁴ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.335; GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye’nin Yönetim Yapısı, s.30.

³¹⁵ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.335.

³¹⁶ DURAN Lütfi, age., s.315; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.335.

³¹⁷ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.335.

³¹⁸ DURAN Lütfi, age., s.315; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.335-336.

³¹⁹ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.337-339.

Bir kamu hizmetinin görülüş usulünün sona ermesi, o kamu hizmetinin de sona erdiği anlamına gelmemektedir. Nitekim, ruhsat veya izin alınması sonucu yürütülen bir kamu hizmetinde söz konusu ruhsat veya iznin iptali kamu hizmetini sona erdirmeyip, bu hizmete başka kişiler devam edebilirler.³²⁰

Özelleştirme ile kamu hizmetinin sona erip ermeyeceği hususu da öğretide değerlendirilen konulardan bir diğeridir. Kamu hizmetlerinin kaldırılmasının, kamu hizmeti niteliğindeki bir faaliyetin kamu hizmeti olmaktan çıkarılması demek olduğu hususu ve özelleştirmelerin birçoğunda, kamu hizmetinin kamu hizmeti niteliğinin kaldırılmadığı, emanet usulüyle doğrudan doğruya kamu tüzel kişisi tarafından işletilen bir kamu hizmetinin, bu kamu tüzel kişisinin denetimi altında bulunan bir özel hukuk tüzel kişisine imtiyaz veya başka bir usulle devredildiği hususu dikkate alındığında, özelleştirmenin çoğunlukla bir kamu hizmetinin kaldırılması değil, kamu hizmetinin işletilme usulünün değiştirilmesi sonucunu doğurduğu görülebilecektir.³²¹

II. KAMU HİZMETİNİN GÖRÜLME USULLERİ

A. GENEL OLARAK

Her kamu hizmeti nihai olarak bir kamu otoritesinin sorumluluğu altındadır. Bu ilke, kamu hizmetinin mutlaka bu kamu otoritesi tarafından yürütülmesi ve işletilmesini zorunlu kılmamaktadır. Kamu hizmeti bizzat onu üstlenen kamu otoritesi tarafından yürütülebileceği gibi, söz konusu kamu otoritesi dışındaki kamu tüzel kişiliği veya özel hukuk tüzel kişiliği tarafından da yürütülebilir.³²² Özetle, kamu hizmetlerinin tanımında organik ölçütün bir öneminin kalmadığı günümüzde, kamu hizmetleri idare tarafından görüldüğü gibi, özel kişiler tarafından da görülebilmektedir.³²³

Diğer taraftan, kamu hizmetlerinin çeşitli yollardan görülmesi ve türlü biçimlerde örgütlenmesi söz konusu olup, bu yol ve biçimler kamu hizmetinin konusu ve niteliğine

³²⁰ KESKİN Bayram, age., s.20.

³²¹ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.339-340. Benzer görüş için bakınız. KESKİN Bayram, age., s.20.

³²² ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.11.

³²³ GÜNDAY Metin, age., s.294-295.

göre değişir. Ancak, bu hususta uyulması zorunlu bir kural bulunmayıp, ilgili organ ve makamlar takdir yetkisine sahiptir. Zira bu sorun, hukuki olmaktan çok idare siyaseti ve sanatı ile ilgilidir.³²⁴

Türkiye’de kamu hizmetlerinin görülme ve örgütlenme biçimleri oldukça değişiktir.³²⁵ Kamu hizmetlerinin görülme usullerinin öğretide kamu tüzel kişileri tarafından ve özel hukuk kişileri tarafından olmak üzere iki başlık altında ele alındığını görmekteyiz.³²⁶

B. KAMU HİZMETLERİNİN KAMU TÜZEL KİŞİLERİ TARAFINDAN İŞLETİLMESİ USULÜ (EMANET USULÜ)

Kamu hizmetlerinin kamu kesiminde yer alan tüzel kişilere gördürülmesi emanet usulüne göre söz konusu olmaktadır.³²⁷ Emanet usulü, bir kamu hizmetinin kamu tüzel kişisi tarafından doğrudan doğruya kendi örgüt, araç-gereç, personel ve malvarlığı ile yürütülmesidir.³²⁸

Fransız öğretisinden farklı olarak, ülkemizde bir kamu hizmetinin, Devlet idaresi dışında diğer kamu tüzel kişileri tarafından doğrudan doğruya kendi örgüt, araç-gereç, personel ve malvarlığı ile yürütülmesi halinde de emanet usulü söz konusu olur.³²⁹ Tüm kamu tüzel kişileri geniş anlamıyla Devletin içinde sayıldığından bunların da teşebbüs ve vasıtaları itibariyle emanet usulü içerisinde değerlendirilmesi lazım gelir.³³⁰

Bu usulün belirleyici niteliği bir kamu hizmetinin doğrudan doğruya kamu tüzel kişilerincede görülmesidir.³³¹ Öte yandan, hizmetin; muhakkak kamu hukuku kurallarına göre yürütülmesi gerekmeyip, kamu iktisadi teşebbüslerinde olduğu gibi özel hukuk

³²⁴ DURAN Lütfi, age., s.327.

³²⁵ DURAN Lütfi, age., s.327.

³²⁶ GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye’nin Yönetim Yapısı, s.33; ÖZAY İlhan, age., s.250,252.

³²⁷ GÜNDAY Metin, age., s.295.

³²⁸ ÖZAY İlhan, age., s.251; GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye’nin Yönetim Yapısı, s.33; GİRİTLİ / BİLGEN / AKGÜNER, age., s.860.

³²⁹ ÖZAY İlhan, age., s.251.

³³⁰ ÖZAY İlhan, age., s.251; ONAR Sıddık Sami, age., s.43.

³³¹ GÜNDAY Metin, age., s.251.

kurallarına göre de yürütülmesi söz konusu olabilir.³³² Nitekim, kamu iradesi ile kurulup, malvarlıkları kamusal kaynaklardan karşılandığı için üstlendikleri hizmetleri emanet usulüyle yürüttükleri kabul edilen kamu iktisadi teşebbüsleri özel hukuka bağlı olarak faaliyet göstermektedir.³³³

Burada dikkate alınması gereken bir nokta da, kamu hizmeti görülüş usulü olarak emanet usulünden bahsedilebilmesi için, bir kamu hizmetinin herhangi bir kamu otoritesi tarafından değil, bizzat o kamu hizmetinin nihai sorumlusu olan kamu otoritesi tarafından yürütülmesi gerekmektedir. Buna göre, kamu şirketinin bir sözleşme (örneğin imtiyaz sözleşmesi) veya tek yanlı izin (ruhsat) şeklinde bir yetkilendirme ile faaliyet göstermesi durumunda emanet usulü değil, duruma göre imtiyaz veya ruhsat usulü söz konusu olacaktır.³³⁴

Nitekim 4628 sayılı Kanun'a göre elektrik piyasası faaliyetlerine başlamadan önce, lisans alınması zorunluluğu söz konusu olup, bu zorunluluk kamu şirketleri için de geçerlidir. Buna göre, elektrik hizmetinin kamu hizmeti niteliğinde olduğu kabul edildiğinde, bu hizmetin kamu şirketi tarafından görülmesi durumunda görülme usulü emanet değil ruhsat usulü olacaktır.

C. KAMU HİZMETLERİNİN ÖZEL HUKUK KİŞİLERİ TARAFINDAN İŞLETİLMESİ USULLERİ

1. MÜŞTEREK EMANET USULÜ

Müşterek emanet usulü, emanet ile imtiyaz arasında kalan bir usuldür olup,³³⁵ bir kamu hizmetinin, hasar ve zararı idareye ait olmak ve onu üstlenen özel hukuk tüzel kişisine gelir üzerinden bir pay vermek suretiyle yürütülmesidir.³³⁶

³³² ONAR Sıddık Sami, age., s.43; ÖZAY İlhan, age., s.251; GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.33; GÜNDAY Metin, age., s.295.

³³³ ÖZAY İlhan, age., s.231; ONAR Sıddık Sami, age., s.43.

³³⁴ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.32.

³³⁵ ONAR Sıddık Sami, age., s.45.

³³⁶ ÖZAY İlhan, age., s.252; GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.35; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Bursa 2007, s.550.

Bu usulde, hizmet idare tarafından kurulurken, hizmetin yürütülmesi ise özel kişiye bırakılmaktadır.³³⁷

Bir kamu hizmetinin müşterek emanet usulü ile özel hukuk tüzel kişisine gördürülmesi idari sözleşme ile söz konusu olmaktadır.³³⁸ Müşterek emanet usulü bu yönüyle imtiyaz usulüne benzemektedir.³³⁹ Bu kapsamda, sözleşmenin içeriğine bakmak suretiyle, imtiyaz mı yoksa müşterek emanet mi söz konusu olduğu anlaşılabilir.³⁴⁰ Özel kişiye gördürülen hizmet idarece kurulmuş, hasar ve zarar da idareye ait ise müşterek emanet usulü, buna karşılık söz konusu hizmet özel kişi tarafından kurulmuş, hasar ve zarar da hizmeti gören kişiye ait ise imtiyaz usulü söz konusu olacaktır.³⁴¹ Diğer bir ifadeyle, müşterek emanet ile imtiyaz arasındaki en önemli mahiyet farkı, müşterek emanette sermaye ve hasarın idareye ait olması ve zarar halinde müteşebbisin sadece koymuş olduğu emeğin karşılığını kaybetmesi, imtiyazda ise sermayenin ve dolayısıyla zarar halinde hasarın müteşebbise ait olması yani müteşebbisin kâr ile beraber sermayesini de kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya kalmasıdır.³⁴²

Müşterek emanet usulünde, özel hukuk kişisi emeği ve bilgisi ile hizmeti yürütmekte ve masraflarını da hizmetten yararlananlardan alınan bedelden karşılamaktadır. Hasılatın masraflar çıktıktan sonra kalan fazlalık sözleşmede kararlaştırıldığı ölçüde paylaşılmaktadır. Fazlalık çıkmaması durumunda ise özel hukuk kişisi ya bir şey elde edememekte ya da ancak kendi hakkını talep edebilmektedir. Hasılatın masrafları karşılayacak derecede olmaması durumunda idare bunu temin etmekle yükümlü olacaktır.³⁴³ Buna göre, imtiyaz usulünden farklı olarak, müşterek emanette hizmeti yürüten özel hukuk kişisi gelirini hizmetten yararlananlardan aldığı bedelden değil, idare tarafından kendisine verilen, hasılatla endeksli paydan veya bu paya ilaveten verilen primden elde etmektedir.³⁴⁴

³³⁷ GÜNDAY Metin, age., s.295; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Dersleri, s.550.

³³⁸ DURAN Lütfi, age., s.333; GÜNDAY Metin, age., s.295.

³³⁹ GÜNDAY Metin, age., s.295.

³⁴⁰ ÖZAY İlhan, age., s.253.

³⁴¹ GÜNDAY Metin, age., s.295.

³⁴² ONAR Sıddık Sami, age., s.45.

³⁴³ ONAR Sıddık Sami, age., s.45.

³⁴⁴ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Dersleri, s.550.

Öngörülemezlik kuramı nedeniyle imtiyaz usulünde de zararın tamamen özel hukuk kişisi üzerinde kalmadığı, bu bakımdan imtiyaz ve müşterek emanet usulü arasındaki farkın çok belirgin olmadığı iddia edilebilirse de, imtiyazda araya mutlaka bir yargısal destekleme kararının girmesi zorunluluğunun söz konusu olması, müşterek emanette ise hasar ve zarar konusunun gerek istisnai bir durum olması gerekse de mutlaka sözleşmede yer almasının yeterli sayılması aradaki farkın çok da belirsiz olmadığını göstermektedir.³⁴⁵

Klasik idare hukuku kitaplarında, bu usulün ülkemize ilişkin sadece tek bir örneği gösterilmekte olup, bu da Osmanlı İmparatorluğu döneminde sahil fenerlerinin özel kişilere işletilmesidir.³⁴⁶ Nitekim ONAR da, sadece bu örneğe yer vermiş olup, Osmanlı İmparatorluğunda sahil fenerlerinin kurulması ve işletilmesi için müteşebbislerle akdedilmiş olan mukavelenin Cumhuriyet devrinde işletenlerle Devlet arasında çıkan bir ihtilaf üzerine hakemlerce müşterek emanet sayıldığını ifade etmektedir.³⁴⁷

Bununla birlikte, bazı yazarlarca 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun (“3096 sayılı Kanun”)’a göre yapılan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi ile kurulan ilişki de -Danıştay tarafından imtiyaz olarak nitelendirilmesine karşın- müşterek emanet olarak kabul edilmiştir.³⁴⁸

2. İLTİZAM USULÜ

İltizam usulü idare ile özel hukuk kişisi arasında kamu hizmetine ilişkin olarak imzalanabilecek sözleşmelerden bir diğeridir.³⁴⁹ Bu usulde, hizmet için gerekli tesisler idare tarafından kurulmakta, ancak hizmetin yürütülmesi önceden kararlaştırılan götürü veya orantılı bir bedel karşılığında özel hukuk kişileri tarafından yapılmaktadır.³⁵⁰ Bu

³⁴⁵ ÖZAY İlhan, age., s.253.

³⁴⁶ ÖZAY İlhan, age., s.252. Bu örneğe GÜNDAY’da yer vermektedir. GÜNDAY Metin, age., s.295.

³⁴⁷ ONAR Sıddık Sami, age., s.45.

³⁴⁸ ÖZAY İlhan, age., s.294.

³⁴⁹ ÖZAY İlhan, age., s.254.

³⁵⁰ GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye’nin Yönetim Yapısı, s.35; GÜNDAY Metin, age., s.296; GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.864.

yürütme idare ile özel kişi arasında yapılan bir anlaşma çerçevesinde gerçekleşir.³⁵¹ Belirtilen sözleşmede ilgili idare “iltizam veren”, sözleşme “iltizam sözleşmesi” ve sözleşmenin tarafı özel kişi de “mültezim” adıyla geçmektedir.³⁵² Bu usulde, kâr ve zarar özel kişiye ait olup, mültezimin kârı hizmetin yürütülmesi karşılığında elde edilen gelirle idareye ödenecek miktar arasındaki farktan doğmaktadır.³⁵³

İltizam usulünün imtiyaz ve müşterek emanet usulünden farklılıkları şu şekilde sıralanabilir; iltizam hizmet için gerekli tesislerin idare tarafından kurulması yönüyle imtiyazdan, kâr ve zararın özel kişiye ait olması yönüyle de müşterek emanetten ayrılmaktadır. Diğer taraftan, mültezim idareye götürü bir bedel ödemekte ve gördüğü hizmet karşılığında yararlananlardan bedel almaktadır.³⁵⁴

Bugün artık uygulanmayan iltizam usulü,³⁵⁵ Osmanlı döneminde “aşar” adı verilen tarım ürünlerinden alınan verginin toplanmasında uygulanmış, Cumhuriyet döneminde ise vergi tahsilinde kullanılmasından vazgeçilerek, sadece göl ve nehirlerle deniz kıyılarındaki Hazineye ait dalyan ve volilerden yararlanma ve Devlet tekelindeki reasürans hakkını işletmede kullanılmıştır.³⁵⁶

³⁵¹ DURAN Lütfi, age., s.333; ÖZAY İlhan, age., s.254; ATAY Ethem, age., s.251.

³⁵² ATAY Ethem, age., s.251.

³⁵³ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Dersleri, s.548; ATAY Ethem, age., s.251.

³⁵⁴ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Dersleri, s.548-549.

³⁵⁵ GÜNDAY Metin, age., s.296; GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.864. Bu usulün günümüzde uygulanmama nedenlerinden birisi ÖZAY tarafından şu şekilde açıklanmaktadır: “Osmanlı imparatorluğu döneminde özellikle vergi toplama alanında kullanılan ve çok kötü anılar bırakmış olan “iltizam usulü”nde halktan toplanılan miktarın belli bir kısmı idareye bırakıldıktan sonra geri kalanı “mültezim”in, yani özel hukuk kişinin olduğu için, bu zamanla bir sömürge ve soygun haline dönüşmüştür. Halbuki Fransa’da, bazı çok kötü örnekleri de olmasına karşın, İdare tarafından kurulmuş ve hazırlanmış bir hizmet alanında “işletme”nin belli bir bedel karşılığında özel hukuk kişisine devredilmesi söz konusu olduğundan bu bir tür “kira” sayılabilir. Mültezimin kamu hizmetini yürütme karşılığında İdareden sözleşmede kararlaştırılmış belli bir “hakediş”i alması ne kadar doğalsa, sonradan yozlaşmış şekli ile hizmetten yararlananlardan alınan katkı payını olabildiğince yükseltip, masrafları da o denli indirerek aradan “fahiş kar” elde etme yönetimi de kamu yararına o kadar ters düşer. Zaten bu usulün günümüzde artık hiç uygulamıyor olmasının bir nedeni de budur.” ÖZAY İlhan, age., 398 no.lu dipnot, s.352.

³⁵⁶ DURAN Lütfi, age., s.333-334; GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye’nin Yönetim Yapısı, s.35.

3. YAP-İŞLET-DEVRET USULÜ

a. Genel Olarak

Artan yatırım ihtiyaçlarının kamu kaynaklarıyla finansmanının güç hatta imkansız hale gelmesi, yeni kaynak ve finansman yöntemi arayışlarına yol açmış, bu kapsamda özel teşebbüslerin finansman ve riske katılımını sağlamaya yönelik çabalar artmıştır. Yap-işlet-devret usulü de bu arayışlar kapsamında geliştirilen bir yöntem olup, bu usulle altyapı yatırımlarında özel kesimin payının artırılması suretiyle kamu finansman yükünün azaltılması ve hizmet sunumunda etkinliğin artırılması hedeflenmiştir.³⁵⁷ Bir anlamda bu usul özelleştirmeye geçiş amaçlı olarak kullanılmıştır.³⁵⁸ Ülkemizde yap-işlet-devret usulünün uygulanmasında ilk sektör olarak, elektrik enerjisi alanında gereksinim duyulan ilave kapasitenin özel sektör tarafından gerçekleştirilmesi amacı çerçevesinde enerji sektörü seçilmiştir.³⁵⁹ Bu seçimin yasal temeli de 3096 sayılı Kanun ile bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Yönetmelikle oluşturulmuştur.³⁶⁰

Aslında yap-işlet-devret sadece kamu kurum ve kuruluşları tarafından ifa edilen kamu hizmetlerinin sağlanmasında başvurulmuş bir finansman modeli olmayıp, bu model ile herkes ihtiyaç duyduğu özel amaçlı yatırımları gerçekleştirebilir.³⁶¹ Diğer bir ifadeyle bu model esas olarak kamuya ait bir hizmet ya da faaliyetin özel girişim eliyle

³⁵⁷ YILMAZ Osman, "Altyapı Projelerinin Finansmanında Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli", Altyapı Ekonomisi, Ankara 2005, s.149.

³⁵⁸ KAYMAKÇIOĞLU Fatih, Kamu Yönetiminde Uluslararası Tahkim ve Enerji Politikaları, Ankara 2005, s.39. Nitekim, yap-işlet-devret yöntemi, 1980'li yıllara kadar Türkiye'de neredeyse hiç uygulanmamış olan klasik anlamda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin işlevini üstlenmek üzere önerilmiş ve Türkiye'de 1980'li yılların başlarında, uygulamaya konulan özelleştirme politikalarının araçlarından birisi olmuştur. Bu model, aynı zamanda başta ABD ve Batı Avrupa ülkelerinde yeşerip olgunlaşan, ekonomik yaşam üzerinde hukuksal düzenlemelerin baskısının azaltılması çabası ve isteği yönündeki arayış ve anlayışın da bir sonucudur. LEBLEBİCİLER Okan, Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında Alternatif Arayışlar;Yap-İşlet-Devret Modeli ve İzmit Yuvacık Barajı Örneği (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2005, s.59-60.

³⁵⁹ ÇAL Sedat, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.149.

³⁶⁰ ÖZAY İlhan, age., s.263. Aslında, 1980'li yıllardan sonra gündeme gelen yap-işlet-devret modelinin benzerleriyle 150 yıl öncesinde de karşılaşılmaktadır. Nitekim, Osmanlı İmparatorluğu döneminde kısmen "10 Haziran 1326 (1910) tarihli Menafı Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun" kapsamında yürütülen telefon ve elektrik hizmetleri gibi ulusal ya da İstanbul Beyoğlu'daki tünel gibi yerel nitelikli kamu hizmetlerine ilişkin imtiyaz sözleşmeleri, kapsamaları açısından günümüz yap-işlet-devret yöntemiyle paralel özellikler taşımaktadır. ÇAL Sedat, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.149.

³⁶¹ SİRMEN Lale, "Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli", Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, 2. Baskı, Ankara 1996, s.11; ÇAL Sedat, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.149.

yaptırılması ve / veya yürütülmesine yönelik bir usul olmakla birlikte, iki tarafı da özel kişilerin oluşturduğu ya da İdarenin bir özel kişi gibi taraf olduğu durumlarda da uygulanmaktadır.³⁶² Bu kapsamda kamu kurumları da, kamu hizmeti niteliğinde olmayan faaliyetlerinde de bu modeli kullanmaktadırlar.³⁶³

Yap-işlet-devret usulü ile özellikle de 3096 sayılı Kanun ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun (“3996 sayılı Kanun”) kapsamı dışında yapılacak yatırım ve yürütülecek faaliyetler için tarafların aralarındaki hukuki ilişkiyi biçimlendirmek üzere akdedecekleri sözleşmenin muhtevası ve hukuki niteliği; tarafların kimliği, kurulacak tesisin konusu ve faaliyetin türü ile tarafların hak ve yükümlülüklerine göre farklılık arz edeceğinden, bu usul çerçevesinde sağlanacak yatırımlar için tek tip bir sözleşmenin uygulanması söz konusu olamaz.³⁶⁴

Sözleşme özgürlüğünün sağladığı serbestlik çerçevesinde, maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesi için geliştirilen bir finansman modeli olması karşısında yap-işlet-devret usulünün bir sözleşme tipi olmasından söz edilemeyeceği savunulsa da,³⁶⁵ elektrik piyasasında faaliyet göstermenin yollarından birisi olması karşısında, konu ile ilgili mevzuat çerçevesinde yap-işlet-devret usulünü de kamu

³⁶² YILMAZ Osman, agm., s.149-150. “Örneğin bir otel arsasına sahip gerçek ya da tüzel bir kişi ya da bir belediye, yap-işlet-devret uygulaması içinde bir üçüncü şahsa belli bir işletme dönemi sonunda kendisine devredilmek üzere otel inşa ettirebilmektedir.” YILMAZ Osman, agm., s.150.

³⁶³ ÇAL Sedat, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.149; SİRMEN Lale, agm., s.12. “...2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ile turizm bölgelerinde ve merkezlerinde, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler üzerinde irtifak hakkı kurularak bu yerlerin kamu yararına korunması veya kullanılmasına katkıda bulunacak yapı ve tesislerin yapılması ve işletilmesine imkan tanınmıştır (TTK.m.6,8). Ancak bu tür bir özel düzenleme bulunmadığı durumlarda kamu kurum ve kuruluşlarının özel amaçlı yatırımlar için yap-işlet-devret yoluyla kaynak sağlamasında bazı hukuki güçlükler söz konusu olmaktadır. Çünkü idarenin kurduğu özel hukuk nitelikli ilişkilerde de hareket alanı 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun emredici hükümleriyle büyük ölçüde sınırlandırılmıştır. Bu Kanun’da kamu kurum ve kuruluşlarının yap-işlet-devret modeli çerçevesinde kaynak sağlamasına imkan veren açık bir hüküm de bulunmamaktadır.” SİRMEN Lale, agm., s.12. Bununla birlikte, birçok mahalli idare tarafından toplu taşımacılık, konut inşaatı, otopark, otel, motel, eğlence ve ticaret merkezleri, hafif tramvay ve metro, kazıklı marina, doğalgaz şebekesi yapımı, işletmesi gibi çok çeşitli alan ve konularda bu model uygulanmaktadır. ÖZAY İlhan, age., s.263. Bu örneklerden, yap-işlet-devret modelinin ülkemizde yoğun biçimde uygulanmasına geçilmesinden önce yüksek maddi kaynak gerektiren büyük yatırım projelerinin gerçekleştirilmesi için önerilmiş bir finansman modeli olsa da, küçük yatırım tutarlarını gerektiren faaliyet alanlarında da uygulanmasının söz konusu olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. ÇAL Sedat, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.149.

³⁶⁴ SİRMEN Lale, agm., s.11.

³⁶⁵ SİRMEN Lale, agm., s.11.

hizmetinin görülmesi usullerinden birisi olarak ele almak gerekliliği hasıl olmuştur. Yine yap-işlet usulü de bu kapsamda değerlendirilmiştir.

b. Tanım

Yargısal kararlara ve hukuk öğretisine bakıldığında genelde yap-işlet-devret usulünün tanımlanmadığı, bunun yerine değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir.³⁶⁶ Bununla birlikte, birkaç tanım denemesine yer vermek mümkündür. Yap-işlet-devret bir tanıma göre, “yapımı sonrasında belirli bir getirisi olan bir projenin, bir sermaye şirketi tarafından finanse edilerek yaptırılması, belirli bir süreyle işletilmesi suretiyle yatırımcının yatırımını finansal açıdan karşılmasına olanak tanınması ve sürenin sonunda projenin asıl sahibine devredilmesi” usulüdür.³⁶⁷ Yine bir başka ve daha ayrıntılı tanıma göre yap-işlet-devret, “bir kamu hizmetinin kamu kurum ya da kuruluşları ile ulusal ya da uluslararası özel sermaye arasında yapılan bir sözleşme çerçevesinde sermayesi, kâr ve zarar ile tüm masrafları yüklenici tarafından karşılanarak gerçekleştirilmesi; yapılan tesisin yüklenici tarafından belli bir süre işletilmesi sonucunda, yatırılan sermayenin ve belli bir kârın (zararın) elde edilmesi; sözleşmede belirtilen sürede tesisin işler vaziyette, her türlü tahahhüt ve borçtan arındırılmış olarak, ilgili kamu kurum ya da kuruluşlarına devir ve teslimini sağlayan kamu yatırım ve finansman modeli”dir.³⁶⁸

Yap-işlet-devret modeli ilk kez 3996 sayılı Kanun’da bu isimle anılmıştır.³⁶⁹ Söz konusu Kanun’da yap-işlet-devret modeli, “İleri teknoloji veya yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare

³⁶⁶ LEBLEBİCİLER Okan, agt., s.62. Yöntemin tanımı üzerinde durulmamasında yargı mercilerinin imtiyazı, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin tek yolu olarak görme eğiliminde olması ve idare hukuku öğretisinin çoğunluğunun da yap-işlet-devret’i imtiyaz olarak değerlendirme eğiliminde olması neden olarak gösterilebilir. LEBLEBİCİLER Okan, agt., s.62.

³⁶⁷ ÇAL Sedat, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.150.

³⁶⁸ GÜNEŞ Cengiz, Enerji ve Altyapı Yatırım Modelleri, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2002.

³⁶⁹ ÇAL Sedat, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.150.

veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır.³⁷⁰

c. Yasal Çerçeve

Yap-işlet-devret modelinin hayata geçirilmesine yönelik ilk yasal düzenlemenin 3096 sayılı Kanun olduğu söylenebilir.³⁷¹ Bu Kanun’la TEK’in (bazı küçük istisnalarla) tekelinde bulunan elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti alanlarında özel hukuk hükümlerine tabi yerli veya yabancı sermaye şirketlerinin görevlendirilebileceği kabul edilmiştir.³⁷²

Söz konusu Kanun’da “üretim şirketleri” ile “görev şirketleri”nin birlikte düzenlenmesinden kaynaklanan karışıklıklar nedeniyle özellikle “görev şirketleri”nin imtiyazlı projeler olup olmadığı hususunda inceleme yapılmasının gerekmesi ve ortaya çıkan tereddütlerin kaldırılması amacıyla Danıştay’dan istişari görüş talep edilmesi üzerine Danıştay 1. Dairesi tarafından E.1992/232, K.1993/294 sayılı kararla, yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilecek projelere ilişkin tüm sözleşmelerin “kamu hizmeti imtiyazı sözleşmeleri” niteliğinde oldukları ifade edilmiştir. Bu görüşün akabinde 3096 sayılı Kanun’a göre gerçekleştirilmesi düşünülen tüm projelerin çıkmaza girmesi nedeniyle anılan Kanun’a göre hayata geçirilmiş bir yap-işlet-devret modeline rastlamak imkanı ortadan kalkmıştır.³⁷³

3096 sayılı Kanun’dan kaynaklanan sorunların aşılmasını teminen 3974 sayılı Kanun ile “Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadi Devlet Teşekküllerinin bu Kanuna dayanarak veya diğer kanunların özel

³⁷⁰ 3096 sayılı Kanun m.3.

³⁷¹ ZABUNOĞLU Yahya, “Yap-İşlet-Devret (YİD) Konusunda Yasal Düzenleme Örnekleri ve Yargı Kararlarının Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli”, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, 2. Baskı, Ankara 1996, s.46.

³⁷² ÇAL Sedat, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.157. Anayasa Mahkemesince de, 3096 sayılı Kanun’un, özel hukuk hükümlerine bağlı sermaye şirketi statüsüne sahip kimi yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretim, iletim ve dağıtımı ile görevlendirilmesini düzenlediği ve bu Kanunun, “yap-işlet-devret” ya da “devral-işlet-devret” modelini içeren, belli süre ile tesislerin işletme hakkının devrini öngören Kanun olduğu ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, E.1994/43, K.1994/42-2, T.09.12.1994 (RG: T.24.01.1995, S.22181).

³⁷³ ZABUNOĞLU Yahya, “Yap-İşlet-Devret (YİD) Konusunda Yasal Düzenleme Örnekleri ve Yargı Kararlarının Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli”, s.46-47.

sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutların işletme haklarını devir almalarını öngören hükümlerine göre üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olup, imtiyaz teşkil etmezler.” yönünde bir hüküm getirilmiştir.³⁷⁴ Ancak bu hüküm Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.³⁷⁵

3996 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesiyle başlığında yap-işlet-devret yer alan ve esas itibarıyla bu modeli düzenlemeye yönelik bir yasal tasarruf mevzu hukukun bir parçası olmuştur.³⁷⁶ 3996 sayılı Kanun kamusal hizmet alanlarında özel kuruluşlara yapım ve işletme izni (görevi) verilmesine ilişkin genel çerçeveyi çizmiş olup, yalnız elektrik üretimi ya da otoyol yapımı ve işletmesinde değil çok daha geniş bir kamu hizmeti yelpazesinde yap-işlet-devret modelinin uygulanmasını düzenlemeye yönelik olarak çıkarılmıştır.³⁷⁷ 4047 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle enerji üretimi, iletimi ve dağıtımı 3996 sayılı Kanun kapsamından çıkartılmıştır. Ancak daha sonra 4493 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti işleri yeniden 3996 sayılı Kanun kapsamına dahil edilmiştir.

d. Uygulama İlkeleri

3096 sayılı Kanun, görevli şirketlerin özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketleri statüsüne sahip yerli ve yabancı şirketi olması koşulunu getirmişken,³⁷⁸ 3996

³⁷⁴ 3974 sayılı Kanun Ek 5. madde.

³⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, E.1994/43, K.1994/42-2, T.09.12.1994 (RG: T.24.01.1995, S.22181).

³⁷⁶ ZABUNOĞLU Yahya, “Yap-İşlet-Devret (YİD) Konusunda Yasal Düzenleme Örnekleri ve Yargı Kararlarının Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli”, s.47. Nitekim bu husus Kanun’un “Amaç” başlıklı 1’inci maddesinde şu şekilde yer almaktadır. “Bu Kanunun amacı kamu kurum ve kuruluşlarınca (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) ifa edilen, ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılmasını sağlamaktır.”

³⁷⁷ ÇAL Sedat, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.157. Nitekim 3996 sayılı Kanun’da yap-işlet-devret yöntemi köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, trafiği yoğun karayolu, demiryolu, gar kompleksi, lojistik merkezi, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava alanları ve limanları, yük ve/veya yolcu ve yat limanları ile kompleksleri, sınır kapıları, milli park (özel kanunu olan hariç), tabiat parkı, tabiatı koruma alanı ve yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarda planlarda öngörülen yapı ve tesisleri, toptancı halleri ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesini kapsamı içine almıştır. 3996 sayılı Kanun m.2.

³⁷⁸ 3096 sayılı Kanun m.1.

sayılı Kanun yerli sermayeli anonim şirketler ve yabancı sermayeli şirketlerden söz etmektedir.³⁷⁹

Uygulamanın başlaması 3096 sayılı Kanun ve 3996 sayılı Kanun'a göre farklılık arz etmektedir.

3096 sayılı Kanun'a göre temel yöntem istekli şirketlerin başvurusudur. Ayrıca ETKB, yerli ve yabancı sermaye şirketlerince ele alınmasını uygun gördüğü üretim tesislerini Resmi Gazete ile kamuoyuna duyurabilir. Ancak bu durum ihtiyaridir.³⁸⁰ Elektrikle ilgili hizmet vermek üzere kurulmuş olan sermaye şirketlerine; DPT'nin görüşü ve havi ETKB'nin teklifi üzerine, Bakanlar Kurulu, önceden yönetmelikle belli edilmiş görev bölgelerinde, elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile ticareti izni verebilir. Bu durumda, ETKB, Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenen çerçeve içerisinde ilgili görevli şirketle sözleşme akdeder.³⁸¹ Öte yandan sadece elektrik üretmek amacı ile kurulacak sermaye şirketlerine, elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve tesisi işletme izni DPT'nin olumlu görüşünü almak suretiyle ETKB tarafından verilebilir.³⁸²

Uygulamanın başlaması 3996 sayılı Kanun'a göre ise şu şekilde işlemektedir. Yatırım ve hizmetleri yap-işlet-devret usulüne göre yaptırmak isteyen idare tarafından, projeye ilişkin ön yapılabilirlik etüdüyle Yüksek Planlama Kuruluna müracaat edilmesi gerekmektedir. İdare ancak Kurulun izninden sonra sermaye şirketi veya yabancı

³⁷⁹ 3996 sayılı Kanun m.2,3.

³⁸⁰ Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik m.5.

³⁸¹ 3096 sayılı Kanun m.3.

³⁸² 3096 sayılı Kanun m. 4. Bu kapsamda yapılacak başvurularda, başvuruda verilmesi gereken belgelerden olan ön rapor konusunda ETKB ilgili kuruluşların görüşlerini alır. ETKB görüşü olumlu olduğu takdirde, başvuru sahibine ETKB tarafından fizibilite raporunun hazırlanması için süre verilir. Aynı yer için birden fazla fizibilite raporunun alındığı durumlarda, en uygun teklif ETKB tarafından kurulan bir komisyon tarafından belirlenir. Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik m.5. Fizibilite raporundan sonra, ETKB, Türkiye enerji planlaması ve politikaları yönünden, DPT'nin görüşünü aldıktan ve üretim şirketinin kuruluşuna dair belgenin ibrazından sonra üretim tesisi kurma ve işletme izni verir ve taraflar arasında "Üretim Tesisi Kurma ve İşletme Sözleşmesi" imzalanır. Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik m.6.

şirketle sözleşme imzalayabilir.³⁸³ 3096 sayılı Kanun çerçevesinde gerçekleştirilen uygulamaların aksine projenin ilan edilmesi öngörülerek bu şekilde görevli şirketin seçiminde rekabet unsuruna yer verilmektedir. Ancak bu rekabet ortamından enerji sektörü yararlanamamıştır. Nitekim, başlangıçta 3996 sayılı Kanun'un kapsamında yer alan enerji sektörünün 4047 sayılı Kanun ile kapsamdan çıkarılmasıyla enerji projeleri münhasıran 3096 sayılı Kanun'a bırakılmış, dolayısıyla model çerçevesindeki enerji sektörü uygulamaları 3096 sayılı Kanun uyarınca rekabetten uzak bir şekilde gerçekleştirilmiştir.³⁸⁴

3096 sayılı Kanun'a göre yapılacak sözleşmelerde en az görevlendirme süresi, mevcut ve yeniden kurulacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin amortisman süreleri dikkate alınarak tespit edilir. Sözleşmeler 99 yıla kadar süreli olarak düzenlenebilir.³⁸⁵ 3996 sayılı Kanun'a göre yapılacak sözleşmelerde ise sermaye şirketinin veya yabancı şirketin yapım ve işletmesini üstleneceği yatırım ve hizmetin süresi; bedelinin (elde edilecek kar dâhil) ve yatırım için sağlanan kredilerin geri ödeme süresi ile projenin mahiyeti, sermayenin miktarı ve işletme esasları dikkate alınarak belirlenecektir. Söz konusu sözleşmelerin süresi 49 yıldan fazla olamaz.³⁸⁶

3096 sayılı Kanun'a göre imzalanan ve belli bir süreyi kapsayan sözleşmeler, süre uzatımı talep edilmediği takdirde, sürenin bitimi ile son bulur. Bu takdirde tüm tesisler ile tüm taşınır ve taşınmaz mallar her türlü borç ve taahhütlerden ari olarak Devlete bedelsiz olarak geçer. Sözleşmeler görevli şirketin acze düşmesi veya sözleşme şartlarını ihlal etmesi halinde süresinden önce fesh edilebilir.³⁸⁷ 3996 sayılı Kanun'a göre ise sermaye şirketi veya yabancı şirket tarafından yapılan yatırım ve hizmetler, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte her türlü borç ve taahhütlerden ari, bakımlı, çalışır

³⁸³ 3996 sayılı Kanun m.4.

³⁸⁴ ÇAL Sedat, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.163. ÇAL 3096 sayılı Kanun uygulamasını şöyle özetlemektedir: "3096 sayılı Kanun'a göre: Temel yöntem, istekli şirketlerin başvurmasıdır. Bugüne kadar gerçekleştirilen YİD projelerinin tümünde şirketler başvurmuşlardır; böylece rekabet unsuruna yer verilmemiştir. Ayrıca, Bakanlık belirlediği üretim tesislerini RG ile duyurabilmektedir. Ancak, bu hususta Bakanlığın yetkisi ihtiyari niteliktedir. Bakanlık, model çerçevesindeki uygulamalarını bu Kanun'a göre yapması halinde, duyuru yapmak zorunda değildir. Bu esasa dayanılarak, uygulamada duyuru yapılmaksızın projelerin gerçekleştirildiği görülmüştür." ÇAL Sedat, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.162.

³⁸⁵ 3096 sayılı Kanun m.7.

³⁸⁶ 3996 sayılı Kanun m.7 .

³⁸⁷ 3096 sayılı Kanun m.8.

ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer.³⁸⁸ Görüleceği üzere, 3096 sayılı Kanun'a göre süre bitiminde aynı şirketle yeniden sözleşme imzalanabilmekte iken (herhangi bir seçim prosedürü işletilmezken), 3996 sayılı Kanun'a göre ise sözleşmenin sona ermesinden sonra yeni bir görevlendirme yani "seçim" prosedürü işletilmesi gerekmektedir.³⁸⁹

e. Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

Daha önce de ifade edildiği üzere, 3096 sayılı Kanun'da bu Kanun'a göre imzalanan sözleşmelerin hukuki niteliği konusunda bir belirlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle, Kanun'a göre imzalanan sözleşmelerin hukuki niteliği konusunda tartışmalar yaşanmış, bilahare 3291 sayılı Kanun'a ek getiren 3974 sayılı Kanun'un Ek 5'inci maddesi ile getirilen hükümlerle,³⁹⁰ söz konusu sözleşmelerin özel hukuka tabi olduğu açık bir şekilde hükme bağlanmıştır.

Söz konusu hüküm ile özel hukuk hükümlerine tabi olacağı ve imtiyaz teşkil etmeyeceği öngörülen sözleşmeler 3291 sayılı Özelleştirme Kanunu, 3974 sayılı Kanun ve 3096 sayılı Kanun hükümlerine göre düzenlenen sözleşmelerdir. Diğer bir anlatımla, belirtilen hüküm 3291 sayılı Kanun'a eklendiğinden maddede sözü edilen sözleşmeler 3291 ve 3096 sayılı Kanunlar uyarınca düzenlenen sözleşmeleri kapsamaktadır.³⁹¹

Ancak söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir Anayasa Mahkemesi kararında; özel hukuk hükümlerine bağlı olma ve imtiyaz teşkil etmeme hususları ayrı ayrı değerlendirilmiştir.³⁹² Söz konusu kararda, Ek 5'inci maddenin

³⁸⁸ 3996 sayılı Kanun m.9.

³⁸⁹ ÇAL Sedat, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.166.

³⁹⁰ "Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadi Devlet Teşekküllerinin bu Kanuna dayanarak veya diğer kanunların özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutların işletme haklarını devir almalarını öngören hükümlerine göre üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olup, imtiyaz teşkil etmezler." 3974 sayılı Kanun Ek 5. madde.

³⁹¹ Anayasa Mahkemesi, E.1994/43, K.1994/42-2, T.09.12.1994 (RG: T.24.01.1995, S.22181).

³⁹² Anayasa Mahkemesi, E.1994/43, K.1994/42-2, T.09.12.1994 (RG: T.24.01.1995, S.22181). Söz konusu kararda yer verilen gerekçeler şu şekildedir: "Ek 5. madde kapsamına giren 3291, 3974 ve 3096 sayılı Yasalara göre düzenlenecek sözleşmeler için sözleşmenin taraflarından biri olan yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler verildiği görülmektedir. Gerçekten, 3974 sayılı Yasa ile TEK'in ve birimlerinin yalnızca mal varlığının satılmasının düzenlenmesine karşı 3096 sayılı Yasa, özel hukuk hükümlerine bağlı sermaye şirketi statüsüne sahip kimi yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretim, iletim

(maddede sözleşmelerin “özel hukuk hükümlerine bağlı” tutulması nedeniyle) Anayasa’nın 2., 11., 37. ve 125’inci maddeleri yönünden incelenmesinde; Ek 5’inci maddenin, özelleştirme ile ilgili idarî nitelikteki sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine bağlı tutarak idarî yargı denetimi dışına çıkaran içeriğiyle Anayasa’nın 2., 11., 37. ve 125’inci maddelerine aykırı olduğu, bu nedenle iptali gerektiği ifade edilmiştir.³⁹³ Anılan Kararda, Ek 5’inci maddenin (maddede sözleşmelerin, imtiyaz oluşturmayacağına belirtilmesi nedeniyle) Anayasa’nın 155’inci maddesi yönünden incelenmesinde de; Ek 5’inci maddenin, sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olmadığını belirterek Danıştay öndenetimi dışına çıkaran içeriği nedeniyle Anayasa’nın 155’inci maddesine aykırı olduğu, bu nedenle iptali gerektiği ifade edilmiştir.³⁹⁴

ve dağıtım ile görevlendirilmesini düzenlemektedir. Bu Yasa, “yap-işlet-devret” ya da “devral-işlet-devret” modelini içeren, belli süre ile tesislerin işletme hakkının devrini öngören yasadır. Bu tür yasalarda yönetimi üstün kılan hükümler bulunması kaçınılmazdır.

Dava konusu 3974 sayılı Yasa’da, yönetime üstünlük tanıyan kurallara yer verilmiştir. Gerçekten, ek 1. maddenin ikinci fıkrasında, “bu şekilde özelleştirilmesine karar verilen teşekkül, kuruluş, müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri tamamen özelleştirilinceye kadar 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ilgileri devam eder”; ek 2. maddenin ikinci fıkrasında, “sermayelerindeki kamu payı % 50’nin altına düşüncüye kadar kuruluşları, faaliyetleri, organları, yönetimi, denetimi, sermaye miktarını tespiti, bu işlemleri kolaylaştırıcı tedbirleri almaya, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı yetkilidir”; ve aynı maddenin dördüncü fıkrasında da, “Elektrik enerjisi dağıtım alanında faaliyet gösteren kamu ve özel sektör kuruluşlarının Elektrik Enerjisi Fonunda toplanmak üzere sektör altyapı giderlerine katkı paylarını, bunların enerji satış tarifelerinin % 10’unu geçmeyecek şekilde tespiti, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı yetkilidir.” denilmektedir. Bu nedenlerle ek 5. madde kapsamında bulunan ve “özel hukuk hükümlerine” bağlı olduğu belirtilen sözleşmelerin “idarî sözleşmeler” olduğu kuşkusuzdur. Dolayısıyla, bu tür sözleşmelerin yargısal denetimi Anayasa uyarınca idarî yargının görev alanına girmektedir. Ek 5. maddede ise, bu sözleşmeler idarî yargının görev alanından çıkarılmakta, böylece ek 5. madde Anayasa’ya aykırı düşmektedir. Çünkü, niteliği gereği idarî olan sözleşmelerin yasa kuralıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulması olanaksızdır.

Anayasa’nın “yargı yolu” başlığı altındaki 125. maddesinin birinci fıkrasındaki “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” biçimindeki kural, kuşkusuz, yönetimin “her türlü”, başka bir anlatımla kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Bunlardan, kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler için idarî yargının, özel hukuk alanındaki için de adli yargının görevli olduğunda duraksanamaz. Yasama organı, Anayasal bir gerek olarak idare hukuku alanına giren bir idarî eylem ya da işleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir. Tersî durum Anayasa’nın “Kanunî hâkim güvencesi” başlığı altındaki 37. maddesinin birinci fıkrasında “hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz” biçimindeki buyurucu kurala aykırılık oluşturur. Bunun içindir ki, Anayasa’nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında, idarî uyuşmazlıkları çözümlenme Danıştay’ın görevleri arasına alınmıştır.”

³⁹³ Anayasa Mahkemesi, E.1994/43, K.1994/42-2, T.09.12.1994 (RG: T.24.01.1995, S.22181).

³⁹⁴ Söz konusu kararda yer verilen gerekçeler şu şekildedir: “Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, gerek konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idarî sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar.

Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararlarına göre de, “bir amme hizmetinin tanzim ve işletilmesini temin”, “amme hizmetinin görülmesinin... devri”, “amme hizmetlerinden birini ifa”, “kamu hizmetlerinin yürütülmesini sağlamak” hukuksal sonucunu doğuran uzun süreli sözleşmeler, yalnız bu nedenle “idarî sözleşme” olduğu gibi, aynı zamanda bir “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi”dir.

3996 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde de benzer olarak "Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir." şeklinde hüküm konulmuş, ancak bu hüküm de Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilmiştir.³⁹⁵

Bu açıklamalar karşısında 3096 sayılı Yasa ile düzenlenen yap-işlet-devret yönteminin kamu hizmeti imtiyazından, bu Yasa'ya göre yapılan görevlendirme ve işletme hakkının devri sözleşmelerinin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığı görülür. Gerçekten, Yasa ile getirilen yöntem, ayrıcalığın (imtiyazın) tüm öğelerini içermektedir. Sermaye, riski de kendisinin olmak üzere özel hukuk kişisi tarafından konulacak ve idare ile aralarında en çok 99 yıl süreli bir idarî sözleşme yapılacaktır. Yönetimin (idarenin) hizmet konusunda gözetim, denetim, yaptırım uygulama ve yararlanacaklardan alınacak bedeli belirleme yetkileri vardır. Yasa'ya göre süre sonunda tüm tesisler ve mallar borçtan arınmış olarak idareye geçecektir. Bu arada 3096 sayılı Yasa'daki "görevlendirme" sözcüğünün, yapılan sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi kapsamı dışına çıkarıp Danıştay öndenetiminden geçmemesini sağlamak için kullanıldığını vurgulamakta yarar bulunmaktadır.

...bir hizmetin "kamu hizmeti", bir sözleşmenin de "imtiyaz sözleşmesi" olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir. Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Yasal düzenlemeler bu niteliği değiştirici etki yapamaz. Tersine durum, Anayasa'nın yargıya ve ödenetime ilişkin kurallarıyla bağdaşmaz. Öte yandan, hukuk devleti ilkesi, yürütmenin ve yasamanın tüm işlemlerinin yargısal denetime bağlı tutulmasını gerektirir ki idarî yargı ve Anayasa yargısı bunun için öngörülmüştür. Kuşkusuz, düzenleme yetkisi yasama organıdır. Ancak, bu yetkinin kullanılması anayasal ilke ve kurallarla sınırlıdır. Anayasa'ya uygunluk denetiminde yetkinin anayasal sınırlar içinde kullanılıp kullanılmadığı belirlenirken, kimi saptamalar yapmak, kimi yargılara varmak gerekir. Anayasal denetime, Anayasa'da olmayan sınırlar getirilirse denetim amacından uzaklaşır ve anlamsız kalır."

³⁹⁵ Anayasa Mahkemesi, E.1994/71, K:1995/23, T.28.06.1995 (RG: T.20.03.1996, S.22586). Anayasa Mahkemesi bu kararında da önceki kararlarında kullandığı gerekçeleri kullanmıştır. Nitekim söz konusu kararda, sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine bağlı tutulmasının öngörülmesi nedeniyle maddenin Anayasa'nın 2., 11., 37. ve 125'inci maddeleri yönünden incelenmesinde; yap-işlet-devret modelini içeren yasalarda, yönetimi üstün kılan kurallar bulunmasının kaçınılmaz olduğu, 5'inci maddeye göre düzenlenecek sözleşmeler için sözleşmenin taraflarından biri olan yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler verildiğinin görüldüğü, bu nedenle, 5'inci madde kapsamında bulunan ve "özel hukuk hükümlerine" bağlı olduğu belirtilen sözleşmelerin "idarî sözleşmeler" olduğu, dolayısıyla da, bu tür sözleşmelerin yargısal denetiminin Anayasa uyarınca idarî yargı tarafından yapılmasının gerektiği gerekçeleriyle, 3996 sayılı Kanun'da öngörülen kimi yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında yapılacak idarî nitelikteki sözleşmeleri özel hukuk kurallarına bağlı tutarak idarî yargı denetimi dışına çıkaran 5'inci maddenin ikinci tümcesinin, Anayasa'nın 2., 11., 37. ve 125'inci maddelerine aykırı olduğu, bu nedenle iptali gerektiği ifade edilmiştir.

Kararda, sözleşmelerin, imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte olmasının öngörülmesi nedeniyle maddenin Anayasa'nın 155'inci maddesi yönünden incelenmesinde de; 3996 sayılı Kanun ile düzenlenen yap-işlet-devret yönteminin kamu hizmeti imtiyazından, 2'nci maddede öngörülen yatırım ve hizmetlerin yaptırılmasına, işletilmesine ve devredilmesine ilişkin sözleşmelerin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığı, Anayasa yargısı alanında bir hizmetin "kamu hizmeti", bir sözleşmenin de "imtiyaz sözleşmesi" olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabileceği, eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu, yasal düzenlemelerin bu niteliği değiştirici etki yapamayacağı, tersi durumda, Anayasa'nın yargıya ve ödenetime ilişkin kurallarıyla bağdaşmayacağı gerekçeleriyle yönetim ile sermaye şirketleri arasında yapılacak sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte olması öngörülerek, Danıştay'ın öndenetimi dışına çıkaran içeriği nedeniyle 5'inci maddenin birinci tümcesinin Anayasa'nın 155'inci maddesine aykırı olduğu bu nedenle tümcedeki "imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte" sözcüklerinin iptalinin gerektiği ifade edilmiştir.

Öğretide bazı yazarların da Anayasa Mahkemesi kararları yönünde görüşe sahip oldukları görülmektedir. Nitekim ÖZAY yap-işlet-devret modeli ile ilgili yasal düzenlemelerin içerdiği hükümlerin tümünün, ortada bir kamu hizmeti varsa yap-işlet-devret modeli diye anılan bu usulün imtiyazdan başka bir şey olmadığını kanıtladığını belirtmektedir.³⁹⁶

GÜNDAY da, 3996 sayılı Kanun'a göre yapılacak olan sözleşmelerin de kamu hizmeti sözleşmelerine ilişkin pek çok ögeyi içerdiği, 3996 sayılı Kanun'a göre yapılacak sözleşmeler ile kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri arasındaki belli başlı farkın, ikincilerin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin sadece Türk anonim şirketi statüsündeki bir şirket ile yapılabilmelerine karşın birincilerin sermaye şirketi statüsündeki bir Türk şirketi ile ya da Türkiye'de faaliyet göstermesine izin verilmiş bir yabancı şirket ile de yapılabilmesi olduğu, 3996 sayılı Kanun'da bu Kanun'a göre yapılacak sözleşmelerin "10 Haziran 1326 (1910) tarihli Menafî Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun" ("1326 tarihli Kanun") hükümlerine tabi olmayacaklarının açıkça belirtildiği, bu kapsamda sözleşmenin mutlaka bir Türk anonim şirketi ile yapılmasının kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin belirleyici bir niteliği olmadığı gerekçeleriyle bu sözleşmelerin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejime tabi olduğunda kuşku duyulmaması gerektiğini ifade etmektedir.³⁹⁷

Daha önce ifade edildiği üzere, 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 47'nci maddesinde değişiklikler yapılmış ve kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri çerçevesinde gördürülmesi olanaklı hale getirilmiştir. Söz konusu Kanun ile Anayasa'nın 47'nci maddesine 4'üncü fıkra eklenmiş ve "Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir." yönünde hüküm getirilmiştir.

³⁹⁶ ÖZAY İlhan, age., s.262. ÖZAY'a göre bu modele "imtiyaz"dan başka isim verilmek istenmesinin iki nedeni vardır; "Birincisi "imtiyaz" sözcüğünün tarihsel anlamı ve boyutları içinde hemen "kapitülasyonlar" ile çağrışım yapması ve birçok çevrede alerji uyandırması ise asıl önemli olan ikincisi, başta Anayasa olmak üzere konu ile ilgili yasal düzenlemelerle belirlenen sistemde öngörülmüş bulunan "usul" kurallarının bertaraf edilmesi arzusudur." ÖZAY İlhan, age., s.262. Öğretide Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin genellikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğunu ileri sürenler için bakınız. ODYAKMAZ Zehra, "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", GÜHFD, C.II, S.1-1, Haziran-Aralık 1998, 49 no.lu dipnot.

³⁹⁷ GÜNDAY Metin, age., s.311.

Buna paralel olarak 4493 sayılı Kanun yürürlüğe sokulmuştur. Bu Kanun ile 3996 sayılı Kanun'da değişiklik yapılarak bir taraftan elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti faaliyeti de 3996 sayılı Kanun kapsamına alınmış diğer taraftan 3996 sayılı Kanun'un Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 5'inci maddesi yeniden düzenlenerek "Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir." hükmü getirilmiştir. Bu surette yap-işlet-devret usulünün özel hukuk sözleşmesi olarak yapılabilmesi Anayasal ve yasal olanağa kavuşturulmuştur.³⁹⁸ Buna göre, 4493 sayılı Kanun ile yapılan söz konusu düzenlemeden sonra İdare ile sermaye şirketi ya da yabancı şirket arasında yapılacak olan sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olacaktır.³⁹⁹ Bunun doğal sonucu olarak da bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların çözüm yeri adli yargı mercileri olacaktır.⁴⁰⁰

Öte yandan bu tür sözleşmelerde Anayasa'nın 125 ve 155'inci maddeleri gereğince tahkim yolu öngörülebileceği gibi, bunlar Danıştay denetimine de tabi olmayacaklardır.⁴⁰¹

³⁹⁸ GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.42.

³⁹⁹ GÜNDAY Metin, age., s.313. GÜNDAY bu durumda sadece sözleşmenin niteliğinin değişmeyeceğini aynı zamanda kamu hizmetlerine egemen olan temel ilkelerin de uygulanmasının güç hatta imkansız hale geleceğini nitekim, idarenin kamu hizmetlerinin asli sahibi ve sorumlusu olması nedeniyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde üstün yetki ve ayrıcalıklarla donatılmış iken, bu kez bu sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi tutulmasıyla idarenin bu üstün yetki ve ayrıcalıklardan yoksun kalacağını ifade etmektedir. GÜNDAY Metin, age., s.313.

⁴⁰⁰ GÜNDAY Metin, age., s.312.

⁴⁰¹ GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.43. Anayasa madde 125/1: "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek hüküm: 13.8.1999-4446/2 md.) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir." Anayasa madde 155/2: "(Değişik: 13.8.1999-4446/3 md.) Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idarî uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir."

4. YAP-İŞLET USULÜ

a. Genel Olarak

4446 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikten önce Anayasa'nın kamu hizmeti imtiyazlarında özel hukuk hükümlerinin ve uluslararası tahkimin uygulanmasına izin vermemesi, öteden beri yap-işlet-devret usulünün önünde bir engel olarak görülmüştür. İşte bu engeli aşmak üzere yap-işlet usulü ortaya atılmıştır.⁴⁰²

Yap-işlet usulü ilk kez 3096 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan ve 08.06.1996 tarih ve 22660 sayılı RG'de yayımlanan 96/8269 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile öngörülmüştür.⁴⁰³ Bu Bakanlar Kurulu Kararı "3154 sayılı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun"un Bakanlığın görevlerini düzenleyen 2'nci maddesine dayanılarak ihdas edilmiştir. Ancak söz konusu kararın iptali ve yürütmesinin durdurulması talebiyle açılan davada Danıştay tarafından, elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve bu tesise işletme izni verme konusundaki bir düzenlemenin 3154 sayılı Kanun'a dayandırılmayacağı, bu konuyu özel olarak düzenleme altına alan 3096 sayılı Kanun hükümlerinin göz önünde tutulması gerektiği gerekçesiyle bu kararın yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.⁴⁰⁴

Bunun üzerine 19.07.1997 tarih ve 23054 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olan "4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun" ve 29.08.1997 tarih ve 23095 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olan "Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik" çıkarılarak yap-işlet modelinin hukuki çerçevesi oluşturulmuştur.⁴⁰⁵

4283 sayılı Kanun'a göre, bu usulün uygulama alanı elektrik enerjisi üreten tesislerden termik santral kurulması ve işletilmesi ile sınırlı olup; hidroelektrik,

⁴⁰² ÇAL Sedat, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.192-193.

⁴⁰³ ÇAL Sedat, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.316.

⁴⁰⁴ GÜNDAY Metin, age., s.316-317.

⁴⁰⁵ GÜNDAY Metin, age., s.317.

jeotermal, nükleer santraller ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları ile çalıştırılacak santraller bu Kanun'un kapsamı dışında bırakılmıştır.⁴⁰⁶

b. Tanım

4283 sayılı Kanun'da, "elektrik enerjisi santrallerinin üretim şirketleri mülkiyetlerinde kurulmalarını, işletilmelerini, üretilen elektrik enerjisinin belirlenecek esas ve usuller çerçevesinde satışını içeren model" olarak tanımlanan⁴⁰⁷ yap-işlet usulü daha geniş bir tanımla elektrik enerjisi üretim tesislerinin yerli veya yabancı sermaye şirketi tarafından, *tesisın mülkiyeti kendisine ait olmak üzere*, kurulup işletilmesini ve bu tesiste üretilen elektrik enerjisinin TEAŞ'a satılmasını öngören bir usuldür.⁴⁰⁸

c. Uygulama İlkeleri

Yap-işlet usulünün uygulama ilkeleri şu şekilde sıralanabilir:⁴⁰⁹

- Yapımı öngörülen üretim tesisleri için teklif almak üzere TEAŞ tarafından Resmi Gazete'de ilan edilir. TEAŞ, üretim şirketini seçme hususunda işin özelliğini belirten şartname hazırlayarak kapalı teklif veya belli istekliler arasında kapalı teklif veya pazarlık usullerinden işin gereğine uygun olanını uygular. Diğer taraftan üretim tesisi kurmak ve işletmek üzere üretim şirketlerinin de TEAŞ'a başvurmaları söz konusu olup, bu durumda önerilen projelerin, TEAŞ tarafından değerlendirilerek uygun görülmesi halinde, yapımı öngörülen üretim tesisi için teklif almak üzere, rekabet ortamının sağlanması amacıyla işin gereğine uygun ihale yöntemleri de belirlenerek Resmi Gazete'de ilan edilmesi gerekmektedir. Yapılması öngörülen projelerle ilgili olarak, TEAŞ tarafından, yapılacak ilandan önce, kalkınma planları, enerji plan ve politikalarına uygunluk açısından DPT'nin görüşü alınır.

⁴⁰⁶ 4283 sayılı Kanun m.1.

⁴⁰⁷ 4283 sayılı Kanun m.2.

⁴⁰⁸ GÜNDAY Metin, age., s.317.

⁴⁰⁹ 4283 sayılı Kanun m.3.

- Alınan teklifler TEAŞ tarafından bu Kanun ve çıkarılacak yönetmelik hükümleri çerçevesinde değerlendirildikten sonra, uygun teklif belirlenerek, ilgili üretim şirketine tesis kurma ve işletme izni verilmek üzere ETKB'ye gönderilir. ETKB, TEAŞ tarafından kendisine gönderilen teklifi uygun gördüğü takdirde tesis kurma ve işletme izni verir.

- Bu iznin verildiğinin TEAŞ'a bildirilmesinden sonra, TEAŞ ile üretim şirketi arasında üretim tesisi kurma, işletme ve enerji satışını düzenleyen sözleşme imzalanır. ETKB ve TEAŞ değerlendirmelerinde kalkınma planları, ülke enerji plan ve politikaları doğrultusunda elektrik enerjisinin tüketiciye en ucuz ve güvenilir şekilde sunulmasını ve arz-talep dengelerini dikkate alır.

4283 sayılı Kanun'da işletme süresi belirtilmemekle birlikte, ilgili Yönetmelikte üretim Şirketi ile TEAŞ arasında yapılacak sözleşmenin süresinin en fazla 20 yıl olacağı ancak bu sürenin uzatılabileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, yap-işlet usulünde tesisi kuran şirketin bu tesisi *süre bakımından sınırsız bir işletme hakkı bulunmamaktadır*. Diğer bir ifadeyle, kurulacak elektrik üretim tesisinin mülkiyeti kuran şirkete ait olmakla birlikte bu durum söz konusu şirketin kurulacak tesisi süresiz olarak işletebileceği anlamına gelmemektedir.⁴¹⁰ Burada da hizmetin asıl sahibi ve sorumlusu yine idare olup, idare bu sürenin dolması ile birlikte hizmeti ister kendisi yürütür, isterse sürenin uzatılmasına da karar verebilir.⁴¹¹

d. Yap-İşlet Usulünün Yap-İşlet-Devret ve İmtiyaz Usulünden Farkı

Yap-işlet usulü, kurulacak tesisin mülkiyetinin üretim şirketine ait olması ve bu tesisin mülkiyetinin daha sonra idareye devretmenin de zorunlu olmaması bakımından yap-işlet-devret ve imtiyaz usulünden ayrılmaktadır.

⁴¹⁰ GÜNDAY Metin, age., s.317.

⁴¹¹ KESKİN Bayram, age., s.66.

e. Yap-İşlet Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

Yap-işlet usulü, elektrik tesisi kurma ve işletme hizmetinin ruhsat ve sözleşme karışımı bir usulle özel kişilere gördürülmesi olup, üretim şirketi ile TEAŞ arasında imzalanacak olan sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olmamakla birlikte idari sözleşme niteliğindedir.⁴¹²

Danıştayın 06.02.2002 tarihli kararında ise söz konusu sözleşmelerin niteliği hakkında farklı bir değerlendirme yapılmıştır. Söz konusu kararda, 4283 sayılı Kanun ile düzenlenerek yap-işlet usulüyle getirilen üretim şirketlerince mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere termik santral kurulması, işletilmesi ve enerji satışına ilişkin sözleşmelerin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri niteliğinde olduğu kabul edilmiştir.⁴¹³

⁴¹² GÜNDAY Metin, age., s.318.

⁴¹³ Danıştay 10'uncu Dairesi, E.1999/2407, K.2002/347, T. 06.02.2002.

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

Kararda belirtilen sonuca ulaşılırken yapılan değerlendirmeler şu şekildedir: "Anayasa Mahkemesi 9.12.1994 tarih ve E:1994/43, K:1994/42-2 sayılı kararıyla elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımını ile ilgili etkinliklerin kamu hizmeti olduğu, çünkü bu etkinliklerin kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksiniminin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinlikler olduğu vurgulanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi 26.3.1974 tarih ve E:1973/32, K:1974/11 sayılı kararında da, "...kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindedir." denilerek, elektrik hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu açıkça belirtilmektedir.

Bu bağlamda, 4283 sayılı Yasa ile düzenlenen ve Yap-İşlet Modeliyle getirilen, üretim şirketlerince mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere termik santral kurulması, işletilmesi ve enerji satışı hizmetinin bir kamu hizmeti olduğu yadsınamaz.

Kamu hizmeti görevi olan elektrik üretiminin özel girişimciye, Yap-İşlet Modeliyle gördürülmesi nedeniyle buna izin veren 4283 sayılı Yasada, yönetimi üstün kılan kurallar bulunması kaçınılmazdır. Gerçekten Yasanın 3. maddesiyle, TEAŞ'a işin özelliğine göre şartname hazırlayarak kapalı teklif veya belli istekliler arasında kapalı teklif veya pazarlık usullerinden işin gereğine uygun olanını seçme, öngörülen projelerle ilgili olarak Devlet Planlama Teşkilatının görüşünü alma, alınan teklifin TEAŞ tarafından bu Kanun ve çıkarılacak yönetmelik hükümleri çerçevesinde değerlendirilerek hangisinin uygun teklif olduğunu belirleme, Bakanlıkça, TEAŞ tarafından kendisine gönderilen teklifi uygun gördüğü takdirde tesis kurma ve işletme izni verme, bu Kanuna göre ihaleye katılanlarda aranacak şartların, üretim şirketlerinin sermayesinin, şirket ve/veya ortaklarının deneyiminin, şirketin seçiminin, proje fizibilite esaslarının, yakıt temininin, üretim kapasitesinin, alınacak enerji miktarının, süresinin, enerji birim fiyatı oluşturma esas ve usulleri ve tesis kurma ve işletme izni esas ve usuller ile diğer hususların Bakanlıkça hazırlanarak Bakanlar Kurulunca çıkartılacak Yönetmelikte gösterme; Yasanın 4. maddesinde de, TEAŞ'ın sözleşmenin enerji satışına ilişkin hükümlerinden kaynaklanan ödeme yükümlülükleri için, hazine garantisi verme konularında yönetimi üstün kılan kurallara yer verilmiştir. Bu nedenlerle, anılan Yasa uyarınca belirtilen sözleşmelerin "idari sözleşmeler" olduğu kuşkusuzdur. Diğer yandan, idare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmetinin uzun süreli bir "idari sözleşme" uyarınca, sermayesi, kârı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerin yerine getirilmesine imtiyaz denir. Gereksinimler karşısında yönetimin işinin çokluğu ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin uygulanmasını zorunlu kılmakta ve kamu hizmetinin özel girişime gördürülmesine olanak sağlamaktadır. Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri" olarak tanımlanmaktadır. Konusunun bir kamu

5. İMTİYAZ USULÜ

a. Genel Olarak

Kamu hizmeti imtiyazı Osmanlı Döneminde mali ve teknik eksiklikler nedeniyle yabancı özel girişimcilere tanınmış, Cumhuriyet rejiminin kurulmasından sonra satınalma (rachat) yolu ile kaldırılarak bunların yürüttükleri hizmetler iktisadi kamu kurumlarına verilmiş ve daha sonra da liberal düzenin gereği olarak söz konusu hizmetler tekrar özel girişimcilere verilmeye başlanmıştır.⁴¹⁴

Türk idare hukukunda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, tipik bir idari sözleşme niteliğindedir. Nitekim, bir idari sözleşme olma nitelik ve öğelerini belirgin ve açık bir şekilde bünyesinde barındırmaktadır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri bu haliyle idari sözleşme türleri içinde ayrıksı ve özel bir öneme sahiptir.⁴¹⁵ Kamu hizmeti imtiyazı, idareye tek yanlı kullanabileceği üstün ve ayrıcalıklı yetkiler tanınması nedeniyle idare açısından avantajlı olmakla birlikte, hukuki belirsizlik ve güvensizlik oluşturması açısından özel girişimciler tarafından genellikle istenmeyen ve kuşkuyla yaklaşılan bir usul olmuştur.⁴¹⁶

b. Tanım

İmtiyaz usulü, genel olarak idarenin özel kişi ile yaptığı sözleşme ile belli bir kamu hizmetinin masraf kâr ve zararı özel kişiye ait olmak üzere, özel kişi tarafından kurulması ve/veya işletilmesini ifade etmektedir.⁴¹⁷

hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması ve idarenin hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması, imtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin yasa ile verilen yetkiye göre bir tarife üzerinden tahsil edilecek olması ve bu hizmet devrinin, uzun ve belli bir süre için yapılması, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin temel özelliklerindedir.”

⁴¹⁴ ASLAN Zehreddin / ARAT Nilay, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 4, S.8, Güz 2005/2, s.8.

⁴¹⁵ ZABUNOĞLU Yahya, “Bir İdari Sözleşme olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C.I, Ankara 2000, s.491.

⁴¹⁶ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.36.

⁴¹⁷ GÜNDAY Metin, age., s.296; DURAN Lütfi, age., s.330.

Bu usulde idareye imtiyaz veren; özel kişiye de imtiyaz sahibi (imtiyazlı/imtiyazcı) denilmektedir.⁴¹⁸ Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, belli bir kamu hizmetinin kurulması ve belli bir süre işletilmesi ya da kurulmuş bulunan bir kamu hizmetinin işletilmesi için yapılmaktadır.⁴¹⁹

Bu usulün özelliklerinden birisi sermaye ile riskin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin taraflarından özel girişimciye ait olması iken, diğeri de imtiyaz alan tüzel kişi lehine söz konusu sözleşme ile bir takım ayrıcalıkların tanınmış olması ve imtiyaz alan için bir tekel oluşturmasıdır. Diğer taraftan, özel girişimci hizmetten yararlananlardan bedel alırken, idare ise gözetim ve denetim yetkisini elinde bulundurmaktadır.⁴²⁰ Bu gözetim ve denetim yetkisi, hizmetin özellikleri gereği özel nitelikte olup, idarenin kolluk yetkileri ile karıştırılmamalıdır. İdarenin kolluk yetkilerini kullanarak verdiği izinlerde, ilgililerin uymak durumunda bulunduğu kayıtlamalar kamu güvenliği, dirlik ve esenlik ya da sağlığa ilişkin iken,⁴²¹ imtiyaz usulündeki gözetim ve denetim yetkisi faaliyetin tüm aşamalarına nüfuz etmektedir.⁴²²

Kamu hizmeti imtiyazı, yukarıda yer verilen unsurların tümü dikkate alınarak, “bir kamu hizmetinin idarenin gözetimi ve sorumluluğu altında olmak koşulu ile kurulması ve/veya belli bir süre işletilmesinin bir sözleşme ile bir özel kişiye verilmesi ve böylece masrafları, karı ve zararı bu özel hukuk kişisine ait olmak üzere kurulan bu hizmetten

⁴¹⁸ GÜNDAY Metin, age., s.296; DURAN Lütfi, age., s.330; ASLAN / ARAT, agm., s.8. Öte yandan, genellikle imtiyaz verilen bir özel hukuk kişisi olmakla beraber bazen, Fransa’da elektrik konusunda EDF ve gaz konusunda da GDF örneklerinde olduğu gibi, kamu hukuku kişisine verildiği de görülmektedir. Türk hukukunda ise kamu hizmeti imtiyazının özel hukuk kişilerine verilebileceği kabul edilmekte olup, nitekim telekomünikasyon hizmetlerinin özelleştirilmesine ilişkin Kanunda, Ulaştırma Bakanlığının telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi için Türk Telekomünikasyon AŞ. ile yapacağı sözleşme “görev sözleşmesi” sayılırken, özel şirketlerle yapacağı sözleşmeler ise “imtiyaz sözleşmesi” olarak nitelendirilmiştir. GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.689. DURAN imtiyaz usulünün kamu tüzel kişileri eliyle de kullanılabilceğini savunmaktadır. DURAN bu görüşünün gerekçesini şöyle açıklamaktadır: “Kamu tüzel kişilerine de hizmet imtiyazı verilebilmesi, klasik görüş ve uygulamaya uygun değilse de; Devlet hayatı ile İdare anlayışındaki son gelişmelerin doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Gerçekten, Devlet, kamu hizmetlerinin en iktisadi, en rasyonel ve en uygun şekilde hangi yoldan ve örgütlerle gerçekleştirilebileceğini takdir ve tesbit etmekle tamamen serbesttir.” DURAN Lütfi, age., s.331.

⁴¹⁹ DURAN Lütfi, age., s.330; KARAHANOGULLARI Onur, age., s.326; GÜNDAY Metin, age., s.296; ATAY Ethem, age., s.251; ASLAN / ARAT, agm., s.8. Bir kamu hizmetinin sadece kurulması için yapılan sözleşmeler kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olmayıp, bunlar yargı içtihatlarına göre özel hukuk sözleşmesi niteliğindedirler. GÜNDAY Metin, age., s.296.

⁴²⁰ GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye’nin Yönetim Yapısı, s.36.

⁴²¹ TAN Turgut, “Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline”, AÜSBFD, C.XLVII, S.3 s. 313.

⁴²² ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemesi, s.15.

yararlananlardan bu özel hukuk kişinin belli bir ücret alması ve karşılaştırılan süre sonunda da işletmenin borçlardan arınmış bir halde idareye devri ile sonuçlanan⁴²³ usul olarak tanımlanabilir.

c. Yetki ve Şekil Kuralları

İmtiyaz rejiminde bir tarafta kamu yararını amaçlayan kamu hizmeti diğer tarafta kişisel çıkarını gözeterek özel girişimci bulunmakta olup, bu zıt istekleri bağdaştırmak söz konusudur. Bunun sağlanabilmesi, idareye imtiyaz usulüyle gördürülen hizmet üzerinde yeterli yetki ve sorumluluğun tanınması; özel girişimciye de güvenceler vermek suretiyle bir denge kurulmasından geçmektedir. Kamu hizmeti imtiyazının hukuki rejimi bu esasa dayanmaktadır.⁴²⁴

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri yazılı şekle tabidir.⁴²⁵ Bu sözleşmeler idari sözleşmelerin en tipik örneği olup, diğer idari sözleşmelerden farklı olarak idare imtiyaz vereceği özel kişiyi serbestçe seçebilmekte ve dilediği ile sözleşme imzalayabilmektedir. Zira, hizmetin sorumluluğunun idare üzerinde kalması nedeniyle idareye imtiyaz sahibini seçmekte takdir yetkisi tanınması gerekliliği doğmaktadır.⁴²⁶

⁴²³ ASLAN / ARAT, agm., s.8. Anayasa Mahkemesi de bir kararında imtiyazı “Kamu hizmetinin, sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir “idarî sözleşme” uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesi” olarak tanımlanırken, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler olarak tanımlanmıştır. Diğer taraftan aynı kararda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin, konularının bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması ve idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idarî sözleşmelerin tüm niteliklerini taşıdığı ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, E.1994/43, K.1994/42-2, T.09.12.1994 (RG: T.24.01.1995, S.22181). Anayasa Mahkemesinin bir diğer kararında da, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri “kamu hizmetinin özel teşebbüse gördürülmesine ilişkin olan ve yönetime üstünlük tanınan, ... sözleşmeler” olarak tanımlanmıştır. Anayasa Mahkemesi, E.1994/70, K.1994/65-2, T.22.12.1994 (RG: T.28.01.1995, S.22185). Anayasa Mahkemesinin bir başka kararında da kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri “idarenin, özel kişiyle yaptığı sözleşme ile bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya belli bir süre işletilmesi karşılığında, yararlananlardan ücret ya da bedel almak, masrafları kâr ve zararı imtiyazcıya ait olmak üzere kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimi” olarak tanımlanmıştır. Anayasa Mahkemesi, E.1996/63, K.1997/40, T.26.03.1997 (RG: T.28.06.2001, S.24446).

⁴²⁴ DURAN Lütfi, age., s.334.

⁴²⁵ GÜNDAY Metin, age., s.297; ATAY Ethem, age., s.252.

⁴²⁶ DURAN Lütfi, age., s.334.

İmtiyaz usulü 1326 tarihli Kanun ile düzenlenmiştir.⁴²⁷ 1326 tarihli Kanun'a göre, imtiyaz alacak kişinin Türk Anonim Şirketi statüsünde bulunması gerekir.⁴²⁸

1326 tarihli Kanun'a göre, imtiyaz işlemi "sözleşme" ve "şartlaşma" (şartname) olmak üzere iki parçadan oluşmaktadır. "Sözleşme" tarafların haklarını ve borçlarını düzenleme altına alırken, "şartlaşma" ise hizmetin kuruluş ve işleyişini düzenleyen kurallar ihtiva etmektedir.⁴²⁹

1326 tarihli Kanun'da, Devlet adına imtiyaz verme yetkisi Bakanlar Kuruluna tanınmıştır. Kamu hizmeti imtiyazına ilişkin bu genel yasal düzenlemenin dışında yerel idarelerle ilgili mevzuatta da bazı kurallara yer verilmiştir.⁴³⁰

1326 tarihli Kanun'un yürürlüğe girmesini müteakip yürürlüğe giren 1924 Anayasası'nda kamu hizmeti imtiyazının Danıştayın görüşünün alınmasından sonra TBMM onayı ile verilmesi öngörülmüştür. 1961 Anayasası'nda ise TBMM'nin imtiyaz

⁴²⁷ TAN Turgut, "Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap-İşlet-Devret" Modeline", s.309; GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.37; GÜNDAY Metin, age., s.297; ATAY Ethem, age., s.252; ASLAN / ARAT, agm., s.10; KAYMAKÇIOĞLU Fatih, age., s.41.

⁴²⁸ Bu nedenle, yabancı bir gerçek veya tüzel kişiye imtiyaz verilmesi söz konusu olamayacağı gibi, Türk anonim şirketi statüsünde olmayan bir Türk gerçek veya tüzel kişisine de imtiyaz verilemeyecektir. GÜNDAY Metin, age., s.298. İmtiyaz alacak kişinin Türk Anonim Şirketi statüsünde bulunması koşulu, Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile verilen imtiyazlar için söz konusu olup, yasama organı tarafından özel kanunlarla gerçek veya başka türden özel tüzel kişiler ve hatta kamu tüzel kişileri lehine kamu hizmeti imtiyazlarının tesis edilmesi mümkündür. DURAN Lütfi, age., s.331.

⁴²⁹ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.861; GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.36; DURAN Lütfi, age., s.334; ATAY Ethem, age., s.252; KAYMAKÇIOĞLU Fatih, age., s.41. Hem şartname hem de sözleşme belgeleri, esas olarak idarenin tek yanlı iradesi ile belirlenmekte olup, sözleşmeciler sadece idare tarafından hazırlanan hüküm ve şartları toptan kabul veya toptan reddetme durumu ile karşı karşıyadır. Bu yönüyle, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri "iltihaki" (katılmalı) sözleşmelerdir. GÜNDAY Metin, age., s.297.

⁴³⁰ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.694. Nitekim, 1326 tarihli Kanun'da yerel yönetimler tarafından imtiyaz verilmesi öngörülmemiş iken, daha sonra yürürlüğe giren 1580 sayılı Belediye Kanunu (m. 19/4-A) belediye idarelerinin su, havagazı, tramvay tesisatı kurmak ve işletmek, vapur nakliyatı yapmak haklarını Devletçe saptanan kurallara uymak ve 40 yılı aşmamak üzere imtiyaz verebilmesi imkanı getirilmiştir. 1580 sayılı Kanun'un 19'uncu maddesine 07.02.1990 tarih ve 3612 sayılı Kanun ile eklenen hüküm ile, belediye idarelerinin belde içinde yolcu taşıma işlerini de imtiyaz usulü ile gördürebilecekleri öngörülmüştür. Söz konusu Kanun'a göre (m. 70/14) Belediye İdareleri adına imtiyaz verme yetkisi belediye meclisine ait olup, belediye meclisinin bu yöndeki kararı İçişleri Bakanlığının onayına tabidir. GÜNDAY Metin, age., s.297. 1580 sayılı Belediye Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 5272 sayılı Belediye Kanunu'nun 15'inci maddesinde Belediyenin içme, kullanma ve endüstri suyu sağlanması, atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılması, toplu taşıma yapılması, Katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması hizmetlerini Danıştayın görüşü ve İçişleri Bakanlığının kararıyla süresi 49 yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredileceği hükmüne yer verilmiş ve 18'inci maddesiyle Belediye Meclisi, Belediye adına imtiyaz verilmesine ve belediye yatırımlarının yap-işlet veya yap-işlet-devret modeli ile yapılmasına, belediyeye ait şirket, işletme ve iştiraklerin özelleştirilmesine karar vermekle yetkili kılınmıştır.

sözleşmelerine ilişkin onay yetkisi kaldırılmış ve Danıştayın imtiyaz şartlaşma ve sözleşme tasarıları üzerindeki görev ve yetkisi de görüş bildirmeden incelemeye dönüştürülmüştür. 1982 Anayasası'nın 155'inci maddesinde, Danıştayın imtiyaz şartlaşma ve sözleşme tasarıları üzerindeki görevi inceleme olarak belirlenmiş ancak 4446 sayılı Kanun ile söz konusu maddede yapılan değişiklikle Danıştayın söz konusu görevi salt görüş bildirme yetkisine dönüştürülmüş ve bu yetki iki ay gibi bir süre ile sınırlandırılmıştır.⁴³¹ 18.12.1999 tarih ve 4492 sayılı Kanun ile de Danıştay Kanunu'nun Danıştayın imtiyaz şartlaşma ve sözleşme tasarıları üzerindeki inceleme yetkisini düzenleyen maddelerine ilişkin değişiklik yapılarak söz konusu Anayasa değişikliği ile paralellik sağlanmıştır. Buna göre günümüzde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri için belli şekil şartı, bu sözleşmelere ilişkin tasarılar hakkında Danıştay görüşünün alınmasıdır.⁴³² Söz konusu düzenleme neticesinde, kamu hizmetinin görülmesine ilişkin tüm koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği ya da kamu hizmetinin görülmesine has tüm gereklerin mevcut olup olmadığı, sözleşmenin bir tarafı olan idarenin dışında herhangi bir resmi birimin denetimi olmaksızın kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri yürürlüğe girmektedir.⁴³³

⁴³¹ GÜNDAY Metin, age., s.297-298; ASLAN / ARAT, agm., s.11. KARAHANOGULLARI söz konusu değişiklikle neyin amaçlandığının belli olmadığını savunmaktadır: "Danıştay'ın "imtiyaz sözleşmelerini "inceleme"sinin yasalarda belirlenmiş bir usulü yoktur. Danıştay Kanunu'nda sadece Anayasa'daki ifade tekrarlanmıştır. "Görüş bildirme" için de aynı özellik geçerlidir. Yani görüş bildirme ile inceleme arasındaki farkı düzenleyen bir mevzuat bulunamaktadır. Bu durumda, Danıştay'ın herhangi bir "inceleme" yapmadan, "görüş bildirmesi" mümkün olmadığına göre, değişiklikle neyin amaçlanmış olduğu belli değildir. Anayasa değişikliğinden sonra yapılan Danıştay Kanunu değişikliğinde de "görüş bildirme"nin usulüne ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. 48. maddede, Anayasa'daki iki aylık süre koşulu tekrarlanmış, ancak uyulmamasının sonuçları düzenlenmemiştir. Örneğin Danıştay iş yükü ve imkan yetersizliği nedeniyle sözleşme hakkındaki görüşünü iki ay içinde hazırlayamazsa, idarenin Danıştay'ın görüşünü beklemeden sözleşmeyi imzalama imkanı var mıdır? Genelde bu tip süreler, yargılama ve benzer süreçleri hızlandırmak için öngörülmüş olan düzenleyici sürelerdir ve uyulmamasının bir yaptırımı yoktur. Ancak sözleşme yapma aşamasındaki idarenin Danıştay'ın görüşünü/inceleme sonucunu beklemesi zorunluluktur. Danıştay'ın görüşünün alınması, idari sözleşmenin ortaya çıkmasında atlanması mümkün olmayan işlemin kurucu unsurlarına dahil olan bir aşamadır." KARAHANOGULLARI Onur, age., s.333.

⁴³² Söz konusu görüş alma zorunluluğu sadece merkezi idarenin değil aynı zamanda yerel yönetimlerin imtiyaz şartlaşma ve sözleşme tasarıları hakkında da geçerlidir. Nitekim, gerek Anayasa'nın 155 ve gerekse 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun konu ile ilgili 23'üncü maddesinde herhangi bir ayırma yer verilmeksizin tüm imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında Danıştay görüşünün alınması öngörülmüştür. GÜNDAY Metin, age., s.298.

⁴³³ ASLAN / ARAT, agm., s.19.

d. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

i. İdarenin Hak ve Yükümlülükleri

İdare imtiyaz sahibi tarafından üstlenilen yükümlülüklerin yerine getirilmesini denetleme ve gerektiğinde yaptırım uygulama yetkisine sahiptir.⁴³⁴ Sözleşme ve şartnamede açıkça belirtilmese dahi idare bu yetkilere sahiptir.⁴³⁵ İdarenin bu yöndeki yetkisi onun kamu hizmetlerinin asli sahibi ve sorumlusu olmasından⁴³⁶ başka bir ifadeyle bir kamu hizmetini imtiyaz usulüyle gördürmekle bunun sorumluluğundan sıyrılmış olmamasından kaynaklanmaktadır.⁴³⁷ İdare sözleşmenin geçerli olduğu süre içerisinde iyiniyet kurallarına uygun şekilde yürütülen bu hizmeti her zaman denetleyebilir.⁴³⁸

İdare; sözleşmede öngörülen veya öngörülmeyen tek yanlı işlemlerle, belli bir miktar paranın ödenmesi, işletmeye el koyma ve imtiyazın düşürülmesi gibi yaptırımlara başvurabilir.⁴³⁹ İdare işin belli bir süre içerisinde tamamlanmaması durumunda, öngörülmüş bulunan belli bir miktar parayı sözleşmecinin teminatından doğrudan irad kaydetmek suretiyle alır.⁴⁴⁰ İmtiyaz sahibi tarafından hizmetin aksatılması veya kötü yürütülmesi durumunda, İdarece işletmeye geçici olarak el konulur ve şirket nam ve hesabına işletme yürütülür.⁴⁴¹ İmtiyaz hakkının düşürülmesi ise, imtiyaz sahibinin ağır kusuru durumunda kullanılacak bir yaptırımdır.⁴⁴² İmtiyaz hakkının düşürülmesi yetkisi sözleşmede açıkça öngörülmüş olması halinde buna İdare tarafından, aksi halde mahkeme tarafından karar verilir.⁴⁴³

⁴³⁴ GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.39; GÜNDAY Metin, age., s.299.

⁴³⁵ GÜNDAY Metin, age., s.299.

⁴³⁶ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.701; GÜNDAY Metin, age., s.299.

⁴³⁷ DURAN Lütfi, age., s.336.

⁴³⁸ ATAY Ethem, age., s.253. Nitekim, Maliye Bakanlığı Teftiş Kurulu tarafından yetkili makamların isteği ve Maliye Bakanının izni ile imtiyazlı şirketlerin denetlenebileceği (178 sayılı KHK, m. 20/b), Başbakanlık Teftiş Kurulunca da imtiyazlı şirketlerde her türlü denetim ve incelemenin yapılabileceği (3056 sayılı Kanun m. 20) öngörülmektedir. GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.701.

⁴³⁹ DURAN Lütfi, age., s.337.

⁴⁴⁰ GÜNDAY Metin, age., s.299.

⁴⁴¹ DURAN Lütfi, age., s.337.

⁴⁴² GÜNDAY Metin, age., s.299; ATAY Ethem, age., s.253; DURAN Lütfi, age., s.337. DURAN ağır kusurun hizmeti tehlikeye düşürecek veya durduracak ölçüde olmasından bahsetmektedir. DURAN Lütfi, age., s.337.

⁴⁴³ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.701; DURAN Lütfi, age., s.337.

İmtiyaz veren, hizmetin değişkenliği ilkesi gereğince, sözleşme ve şartnamede öngörülmemiş olsa dahi, imtiyaz sahibinden yenilik, genişletme ve eklemeler isteme yetkisine de sahiptir.⁴⁴⁴ Diğer bir ifadeyle, İdare tek yanlı iradesiyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşme ve şartnamesinin hüküm ve şartlarında değişiklik yapma yetkisine sahiptir.⁴⁴⁵ Ancak idarenin bu yetkisini kullanabilmesi, yeni durum ve şartların oluşması halinde söz konusu olabilecektir.⁴⁴⁶ İmtiyaz sahibi, mali dengenin sağlanması kaydıyla, bu değişikliklere katlanmak zorundadır.⁴⁴⁷ Ancak, imtiyaz verenin isteklerinin sözleşme ve şartnamenin tamamen yenilenmesi anlam ve sonucunu taşıması halinde imtiyaz sahibi sözleşmenin feshini önerebilecektir.⁴⁴⁸

İdarenin bir diğer yetkisi de tek yanlı fesih yetkisidir. İdare imtiyaz sahibinin ağır kusuru durumunda sözleşmeyi tek yanlı feshedebileceği gibi, bu durum olmasa da hizmet ve kamu yararının gerektirdiği hallerde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin süresi içinde imtiyazı tüm tesisatı ile birlikte bedeli karşılığında satın almak suretiyle de sözleşmeyi tek yanlı feshetme (rachat=satın alma hakkı) hakkına sahiptir.⁴⁴⁹ Rachat, sözleşmede öngörülen koşullar çerçevesinde veya faaliyetin kamu hizmeti olmaktan çıkarılmasını gerektiren kamu yararı nedeniyle veya hizmetin görülme biçiminin

⁴⁴⁴ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.701; DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s.336. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde idarenin tek yanlı değişiklik yapma yetkisine sahip olduğunun gerekçesi Danıştay 3. Dairesinin 23.05.1974 tarihli kararında şu şekilde izah edilmektedir. “Esasen doktrinde bu imtiyaz sözleşmelerinin, kamu hizmeti imtiyazı sözleşmeleriyle birlikte idari sözleşmelerin en tipik örneğini teşkil ettiği noktası üzerinde birleşilmektedir. Bu sözleşmelerle ilgili uyuşmazlıkların Danıştay’da çözümlenmekte olması da bu görüşü doğrulayan bir diğer kanıttır. Bu hukuki durum karşısında, Devletin, kamu yararının gerekli kıldığı hallerde maden imtiyazlarında tek taraflı değişiklik yapabilmesi, idare hukukunun genel ilkeleri uyarınca doğal sayılmak gerekir. İdari sözleşmelerde, idarenin tek taraflı değişiklik yapabilme yetkisi, bu tip sözleşmelerin en önemli özelliklerden birini teşkil eder. Zira bu sözleşmelerde eşit iki taraf yoktur. İdare, kamu yararını temsil etmek ve korumak durumunda olduğu için üstün durumdadır. Denebilir ki, idarenin farklı ve üstün durumda olması gereği ve zorunluluğu, idari sözleşmeler diye adlandırılan değişik bir sözleşme kategorisinin meydana gelmesine neden olmuştur.” Danıştay 3’üncü Dairesi, E.1974/270, K.1974/243, T.23.05.1974.

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

⁴⁴⁵ GÜNDAY Metin, age., s.299.

⁴⁴⁶ GÜNDAY Metin, age., s.299.

⁴⁴⁷ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.701; DURAN Lütfi, age., s.336.

⁴⁴⁸ DURAN Lütfi, age., s.336.

⁴⁴⁹ GÜNDAY Metin, age., s.299-300. Rachat benzerleri olan kamulaştırma ve devletleştirme ile karıştırılmamalıdır. Kamulaştırmada, rachat gibi idari bir işlemle yapılırsa da, sadece belirli bir veya birkaç taşınmazın idare mülkiyetine cebren geçmesi söz konusu iken, rachatta ise bir işletmenin bütünüünün idareye geçmesi söz konusudur. Öte yandan devletleştirmede, faaliyet konusu kamu hizmeti olmasa da bir veya bir grup işletmenin bütün unsurları hatta malvarlığı ile ve kanun aracılığıyla idareye intikal ederken, rachatta esasen kamu hizmeti gören özel bir teşebbüs idari bir işlemle idarenin eline geçmektedir. DURAN Lütfi, age., s.341.

değiştirilmek istenmesinden kaynaklanabilir.⁴⁵⁰ Diğer bir ifadeyle, rachat idarenin kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu olmasından kaynaklanan bir yetki olması nedeniyle sözleşmede öngörülme dahi kullanılabilir olan bir yetkidir.⁴⁵¹ Ancak rachat sözleşmede düzenlenmiş ise ona göre işlem yapmak gerekecektir.⁴⁵² İdarenin; imtiyaz sahibinin ağır kusuru durumunda sözleşmeyi tek yanlı feshi durumunda, imtiyaz sahibine herhangi bir tazminat ödenmesi söz konusu olmaz iken, rachat yetkisini kullanması durumunda ise idarenin imtiyaz sahibinin zararını tamamen gidermesi gerekmektedir.⁴⁵³ Bu tazminatın yöntemi sözleşmede öngörülmemiş ise tarafların anlaşması ile uyuşmazlık halinde ise mahkemece belirlenecektir.⁴⁵⁴

İdare kamu imtiyaz sözleşmelerinde kamu yararını temsil etmesinden kaynaklanan geniş yetkilere sahip olsa da, sözleşmede öngörülen koşullara uymalı ve imtiyazcının yükümlülüklerini yerine getirmesine, onun haklarını kullanmasına engel olmamalı hatta engelleri kaldırma yönünde kendini görevli saymalıdır.⁴⁵⁵

ii. İmtiyazcının Hak ve Yükümlülükleri

İmtiyaz sahibi sözleşme ile üstlenmiş olduğu kamu hizmetini kâr ve kazanç elde etmek amacıyla yapar. Bu kâr ve kazanç hizmetten yararlananlardan alınacak olan ücret ile sağlanır. Ancak söz konusu ücret esas itibarıyla idare tarafından belirlenir. Bu belirleme esnasında İdare tarafından imtiyazcının menfaati ile birlikte iktisadi, sosyal ve siyasi gerekçeler de göz önünde tutulur.⁴⁵⁶

Sözleşmenin uygulanması sırasında tarafların iradesi dışında ortaya çıkan olaylar sonucunda imtiyazcının mahvına neden olabilecek derecede yükümlülüklerinin artması

⁴⁵⁰ GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.39.

⁴⁵¹ GÜNDAY Metin, age., s.300; DURAN Lütfi, age., s.341.

⁴⁵² DURAN Lütfi, age., s.341.

⁴⁵³ GÜNDAY Metin, age., s.299-300. Daha geniş bir ifadeyle, rachat durumunda, imtiyaz sahibinin bir kusur ve hatası bulunmadığından, idarenin imtiyaz sahibinin bütün yatırımının bedelini ve işletmeden beklediği normal kazanç ve karları karşılamak durumundadır. DURAN Lütfi, age., s.340; GÜNDAY Metin, age., s.300.

⁴⁵⁴ DURAN Lütfi, age., s.340-341.

⁴⁵⁵ GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.39.

⁴⁵⁶ DURAN Lütfi, age., s.338; GÜNDAY Metin, age., s.300. Bu nedenle hizmetten yararlananlardan alınacak ücret nasıl adlandırılırsa adlandırılınsın "fiyat" tan ziyade "harç" veya "resim" gibi vergi niteliğindedir. DURAN Lütfi, age., s.338; GÜNDAY Metin, age., s.300.

halinde, imtiyazcı “öngörülemezlik” (imprevison) kuramı uyarınca sözleşmenin yeni koşullara uydurulmasını ve zararının paylaşılmasını idareden isteyebilir. Bu kuramın uygulanabilmesi için; sözleşmenin taraflarının durumu alt-üst eden olayları öngörmemiş olması, olayların tarafların tamamen iradesi dışında gerçekleşmiş olması ve olayların imtiyazcının mahvına neden olabilecek boyutta olması şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir.⁴⁵⁷ Öte yandan, imtiyazcının tazminat alabilmesi, hizmeti sürdürmesi ve zararlı durumun geçici olmasına bağlıdır.⁴⁵⁸ Bu kuramın uygulanabilmesi için gerekli koşulların gerçekleşmesi sonucunda idare ile imtiyazcının ortaya çıkan yükümü paylaşmada anlaşamaması durumunda, görevli idari yargı yeri, öngörülmeyen olaylar nedeniyle ortaya çıkan ek yükümü hesaplayarak bunun taraflar arasında nasıl paylaşılacağını belirler.⁴⁵⁹

İmtiyazcının bir diğer hakkı da mali dengenin korunması hakkıdır. İdarenin tek yanlı iradesi ile sözleşmede değişiklik yapmak suretiyle imtiyazcının yükümlülüklerini artırması durumunda imtiyazcı sözleşmenin mali dengesinin korunmasını isteme hakkına sahip olur.⁴⁶⁰ İmtiyaz veren idarenin tek yanlı birel veya özgül işlemi ile sözleşmeyi imtiyazcı aleyhine değiştirmesi ya da yaptığı genel düzenleyici işlemlerle dolaylı biçimde ona yeni mali külfetler yüklemesi durumunda bu yüzden ortaya çıkan mali yükün tamamını karşılamak durumundadır. Bu şekilde sözleşmenin mali dengesi korunmuş olur.⁴⁶¹ Buna karşılık sözleşmede taraf olmayan bir idarenin kararı ile asgari ücretin artırılması, sosyal güvenlik kurumlarına yapılması gereken zorunlu ödemeler ve benzeri durumlarda mali dengenin korunması ilkesinin uygulanması söz konusu olmayıp, “öngörülemezlik” kuramına göre sözleşmenin tarafı olan imtiyazcıya belli bir yardımda bulunulması mümkün olabilir.⁴⁶²

⁴⁵⁷ GÜNDAY Metin, age., s.300; ATAY Ethem, age., s.255.

⁴⁵⁸ DURAN Lütfi, age., s.338-339. Çünkü bu halde, imtiyazcıya tazminat verilmesi diğer bir ifadeyle yardım edilmesindeki neden ve gaye hizmetin sürekliliğini sağlamaktır. Hizmet zaten durdurulmuş ya da zararsız görülemeyecekse, idarenin başka tedbir ve kararlar alması zorunlu hale gelmiş demektir. DURAN Lütfi, age., s.338-339. Söz konusu yardımın; geçici olduğu, olayın sona ermesini müteakip kesilmesi gerektiği konusunda öğretide görüş birliği mevcuttur. ÖZAY İlhan, age., s.262.

⁴⁵⁹ GÜNDAY Metin, age., s.301.

⁴⁶⁰ GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.38; GÜNDAY Metin, age., s.300.

⁴⁶¹ DURAN Lütfi, age., s.338.

⁴⁶² ÖZAY İlhan, age., s.260. Diğer bir ifadeyle; imtiyazcının elinde olmayan nedenlerle mali dengenin bozulması karşılığında yüklendiği ek yükün, idarenin kamu hizmetini yeniden örgütlemesinden ya da mevcut örgütlenmede değişiklik yapmasından kaynaklanması; ya da idarenin genel nitelikli bir kararının imtiyazcıyı doğrudan etkilemesi durumunda idare tarafından imtiyazcıya ödenecek tazminat söz konusu ek yükün tamamıdır. Buna karşılık imtiyazcının maruz kaldığı ek yükün genel ekonomik koşullarda

İmtiyazcı, aynı zamanda yürüttüğü faaliyetle ilgili genellikle bir tekelden yararlanır yani rakipsiz iş görür. İdare bu hususta başkasına imtiyaz veya çalışma izni vermeme hususunda imtiyazcıya taahhütte bulunur.⁴⁶³ Bunların dışında, idare imtiyaza konu hizmetle ilgili taşınır ve taşınmaz malları, araç ve gereçleri imtiyazcıya temin etmiş olabilir⁴⁶⁴ veya sonra verebilir.⁴⁶⁵ Ayrıca, imtiyazcıya imtiyaza kamu malları üzerinde veya altında tesisler yapma olanağı tanınmış olabilir.⁴⁶⁶ İmtiyazcı yürütülen hizmetin niteliğine göre zorunluluk bulunan durumlarda idareden bedelini ödemek kaydıyla kamulaştırma yapmasını da talep edebilir.⁴⁶⁷ Nihayet imtiyazcı, bazı kolluk yetkilerinden yararlanma gibi bir olanağa da sahip olabilir.⁴⁶⁸

İmtiyazcının yukarıda yer verilen hakları yanında çok sayıda yükümlülüğü de bulunmaktadır. İmtiyazcı, hizmeti kamu hizmetine egemen olan ilkelere ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yürütmekle yükümlüdür.⁴⁶⁹ İmtiyazcı, eşitlik ilkesi uyarınca hizmetten yararlanacakları ve hizmet mukabili alınacak ücreti serbestçe belirleme imkanına sahip değildir.⁴⁷⁰ Hizmetten yararlanma şartları ve ücret şartname ve sözleşmede düzenlendiğinden imtiyazcı bu konulardaki hükümlere uymak zorundadır.⁴⁷¹ İmtiyazcı, ayrıca değişkenlik ilkesi gereği mali dengenin sağlanması kaydıyla idarenin yapacağı tek yanlı değişikliklere⁴⁷²; devamlılık ve düzenlilik ilkesi uyarınca da idarenin gözetim ve denetimine katılmak mecburiyetindedir.⁴⁷³ Bunların dışında imtiyazcı sözleşme ile elde ettiği kazancın bir kısmını “yıllık aidat” olarak idareye vermekle yükümlü tutulabileceği gibi, ürettiği mal ve hizmetlerin bir bölümünü

öngörülemeyen değişimlere dayanması ya da idarenin imtiyazcıyı doğrudan etkilemeyen ekonomik, sosyal, parasal ve genel nitelikli bir kararından kaynaklanması halinde idare tarafından imtiyazcıya ödenecek tazminat imtiyazcının karşılaştığı zararın tamamı olmayıp, bir bölümüdür. GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.862.

⁴⁶³ DURAN Lütfi, age., s.337.

⁴⁶⁴ GÜNDAY Metin, age., s.301; DURAN Lütfi, age., s.337.

⁴⁶⁵ DURAN Lütfi, age., s.337.

⁴⁶⁶ GÜNDAY Metin, age., s.301; DURAN Lütfi, age., s.338.

⁴⁶⁷ ATAY Ethem, age., s.253; GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.38.

⁴⁶⁸ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.862; DURAN Lütfi, age., s.338.

⁴⁶⁹ GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.38; GÜNDAY Metin, age., s.301.

⁴⁷⁰ GÜNDAY Metin, age., s.301.

⁴⁷¹ DURAN Lütfi, age., s.336; GÜNDAY Metin, age., s.301.

⁴⁷² DURAN Lütfi, age., s.336.

⁴⁷³ GÜNDAY Metin, age., s.301. Nitekim idare bir kamu hizmetini imtiyaz yöntemiyle gördürmekle bunun sorumluluğundan sıyrılmış olmadığı için, işletmeyi teknik, idari ve mali bakımdan sıkı bir şekilde gözetim ve denetiminde tutmalıdır. DURAN Lütfi, age., s.336.

de karşılıksız olarak idareye vermeyi kabul etmiş olabilir.⁴⁷⁴ Ayrıca, imtiyazcı teknik bilgi, deneyim ve mali gücü nedeniyle seçilmiş olduğundan, yükümlülüklerini bizzat yerine getirmek zorundadır.⁴⁷⁵ Yüklendiği hizmeti başkasına devredemez veya taşeron eliyle gördüremez.⁴⁷⁶

e. İmtiyazın Sona Ermesi

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi; sözleşme süresinin bitmesi, tarafların ağır kusuru, imtiyazın satın alınması, öngörülemezlik ve imtiyazcının kişiliğinde değişme olması hallerinde sona erer.

İmtiyaz sözleşmesinde öngörülen sürenin dolması ile birlikte imtiyaz sözleşmesi kendiliğinden sona erer.⁴⁷⁷ İmtiyaz süresinin sona ermesi ile birlikte işletme bedelsiz olarak idareye geçer.⁴⁷⁸ Ancak, idare dilerse bu süreyi uzatabilir veya hizmeti bir başka şirkete verebilir.⁴⁷⁹

İmtiyaz, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi süresi boyunca imtiyaz sahibinin ağır kusuru dolayısıyla söz konusu sözleşmesinin feshi ile de sona erebilir.⁴⁸⁰ Söz konusu fesih, sözleşmede hüküm bulunması halinde idarece; aksi halde mahkemece yapılır.⁴⁸¹

⁴⁷⁴ DURAN Lütfi, age., s.336; GÜNDAY Metin, age., s.301.

⁴⁷⁵ ATAY Ethem, age., s.272; DURAN Lütfi, age., s.337; GÜNDAY Metin, age., s.301-302.

⁴⁷⁶ DURAN Lütfi, age., s.337; GÜNDAY Metin, age., s.301-302. İmtiyazcının hak ve yükümlülükleri Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da şu şekilde özetlenmiştir: "İmtiyaz sözleşmelerinde, kamu yararıyla özel çıkarın bağdaştırılması için idareye imtiyazlı şirket üzerinde gözetim ve denetimi sağlayacak yetkiler tanınması, imtiyaz sahibine de kimi güvenceler verilmesi gerekmektedir. İmtiyazlı şirketin, yüklendiği hizmeti, sözleşmenin hüküm ve şartları ile kamu hizmetinin genel ilkelerine göre yerine getirme yükümlülüğü, buna karşılık, sözleşmenin mali dengesinin korunmasını ve sağlanmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Ayrıca idare tarafından şirkete imtiyazlı hizmetle ilgili taşınır ve taşınmaz mallar, araç ve gereçler de sağlanabilmektedir. Ancak, bunlardan kamu malı niteliğinde olanların, yalnız hizmete tahsis edilmiş sayılacağı fakat tasarruf edilemeyeceği açıktır. İmtiyaz alan, bu tür haklardan yararlanacağı gibi genellikle o konudaki tekelden de yararlanabilecektir. İdare aynı konuda başkasına imtiyaz ve çalışma izni vermemeyi kabul edebileceği gibi imtiyaz sahibine, kamu malları üstünde ve altında tesisler yapmak için bayındırlık imtiyazları veya irtifak hakları da tanıyabilir." Anayasa Mahkemesi, E.1996/63, K.1997/40, T.26.03.1997 (RG: T.28.06.2001, S.24446).

⁴⁷⁷ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.701; ATAY Ethem, age., s.256; GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.39; DURAN Lütfi, age., s.340; GÜNDAY Metin, age., s.302.

⁴⁷⁸ GÜNDAY Metin, age., s.302; DURAN Lütfi, age., s.340.

⁴⁷⁹ DURAN Lütfi, age., s.340.

⁴⁸⁰ DURAN Lütfi, age., s.340; GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.39.

⁴⁸¹ ATAY Ethem, age., s.256; GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.701.

Hizmet ve kamu yararının gerektirdiği hallerde imtiyaz sözleşmesinin süresi içinde imtiyaz, tüm tesisatı ile birlikte bedeli karşılığında satın alınması (rachat=satın alma hakkı) suretiyle de son bulabilir.⁴⁸²

Bunların dışında, imtiyaz usulü ile görülen bir hizmetin “öngörülemezlik” (imprevision) halinde uzun süre açık vermekte devam etmesi ve kamunun ihtiyaçlarını artık karşılayamaz duruma gelmesi halinde, tarafların anlaşması suretiyle; anlaşamama halinde ise taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkeme kararıyla sözleşmeye son verilir.⁴⁸³

Son olarak, imtiyazcı şirketin yapısında meydana gelen değişikliklerin imtiyazın verilmesinde dikkate alınan mali, teknik ve diğer güvenceleri ortadan kaldırması veya olumsuz yönde etkilemesi durumunda da idare sözleşmeyi feshedebilecektir.⁴⁸⁴

f. İmtiyaz ve Yargısal Denetim

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin hazırlanması aşamasına ilişkin uyuşmazlıklar idari yargıda görülür.⁴⁸⁵

İmtiyaz sözleşmesinin uygulanmasında idare ile imtiyazcı arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar Danıştay Kanunu'nun 24/1 maddesi uyarınca Danıştay'da çözümlenir.⁴⁸⁶ Bu durum sözleşmede tahkim yolunun öngörülmemesi durumunda geçerli olacaktır.⁴⁸⁷

Üçüncü kişiler tarafından, imtiyaz sözleşmesinin kendi menfaatlerini etkilediği durumlarda hukuka aykırılık ileri sürülerek idari yargıda iptal davası açılabilir.⁴⁸⁸

⁴⁸² GÜNDAY Metin, age., s.302.

⁴⁸³ DURAN Lütfi, age., s.341. Karayolunun ve taşıtlarının gelişmesi sonucu, Haliçte ulaştırma hizmetini yüklenmiş olan imtiyazlı şirketle Devlet arasındaki sözleşmenin bu koşullar nedeniyle sürdürülememesi ve sona erdirilmesi öngörülemezlik nedeniyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin sona erdirilmesine örnek olarak gösterilebilir. DURAN Lütfi, age., s.341.

⁴⁸⁴ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.702; ATAY Ethem, age., s.256.

⁴⁸⁵ ATAY Ethem, age., s.256.

⁴⁸⁶ GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.39; GÜNDAY Metin, age., s.303; ATAY Ethem, age., s.256.

⁴⁸⁷ GÜNDAY Metin, age., s.303; ATAY Ethem, age., s.256.

⁴⁸⁸ GÜNDAY Metin, age., s.302; GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.40; ATAY Ethem, age., s.256-257. Sözleşmede tahkim şartının öngörülmesi olmasının, sözleşmenin hukuka

Üçüncü kişiler tarafından ayrıca sözleşme konusu kamu hizmetinin iyi yürütülmemesi nedeniyle uğradıkları zararın tazmini talebiyle idare aleyhine tam yargı davası açılabilmesi de mümkündür.⁴⁸⁹ Zira hizmet imtiyazcı tarafından yürütülse de, hizmetin asli sahibi ve sorumlusu olan idarenin denetim ve gözetim yetkisini gereği gibi ifa edemediği ortaya çıkar ki bu durum idarenin sorumluluğuna yol açabilir.⁴⁹⁰

İmtiyazcı ile kamu hizmetinin yürütülmesinde istihdam edilen kişiler arasındaki ilişkinin özel hukuk ilişkisi olması dolayısıyla bunlar arasındaki uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenir.⁴⁹¹ İmtiyazcı ile hizmetten yararlanalar arasındaki uyuşmazlıklar da, özel hukuk kişileri ve endüstriyel-ticari kamu hizmetleri söz konusu olduğundan, adli yargıda görülür.⁴⁹²

Anayasa'nın 125'inci maddesinin birinci fıkrasının sonuna 4446 sayılı Kanun ile yapılan ekleme sonucu kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde milli ya da milletlerarası tahkim yoluna gidilebilmesine olanak sağlanmıştır.⁴⁹³ Bu değişikliğe paralel biçimde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 21/1-c maddesinde 18.12.1999 tarih ve 4492 sayılı Kanun ile "Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar." şeklinde değişiklik yapılmıştır.⁴⁹⁴ Bu düzenleme sözleşmenin tarafları arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin olup, bu nedenle sözleşmede tahkim şartının öngörülmesi durumunda tarafların bu yola

aykırılığı iddiasını ileri süren kişiyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Sözleşmenin icrası sürecinde taraflar arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları çözmek amacıyla kullanılan tahkim yoluyla, sözleşmenin hukuka uygunluğunun idari yargıda denetime tabi tutulması farklı şeylerdir. Tahkim şartı ancak sözleşmenin tarafları arasındaki uyuşmazlıklar için söz konusu olabilir. KARAHANOGULLARI Onur, age., s.334.

⁴⁸⁹ GÜNDAY Metin, age., s.303; ATAY Ethem, age., s.256.

⁴⁹⁰ GÜNDAY Metin, age., s.303.

⁴⁹¹ DURAN Lütfi, age., s.339; ATAY Ethem, age., s.256; GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.40.

⁴⁹² DURAN Lütfi, age., s.339; ATAY Ethem, age., s.256; GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.40.

⁴⁹³ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.705; GÜNDAY Metin, age., s.304. Eklenen hüküm "Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir." şeklindedir. Bu düzenleme ile idari sözleşmelerden sadece imtiyaz sözleşmeleri için tahkim imkanı tanınmış olup, diğer idari sözleşmeler için tahkim yolu ancak anayasa değişikliği ile söz konusu olabilecektir. KARAHANOGULLARI Onur, age., s.334.

⁴⁹⁴ GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.705; GÜNDAY Metin, age., s.305.

başvurması ve bu durumun idari dava kapsamı dışında tutulması söz konusu olabilir.⁴⁹⁵ Yine bahsi geçen Anayasa değişikliği gereği, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24'üncü maddesinde yapılan değişiklikle tahkim yolu öngörülen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davalar Danıştay'ın görev alanından çıkarılmıştır.⁴⁹⁶

Belirtilen Anayasa değişikliğine paralel olarak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi kaynaklı uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörüldüğü durumlarda taraflarca uyulması gereken usul ve esasları belirlemek amacıyla 21.01.2000 tarih ve 4501 sayılı “Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun” çıkarılmıştır.⁴⁹⁷

2001 yılında, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çıkarılarak yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar ile 4501 sayılı Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de bu Kanuna tâbi kılınmıştır.⁴⁹⁸

⁴⁹⁵ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.334.

⁴⁹⁶ GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.40. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24'üncü maddesinde yapılan söz konusu değişiklik şu şekildedir: “Karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar.”

⁴⁹⁷ GÜNDAY Metin, age., s.305. 4501 Kanun'un 6'ncı maddesi uyarınca bu Kanunda ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalarda hüküm bulunmayan hallerde, 18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun tahkim ile ilgili hükümleri uygulanacaktır. GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.705-706. Diğer taraftan 4501 sayılı Kanun Geçici m. 1'de “Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine göre başlatılmış projeler ve işler, tabi oldukları usul ve esaslara göre sonuçlandırılır. Ancak, kesinleşmiş mahkeme kararı ile iptal edilenler hariç, birinci fıkrada belirtilen proje ve işlere de bu Kanun hükümlerinin uygulanmasına, görevli şirketin bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir ay içinde başvuru ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilir.” şeklinde yapılan düzenleme ile Kanun'un yürürlüğe girdiği 2000 yılından önce yapılmış imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine göre yeniden düzenlenmesi ve uyuşmazlıkların çözümünde de tahkim yolu öngörülmesi olanağı sağlanmıştır. GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.41.

⁴⁹⁸ GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.41.

6. RUHSAT (LİSANS) USULÜ

Kamu hizmeti niteliğindeki bir faaliyetin, şayet bu konuda yasa ile idare lehine bir tekel oluşturulmamış ya da belli bir özel hukuk tüzel kişisine “imtiyaz” tanınmamışsa, özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tarafından üstlenilerek yürütülmesi de mümkün olabilir. Ancak söz konusu faaliyetlerin, hem ortak ve genel ihtiyaçlara cevap vermeleri hem de giderilmemeleri durumunda huzursuzluğun baş gösterecek olması nedeniyle, izin alınmak suretiyle yürütülmesi gerekliliği tabiidir.⁴⁹⁹

Devlet veya diğer kamu tüzel kişilerin, mevcut bir özel hukuk gerçek veya tüzel kişisine, bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi hususunda izin verildiği usul ruhsat veya lisans usulü olarak adlandırılmaktadır.⁵⁰⁰ Bu usul; merkezi idare, mahalli idareler ve son zamanlarda özellikle düzenleyici ve denetleyici kurumlar tarafından kullanılmaktadır.⁵⁰¹ Aslında bu usul ile kamu hizmeti sadece özel hukuk kişilerine değil aynı zamanda kamu hukuku tüzel kişilerine de gördürülebilir.⁵⁰² Bu nedenle bu bölümde özel hukuk kişileri için belirtilen hususlar aynı zamanda kamu tüzel kişileri için de söz konusudur.

Bu usule göre faaliyette bulunabilmek için; özel hukuk kişinin kamu hizmetini yerine getirme hususunda talepte bulunması ve talepte bulunan özel hukuk kişisine ilgili kamu tüzel kişisi tarafından izin verilmesi gerekmektedir.⁵⁰³ Burada, talepte bulunma gerekliliği özel hukuk kişilerinin “mükellef” olmamalarından kaynaklanmaktadır.⁵⁰⁴ Talepte bulunmadan ruhsat usulüyle özel hukuk kişilerine görev verilmesi, Anayasal bir hak olan çalışma hürriyetinin zedelenmesi sonucunu doğuracaktır.⁵⁰⁵

Ruhsat usulünde iznin herhangi bir kamu tüzel kişisi değil de bizzat hizmetin asli sahibi ve sorumlusu olan kamu tüzel kişisi tarafından verilmesinin bu usulün ana unsurlarından olup olmadığına ilişkin öğretide bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda

⁴⁹⁹ ÖZAY İlhan, age., s.255.

⁵⁰⁰ ATAY Ethem, age., s.249.

⁵⁰¹ ATAY Ethem, age., s.249.

⁵⁰² ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.37.

⁵⁰³ ATAY Ethem, age., s.249.

⁵⁰⁴ ÖZAY İlhan, age., s.255.

⁵⁰⁵ ATAY Ethem, age., s.248

uygulamada da farklı usullerin söz konusu olduğu söylenebilir. Nitekim, ülkemizdeki uygulamalara bakıldığında kimi kamu hizmetlerinin (örneğin hastane işletmeciliği) özel kişilere hizmetin asli sahibi ve sorumlusu olan kamu tüzel kişisi tarafından (Bakanlık) verilen ruhsat ile gördürüldüğü hatta bu kamu tüzel kişinin aynı zamanda kendisinin de faaliyette bulunduğunu görmekteyiz. Yine kimi kamu hizmetlerinde de kamu hizmetinin asli sahibi ve/veya sorumlusu sayılabilecek kamu tüzel kişileri (örneğin elektrik üretim faaliyetinde bulunan kamu tüzel kişiliği niteliğindeki Elektrik Üretim A.Ş.)⁵⁰⁶ yanında özel hukuk kişilerinin de faaliyet gösterdiği, ancak her ikisinin de düzenleyici ve denetleyici kurumdan aldıkları lisansla faaliyette buldukları, diğer bir ifadeyle hizmetin asli sahibi ve/veya sorumlusu ile ruhsat verenin ayrı kamu tüzel kişilikleri olduğu görülmektedir.

Uygulamadaki bu farklı örnekler de dikkate alındığında, her ne kadar öğretide açık bir değerlendirmeye rastlanmasa da, konunun incelenmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu kapsamda, bağımsız idari otoritelerin gözetimi ve denetiminde kamu hizmetinin özel hukuk kişileri ve kamu tüzel kişilerin birlikt yürütüldüğü ve hizmetin asli sahibi ve/veya sorumlusu ile ruhsat verenin ayrı tüzel kişilikler olduğu piyasa örneği bağlamında konu incelenmeye çalışılacaktır.

Özellikle bağımsız idari otoritelerin gözetimi ve denetiminde, kamu hizmetinin rekabet ortamında özel hukuk kişileri ve hizmetin asli sahibi ve/veya sorumlusu olan kamu tüzel kişisi tarafından birlikt yürütüldüğü piyasalarda ruhsatın bağımsız idari otorite tarafından verilmesinin aslında bir gereklilik hatta zorunluluk teşkil ettiği söylenebilir.

⁵⁰⁶ Kendisi de lisans alarak faaliyette bulunan Elektrik Üretim A.Ş.'nin elektrik üretim hizmetinin asli sahibi ve/veya sorumlusu olduğuna dayanak olarak 4628 sayılı Kanun'un Ek 3 maddesinde yer alan hüküm gösterilebilir. Söz konusu hükme göre, maddede öngörülen tedbirlerle de arz güvenliğinin sağlanamayacağı Bakanlık tarafından tespit edilmesi halinde, kamu elektrik üretim şirketlerine gerekli üretim tesisi yapma görevi de dahil arz güvenliği bakımından gerekli görülen tedbirleri almaya Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bununla birlikte, 4628 sayılı Kanun'da piyasanın düzenleme ve denetiminden sorumlu olan ve görevleri arasında tüketicilere güvenilir, kaliteli, kesintisiz ve düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti verilmesini teminen gerekli düzenlemeleri yapma görevi de bulunan EPDK'nın hizmetin asıl sahibi ve sorumlusu olduğu da iddia edilebilecektir. Ancak biz burada bu tartışmaya girmeden tartışma konumuza somut örnek göstermek amacıyla aksi durumun doğru olduğunu varsayarak değerlendirme yapmayı uygun buluyoruz.

Bu zorunluluğun ilk nedeni olarak ‐idarenin bütünlüğü ilkesi‐ gösterilebilir.⁵⁰⁷ Devlet idaresi parçalı bir yapıda da olsa, devlet yetkisini kullanan birçok kamu tüzel kişisi de bulursa bunların arasında bütünlük ve koordinasyon sağlanması gerekir. ‐İdarenin bütünlüğü ilkesi‐ şeklinde ifade edilen bu gereklilik aslında etkili yönetimin hatta eşyanın tabiatının bir sonucudur. Söz konusu ilke tesis edilmediği takdirde, devlet denilen organizmanın her uzvunun kendi başına hareket etmesi sonucu doğar ki, bu durum, organizmanın; hiçbir iş yapamaması, bloke olmasına yol açar. Dolayısıyla da ortaya korkunç bir karmaşa çıkar.⁵⁰⁸ Buna göre, belirtilen ilke uyarınca ruhsatın tek otorite tarafından verilmesi, uzatılması, tadili ve gerektiğinde iptali gerekir. Bu otorite de doğal olarak piyasanın düzenlenmesi, izlenmesi ve piyasada faaliyet gösteren aktörlerin denetlenmesinden sorumlu olan bağımsız idari otorite olmalıdır. Ruhsatın bağımsız idari otorite tarafından verilmesi, ayrıca ruhsatların istikrarlı ve hukuka uygun düzenlemeler çerçevesinde eşit, adil ve objektif koşullarda verilmesinin⁵⁰⁹ sağlanması bakımından da büyük önem arz etmektedir.

Kamu hizmetinin bağımsız idari otoritelerin gözetimi ve denetiminde, rekabet ortamında, özel hukuk kişileri ve hizmetin asli sahibi ve/veya sorumlusu kamu hukuku tüzel kişisi tarafından birlikte yürütüldüğü piyasalarda, faaliyette bulunabilmek için alınması gereken lisansın ruhsat usulü olarak değerlendirilebilmesi, lisansın hizmetin asli sahibi ve/veya sorumlusu olan kamu tüzel kişisi tarafından verilmesi koşuluna bağlandığı takdirde, bu unsur, söz konusu usulün asli unsuru olduğunda kuşku bulunmayan idarenin hizmeti gören özel hukuk kişisi üzerinde geniş bir denetim ve gözetim yetkisi olması unsuru ile de çakışacaktır. Zira, geniş gözetim ve denetim yetkisi ile amaçlanan kamu hizmetinin bir bütün olarak etkili, verimli ve kaliteli bir şekilde yürütülmesini temin etmek, yani kamu hizmeti gereklerini sağlamaktır. Somut örneğimizden gidecek olursak, belirtilen nitelikteki piyasalarda (örneğin elektrik piyasası), kamu hizmeti gereklerinin sağlanması, alınacak kararlarda piyasanın bütününe dikkate alma gerekliliği dikkate alındığında, piyasada faaliyette bulunmak

⁵⁰⁷ İdarenin Bütünlüğü ilkesi, idareyi oluşturan örgütlerin görevleri yönüyle de bir bütünlük göstermeleri ve söz konusu örgütlerin birbirinden kopuk değil fakat birbirleri ile uyum içinde yürütmeleri zorunluluğunu ifade etmektedir. GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.I, Bursa 2003, s.160-161.

⁵⁰⁸ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.I, s.160-161.

⁵⁰⁹ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.38.

isteyen özel hukuk kişilerinin belirlenmesinde ve kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere piyasada faaliyet gösteren aktörlerin gözetimi ve denetiminde bağımsız idari otoritenin sorumlu ve yetkili olmasına bağlıdır.

Bunlara ilave olarak, bahse konu piyasalarda, piyasada faaliyette bulunabilmek için alınması zorunlu tutulan lisansın kamu hizmetinin görülmesi usullerinden ruhsat usulü kapsamında değerlendirilebilmesi için lisansın hizmetin asli sahibi ve/veya sorumlusu olan kamu tüzel kişisi tarafından verilmesi gerektiğini kabul etmek, aksi durumun, yani lisansın bağımsız idari otorite tarafından verilmesi durumunun hangi usul çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koyma zorunluluğunu da beraberinde getirecektir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, söz konusu unsurun varlığı veya yokluğu bir usulden diğerine geçme sonucunu doğurmamaktadır. Zira ruhsat usulünün esas nitelikte olduğunda tartışma olmayan unsurları ile diğer usullerin unsurları arasında zaten keskin farklılıklar söz konusudur. Buna göre, bahse konu unsur ruhsat usulünün geçerli olabilmesi için esaslı unsur telakki edildiğinde, bağımsız idari otoritelerin gözetimi ve denetiminde kamu hizmetinin özel hukuk kişileri ve/veya hizmetin asli sahibi ve sorumlusu kamu tüzel kişisi tarafından birlikte yürütüldüğü piyasalarda, piyasada faaliyette bulunmak için alınması zorunlu tutulan lisansın, ya idare hukukunda ele alınan kamu hizmeti görülmesi usulü olmadığını ya da yeni bir usul (diğer usullerden ayrı) olduğunu kabul etmeyi gerekecektir.

Bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde olması, bu faaliyetin ancak idareden lisans almak suretiyle yürütülebilmesi, faaliyette bulunabilmek için lisansa ek olarak başka bir hukuki işlemin (sözleşme gibi) gerekmemesi ve idare ile faaliyette bulunanlar arasındaki ilişkilerin söz konusu lisansın hükümleri çerçevesinde yürütülmesi halinde, bu lisansın, kamu hizmetinin görülmesi usulü olarak değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Peki bağımsız idari otoritelerin gözetimi ve denetiminde kamu hizmetinin rekabet ortamında özel hukuk kişileri ve hizmetin asli sahibi ve/veya sorumlusu kamu tüzel kişisi tarafından birlikte yürütüldüğü piyasalarda, piyasada faaliyette bulunmak için

bağımsız idari otoriteden alınması zorunlu tutulan lisans idare hukukundaki ruhsat usulünden farklı bir usul olarak değerlendirilebilir mi? Daha önce de ifade edildiği üzere tartıştığımız unsurun varlığı veya yokluğu bir usulden diğerine geçme sonucunu doğurmamaktadır. Öte yandan bağımsız idari otoritelerin gözetimi ve denetiminde kamu hizmetinin özel hukuk kişileri ve hizmetin asli sahibi ve/veya sorumlusu kamu tüzel kişisi tarafından birlikte yürütüldüğü piyasalarda, lisansın bağımsız idari otorite veya hizmetin asli sahibi ve sorumlusu kamu tüzel kişisi tarafından verilmesi arasında ilişkinin hukuki niteliği ve sonuçları bakımından farklılık bulunmamaktadır. Bu kapsamda, bahsi geçen piyasalardaki lisansı, idare hukukunda ele alınan ruhsat usulünden farklı bir usul olarak ileri sürmenin hukuki bir gereğinin söz konusu olamayacağı düşünülmektedir.

Sonuç olarak, yukarıda ifade edilen gerekçelerle, kamu hizmetinin bağımsız idari otoritelerin gözetimi ve denetiminde rekabet ortamında özel hukuk kişileri ve hizmetin asli sahibi ve/veya sorumlusu kamu tüzel kişisi tarafından birlikte yürütüldüğü piyasalarda, faaliyete geçebilmek için alınması zorunlu lisansın hizmetin asli sahibi ve/veya sorumlusu olan kamu tüzel kişisi tarafından değil de bağımsız idari otorite tarafından verilmesi, söz konusu lisansın idare hukukundaki ruhsat usulü olarak nitelendirilmesine etki etmemelidir.

Ruhsat usulünde emanet, imtiyaz, iltizam gibi usullerin aksine idare ile özel hukuk kişisi arasında herhangi bir sözleşme yapılmaz. İlişkinin temelini idarenin tek yanlı olarak vereceği izin oluşturmaktadır.⁵¹⁰ Bu izin tipik bir tek yanlı idari işlemdir.⁵¹¹ Zira, iznin verilmesi, değiştirilmesi, kaldırılması ve içeriğinin belirlenmesinde hizmeti yürütmeye talipli olanın herhangi bir söz hakkı bulunmamaktadır.⁵¹² İlgilinin talepte bulunması gerekliliği işlemin tek taraflı olma özelliğini kaldırmamaktadır.⁵¹³ Nitekim, izin verme hususunda yetkili idaredir ve söz konusu kamu hizmeti ancak idarenin bu yönde iradesini ortaya koymasıyla mümkün olur.⁵¹⁴ Diğer bir ifadeyle, ruhsat yani tek taraflı idari izin ile kamu hizmetinin yürütülmesinde hizmeti yürüten özel hukuk

⁵¹⁰ ÖZAY İlhan, age., s.255; GÜNDAY Metin, age., s.314.

⁵¹¹ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.37.

⁵¹² ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.37-38.

⁵¹³ ATAY Ethem, age., s.249.

⁵¹⁴ ATAY Ethem, age., s.249.

kişisinin, hizmetin yürütülmesini olanaklı kılan veya hizmeti yürütme hakkı veren hukuki ilişkinin doğmasında ve oluşmasında hiçbir insiyatifi söz konusu değildir.⁵¹⁵ Diğer taraftan izin işleminde özel hukuk kişisi belirli bir hukuki statüye sokulduğu için aynı zamanda bir şart işlemi de söz konusudur.⁵¹⁶

Bir kamu hizmetini ruhsat usulü çerçevesinde yürüten özel hukuk kişisinin tek yanlı işlemleri, sözleşmeleri, faaliyetleri ve sorumluluğu kural olarak özel hukuka tabidir ve bunlardan doğan uyuşmazlıklar adli yargıda görülür. Bununla birlikte, ruhsat almak suretiyle kamu hizmeti yürüten özel hukuk kişileri bazı hallerde kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış olabilir. Bu durumda söz konusu kişilerin kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış tek yanlı işlemleri idari işlem niteliğinde olacak, dolayısıyla bunlardan doğacak uyuşmazlıklar idari yargıda görülecektir.⁵¹⁷

Kamu hizmetini ruhsat usulüyle yürüten özel hukuk kişileri her ne kadar özel hukuka tabi olup, idari, mali ve personel özerkliğe sahip olsalar da,⁵¹⁸ söz konusu usul ile özel hukuk kişilerine gördürülen kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusunun idare olması sebebiyle, idarenin hizmeti gören özel hukuk kişisi üzerinde geniş bir denetim ve gözetim yetkisi söz konusudur.⁵¹⁹ İdarenin, kamu hizmetinin yürütülmesi hususunda bir özel kişiyi ruhsat usulüyle görevlendirmesi, devrettiği kamu hizmetinin sorumluluğundan kurtulduğu anlamına gelmez.⁵²⁰ Bu bakımdan özel hukuk kişisinin hizmeti görmede yetersiz kalması durumunda idarenin derhal harekete geçerek gerekli önlemleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Yine belirtilen konumu nedeniyle idare hizmetin düzenlenmesi ve gerekli görülen değişikliklerin yapılması konusunda da görevli ve yetkilidir.⁵²¹ Bu durum aslında kamu hizmetinin değişkenliği ilkesinin de bir uzantısıdır. Hizmeti gören özel hukuk kişisinin idarenin bu değişikliklerine katlanması

⁵¹⁵ ULUSOY Ali, Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış, Elder, 2005, s.86.

⁵¹⁶ ATAY Ethem, age., s.250.

⁵¹⁷ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.356. Ayrıntı için bakınız. GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.551-554.

⁵¹⁸ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.356.

⁵¹⁹ GÜNDAY Metin, age., s.314; ATAY Ethem, age., s.256. Söz konusu gözetim ve denetim yetkisine eğitim hizmeti örnek olarak verebiliriz. Nitekim bu hizmet, ruhsat yöntemi ile özel kişilere gördürülse de, devletin gözetim ve denetimi altında yapılması zorundadır (Anayasa m.42/3). GÜNDAY Metin, age., s.314.

⁵²⁰ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.356.

⁵²¹ ÖZAY İlhan, age., s.256.

zorunludur.⁵²² Özel hukuk kişisi bu düzenlemelere uygun hareket ettiği sürece faaliyeti devam ettirebilecek olup, aksi durumda ruhsatın iptal edilmesi durumu da dahil olmak üzere yasal düzenlemelerin öngördüğü tüm idari ve cezai yaptırımlara maruz kalabilecektir.⁵²³ Diğer bir ifadeyle, idare, özel hukuk kişinin hizmeti uygun bir şekilde işletemediğini gözlemlediği takdirde, tek yanlı olarak her zaman gerekli tedbirleri alabilecektir.⁵²⁴

Bu noktada, kamu hizmetinin görülme usullerinden ruhsat usulü ile kolluk ruhsatını karıştırmamak gerekir. Zira konumuz olan ruhsat, sadece kamu düzeninin sağlanmasına yönelik bir izin değildir. Burada, bir kamu hizmetinin yürütülmesine yönelik idari izin söz konusudur ve ruhsat ile yürütülen kamu hizmeti için gerekli olması şartıyla, idare yürütülen hizmetin her noktasına nüfuz edecek şekilde müdahalelerde bulunma hakkına sahiptir.⁵²⁵ Diğer bir ifadeyle, bir ruhsatın kolluk ruhsatının ötesinde kamu hizmetini gördürme vasfı kazanabilmesi, faaliyetin her noktasını ve anını etkileyen, içten bir denetim vasıtası olması ve sadece kamu düzeninin sağlanması hedefiyle sınırlı olmayıp yerindelik denetimi öngörmesine bağlıdır.⁵²⁶ ULUSOY bu çerçevede “kolluk ruhsatı” ile “kamu hizmeti ruhsatı” ayırımına ilişkin şu ilginç örnekleri vermektedir. “Örneğin tipik bir özel faaliyet olarak bir özel kişinin işlettiği restoranda verilen yemek hizmeti üzerinde idarenin uyguladığı denetim kolluk denetimidir ve bu denetim kamu düzeninin korunmasıyla sınırlı olup, idare sadece restoranda verilen yemeklerin kamu sağlığına zararlı olup olmadığı veya restoranın güvenlik ve huzuru bozup bozmadığı yönüyle sınırlı bir “dış denetim” uygulayabilir. İdare, işletmecinin yemeklerde zeytinyağı veya tereyağı kullanma tercihine karışmadığı gibi, vejeteryan restoranında işletmeciyi et yemekleri yapmaya zorlayamaz. Oysa örneğin, kamu hizmeti olması nedeniyle doğalgaz dağıtım hizmeti veren bir özel şirketin hangi tipte boru kullanacağına, ekipmanlarının veya çalıştıracağı personelin niteliğine karışabilir. Zira burada sözkonusu olan denetim kolluk denetimi

⁵²² GÜNDAY Metin, age., s.314.

⁵²³ ÖZAY İlhan, age., s.256.

⁵²⁴ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.356.

⁵²⁵ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.38.

⁵²⁶ ERGÜN Çağdaş Evrim, age., s.87.

değil, daha “içselleştirilmiş” bir denetim olan kamu hizmeti denetimidir ve bu hizmet için spesifik hukuksal rejim, bizzat yasama organı tarafından öngörülmüştür.”⁵²⁷

Kamu hizmetlerinin bedelsizliği ilkesi de ruhsat usulü ile gördürülen hizmetleri etkilemektedir.⁵²⁸ Bir kamu hizmetini ruhsat usulüyle gören özel kişinin belli bir kar elde etmek amacıyla hareket etmesi doğal ise de, kamu hizmetinin bedelsizliği ilkesinin doğal bir uzantısı olarak, hizmetten yararlananlardan alacağı ücreti tamamen serbest bir şekilde belirleme yetkisi bulunmamaktadır.⁵²⁹ Burada hizmetten yararlananlardan alınacak ücret idarenin koyduğu ilke ve esaslar dâhilinde belirlenebilecektir.⁵³⁰ Bedelsizlik ilkesinin, ruhsat usulünün geçerli olduğu düzenlemeye tabi sektörlerdeki yansımalarının ise daha farklı olduğu söylenebilir. Söz konusu ilke bu tür sektörlerde değişime uğramış ve hizmetin makul, herkesçe erişilebilir bir fiyattan sunulması ilkesi haline dönüşmüştür.⁵³¹ Bahsi geçen sektörlerde makul, herkesçe erişilebilir fiyatın; fiyat kontrolü yapılması ve/veya fiyat kontrolü yapılmamakla birlikte rekabetin tesis edilmesi suretiyle sağlanmaya çalışıldığı gözlenmektedir.

Ruhsat usulü, hizmeti yürüten tüzel kişi ile idare arasındaki hukuki uyuşmazlıkların çözümünde ulusal ya da uluslararası tahkim yoluna cevaz vermemektedir. Zira ruhsat, idare tarafından kamu otoritesi kullanılarak tesis edilen tek yanlı idari işlem olup, tahkime gitmeye elverişli işlemlerden değildir. Bu tür işlemler hukukumuzda yargı mercilerinden sadece idari yargı tarafından denetlenebilir.⁵³²

Ruhsat usulünde tüzel kişi için baz alınabilecek hukuki işlemin tek yanlı idari işlem ile verilen ruhsat olması, tüzel kişinin kendisinin de hukuki tasarrufta bulunduğu ve karşı taraf ile birlikte oluşturduğu hukuki ilişkiye (sözleşmeye) dayanıp, faaliyetlerini bu karşılıklı hukuki ilişki çerçevesinde yürütememesi anlamına gelmektedir. Yine yukarıda belirtildiği üzere ruhsat usulünde tahkim yoluna başvurma imkanı bulunmamaktadır. Ayrıca, bu usulde idarenin hukuki ilişkiyi tek yanlı olarak sona

⁵²⁷ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.16.

⁵²⁸ GÜNDAY Metin, age., s.314.

⁵²⁹ ÖZAY İlhan, age., s.256; GÜNDAY Metin, age., s.314.

⁵³⁰ GÜNDAY Metin, age., s.314.

⁵³¹ ERGÜN Çağdaş Evrim, age., s.201.

⁵³² ULUSOY Ali, Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış, s.87.

erdirmesi diğer usullere göre daha kolaydır. Bunlara ilave olarak hukuki ilişkinin içeriğini idarenin tek yanlı olarak değiştirebilme olanağı bulunmaktadır. İşte tüm bu hususlar tüzel kişi açısından ruhsat usulünün hukuken daha güvencesiz bir ortam olarak algılanmasına sebep olabilir.⁵³³

Bu usulün özel kişiler tarafından cazip görülebilmesi ve önemli alt yapı yatırımlarını gerektiren kamu hizmetlerinin yürütülmesinde yabancı yatırımcılar dahil olmak üzere özel şirketlerin istekli olabilmesi için idari izin (ruhsat, lisans) vermeye yetkili kamu ve özellikle de regülasyon otoriteleri tarafından bu izinlerin istikrarlı ve hukuka uygun düzenlemeler çerçevesinde ayrımcılık yapmadan eşit, adil ve objektif koşullarda verilmesi büyük önem taşımaktadır.⁵³⁴ Bu kapsamda objektifliğin sağlanması açısından ruhsatın şartlarının daha önceden belirlenmesi, idarenin belirliliği ilkesinin de bir gereğidir. Söz konusu belirleme kanunla olabileceği gibi diğer düzenlemelerle de olabilecektir.⁵³⁵

Ruhsat usulü yer verilen özellikleri ile özel hukuk sözleşmelerinden tüm yönlerden farklı özelliklere sahiptir. Ayrıca, bu usul ile kamu hukukuna tabi olan bir diğer usul olan imtiyaz sözleşmesi arasında da birçok yönden farklılıklar söz konusudur. ULUSOY'un ruhsat, imtiyaz sözleşmesi ve özel hukuk sözleşmesi arasındaki temel farklılıkları belirten tablosuna, konuyu net bir şekilde ortaya koyması bakımından aşağıda yer verilmiştir.⁵³⁶

| | Ruhsat (lisans) | İmtiyaz Sözleşmesi | Özel Hukuk Sözleşmesi |
|----------------------------------|------------------------|---------------------------|------------------------------|
| Hukuki ilişkinin niteliği | Kamu Hukuku | Kamu Hukuku | Özel Hukuk |

⁵³³ ULUSOY Ali, Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış, s.87.

⁵³⁴ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.38.

⁵³⁵ ATAY Ethem, age., s.249.

⁵³⁶ ULUSOY Ali, Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış, s.87.

| | | | |
|---|---|--|--|
| Hukuki ilişkinin tarafları | Tek yanlı (idare) | İki yanlı (idare+özel kişi) | İki yanlı (idare+özel kişi) |
| Hukuki ilişkinin kurulması | Sadece idarenin iradesi ile | İdarenin iradesi ile özel kişinin iradesi kesişmeli | İdarenin iradesi ile özel kişinin iradesi kesişmeli |
| Hukuki ilişkinin içeriğini belirleme yetkisi | İdare | İdare (katımlı sözleşme) | Katımlı sözleşmelerde idare |
| Hukuki ilişkiden doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri | İdari Yargı | İdari Yargı veya Tahkim | Adli Yargı veya Tahkim |
| Hukuki ilişkinin içeriğinin idarenin tek yanlı olarak değiştirebilme olanağı | Tam | Kısmi * | Yok (Sözleşmede bu yönde hüküm bulunmadığı sürece) |
| Hukuki ilişkide süre sona ermeden idarenin tek yanlı sona erdirme olanağı | İdarece tek yanlı kaldırma veya geri alma yoluyla her zaman** | Şirketin ağır kusuru halinde mahkemeden sözleşmenin feshini isteme (ıskat) veya tek yanlı satın alma | Şirketin sözleşme hükümlerini ihlali halinde mahkemeden sözleşmenin feshini isteme |

* Sözleşmenin hizmetin yürütülmesi ve organizasyonuna ilişkin hükümlerinde idare, sözleşmede hüküm olmasa dahi, tek yanlı değişiklik yapabilir, ancak mali hükümlerde değişiklik yapamaz.

** İdarenin haklı nedeni yoksa bu tek yanlı sona erdirme idari yargı tarafından iptal edilebilir.

Yukarıda yer verilen tablo ruhsat usulü ile imtiyaz sözleşmesi arasındaki temel farklılıkları ortaya koymakla birlikte, hangi kamu hizmetlerinin ruhsat hangi kamu hizmetlerinin ise imtiyaz usulüyle gördürülmesi gerektiği konusunda açıklayıcı olamaz. Aslında tablonun amacı (ruhsat, imtiyaz ve özel hukuk sözleşmesi arasındaki farklılıkları ortaya koyma) dikkate alındığında açıklayıcı olması da beklenemez. İmtiyaz konusunda da değinildiği üzere, kamu hizmeti niteliğindeki bir faaliyet alanında imtiyazın gündeme gelebilmesi; doğal veya hukuki tekelin varlığı, tekel olmasa dahi rekabetin kısıtlanmış olması ve nihayet uzun süreli bir sözleşmenin mevcudiyeti unsurlarının söz konusu olmasına bağlıdır.⁵³⁷ Buna karşılık kural olarak ruhsatta ise bir kamu hizmetinin tekel teşkil etmemek kaydıyla idarece mevcut bir özel hukuk gerçek veya tüzel kişisine bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi hususunda izin verilmesi söz konusudur.⁵³⁸ Görüleceği üzere, iki usul arasındaki temel fark uygulanacakları piyasanın tekel niteliğinde olup olmamasıdır.

Söz konusu farkın kimi kanuni düzenlemelerde dikkate alındığını kimi düzenlemelerde de alınmadığını söylemek mümkündür. Konuya ilişkin iki farklı düzenleme örnek olarak gösterilebilir. 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 19'uncu maddesinde "(B)elediye hudutları dâhilinde... otobüs işletmek... Belediyelerin hakkıdır... Bunların belediyelerin de iştirak edecekleri şirketler vasıtasıyla yapılması ve işletilmesi veya icara verilmesi veyahut imtiyazın devri İçişleri Bakanlığının kararına bağlıdır. Belediyeler dilerse inhisar tazammun etmemek şartıyla bunların işletilmesine ruhsat dahi verebilir." hükmüne yer verilmiştir. Belediyelerce otobüs hatlarının 10 yıllık bir süreyle özel teşebbüse kiraya verilmesi yönündeki uygulamaların, adına kira sözleşmesi denilmekle beraber imtiyaz niteliğini ortadan kaldırmadığı kabul

⁵³⁷ ÇAL Sedat, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.43.

⁵³⁸ ÇAL Sedat, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.299-300.

edilmektedir.⁵³⁹ Buna göre söz konusu düzenlemeye göre ruhsat usulünü kullanabilmek söz konusu faaliyetin tekel şeklinde gördürülmemesine bağlıdır. Sonuç olarak belirtilen düzenlemede imtiyazla ruhsat arasındaki temel farkın dikkate alındığı söylenebilir.

Bununla birlikte, 4628 sayılı Kanun’nda tekel niteliğindeki elektrik iletim ve dağıtım piyasasında ileride ayrıntılı olarak ortaya konulacağı üzere kanun koyucu tarafından imtiyaz usulü yerine ruhsat usulünün uygulanması öngörülmektedir. Diğer bir ifadeyle, imtiyazla ruhsat arasındaki temel fark söz konusu Kanun’da dikkate alınmamıştır.

Bu iki farklı düzenlemeden, tekel niteliğindeki bir piyasada kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine imtiyaz usulüyle ya da ruhsat usulüyle gördürülmesinin, kanun koyucunun hangi usulü tercih ettiğine bağlı olarak değişebileceği sonucunu çıkarmak mümkündür.

Bir faaliyetin ruhsat usulü ile yürütülmesinden bahsedebilmek için doğal olarak o faaliyetin öncelikle kamu hizmeti niteliğinde olması gerekmektedir. Diğer taraftan, ruhsat usulünde idare ile özel hukuk kişisi arasındaki ilişkinin dayanağı tipik bir tek yanlı işlem olan idarenin tek yanlı olarak vereceği izin olup, hizmeti yürütmeye talipli olanın iznin verilmesi, değiştirilmesi, kaldırılması ve içeriğinin belirlenmesinde herhangi bir söz hakkı bulunmamaktadır. Ruhsat usulünde ayrıca idare hizmeti yürüten kişi üzerinde geniş bir denetim ve gözetim yetkisine sahiptir ve söz konusu kişinin hizmeti görmede yetersiz kalması durumunda idarenin derhal harekete geçerek gerekli önlemleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Yine idare hizmetin düzenlenmesi ve gerekli görülen değişikliklerin yapılması konusunda da görevli ve yetkilidir ve hizmeti gören kişinin İdarenin bu değişikliklerine katlanması zorunludur. Öte yandan, ruhsat usulü ile gördürülen hizmetleri etkileyen unsurlardan bir tanesi de kamu hizmetlerinin bedelsizliği ilkesidir. Bir kamu hizmetini ruhsat usulüyle gören kişinin belli bir kâr elde

⁵³⁹ DÖNMEZ Zühal; “Belediyelerde “İmtiyaz Sözleşmesi” Uygulaması, Çağdaş Yerel Yönetimler, C.VII, S.1, Ocak 1998, s.61’den aktaran: ÇAL Sedat, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.299. 1580 sayılı Belediye Kanunu (14.04.1930 tarih ve 1471 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.) 5272 sayılı Belediye Kanunu (24.12.2004 tarih ve 25680 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır) ile yürürlükten kaldırılmıştır.

etmek amacıyla hareket etmesi doğal ise de, ücretin tamamen serbest bir şekilde (piyasa koşullarında) belirlenmesi söz konusu olmayıp, idarenin koyduğu ilke ve esaslar çerçevesinde tespit edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, yukarıda da ifade edildiği üzere, bedelsizlik ilkesi, devletin hizmeti ifa eden olmaktan çıkarak düzenleme denetleme konumuna geçtiği sektörlerde değişime uğramış ve hizmetin makul, herkesçe erişilebilir bir fiyattan sunulması ilkesi haline dönüşmüştür.

Öğretide ruhsat usulüyle gördürülen hizmetlere; eğitim, sağlık, özel radyo-televizyon yayıncılığı ve telekomünikasyon hizmetleri örnek olarak gösterilmektedir.⁵⁴⁰ Tez konumuzu aştığından burada söz konusu hizmetlerde idare hukukunda ele alındığı şekliyle ruhsat usulünün birebir geçerli olup olmadığı konusu ayrıntılı biçimde tartışılmayacaktır. Ancak konu ile ilgili mevzuat hükümlerine yer vermek suretiyle, bunların kamu hizmetinin görülmesi usulü olarak ruhsat usulünün esaslı unsurlarını taşıyıp taşımadığı kısmen de olsa ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Anayasa'da özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esasların, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır.⁵⁴¹ Konu ile ilgili 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nda; Türkiye Cumhuriyeti uyruklu gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri veya özel hukuk hükümlerine göre yönetilen tüzel kişiler tarafından açılacak özel öğretim kurumlarına kurum açma izni verilmesi, kurumun nakli, devri, personel çalıştırılması, kurumlara yapılacak mali destek ve bu kurumların eğitim-öğretim, yönetim, denetim ve gözetimi ile yabancılar tarafından açılmış bulunan özel öğretim kurumlarının; eğitim-öğretim, yönetim, denetim, gözetim ve personel çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir.⁵⁴²

Anılan Kanun'da yer alan usul ve esaslar şu şekilde sıralanabilir:

- Bir kurumda öğretime başlayabilmek için kurum açma izni alınması zorunludur ve kurum açma izni alınmadıkça, kuruma öğrenci kaydı yapılamaz. Kurum açma izni verilmesi, binanın kullanılış amaçlarına ve

⁵⁴⁰ GÜNDAY Metin, age., s.314; ÖZAY İlhan, age., s.255; ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.38; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.357.

⁵⁴¹ Anayasa m.42

⁵⁴² 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m.1.

Bakanlıkça belirlenen standartlara uygun ve yeterli bulunmasıyla birlikte Kanun'da sayılan şartların yerine getirilmesine bağlıdır.⁵⁴³

- Kurumlarda eğitim-öğretim ve yönetim, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nda ifade edilen Türk Millî Eğitiminin genel amaç ve temel ilkelerine uygun olarak yürütülür. Kurumlarda uygulanacak öğretim programı ve haftalık ders çizelgesi, resmî kurumlarda uygulanan usûl ve esaslar çerçevesinde belirlenir. Farklı öğretim programları ve haftalık ders çizelgesinin uygulanabilmesi Bakanlıkça uygun bulunmasına bağlıdır.⁵⁴⁴

- Kurumların yöneticilik ve eğitim-öğretim hizmetlerinde, en az dengi resmî öğretim kurumlarına atanabilmek için gerekli nitelik ve şartları taşıyanlar, resmi dengi bulunmayan kurumların yöneticilik ve eğitim-öğretim hizmetlerinde ise yönetmelikle belirtilen nitelik ve şartları taşıyanlar görevlendirilir.⁵⁴⁵

- Başarısızlığı tespit edilen yönetici, öğretmen ve öğreticilerin çalışma izni, izni veren makam tarafından iptal edilir. Hizmete devamında Kanun hükümlerine göre sakınca görülen yönetici, öğretmen ve öğreticilerin görevine son verilir.⁵⁴⁶

- Kurumlar ve bu kurumlarda görevli personel, Bakanlığın denetimi ve gözetimi altındadır.⁵⁴⁷

- Kurumlar, faaliyetlerini sadece kazanç sağlamak için düzenleyemezler. Ancak, Türk Millî Eğitiminin amaçları doğrultusunda eğitimin kalitesini yükseltmek, gelişmelerine fırsat ve imkân verecek yatırımlar ve hizmetler yapmak üzere gelir sağlayabilirler.⁵⁴⁸

⁵⁴³ 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m.3.

⁵⁴⁴ 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m.6.

⁵⁴⁵ 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m.8.

⁵⁴⁶ 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m.10.

⁵⁴⁷ 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m.12.

⁵⁴⁸ 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m.12.

- Kurum açma izni verilen kurumlarda iki yıl içinde öğretime başlamayan ile amacı dışında kullanıldığı tespit edilen kurumun, kurum açma izinleri iptal edilir.⁵⁴⁹
- Kurum açma şartlarından herhangi birini kaybeden veya izinsiz değişiklik yapan, mevzuatta belirtilen şartlara uymayan kurumlar, davranışın ağırlık derecesine göre onbeş günden az olmamak kaydıyla üç aya kadar geçici olarak, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun genel ve özel amaçlarıyla temel ilkelerine uymayan, kurumunu mevzuata uygun kapatmayan, geçici olarak kapatma cezası alan ve aynı fiili tekrar işleyen kurumlar ise sürekli olarak kurum açma izni veren makam tarafından kapatılır.⁵⁵⁰
- Kanunda belirtilen şartlara uymak ve gerekçesi Bakanlıkça uygun bulunmak kaydıyla öğretim yılı sonunda okul kapatılabilir.⁵⁵¹
- Ayrıca kurumların devri ve nakline ilişkin usûl ve esaslar yönetmelikle belirlenir.⁵⁵²

Ruhsat usulünün uygulandığı hizmetler arasında sağlık hizmeti de gösterilmektedir. Sağlık hizmetlerinin yürütülmesi Anayasamızda yer alan “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak, işbirliğini geliştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.”⁵⁵³ şeklindeki hükümden açıkça anlaşılacağı üzere, Devlet’e bir görev olarak yüklenmiştir.⁵⁵⁴ Yine “Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal yardım kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.”⁵⁵⁵ şeklindeki Anayasa hükmünde de yer aldığı üzere Devlet bu hizmetleri yürütürken özel kesimden de yararlanabilecektir.

⁵⁴⁹ 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m.7.

⁵⁵⁰ 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m.7.

⁵⁵¹ 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m.7.

⁵⁵² 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m.7.

⁵⁵³ Anayasa m.56/3.

⁵⁵⁴ KAPLAN Gürsel, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”,

http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=62

⁵⁵⁵ Anayasa m.56/4.

Konu ile ilgili, olarak 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda sağlık kurum ve kuruluşlarının yurt çapında eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunacak şekilde Bakanlıkça, diğer ilgili bakanlıkların da görüşü alınarak planlanacağı, koordine edileceği, mali yönden destekleneceği ve geliştirileceği; Bakanlığın ilgili Bakanlığın muvafakatını alarak, kamu ve özel bütün sağlık kurum ve kuruluşlarına koruyucu sağlık hizmeti görevi vereceği ve bu kurum ve kuruluşların bütün sağlık hizmetlerinin denetleneceği; bütün sağlık kurum ve kuruluşları ile sağlık personelinin ülke sathında dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılmasının esas olduğu; sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesinin bu esas içerisinde Bakanlıkça düzenleneceği ve gerek görüldüğünde özel sağlık kuruluşlarının her türlü ücret tarifelerinin Bakanlığınca onaylanacağı ve kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşları veya sağlık işletmelerinde verilen her türlü hizmetin fiyatlarının da Bakanlık tarafından tespit ve ilan edileceği hüküm altına alınmıştır.⁵⁵⁶

Radyo-televizyon yayıncılığı da ruhsat usulünün geçerli olduğu hizmetler arasında gösterilmektedir. 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'da; radyo-televizyon yayınlarının, hukukun üstünlüğüne, Anayasa'nın genel ilkelerine, temel hak ve özgürlüklere, millî güvenliğe ve genel ahlâka uygun olarak *kamu hizmeti anlayışı çerçevesinde* yapılacağı öngörülmüş ve radyo-televizyon yayınlarında uyulması gereken yayın ilkeleri belirlenmiştir.⁵⁵⁷

Öte yandan Kanun ile radyo-televizyon faaliyetlerini düzenlemek amacıyla, özerk ve tarafsız bir kamu tüzel kişiliği niteliğinde Radyo ve Televizyon Üst Kurulu kurulmuştur.⁵⁵⁸ Üst Kurula diğer görevler yanında yurt içinden yayın yapacak kamu ve özel radyo-televizyon kuruluşlarının yayın izni ve lisans talebinde bulunabilmek için yerine getirmeleri gerekli önşartları ve standartları tespit etmek ve kamuoyuna duyurmak; önşartları yerine getirmiş müracaatçı kuruluşlara, tarafsızlık ve hakkaniyet ölçüleri dâhilinde yayın izni ve lisans vermek; radyo-televizyon yayınlarını izleme sistemleri kurarak, yayınların Kanun'a ve bu alanda Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalara uygunluğu açılarından denetlenmesini yapmak; yayın kuruluşlarının, Kanun hükümlerine aykırı yayın yapması ve tahsis şartlarına uymaması

⁵⁵⁶ 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu m.3.

⁵⁵⁷ 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun m.4.

⁵⁵⁸ 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun m.5.

halinde, gerekli müeyyideleri uygulamaya karar vermek görevleri de verilmiştir.⁵⁵⁹ Kanun'da radyo-televizyon yayın izni verilen veya verilecek anonim şirketlerin hisse oranları ve şirket yapısıyla ilgili uyulması gereken kurallara da yer verilmiştir.⁵⁶⁰ Kanun ile özel radyo-televizyon kuruluşlarının uyması gerekli asgari idari, mali ve teknik şartları ile yayın alanı, yayın saat ve süreleriyle ilgili esasların Üst Kurul tarafından tespit edilmesi öngörülmüştür.⁵⁶¹ Kanunda Üst Kurul, öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmeyen, izin şartlarını ihlâl eden, yayın ilkelerine ve Kanun'da belirtilen diğer esaslara aykırı yayın yapan özel radyo ve televizyon kuruluşlarına duruma göre uyarı, çeşitli konularda program yayınlama, para cezası, yayın durdurma ve lisans izni iptali gibi cezalar vermekle görevli kılınmıştır.⁵⁶²

Ruhsat usulünün geçerli olduğu hizmetler arasında telekomünikasyon hizmetleri de sayılmaktadır. 406 sayılı Telefon ve Telgraf Kanunu'nda, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve telekomünikasyon altyapısı tesisi ve işletilmesinin bu Kanuna tabi olduğu hükme bağlanmıştır.⁵⁶³ Kanun'da görev sözleşmesi ve imtiyaz sözleşmesiyle yürütülmesi öngörülen telekomünikasyon hizmetleri dışında kalan bazı hizmetlerin özel hukuk kişilerince "telekomünikasyon ruhsatı" ve "genel izin" ismi verilen usullerle yürütülmesi öngörülmüştür.

Kanun'a göre, istisna tutulan bazı faaliyetler dışında hiç kimse bir görev, imtiyaz sözleşmesi yapılmış veya bir telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin verilmiş olmadıkça, telekomünikasyon hizmeti yürütemez ve/veya altyapısı kuramaz ve işletemez. Söz konusu ruhsatlarda ve genel izinlerde, diğer hususların yanı sıra, makul ve ayırım gözetmeyen hüküm ve şartlar çerçevesinde Kanun'da yer verilen konularda da hükümler yer alacaktır.⁵⁶⁴

⁵⁵⁹ 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun m.8.

⁵⁶⁰ 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun m.29.

⁵⁶¹ 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun m.30.

⁵⁶² 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun m.33.

⁵⁶³ 406 sayılı Telefon ve Telgraf Kanunu m.1.

⁵⁶⁴ 406 sayılı Telefon ve Telgraf Kanunu m.2. 406 sayılı Telefon ve Telgraf Kanunu'nun 2'nci maddesine göre; telekomünikasyon: her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilir her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektro manyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını, telekomünikasyon hizmeti: telekomünikasyon tanımına giren faaliyetlerin bir kısmının veya tümünün hizmet olarak sunulmasını, genel izin: bir telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi için, Bakanlık

Telekomünikasyon Kurumu; genel izin ve telekomünikasyon ruhsatlarının şartlarına uyulmasının sağlanması için gereken tedbirleri almaya, faaliyetlerin mevzuat ile telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin şartlarına uygun yürütülmesini izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde idari para cezası uygulamaya, milli güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya ya da ağır kusur halinde telekomünikasyon ruhsatını ya da genel izni iptal etmeye yetkili kılınmıştır.⁵⁶⁵ Öte yandan Kanun'da, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve/veya telekomünikasyon altyapısı işletiminde ve bu hususlarda yapılacak düzenlemelerde nitelik ve nicelik itibarı ile göz önüne alınacak ilkeler de belirlenmiştir.

Buna göre söz konusu düzenlemelerde; diğer ilkelerin yanında herkesin, *makul bir ücret* karşılığında telekomünikasyon hizmetlerinden ve altyapısından yararlanmasını sağlayacak uygulamaların teşvik edilmesi; aksini gerektiren objektif nedenler bulunmadıkça, eşit şartlardaki aboneler, kullanıcılar ve işletmeciler arasında ayırım gözetilmemesi ve hizmetlerin benzer konumdaki her kişi tarafından eşit şartlarla ulaşılabilir olması; Kanun'da aksi belirtilmedikçe ya da objektif nedenler aksini gerektirmedikçe, niteliksel ve niceliksel devamlılık, düzenlilik, verimlilik, açıklık, şeffaflık ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerinin gözetilmesi; evrensel hizmetlerin belli teknik ve ekonomik koşullar çerçevesinde makul surette karşılanabilecek bir bedelle sağlanması; açık olarak belirlenecek hizmet kalitesi standartlarına uygunluğun sağlanması; ilgili mevzuat, imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatında açıkça belirlenen durumlar haricinde, ara bağlantı ücretleri ile hat ve devre kiralari da dahil telekomünikasyon hizmetleri karşılığı alınacak ücretlerin, yatırım ve işletme maliyetlerini ve genel masraflardan ilgili payını, amortisman ve makul ölçüde karı mümkün olduğu ölçüde yansıtması gibi ilkeler de dikkate alınacaktır.

İşletmeciler, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapı işletilmesi karşılığında alacakları ücretleri ilgili mevzuat, telekomünikasyon ruhsatı

tarafından işletmecileri belli genel şartlara ve Bakanlık nezdinde kayıt yaptırılmasına tabi olarak yetkilendiren genel düzenleyici işlemi ve telekomünikasyon ruhsatı: işletmeci tarafından söz konusu telekomünikasyon ruhsatında belirtilen telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapısının işletilmesi için Bakanlık tarafından verilen ruhsatı ifade etmektedir.

⁵⁶⁵ 406 sayılı Telefon ve Telgraf Kanunu m.2.

veya genel izin ile Kurum düzenlemelerine aykırı olmayacak şekilde serbestçe belirleyebileceklerdir. Bununla birlikte, Kanun'da sayılan hallerde Kurum, hat ve devre kiralari da dahil olmak üzere ücretlerin hesaplanma yöntemlerini ve üst sınırlarını, makul ve ayırım gözetmeyen şartlarla, Kanun'un 30'uncu maddesinde belirlenen genel ilkeler çerçevesinde çıkarılacak yönetmelikler, tebliğler ve sair idari düzenlemeler, imtiyaz sözleşmeleri ve telekomünikasyon ruhsatlarının hüküm ve şartları da gözetilerek tayin ve tespit etmeye yetkili kılınmıştır.⁵⁶⁶ Öte yandan, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapı işletilmesi karşılığında alınacak ücretlere ilişkin düzenlemelerde, Kurum tarafından dikkate alınması gereken genel ilkeler içerisinde haklı gerekçelerin varlığı halinde, ücretlere zorunlu maliyetleri ve makul bir ölçüde kârı da yansıtmak kaydıyla üst sınır konulabilmesi de bulunmaktadır.⁵⁶⁷ Bu arada, Kanun'da lisans ve ruhsat alan sermaye şirketlerinin yapacağı telekomünikasyon tesislerinin onaylanmış tatbikat projelerine göre, kamulaştırma ihtiyacı ortaya çıktığında, kamulaştırma bedeli sermaye şirketi tarafından ödenmek kaydı ile genel hükümlere göre kamulaştırma yapılması imkanı da verilmiştir.⁵⁶⁸

Yukarıda yer verilen esaslar çerçevesinde eğitim, sağlık, radyo-televizyon yayıncılığı ve telekomünikasyon hizmetlerinin ("telekomünikasyon ruhsatı" ve "genel izin" usulleri ile yürütülen hizmetlerde) özel kesim tarafından ruhsat usulü çerçevesinde yürütüldüğü söylenebilir. Nitekim, ruhsat usulünde öncelikli şart bir kamu hizmetinin varlığı olup, belirtilen hizmetlerin kamu hizmeti olduğunda kuşku bulunmamaktadır.⁵⁶⁹ Diğer taraftan, ruhsat usulünün esas unsurları olan özel hukuk kişinin kamu hizmetini yerine getirme hususunda talepte bulunması ve talepte bulunan özel hukuk kişisine ilgili kamu tüzel kişisi tarafından tek yanlı idari işlem ile izin verilmesi; iznin verilmesi, değiştirilmesi, kaldırılması ve içeriğinin belirlenmesinde tüm inisiyatifin idareye ait olması; idarenin hizmeti gören özel hukuk kişisi üzerinde geniş bir denetim ve gözetim yetkisi olması ve hizmetten yararlananlardan alınacak ücretin idarenin koyduğu ilke ve

⁵⁶⁶ 406 sayılı Telefon ve Telgraf Kanunu m.29.

⁵⁶⁷ 406 sayılı Telefon ve Telgraf Kanunu m.30.

⁵⁶⁸ 406 sayılı Telefon ve Telgraf Kanunu Ek m.18.

⁵⁶⁹ Eğitim ve sağlık, herkesin anayasal hakkı olup, vazgeçilmez nitelikleri dolayısıyla "kamu hizmeti" niteliğindedirler. ÇAL Sedat, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.300. Öte yandan 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'da (m.4), radyo-televizyon yayınlarının kamu hizmeti anlayışı çerçevesinde yapılacağı hükme bağlanmıştır. 406 sayılı Telefon ve Telgraf Kanunu'nda da (m.2), telekomünikasyon hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğinde olduğuna ilişkin ibarelere yer verilmiştir.

esaslar dâhilinde belirlenmesi ve/veya hizmetin makul herkesçe erişilebilir bir fiyattan sunulması⁵⁷⁰ unsurlarının söz konusu hizmetlere ilişkin kanuni düzenlemelerde karşılık bulduğu görülebilecektir.

⁵⁷⁰ 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'da radyo-televizyon yayınlarında ücret konusunda herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte bilindiği üzere, radyo ve televizyon yayınları, abonelik yöntemiyle paralı televizyon hizmeti veren tematik kanallar dışında, ücretsiz olarak izlenebilmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETİ VE ELEKTRİK PİYASASI

I. ELEKTRİĞİN MAHİYETİ

Elektrik piyasasının kamu hizmeti bağlamında değerlendirmesine elektriğin mahiyetini ortaya koyarak başlamak gerektiği düşüncesindeyiz. Aslında elektriğin mahiyetinin belirlenmesi iki hususun cevaplanması ile söz konusu olabilir. Bunlardan birincisi elektriğin mal niteliğinde mi yoksa hizmet niteliğinde mi olduğunun ortaya konulmasıdır. İkincisi de elektriğin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığının tespit edilmesidir.

Bu hususların çözümlenmesi son derece önemlidir. Nitekim, elektrik alanında çıkan ihtilafların çözümünde, yapılan sözleşmelerin yeterli olmaması halinde kanun hükümlerine başvurma zorunluluğu doğacaktır. Bu durumda söz konusu ihtilaflara uygulanacak kanun hükümleri elektriğin mal veya hizmet olmasına göre tespit edilecektir. Örneğin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre ayıplı mal ve hizmetlere farklı hükümler uygulandığından elektriğin mal mı yoksa hizmet mi olduğu hususu önem taşımaktadır. Yine uygulanacak hukuk kurallarının ve ilkelerinin tespitinde elektriğin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığı hususu da etkili olacaktır.⁵⁷¹ Diğer bir ifadeyle, “yasal düzenlemenin adıyla “piyasa” alanı olduğu ilan edilene kadar, kamu hizmeti alanı olduğunda kuşku bulunmayan elektrik hizmeti üretiminde ortaya çıkan ya da çıkması muhtemel sorunların, hukuki ve toplumsal açıdan tartışma ve müdahale konusu yapılabilmesi (örneğin yargı düzeni, kamu hizmeti ilkeleri, idari sorumluluk gibi), elektrik alanının ne biçimde nitelendirildiği sorusuna

⁵⁷¹ ASLAN İ.Yılmaz / ALTINAY Galip / ILICAK Ali / ÖNAL Emre/ KATIRCIOĞLU Erol / ARDIYOK Şahin / GÜLTEKİN Banu / AKÇAOĞLU Can, (ASLAN ve ark.) Enerji Hukuku, C.I, Bursa 2007, s.284.

bağlı”⁵⁷²dır. Bu örnekleri uzatabiliriz. Bütün bu örnekler bize, uyuşmazlıkların çözümünde elektriğin mahiyetinin belirlenmesinin önemini ve gereğini açıkça göstermektedir.

A. ELEKTRİĞİN MAL VEYA HİZMET OLMASI

Elektrik, birincil enerji kaynaklarından santrallerde yapılan dönüştürme işlemi sonucunda elde edilmesi nedeniyle ikincil bir enerji kaynağıdır. Elektriğin; aydınlatma, endüstri, toplu taşımacılık gibi alanlarda kullanılması, depo edilememesi yani üretilen elektriğin hemen kullanılması gerekliliği⁵⁷³ birçok tüketim alanında alternatifinin olmaması, yani başka bir kaynak tarafından ikame edilmesinin mümkün olmaması⁵⁷⁴ gibi özellikleri onu çok önemli bir enerji kaynağı yapmaktadır.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 3’üncü maddesinde mal “alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi mallar” şeklinde tanımlanırken, hizmet ise “bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyet” şeklinde tanımlanmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 762’nci maddesinde taşınır mülkiyetinin tanımı verilmekte ve kapsamı “Nitelikleri itibariyle taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler” olarak belirtilmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 141’inci maddesinin ikinci fıkrasında, “ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınabilir mal sayılır” hükmüne yer verilmek suretiyle elektrik enerjisi ceza hukuku bakımından taşınır mal olarak nitelendirilmiştir.

AB Hukuku’nda ve üye ülkelerin hukuk sistemlerinde elektriğin bir mal olduğu kabul edilmektedir. Öte yandan elektrik, topluluk gümrük tarife şemasında da “mal”

⁵⁷² ŞANLI Yeliz, “Elektrik Piyasası ya da Elektrik Kamu Hizmeti”, Mülkiye Dergisi, C.XXXI, S.254, Bahar 2007, S.51.

⁵⁷³ KARAKILIÇ Hasan, Hukuki Açından Elektrik Piyasası, İzmir 2006, s.44. Elektriğin büyük miktarda stok edilebilmesi günümüz teknolojisi ile imkansız iken küçük miktarda stoklanması da çok pahalı olduğundan ekonomik anlamda imkansızdır. CAN Mustafa Erdem, Hukuki Açından Elektrik Piyasasında Rekabet, Ankara 2006, s.25.

⁵⁷⁴ ŞAHİN Vedat, Enerji Sektöründe Yeniden Yapılanma Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2006, s.10.

olarak sayılmaktadır.⁵⁷⁵ Bugüne kadar ki ATAD kararlarına bakıldığında da gerekçeleri çok net belirtilmese de ATAD'ın elektriği mal olarak nitelendiği anlaşılmaktadır.⁵⁷⁶

Elektrik üretimi, nakli ve satın alınarak tüketimi farklı nitelikteki mal veya hizmetlerdir.⁵⁷⁷ Elektriğin nakli yani iletimi ve dağıtımı bir hizmet iken⁵⁷⁸ elektriğin kendisi fiziki varlığa sahip olması, dokunulabilmesi, elektriğin üretenden ayrılabilmesi, her yerde türdeş olması, alıcı ile satıcı arasında yakın ilişkiye gerek olmaması ve pek çok mal gibi önemi ve devlet tarafından denetlenmesi ve düzenlenmesi nedeniyle bir maldır.⁵⁷⁹

B. ELEKTRİĞİN KAMU HİZMETİ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

Elektriğin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığı hususunun tespiti tezimizin konusu bakımından önemli ve gereklidir. Bu çerçevede, elektriğin, kamu hizmetinin unsurları ve temel özellikleri yönünden değerlendirilmesi yapılmaya çalışılacaktır. Söz konusu değerlendirmede elektrik hizmetinin temel aşamalarının üretim, iletim, dağıtım ve perakende satış aşamaları olduğu hususu göz önünde bulundurulacaktır. Ancak hemen belirtelim ki, yukarıda da değinildiği üzere, elektriğin iletim, dağıtım ve perakende satış aşamalarının bir hizmet olduğu kuşkusuzdur.

2. Kamu Hizmetinin Unsurları Yönünden

Aşağıda konu, ilgili mevzuat hükümleri irdelenmek suretiyle kamu hizmetinin unsurları ve kamu hizmetinin genel ilkeleri yönünden ele alınacaktır. Bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığının saptanmasında varlığı zorunlu unsurlar organik ve maddi unsurdur. Genel kabul, şekli unsurun varlığının bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için şart olmayıp, sadece kamu hizmetinin varlığına

⁵⁷⁵ CAN Mustafa Erdem, age., s.33.

⁵⁷⁶ ASLAN ve ark., age., s.295

⁵⁷⁷ ASLAN ve ark., age., s.297.

⁵⁷⁸ CAN Mustafa Erdem, age., s.33; ASLAN ve ark., age., s.297.

⁵⁷⁹ ASLAN ve ark., age., s.297. Ayrıntı için bakınız ASLAN ve ark., age., s.294-298.

işaret eden bir gösterge olduğu yönündedir. O halde konu diğer iki unsur yönünden incelenmelidir.

a. Organik Unsur Yönünden

Organik bakımdan kamu hizmeti, bir faaliyetin doğrudan doğruya bir kamu tüzel kişisi veya onun denetiminde bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından yerine getirilmesini ifade etmektedir.⁵⁸⁰

Kamu hizmetleri üzerindeki sürekli gözetim ve denetim yetkisi kamu yararının tesisinden birinci derecede sorumlu bulunan Devlete veya ilgili kamu idaresine ait olduğundan⁵⁸¹ özel hukuk tüzel kişileri tarafından yürütülen faaliyetlerin salt kamu yararı amacına yönelik olmaları veya özel hukuku aşan hükümlere tabi bulunmaları, bu faaliyetler kamu tüzel kişilerinin denetimi altında yürütülmedikleri takdirde kamu hizmeti niteliklerine sahip oldukları anlamına gelmez.⁵⁸² Öte yandan, kamu hizmetlerinin, esas itibariyle, devletin ve öteki kamu tüzel kişilerinin yürütmesi gerekli bir faaliyet olduğu dikkate alındığında, söz konusu denetimin kamu hizmetinin özel kişiye devrine temel oluşturan işleme (şartnameye, sözleşmeye) dayanan⁵⁸³ ve genel kolluk denetimi sınırlarını aşan bir denetim olması gerekmektedir.⁵⁸⁴

4628 sayılı Kanun'da; piyasa faaliyetleri ile iştigal edecek tüzel kişilerin faaliyetlerine başlayabilmeleri için lisans alma zorunluluğu getirilmiştir. Söz konusu Kanun çerçevesinde oluşturulan Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu ("Kurul")'na; tüketicilere güvenilir, kaliteli, kesintisiz ve düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti verilmesini teminen gerekli düzenlemeleri yapmak; piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin eşitlik ve şeffaflık standartlarına uymalarını sağlamak için faaliyetlerini, uygulamalarını ve ilgili lisans hüküm ve şartlarına uyup uymadıklarını denetlemek; iletim, dağıtım, toptan satış ve perakende satış için yapılacak fiyatlandırmaların ana

⁵⁸⁰ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.219; ONAR Sıddık Sami, age., s.15.

⁵⁸¹ DURAN Lütfi, age., s.304; GÜNDAY Metin, age., s.283.

⁵⁸² GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.219.

⁵⁸³ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.220; ONAR Sıddık Sami, age., s.15; GİRİTLİ / BİLGİN, age., s.149.

⁵⁸⁴ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.18.

esaslarını tespit etmek ve gerektiğinde ilgili lisans hükümleri doğrultusunda revize etmek ve bu Kanun hükümlerine, çıkarılan yönetmelik hükümlerine, Kurul tarafından onaylanan tarife ve yönetmeliklere, lisans hüküm ve şartlarına ve Kurul kararlarına aykırı davranıldığı durumlarda, idari para cezası vermek ve lisansları iptal etmek görev ve yetkileri tanınmıştır. İşte tüm bu hususlar organik unsurun şartlarının taşındığını göstermektedir. Nitekim elektrik piyasasında yürütülen faaliyetler EPDK'nın denetimi altında genel kolluk denetimini aşan bir şekilde yürütülmekte ve söz konusu denetim Kurul tarafından verilen idari işlem niteliğindeki lisansa dayanmaktadır.

b. Maddi Unsur Yönünden

Daha önce de ifade edildiği üzere, maddi unsur uyarınca, bir faaliyet ister bir kamu tüzel kişisi tarafından doğrudan doğruya; isterse bir kamu tüzel kişinin denetimi altında bir özel hukuk kişisi tarafından yürütülsün, bu faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için, “kamu yararı” amacını gerçekleştirmeye yönelik olması gerekmektedir.⁵⁸⁵ Bir faaliyette kamu yararı bulunup bulunmadığının tespitinde objektif ve bilimsel kriterler olmadığından kamu yararının tanımlama yetkisini devletin yetkili organlarına bırakmanın dışında bir çözüm bulunmamaktadır. Buradan, bir faaliyetin kamu hizmeti olması ya da olmaması hususunun, yer ve zaman koşulları çerçevesinde yetkili kamu organlarının takdiri neticesinde belirlenip saptanan tamamen değişken ve göreceli olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.⁵⁸⁶ Bu noktada kanun koyucunun amacının tespit edilmesi gerekmekte olup, kanuni düzenlemenin açık bir hüküm koyduğu durumlarda bir problem söz konusu olmayacak; problem, açık hüküm bulunmayan durumlarda ortaya çıkacaktır. Bu takdirde yargıcın kamu yararı amacına delalet edecek ve mutlak nitelikte olmayacak karineleri araştırması gerekecektir. Yargıç bu karineleri arayacak ve tümünü incelemesi sonucunda edindiği izlenime göre karar vermeye çalışacaktır.⁵⁸⁷

4628 sayılı Kanun'a kamulaştırmanın öngörülmesi, Kurula Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketinin toptan satış fiyat tarifesi, iletim tarifesi, dağıtım

⁵⁸⁵ ORAK Cem Çağatay, age., s.19; ONAR Sıddık Sami, age., s.16; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.221.

⁵⁸⁶ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.221.

⁵⁸⁷ GİRİTLİ / BİLGİN, age., s.147-148.

tarifeleri ile perakende satış tarifelerini inceleme ve onaylama yetkisi verilmiş olması, elektrik piyasası faaliyetlerinin EPDK'nın denetimi altında genel kolluk denetimini aşan bir şekilde yürütülmesi maddi unsur yönünden de gerekli şartların taşındığını göstermektedir.

3. Kamu Hizmetinin Genel İlkeleri Yönünden

Her bir kamu hizmetinin kendine has özel kuralları bulursa da, mahiyetleri ne olursa olsun tümüne hakim olan yani tüm kamu hizmetleri için geçerli olan ilkeler söz konusudur. Elektrik hizmetinin, bu ilkeleri bünyesinde barındırıp barındırmaması, kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığının tespitinde önemlidir. Değerlendirme yapılırken, kamu hizmetinin genel ilkelerine birinci bölümde ayrıntılı olarak yer vermiş olsak da, konu'nun bütünlük içerisinde ele alınması bakımından, aynı zamanda söz konusu ilkeleri kısaca hatırlamanın da uygun olacağı kanaatindeyiz.

a. Devamlılık İlkesi Yönünden

Tatmininde kamu yararı bulunan toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılayan faaliyetler olan kamu hizmetlerinin devamlı ve düzenli biçimde yürütülmeleri gerekmekte olup,⁵⁸⁸ aksi halde, kamu gereksiniminin karşılanmasından ve kamu yararının gerçekleşmesinden bahsedilemez.⁵⁸⁹ Devamlılık ilkesi gereğince kamu hizmetinin görülmesi ile karşılanacak olan gereksinimin; her an kendisini hissettirdiği durumlarda söz konusu hizmetin kesintisiz olarak; belli zamanlarda karşılanması gerektiği durumlarda ise, o zamanlarda karşılanması gerekmektedir. Diğer taraftan, söz konusu ilkenin bir gereği de; kesintisiz olarak yürütülmesi gereken hizmetlerle belli zamanlarda yürütülen (kesintisiz olmayan) hizmetlerin işleyişlerinin düzenli olmasıdır.⁵⁹⁰

Elektrik enerjisinin diğer enerji türlerine göre ikamesinin olmaması, günlük hayatta hem sanayi kesimi hem de tek tek bireyler açısından vazgeçilmez bir hizmet

⁵⁸⁸ GÜNDAY Metin, age., s.286; GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.855; GÖZÜBÜYÜK / TAN, age., s.655.

⁵⁸⁹ GÜNDAY Metin, age., s.286.

⁵⁹⁰ GÜNDAY Metin, age., s.286-287; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.263-264.

olması ve bu hizmetin kullanımının giderek artması nedeniyle, özellikle gelişmekte olan ülkelerde elektrik enerjisi talebini karşılayabilme sorunları da gündeme gelmeye başlamıştır. Elektrik enerjisi talebinin yükselmesine bağlı olarak elektrik enerjisi sektörünün kesintisiz ve talebe cevap verecek şekilde planlanması, kullanıcılar açısından büyük önem taşımaktadır.⁵⁹¹

4628 sayılı Kanun'da,⁵⁹² elektriğin, bahsi geçen nitelikleri göz önünde bulundurularak, onun yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması Kanun'un temel amacı olarak gösterilmiştir. Bu kapsamda, Kanun'da⁵⁹³ Kurula tüketicilere güvenilir, kaliteli, kesintisiz ve düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti verilmesini teminen gerekli düzenlemeleri yapmak görevi de verilmiştir.

Yine 4628 sayılı Kanun'da elektrik hizmetinin kesintisiz bir şekilde verilmesi gerekliliğinden hareketle dağıtım şirketleri, buldukları dağıtım bölgesinde, başka bir tedarikçiden elektrik enerjisi ve/veya kapasite temin edemeyen tüketiciler bulunması halinde, perakende satış lisansı alarak bu tüketicilere perakende satış yapmak ve/veya perakende satış hizmeti vermekle yükümlü kılınmıştır.⁵⁹⁴

Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği (EPLY)'nde de⁵⁹⁵ üretim lisanslarında yer alacak genel hükümler arasında, üretim lisansında mücbir sebepler ile yıllık programlı bakım takvimi dışında, üstlenilmiş bulunan yükümlülükler yerine getirilecek şekilde üretim tesisinin işler halde tutulacağı; yıllık programlı bakım takviminin ilgili mevzuata uygun olarak TEİAŞ ve/veya üretim tesisinin bulunduğu dağıtım bölgesinde faaliyet gösteren dağıtım lisansı sahibi tüzel kişiye bildirileceği; mücbir sebepler dışında, önceden öngörülemeyen arızalar sonucu veya arızaya yol açacağı açık olan durumlarda, çok ivedi olarak TEİAŞ'a bilgi verilmek suretiyle programsız bir bakım yapıldığında, bu bakımın süresi itibarıyla piyasa işleyişini olumsuz yönde etkilediğinin saptanması ve

⁵⁹¹ AKŞAR Pınar, Elektrik Enerjisi Sektöründe Özelleştirme ve Regülasyon (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2006, s.18.

⁵⁹² 4628 sayılı Kanun m.1.

⁵⁹³ 4628 sayılı Kanun m.5.

⁵⁹⁴ 4628 sayılı Kanun m.2-(4)-c.

⁵⁹⁵ RG: T.04.08.2002, S.24836.

devre dışı kalma hakkında öne sürülen gerekçelerin EPDK tarafından kabul edilebilir bulunmaması halinde, fiilin niteliğine göre 4628 sayılı Kanun'un 11'inci maddesi hükümlerinin uygulanacağı; takip eden yıl için serbest tüketicilerle yaptıkları ikili anlaşmalar kapsamında enerjiyi temin edecekleri kaynakların, Aralık ayı sonuna kadar EPDK'ya bildirileceği yönünde hükümler de yer almaktadır.⁵⁹⁶

Öte yandan, lisans sahibi tüzel kişilerin lisanslarını sona erdirmek istemeleri halinde bu ancak Kurul kararıyla söz konusu olabilmektedir. Nitekim, lisans sahibi bir tüzel kişinin lisansı kapsamındaki faaliyetini sona erdirmek istemesi halinde, lisansın sona ermesini talep ettiği tarihten en az yüzseksen gün önce, gerekçeleri ile birlikte EPDK'ya yazılı olarak başvuruda bulunması gerekmektedir. Ancak Kurul, sona erdirme talebinin piyasaya olan etkilerini dikkate almak suretiyle bu süre şartını uygulamayabilecektir.⁵⁹⁷ Kurul değerlendirme sonucunda, sona erdirme talebini uygun bulabileceği gibi, lisansın sona ermesinin tüketiciler ve piyasa koşulları aleyhine bir durum yaratacağı yolunda karara varması halinde, talebi reddedebilecek veya lisansın sona ermesi için talep edilen tarihi ileri bir tarihe de erteleyebilecektir.⁵⁹⁸

Ayrıca, elektrik enerjisinin tedarik sürekliliği, ticari ve teknik kalitesine ilişkin olarak dağıtım şirketleri tarafından uyulması gereken kurallar ile uygulamaya ilişkin esas ve usulleri kapsayan “Elektrik Piyasasında Dağıtım Sisteminde Sunulan Elektrik Enerjisinin Tedarik Sürekliliği, Ticari ve Teknik Kalitesi Hakkında Yönetmelik” ile tüketicilere dağıtım seviyesindeki hizmetlerin, yeterli, kaliteli ve sürekli olarak sunulması için; verimli ve kesintisiz hizmet sağlanmasına ilişkin olarak uyulması gereken hizmet kalitesi standartlarına, elektrik enerjisi tüketiminin tespiti ve tahakkuk ettirilmesine, tüketim amaçlı olarak elektrik enerjisi ve/veya kapasitenin rekabet ortamında temin edilebilmesi için uyulması gereken esas ve usullere, müşteri şikayetlerinin alınması, değerlendirilmesi ve müşterilerin bilgilendirilmesine yönelik esas ve usullere, müşterilerin hak ve yükümlülükleri ile müşteri zararlarının tazminine

⁵⁹⁶ EPLY m.19.

⁵⁹⁷ EPLY m.15/3.

⁵⁹⁸ EPLY m.15/4.

ilişkin hükümleri kapsayan “Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği”⁵⁹⁹ çıkarılmıştır.

Tüm bu düzenlemeler, elektrik hizmetinin mevzuatta, hem kesintisiz hem de düzenli olarak yürütülmesinin öngörüldüğünü, gözetlendiğini ve denetlendiğini açıkça ortaya koymaktadır.

b. Eşitlik İlkesi Yönünden

Kamu hizmetlerinin, toplumsal gereksinimlerin tatminine yönelik faaliyetler olması nedeniyle, bu hizmetlerin yerine getirilmesinde objektif (nesnel) esaslar çerçevesinde hareket edilmesi ve yan tutulmaması (tarafsız davranılması) zorunludur.⁶⁰⁰ Bu zorunluluğun sonucu olarak bireyler de kamu hizmetlerinden yararlanma ve kamu hizmetlerine katılma açısından eşittirler.⁶⁰¹

4628 sayılı Kanun’da eşitlik ilkesinin sağlanmasına yönelik bir çok düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Nitekim Kanun’da; Kurula, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin *eşitlik* ve şeffaflık standartlarına uymalarını sağlamak için faaliyetlerini, uygulamalarını ve ilgili lisans hüküm ve şartlarına uyup uymadıklarını denetlemek görevi verilmiştir.⁶⁰² Yine Kanun’da TEİAŞ’ın, iletim sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan serbest tüketiciler dahil tüm sistem kullanıcılarına şebeke yönetmeliği ve iletim lisansı hükümleri doğrultusunda *eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin* iletim ve bağlantı hizmeti sunacağı hüküm altına alınmıştır.⁶⁰³ Kanun’da ayrıca lisanslarında belirtilen bölgelerdeki dağıtım tesislerini işleten ve/veya sahip olan dağıtım şirketlerinin, dağıtım sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan serbest tüketiciler dahil tüm sistem kullanıcılarına, dağıtım lisanslarının hüküm ve şartları ve dağıtım yönetmeliği hükümleri doğrultusunda ve yönetmelikte belirlenecek süreler içinde *eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin* elektrik enerjisi dağıtım ve bağlantı hizmeti

⁵⁹⁹ RG: T.25.09.2002, S.24887.

⁶⁰⁰ GÜNDAY Metin, age., s.288; DURAN Lütfi, age., s.310.

⁶⁰¹ GÜNDAY Metin, age., s.288; DURAN Lütfi, age., s.310-311.

⁶⁰² 4628 sayılı Kanun m. 5-(6)-i.

⁶⁰³ 4628 sayılı Kanun m.2-(4)-b.

sunacağı hükmüne yer verilmiştir.⁶⁰⁴ Öte yandan Kanun'da lisanslarda asgari olarak yer alacak hükümler arasında “Bir dağıtım ya da iletim lisansı sahibinin, gerçek ve tüzel kişilere, eşitler arasında ayırım gözetmeksizin sisteme erişim ve sistemi kullanım imkânı sağlayacağına dair hükümler.” de gösterilmiş⁶⁰⁵ ve Kurulca düzenlemeye tabi tarifelerin (bağlantı ve sistem kullanım tarifeleri, iletim tarifesi, toptan satış tarifesi, dağıtım tarifeleri ve perakende satış tarifeleri) eşit taraflar arasında fark gözetmeksizin uygulanacağı hususu vurgulanmıştır.⁶⁰⁶

Yer verilen tüm bu düzenlemeleri eşitlik ilkesinin uzantıları olarak görebiliriz.

c. Değişkenlik ve Uyarlanma İlkesi Yönünden

Değişkenlik ve uyarlanma ilkesi, kamu hizmetinin değişkenliğini bir başka deyişle gelişen ve değişen toplum ihtiyaçlarına ve teknolojik gelişmelere kendini uydurma zorunluluğunu ifade etmekte olup,⁶⁰⁷ bu zorunluluk bir faaliyetin kamu hizmeti olarak belirlenmesinin, bireylerin ve toplulukların o konudaki ihtiyaçlarının en iyi ve uygun şekilde karşılamak amacına yönelik olmasından doğmaktadır.⁶⁰⁸

4628 sayılı Kanun'da Kurula verilen; tüketicilere güvenilir, kaliteli, kesintisiz ve düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti verilmesini teminen gerekli düzenlemeleri yapma, *piyasanın gelişimine bağlı olarak yeni ticaret yöntemleri ve satış kanallarının uygulanabilmesine yönelik altyapının geliştirilmesi ve uygulanmasını sağlama*, Kanunun amaçları ile uyumlu olarak *gerektiği durumlarda model anlaşmalar geliştirme* ve uluslararası organizasyon ve teşkilatların piyasaya ilişkin mevzuat ve uygulamalarını izleyerek gerekli gördüğü düzenlemeleri yapma, yasal düzenleme ihtiyacı duyulması halinde gerekli hazırlıkları yaparak Bakanlığa sunma görevleri değişkenlik ve uyarlanmaya ilişkin hükümler olarak değerlendirilebilir.

⁶⁰⁴ 4628 sayılı Kanun m. 2-(4)-c.

⁶⁰⁵ 4628 sayılı Kanun m. 3-(1)-b-2.

⁶⁰⁶ 4628 sayılı Kanun m. 13-(1)-b.

⁶⁰⁷ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.856; DURAN Lütfi, age., s.310; GÜNDAY Metin, age., s.287.

⁶⁰⁸ GÜNDAY Metin, age., s.287; DURAN Lütfi, age., s.310.

d. Bedelsizlik İlkesi Yönünden

Daha önce ayrıntılı olarak yer verildiği üzere kamu hizmetlerinin kural olarak karşılıksız oluşunu ifade eden bedelsizlik ilkesi, artık özellikle elektrik hizmetinin de dahil olduğu sını ve ticari nitelikli kamu hizmetlerinde genel bir ilke olarak görülmemektedir. Bununla birlikte söz konusu ilkenin günümüz hukukuna yansması devam etmektedir. Nitekim, belirtilen ilkenin bir uzantısı olarak hizmetten yararlananlardan alınacak ücretin tamamen serbest bir şekilde (piyasa koşullarında) belirlenmesi söz konusu olmayıp, idarenin koyduğu ilke ve esaslar çerçevesinde tespit edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, özellikle özel kişiler tarafından sını ve ticari kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kar amacı güdülmesinin muhtemel sakıncalarının kamu kurum ve kuruluşlarına etkin yetki ve sorumluluklar verilmesi suretiyle önlenmesi büyük önem arz etmektedir.

Bedelsizlik ilkesinin, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde devletin hizmeti ifa eden olmaktan çıkarak düzenleme denetleme konumuna geçtiği sektörlerde yansmasının ise daha farklı olduğu söylenebilir. Söz konusu ilke bu tür sektörlerde değişime uğramış ve hizmetin makul, herkesçe erişilebilir bir fiyattan sunulması ilkesi haline dönüşmüştür.⁶⁰⁹ Bahsi geçen sektörlerden birisi de elektrik sektörü olup, bedelsizlik ilkesinin bu sektöre de hizmetin makul, herkesçe erişilebilir bir fiyattan sunulması şeklinde yansıdığı söylenebilir. Nitekim 4628 sayılı Kanun'un amaçlarından birisi de elektriğin düşük maliyetli olarak sunulmasıdır.

Bu çerçevede, elektrik piyasasında fiyatlandırma esasları ele alındığında; bağlantı ve sistem kullanım tarifeleri, iletim tarifesi, TETAŞ'ın toptan satış tarifesi, dağıtım tarifeleri ve serbest olmayan tüketiciler için geçerli olacak perakende satış tarifelerinin Kurulun incelemesi ve onayına tabi olduğu görülmektedir.⁶¹⁰ Söz konusu tarifelerin hüküm ve şartları, bu tarifelere tabi olan tüm gerçek ve tüzel kişileri bağlamaktadır. Lisanslarda yer alacak hükümler arasında tüketicilere yapılan satışlar açısından; lisans sahibinin elektrik enerjisi ve/veya kapasite alımlarını en ekonomik kaynaktan yapmasını ve gerektiğinde piyasada yaptığı alımlarda en ekonomik alımı

⁶⁰⁹ ERGÜN Çağdaş Evrim, age., s.201.

⁶¹⁰ 4628 sayılı Kanun m.13 ve Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği m.10.

yaptığını kanıtlamasını sağlayacak hükümler de⁶¹¹ yer almaktadır ve bu tarifelere aykırı davranıldığı durumlarda, Kurulun idari para cezası vermek ve lisansları iptal etmek yetkisi⁶¹² bulunmaktadır. Aslında bu düzenlemeler kar amacının muhtemel sakıncalarının etkin yetki ve sorumluluklar ile önlenmesine yönelik düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.

Bununla birlikte perakende satış tarifelerine ilişkin ayrıntılı değerlendirmeye ihtiyaç bulunmaktadır. Nitekim, Kanun'da serbest ve serbest olmayan tüketici ayrımına gidilmekte ve sadece serbest olmayan tüketiciler için geçerli olacak perakende satış tarifeleri Kurulun incelemesi ve onayına tabi tutulmaktadır. Bu durumun (serbest tüketicilerde fiyatın onaya tabi olmaması) bedelsizlik ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi, elektrik hizmetinin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığının ortaya çıkarılması bakımından önem arz etmektedir.

Serbest tüketici, Kurul tarafından belirlenen elektrik enerjisi miktarından daha fazla tüketimde bulunması veya iletim sistemine doğrudan bağlı olması nedeniyle tedarikçisini seçme serbestisine sahip gerçek veya tüzel kişiyi ifade ederken; serbest olmayan tüketici elektrik enerjisi ve/veya kapasite alımlarını bölgesinde bulunduğu perakende satış lisansı sahibi dağıtım şirketi veya perakende satış şirketlerinden yapabilen gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir.⁶¹³

Serbest tüketici limitine ilişkin indirimler Kurul tarafından her yılın 31 Ocak tarihine kadar belirlenmektedir. Bu oran belirlenirken; rekabetin gelişimi, ölçme-iletişim-kontrol alt yapısının yeterliliği, Piyasa Mali Uzlaştırma Merkezinin işlem kapasitesi, piyasada serbestçe müzakere edilerek ikili anlaşmalara bağlanabilecek üretim kapasitesi ve TEİAŞ ve dağıtım lisansı sahibi tüzel kişiler tarafından serbest tüketicilere ilişkin olarak sağlanan istatistiki bilgiler dikkate alınmaktadır.⁶¹⁴

4628 sayılı Kanun'un yapısı incelendiğinde, ileride daha ayrıntılı değinileceği üzere, Kanun ile rekabet otamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek

⁶¹¹ 4628 sayılı Kanun m.3.

⁶¹² 4628 sayılı Kanun m.11.

⁶¹³ 4628 sayılı Kanun m.1.

⁶¹⁴ Elektrik Piyasası Serbest Tüketici Yönetmeliği m.10.

mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve oluşturulacak bu piyasanın bağımsız bir şekilde düzenleme ve denetiminin sağlanması suretiyle elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli ve düşük maliyetli bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması hedeflenmektedir.⁶¹⁵ Özetle, Kanun'da söz konusu hedeflerin rekabetçi bir piyasa yapısı ile gerçekleştirilmesi öngörülmektedir.

İşte rekabetin gelişimine göre serbest tüketici limiti belirlenmekte ve belli bir tüketimi geçmeleri nedeniyle pazarlık yapma gücüne sahip olan serbest tüketicilerin tedarikçilerini seçmelerine izin verilmektedir. Bu çerçevede serbest tüketiciler ile tedarikçiler arasında ikili anlaşma yapılmakta ve bu elektrik tüketimine ilişkin fiyat da herhangi bir onaya tabi olmaksızın aralarında serbestçe belirlenmektedir. Pazarlık gücüne sahip olmayan dolayısıyla korunulması gereken serbest olmayan tüketicilere yapılacak satıştaki fiyat ise Kurulun onayına tabi tutulmaktadır. Rekabetin gelişimi ve mevzuatta belirtilen diğer koşullarda olumlu gelişmelere göre Kurul tarafından serbest olmayan tüketicilerin kapsamı daraltılmaktadır. Bununla birlikte, serbest tüketici olmalarına rağmen, ikili anlaşmalar yoluyla tedarikçisini seçme hakkını kullanmayan tüketiciler, enerji ve/veya kapasite temin ettiği perakende satış lisansına sahip tüzel kişinin serbest olmayan tüketicilere uyguladığı perakende satış tarifesinden elektrik enerjisi ve/veya kapasite alımına devam edebilmektedirler.⁶¹⁶ Diğer bir ifadeyle mevcut durumda, ikili anlaşmalar yoluyla tedarikçisini seçme hakkını kullanmayan serbest tüketiciler serbest olmayan tüketicilerin tabi olduğu onaylı perakende satış tarifesi üzerinden elektrik enerjisi ve/veya kapasite alımı yapabilmektedirler.

Öte yandan, bulunduğu dağıtım bölgesindeki perakende satış lisansı sahibi dağıtım şirketi dışındaki bir tedarikçiden elektrik enerjisi ve/veya kapasite satın almakta olan bir serbest tüketicinin, hukuki gerekler nedeniyle tedarikçisinin faaliyetine geçici olarak ara verilmesi veya tedarikçisinin faaliyetinin son bulması halinde, bulunduğu bölgedeki dağıtım lisansı sahibi tüzel kişi bu serbest tüketiciye yeni bir tedarikçi ile ikili

⁶¹⁵ 4628 sayılı Kanun m.1.

⁶¹⁶ Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği m.10. Bu madde dayanağını 4628 sayılı Kanun'un "İletim sistemine doğrudan bağlı olanlar dışındaki serbest tüketiciler için geçerli olacak perakende satış tarifeleri de bu tüketiciler ikili anlaşmalarla kendi tedarikçilerini seçene kadar, buldukları dağıtım bölgesindeki perakende satış lisansı sahibi dağıtım şirketi ve/veya perakende satış şirketleri tarafından önerilir ve Kurul tarafından incelenerek onaylanır." şeklindeki 13'üncü maddesinden almaktadır.

anlaşma yapıncaya kadar elektrik enerjisi ve/veya kapasite temin etmekle yükümlüdür. Dağıtım lisansı sahibi tüzel kişiler, bu yükümlülüklerini yerine getirmek üzere mevcut tedarikçileri ve/veya diğer tedarikçiler ile söz konusu serbest tüketicilere garanti edilen elektrik enerjisi ve/veya kapasitenin teminini içeren son kaynak anlaşmaları yapmak zorundadır.⁶¹⁷

Buna göre serbest tüketici limitinin sıfıra indirilmesiyle tüm tüketicilerin serbest tüketici olduğu ortamda da, tedarikçisini seçememiş tüketicilere uygulanmak üzere, dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerin son kaynak kapsamında tarife hazırlamaları ve bu tarifinin Kurul tarafından onaylanması söz konusu olacaktır.

Bu çerçevede, bedelsizlik ilkesinin gereği olan fiyatların makul, herkesçe erişilebilir bir fiyat olması hususunun, perakende satış için, perakende satış tarifelerinin onaylanması suretiyle fiyat kontrolü yapılması ve/veya fiyat kontrolü yapılmamakla birlikte rekabetin tesis edilmesi suretiyle gerçekleştirilmeye çalışıldığı söylenebilir.

Makul, herkesçe erişilebilir bir fiyat amacı hasıl olduğu takdirde buna ulaşmada kullanılan aracın bedelsizlik ilkesinin karşılanıp karşılanmadığı noktasında esaslı unsur addedilmemesi gerektiği düşünülmektedir. Kanımızca asıl önemli olan mevzuatla söz konusu amacın gerçekleşmesinin öngörülmesi ve bu hususta idareye görevler yüklenmesidir. Nitekim, mevzuatta belirtilen yönde hükümler mevcutsa, uygulamadaki araçla makul, herkesçe erişilebilir bir fiyata ulaşılmadığı takdirde, nasıl olsa idarenin yapacağı düzenlemelerle başka araç ve/veya araçlar kullanılarak belirtilen fiyata ulaşılması gerekecektir. Bu çerçevede, elektrik piyasasında elektriğin düşük maliyetli olarak sunulmasının Kanun'un amaçlarından birisi olarak gösterilmesi ve Kurula tüketicilere düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti verilmesini teminen gerekli düzenlemeleri yapmak görevi yüklenmesi hususları dikkate alındığında, söz konusu piyasaya bedelsizlik ilkesinin hizmetin makul, herkesçe erişilebilir bir fiyattan sunulması şeklinde yansıdığı değerlendirilmektedir.

⁶¹⁷ Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği m.23.

Elektrik sektöründeki süreçlerin teknik özellikleri dikkate alındığında, sektör yapısı genel olarak, üretim, iletim, dağıtım ve perakende arzı olarak dört bölüme ayrılmaktadır. Bu dört bölüm aslında elektrik hizmeti üretiminin süreçleridir.

Buna göre, elektrik hizmeti üretiminin, kamu hizmetinin unsurları yönünden gerekli şartları taşıdığı ve kamu hizmetinin genel ilkelerinin elektrik hizmeti üretiminde de bulunduğu sonucu açıkça ortaya koymaktadır ki; elektrik hizmeti kamu hizmeti niteliğindedir.

Elektrik piyasası faaliyetleri kamu hizmeti niteliğinde olduğuna göre, şimdi de söz konusu faaliyetleri kamu hizmeti türleri ile kamu hizmetinin kurulması ve kaldırılması bakımından ele alabiliriz.

Elektrik piyasası faaliyetleri tekelli-tekelsiz kamu hizmetleri ayrımı bakımından incelendiğinde; elektrik iletimi ile bölgesel doğal tekel niteliğinde olan dağıtım faaliyeti⁶¹⁸ tekelli kamu hizmetleri, üretim ve perakende satış faaliyetleri⁶¹⁹ ise tekelsiz kamu hizmetleri olarak değerlendirilebilir. Ulusal-yerel kamu hizmeti ayrımında ise; elektrik piyasası faaliyetlerinden iletim faaliyeti ulusal kamu hizmetlerine, dağıtım faaliyeti ise yerel kamu hizmetlerine örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu faaliyetler doğrudan-dolaylı kamu hizmeti bakımından değerlendirildiğinde de; elektrik iletim ve dağıtım faaliyetlerinin, bunların doğrudan doğruya ve bireysel yararlanma sağlayan faaliyetler olduğu dikkate alındığında, doğrudan kamu hizmeti niteliğinde oldukları söylenebilir.⁶²⁰ Öte yandan, öğretilerde, elektrik piyasası faaliyetlerinin, konularına göre kamu hizmetlerinden iktisadi kamu hizmetleri içerisinde yer aldığı kabul edilmektedir.⁶²¹ Özel hukuk kişilerince de faaliyet gösterilmesi nedeniyle elektrik alanındaki kamu hizmetlerinin iktisadi kamu hizmeti karinesinden faydalanması ve

⁶¹⁸ Dağıtımın doğal tekel niteliğinde oluşu, Türkiye'nin 21 dağıtım bölgesine bölünmesi ve her bir bölgede sadece bir dağıtım şirketinin faaliyette bulunabiliyor olmasından kaynaklanmaktadır.

⁶¹⁹ Perakende satış faaliyeti perakende satış şirketlerinin serbest tüketicilere yaptıkları satış bakımından tekelsiz kamu hizmeti olarak değerlendirilebilirler. Nitekim, serbest olmayan tüketiciler elektrik enerjisi ve/veya kapasite alımlarını bölgesinde bulunduğu perakende satış lisansı sahibi dağıtım şirketi veya perakende satış şirketlerinden yapabilirler.

⁶²⁰ Nitekim, gerçek ve tüzel kişilerin iletim ve dağıtım faaliyetlerinden faydalanabilmeleri için Elektrik Piyasası Şebeke Yönetmeliği ve Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinde yer alan esaslar çerçevesinde bağlantı başvurusu yapmaları gerekmektedir. ERGÜN Çağdaş Evrim, age., s.147.

⁶²¹ GÜNDAY Metin, age., 291; DURAN Lütfi, age., s.318.

Türk hukukunda birçok kanunda söz konusu kamu hizmetlerinin iktisadi kamu hizmeti niteliğinde olduğunun dolaylı olarak düzenlenmesi hususları da öğretide yapılan tespitin doğru olduğunu göstermektedir.⁶²²

Elektrik piyasası faaliyetlerinin kamu hizmeti olarak düzenlenmesini öngören herhangi bir Anayasal norm bulunmadığından bunlar anayasal kamu hizmetleri kategorisine girmemektedir.⁶²³ Bununla birlikte, yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere 4628 sayılı Kanunda söz konusu faaliyetlerin kamu hizmeti olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Daha önce ifade edildiği üzere, kamu hizmetinin kaldırılmasından anlaşılması gereken, faaliyet bakımından yani kamu hizmeti niteliğindeki bir faaliyetin kamu hizmeti olmaktan çıkarılmasıdır.⁶²⁴ Bu durum, kamu hizmetine olan gereksinimin, toplumsal ihtiyaçlarda veya kamu yararı kavramında yaşanan değişiklikler sonucu sona ermiş olmasından kaynaklanabilir.⁶²⁵ Özelleştirme ile kamu hizmetinin sona erip ermeyeceği hususu da öğretide değerlendirilen konulardan bir diğeridir. Öğretide kamu hizmetinin kaldırılmasının, kamu hizmeti niteliğindeki bir faaliyetin kamu hizmeti olmaktan çıkarılması olduğu dikkate alınarak, özelleştirme sonucunda bir faaliyetin kamu hizmeti olarak değerlendirilmesine esas unsurlarda bir değişiklik söz konusu değilse, bu özelleştirmenin bir kamu hizmetinin kaldırılması değil, kamu hizmetinin işletilme usulünün değiştirilmesi sonucunu doğurduğu kabul edilmektedir.⁶²⁶ Bununla birlikte elektrik piyasası özelleştirmelerinin kamu hizmetinin kaldırılması sonucunu doğurmadığı hatta kamu hizmetinin işletilmesi usulünü dahi değiştirmedeği söylenebilir. Nitekim elektrik piyasasında gerek kamu tüzel kişileri gerekse özel hukuk tüzel kişileri ancak lisans almak suretiyle elektrik piyasası faaliyetlerinde bulunabilmektedirler.

⁶²² ERGÜN Çağdaş Evrim, age., s.162-163. Ayrıntı için bakınız. ERGÜN Çağdaş Evrim, age., s.163-164.

⁶²³ ERGÜN Çağdaş Evrim, age., s.215.

⁶²⁴ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.234.

⁶²⁵ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, age., s.867.

⁶²⁶ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, s.339-340. Benzer görüş için bakınız. KESKİN Bayram, age., s.20.

II. ELEKTRİK PİYASASININ TARİHSEL GELİŞİMİ VE PİYASAYA ÖZEL KESİMİ KATMA ÇABALARI

Elektrik enerjisinin Dünya’da günlük hayatta kullanılmaya başlaması 1878 yılında olmuştur. İlk elektrik santrali 1882’ de Londra’da hizmete girmiştir.⁶²⁷ Ülkemizde kurulan ilk elektrik santrali ise 1902 yılında özel sektör tarafından Tarsus’ta tesis edilen, bir su değirmenine bağlanmış 2 kW gücündeki dinamodur.⁶²⁸ İlk büyük santral de 1913 yılında İstanbul-Silahtarağa’da kurulmuştur.⁶²⁹

Osmanlı İmparatorluğunun son dönemlerinde kamu hizmetlerinin ifasında yaşanan aksaklık ve yetersizlikler neticesinde altyapı hizmetlerine özel sermayenin katılımı ihtiyacı baş göstermiş ve bu sayede geniş bir alanda kamu hizmeti imtiyaz usulü uygulanmıştır.⁶³⁰

Bu kapsamda Cumhuriyet öncesi dönemde elektrik hizmetleri de Hükümetçe verilen imtiyazlarla özel şirketler eliyle yürütülmüştür.⁶³¹ Elektrik enerjisi sektörünü ilgilendiren ilk yasal çalışma 1326 tarihli Kanun olup,⁶³² bu Kanun’la birlikte ilk olarak İstanbul’da elektrik enerjisi üretimi ve dağıtımını gerçekleştirmek üzere Macar Ganz, Banque de Bruxelles ve Banque Generale de Credit tarafından ortaklaşa kurulan Osmanlı Anonim Elektrik Şirketine 01.10.1910 tarihinde 50 yıllık imtiyaz verilmiştir. Ancak bu Şirket 01.07.1938 tarihinde devletleştirilmiştir.⁶³³

⁶²⁷ [http://www.teias.gov.tr/istatistikler/tarihce\(turk\).htm](http://www.teias.gov.tr/istatistikler/tarihce(turk).htm)

⁶²⁸ CAN Mustafa Erdem, age., s.52; Türkiye Elektrik Enerjisi Sektörü ve Hukuki Durum 2007, Enerji Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007, s.9; [http://www.teias.gov.tr/istatistikler/tarihce\(turk\).htm](http://www.teias.gov.tr/istatistikler/tarihce(turk).htm); Sektör Raporu, TETAŞ, Mart 2010, s.2; ZENGİNOBUZ Ünal, “Elektrik Sektöründe Özelleştirme, Rekabet ve “Regülasyon””, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 2000, 2 no.lu dipnot, s.101.

⁶²⁹ CAN Mustafa Erdem, age., s.53; [http://www.teias.gov.tr/istatistikler/tarihce\(turk\).htm](http://www.teias.gov.tr/istatistikler/tarihce(turk).htm); Sektör Raporu, TETAŞ, s.1.

⁶³⁰ CAN Mustafa Erdem, age., s.55.

⁶³¹ KARAKILIÇ Hasan, age., s.81.

⁶³² Türkiye Elektrik Enerjisi Sektörü ve Hukuki Durum 2007, s.9; KARAKILIÇ Hasan, age., s.81.

⁶³³ ASLAN ve ark., age., s.2; Türkiye Elektrik Enerjisi Sektörü ve Hukuki Durum 2007, s.9.

A. 1923-1984 ARASI DÖNEM

1923 yılında Cumhuriyet ilan edildiğinde kurulu güç 33 megawatt olup, yalnızca İstanbul, Tarsus ve Adapazarı elektrikten yararlanılabiliyordu.⁶³⁴ Kurtuluş savaşı sonrası özel ortaklıklar imtiyaz sözleşmelerinden doğan haklarını yeni Hükümete de kabul ettirmişlerdir.⁶³⁵ Bu çerçevede, Cumhuriyet döneminin başlarında elektrik sektörü büyük ölçüde yabancı yatırımlara bağlı olarak yürümüş ve 1930'lu yıllara kadar enerji faaliyetleri Osmanlı döneminden gelme imtiyazlı şirketlerin kontrolünde kalmıştır.⁶³⁶ Diğer bir ifadeyle Cumhuriyetin ilanından 1930'lu yıllara kadar ülke genelinde denenmeye çalışılan liberal ekonomi politikalarına paralel olarak, elektrik alanında Cumhuriyet öncesinde başlayan imtiyazlı ortaklık uygulamasına devam edilmiştir.⁶³⁷ 1926'da İlk Türk özel şirketi olan Kayseri ve Civarı T.A.Ş. kurulmuş olup, bu şirket günümüzde de faaliyetine devam etmektedir. 1930 yılına gelindiğinde toplam 48 adet irili ufaklı elektrik santrali mevcuttur.⁶³⁸

1929 ekonomik buhranının sonucu olarak 1930'lu yıllarda dünya genelinde elektrik sektöründe kamunun ağırlığı artmaya başlamıştır.⁶³⁹ Nitekim, bu kapsamda yabancı özel şirketlere verilmiş olan elektrik imtiyazları satın alınarak⁶⁴⁰ 1933 yılında çıkarılan Belediye Kanunu ile belediyelere elektrik tesisi kurma ve işletme yetkisi verilmiş ayrıca elektrik üretimi ve dağıtımını belediyelere bırakılmıştır.⁶⁴¹ Bu kararda, imtiyaz alan yeni şirketlerin sayısının artması ve bu şirketlerin yükümlülük ve anlaşmalara aykırı hareket etmelerinin hükümetleri yeni bir çözüm arayışına itmesinin de etkisi olduğunu belirtmek gerekir.⁶⁴² Belediyeler tarafından yürütülmesi öngörülen hizmetler; tarife, idare ve işletme esaslarının bakanlıklar tarafından belirlenmesi ile

⁶³⁴ ASLAN ve ark., age., s.3.

⁶³⁵ DOLGUN Leyla, "Türkiye'de Elektrik Enerjisi Üretimi ve Kullanılan Kaynaklar", s.2. http://www.kalkinma.com.tr/data/file/raporlar/ESA/SA/2002-SA/SA-02-06-18_Elektrik_Enerjisi_Sektoru.pdf

⁶³⁶ ASLAN ve ark., age., s.3.

⁶³⁷ CAN Mustafa Erdem, age., s.53.

⁶³⁸ ASLAN ve ark., age., s.3.

⁶³⁹ ASLAN ve ark., age., s.3; DOĞRU Cem, "Türkiye'de Elektrik Piyasasının Yeniden Yapılanması Sürecine Bir Bakış", Namık Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Metinleri, S.01/2010, s.12.

⁶⁴⁰ ŞANLI Yeliz, agm., s.56.

⁶⁴¹ DOĞRU Cem, agm., s.12.

⁶⁴² DOLGUN Leyla, "Türkiye'de Elektrik Enerjisi Üretimi ve Kullanılan Kaynaklar", s.2. http://www.kalkinma.com.tr/data/file/raporlar/ESA/SA/2002-SA/SA-02-06-18_Elektrik_Enerjisi_Sektoru.pdf

kamulaştırma yetkisi, vergi, resim ve harçlardan muafiyet gibi özellikler dikkate alındığında tipik bir kamu hizmeti niteliğinde olmuştur.⁶⁴³ Yine bu dönemde birbirleriyle yakın işbirliği içinde çalışmaları öngörülen üç temel kuruluş faaliyete geçirilmiştir. Bunlar 2804 sayılı Kanun’la kurulan MTA; 2805 sayılı Kanun’la madencilik, enerji üretimi ve dağıtımı alanlarında faaliyet göstermek üzere kurulan Etibank ve 2819 sayılı Kanun’la ülkemizin elektrik enerjisine yönelik potansiyelinin saptanması amacıyla kurulan Elektrik İşleri Etüt İdaresidir.⁶⁴⁴

İkinci dünya savaşı sonrası dönemde iç pazara dönük sanayileşmenin merkezindeki devlet yerini özel sermayeye bırakmakla birlikte, kamu yatırımları ve devlet işletmeciliğinin özel sermaye açısından önemi geçerliliğini sürdürmüştür.⁶⁴⁵ Nitekim, 1950 yılına gelindiğinde ülkemizde de hükümet politikasında değişikliğe gidilmiş ve karma ekonomi politikası benimsenmiştir. Bu kapsamda devletin yanı sıra özel sektör eliyle de santraller yapılmaya ve işletilmeye başlanmıştır. Nitekim bu kapsamda yerli özel sermayeli dört anonim şirket kurulmasına izin verilerek, bu şirketlere bölgesel imtiyaz tanınmıştır.⁶⁴⁶ Bunlar; Kuzeybatı Anadolu Elektriklendirme Türk Anonim Ortaklığı, Ege Elektrik Türk Anonim Ortaklığı, Çukurova Elektrik T.A.Ş. ve Kepez ve Antalya Havalisi Elektrik Santralleri T.A.Ş. olup, özel sektörün sermaye temininde karşılaştığı zorluklar nedeniyle bunların en büyük ortağı Etibank olmuştur. Ancak bu şirketlerden Kuzeybatı Anadolu Elektriklendirme A.Ş. kurulamamış, Ege Elektrik T.A.O ise başarılı olamayarak tasfiye edilmiştir.⁶⁴⁷ Çukurova Elektrik T.A.Ş. ve Kepez ve Antalya Havalisi Elektrik Santralleri T.A.Ş. ise varlıklarını 2003 yılına kadar korumuş ancak bu şirketlere Devlet el koymuştur.⁶⁴⁸ Diğer bir ifadeyle, bu Şirketlerin İmtiyaz Sözleşmeleri ETKB tarafından feshedilmiş ve zaten mülkiyeti kamuya ait olan tesislerin işletme hakkı da tekrar kamuya dönmüştür.⁶⁴⁹ Bu dönemde ülkenin elektrifikasyonunda termik santrallerin yanı sıra hidroelektrik santrallere de

⁶⁴³ ŞANLI Yeliz, agm., s.56.

⁶⁴⁴ Türkiye Elektrik Enerjisi Sektörü ve Hukuki Durum 2007, s.10.

⁶⁴⁵ ŞANLI Yeliz, agm., s.56.

⁶⁴⁶ ASLAN ve ark., age., s.4; CAN Mustafa Erdem, age., s.54.

⁶⁴⁷ DOLGUN Leyla, “Türkiye’de Elektrik Enerjisi Üretimi ve Kullanılan Kaynaklar”, s.3.

<http://www.kalkinma.com.tr/data/file/raporlar/ESA/SA/2002-SA/SA-02-06->

18_Elektrik_Enerjisi_Sektoru.pdf

⁶⁴⁸ DOĞRU Cem, agm., s.12.

⁶⁴⁹ CAN Mustafa Erdem, age., s.57.

yönelinmiş ve bu kapsamda büyük barajların yapılması amacıyla 1953 yılında Devlet Su İşleri kurulmuştur.⁶⁵⁰

1960'lı yıllar ekonomimizde beş yıllık kalkınma planlarının uygulanmaya başlandığı, diğer bir ifadeyle enerji sektöründe kamusal yanı ağır basan karma ekonominin uygulandığı dönem olmuştur. Enerji ve doğal kaynaklar kapsamındaki su, elektrik, petrol, kömür ve madenler planlı döneme kadar değişik bakanlıkların görev alanında kalmış, ancak yapılan çalışmaları tek elden yürütmek ve enerji politikalarının eşgüdümünden sorumlu olmak üzere 1963 yılında ETKB kurulmuştur.⁶⁵¹

Birinci (1963-1967) ve ikinci (1968-1972) Beş Yıllık Kalkınma Planı dönemlerinde, Türkiye'deki elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaretine ilişkin faaliyetlerin entegre bir sistem içerisinde ve bir kamu kurumu çatısı altında birleştirilmesi Plan hedefi olarak öngörülmüş ve bu hedef ve strateji doğrultusunda, 15.07.1970 tarih ve 1312 sayılı Kanun'la Devletin genel enerji ve ekonomi politikasına uygun olarak, yurdun ihtiyacı bulunan elektriğin üretim, iletim, dağıtım ve ticaretini yapmak amacıyla, kamu iktisadi kuruluşu statüsünde TEK kurulmuştur.⁶⁵²

Bu şekilde TEK'in "elektriğin üretim, iletim, dağıtım ve ticareti"ni tekel olarak yürütmekle görevlendirilmesi ve kuruluş Kanunu'nda sisteme bağlı belediye, köy ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından üretim ve iletim faaliyetinde bulunulamayacağına öngörülmesiyle sistem farklı bir yapıya taşınmıştır. Tekel niteliğindeki bu yapının istisnalarını ise sisteme bağlı olmayan belediye, köy ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülecek üretim ve iletim faaliyetleri ile kendi sınırları içinde dağıtım sistemi kurmak ve işletmek isteyen belediye, köy ve diğer kamu tüzel kişileri oluşturmuştur. Böylelikle Etibank, İller Bankası, Devlet Su İşleri ve belediyelerce sahip olunan üretim, iletim ve dağıtım tesisleri TEK mülkiyetine geçirilirken; İstanbul, Ankara, Adana elektrik işletmeleri ile belediye ve köylerle, bunların birliklerinin ve elektrik hizmeti için kurulmuş diğer birliklerin tesis ve işletmeleri kendilerinde

⁶⁵⁰ ASLAN ve ark., age., s.4.

⁶⁵¹ ASLAN ve ark., age., s.4.

⁶⁵² Sektör Raporu, TETAŞ, s.1.

bırakılmıştır.⁶⁵³ Bu şekilde imtiyazlı özel elektrik ortaklıkları yoluyla elektrik üretim, iletim, dağıtım ve satışı politikasından vazgeçilmiştir. Bununla birlikte, belirtilen tarihte faaliyette bulunan imtiyazlı ortaklıklar Çukurova Elektrik T.A.Ş., Kepez ve Antalya Havalisi Elektrik Santralleri T.A.Ş. ve Kayseri ve Civarı T.A.Ş.'nin varlıklarını korumalarına izin verilmiştir.⁶⁵⁴

TEK'in kurulması sonrasında belediyeler ile TEK arasında dağıtım konusunda çıkan hukuki ve teknik anlaşmazlıklar sonucunda⁶⁵⁵ 1982 yılında yürürlüğe giren 2705 sayılı Kanun'la belediye ve birlik elektrik tesislerinin TEK'e devri ile kamuda elektrik faaliyetlerinde bütünlük sağlanması amaçlanmıştır.⁶⁵⁶ Söz konusu Kanun'la aynı zamanda TEK ve DSİ'nin santral kurma konusundaki tekeli kaldırılarak enerji sektörünün özel kesime açılması yönünde adım atılmıştır.⁶⁵⁷

B. 1984-1999 ARASI DÖNEM⁶⁵⁸

Ülkemizde 1980'lerden sonra izlenen ekonomi politikası çerçevesinde Devletin özelleştirmeler yapmak veya yeni yatırımlar için özel sektör girişimlerine öncelik vermek suretiyle ekonomik faaliyetlerden çekilmeye başlaması eğilimi ağırlık kazanmıştır. Söz konusu dönemde, pek çok ülke tarafından benimsendiği görülen piyasa ekonomisi odaklı liberal politikalara koşut biçimde, geleneksel olarak kamu tarafından üstlenilen altyapı hizmetleri de aynı yaklaşım bağlamında değerlendirilmiştir.⁶⁵⁹

Bu çerçevede, hizmetlerin birleştirilmesi ilkesinden vazgeçilmiş ve elektrik hizmetlerinin yürütülmesinde de kamu kesimi yanında özel kesimin imkânlarından yararlanılmasına yönelik olarak, her iki kesimin birlikte faaliyet gösterebileceği bir yapılanmaya gidilmiştir.⁶⁶⁰ Bu anlayışın ardında iki önemli etken yatmaktadır. Bunlardan birincisi, dönemin hükümetlerinin zaten özel kesimin ekonomik

⁶⁵³ ŞANLI Yeliz, agm., s.57.

⁶⁵⁴ CAN Mustafa Erdem, age., s.54; ASLAN ve ark., age., s.5.

⁶⁵⁵ ASLAN ve ark., age., s.5.

⁶⁵⁶ Sektör Raporu, TETAŞ, s.1 ; ASLAN ve ark., age., s.5.

⁶⁵⁷ ASLAN ve ark., age., s.5.

⁶⁵⁸ Bu bölümde yer verilen kanuni düzenlemelerin esaslarına İkinci Bölümde yer verildiğinden sadece içerikleri ile ilgili genel bilgilere yer verilecektir.

⁶⁵⁹ ÇAL Sedat, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, Ankara 2009, s.22.

⁶⁶⁰ ASLAN ve ark., age., s.6.

faaliyetlerdeki rolünün artmasına yönelik tercihleridir. İkinci etken ise, elektrik talebinin hızlı bir şekilde artacağı, buna karşılık kamu maliyesi üzerindeki kısıtlar nedeniyle bu talebi karşılayacak yatırımların kamu kaynakları ile gerçekleştirilemeyeceğine ilişkin öngörüdür.⁶⁶¹

Ancak özel kesimin elektrik sektöründe faaliyet göstermesinin önünde önemli anayasal engeller olduğuna inanılıyordu. Zira, mevcut anayasal yoruma göre, elektriğin bir kamu hizmeti olması ve kamu kesimi tarafından sunulması gerekliliği söz konusu idi. Özel kesimin bu hizmete katılımı ise ancak imtiyaz sözleşmeleri yolu ile olabilmekteydi. Bu çerçevede 1980'ler ve 1990'larda Hükümetler tarafından Anayasal çerçeveye aykırı düşmeden daha kısa ve kolay bir şekilde özel kesimin katılımına izin verecek sözleşme biçimleri geliştirilmeye çalışılmıştır.⁶⁶²

Bu anlamda söz konusu dönem birbiri ardına çıkarılan yasal düzenlemeler ve bu yasal düzenlemelere ilişkin Anayasa Mahkemesince iptal hükümlerinin verildiği dönem olmuştur.

1984 yılında 3096 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesine kadarki dönemde birkaç özel teşebbüs dışında sektör kamununun tekelinde iken söz konusu Kanun'la TEK'in hukuki bünyesi, organları ve yapısı düzenlenerek bir kamu iktisadi kuruluşuna dönüştürülmüş ve elektrik sektöründeki tekeli kaldırılmıştır.⁶⁶³

Türkiye elektrik sektörünü özel yatırıma açma çabalarının bir sonucu olarak, 3096 sayılı Kanun kabul edilmiştir.⁶⁶⁴ 3096 sayılı Kanun'la elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin yaptırılmasına ilişkin görev verilmesi, elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve tesisi işletme müsaadesi verilmesi ve görev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınca (kamu iktisadi teşebbüsleri dâhil) yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere

⁶⁶¹ ATİYAS İzak, Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform, TESEV Yayınları, 2006, s.48.

⁶⁶² ATİYAS İzak, Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform, s.49.

⁶⁶³ ASLAN ve ark., age., s.6.

⁶⁶⁴ YILDIRIM-ÖZTÜRK Mehtap / BAYMAN-KESKİN Tuğba / ERGÜN Çağdaş Evrim, "Türkiye'nin Değişen Enerji Politikası: Yasal Çerçeve ve Uygulamalar – II", s.2.
<http://www.cakmak.av.tr/pdf/28259.pdf>

verilmesi hususları düzenlenmiştir. Buna göre 3096 sayılı Kanun'da iki tür görevlendirme şekli öngörülmüştür. Birinci tür görevlendirmede elektrik üretim tesisini kurarak işletmek (yap-işlet-devret) esas iken; ikinci tür görevlendirmede ise mülkiyeti kamu kurum ve kuruluşlarına (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) ait tesislerin işletme hakkının verilmesi söz konusudur.⁶⁶⁵ Yap-işlet-devret modeli kapsamında, Devlet, özel şirketlere yeni elektrik üretim santralleri kurup işletmeye ve ürettikleri enerjiyi yetki süresi boyunca TEAŞ'a satmaya yetkilendirmektedir. Bu model çerçevesinde, özel şirketlerin yapmış olduğu tesis tekrar Devlete geri dönmektedir. Bu Kanuna göre görevlendirme ile ilgili sözleşmelerin süresi 99 yıla kadar öngörülebilmektedir.⁶⁶⁶ Bu şekilde söz konusu Kanun'la yap-işlet-devret ve işletme hakkı devri modelleri uygulanmaya başlanılarak özel sektör şirketlerine de elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti yapma konusunda olanaklar sağlanmıştır.

TEK'in kuruluşundan 23 yıl sonra çıkarılan 13.8.1993 gün ve 513 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile ETKB ile ilgisi devam etmek üzere TEK özelleştirme kapsamına alınmıştır. Bu düzenlemenin bir devamı olarak da Bakanlar Kurulunun 93/4789 sayılı Kararı ile TEK, üretim ve iletimden sorumlu olmak üzere TEAŞ ve dağıtımdan sorumlu olmak üzere TEDAŞ adı altında iki ayrı iktisadi devlet teşekkülüne ayrılmıştır.⁶⁶⁷

3974 sayılı Kanun'la 3291 sayılı Kanunda değişiklik yapılarak Türkiye Elektrik Kurumu'nun mevcut veya yeniden yapılanma sonucu oluşacak teşebbüslerinin mülkiyet devrini içerecek surette özelleştirilmesi ile ilgili düzenleme getirilmiş, ancak bu düzenleme Anayasa Mahkemesinin 09.12.1994 tarih ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.⁶⁶⁸

1994 yılında kamu kurum ve kuruluşlarınca (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) ifa edilen ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılması amacıyla 3996 sayılı Kanun çıkarılmıştır. Söz konusu Kanun enerji sektöründe uygulanmakta olan yap-işlet-devret

⁶⁶⁵ 3096 Sayılı Kanun m. 3,5.

⁶⁶⁶ 3096 Sayılı Kanun m. 7.

⁶⁶⁷ [http://www.teias.gov.tr/istatistikler/tarihce\(turk\).htm](http://www.teias.gov.tr/istatistikler/tarihce(turk).htm)

⁶⁶⁸ ÇAL Sedat, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.287.

modelinin uygulama alanını ileri teknoloji ve önemli maddi kaynak gerektiren diğer altyapı projelerini ve hizmetlerini de kapsayacak şekilde genişletmiştir.

3996 sayılı Kanun'un ilk halinde, elektrik enerjisi üretimi, iletimi ve dağıtımına ilişkin projeler de Kanun kapsamında olmakla birlikte, söz konusu Kanun'un 13'üncü maddesi ile, 3096 sayılı Kanun'un devam etmekte olan uygulaması bir istisna olarak düzenlenmiştir. Çünkü kanun koyucu, her iki Kanunu da yürürlükte tutmak ve ilgili projelere uygulamak istemiştir. Daha sonra, 4047 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle "enerji üretimi, iletimi ve dağıtımı" 3996 sayılı Kanun kapsamından çıkartılmış, aynı değişiklik ile ayrıca 3096 sayılı Kanun'a tabi enerji projelerinin 3996 Sayılı Kanun'un 5, 11, 12 ve 14'üncü maddelerinden faydalanmasına da izin verilmiştir.⁶⁶⁹ Ancak 4493 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti işleri yeniden 3996 sayılı Kanun kapsamına dâhil edilmiştir.

Daha önce de ifade edildiği üzere, 3096 sayılı Kanun'da bu Kanun'a göre imzalanan sözleşmelerin hukuki niteliği konusunda bir belirlemeye yer verilmemesi üzerine Kanun'a göre imzalanan sözleşmelerin hukuki niteliği konusunda yaşanan tartışmalar sonucunda, 3291 sayılı Kanun'a ek getiren ve 3096 sayılı Kanun'a göre yapılan sözleşmeleri de kapsayan 3974 sayılı Kanun'un Ek 5'inci maddesi ile "Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadî Devlet Teşekküllerinin bu Kanuna dayanarak veya diğer kanunların özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutların işletme haklarını devir almalarını öngören hükümlerine göre üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olup, imtiyaz teşkil etmezler." yönünde hüküm getirilmiş ancak bu hüküm Anayasa Mahkemesinin 09.12.1994 tarih ve E:1994/43, K:1994/42-2 sayılı kararıyla⁶⁷⁰ iptal edilmiştir. 3996 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde de benzer olarak "Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir." şeklinde hüküm konulmuş ancak

⁶⁶⁹ YILDIRIM-ÖZTÜRK / BAYMAN-KESKİN / ERGÜN, agm., s.2.

⁶⁷⁰ RG: T.24.01.1995, S.22181.

bu hüküm de Anayasa Mahkemesinin 28.06.1995 tarih ve E.1994/71, K:1995/23 sayılı kararıyla⁶⁷¹ iptal edilmiştir.⁶⁷²

Anayasa Mahkemesi her iki kararında da benzer gerekçeleri kullanmıştır. Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararları dayanak olarak iki öncülü içermektedir. Bunlar; elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinliklerin kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik etkinlikler olması nedeniyle kamu hizmeti olarak nitelenmeleri ve “imtiyaz sözleşmesi” niteliğinde olan sözleşmelerin -eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi olacağından- kanun ile “özel hukuk sözleşmesi” olarak nitelendirilmesinin belirleyici olmamasıdır.⁶⁷³

Ancak, 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 47'nci maddelerinde değişiklikler yapılmak suretiyle, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri çerçevesinde gördürülmesi olanaklı hale getirilmiş ve buna paralel olarak 4493 sayılı Kanun yürürlüğe sokulmuştur. Bu Kanun ile 3996 sayılı Kanun'da değişiklik yapılarak bir taraftan elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti faaliyeti de 3996 sayılı Kanun kapsamına alınmış, diğer taraftan 3996 sayılı Kanun'un Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 5'inci maddesi yeniden düzenlenerek “Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir.” hükmü getirilmiştir. Bu surette yap-işlet-devret usulünün özel hukuk sözleşmesi olarak yapılabilmesi Anayasal ve yasal olanağa kavuşturulmuştur.⁶⁷⁴

⁶⁷¹ RG: T.20.03.1996, S.22586.

⁶⁷² “Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararının ardından, YİD sözleşmeleri imtiyaz olarak kabul edilmeye ve Danıştay tarafından incelenmeye başlandı. Ancak, uzun zaman alan Danıştay incelemesi, uygulamada YİD sözleşmelerinin taraflarca imzalanmasında bir takım gecikmelere neden olmuştur. Danıştay, inceleme yetkisini kullanırken, aynı zamanda imtiyaz sözleşmelerinin Devleti ayrıcalıklı bir konuma getirmesi düşüncesine dayanarak sözleşme hükümlerini Hükümet açısından daha elverişli olacak şekilde revize etmiştir. Danıştay ayrıca ihtilafların uluslararası tahkime götürülmesine ilişkin hükümlerin YİD sözleşmelerinde yer almasını da, bu tür sözleşmelerden kaynaklanan ihtilafların çözümü konusunda münhasır yetkisi olduğunu gerekçe göstererek reddetmiştir.” YILDIRIM-ÖZTÜRK / BAYMAN-KESKİN / ERGÜN, agm., s.3.

⁶⁷³ ŞANLI Yeliz, agm., s.58.

⁶⁷⁴ GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, s.42.

1996 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararları neticesinde enerji projelerinin gerçekleştirilmesi konusunda ortaya çıkan engelleri aşmak amacıyla, ETKB tarafından 1996 yılında yap-işlet modeli getirilmiştir. Bu model ilk olarak 96/8269 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile oluşturulmuş ancak bu kararın yerini 1997 yılında 4283 Sayılı Kanun almıştır.⁶⁷⁵ 4283 sayılı Kanun'la da piyasaya girmek isteyen şirketlere, ülke enerji plan ve politikalarına uygun şekilde mülkiyetleri kendilerinde olma şartı ile yap-işlet modeli ile termik santral kurma ve işletme izni verilmesi ile enerji satışına dair esas ve usuller belirlenmiştir.

4283 sayılı Kanun uyarınca, TEAŞ tarafından, elektrik santrallerinin kurulmasına ve iletilmesine ilişkin olarak (enerjinin hidroelektrik, jeotermik, nükleer ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları kullanılarak üretilmesi hariç) ihaleler açılmakta ve yerli ve yabancı şirketlerin yaptıkları başvurular alınmaktadır. Verilen tekliflerin/yapılan başvuruların değerlendirilmesinin ardından, TEAŞ değerlendirmesini Bakanlığa sunmakta ve uygun bulunması halinde, Bakanlık, santralin kurulması ve işletilmesi için yetki vermektedir. Yap-işlet-devret modelinin aksine, 4283 sayılı Kanun, görevli şirketlerin üretim tesislerinin maliki olmasına imkan vermekte ve bu tesislerin ileri bir tarihte Bakanlığa devredilmesini zorunlu kılmamaktadır. Yap-işlet modeli, 4283 sayılı Kanun'un kabul edilmesini takip eden birkaç yıl boyunca başarıyla uygulanmıştır.⁶⁷⁶

III. 4628 SAYILI KANUN

A. 4628 SAYILI KANUN'U DOĞURAN NEDENLER

Elektrik piyasası ile ilgili mevzuat çalışmaları 1984 sonrasında artan bir şekilde ve kısa aralıklarla biraz da acele ile yürütülmüştür. Söz konusu düzenlemeler piyasada beklenen iyileştirmeleri sağlayamamış ve Türkiye 90'lı yılların başında enerji krizi ile karşılaşma noktasına gelmiştir.⁶⁷⁷ İşte geçmiş sistemdeki ve dönemdeki çarpık

⁶⁷⁵ YILDIRIM-ÖZTÜRK / BAYMAN-KESKİN / ERGÜN, agm., s.3.

⁶⁷⁶ YILDIRIM-ÖZTÜRK / BAYMAN-KESKİN / ERGÜN, agm., s.3.

⁶⁷⁷ KARAKILIÇ Hasan, age., s.84.

uygulama ve başarısız özelleştirme girişimlerine tepki olarak 4628 sayılı Kanun gündeme getirilmiştir.⁶⁷⁸

4628 sayılı Kanunu doğuran nedenler 4628 sayılı Kanun'un gerekçesinde de şöyle ifade edilmiştir;

“Hızla büyüyen bir ülke olan Türkiye'nin enerji ihtiyacı, sanayileşme ve ekonomik büyüme paralelinde büyük bir hızla artmaktadır. Bu hızla artışın yerli kaynaklarla karşılanabilmesi mümkün değildir. Ülkemiz enerjide net bir ithalatçı konumundadır. 1999 yılında yerli kaynaklara dayalı enerji üretimi, toplam birincil enerji talebinin % 35'ini karşılamış olup giderek azalan trend içerisinde 2010 yılında % 28'ini ve 2020 yılında ise ancak % 24'ünü karşılayabileceği tahmin edilmektedir.

Diğer taraftan, genel enerji talebindeki artışa paralel olarak elektrik enerjisi talebi de hızla bir artış kaydetmektedir. Elektrik enerjisi talebi son yirmi yılda ortalama % 8,5 civarında bir artış göstermiştir.

1980-1990 yılları arası dönemdeki elektrik enerjisi talep artışı kamu finansman kaynaklarıyla gerçekleştirilmiştir. 1990 yılından itibaren, kamu finansman kaynakları kısılarak, yatırımlarda özel sektör payının artırılması yönünde bir politika benimsenmiştir.

Ancak, 1990-1997 döneminde kamu yatırımlarına gerekli ödenek ayrılamaması, özel sektör yatırımlarının ise mevzuattan kaynaklanan nedenlerle istenilen ölçüde gerçekleştirilememesi nedeniyle öngörülen elektrik enerjisi kurulu güç artışı yapılamamıştır.

Yapılan planlama çalışmalarına göre ülkemiz elektrik enerjisi talebinin 2000'li yıllarda yılda ortalama % 8-10 civarında artış göstermesi beklenmektedir. Bu itibarla, elektrik enerjisi mevcut kurulu gücümüzün

⁶⁷⁸ ŞAHİN Vedat, age., s.3.

bu talebi karşılamak üzere 2010 yılına kadar yaklaşık iki katına çıkarılması gerekmektedir. Tesis edilmesi gereken elektrik üretim kapasitesi yanında iletim ve dağıtım tesisleri yatırımları da dikkate alındığında, elektrik enerjisi sektörünün çok büyük bir finansman ihtiyacı söz konusu olup, önümüzdeki dönemde yerli ve yabancı özel sektörün enerji yatırımlarında etkin olarak yer alabilmesi için yeni düzenlemeler ihtiyaç duyulmaktadır.”⁶⁷⁹

Gerekçede yer verilen ifadelerden 4628 sayılı Kanunun; elektrik enerjisi sektöründe gerekli finansmanın sağlanmasında önem arz eden yerli ve yabancı özel sektörün enerji yatırımlarında etkin olarak yer alabilmesini sağlamak için yeni düzenleme yapma ihtiyacından doğduğu anlaşılmaktadır.

B. 4628 SAYILI KANUN’UN AMACI VE KAPSAMI

4628 sayılı Kanun’un amacına, Kanun’un 1’inci maddesinde “Bu Kanunun amacı; elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterilebilecek, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanmasıdır.” şeklinde yer verilmiştir.

Söz konusu hükümden; rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulmasının ve oluşturulacak bu piyasanın bağımsız bir şekilde düzenleme ve denetiminin sağlanmasının amaçlandığı; bu sayede de elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır.

Söz konusu maddeden; çevreyle uyumlu olma beklentisi dışındaki (ki bu husus düzenleyici kurulun alacağı tedbirlerle sağlanabilir) hedeflerin rekabet ile sağlanacak

⁶⁷⁹ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss597m.htm>

olan etkinliğin sonuçları olması nedeniyle Kanun'un asıl amacının rekabetçi bir piyasa oluşturmak olduğu sonucuna varılmaktadır.⁶⁸⁰

Kanun'un genel gerekçesinde de Kanun'un amacı ile ilgili olarak şu ifadelere yer verilmiştir:

“Elektrik enerjisi piyasasını serbest piyasa şartlarında yeniden yapılandırmak üzere, yatırımlardaki kamu payı daraltılırken özel sektör payının daha çok artırılması, bunun yanında kamunun denetim ve yönlendirme faaliyetlerindeki etkinliğinin ise çoğaltılmasına dair hukuki ve idarî düzenlemelerin yapılması büyük bir önem arz etmektedir...

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

Bu amaç doğrultusunda oluşturulacak olan yeni piyasa yapısı, serbest rekabetin, tüketicilere yansıyan fiyatlar bazında gelişmesinin sağlanmasını ve fiyatların gerçek maliyetleri yansıtmasını öngörmektedir. Piyasada halen yer alan ve gelecekte de yer alabilecek kamu tüzel kişilerinin de gerçek maliyetler üzerinden çalışmasının temin edilmesiyle gereken şeffaflık sağlanacak; yeni, ucuz ve verimli yatırımların yapılması teşvik edilecek ve halen piyasada faaliyet göstermekte olan kamu kurum ve kuruluşlarının genel bütçe üzerindeki yükü hafifletilmiş olacaktır.”⁶⁸¹

⁶⁸⁰ ASLAN ve ark., age., s.298.

⁶⁸¹ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss597m.htm>

Kanun'un amacını düzenleyen 1'inci maddenin gerekçesinde de, tüketicilerin ve elektrik enerjisi sektöründe faaliyet gösteren ve gösterecek piyasa katılımcılarının beklentilerini ve taleplerini karşılayacak, mali açıdan güçlü ve sürdürülebilir bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bağımsız bir düzenleyici birimin denetiminde bu piyasanın Avrupa ve dünyadaki gelişmelerle uyum içinde yapılandırılmasına hukuki dayanak sağlanmasına gerekçe olarak da şu hususlar belirtilmektedir:

“Enerji sektörleri açısından, her ülke kendi altyapısına, ekonomik ve sosyal şartlarına uygun düşen bir modeli uygulamakla birlikte, çok sayıda ülke, özellikle son on yıllık dönemde, entegre sistemlerden vazgeçerek, sektörel bölünme yoluyla enerji sektörlerini yeniden yapılandırma çabası içindedir.

Buna paralel olarak ülkemiz de, gelişmiş ekonomilere sahip ülkelerin yaşamış oldukları önemli yapısal değişiklikleri gerçekleştirmek durumundadır. Serbest piyasa ekonomisinin en önemli unsuru olan rekabet mekanizmasının işlerlik kazanabilmesi özelleştirme ile doğrudan bağlantılıdır.

Özelleştirmenin giderek artan bir rekabeti, rekabetin ise verimliliği, rasyonel kaynak kullanımını ve kaliteyi getireceği şüphesizdir. Özelleştirme uygulamalarında başarılı olunabilmesi için piyasaların serbest rekabet şartlarında düzenlenmiş olması gerekmektedir. Serbest rekabet şartlarını, diğer bir ifadeyle serbestleştirmeyi gerçekleştirebilmek için enerji alt sektörlerinde gereken hukukî ve idarî altyapının oluşturulması zorunludur. Bu altyapının tesisi ise yeni bir kurumsal çerçeve altında yeniden yapılanmayı gerekli kılmaktadır.”⁶⁸²

Özetle, yer verilen açıklamalardan, genel gerekçeden ve madde gerekçesinden kanunun amacının rekabetçi bir piyasa kurmak olduğu çıkarılabilir. Kanun'un amacının bu şekilde net olarak tespiti; kanunun amaç maddesinin aynı zamanda diğer

⁶⁸² <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss597m.htm>

maddelerinin de nasıl yorumlanması gerektiğini göstermesi bakımından büyük önem arz etmektedir. Buna göre, Kanun'un diğer maddeleri de rekabetçi bir piyasa kurulması amacı göz önünde bulundurulmak suretiyle yorumlanacaktır.⁶⁸³

Kanun'un kapsamına ise 1'inci maddenin ikinci fıkrasında "Bu Kanun; elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı, toptan satışı, perakende satışı, perakende satış hizmeti, ithalat ve ihracatı ile bu faaliyetlerle ilişkili tüm gerçek ve tüzel kişilerin hak ve yükümlülüklerini, Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumunun kurulması ile çalışma usul ve esaslarını ve elektrik üretim ve dağıtım varlıklarının özelleştirilmesinde izlenecek usulü kapsar." şeklinde yer verilmiştir.⁶⁸⁴

4628 sayılı Kanun, kendisinden önceki enerji mevzuatını (3096, 3996 ve 4501 sayılı Kanunlar) ilga etmediği gibi, önceki mevzuat kapsamında başlamış olan projeler için açık bir istisna da öngörmemiştir.⁶⁸⁵ Buna karşın, 4628 sayılı Kanun, mevcut yap-işlet-devret projelerini iki yönden etkilemiştir. Bunlardan birincisi, TEAŞ ile henüz bir enerji satım anlaşması imzalamamış olan projeler için yeni bir sınırlama getirerek (önceden proje şirketleri, imtiyaz sözleşmelerinin veya uygulama anlaşmalarının süresi ile orantılı olarak enerji satım anlaşmaları yapabilmekteydiler) bu enerji satım anlaşmalarını bir yılı geçmeyecek şekilde sınırlandırması; ikincisi ise tüm yap-işlet-devret projeleri açısından hayati öneme sahip olan Hazine garantilerini tüm mevcut ve gelecekteki projeler için (Geçici m. 8/1'de belirtilen önceden belirlenmiş az sayıdaki bazı projeler hariç olmak üzere) kaldırmasıdır.⁶⁸⁶

Geçici m. 8/1 ve bazı işletme hakkı devri sözleşmelerini iptal eden Geçici m. 4/1'in Anayasa'ya aykırılıkları iddiasıyla Anayasa Mahkemesine götürülmesi üzerine 13 Şubat 2002 tarihinde, Anayasa Mahkemesi iddiayı kabul ederek her iki maddenin de

⁶⁸³ ASLAN ve ark., age., s.300.

⁶⁸⁴ ASLAN, Kanun'da kapsam maddesinde belirtilen konuların dışında başka konularda da düzenlemeler bulunduğunu, Kanunların kapsam maddelerinde esasen bu kanunun kimlere uygulanacağını gösterilmesinin yeterli olduğunu, bu şekilde Kanunda düzenlenen tüm konuları saymaya gerek bulunmadığı, zira bazı konuların unutulabileceği bunun da tereddütlere yol açabileceğini belirtmektedir. ASLAN ve ark., age.,s.302.

⁶⁸⁵ YILDIRIM-ÖZTÜRK / BAYMAN-KESKİN / ERGÜN, agm., s.7.

Buna göre, 4628 sayılı Kanun ile önceki mevzuat arasında dogacak her türlü çelişki, ortaya çıktığı anda somut olaya göre çözümlenmek zorunda kalacaktır. YILDIRIM-ÖZTÜRK / BAYMAN-KESKİN / ERGÜN, agm., s.7.

⁶⁸⁶ YILDIRIM-ÖZTÜRK / BAYMAN-KESKİN / ERGÜN, agm., s.7.

iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, Geçici Madde 8(1) ile ilgili olarak, Hazine garantilerinin, önceki mevzuat kapsamında akdedilen mevcut sözleşmelerin ayrılmaz bir parçası olduğunu ve proje şirketlerinin yatırımlar ve hizmetler taahhüt ederken, bu garantilerin verileceğini düşündüklerini belirtmiştir. Mahkeme, Anayasa'nın 2 ve 48'inci Maddelerinin (Bu maddeler sırasıyla hukuk devleti ve sözleşme yapma özgürlüğü ilkelerini düzenlemektedir) tarafların özgür iradeleriyle sözleşme yapma haklarını korumakta olduğunu ve geçerli mevcut sözleşmelerin yeni bir kanun çıkarılarak iptal edilemeyeceğini belirtmiştir. Böylece, Geçici Madde 8-(1), taraflar arasında özgür iradeleriyle kabul edilmiş esaslı sözleşme hükümlerini tek taraflı iptal ettiğinden dolayı Anayasa'ya aykırı bulunmuştur.⁶⁸⁷

C. 4628 SAYILI KANUN İLE GETİRİLEN PİYASA YAPISI

4628 sayılı Kanun'da öngörülen piyasa yapısı ve bunun gerekleri genel hatlarıyla şöyle özetlenebilir.⁶⁸⁸

- Serbest rekabetin, tüketicilere yansıyan fiyatlar bazında gelişmesinin sağlanması ve fiyatların gerçek maliyetleri yansıtması, piyasa aktörlerinin gerçek maliyetler üzerinden çalışmasının temin edilmesiyle gereken şeffaflığın sağlanması; yeni, ucuz ve verimli yatırımların yapılması teşvik edilerek, halen piyasada faaliyet göstermekte olan kamu kurum ve kuruluşlarının genel bütçe üzerindeki yükünün hafifletilmesi,
- Liberal piyasa yapısına tam olarak işlerlik kazandırılması amacıyla üretim ve dağıtım tesislerinin özelleştirilmesi,
- Gerek elektrik enerjisi sektörünün yeniden yapılandırılmasının temel unsurlarından birisi olan, gerekse AB müktesebatına ve enerji

⁶⁸⁷ YILDIRIM-ÖZTÜRK / BAYMAN-KESKİN / ERGÜN, agm., s.7. "Mevcut Sözleşme" 4628 sayılı Kanun'da "Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, 4/12/1984 tarihli ve 3096 sayılı Kanun, 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Kanun, 16/7/1997 tarihli ve 4283 sayılı Kanun, 21/1/2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri ve ilgili yönetmeliklere göre imzalanan sözleşmeleri, imtiyaz sözleşmelerini ve uygulama sözleşmelerini" ifade etmektedir. (4628 sayılı Kanun m.1-(3)-8).

⁶⁸⁸ 4628 sayılı Kanun'un genel gerekçesi. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss597m.htm>

mevzuatına uyumu açısından kurulması gerekli olan denetim ve düzenleme faaliyetlerinde bulunmak üzere bir bağımsız organın kurulması,

- Pazar için rekabet yapısından pazar içi rekabete doğru yeniden yapılanan yeni piyasa yapısı ve pazar içi rekabet ortamının yaratılabilmesi için yeterli miktarda özel yatırımcının Devlet garantileri olmaksızın piyasaya girmesinin sağlanması ve zaman içerisinde elektrik enerjisi arz fazlası yaratılması,

- EPDK sayesinde elektrik enerjisi piyasasında faaliyet gösterecek tüzel kişiler nezdinde eşit ve adil bir uygulama yapılacağına dair bir güven ortamının yaratılması, bu güven ortamında eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin faaliyet gösterecek tarafsız bir iletim işletmecisi oluşturularak şeffaf piyasa mekanizmaları tesis edilmesi, piyasa risklerinin paylaşıldığı rekabetçi bir ortamın hayata geçirilmesi,

- Herhangi bir tüzel kişinin Kanun ile teşkilatlandırılan EPDK'dan lisans alması suretiyle piyasada faaliyet gösterebilmesi,

- Elektrik enerjisinin nakli açısından doğal tekel konumu arz eden iletim ve dağıtım hizmetlerinden tüm kullanıcıların ayırım gözetilmeksizin faydalanabilmeleri,

- Rekabet potansiyeli olan üretim ve satış faaliyetlerinde giderek artan bir rekabetin oluşmasının sağlanması, bu rekabetin tüketicilere daha iyi hizmet ve daha ucuz elektrik fiyatları olarak yansması.

D. EPDK

1. Hukuki Yapısı

Ülkemizde de Rekabet Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu (“SPK”), Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (“RTÜK”), Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (“BDDK”), EPDK gibi örnekleri bulunan ve kamuoyunda “üst kurullar”, “bağımsız kurullar”, “düzenleyici kurullar” ve “regülasyon otoriteleri” olarak adlandırılan fakat hukuksal terminolojide “bağımsız idari otoriteler” veya “bağımsız idari kurumlar” olarak ele alınan⁶⁸⁹ kurumların hem Dünyada hem de ülkemizde oldukça gündemde oldukları ve kamuoyunu meşgul ettikleri bir gerçektir.⁶⁹⁰

Bağımsız idari kurumların ortaya çıkış gerekçeleri olarak; piyasa ekonomisinde devletin hem aktör olmasının hem de hakem rolü üstlenmesinin devletin alacağı karar ve uygulamaların haklılığı, yerindeliği ve objektifliği anlamında kuşkular doğurabileceği gerçeğinden hareketle bunun önüne geçebilmek için söz konusu alanda bağımsız ve tarafsız kurumların karar alması ve denetim yapmasının daha uygun görülmesi ile hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan idarenin yargısal denetiminin uzun süre alması nedeniyle, yeni güvence gerekliliği kapsamında ortaya çıkan idarenin yargı dışı denetim yolları ve idarenin şeffaflığı işlevini merkezi idare dışında ve onun hiyerarşik ve vesayet denetimine tabi olmayan bağımsız kurum ve kuruluşlar tarafından yerine getirilmesi gerekliliği gösterilebilir.⁶⁹¹

Türk Hukukunda bağımsız idari kurumların ilk örneği 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile kurulan SPK’dır.⁶⁹² Bağımsız idari kurumların tümü aynı niteliklere

⁶⁸⁹ KARAKILIÇ Hasan, age., s.112. “Otorite” sözcüğü yerine “kurum” sözcüğünü tercih eden ULUSOY bu tercihi şu şekilde ifade etmektedir. “Fransızcadaki karşılığının... aynen çevirisi olduğu ve “otorite” teriminin Türk İdare Hukukunda idari bir birimi ifade etme anlamında yaygın olarak kullanılmadığı için “Bağımsız İdari Otorite” ve özerklik sıfatı daha çok hizmet yerinden yönetim kuruluşlarını çağrıştırdığı için ... idari kurumlar deyimini kullanmayı uygun buluyoruz.” ULUSOY Ali, “Bağımsız İdari Kurumlar”, DD, S.100, 1999, 1 no.lu dipnot, s.3. Yer verilen bu gerekçelere biz de katıldığımız için tezimizde “bağımsız idari kurumlar” deyimini tercih edilmiştir.

⁶⁹⁰ ULUSOY Ali, “Bağımsız İdari Kurumlar”, s.3.

⁶⁹¹ ATAY Ethem, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, GÜHFD, Haziran-Aralık 2006, C.X, S.1-2, s.261.

⁶⁹² ALTUNDIŞ Mehmet, “Bağımsız İdari Otoritelerin Türk Hukuku’nda Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve Türk Hukuku’na Etkileri”, http://www.danistay.gov.tr/makale_mehmet_altundis113.htm

sahip olmayıp, bunları iki ana gruba ayırmak mümkündür. Birinci grup, kamusal alanın duyarlı sektörleri olarak adlandırılan alanlarda düzenleme ve denetim işlevini yerine getirmekte olup RTÜK, SPK ve Rekabet Kurumu bu grubun tipik örneklerini oluşturmaktadır. İkinci grup ise, önceleri kamusal tekel biçiminde yürütülen kamu hizmetlerinin rekabete açılarak özel girişimcilerin de bu alanlara girişi sağlandıktan sonra kamusal ve özel işleticilerin birlikte faaliyette buldukları alanları düzenleme işlevini yerine getirmek üzere oluşturulmuş olan düzenleyici kurumları içine almaktadır.⁶⁹³ Diğer bir ifadeyle, bu kurumlar, serbest piyasa ekonomisinin düzenli işlemlerini sağlamak amacıyla oluşturulmuş olup, ülkemizdeki bağımsız idari kurumların büyük kısmı (SPK, BDDK, Rekabet Kurumu ve EPDK) bu niteliktedir.⁶⁹⁴

Bağımsız idari kurumların diğer kurumlardan ayırt edilmelerini sağlayan en önemli iki özelliği idari açıdan bağımsız olmaları ve regülasyon işlevi görmeleridir.⁶⁹⁵

Bağımsız idari kurumların bağımsızlığı, bu kurumların hem organları hem de işlevleri üzerinde siyasi iktidar ve diğer idari mercilerin denetiminin söz konusu olmamasını ifade etmektedir. Organik bağımsızlık, söz konusu kurumlarda karar mercilerinde çalışanların bir takım statü güvenceleriyle donatılmaları anlamına gelirken; işlevsel bağımsızlık ise bu kurumların işlem ve eylemleri üzerinde yürütme organına dahil birimler tarafından bu eylem ve işlemlerin geçersizliği sonucunu doğuracak hiçbir doğrudan yetkiye sahip olmaması anlamına gelmektedir.⁶⁹⁶

Bağımsız idari kurumların ikinci önemli özelliği de regülasyon işlevi görmeleridir. Bağımsız idari kurumların aslında asıl misyonu regülasyon işlevini yerine getirmektir. Söz konusu kurumlar; bu işlevin sağlanmasında klasik idari yapılanma ve yöntemlerin yetersiz kalması veya başarısız olması nedeniyle yeni bir idari yapılanma türü olarak ortaya çıkmışlardır.⁶⁹⁷ Regülasyon; belli bir alanda ya da belli bir faaliyete ilişkin olarak

⁶⁹³ TAN Turgut, “Bağımsız İdari Otoriteler”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları - 4, Ankara 2000, s.4.

⁶⁹⁴ ATAY Ethem, agm., s.264.

⁶⁹⁵ ULUSOY Ali, “Bağımsız İdari Kurumlar”, s.5.

⁶⁹⁶ ULUSOY Ali, “Bağımsız İdari Kurumlar”, s.5.

⁶⁹⁷ ULUSOY Ali, “Bağımsız İdari Kurumlar”, s.6.

oyunun kurallarının belirlenmesi (düzenleme) ve bu kurallara riayetın sağlanması (denetim) olarak tanımlanabilir.⁶⁹⁸

Bağımsız idari kurumlar regülasyon işlevini yerine getirirken; düzenleyici ve bireysel işlem tesis edebilirler,⁶⁹⁹ faaliyet alanına giren hususlarda gözetim ve denetim yetkisine sahiptirler⁷⁰⁰ ve bu yetki gereğince bir konuya ilişkin olarak bilgi isteme, araştırma, inceleme ve soruşturma yapma, yaptırım uygulayabilme ve yargıyı harekete geçirme gibi imkanları kullanabilirler.⁷⁰¹ Öte yandan, söz konusu kurumlar sırf bu regülasyon işlevine özgü sui generis bazı yetkiler de kullanabilirler ki, bunlara örnek olarak; klasik bir idari yapının sahip olmadığı özel kişilere emir ve talimat verebilme yetkisi ile görev alanına ilişkin olarak kamuoyunu rapor, bildiri ve uyarı gibi yollarla ve basın - medya aracılığıyla bilgilendirme gibi yetkiler gösterilebilir.⁷⁰² Diğer taraftan regülasyon işlevi içinde yer alan unsurlar öğretilde bağımsız idari kurumların işlevsel özellikleri altında; düzenleme yetkileri, gözetim, denetim ve yaptırım uygulama yetkileri, danışmanlık işlevleri ve uyuşmazlık çözüme işlevleri şeklinde başlıklandırılarak da incelendiği görülmektedir. Gerçekten ülkemizde faaliyet gösteren bağımsız idari kurumların kuruluş yasalarına bakıldığında bu kurumların söz konusu yetkilerle donatıldığı görülecektir.⁷⁰³

Bağımsız idari kurumların Anayasal statüleri, idari örgütlenme içerisindeki yerleri ve bakanlıklar ile diğer kurumlarla ilişkileri öğretilde tartışma konusudur.⁷⁰⁴

Anayasa'nın 123'üncü maddesinde; "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur." hükmüne yer almaktadır.

⁶⁹⁸ KARAKILIÇ Hasan, age., s.56.

⁶⁹⁹ ATAY Ethem, agm., s.282.

⁷⁰⁰ TAN Turgut, "Bağımsız İdari Otoriteler", s.10; ATAY Ethem, agm., s.287.

⁷⁰¹ ULUSOY Ali, "Bağımsız İdari Kurumlar", s.6.

⁷⁰² ULUSOY Ali, "Bağımsız İdari Kurumlar", s.6.

⁷⁰³ ÖZCAN Evlin Evrim, İdare Hukuku Açısından Türkiye'de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve Avrupa Birliği, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları, Ankara 2010, s.104.

⁷⁰⁴ Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması, TÜSİAD, 2002, s.189.

Bağımsız idari kurumlar, devlet tüzel kişiliğinden ayrı tüzel kişiliğe sahip olmaları ve merkezi idarenin genel ve istisnai bir gözetim yetkisi dâhilinde organik, işlevsel, teknik ve finansal yönden özerkliğe sahip olmaları nedeniyle yerinden yönetim kuruluşu olarak kabul edilebilirler. Bu durumda, söz konusu kurumların yerinden yönetim kuruluşları içinde nasıl konumlandırılacağı sorunu gündeme gelecektir. Bağımsız idari kurumların yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları (yerel yönetimler) kategorisinde olmadığı açıktır. Diğer taraftan, bu kurumların; regülasyon işlevini yerine getirmeleri nedeniyle hizmet yerinden yönetim kuruluşlarına nazaran yarı yargısal ve yasama benzeri yetkiler gibi daha geniş işlevlere sahip olmaları, kararları üzerinde idarenin bazı yetkileri bulunan hizmet yerinden yönetim kuruluşlarından farklı olarak kararlarının idarenin hiçbir doğrudan müdahalesine tabi olmaması, organlarının bağımsızlığının hizmet yerinden yönetim kuruluşları ile mukayese edilemeyecek derecede üst seviyede olması nedenleriyle hizmet yerinden yönetim kuruluşlarına göre daha farklı bir şekilde konumlandırılmaları gerektiği ve yerel yönetimler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları yanında üçüncü bir yerinden yönetim kuruluşu kategorisini oluşturdukları söylenebilir.⁷⁰⁵

Buna göre, bağımsız idari kurumların açık anayasal bir dayanağının bulunduğunu söylemek güçtür. Bu konuda öğretilen bazı yazarlar Anayasa’da değişiklik yapılarak 123’üncü maddeye konuya ilişkin bir fıkra eklenilmesinin yerinde bir çözüm olacağını savunurken⁷⁰⁶ bazı yazarlar da, Anayasa’nın 167’nci maddesinde Devlete verilen görevler kapsamında onun adına söz konusu görevleri yerine getirmek için kanunla bağımsız idari kurum kurulabileceğini, dolayısıyla bunların Anayasa’da özel olarak öngörülmesinin şart olmadığını savunmaktadır.⁷⁰⁷

Kanunla merkezi idareye kamu yararının ve kamu hizmetlerinin gereği gibi sağlanmasına yönelik olarak verilen yetki veya yetkiler idarenin bütünlüğü ilkesine riayet edildiği sonucunu doğuracaktır. Bu bağlamda bağımsız idari kurumların “ilişkili”

⁷⁰⁵ ULUSOY Ali, “Bağımsız İdari Kurumlar”, s.12-13.

⁷⁰⁶ ATAY Ethem, agm., s.273; ALTUNDİŞ Mehmet, agm.

⁷⁰⁷ TAN Turgut, “Bağımsız İdari Otoriteler”, s.17.

olacakları merkezi idare birimlerinin öngörölmüş olması bu kurumlar bakımından idarenin bütönlüğü ilkesinin sağlandığı anlamına gelecektir.⁷⁰⁸

2. Kuruluş Amacı

Hukukta kamu hizmeti, ekonomi yaklaşımında da evrensel hizmet kapsamında değeriendirilen hizmetler, tarihsel olarak dikey bütönlüşik tekeller tarafından sunulmuş olup, bu şirketlerin tekel olmasının temelinde teknolojik özellikler yatmıştır.⁷⁰⁹

Kamu hizmeti üreten doğal tekeller, son 20-25 yıla kadar çoğu ölkede başta tekel gücünün yol açacağı zararları önlemek bunun yanı sıra da kamu mülkiyeti altında evrensel hizmet hedeflerine daha rahat ulaşılacağına olan inanç nedeniyle kamu mülkiyeti altında örgütlenmiştir. Son 20-25 yılda ise, özellikle teknolojik gelişmeler ışığında telekomünikasyon ve elektrik gibi sektörlerin bazı bölümlerinin rekabete açılması mümkün hale gelmiş, bu bölümler doğal tekel özelliklerini kaybetmeye başlamıştır. Bununla birlikte bu bölümlerde de rekabetin işleyebilmesi için piyasaya yeni giren işletmelerin doğal tekel özelliğini korumaya devam eden şebeke unsurlarına erişiminin garanti altına alınması gerekmiştir.⁷¹⁰

⁷⁰⁸ ULUSOY Ali, “Bağımsız İdari Kurumlar”, s.15. “bu “ilişki”nin adıgeçen bakanlıklara birtakım idari yetkiler sağlayacağını da kabul etmek gerekir. Örneğin, bu kurumların mali yönden denetimi için Sayıştay ve Devlet Denetleme Kurumu gibi birimleri doğrudan veya dolaylı olarak harekete geçirme yetkisinden sözedilebilir. Daha da önemlisi, bu “ilişki”nin adıgeçen bakanlıklara, bu kurumların hukuka aykırı gördükleri işlemlerinin iptali için idari yargıya başvurabilme yetkisini de kapsadığı kabul edilmelidir.”

ULUSOY Ali, “Bağımsız İdari Kurumlar”, s.15-16.

⁷⁰⁹ ATİYAS / ODER, Türkiye’de Özelleştirme Hukuk ve Ekonomisi , s.32. “Bu teknolojik özelliklerin iki yönü önemlidir. Birincisi, bu sektörlerde yapılan yatırımlar miktarca büyük ve uzun ömürlüdür; ayrıca bu yatırımların batık olma özelliği yüksektir. Yatırımların batık olması, bir kez yatırım yapıldıktan sonra, buraya bağlanan kaynakların başka faaliyet alanlarındaki değerlerinin düşük olması, yani yatırımların taşınamaz olmasıdır. İkincisi, bu sektörlerde maliyet yapılarına ölçek ve kapsam ekonomileri hakim olmuştur. Ölçek ve kapsam ekonomilerinin yüksek olduğu ortamlarda, sunulan mal ve hizmetlerin en ekonomik (maliyeti en düşük) sunumu, tek bir şirket tarafından sunulmasıdır. Şirket sayısının artması, maliyetleri yükseltir. Öte yandan yatırımların batık olması da bu sektörlerde vur-kaç rekabetinin mümkün olmaması anlamına gelir. Bu etkenler sonucu da bu sektörlerde rekabetin gelişmesi hem zor veya imkansız, hem de toplumsal refah açısından arzu edilmeyen bir durum olur. Bu tür tekelere doğal tekel adı verilir.” ATİYAS / ODER, Türkiye’de Özelleştirme Hukuk ve Ekonomisi , s.32. Evrensel hizmete konu temel hizmetler; istisnasız herkese makul bir kalite ve fiyattan, sürekli ve düzenli olarak sunulmak zorunda olunan ve çağdaş bir insan için vazgeçilmesi mümkün olmayan minimum ortak ihtiyaçlardır. ULUSOY Ali, “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, AÜHFİD, 1999, C.XLVIII, S.1, s.169.

⁷¹⁰ ATİYAS / ODER, Türkiye’de Özelleştirme Hukuk ve Ekonomisi , s.32-33.

Nitekim, elektrik piyasasında da diğer birçok piyasa gibi pazara girişi mümkün kılabilme ve rekabeti sağlayabilme amacıyla öncelikle mevcut tekeli yapının ortadan kaldırılması; bunun için de sektörün doğal tekel özelliği gösteren alanlarının, rekabete açılacak alanlardan ayrılması gerekmiştir. Pazarın bu şekilde bölünmesi ile doğal tekel olarak kabul edilen iletim ve dağıtımın; üretim ve ticaretten ayrılması amaçlanmıştır. Rekabete açılan üretim ve ticaret alanlarında faaliyet gösteren teşebbüsler doğal tekel olan iletim ve dağıtım hatlarını kullanarak ürettikleri elektriği tüketicilere ulaştırabilecekleri için de, iletim ve dağıtım hatlarını (şebeke) elinde bulunduran teşebbüslere üçüncü kişilere şebekeye erişim hakkı tanınması yükümlülüğü ve ayrımcılık yasağı getirilmiştir.⁷¹¹

Doğal tekellerin özel mülkiyet altında olması çeşitli sorunlar doğurmaktadır. Nitekim; özel şirketlerin temel hedefi kâr maksimizasyonu olup, tekeli piyasa yapısı altında kâr maksimizasyonu toplumsal refah açısından olumsuz sonuçlar doğurur. Tekeli fiyatlar aşırı yüksek olur, dolayısıyla tahsisat etkinliğinden uzaktır. Ayrıca genelde tekellerin maliyet ve dinamik bakımdan etkinlik sağlayamadıklarına da inanılır. Dolayısıyla doğal tekel özelliği olan sektörlerde özelleştirilen teşebbüslerin faaliyetlerinin kamu yararı gözetilecek biçimde gözetim ve denetim altında tutulması (regülasyon) gerekir. Bu tür düzenlemeler iki temel kurumsal biçim içinde hayata geçirilmiştir. Bunlardan birincisi düzenleme yapma yetkisi olan ve bu yetkiyi hükümetlerden bağımsız olarak ve belirli bir özerklik içinde kullanabilen idari bağımsız kurumlardır. Düzenlemenin ikinci yolu ise “sözleşme yolu ile düzenleme”dir.⁷¹²

⁷¹¹ KARAMUSTAFAOĞLU Mert, Elektrik Üretimi Pazarındaki Mevcut Sözleşmelerin Pazarın Rekabetçi Yapısı Üzerindeki Etkileri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, s.53.

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez84.pdf>

İletim ve dağıtım ilave bir iletim veya dağıtım hattı çekilmesinin hem fiziksel olarak zor olması hem de yüksek yatırım maliyetleri nedeniyle doğal tekel özellikleri taşımaktadır. AKÇOLLU Yeşim, Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003, s.5.

⁷¹² ATİYAS / ODER, Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi , s.33. Düzenlenecek alanlar ATİYAS / ODER tarafından şu şekilde ifade edilmektedir: “Düzenlenecek alanların başında tarifeler gelir. Tarife düzenlemelerinin hedefi, bir taraftan tüketicileri korumak ve böylece tahsisat etkinliğini sağlamaya çalışmak, bir taraftan da işletmeleri yatırıma özendirerek kârlılığı sağlamaktır. Tarife düzenlemelerinde gözetilmesi gereken başka boyutlar da vardır. Bunlardan bir tanesi tarife düzenlemesinin işletmeleri maliyet etkinliğini sağlamaya ne kadar özendirdiğidir. Farklı tarife düzenleme biçimleri maliyetleri düşürme konusunda işletmelere farklı teşvikler sunarlar. Bir başka önemli boyut, risk paylaşımıdır. Kimi tarife düzenlemeleri talep veya maliyetteki olası riskleri düzenlenen işletmenin yüklenmesine yol açarken, kimileri bu risklerin tüketiciye veya devlete yansıtılmasına izin verir. Düzenleme ihtiyacı olabilecek bir başka alan ise yatırımlardır. Kamu hizmeti ilkeleri ışığında bakılacak olunursa süreklilik, değişiklik ve uyum ilkelerinin yerine getirilmesi, ekonomik terimlerle ifade edilecek

Nitekim; elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli ve düşük maliyetli bir şekilde tüketicilere sunulması için rekabete dayalı ve şeffaf bir piyasa yapısı öngören ve 2001 yılında yürürlüğe giren 4628 sayılı Kanun ile bağımsız bir idari kurum olan EPDK kurulmuş ve piyasanın düzenlenmesi ve denetlenmesi görevi bu Kuruma verilmiştir. Söz konusu Kanun, endüstrinin dikey bütünlük yapısının ayrıştırılarak, elektriğin üretimi ve satışı faaliyetlerinin rekabete açılmasını, doğal tekel niteliğindeki dağıtım ve iletim faaliyetlerinin ise düzenlemeye tabi olarak yürütülmesini öngörmektedir.⁷¹³

Elektrik piyasasında düzenleyici otorite olarak EPDK'nın kurulması ile ilgili olarak Kanun'un genel gerekçesinde de; "Kanun'un "Elektrik enerjisi sektörlerini yeniden yapılandırmış olan ülkelerden pek çoğunda, bu yapılandırma sürecinin temel unsurlarından biri, denetim ve düzenleme faaliyetlerinde bulunan, siyasal otoriteden bağımsız bir organın oluşturulması olmuştur. Ülkemizde böyle bir bağımsız organın (Elektrik Piyasası Düzenleme Kurulunun) oluşturulması da dünyada gözlenen uygulamalarla uyumlu bir düzenlemedir. Ayrıca, ülkemizin AB müktesebatına ve enerji mevzuatına uyumu açısından da bu organın kurulması gerekli görülmektedir. Nitekim, katılım ortaklığı belgesinin "Enerji" başlıklı bölümü de elektrik sektörü için bağımsız bir düzenleyici makamın kurulmasını, bu makamın görevlerini etkin bir şekilde yerine getirebilmesi için yetki ve araçlarla donatılmasını, iç enerji piyasasının açılmasını öngörmektedir. Bu Kanun, piyasada kamu adına denetim ve gözetim görevini yapmak üzere bağımsız bir düzenleyici idarenin, "Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu"nun oluşturulması ve teşkilâtlandırılmasını da içermektedir." ifadelerine yer verilmiştir.

olunursa dinamik etkinliğin sağlanması önemli ölçüde yeterli yatırımların yapılmasına bağlıdır. Öte yandan, düzenlemenin aşırı yatırımları da önlemesi ve böylece israfa meydan vermemesi gerekmektedir. Sunulan mal ve hizmetin kalitesi de bir başka düzenleme alanıdır. Yine kamu hizmeti hukukunda sözü edilen süreklilik ilkesinin önemli bir boyutu da hizmet kalitesi ile ilgili olmaktadır. Kalitenin düzenlenmesi kalite standartlarının ve kriterlerinin belirlenmesini gerektirir...

Bu alanlar birbirinden bağımsız değildir. Örneğin; tarife düzenlemesi, riski önemli ölçüde tüketicilere veya devlete yüklüyorsa, bu durum işletmenin kaliteyi gözetmesini kolaylaştırır, yatırımları özendirir, ancak işletmeyi aşırı yatırım yapmaya da itebilir." ATİYAS / ODER, Türkiye'de Özelleşirmenin Hukuk ve Ekonomisi , s.33-34.

⁷¹³ ÖZERCAN Müge, Elektrik Endüstrisinin Yeniden Yapılandırılması ve Deregülasyonu Sürecinde Parekende Satış Rekabeti, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, s.58
<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez78.pdf>; ASLAN ve ark., age., s.401.

3. Teşkilat Yapısı

4628 sayılı Kanun ile kurulan EPDK, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip olup, Kurumun merkezi Ankara'dadır.⁷¹⁴

EPDK kurum olarak örgütlenmiştir ve Kurumun karar organı Kuruldur. Nitekim bu husus 4628 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde "Kurum, bu Kanundan kaynaklanan görevlerini yerine getirirken yetkilerini Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu vasıtasıyla kullanır. Kurumun temsil ve karar organı Kuruldur." şeklinde vurgulanmaktadır. Ayrıca söz konusu husus 5'inci maddede de, "Başkanlık tarafından Kurum personeline verilen yetkiler hariç olmak üzere, Kurumun tüm kararları Kurul tarafından alınır." şeklinde yer almıştır. Kurumun teşkilatı; Kurul, başkanlık ve hizmet birimlerinden oluşmaktadır.⁷¹⁵

Kurul, biri Başkan, biri İkinci Başkan olmak üzere dokuz üyeden oluşmaktadır. Kurul başkan ve üyelerinin görev süresi altı yıldır. Görev süresi sona eren üyeler tekrar seçilebilir. Kurul üyeleri; hukuk, siyasal bilgiler, idari bilimler, kamu yönetimi, iktisat, mühendislik, işletme ya da maliye dallarında eğitim veren en az dört yıllık yüksek öğrenim kurumlarından mezun olmuş, kamu kurum ve kuruluşlarında ya da özel sektörde en az on yıl deneyim sahibi ve mesleğinde temayüz etmiş kişiler arasından Bakanlar Kurulunca atanır. Bakanlar Kurulu, atamayla birlikte Kurul Başkanını ve İkinci Başkanı görevlendirir.⁷¹⁶ Kurul üyeleri, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu huzurunda yemin etmedikçe göreve başlayamaz. Ayrıca Kurul üyeleri göreve başlama ve görevden ayrılma tarihlerinden itibaren bir ay içinde ve görevleri devam ettiği sürece her iki yılda bir mal beyanında bulunmak zorundadır.⁷¹⁷

Kurul üyelerinin kamusal ve/veya çeşitli kurum ve kuruluşlar tarafından isim önerilmeksizin doğrudan Bakanlar Kurulunca atanması, Türkiye'deki diğer bağımsız idari kurumlara göre farklı bir özelliktir.⁷¹⁸ ULUSOY'a göre bu durum idarenin

⁷¹⁴ 4628 sayılı Kanun m.4.

⁷¹⁵ 4628 sayılı Kanun m.4.

⁷¹⁶ 4628 sayılı Kanun m.5.

⁷¹⁷ 4628 sayılı Kanun m.7.

⁷¹⁸ KARAKILIÇ Hasan, age., s.128.

bütünlüğü ilkesinin gereğinin yerine getirilmesi bakımından yerinde iken⁷¹⁹ASLAN ise Anayasa Mahkemesinin, 04.08.2006 tarih ve 26248 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 21.09.2004 tarih ve E:2002/100, K:2004/109 sayılı kararına dayanarak Anayasa’ya aykırı olduğunu ifade etmektedir.⁷²⁰ Teorik tartışmalar bir yana, hem bu atama şeklinin hem de Kurul üyelerinin yeniden atanabilmesinin, Kurulun organik bağımsızlığını anlamsızlaştırdığı söylenebilir.

Başkanlık Kurum Başkanı ve Kurum İkinci Başkanından oluşmaktadır. Kurul Başkanı aynı zamanda Kurumun da başkanı olup, Başkanlığın genel ve standart görevi; kurul kararlarının uygulanması, yürütülmesi ve Kurulun temsilidir. Başkan’ın yokluğunda da Başkanlığa verilen görevler ikinci başkan tarafından yapılacaktır.⁷²¹ Başkanlığın görev ve yetkilerine 4628 sayılı Kanun’un 5’inci maddesinde yer verilmiş olup, söz konusu görevlerin tamamı EPDK’nın iç işleyişi ve sistemi ile ilgili görevlerdir. Bununla birlikte Kurul uygun bulduğu konularda Başkanlığa görev ve yetkiler vermek suretiyle Başkanlığın görev ve yetkileri arasında sayılmayan hususları da Başkanlığa yaptırabilecektir.⁷²²

Daha önce ifade edildiği üzere bağımsız idari kurumların “ilişkili” olacakları merkezi idare birimlerinin öngörülmüş olması bu kurumlar bakımından idarenin bütünlüğü ilkesinin sağlandığı anlamına gelmektedir.⁷²³ 4628 sayılı Kanun’da da⁷²⁴ EPDK’nın ilişkili olduğu Bakanlığın, ETKB olduğu ifade edilmek suretiyle bu anlamda idarenin bütünlüğü ilkesine riayet edilmiştir. Burada ilişkili Bakanlık EPDK’nın işlemlerini onaya tabi tutamaz, iptal edemez ve yürürlüklerini geciktiremez. Organik anlamda da doğrudan bir denetim söz konusu değildir. Zira 4628 sayılı Kanun’un 6’ncı maddesi uyarınca maddede belirtilen istisnalar dışında Kurul üyelerinin görev süreleri

⁷¹⁹ ULUSOY Ali, Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara 2003, s.162.

⁷²⁰ ASLAN ve ark., age., s.406. Söz konusu karara göre bağımsız veya özerk kurulların üyelerinin Bakanlar Kurulu tarafından atanması belirli şartlarla Anayasa’ya aykırılık teşkil etmeyecektir Bu şartlar; i) üyelerin niteliklerinin yasada belirtilmiş olması ii) adayların yasada belirtilmiş olması iii)Bakanlar Kurulu tarafından atama yapılmasının Kurulun özerk yapısını bozmayacak sayıda olmasıdır. Buna göre, EPDK’nın üyelerinin niteliklerinin Kanun’da belirlenmiş olmakla birlikte adayların kimler olacağının düzenleme altına alınmaması, ayrıca Kurulun özerk yapısını bozacak şekilde, Kurul üyelerinin tümünün Bakanlar Kurulu tarafından atanması nedenleriyle Kanun’un üyelerin atanmasına ilişkin hükmü Anayasa’ya aykırıdır. ASLAN ve ark., age., s.406.

⁷²¹ 4628 sayılı Kanun m.5.

⁷²² ASLAN ve ark., age., s.403.

⁷²³ ULUSOY Ali, “Bağımsız İdari Kurumlar”, s.15.

⁷²⁴ 4628 sayılı Kanun m.4.

dolmadan görevlerine son verilemez.⁷²⁵ Ama tekrar etmek gerekir ki, hem doğrudan doğruya Bakanlar Kurulunca atama yapılması, hem de görevi biten üyenin yeniden atanmasının mümkün olması, organik bağımsızlığın pek de anlamlı olmasını önlemektedir.

Öte yandan, 4628 sayılı Kanun'da ETKB'ye yetki verilen maddelerle, ETKB-EPDK ilişkisini içeren maddelerin incelenmesi de hem EPDK'nın özerkliğinin tespiti hem de idarenin bütünlüğü ilkesinin tesis edilip edilmediği noktasında büyük önem taşımaktadır. Nitekim Kanun'a göre EPDK'nın, bir önceki mali yıl için, en geç bir sonraki yılın Nisan ayının sonuna kadar içinde konsolide edilmiş gelir tabloları, bilançolar ve yıllık faaliyetleri esas alan kapsamlı mali tabloları içeren yıllık raporu yalnızca bilgilendirme amaçlı olarak ETKB'ye göndermesi gerekmektedir.⁷²⁶ Ayrıca, Kanun'da, belirli bölgelere ve/veya belirli amaçlara yönelik olarak tüketicilerin desteklenmesi kapsamında, geri ödeme şeklinde yapılacak sübvansiyonların miktar ile esas ve usullerinin teklifi görevi ETKB'ye; karara bağlanması görevi ise Bakanlar Kuruluna verilmiştir.⁷²⁷ Yine Kanun'da, ETKB'ye hazırlık dönemi ile sınırlı olmak üzere birtakım yetkiler tanınmıştır.⁷²⁸ Bunun dışında Kanun'da ETKB; elektrik enerjisi arz güvenliğinin izlenmesinden ve arz güvenliğine ilişkin tedbirlerin alınmasından sorumlu kılınmış ve bu bağlamda ETKB'ye çeşitli görevler verilmiştir.⁷²⁹ Kanun'da Kurula yasal düzenleme ihtiyacı duyması halinde gerekli hazırlıkları yaparak ETKB'ye sunma görevi de verilmiştir.⁷³⁰ Bu genel hükme rağmen ayrıca Kanun'un bazı maddelerinde EPDK tarafından çıkarılacak yönetmeliklerde, belirlenecek usul ve esaslarda ve alınacak bazı kararlarda Bakanlık görüşünün de alınması şartı konulmuştur.⁷³¹ Söz konusu hükümlerden, EPDK'nın sahip olduğu yetkilerin ETKB'ye hiyerarşik ya da idari vesayet yetkisi tanımadığı görülecektir. Diğer taraftan, 4628 sayılı Kanun'da ETKB ile EPDK arasında bilgi akışı ve görüş alışverişini içeren düzenlemelere yer verilmesi idareyi oluşturan örgütlerin görevleri yönüyle de bir bütünlük göstermeleri ve söz konusu örgütlerin birbirinden kopuk değil fakat birbirleri

⁷²⁵ KARAKILIÇ Hasan, age., s.129.

⁷²⁶ 4628 sayılı Kanun m.8/c.

⁷²⁷ 4628 sayılı Kanun m.13.

⁷²⁸ 4628 sayılı Kanun Geçici m.3.

⁷²⁹ 4628 sayılı Kanun Ek m.3.

⁷³⁰ 4628 sayılı Kanun m.5.

⁷³¹ 4628 sayılı Kanun Geçici m.6, Geçici m.10, Geçici m.17.

ile uyum içinde yürütmeleri zorunluluğunu ifade eden idarenin bütünlüğü ilkesinin tesisi bakımından olumlu olarak değerlendirilebilir.⁷³²

4. Görev ve Yetkileri

a. Genel Olarak

Kurulun EPDK'nın karar organı olması nedeniyle, Kurulun görev ve yetkileri esas olarak EPDK'nın görev ve yetkilerine tekabül etmektedir. Kurulun görevlerine 4628 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin altıncı fıkrasında ayrıntılı şekilde yer verilmiştir. Esasen söz konusu madde fıkrasında yer alan hususlar Kanun'un 4'üncü maddesinde de yer almakta ve bu nedenle tekrar söz konusu olmaktadır.⁷³³ Kurulun yetkilerine ise Kanun'un 5'inci maddesinin 7'nci fıkrasında yer verilmiştir. Anılan maddelerde yer alan ve elektrik piyasasına ilişkin olan görev ve yetkiler, bağımsız idari kurumların başlıca işlevleri dikkate alınmak suretiyle aşağıda başlıklar altında incelenmeye çalışılacaktır.

b. Düzenleme Yetkisi

Kurulun düzenleme yetkisi, kaynağını Anayasa'nın 124'üncü maddesinde yer alan "Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler." hükmünden almaktadır.⁷³⁴ Bununla birlikte 4628 sayılı Kanunda da Kurula yönetmelik çıkarma yetkisinin açıkça tanındığı görülmektedir.

⁷³² GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.I, s.160-161.

⁷³³ ASLAN ve ark., age., s.409. 4628 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi incelendiğinde Kurulun görevleri yanında madde metninin sonunda, Başkanlığın görev ve yetkilerinin de sayıldığı görülecektir.

Başkanlığın görev ve yetkileri daha çok EPDK'nın bir bağımsız idari kurum olarak kendi iç yapısı ve işleyişine ilişkin gibi görünmekle birlikte; özellikle Kurul'un temsilinin, söz konusu madde hükmüyle Başkanlığa verilmesi Kanun'da Kurum'un karar ve temsil organı olduğu belirtilen Kurul'un konumunun açıklanmasında duraksamaya düşülmesine sebebiyet verebilir. ÖZCAN Evlin Evrim, age., s.104-105.

⁷³⁴ Yani, bir kamu tüzel kişisi olarak EPDK'nın da zaten kendi görev alanıyla ilgili düzenleme yapmak yetkisi vardır.

Söz konusu düzenleme yetkisi, yasalar çerçevesinde yerine getirilen türevsel / ikincil bir yetki olup, bu nedenle bu yetki kullanılarak yapılacak işlemlerle, yasal düzenlemenin kapsamının daraltılmaması veya genişletilmemesi gerekir.⁷³⁵ Bunun için de düzenleme yetkisinin sınırlarının ve kapsamının yasayla belirli olması gerekmektedir. Nitekim bu husus, Anayasa Mahkemesinin aşağıda yer verilen kararında da;

“...Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin TBMM'nce kullanılacağı ve devredilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Bu kural karşısında, Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayırık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

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 düzenlenmesine bırakmaması gerekir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren kural, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer.”⁷³⁶

şeklinde vurgulanmaktadır.

Kurul görev alanına ilişkin olarak düzenleme yetkisini sadece yönetmelik şeklinde değil aynı zamanda “tebliğ” ve karar şeklinde de kullanmaktadır.

⁷³⁵ KARAKILIÇ Hasan, age., s.132; ÖZCAN Evlin Evrim, age., s.105.

⁷³⁶ Anayasa Mahkemesi, E.1993/5, K.1993/25, T.06.07.1993 (RG: T.25.02.1995, S.22213).

Kurulun elektrik piyasasına ilişkin düzenleme yetkisinden kaynaklanan görevleri şu şekilde sıralanabilir:⁷³⁷

- İşletme hakkı devri kapsamındaki mevcut sözleşmeleri bu Kanun hükümlerine göre düzenlemek.
- Kanun'da yer alan fiyatlandırma esaslarını tespit etmek.
- Piyasa ihtiyaçlarını dikkate alarak serbest olmayan tüketicilere yapılan elektrik satışında uygulanacak fiyatlandırma esaslarını tespit etmek.
- Her yılın ocak ayının sonuna kadar, serbest tüketici tanımına ilişkin limitlerdeki indirimleri belirlemek ve yeni limitleri yayımlamak.
- Tüketicilere güvenilir, kaliteli, kesintisiz ve düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti verilmesini teminen gerekli düzenlemeleri yapmak.
- Üretim, iletim ve dağıtım şirketleri ile otoprodüktör ve otoprodüktör grubu tesisleri için güvenlik standartları ve şartlarını tespit etmek.
- Kanunun amaçları ile uyumlu olarak, gerektiği durumlarda, model anlaşmalar geliştirmek.
- Ticari sırlar ve gizli rekabet bilgileri de dâhil olmak üzere, ticari açıdan hassas olan her türlü bilginin açıklanmasını engelleyecek usul ve esasları belirlemek.
- Rekabeti sağlamak için iştirakler arası ilişkilere ilişkin standartlar ve kurallar oluşturmak, uygulamak ve bu standartların, piyasa faaliyetlerinde karşılıklı iştirak, işletme ve muhasebe konularında kısıtlamalar içermesi gerektiğinde, bu kısıtlamaları belirlemek.

⁷³⁷ 4628 sayılı Kanun m.4 ve 5.

- Uluslararası organizasyon ve teşkilatların piyasaya ilişkin mevzuat ve uygulamalarını izleyerek, gerekli gördüğü düzenlemeleri yapmak; yasal düzenleme ihtiyacı duyulması halinde gerekli hazırlıkları yaparak Bakanlığa sunmak.

Söz konusu maddelerin tümü incelendiğinde aslında Kurulun düzenleme yetkisi çerçevesindeki görevlerinin hukuki düzenlemeler yapmakla sınırlı olmadığı idari, teknik ve ekonomik düzenlemeler hazırlamayı da kapsadığı anlaşılabacaktır.⁷³⁸

4628 sayılı Kanun'a göre⁷³⁹ EPDK, Kurul kararıyla bu Kanun hükümleri uyarınca çıkaracağı yönetmelikleri, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin ve ilgili kurum ve kuruluşların görüşlerini alarak hazırlamak zorundadır. Söz konusu hükmün, elektrik gibi stratejik öneme sahip bir alanın, bu konudaki görevli kurum ve kuruluşlar ile eş güdüm içinde düzenlenmesi, daha verimli ve problemsiz uygulamalarla karşılaşılması ve şeffaflığın sağlanması açısından önemli ve yerinde olduğu söylenebilir.

c. Gözetim ve Denetim Yetkisi

Bağımsız idari kurumlar faaliyet gösterdikleri alandaki aktörler tarafından düzenlemelere uyulup uyulmadığını gözlemek ve denetlemek durumundadır.⁷⁴⁰ Yani önce oyunun kurallarını belirlemek (düzenleme yetkisi) ve sonra da bu kurallara uyulup uyulmadığını gözetmek ve denetlemek bu kuruluşların görevidir. Burada genel kolluk yetkilerini aşan sektörel bazda özel bir kolluk yetkisi kullanımı vardır. Bunu sağlamak üzere söz konusu kurumlara bilgi ve belge isteme, yerinde inceleme yapma gibi yetkiler verilmektedir.⁷⁴¹

⁷³⁸ ÖZCAN Evlin Evrim, age., s.106; ASLAN ve ark., age., s.410. Öte yandan, EPDK'nın ekonomik düzenlemeye ilişkin yetkileri; piyasaya giriş ve çıkışlara ilişkin yetkiler, piyasadaki faaliyetlerin düzenlenmesine ilişkin yetkiler ve rekabetin sağlanması ve korunması alanına ilişkin yetkiler olarak sınıflandırılabilir. ASLAN ve ark., age., s.411 vd.

⁷³⁹ 4628 sayılı Kanun m.4.

⁷⁴⁰ Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması, s.180.

⁷⁴¹ TAN Turgut, "Bağımsız İdari Otoriteler" s.10.

EPDK'nın, Kurul aracılığıyla kullandığı gözetim ve denetim yetkisinin kaynağı, 4628 sayılı Kanun'un 4 ve 5'inci maddeleridir.⁷⁴² Anılan Kanun'da gözetim ve denetime ilişkin birçok düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Nitekim, Kanun'da, özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım plânlaması ve uygulamasında Kurula onay, değişiklik ve denetim yetkisi verilmiştir.⁷⁴³ Yine Kanun'da, EPDK, piyasa performansının izlenmesinden, performans standartlarının ve dağıtım ve müşteri hizmetleri yönetmeliklerinin oluşturulmasından, tadilinden ve uygulattırılmasından, denetlenmesinden sorumlu tutulmuştur.⁷⁴⁴ Ayrıca Kanun'da, Kurula piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin eşitlik ve şeffaflık standartlarına uymalarını sağlamak için faaliyetlerini, uygulamalarını ve ilgili lisans hüküm ve şartlarına uyup uymadıklarını denetlemek görevi verilmiştir.⁷⁴⁵ Yine Kanun'da, Kurul iletim yatırım planı ile bu planlarla uyumlu olarak mülkiyeti kamuda olan dağıtım tesislerini işleten dağıtım şirketleri tarafından hazırlanan dağıtım yatırım planlarını onaylamak, gerektiğinde revize edilmesini sağlamak ve onay verdiği yatırım planlarının uygulanmalarını denetlemekle görevlendirilmiştir.⁷⁴⁶ Ayrıca Kanun'da, Kurula piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin denetlenmiş mali tablolarını incelemek veya incelettirmek görevi de verilmiştir.⁷⁴⁷

⁷⁴² ÖZCAN Evlin Evrim, age., s.106.

⁷⁴³ 4628 sayılı Kanun m.2-(4)-c.

⁷⁴⁴ 4628 sayılı Kanun m.4-(2).

⁷⁴⁵ 4628 sayılı Kanun m.5-(6)-i.

⁷⁴⁶ 4628 sayılı Kanun m.5-(7)-d.

⁷⁴⁷ 4628 sayılı Kanun m.5-(7)-j. 28.2.2003 tarih ve 25034 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmeliğin "Kurul, lisans sahibi tüzel kişinin faaliyet ve uygulamaları ile işlem, hesap ve mali tablolarının bağımsız denetim kuruluşları ve/veya teknik denetim yapabilecek kişi veya kuruluşlar vasıtasıyla denetlenmesini kararlaştırabilir. Bu tür denetim hizmetlerinin bedeli ilgili lisans sahibi tüzel kişi tarafından karşılanır. Ancak, Kurulun gerek görmesi halinde, bedeli Kurumca karşılanmak kaydıyla da denetim yaptırılabilir." şeklindeki 22'nci maddesinin iptali istemiyle Danıştay 13. Dairesi nezdinde açılan davada anılan Dairece kararda "Kurumların kanunla kendilerine verilen zorunlu bir kamu hizmetinin yürütülmesinde, yasal bir düzenleme olmadıkça bu hizmetle ilgili şahıslardan bir bedel istenmesi kamu hizmeti kavramına uygun bulunmamaktadır. 4628 sayılı Kanunun 5. maddesinin beşinci fıkrasının (j) bendinde, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin denetlenmiş malî tablolarını incelemek veya incelettirmek Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun görevleri arasında belirlenmiş olup, davalı idarenin yapmakla yükümlü olduğu bu denetim görevi karşısında yukarıda açıklandığı üzere bir bedel istenmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Bu itibarla sözü edilen yönetmelik hükmünün "Bu tür denetim hizmetlerinin bedeli ilgili lisans sahibi tüzel kişi tarafından karşılanır. Ancak, Kurulun gerek görmesi halinde, bedeli Kurumca karşılanmak kaydıyla da denetim yaptırılabilir." şeklinde düzenlenmesi"nin hukuka aykırı olduğu belirtilerek maddede geçen "Bu tür denetim hizmetlerinin bedeli ilgili lisans sahibi tüzel kişi tarafından karşılanır. Ancak Kurulun gerek görmesi halinde, bedeli Kurumca karşılanmak kaydıyla da denetim yaptırılabilir." ibaresinin iptaline karar verilmiştir. Danıştay 13'üncü Dairesi, E.2005/5263, K.2005/5709, T.29.11.2005.

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

EPDK'nın söz konusu gözetim ve denetim işlevini yerine getirirken piyasa aktörlerinin gerekli bilgi ve belgeleri sağlaması gerekmekte olup, Kanun'da buna ilişkin olarak lisans sahibi tüzel kişilerin; tesislerini, yasal defter ve kayıtlarını Kurul denetimine hazır bulundurmak, Kurul tarafından talep edildiğinde denetime açmak ve EPDK'nın faaliyetlerini yerine getirebilmesi için ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi zamanında Kurula vermek zorunda olduğu yönünde düzenleme yer almaktadır.⁷⁴⁸ Ayrıca Kanun'da gerekli bilgi ve belgelerin sağlanmamasına yaptırım da getirilmiştir. Buna göre, Kurul tarafından bilgi isteme veya yerinde inceleme hallerinde; istenen bilgilerin yanlış, eksik veya yanıltıcı olarak verildiğinin saptanması veya hiç bilgi verilmemesi ya da yerinde inceleme imkânının verilmemesi hallerinde, onbeş gün içinde bilgilerin doğru olarak verilmesi ve/veya inceleme imkânının sağlanması yönünde yapılan yazılı ihtarla rağmen aykırı durumlarını devam ettirenlere, idari para cezası verilir.⁷⁴⁹

d. Yaptırım Uygulama Yetkisi

Bağımsız idari kurumların özgün niteliklerini en fazla öne çıkaran özellikleri yaptırım uygulama yetkileridir. Zira söz konusu kurumlar düzenledikleri alanda düzenlemelere aykırı durumları tespit ettikleri hallerde, idari yaptırım uygulama yetkisine sahip olup, bu yetki klasik idari kuruluşların pek sahip olmadığı bir yetkidir.⁷⁵⁰

Gözetim ve denetim yetkisi kapsamındaki görevleri dolayısıyla Kurul yaptırım uygulama yetkisine de sahiptir. 4628 sayılı Kanun'un 5-(7)-1 maddesinde, Kurulun yetkileri sayılırken bu Kanun hükümlerine, çıkarılan yönetmelik hükümlerine, Kurul tarafından onaylanan tarife ve yönetmeliklere, lisans hüküm ve şartlarına ve Kurul kararlarına aykırı davranıldığı durumlarda, idari para cezası vermek ve lisansları iptal etmekle yetkili olduğu belirtilmiş aynı Kanun'un 11'inci maddesinde de her bir suç teşkil eden fiil ve cezası ile ceza verebilmek için gerekli şartlar tek tek sayılarak

⁷⁴⁸ 4628 sayılı Kanun m.3-(1)-a.

⁷⁴⁹ 4628 sayılı Kanun m.11-(1)-a.

⁷⁵⁰ TAN Turgut, "Bağımsız İdari Otoriteler", s11.

belirlenmiştir.⁷⁵¹ Kanun'un 5-(7)-1 maddesinde yer alan genel hükme dayanarak 11'inci maddede yer almayan bir fiil için yaptırım uygulanması söz konusu olamaz.⁷⁵²

4628 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinde ihlal sayılan fiiller ile bunların yaptırımları şu şekilde sıralanmıştır:

- Kurul tarafından bilgi isteme veya yerinde inceleme hallerinde; istenen bilgilerin yanlış, eksik veya yanıltıcı olarak verildiğinin saptanması veya hiç bilgi verilmemesi ya da yerinde inceleme imkânının verilmemesi hallerinde, onbeş gün içinde bilgilerin doğru olarak verilmesi ve/veya inceleme imkânının sağlanması ihtar edilir. Yapılan yazılı ihtara rağmen aykırı durumlarını devam ettirenlere, ikiyüzbin Yeni Türk Lirası idarî para cezası verilir.
- Bu Kanun hükümlerine ve çıkarılan yönetmelik, talimat ve tebliğlere aykırı hareket edildiğinin saptanması hâlinde, aykırılığın otuz gün içinde giderilmesi ihtar edilir ve yapılan yazılı ihtara rağmen aykırı durumlarını devam ettirenlere, ikiyüzellibin Yeni Türk Lirası idarî para cezası verilir.
- Lisans genel esasları ve yükümlülüklerinden herhangi birinin yerine getirilmediğinin saptanması hâlinde, otuz gün içinde düzeltilmesi ihtar edilir. Yapılan yazılı ihtara rağmen aykırı durumlarını devam ettirenlere, üçyüzbin Yeni Türk Lirası idarî para cezası verilir.
- Lisans müracaatında veya lisans yürürlüğü sırasında, lisans verilmesinde aranan şartlar konusunda, gerçek dışı belge sunulması veya yanıltıcı bilgi verilmesi veya lisans verilmesini etkileyecek lisans şartlarındaki değişikliklerin Kurula bildirilmemesi hâlinde lisans iptal

⁷⁵¹ “Esas itibarıyla Kurul’un, lisans verme, tarifeleri onaylama gibi yetkileri, ex ante denetim örneği olarak gösterilebilirken, idari para cezası verme ve lisans iptal etme yetkileri ex post denetime örnek olarak gösterilebilir. Çünkü ... Kurul, lisans verme ya da tarifeleri onaylama aşamasında ilgili faaliyete önceden müdahale ederken, yaptırım uygulama yetkisini kullandığı durumlarda, faaliyetin işleyişine ilişkin aksaklığı saptadıktan sonra, müdahale ederek denetim yetkisini kullanmaktadır.” ÖZCAN Evlin Evrim, age., s.107.

⁷⁵² ASLAN ve ark., age., s.417.

edilir. Ancak, anılan gerçek dışı belge veya yanıltıcı bilgi veya lisans şartlarındaki değişikliğin düzeltilmesinin mümkün görülmesi hâlinde, otuz gün içinde düzeltilmesi ihtar edilir. Yapılan yazılı ihtara rağmen aykırı durumlarını devam ettirenlere, dört yüzbin Yeni Türk Lirası idarî para cezası verilir.

- Lisans süresi boyunca iştirak ilişkisi yasağına aykırı davranışta bulunulması hâlinde, otuz gün içinde iştirak ilişkisinin düzeltilmesi ihtar edilir. Yazılı ihtara rağmen aykırı durumlarını devam ettirenlere, dört yüzellibin Yeni Türk Lirası idarî para cezası verilir.

- Piyasada lisans kapsamı dışında faaliyet gösterildiğinin saptanması hâlinde, onbeş gün içinde kapsam dışı faaliyetin veya aleyhe faaliyetin durdurulması ihtar edilir. Yapılan yazılı ihtara rağmen aykırı durumlarını devam ettirenlere, beş yüzbin Yeni Türk Lirası idarî para cezası verilir.

- Lisans verilmesine esas olan şartların lisansın yürürlüğü sırasında ortadan kalktığı veya bu şartların baştan mevcut olmadığı saptanması halinde lisans iptal edilir.

Öte yandan 4628 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinden bir başka maddesinde daha ihlal ve yaptırıma ilişkin hükme yer verilmiştir. Buna göre; "4046 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan özelleştirme sonrası elektrik dağıtım tesislerinin iyileştirilmesi, güçlendirilmesi ve genişletilmesi için yapılan yatırımların mülkiyeti kamuya aittir. Özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım plânlaması ve uygulamasında onay, değişiklik ve denetim yetkisi Kurula aittir. Kurul, hizmetin verilmesini sağlayacak yatırımların teklif edilmemesi halinde talep eder ve onaylanmış yatırımlar gerçekleştirilmediği takdirde lisans iptal edilerek yeniden ihale yapılır."⁷⁵³

⁷⁵³ 4628 sayılı Kanun m.2-(4)-c.

Kurulun başka bir Kanundan kaynaklı yaptırım uygulama yetkisi de bulunmaktadır.⁷⁵⁴ Buna göre Kurul üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin inşası ve işletilmesi sırasında genel olarak kamu yararının, hidrolik kaynakların, ekosistemin ve mülkiyet haklarının korunması için diğer kamu kuruluşları ile birlikte hareket ederek kamu yararı ve güvenliğine tehdit teşkil eden veya etme olasılığı bulunan durumları incelemek ve bu durumları ortadan kaldırmak amacıyla, daha önceden bilgi vermek şartıyla bu tesislerde 20.11.1984 tarihli ve 3082 sayılı “Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun” hükümleri uyarınca gereken tedbirleri almakla yetkilidir. 3082 sayılı Kanun, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde, kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin devletleştirilmesi esaslarını, devletleştirme karşılığının hesaplanma tarz ve usullerini ve bunlarla ilgili uyuşmazlıkların çözüm yollarını düzenlemektedir.⁷⁵⁵ Anılan Kanun’a göre özel teşebbüsler, ancak devletleştirilecek özel teşebbüsün yaptığı hizmet veya üretiminin ülke çapında kamu ihtiyacına hitap etmesi, bu hizmet veya üretimin; kontrol, rekabet, ikame veya başka yollardan sağlama imkanının bulunmaması ve hizmet veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması halinde kamunun büyük zarar görmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde devletleştirilebilecektir.⁷⁵⁶

Kurulun para cezalarını gerektiren fiiller için, fiilin niteliğine göre ihtar sürelerini farklı uygulama yetkisi bulunmaktadır. Söz konusu para cezalarının uygulanmasını takiben para cezasına konu fiilin, verilen ihtar süresi içerisinde giderilmemesi veya tekrarlanması hâllerinde para cezaları, her defasında bir önceki cezanın iki katı oranında artırılarak uygulanacaktır. Bu cezaların verildiği tarihten itibaren iki yıl içinde idarî para cezası verilmesini gerektiren aynı fiil işlenmediği takdirde önceki cezalar tekrarda esas alınmayacaktır. Ancak, aynı fiilin iki yıl içinde tekrar işlenmesi hâlinde artırılarak uygulanacak para cezasının tutarı, cezaya muhatap tüzel kişinin bir önceki malî yılına ilişkin bilançosundaki gayrisafi gelirinin yüzde onunu aşamayacaktır. Cezaların bu düzeye ulaşması hâlinde Kurul lisansı iptal edebilecektir⁷⁵⁷.

⁷⁵⁴ 4628 sayılı Kanun m. 5-(7)-m.

⁷⁵⁵ 3082 sayılı Kanun m.1.

⁷⁵⁶ 3082 sayılı Kanun m.2.

⁷⁵⁷ 4628 sayılı Kanun m.11/2.

Kurulun daha önceden bir ceza vermeksizin doğrudan lisans iptali yaptırımı uygulama yetkisi de vardır. 4628 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, "Bu maddenin birinci fıkrasının (c) veya (d) bendinde sayılan ihlallerde Kurul, fiilin ağırlığına göre idari para cezası uygulamaksızın lisansı doğrudan iptal eder." demek suretiyle Kurula bu konuda önemli bir yaptırım yetkisi verilmiştir⁷⁵⁸.

4628 sayılı Kanun'un anılan maddesinin 4'üncü fıkrasında ise "Dağıtım bölgeleri için lisansın iptal edilmesinin zorunlu hale gelmesi durumunda Kurul hizmetin aksamaması için gerekli tedbirleri önceden almak suretiyle lisansı iptal eder. Tesislerin mülkiyetini elinde bulunduran lisans sahibinin nam ve hesabına yüzyirmi gün içerisinde ilgili tesisin satışı için ihaleye çıkılır. Uygulamaya ilişkin usul ve esaslar yönetmeliklerde belirlenir." hükmüne yer verilmiş olup, söz konusu hükümden dağıtım ile ilgili olarak gerek 4628 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte olan ve gerekse söz konusu Kanun'un Geçici 4'üncü maddesi çerçevesinde sonuçlandırılacak dağıtım görev bölgesi sözleşmeleri ile ilgili olarak EPDK tarafından lisans verilmesi gerektiği, ancak bu lisansların işletme hakkı devri esasına göre verilmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Diğer taraftan, mevcut sözleşmeler kapsamında bölgelerinde dağıtım hizmeti yapma hakkı elde etmiş özel sektör dağıtım şirketlerine mevcut sözleşmelerini tadil etme yükümlülüğü getirilmiştir.⁷⁵⁹ Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, işletme hakkı esasına dayanan mevcut sözleşmelerin tadil edilerek mülkiyet esaslı dağıtım sözleşmeleri esasına geçilmesi anlayışının benimsendiği görülmektedir. Aynı şekilde, dağıtım tesislerinin mülkiyetini elinde bulunduran şirketin lisansının iptali durumunda tesislerin mülkiyeti için yeni bir ihaleye çıkılmasının öngörülmesi, bu mülkiyet devrinin nasıl yapılabileceğine ilişkin sorun çıkarabilecektir.⁷⁶⁰

Diğer taraftan elektrik dağıtım özelleştirmelerine ilişkin çalışmalar kapsamında 5496 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesiyle 4628 sayılı Kanun'un 14'üncü maddesine

⁷⁵⁸ ASLAN bu hükmün, hangi ihlallerin idari para cezası ile hangi ihlallerin lisans iptali ile cezalandırılacağı noktasındaki belirliliği ortadan kaldırdığı ve tamamen Kurulun takdirine bıraktığından hareketle, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ile bağdaşmadığını savunmaktadır. ASLAN ve ark., age., s.428.

⁷⁵⁹ 4628 sayılı Kanun m.3-(1)-c-3.

⁷⁶⁰ KARAKILIÇ Hasan, age., s.141. Dağıtım tesislerinin mülkiyetini elinde bulunduran şirketin lisansının iptali durumunda tesislerin mülkiyeti için yeni bir ihaleye çıkılmasının öngörülmesinin yol açtığı sorunlar için bakınız. KARAKILIÇ Hasan, age., s.141.

birinci fıkradan sonra gelmek üzere ikinci fıkra eklenerek “TEDAŞ'ın faaliyet alanında yer alan ve dağıtım faaliyeti için gerekli olan işletme ve varlıklar üzerinde, mülkiyeti saklı kalmak kaydı ile TEDAŞ ile belirlenen dağıtım bölgelerinde faaliyet göstermek üzere kurulan elektrik dağıtım şirketleri arasında işletme hakkı devir sözleşmesi düzenlenebilir.” hükmü getirilmiş ve bu kapsamda TEDAŞ ile TEDAŞ'ın hissedarı olarak kurulan bölge elektrik dağıtım şirketleri arasında 2006 yılında İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri imzalanmıştır.⁷⁶¹ Lisansların söz konusu bölge elektrik dağıtım şirketlerine ait olduğu hususu göz önüne alındığında yukarıda yer verilen 4628 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinin dördüncü fıkrası ile 14'üncü maddesinin ikinci fıkrası ve fiiliyattaki durum arasında çelişki olduğu sonucuna ulaşılabacaktır. Yapılacak kanuni düzenleme ile bu çelişkinin ortadan kaldırılması yerinde olacaktır.

EPDK tarafından uygulanacak para cezaları-tarife ilişkisi 4628 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinin 5'inci fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre tüm idari para cezaları hiçbir şekilde ilgili cezayı ödeyen tüzel kişi tarafından hazırlanacak tarifelerde maliyet unsuru olarak yer alamayacaktır.

Yaptırımlar bakımından önem arz eden diğer hususlar; yaptırımların uygulanmasından önce yapılacak denetim ve ön araştırmalarda izlenen usuller, yaptırıma esas olan ihlallerin düzeltilmesi için ilgili tüzel kişinin uyarılması, tüzel kişinin savunmasının alınması ve yaptırıma karşı öngörülen başvuru yolu olarak ifade edilebilir. Bütün bu hususlar 4628 sayılı Kanun'un 11'inci maddesi ile Elektrik Piyasasında yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiş bulunmaktadır.

e. Danışmanlık Görevi

Bağımsız idari kurumlar düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama işlevleri yanında danışma işlevini de yerine getirmektedirler. Söz konusu kurumlar “danışma işlevi” gereğince, kendi alanlarıyla ilgili olarak başka kurumlara görüş

⁷⁶¹ Türkiye Elektrik Dağıtım Sektörü Özelleştirmeleri Tanıtım Dokümanı
<http://www.oib.gov.tr/2010/dosyalar/TEDAS%20Teaser%20Türkçe%20v05-comments%20removed.pdf>

bildirmektedirler.⁷⁶² Danışma işlevi bağımsız idari kurumların piyasa geliştirme görevlerinden kaynaklanmaktadır. Bu görev söz konusu kurumlara kanunla verilebileceği gibi bunlar bu işlevi fiilen de yerine getirilebilmektedirler. Örneğin, 4389 sayılı Kanun ile⁷⁶³ BDDK, talepleri halinde veya gerektiğinde Hazine Müsteşarlığı, DPT ile Merkez Bankasına para, kredi ve bankacılık politikalarının yürütülmesi ile ilgili konularda mütalâa ve bilgi vermekle görevlendirilmiştir.⁷⁶⁴ Benzer şekilde 4628 sayılı Kanun'da da hükümler yer almaktadır. Nitekim, anılan Kanun'un 5'inci maddesinde Kurula “Yıllık raporu ve piyasa gelişimi ile ilgili sair raporları hazırlamak ve Bakanlığa sunmak” görevi ile “Uluslararası organizasyon ve teşkilatların piyasaya ilişkin mevzuat ve uygulamalarını izleyerek, gerekli gördüğü düzenlemeleri yapmak; yasal düzenleme ihtiyacı duyulması halinde gerekli hazırlıkları yaparak Bakanlığa sunmak” görevleri verilmiştir.

f. Uyuşmazlık Çözme Yetkisi

Bağımsız idari kurumlara diğer yetkilerin yanında uyuşmazlık çözme yetkisi de tanınabilmektedir.⁷⁶⁵ Bu anlamda bağımsız idari kurumlar, uyuşmazlıkların yargısal olmayan yollardan çözümüne ilişkin bir örnek olarak gösterilebilir.⁷⁶⁶

Kurula da 4628 sayılı Kanun ve ilgili yönetmelik hükümleri uyarınca mevzuatta belirtilen uyuşmazlıkları çözme yetkisi verilmiş olup, bu suretle EPDK'nın piyasadaki aktörler arasındaki ihtilafların çözümüne ilişkin olarak uzlaştırıcı bir rol oynaması öngörülmüştür. Nitekim Kanun'da Kurula, “Lisans sahibi tarafların, iletim sistemi ya da bir dağıtım sistemine bağlantı ve sistem kullanımına ilişkin anlaşmaların hükümleri üzerinde mutabakata varamamaları halinde, ihtilafları bu Kanunun ve tarafların ilgili lisanslarının hükümlerine göre çözmek”⁷⁶⁷ ve “Mevcut sözleşmelere ilişkin olarak, bu Kanun hükümleri uyarınca rekabetçi piyasaya geçişi kolaylaştıracak hususlarda, taraflarca değerlendirilmek üzere değişiklik önerilerinde bulunmak ve mevcut

⁷⁶² TAN Turgut, “Bağımsız İdari Otoriteler”, s.11; GÖZÜBÜYÜK Şeref, Yönetim Hukuku, 26. Bası, Ankara 2008, s.196.

⁷⁶³ 4389 sayılı Kanun m.3/9.

⁷⁶⁴ Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması, s.182.

⁷⁶⁵ ÖZCAN Evlin Evrim, age., s.107.

⁷⁶⁶ KARAKILIÇ Hasan, age., s.145.

⁷⁶⁷ 4628 sayılı Kanun m.5-(7)-o.

sözleşmelerin ihtilafların halline ilişkin hükümlerini ihlal etmemek kaydıyla, bu sözleşmelere ilişkin herhangi bir resmi ihtilaf halli sürecinin başlatılmasından önce, ihtilafların halli için arabuluculuk yapmak⁷⁶⁸ görevleri verilmiş olup, bu görevler uyuşmazlık çözme işlevine ilişkin görevlerdir.⁷⁶⁹

E. ELEKTRİK PİYASASI FAALİYETLERİ

4628 sayılı Kanun'da elektrik piyasası faaliyetleri üretim, iletim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, perakende satış hizmeti, ticaret, ithalat ve ihracat faaliyetleri olarak sıralanmıştır.⁷⁷⁰

Elektrik sektöründeki süreçlerin teknik özellikleri dikkate alındığında, Rekabet Kurulu'nun aşağıda yer verilen kararında da ifade edildiği üzere sektör yapısının genel olarak, üretim, iletim, dağıtım ve perakende arzı olarak dört bölüme ayrıldığı söylenebilir.

Söz konusu kararda elektrik üretiminden tüketimine kadar olan aşamalar şu şekilde açıklanmıştır.

“Elektrik Üretimi:

Elektrik üretimi, ısı enerjisi veya sudaki potansiyel enerji gibi başka formdaki enerjinin elektriğe çevrilmesi işlemidir. Üretimde diğer enerji kaynaklarının girdi olarak kullanılmasının getirdiği maliyetin yanı sıra, ölçek ekonomileri gereği bu işlemin birden fazla üniteye sahip santrallerde kesintisiz olarak sağlanması için gerekli uzun dönemli yatırım ve finansman programları, sermaye yoğun bir üretim modelini zorunlu kılmaktadır. Elektrik enerjisi santralleri kullanılan birincil (primer) enerji tipine göre; termik santraller, nükleer santraller, hidrolik

⁷⁶⁸ 4628 sayılı Kanun m.5-(7)-s.

⁷⁶⁹ EPDK'ya anlaşmazlıkların çözümü konusunda Yönetmelik hükümleri ile de birtakım yetkiler verilmiş olup, bu hükümlere örnek olarak Elektrik Piyasası Şebeke Yönetmeliği'nin 145'inci maddesi ile Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 44'üncü maddesi örnek olarak gösterilebilir.

⁷⁷⁰ 4628 sayılı Kanun m.2.

santraller olarak sınıflandırılabilir. Termik santrallerde, kimyasal yakıtlardaki (kömür, dogal gaz, fuel-oil) ısı enerjisi; hidrolik santrallerde, sudaki potansiyel enerji ve nükleer santrallerde ise nükleer füzyondan elde edilen ısı enerjisi kullanılmaktadır.

Elektrik İletimi:

Elektrik üretimi için kullanılan büyük ölçekli santraller genellikle nihai tüketicilerin bulunduğu yerlerden uzakta kurulmaktadır. Bu nedenle, üretilen ve yüksek voltajlı olduğu için doğrudan kullanıma uygun olmayan enerjinin iletim hatlarıyla, voltajın düşürüldüğü dağıtım merkezlerine ulaştırılması gerekmektedir. Elektrik santrallerinin birbirlerine ve trafo merkezlerine bağlantılarını sağlayan sistem, iletim sistemidir.

Üretim ve iletimin koordinasyonu, “enterkonnekte sistem” aracılığı ile sağlanmaktadır. İki ya da daha çok şebekenin bir ya da daha çok hat tarafından bağlantı ekipmanları ile birbirine bağlanmasına enterkonneksiyon denmektedir. Enterkonnekte sistem ise taşımada karlılık ve güvenilirliğin artırılması amacıyla, özellikle önemli miktarlardaki enerji alışverişi için iki ya da daha fazla sistem ya da şebeke arasında bölgeler arası ya da uluslar arası bağlantı olanağını sağlayan sistemi ifade etmektedir.

Elektrik Dağıtımı ve Perakende Arzı:

Tüketicilere ulaşmadan önce yüksek voltajlı elektrik, trafo merkezlerinde düşük voltaja indirilmektedir. 36 KV ve aşağı gerilim kademelerinde yer alan bu trafo merkezleri ve dağıtım şebekeleri elektrik dağıtım sistemini oluşturmaktadır.

Kesintisiz elektrik dağıtımı; sistemde yeterli sayıda ve kapasitede jeneratör birimi, yedek hat kablo ve trafo olması, sistemin sürekli bir

şekilde bakımının yapılması ve zaman içerisinde güvenilirliğini yitirmiş sistem elemanlarının yenilenmesi ve sistem işletmesi üzerinde son derece etkin bilgisayara dayalı izleme ve kontrol mekanizmalarının kurulması işlemlerinin tamamını kapsamaktadır. Elektrik bu çerçevede kullanıma hazır hale geldikten sonra tüketicilere ulaşmaktadır.”⁷⁷¹

Sektör yapısı genel olarak üretim, iletim, dağıtım ve perakende arzı olarak dörde ayrılabilirse de Kanun’un yukarıda anılan maddesinde piyasa faaliyetleri arasında ithalat, ihracat ve toptan satış da sayılmıştır. Tüm bu faaliyetler ancak lisansa dayalı olarak yürütülebilir.

F. ELEKTRİK PİYASASI FAALİYETLERİNİN LİSANSLA YÜRÜTÜLMESİ

1. Genel Olarak Lisans

4628 sayılı Kanun’da lisansın tanımı yapılmış olup; buna göre lisans; tüzel kişilere piyasada faaliyet gösterebilmeleri için bu Kanun uyarınca Kurul tarafından verilen izni ifade etmektedir.⁷⁷² Lisans, EPLY’de de “bir tüzel kişinin piyasada faaliyet gösterebilmek için Kurumdan almak zorunda olduğu bir yetki belgesi” olarak tanımlanmıştır.⁷⁷³

4628 sayılı Kanun’da lisansların tabi olacağı usul ve esaslardan bazıları şu şekilde belirtilmiştir:⁷⁷⁴

- Piyasa faaliyetleri ile işteğal edecek tüzel kişiler, faaliyetlerine başlamadan önce, her faaliyet için ve söz konusu faaliyetlerin birden fazla tesiste yürütülecek olması halinde, her tesis için ayrı ayrı lisans almak zorundadır.

⁷⁷¹ Rekabet Kurulunun 30.4.2002 tarih ve 02-26/262-102 sayılı kararı
<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar429.pdf>

⁷⁷² 4628 sayılı Kanun m.1-(3)-36.

⁷⁷³ EPLY m.5/1.

⁷⁷⁴ 4628 sayılı Kanun m.3-(1)-a.

- Birden fazla lisansa sahip olan aynı tüzel kişi veya aynı faaliyeti birden fazla tesiste yürüten tüzel kişiler, lisansa tabi her faaliyet veya tesis için ayrı ayrı hesap ve kayıt tutmak zorundadır.
- Lisans başvuru usul ve esasları, lisans sahibi tüzel kişilerin hak ve yükümlülükleri, lisans sahibinin haklarının temliki, lisansların tadili, süreleri, süre uzatımı ve sahibi tarafından lisanstan vazgeçilmesi halleri ile faaliyetin türü ve üretimi, iletimi ve dağıtım yapıları elektrik enerjisi miktarına göre belirlenecek lisans bedelleri yönetmelikle düzenlenir.
- Lisanslar, bir defada en çok kırk dokuz yıl için verilir. Üretim, iletim ve dağıtım lisansları için geçerli olan asgari süre on yıldır.
- Kanun hükümleri uyarınca piyasada; verimli, istikrarlı ve ekonomik bir sistem oluşturmak ve bunu korumak, elektrik enerjisi üretimi, toptan satışı ve perakende satışında rekabet ortamına uygun alt yapıyı sağlamak, dağıtım lisansı sahibi şirketlerin ve TEİAŞ'ın görevidir.
- Lisans sahibi tüzel kişiler; tesislerini, yasal defter ve kayıtlarını Kurul denetimine hazır bulundurmak, Kurul tarafından talep edildiğinde denetime açmak ve Kurumun faaliyetlerini yerine getirebilmesi için ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi zamanında Kurula vermek zorundadır.
- Tüzel kişiler lisans almanın yanı sıra, faaliyet alanlarına göre yürürlükteki mevzuatın gereklerini yerine getirmekle yükümlüdür.

Lisansların içeriğinde hangi hususların yer alacağı hususu da aynı şekilde Kanun'da düzenlenmiştir.⁷⁷⁵ Buna göre:

⁷⁷⁵ 4628 sayılı Kanun m.3-(1)-b. ASLAN'a göre; lisansın sadece bir izin olması, bu iznin kapsamının ise lisansa yazılmaması, kanun ve buna dayanılarak düzenlenmiş olan yönetmeliklerde düzenlenmesi daha uygun olurdu. ASLAN bu tespitin gerekçelerini şu şekilde açıklamaktadır: "lisans bir faaliyetin yapılabileceğine dair yetki alınması anlamına gelmektedir. Oysa kanunda yer alan hükümlere göre lisansa yazılması gereken hususlar, lisansın adeta bir sözleşme ya da taahhüt gibi düşünüldüğünü göstermektedir.

- Lisans kapsamında hizmet verilecek gerçek ve tüzel kişilere dair gruplar veya kategoriler ile yürütülecek faaliyet türlerini belirleyen hükümler.
- Bir dağıtım ya da iletim lisansı sahibinin, gerçek ve tüzel kişilere, eşitler arasında ayırım gözetmeksizin sisteme erişim ve sistemi kullanım imkânı sağlayacağına dair hükümler.
- Kanun'da yer alan fiyatlandırma esaslarını tespit etmeye, piyasa ihtiyaçlarını dikkate alarak serbest olmayan tüketicilere yapılan elektrik satışında uygulanacak fiyatlandırma esaslarını tespit etmeye ve bu fiyatlarda enflasyon nedeniyle ihtiyaç duyulacak ayarlamalara ilişkin formülleri uygulamaya dair yöntemler ve bunların denetlenmesine dair hükümler.
- Lisans sahibinin Kurula tam ve doğru bilgi vermesini ve tüketicilere yapılan satışlar açısından; lisans sahibinin elektrik enerjisi ve/veya kapasite alımlarını en ekonomik kaynaktan yapmasını ve gerektiğinde piyasada yaptığı alımlarda en ekonomik alımı yaptığını kanıtlamasını sağlayacak hükümler.

Çünkü kanunun muhtelif maddelerinde şirketlerin uyması gereken kurallar olarak düzenlenmiş tüm hususlar, lisanslar maddesinde lisansa yazılması gereken hususlardan sayılmıştır. Lisansa bu konuların yazılmaması halinde dahi şirketler zaten bunlara uymak zorundadırlar... Eğer lisans tarafların bağlı olacağı bir sözleşme ya da taahhütname gibi görülüyorsa kanunda yer alan ve emredici mahiyetteki bu gibi şartların yazılmasına da gerek yoktur. Eğer lisans bir çeşit sözleşme ya da taahhütname olarak görülüyorsa bu daha da tehlikeli sonuçlar doğurabilir. Gerçekten lisansa yazılmamış olan ama kanunda yer alan bir konu veya lisansla yer alan ama kanunda yer almayan bir konu söz konusu olduğunda lisans ile kanun arasında çelişki çıkma ihtimali ortaya çıkacaktır. Bu durumda hangisine üstünlük tanınacağı problemi ortaya çıkar. Ayrıca lisansa yazılan şartların yorumlanmasında da kanundan farklı yorumlara ulaşılması böylece kanunun dolanılması gibi ihtimaller de vardır. Ayrıca bugünün şartları dahilinde yapılan lisanslardaki şartlar iki yıl sonraki şartlar altında lisans alanların lisanslarında farklı olabilir, bu durumda ya eski lisansların değiştirilmesi ya da aynı işi yapan iki farklı lisansın olması gibi bir sonuç doğurur. Değiştirilmesi seçeneği söz konusu olduğunda ise firmaların direnmesi halinde pek çok ihtilaf ortaya çıkacaktır.” ASLAN ve ark., age., s.308.

- Yönetmelik uyarınca, hizmet maliyetlerinin yansıtılmasına dair kurallar ile kayıp ve kaçakları asgariye indirecek önlemlerin uygulanmasına dair esasları içeren hükümler.
- Lisansın iptali ve sona ermesine ilişkin hükümler.
- Lisansın değişikliği yapılmasına ilişkin hükümler.
- Lisans sahibinin Kuruma ödemekle yükümlü olacağı bedeller ve ödeme koşullarına ilişkin hükümler.
- Lisans sahibine ait veya kullanımındaki tesis ve/veya tesislerin gerektiğinde lisans amaçları doğrultusunda başkalarına kullandırılması koşullarına ilişkin hükümler.
- Lisans sahibinin Kurul tarafından verilen tüm talimatlara uyma yükümlülüklerine ilişkin hükümler.
- Lisans kapsamında, Kuruldan izin alınmaksızın yapılabilecek faaliyetlere ilişkin hükümler.
- Lisans kapsamındaki faaliyetler ile ilgili uyumsuzlukların hangilerinin Kurul tarafından çözüleceğine ilişkin hükümler.
- Lisansın yer alan hak ve yükümlülüklerin hangi süre, koşul ve hallerde geçersiz olacağına ilişkin hükümler.
- Hizmetin teknik gereklere göre yapılmasını sağlayacak hükümler.

Yasal düzenlemeden anlaşılacağı üzere, lisansın başvuru usul ve esasları, lisans sahibi tüzel kişilerin hak ve yükümlülükleri, lisans sahibinin haklarının temliki, lisansların tadili, süreleri, süre uzatımı ve sahibi tarafından lisansın vazgeçilmesi halleri ile faaliyetin türü ve üretimi, iletimi ve dağıtımını yapan elektrik enerjisi

miktarına göre belirlenecek lisans bedelleri hususlarının yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Bu hususları düzenlemek üzere EPLY çıkarılmıştır.

Söz konusu Yönetmeliğin amacı “elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu uyarınca oluşturulması öngörülen mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik piyasasında rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterecek tüzel kişilere verilecek lisanslara ilişkin usul ve esasların belirlenmesi”⁷⁷⁶ olup, “halen piyasada faaliyet gösteren veya gösterecek tüzel kişilerin, elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı, toptan satışı, perakende satışı, perakende satış hizmeti, ithalat ve ihracatı faaliyetlerini gösterebilmek için almak zorunda oldukları lisanslarda yer alması gereken hükümler, lisans verilmesine, lisansların tadiline, yenilenmesine, sona ermesine ve iptaline ilişkin usul ve esaslar ile lisans sahibi tüzel kişilerin hak ve yükümlülüklerini”⁷⁷⁷ kapsamaktadır.

2. Lisans Türleri ve Lisans Almak Koşuluyla Faaliyet Gösterebilecekler

a. Üretim Lisansı ve Üretim Faaliyetinde Bulunabilecek Olanlar

4628 sayılı Kanun’a göre;

- üretim: enerji kaynaklarının, elektrik üretim santrallerinde elektrik enerjisine dönüştürülmesini,
- üretim şirketi: Otoprodüktörler, otoprodüktör grupları hariç olmak üzere, elektrik üretimi ve ürettiği elektriğin satışı ile işgal eden tüzel kişiyi,
- üretim tesisi: elektrik enerjisinin üretildiği tesisleri

⁷⁷⁶ EPLY m.1.

⁷⁷⁷ EPLY m.2.

ifade etmektedir.⁷⁷⁸

Öte yandan Kanun'da lisans almak koşuluyla üretim alanında yerine getirilebilecek faaliyetler ve faaliyet gösterebilecek tüzel kişiler şu şekilde belirtilmiştir: “Özel sektör üretim şirketleri, Elektrik Üretim Anonim Şirketi ve bağlı ortaklıkları, Elektrik Üretim Anonim Şirketinin yeniden yapılandırılmasıyla oluşan diğer kamu üretim şirketleri ile otoprodüktör ve otoprodüktör gruplarıdır. Özel sektör ve kamu üretim şirketleri, lisansları uyarınca gerçek ve tüzel kişilere elektrik enerjisi ve/veya kapasite satışı yapar.”⁷⁷⁹

Kanun'da üretim lisansının tanımına da yer verilmiştir. Buna göre üretim lisansı, mevcut ve kurulacak olan üretim tesisleri için üretim şirketlerinin elektrik enerjisi üretimi ve üretilen elektriğin satışına yönelik olarak, her bir üretim tesisi için EPDK'dan almak zorunda oldukları lisansı ifade etmektedir.⁷⁸⁰

⁷⁷⁸ 4628 sayılı Kanun m.1.

⁷⁷⁹ 4628 sayılı Kanun m.2.

⁷⁸⁰ 4628 sayılı Kanun m.3-(c)-1. 28.2.2003 tarih ve 25034 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik ile 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce yap-işlet-devret modeline göre mevcut sözleşmeleri kapsamında elektrik üretimi ve satışı faaliyetinde bulunan tüzel kişilere de üretim lisansı alma zorunluluğu getirilmesinin sözleşme özgürlüğü, kazanılmış hak ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğu iddiasıyla Danıştay 13. Dairesi nezdinde açılan davada anılan Dairece kararda “Dava konusu Yönetmelikle lisanslara dair düzenleme yapılmakta, halen piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin de lisans almaları gerektiği hükme bağlanmaktadır. Ana Yönetmeliğin lisansın tanımına yer verilen 5. maddesinde , lisansın bir tüzel kişinin piyasada faaliyet gösterebilmek için almak zorunda olduğu bir yetki belgesi olduğu, 44. maddesinin son fıkrasında, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun mevcut sözleşmelere ilişkin olarak Kanun hükümleri uyarınca rekabetçi piyasaya geçişi kolaylaştıracak hususlarda ihtilafların halli için arabuluculuk yapabileceği hükme bağlanırken Geçici 2. maddesinde de mevcut sözleşmeleri kapsamında yap-işlet veya yap-işlet-devret modeli yoluyla üretim faaliyeti göstermekte olan veya tüm işlemleri tamamlayarak üretim faaliyeti gösterme hakkı elde etmiş tüzel kişilerin lisans başvurularına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Geçici 4. maddenin son fıkrasında ise, Kanunun öngördüğü hazırlık dönemi sonundan itibaren altmış gün içerisinde mevcut sözleşmeler kapsamındaki tüm haklarından feragat ettiğini yazılı olarak bildiren tüzel kişilerin lisans başvurularının bu Yönetmelikte öngörülen duyuru yapılmaksızın doğrudan inceleme ve değerlendirmeye alınacağı kurala bağlanmaktadır. Adı geçen Yönetmeliğin dayanağını oluşturan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin 1. alt bendinde, üretim lisansı, lisans türleri arasında sayılarak tanımlanmış, üretim lisansı alınması konusunda mevcut tesisler ile yeni kurulacak üretim tesisleri arasında ayrıma yer verilmemiştir... Görüldüğü gibi, 4628 sayılı Kanunun yukarıda yazılı maddelerinde yer alan kurallar dava konusu yönetmeliğin iptali istenilen maddeleriyle paralel hükümler taşımakta, dayanağı Kanuna uygun düzenlemeler içeren dava konusu Yönetmelik'in ... maddelerinde bu nedenle hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” ifadelerine yer verilmek suretiyle davanın bu yönden reddine karar verilmiştir. Danıştay 13'üncü Dairesi, E.2005/5263, K.2005/5709, T.29.11.2005. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

Otoprodüktörler ve otoprodüktör grupları hariç olmak üzere, iletim ve dağıtım sistemi ile paralel çalışmayan ve çıkarılacak yönetmeliğe göre yalnızca kendi ihtiyacını karşılamak için elektrik üretimi yapan gerçek veya tüzel kişiler lisansa tabi değildir.⁷⁸¹

Üretim şirketleri, dağıtım şirketleri ile kontrol oluşturmaksızın iştirak ilişkisine girebilir.⁷⁸²

4628 sayılı Kanun üretim lisansı sahibi tüzel kişilerin piyasa payına ilişkin kısıtlama öngörmektedir. Buna göre, herhangi bir gerçek kişinin ya da özel sektör tüzel kişisinin kontrol ettiği üretim şirketleri aracılığıyla sahip olacağı toplam elektrik enerjisi kurulu gücü, bir önceki yıla ait yayımlanmış Türkiye toplam elektrik enerjisi kurulu gücünün yüzde yirmisini geçemez.⁷⁸³

AB Parlamentosu ve Konseyi Direktifinin 6'ncı maddesine göre AB'de de yeni üretim tesisleri kurmak ruhsat almak sureti ile mümkün olabilmektedir. Direktif ruhsat verme şartlarının objektif olarak belirlenmesini, ayrımcı olmayan bir şekilde uygulanmasını ve şeffaf olmasını şart koşmuştur.⁷⁸⁴

Üretim faaliyetlerinin gerektirmesi halinde 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda belirtilen esaslar çerçevesinde kamulaştırma yapılır. Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir. Tüzel kişilerce, faaliyetleri ile ilgili olarak kamuya ait araziler üzerinde, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi veya bu arazilerin kiralanmasının talep edilmesi halinde, bu istek Kurulca uygun görüldüğünde, EPDK ilgili kanunlar uyarınca ihtiyaca göre mülkiyetin gayri ayni hak tesisi veya uzun süreli kiralama yoluna gider.⁷⁸⁵

Üretim lisanslarının tabi olacağı genel hükümlerin büyük kısmı üretim faaliyetinin sürekliliğini sağlamayı amaçlamaktadır. Nitekim konuyu düzenleyen EPLY'de üretim

⁷⁸¹ 4628 sayılı Kanun m.3-(c)-1.

⁷⁸² 4628 sayılı Kanun m. 3-(c)-1.

⁷⁸³ 4628 sayılı Kanun m.2-(4)-a-2.

⁷⁸⁴ ASLAN ve ark., age., s.314.

⁷⁸⁵ EPLY m.10/13.

lisansında EPLY’de yer alan ortak hükümlerin yanı sıra, aşağıda yer verilen ve üretimin sürekliliğine ilişkin olan genel hükümlerin de yer alacağı belirtilmektedir:⁷⁸⁶

- Mücbir sebepler ile yıllık programlı bakım takvimi dışında, üstlenilmiş bulunan yükümlülükler yerine getirilecek şekilde üretim tesisinin işler halde tutulacağı.

- Yıllık programlı bakım takviminin ilgili mevzuata uygun olarak TEİAŞ ve/veya üretim tesisinin bulunduğu dağıtım bölgesinde faaliyet gösteren dağıtım lisansı sahibi tüzel kişiye bildirileceği.

- Mücbir sebepler dışında, önceden öngörülemeyen arızalar sonucu veya arızaya yol açacağı açık olan durumlarda, çok ivedi olarak TEİAŞ’a bilgi verilmek suretiyle programsız bir bakım yapıldığında, bu bakımın süresi itibarıyla piyasa işleyişini olumsuz yönde etkilediğinin saptanması ve devre dışı kalma hakkında öne sürülen gerekçelerin EPDK tarafından kabul edilebilir bulunmaması halinde, fiilin niteliğine göre Kanun’un 11’inci maddesi (cezalar maddesi) hükümlerinin uygulanacağı.

- Mücbir sebepler, yıllık programlı bakım takvimleri ve programsız bakımlar dışında, üretim faaliyetinin durdurulmasının talep edilmesi halinde, faaliyetin durdurulmasının talep edildiği tarihten en az yüzyirmi gün önce onay alabilmek üzere EPDK’ya yazılı olarak başvuruda bulunulması.

- Ulusal Yük Dağıtım Merkezinin, sistem güvenilirliği açısından üstlendiği yükümlülükleri yerine getirebilmesini teminen, daha sonra gerekçelendirilmek ve eşit taraflar arasında ayırım gözetilmeksizin uygulanmak üzere bir acil durum bildirimini ile belirli hallerde vereceği tüm talimatlara, sözleşme şartları her ne olursa olsun uyulacağı.

⁷⁸⁶ EPLY m.19.

- TEİAŞ veya dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilere, Yan Hizmetler Yönetmeliği ve Elektrik Piyasası Şebeke Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde yan hizmetlerin sunulacağı.

Burada şunu da eklemek gerekir: Üretim şirketleri, Kanunda belirtilen faaliyetler dışında piyasada herhangi bir faaliyette bulunamaz.⁷⁸⁷

b. İletim Lisansı ve TEİAŞ

4628 sayılı Kanun'a göre;

- İletim: elektrik enerjisinin gerilim seviyesi 36 kV üzerindeki hatlar üzerinden naklini,
- İletim sistemi: elektrik iletim tesisleri ve şebekesini,
- İletim tesisi: üretim tesislerinin 36 kV üstü gerilim seviyesinden bağlı olduğu noktalardan itibaren iletim şalt sahalarının orta gerilim fiderleri de dahil olmak üzere dağıtım tesislerinin bağlantı noktalarına kadar olan tesisleri

ifade etmektedir.⁷⁸⁸

4628 sayılı Kanun'da elektrik enerjisi iletim faaliyetlerinin TEİAŞ tarafından yürütüleceği hükme bağlanmış ve söz konusu Şirkete kamu mülkiyetindeki tüm iletim tesislerini devralmak, kurulması öngörülen yeni iletim tesisleri için iletim yatırım planı yapmak, yeni iletim tesislerini kurmak ve işletmek görevi verilmiştir.⁷⁸⁹

TEİAŞ aynı zamanda Şebeke Yönetmeliği hükümleri uyarınca, piyasadaki arzla piyasa talebini karşılamak üzere yük dağıtım sıralamasının belirlenmesinden, gerçek zamanlı iletim kısıtlamalarına göre, teknik ve ekonomik yük dağıtım kuralları

⁷⁸⁷ 4628 sayılı Kanun m.3-(1)-c-1.

⁷⁸⁸ 4628 sayılı Kanun m.1.

⁷⁸⁹ 4628 sayılı Kanun m.2-(4)-b.

doğrultusunda yük dağıtımının gerçekleştirilmesinden ve yük dağıtım sıralamasının gerektiğinde Şebeke Yönetmeliği hükümleri doğrultusunda revize edilmesinden sorumludur.⁷⁹⁰

TEİAŞ'a ayrıca, Kurul onayına tabi olan iletim, bağlantı ve sistem kullanım tarifelerini ve Şebeke Yönetmeliğini hazırlama, revize etme, denetleme ve yük dağıtım ile frekans kontrolünü gerçekleştirme, iletim sisteminde ikame ve kapasite artırımı yapma, gerçek zamanlı sistem güvenilirliğini izleme, sistem güvenilirliğini ve elektrik enerjisinin öngörülen kalite koşullarında sunulmasını sağlamak üzere gerekli yan hizmetleri belirleme ve bu hizmetleri Yan Hizmetler Yönetmeliği hükümleri doğrultusunda sağlama görevi verilmiştir.⁷⁹¹

Tüm bunlara ilave olarak TEAİŞ; ETKB'nin kararı doğrultusunda uluslararası enterkonneksiyon çalışmalarını yapar, iletim sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan serbest tüketiciler dahil tüm sistem kullanıcılarına şebeke yönetmeliği ve iletim lisansı hükümleri doğrultusunda eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin iletim ve bağlantı hizmeti sunar, piyasanın gelişimine bağlı olarak Kurul kararı doğrultusunda yeni ticaret yöntemleri ve satış kanallarının uygulanabilmesine yönelik alt yapının geliştirilmesi ve uygulanmasını yürütür ve yönetmelik çerçevesinde dağıtım şirketleri tarafından hazırlanan talep tahminlerini esas alarak üretim kapasite projeksiyonunu hazırlar ve Kurulun onayına sunar.⁷⁹² Buna göre, TEİAŞ aynı zamanda sistem işletmecisi olarak da görev yapacaktır.

TEİAŞ da iletim faaliyetlerini yerine getirebilmek için lisans almak zorundadır. İletim lisansı, TEİAŞ'ın mevcut ve inşa edilecek tüm iletim tesisleri üzerinden iletim faaliyetlerini yürütebilmesi için EPDK'dan almak zorunda olduğu lisansı ifade etmektedir.⁷⁹³

AB Parlamentosu ve Konseyinin 2003/54/AT sayılı Direktifinin 8 vd. maddelerinde iletim düzenlenmiştir. İletim ruhsata tabi olan bir faaliyet olarak

⁷⁹⁰ 4628 sayılı Kanun m.3-(1)-c-2.

⁷⁹¹ 4628 sayılı Kanun m.2-(4)-b.

⁷⁹² 4628sayılı Kanun m.2-(4)-b.

⁷⁹³ 4628 sayılı Kanun m.3-(1)-c-2.

düzenlenmemiş, iletimin bir veya birden fazla şirket tarafından yürütülüp yürütülemeyeceği hususu ise üye ülkelerin kararına bırakılmıştır.⁷⁹⁴

İletim faaliyetlerinin gerektirmesi halinde 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda belirtilen esaslar çerçevesinde kamulaştırma yapılır. Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir. Tüzel kişilerce, faaliyetleri ile ilgili olarak kamuya ait araziler üzerinde, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi veya bu arazilerin kiralanmasının talep edilmesi halinde, bu istek Kurulca uygun görüldüğünde, EPDK ilgili kanunlar uyarınca ihtiyaca göre mülkiyetin gayri ayni hak tesisi veya uzun süreli kiralama yoluna gider.⁷⁹⁵

Görüleceği üzere TEİAŞ elektrik piyasasının işleyişinde çok önemli bir konumda bulunmaktadır. Zira TEİAŞ sadece iletim tekeline sahip bir iktisadi devlet teşekkülü olarak faaliyette bulunmamakta, bunun yanında bir bakıma sistemden kamu adına sorumlu teknik organ olarak da faaliyet göstermektedir.⁷⁹⁶

Son olarak şunu da ifade etmek gerekir ki; TEİAŞ, piyasada iletim faaliyeti dışında herhangi bir faaliyet ile iştigal edemez.⁷⁹⁷

c. Dağıtım Lisansı ve Dağıtım Faaliyetinde Bulunabilecek Olanlar

4628 sayılı Kanun'a göre;

- Dağıtım: elektrik enerjisinin 36 kV ve altındaki hatlar üzerinden naklini,
- Dağıtım şirketi: belirlenen bir bölgede elektrik dağıtımı ile iştigal eden tüzel kişiyi,

⁷⁹⁴ ASLAN ve ark., age., s.321. Söz konusu direktife göre iletim sistemi işletmecisinin sorumlu olacağı hususlar için bakınız. ASLAN ve ark., age., s.321.

⁷⁹⁵ EPLY m. 10/13.

⁷⁹⁶ ÖZCAN Evlin Evrim, age., s.89.

⁷⁹⁷ 4628 sayılı Kanun m.3-(1)-c-2.

- Dağıtım sistemi: bir dağıtım şirketinin, belirlenmiş bölgesinde işlettiği ve/veya sahip olduğu elektrik dağıtım tesisleri ve şebekesini,

- Dağıtım tesisi: iletim tesislerinin ve dağıtım gerilim seviyesinden bağlı üretim tesislerine ait şalt sahalarının bittiği noktadan itibaren elektrik dağıtımını için tesis edilmiş tesis ve şebekeyi

ifade etmektedir.⁷⁹⁸

Elektrik enerjisi dağıtım faaliyetleri, dağıtım şirketleri tarafından lisanslarında belirlenen bölgelerde yürütülür.⁷⁹⁹ Türkiye 17.03.2004 tarih ve 2004/3 sayılı Yüksek Planlama Kurulu Kararı ile 21 dağıtım bölgesine bölünmüştür. Dağıtımın doğal tekel karakteri nedeniyle bu bölgelerin her birinde sadece bir dağıtım şirketi faaliyet göstermektedir.

Dağıtım şirketleri, buldukları dağıtım bölgesinde, başka bir tedarikçiden elektrik enerjisi ve/veya kapasite temin edemeyen tüketiciler bulunması halinde, perakende satış lisansı alarak bu tüketicilere perakende satış yapmak ve/veya perakende satış hizmeti vermekle yükümlüdür.⁸⁰⁰ Bu yükümlülük, evrensel kamu hizmeti ile yakından ilgilidir. Zira bu durumdaki tüketicilerin de makul fiyattan elektrik temin edebilmeleri gerekmektedir.⁸⁰¹ Ayrıca, bulunduğu dağıtım bölgesindeki perakende satış lisansı sahibi dağıtım şirketi dışındaki bir tedarikçiden elektrik enerjisi ve/veya kapasite satın almakta olan bir serbest tüketicinin, hukuki gerekler nedeniyle tedarikçisinin faaliyetine geçici olarak ara verilmesi veya tedarikçisinin faaliyetinin son bulması halinde, bulunduğu bölgedeki dağıtım lisansı sahibi tüzel kişi, bu serbest tüketiciye yeni bir tedarikçi ile ikili anlaşma yapıncaya kadar elektrik enerjisi ve/veya kapasite temin etmekle yükümlüdür.⁸⁰²

⁷⁹⁸ 4628 sayılı Kanun m.1.

⁷⁹⁹ 4628 sayılı Kanun m.2-(4)-c.

⁸⁰⁰ 4628 sayılı Kanun m.2-(4)-c.

⁸⁰¹ KARAKILIÇ Hasan, age., s.101.

⁸⁰² EPLY m.23/5.

Diğer taraftan, dağıtım şirketleri, bölgelerinde, başka perakende satış şirketi ve/veya şirketleri bulunsa dahi perakende satış lisansı almak suretiyle tüketicilere perakende satış yapabilir ve/veya perakende satış hizmeti verebilirler.⁸⁰³ Ancak, söz konusu şirketler tarafından üretim ve perakende satış faaliyetlerinin, 01/01/2013 tarihinden itibaren ayrı tüzel kişilikler altında yürütülmesi gerekmektedir.⁸⁰⁴

Lisanslarında belirtilen bölgelerdeki dağıtım tesislerini işleten ve/veya sahip olan dağıtım şirketleri, bu tesislerin yenileme, ikame ve kapasite artırımı yatırımlarını yapar, dağıtım sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan serbest tüketiciler dahil tüm sistem kullanıcılarına, dağıtım lisanslarının hüküm ve şartları ve Dağıtım Yönetmeliği hükümleri doğrultusunda ve Yönetmelikte belirlenecek süreler içinde eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin elektrik enerjisi dağıtımını ve bağlantı hizmeti sunar.⁸⁰⁵

Mülkiyeti kamuda olan dağıtım tesislerinin, Kurul onaylı talep tahminleri doğrultusunda yatırım planlarının hazırlanması ve Kurulun onayına sunulması, onaylanan yatırım planı uyarınca yatırım programına alınan, dağıtım tesislerindeki gerekli iyileştirme ve güçlendirme işlerinin gerçekleştirilmesi ve/veya yeni dağıtım tesislerinin inşa edilmesi görevi söz konusu dağıtım tesislerini işleten dağıtım şirketlerine aittir.⁸⁰⁶

4046 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan özelleştirme sonrası elektrik dağıtım tesislerinin iyileştirilmesi, güçlendirilmesi ve genişletilmesi için yapılan yatırımların mülkiyeti kamuya aittir. Özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım plânlanması ve uygulamasında onay, değişiklik ve denetim yetkisi Kurula aittir. Kurul, hizmetin verilmesini sağlayacak yatırımların teklif edilmemesi halinde talep eder ve onaylanmış yatırımlar gerçekleştirilmediği takdirde lisans iptal edilerek yeniden ihale yapılır.⁸⁰⁷

⁸⁰³ 4628 sayılı Kanun m.2-(4)-c.

⁸⁰⁴ 4628 sayılı Kanun m.3-(c)-3.

⁸⁰⁵ 4628 sayılı Kanun m.2-(4)-c.

⁸⁰⁶ 4628 sayılı Kanun m.2-(4)-c.

⁸⁰⁷ 4628 sayılı Kanun m.2-(4)-c.

Dağıtım şirketi dağıtım sistemini kendisinden hizmet alanlara kaliteli ve sürekli elektrik enerjisi sağlayacak durumda tutmakla yükümlüdür.⁸⁰⁸ Bu kapsamda dağıtım sisteminde sunulan elektrik enerjisi hizmetinin kalitesi “tedarik sürekliliği kalitesi”, “ticari kalite” ve “teknik kalite” olmak üzere üç başlık altında toplanarak “Elektrik Piyasasında Dağıtım Hizmetinde Sunulan Elektrik Enerjisinin Tedarik Sürekliliği, Ticari ve Teknik Kalitesi Hakkında Yönetmelik”te düzenlenmiştir. Söz konusu yükümlülüğe uygun hareket edilmediği takdirde yapılacak denetim sonucu müeyyide uygulanması söz konusu olabilecektir.

Belirli bir bölgede dağıtım faaliyetinde bulunulabilmek için de EPDK’dan lisans almak gerekmektedir.⁸⁰⁹

Dağıtım faaliyetlerinin gerektirmesi halinde 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nda belirtilen esaslar çerçevesinde kamulaştırma yapılır. Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir. Tüzel kişilerce, faaliyetleri ile ilgili olarak kamuya ait araziler üzerinde, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi veya bu arazilerin kiralanmasının talep edilmesi halinde, bu istek Kurulca uygun görüldüğünde, EPDK ilgili kanunlar uyarınca ihtiyaca göre mülkiyetin gayri ayni hak tesisi veya uzun süreli kiralama yoluna gider.⁸¹⁰

Dağıtım lisansı sahibi tüzel kişiler de, 4628 sayılı Kanunda belirtilen faaliyetler dışında piyasada herhangi bir faaliyette bulunamaz.⁸¹¹

d. Toptan Satış Lisansı ve Toptan Satış Faaliyetinde Bulunabilecek Olanlar

4628 sayılı Kanun’a göre;

- Toptan satış: elektriğin tekrar satış için satışını,

⁸⁰⁸ Dağıtım Yönetmeliği m.12.

⁸⁰⁹ 4628 sayılı Kanun m.3-(1)-c-3.

⁸¹⁰ EPLY m.10/13.

⁸¹¹ 4628 sayılı Kanun m.3-(1)-c-3.

- Toptan satış şirketi: elektrik enerjisinin ve/veya kapasitenin, toptan satılması, ithalatı, ihracatı, serbest tüketicilere satışı ve ticareti faaliyetleri ile iştigal edebilen tüzel kişiyi

ifade etmektedir.⁸¹²

Toptan satış faaliyetleri, TETAŞ ve özel sektör toptan satış şirketleri tarafından yürütülür.⁸¹³ Kanun'da, TETAŞ'ın, mevcut sözleşmeler kapsamında imzalanmış olan enerji alım ve satış anlaşmalarını TEAŞ'dan ve TEDAŞ'dan devralması öngörülmüştür.⁸¹⁴ TETAŞ, mevcut imtiyaz ve uygulama sözleşmeleri kapsamında enerji alım ve satış anlaşmaları imzalayabilir, dağıtım şirketlerine karşı üstlendiği enerji alım ve satım taahhütleri ile sınırlı kalmak üzere, bir yılı aşmamak ve Kurul tarafından onaylanmak kaydıyla enerji alım anlaşmaları ve Hükümetler arası anlaşmalar kapsamında elektrik enerjisi ithalat ve/veya ihracat anlaşmaları imzalayabilir.⁸¹⁵

Herhangi bir gerçek kişinin ya da özel sektör tüzel kişisinin kontrol ettiği toptan satış şirketleri aracılığıyla toptan satışını yapabilecekleri elektrik enerjisi miktarı, piyasada bir önceki yılda tüketilen toplam elektrik enerjisi miktarının yüzde onunu geçemez.⁸¹⁶

Elektrik piyasasında toptan satış faaliyetinde bulunmak için toptan satış lisansı almak gerekmektedir. Toptan satış lisansı, toptan satış şirketlerinin piyasada elektriğin toptan satışı ve serbest tüketicilere satışı için EPDK'dan almak zorunda oldukları lisansı ifade etmektedir.⁸¹⁷

Toptan satış lisansı sahibi tüzel kişiler lisanslarında yer alması kaydıyla ithalat ve ihracat faaliyetlerini de yürütebilir.⁸¹⁸ Söz konusu tüzel kişilerin ithalat ve ihracat faaliyetlerini yürütebilmesi için ayrıca lisans alması gerekmez.

⁸¹² 4628 sayılı Kanun m.1.

⁸¹³ 4628 sayılı Kanun m.2-(4)-d.

⁸¹⁴ 4628 sayılı Kanun m.2-(4)-d.

⁸¹⁵ 4628 sayılı Kanun m.2-(4)-d.

⁸¹⁶ 4628 sayılı Kanun m.2-(4)-d.

⁸¹⁷ 4628 sayılı Kanun m.3-(1)-c-4.

⁸¹⁸ EPLY m.26.

Toptan satış lisansı sahibi tüzel kişiler, EPLY'nin 26'ncı maddesinde belirtilen faaliyetler dışında piyasada herhangi bir faaliyette bulunamaz. Toptan satış lisansı sahibi bir tüzel kişinin lisansı kapsamında Kuruldan izin almaksızın yapabileceği faaliyetler ise lisansında ayrıca düzenlenir.⁸¹⁹

Toptan satış lisansı sahibi tüzel kişiler, Kanunda belirtilen faaliyetler dışında piyasada herhangi bir faaliyette bulunamaz.⁸²⁰

e. Perakende Satış Lisansı ve Perakende Satış Faaliyetinde Bulunabilecek Olanlar

4628 sayılı Kanun'a göre;

- Perakende satış: elektriğin tüketicilere satışı,
- Perakende satış hizmeti: perakende satış lisansına sahip şirketlerce, elektrik enerjisi ve/veya kapasite satımı dışında tüketicilere sağlanan diğer hizmetleri,
- Perakende satış şirketi: elektrik enerjisinin ve/veya kapasitenin ithalatı ve iletim sistemine doğrudan bağlı olanlar dışındaki tüketicilere perakende satışı ve/veya tüketicilere perakende satış hizmeti verilmesi ile iştigal edebilen tüzel kişiyi

ifade etmektedir.⁸²¹

Elektrik enerjisi ve/veya kapasitenin perakende satışını ve/veya perakende satış hizmetini içeren faaliyetler, 4628 sayılı Kanun, ilgili yönetmelikler, lisanslar, Müşteri

⁸¹⁹ EPLY m.26.

⁸²⁰ EPLY m.26. Üretim, dağıtım ve iletim faaliyetleri için Kanun'da belirtilen faaliyetler dışında piyasada faaliyette bulunulamayacağı Kanun hükmü iken toptan satış faaliyeti için bu yöndeki hüküm EPLY'de getirilmiştir.

⁸²¹ EPLY m.26.

Hizmetleri Yönetmeliği ve Dağıtım Yönetmeliği hükümleri uyarınca perakende satış şirketleri ve perakende satış lisansı almış dağıtım şirketleri tarafından yürütülür.⁸²²

Elektrik piyasasında perakende satış faaliyetinde bulunmak için perakende satış lisansı almak gerekmektedir. Perakende satış lisansı, tüzel kişilerin, piyasada perakende satış yapabilmek ve/veya perakende satış hizmeti verebilmek için EPDK'dan almak zorunda oldukları lisansı ifade etmektedir.⁸²³

Perakende satış şirketleri, herhangi bir bölge sınırlaması olmaksızın perakende satış ve perakende satış hizmeti faaliyetinde bulunabilirken, perakende satış lisansına sahip dağıtım şirketleri ise ancak perakende satış lisansında yer alması halinde, başka bir dağıtım şirketinin bölgesinde bulunan serbest tüketicilere elektrik enerjisi ve/veya kapasite satışı yapabilir.⁸²⁴ Perakende satış lisansı sahibi tüzel kişiler lisanslarında yer alması koşulu ile dağıtım seviyesinden elektrik enerjisi ve/veya kapasite ithalatı faaliyeti ile de iştigal edebilir.⁸²⁵

Elektrik enerjisinin perakende satışı dışında sayaç okuma, faturalama gibi hizmetler, lisanslarında yer alması kaydıyla, perakende satış hizmeti olarak perakende satış şirketleri ve/veya perakende satış lisansına sahip dağıtım şirketleri tarafından yürütülür. Sadece perakende satış hizmeti yapmak üzere de perakende satış lisansı alınabilir.⁸²⁶

Perakende satış lisansı sahibi tüzel kişiler, EPLY'nin 30'uncu maddesinde belirtilen faaliyetler dışında piyasada herhangi bir faaliyette bulunamaz.⁸²⁷ Perakende satış lisansı sahibi bir tüzel kişinin lisansı kapsamında Kuruldan izin almaksızın yapabileceği faaliyetler ise lisansında ayrıca düzenlenir.⁸²⁸

⁸²² 4628 sayılı Kanun m.2-(4)-e.

⁸²³ 4628 sayılı Kanun m.3-(1)-c.

⁸²⁴ 4628 sayılı Kanun m.3-(1)-c-5.

⁸²⁵ EPLY m.30.

⁸²⁶ EPLY m.30.

⁸²⁷ Üretim, dağıtım ve iletim faaliyetleri için Kanun'da belirtilen faaliyetler dışında piyasada faaliyette bulunulamayacağı Kanun hükmü iken perakende satış faaliyeti için bu yöndeki hüküm toptan satış faaliyetinde olduğu gibi EPLY'de getirilmiştir.

⁸²⁸ EPLY m.30.

f. Otoprodüktör ve Otoprodüktör Grubu Lisansı ve Bu Lisans Kapsamında Piyasada Yürütülebilecek Faaliyetler

Otoprodüktör ve otoprodüktör grubu lisansı; kendi ihtiyaçlarını karşılamak üzere elektrik enerjisi üretimi yapan ve iletim ve/veya dağıtım sistemi ile paralel çalışan otoprodüktörlerin ve ortaklarına elektrik enerjisi temin eden otoprodüktör gruplarının EPDK'dan almak zorunda oldukları lisansı ifade eder.⁸²⁹

Otoprodüktör lisansı sahibi tüzel kişiler kendi ihtiyaçlarını karşılamak üzere üretim tesisi kurulması ve üretim fazlası olması durumunda üretilen elektrik enerjisi ve/veya kapasitenin müşterilere satışı faaliyetleri ile iştirak edebilirken,⁸³⁰ otoprodüktör grubu lisansı sahibi tüzel kişiler de, esas olarak ortaklarının elektrik enerjisi ihtiyaçlarını karşılamak üzere üretim tesisi kurulması, üretilen elektrik enerjisi ve/veya kapasitenin grup ortaklarına satılması, üretim fazlası olması durumunda üretim fazlasının müşterilere satışı faaliyetleri ile iştirak edebilirler.⁸³¹

Bir otoprodüktör ya da otoprodüktör grubu, bir takvim yılı içerisinde lisansına derç edilen yıllık ortalama elektrik enerjisi üretim miktarının yüzde yirmisini piyasada satabilir. Arz güvenliği açısından ihtiyaç duyulacak hallere münhasır olmak üzere, Kurul, ETKB'nin talebi doğrultusunda, bu oranı artırabilir.⁸³² Otoprodüktör veya otoprodüktör grubu lisansı sahibi tüzel kişilerin bir önceki takvim yılı içerisinde ürettikleri elektrik enerjisinin, Kurul tarafından belirlenen orana karşılık gelen miktardan daha fazlasını piyasada sattığının tespit edilmesi halinde, lisans sahibi tüzel kişinin, yapılan yazılı bildirim müteakip, otuz gün içerisinde üretim lisansı almak üzere EPDK'ya başvuruda bulunması zorunludur.⁸³³

Otoprodüktör ve otoprodüktör grupları ve iştirakleri, Kanunda özel sektör üretim şirketleri için getirilmiş bulunan piyasa payı kısıtlamalarına tabidir.⁸³⁴

⁸²⁹ 4628 sayılı Kanun n. 3-(1)-c-6.

⁸³⁰ EPLY m.33/1.

⁸³¹ EPLY m.33/2.

⁸³² EPLY m.33/3.

⁸³³ EPLY m.33/5.

⁸³⁴ EPLY m.33/8.

Otoprodüktör grubu lisansı sahibi tüzel kişiler, EPLY'nin 33'üncü maddesinde belirtilen faaliyetler dışında piyasada herhangi bir faaliyette bulunamaz.⁸³⁵ Otoprodüktör lisansı sahibi bir tüzel kişinin yapabileceği faaliyetler lisansında ayrıca düzenlenir.⁸³⁶

3. Lisans Alma Süreci

a. Lisans Başvurusu

Piyasada faaliyet göstermek üzere lisans başvurusunda bulunacak özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri doğrultusunda anonim şirket ya da limited şirket olarak kurulmuş olmaları gerekmektedir. Anonim şirket olarak kurulmaları halinde, sermaye piyasası mevzuatına göre borsada işlem görenler dışındaki hisselerinin tamamının nama yazılı olması şarttır. Ancak, hisselerinin tamamı nama yazılı olmayan anonim şirketlere, lisans almalarının Kurul kararıyla uygun bulunması sonrası ana sözleşme değişikliği yapmaları kaydıyla lisans verilebilmesi mümkündür. Öte yandan, hisselerin nama yazılı olma şartı otoprodüktör lisansı başvurularında aranmaz.⁸³⁷

Tüzel kişiler piyasada faaliyet göstermek üzere lisans almak için; EPLY'nin 7'nci maddesinde belirtilen belgeleri ibraz etmek suretiyle EPDK'ya başvuruda bulunur.⁸³⁸

Üretim, otoprodüktör ve otoprodüktör grubu lisansları için yapılacak başvurularda; lisansa konu olan üretim tesisinin özellikleri dikkate alınarak hazırlanan ve tesisin tamamlanma tarihine kadar olan süreci kapsayan bir termin programının sunulması ve bu program kapsamındaki tesis tamamlanma tarihinin EPDK tarafından uygun bulunması gerekmektedir. Tesis tamamlanma tarihinin belirlenmesinde referans alınacak süreler Kurul kararı ile belirlenir ve EPDK'nın internet sayfasında yayımlanır.

⁸³⁵ EPLY m.33/10.

⁸³⁶ EPLY m.33/9. Üretim, dağıtım ve iletim faaliyetleri için Kanun'da belirtilen faaliyetler dışında piyasada faaliyette bulunulamayacağı Kanun hükmü iken, otoprodüktör grubu lisansı sahibi tüzel kişiler için bu yöndeki hüküm perakende satış ve toptan satış faaliyetinde olduğu gibi EPLY'de getirilmiştir.

⁸³⁷ EPLY m.7/1.

⁸³⁸ EPLY m.7/3.

Ayrıca üretim faaliyetinde bulunmak üzere yapılan lisans başvurularında, megawatt cinsinden beher kurulu güç başına Kurul kararı ile belirlenen tutarda, EPDK'ya muhatap düzenlenmiş ve Kurul kararı ile belirlenen örneğe uygun banka teminat mektubu sunulur.⁸³⁹

Başvuru sırasında tüzel kişilerden istenen belgelerin gereğine uygun olarak teslim edilip edilmediği hususundaki değerlendirme; sunulan belgelerin EPDK merkez evrakına giriş tarihini izleyen on iş günü içerisinde tamamlanır. Söz konusu değerlendirme sonucunda gereğine uygun olarak yapılmadığı tespit edilen lisans başvurularındaki eksikliklerin on iş günü içerisinde giderilmesi istenerek, giderilmediği takdirde başvuru sırasında sunulan belgelerin iade edileceği bildirilir.⁸⁴⁰

Bu süre içerisinde sunulan belgelerin gereğine uygun olarak teslim edilip edilmediği hakkındaki değerlendirme on iş günü içerisinde tamamlanır ve eksikliklerin tespiti halinde, tüzel kişiye son kez yazılı bildirim yapılarak on iş günü içerisinde eksikliklerin giderilmesi istenir. Söz konusu süre içerisinde de eksikliklerin giderilmemesi veya başvurudan vazgeçildiğinin EPDK'ya yazılı olarak bildirilmesi halinde, başvuru yapılmamış sayılır ve başvuru sırasında sunulan belgeler iade edilir.⁸⁴¹

b. Lisans Başvurularının İncelenmesi ve Değerlendirilmesi

Lisans başvuru esaslarına göre eksiksiz olarak yapıldığı tespit edilen başvuruların; inceleme ve değerlendirmeye alınabilmesi için başvuru sahiplerine yazılı bildirimde bulunularak lisans alma bedelinin yüzde birinin, bildirim tarihinden itibaren on iş günü içerisinde EPDK hesabına yatırılması istenir. Bu yükümlülük yerine getirilmediği takdirde başvurunun reddedilmiş sayılacağı yapılan bildirimde yer alır.⁸⁴²

Lisans alma bedelinin yüzde birinin EPDK hesabına yatırıldığıнын ibraz edilmesini takiben lisans başvurusu inceleme ve değerlendirmeye alınır ve başvuruya ilişkin bilgiler EPLY'nin 43'üncü madde hükümleri çerçevesinde EPDK'nın internet

⁸³⁹ EPLY m.7/4.

⁸⁴⁰ EPLY m.7/9.

⁸⁴¹ EPLY m.7/10.

⁸⁴² EPLY m.8/1.

sayfasında duyurulur.⁸⁴³ Duyurusu yapılan başvurulara, üçüncü şahıslar tarafından on iş günü içerisinde ve sadece kişisel hak ihlali açısından yazılı olarak itirazda bulunulabilir.⁸⁴⁴

Lisans başvurusunun inceleme ve değerlendirmeye alınması, lisans almaya hak kazanıldığı anlamını taşımaz.⁸⁴⁵

İnceleme ve değerlendirmeye alınan üretim, otoprodüktör ve otoprodüktör grubu lisansı başvuruları hakkında EPDK tarafından, kurulacak üretim tesisinin iletim ve/veya dağıtım sistemine bağlantısı ve sistem kullanımı hakkında TEİAŞ ve/veya üretim tesisinin bulunduğu dağıtım bölgesindeki dağıtım lisansı sahibi tüzel kişiden görüş istenir. TEİAŞ ve/veya ilgili dağıtım şirketi, başvuru kapsamındaki üretim tesisinin bağlanması talep edilen trafo merkezi ile bağlantı kapasitesine ilişkin EPLY'nin 38'inci madde kapsamında oluşturulan görüşünü, bildirim tarihinden itibaren kırkbeş gün içerisinde sonuçlandırarak EPDK'ya sunar.⁸⁴⁶

EPDK yaptığı inceleme ve değerlendirmede tüm lisanslar açısından temel olarak; ilgili mevzuatta öngörülen amaçlara uygunluk, duyurusu yapılan başvurulara belirtilen süre içerisinde yazılı olarak yapılan itirazlar hakkında oluşturulan görüşler, tüketici haklarının korunması ile rekabetin ve piyasanın gelişimine olan etki ve başvuruda bulunan tüzel kişilerin; varsa, yurt içi ve yurt dışı piyasalardaki deneyim ve performansları göz önünde bulundurur;⁸⁴⁷

İnceleme ve değerlendirmeye alınan lisans başvuruları, ilgili mevzuat uyarınca diğer kurum ve/veya kuruluşlardan alınması gereken uygun bulma kararına esas teşkil edecek nihai görüşün, EPDK'ya geliş tarihinden itibaren kırkbeş gün içerisinde sonuçlandırılır. Gerekliğinde bu süre, Kurul kararıyla uzatılabilir ve süre uzatımı başvuru sahibi tüzel kişiye yazılı olarak bildirilir.⁸⁴⁸

⁸⁴³ EPLY m.8/2.

⁸⁴⁴ EPLY m.8/3.

⁸⁴⁵ EPLY m.8/4.

⁸⁴⁶ EPLY m.9/1.

⁸⁴⁷ EPLY m.9/3.

⁸⁴⁸ EPLY m.10/1.

EPDK tarafından yapılan inceleme ve değerlendirme Kurula sunulur ve lisans başvurusu Kurul kararıyla sonuçlandırılır. Lisans başvurusunun Kurul kararıyla reddedilmesi durumunda, ret gerekçeleri başvuru sahibi tüzel kişiye Kurul kararını izleyen on iş günü içerisinde yazılı olarak bildirilir ve başvuru sırasında sunulan, EPDK'ya muhatap banka teminat mektubu başvuru sahibine iade edilir.⁸⁴⁹

EPLY'nin 10'uncu maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getiren tüzel kişiye Kurul kararı ile lisans verilir, lisans sahibi tüzel kişinin ticaret unvanı ile aldığı lisans türü ve süresi Resmi Gazetede yayımlanır ve EPDK internet sayfasında duyurulur.⁸⁵⁰

Lisanslar, lisansta belirtilen tarihte yürürlüğe girer ve lisans sahibi tüzel kişilerin lisans kapsamındaki hak ve yükümlülükleri bu tarihten itibaren geçerlilik kazanır.⁸⁵¹

4. Lisansın Tadili, Yenilenmesi, Sona Ermesi ve İptali

a. Lisansın Tadili

Lisanslar; lisans sahibinin talebi veya ilgili mevzuat kapsamındaki uygulamaların gerektirdiği durumlarda ya da yasal değişiklik hallerinde tadil edilebilir.⁸⁵²

Buna göre:

- Lisans sahibinin talebi ile yapılan tadiller; lisans sahibinin lisansta değişiklik yapılması için öne sürdüğü gerekçelerin uygun bulunması,
- İlgili mevzuat kapsamındaki uygulamaların gerektirdiği tadiller; gelir düzenleme esasları, fiyatlandırma esasları, performans standartları gibi düzenleyici işlemler çerçevesinde lisans hükümlerinde değişiklik yapılmasının gerekli olması,

⁸⁴⁹ EPLY m.10/2.

⁸⁵⁰ EPLY m.10/10.

⁸⁵¹ EPLY m.11/1.

⁸⁵² EPLY m.13/1.

- Yasal değişiklik hallerinde yapılan tadiller; lisans sahibinin uyması gereken mevzuatta gerçekleşen değişiklikler paralelinde lisans hükümlerinde değişiklik yapılmasının zorunlu hale gelmesi

durumlarında yapılabilir.⁸⁵³

Lisans sahibinin talebi veya ilgili mevzuat kapsamındaki uygulamaların gerektirdiği durumlarda yapılan lisans tadili serbest rekabet koşullarını bozucu hükümler içeremez. Lisans tadilleri; ilgili tüm lisans sahiplerine eşit taraflar arasında ayırım gözetilmemesi ilkesi doğrultusunda ve aynı koşullarda uygulanır.⁸⁵⁴

b. Lisansın Yenilenmesi

Lisanslar, lisans sahibinin talebi üzerine lisans süresinin bitiminden başlamak üzere ve Kanun'da öngörülen asgari süreler gözetilmek suretiyle her defasında en fazla kırkdokuz yıl için yenilenebilir.⁸⁵⁵

Lisans yenileme talebi, yürürlükteki lisans süresinin bitiminden en erken bir yıl, en geç dokuz ay önce, lisans sahibinin EPDK'ya yazılı olarak başvurusu suretiyle yapılabilir.⁸⁵⁶

Dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerin, lisans sürelerinin bitiminden önce ve öngörülen süreler içerisinde lisanslarını yenilemek üzere EPDK'ya başvuramaları halinde EPDK tüketicilerin korunması ve hizmetin aksamaması için gereken önlemleri alır.⁸⁵⁷

Lisans yenileme talebi incelenirken temel olarak lisans sahibinin; piyasadaki mevcut performansı, lisans sahibi tüzel kişiler, müşterileri ve faaliyetin niteliğine göre tüketici zararlarının tazmini açısından tüketiciler ile olan ilişkileri, hakkında yapılmış

⁸⁵³ EPLY m.13/1.

⁸⁵⁴ EPLY m.13/2.

⁸⁵⁵ EPLY m.14/1.

⁸⁵⁶ EPLY m.14/2.

⁸⁵⁷ EPLY m.14/3.

şikayetler ve şikayetlerin giderilme süreleri, hakkında uygulanmış olan yaptırım ve cezalar ve lisans süresince piyasada yaşanan gelişmeler dikkate alınır.⁸⁵⁸

Lisans yenileme başvurusu hakkındaki inceleme ve değerlendirme, lisans yenilemesi hakkındaki yazılı başvurunun EPDK merkez evrakına giriş tarihini izleyen altmış gün içerisinde tamamlanır. Lisans yenileme başvurusu hakkındaki Kurul kararı lisans sahibine yazılı olarak bildirilir ve yapılan bildirimde lisans yenileme bedelinin EPDK hesabına yatırıldığına ilişkin belgenin otuz gün içerisinde EPDK'ya ibraz edilmesi istenir. Bu yükümlülüğü yerine getiren tüzel kişiye Kurul kararı ile yeni lisans verilir.⁸⁵⁹

Lisansı yenilenen lisans sahibi tüzel kişinin ticaret unvanı ile yenilenen lisans türü ve süresi RG'de yayımlanır ve EPDK internet sayfasında duyurulur.⁸⁶⁰

c. Lisansın Sona Ermesi

Lisanslar, Kurul tarafından lisansta belirtilen yöntem uyarınca süreleri uzatılmadığı takdirde sürelerinin bitiminde veya lisans sahibi tüzel kişinin iflası halinde kendiliğinden, lisans sahibi tüzel kişinin lisanstan vazgeçmeyi istemesi halinde ise ancak Kurul onayıyla sona erer.⁸⁶¹

Yapılan denetimler sonucu, tarifeleri düzenlemeye tabi olan lisans sahibi bir tüzel kişinin mali durumunun, lisansı kapsamındaki faaliyetini güvenli olarak yürütebilmesi ve/veya üstlenmiş olduğu mali yükümlülüklerini yerine getirmesini tehlikeye düşürecek şekilde bozulduğunun, ilgili mevzuat çerçevesinde lisans sahibi tüzel kişinin savunması da alınmak suretiyle hazırlanan denetim raporlarıyla tespit edilmesi durumunda, tüketiciler ve piyasa koşulları aleyhine bir sonuç yaratılmamasını teminen, Kurul kararına uygun olarak gereken önlemlerin alınacağı, tüzel kişilerin lisanslarında yer alır.

⁸⁵⁸ EPLY m.14/4.

⁸⁵⁹ EPLY m.14/5.

⁸⁶⁰ EPLY m.14/6.

⁸⁶¹ 4628 sayılı Kanun 3-(1)-d ve EPLY m.15/1.

Piyasa istikrarı açısından gerekli görülen hallerde, alınan önlemlere ilişkin Kurul kararı, EPDK internet sayfasında yayımlanır.⁸⁶²

Lisans sahibi bir tüzel kişi lisansı kapsamındaki faaliyetini sona erdirmek istemesi halinde, lisansın sona ermesinin talep edildiği tarihten en az yüzseksen gün önce, gerekçeleri ile birlikte EPDK'ya yazılı olarak başvuruda bulunulması esastır. Ancak Kurul, sona erdirmeye talebinin piyasaya olan etkilerini dikkate alarak bu süre şartını uygulamayabilir. Bu başvuru kapsamında lisans sahibi tüzel kişinin lisansını sona erdirmek istediği tarih itibarıyla ne tür yükümlülükler taşıdığı ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi için ne tür tedbirlerin öngörüldüğünün belirtilmesi de gerekmektedir.⁸⁶³

Yapılan değerlendirme sonucu, sona erdirmeye talebinin Kurul kararıyla uygun bulunması halinde lisans, Kurul kararında yer alan tarihte sona erer. Kurul, lisansın sona ermesinin tüketiciler ve piyasa koşulları aleyhine bir durum yaratacağı yolunda karara vardığı takdirde, gerekçeleri lisans sahibi tüzel kişiye bildirilmek suretiyle talebi reddedebilir veya lisansın sona ermesi için talep edilen tarihi ileri bir tarihte erteleyebilir. Kapsamındaki üretim tesisinin geçici kabulü yapılmamış olan lisansın, mücbir sebepler ya da gerekçeleri Kurul tarafından uygun bulunan haller dışında, herhangi bir nedenle sona ermesi durumunda, söz konusu üretim tesisi için EPDK'ya sunulmuş bulunan banka teminat mektupları irat kaydedilir.⁸⁶⁴

Dağıtım lisansı sahibi bir tüzel kişinin, lisans süresi sona ermeden önce lisansını sona erdirmek istemesi halinde, söz konusu lisans kapsamındaki faaliyeti sürdüreceği yeni bir tüzel kişi lisans alıncaya kadar, lisans sona erdirilmez.⁸⁶⁵

Lisans sahibi bir tüzel kişi lisansı kapsamındaki üretim tesisini, Kurul onayı almak kaydıyla satış, devir veya diğer bir düzenleme ile lisans kapsamındaki faaliyete devam etmek isteyen bir diğer tüzel kişiye devredebilir. Bu suretle üretim tesisini devralacak tüzel kişinin, devir işlemi gerçekleşmeden önce EPDK'dan lisans alması gerekmektedir.

⁸⁶² EPLY m.15/2.

⁸⁶³ EPLY m.15/3.

⁸⁶⁴ EPLY m.15/4.

⁸⁶⁵ EPLY m.15/5.

Üretim tesisini devralan tüzel kişinin lisansı, devir işlemlerinin tamamlanması ve eski lisansın sona ermesi ile yürürlüğe girer.⁸⁶⁶

d. Lisansın İptali

Lisanslar 4628 sayılı Kanun'un 11'inci maddesi hükümleri çerçevesinde iptal edilebilir.⁸⁶⁷

Bir dağıtım lisansının iptal edilmesinin zorunlu hale gelmesi durumunda;

- Lisans iptalinden önce alınacak Kurul kararı doğrultusunda, tüketicilerin korunması ve hizmetin aksamaması açısından lisans kapsamındaki tesislerin kısmen veya tamamen diğer tüzel kişilere kullanılabilmesini teminen, lisans sahibi tüzel kişinin yönetim kurulu üyelerinin bir kısmının veya tamamının geçici olarak değiştirilmesi suretiyle yerlerine yeni atama yapılacağıın,
- Dağıtım lisansı sahibi tarafından faaliyet gösterilen dağıtım bölgesindeki tesislerin mülkiyetinin söz konusu dağıtım lisansı sahibine ait olması durumunda, lisans sahibi tüzel kişi nam ve hesabına yüzyirmi gün içerisinde mülkiyete konu tesislerin satışı için mevzuat uyarınca EPDK tarafından çıkılacak ihalede oluşacak fiyattan devrin yapılacağıın,

kabul edildiğine ilişkin hükümler, dağıtım lisanslarında ve/veya dağıtım lisansı sahibi tüzel kişinin anasözleşmesinde yer alır.⁸⁶⁸

Üretim tesisi yatırımını ilgili mevzuat çerçevesinde belirlenen süreler içerisinde gerçekleştiremeyen tüzel kişilerin ilgili lisansı iptal edilir. Lisansı iptal edilen tüzel kişi ile EPDK tarafından yapılacak inceleme sonucunda sorumlulukları tespit edilmiş

⁸⁶⁶ EPLY m.15/6.

⁸⁶⁷ EPLY m.16/1.

⁸⁶⁸ EPLY m.16/2.

bulunmak kaydıyla; bu tüzel kişilikte yüzde ondan fazla paya sahip ortaklar ile görevden ayrılmış olan veya halen görevde bulunan yönetim kurulu başkan ve üyelerinin ortak olduğu tüzel kişiler, lisans iptalini takip eden üç yıl süreyle lisans başvurusunda bulunamaz; bu süre zarfında, lisansı iptal edilen tüzel kişi ile bu tüzel kişilikte yüzde ondan fazla paya sahip ortaklar ile görevden ayrılmış olan veya halen görevde bulunan yönetim kurulu başkan ve üyeleri lisans başvurusu yapan tüzel kişiliklerde doğrudan veya dolaylı pay sahibi olamaz.⁸⁶⁹

G. LİSANS KAYNAKLI UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

Kurul kararlarına karşı açılacak davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülür. Danıştay, Kurul kararlarına karşı yapılan başvuruları acele işlerden sayar.⁸⁷⁰

Kurul, mevcut sözleşmelere ilişkin olarak, Kanun hükümleri uyarınca rekabetçi piyasaya geçişi kolaylaştıracak hususlarda, taraflarca değerlendirilmek üzere değişiklik önerilerinde bulunabilir ve mevcut sözleşmelerin ihtilafların haline ilişkin hükümlerini ihlal etmemek kaydıyla, bu sözleşmelere ilişkin herhangi bir resmi ihtilaf halli sürecinin başlatılmasından önce, ihtilafın halli için arabuluculuk yapabilir.⁸⁷¹

Öte yandan, daha önce de ifade edildiği üzere ruhsat işlemi idarenin kamu otoritesini kullanmak suretiyle tesis ettiği tek yanlı işlem olması nedeniyle, ruhsat kaynaklı olarak hizmeti yürüten özel kişi ile idare arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde ulusal ya da uluslararası tahkim yoluna başvurmak imkanı bulunmamaktadır.⁸⁷²

H. LİSANSIN HUKUKİ MAHİYETİ

Daha önce ayrıntılı olarak değinildiği üzere, elektrik sektöründeki süreçlerin teknik özellikleri dikkate alındığında, sektör yapısı genel olarak, üretim, iletim, dağıtım ve perakende arzı olarak dört bölüme ayrılmaktadır. Bu dört bölüm aslında elektrik

⁸⁶⁹ EPLY m.16/3.

⁸⁷⁰ 4628 sayılı Kanun m.12. EPLY m.44/4.

⁸⁷¹ EPLY m.44/5.

⁸⁷² ULUSOY Ali, Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış, s.87.

hizmeti üretiminin süreçleridir. 4628 sayılı Kanun'da belirtilen faaliyetlerle iştiğal edecek olan tüzel kişilerin faaliyetlerine başlamadan önce her bir faaliyet ve söz konusu faaliyetin birden fazla tesiste yürütülecek olması halinde her bir tesis için ayrı ayrı EPDK'dan lisans alması zorunlu tutulmuştur.⁸⁷³

Söz konusu lisansın hukuki mahiyeti konusunda öğretilerde görüş birliğı bulunmadığı gözlenmektedir. Nitekim GÜNDAY,⁸⁷⁴ GÖZLER⁸⁷⁵ ULUSOY⁸⁷⁶ ve ASLAN⁸⁷⁷ elektrik hizmetleri için öngörülen lisansı kamu hizmetinin görülmesi usulü olan ruhsat niteliğinde değerlendirirken KARAHANOGULLARI ruhsatı kamu hukukunda özgürlüklerin düzenlenmesi yöntemlerinden biri olduğunu ve şayet bir kamu hizmeti alanı söz konusu ise ruhsat usulünün geçerli olmaması gerektiğini savunmaktadır.⁸⁷⁸ Yani KARAHANOGULLARI'na göre, ruhsat usulü kamu hizmetinin görülmesi usulleri içerisinde yer almaz, almamalıdır. ÖZCAN ise elektrik piyasası için getirilen lisansların EPDK'nın yerine getirdiğı kolluk faaliyeti çerçevesinde verdiği ruhsata, izne yaklaştığı görüşündedir.⁸⁷⁹ ERGÜN de elektrik dağıtım lisansının kamu hizmeti ruhsatı olduğunu; buna karşın özel şirketlere verilen üretim ve ticaret lisanslarının kamu hizmeti ruhsatı olmadığını savunmaktadır.⁸⁸⁰

Kamu hizmetinin görülmesi usullerinden ruhsat usulü; devlet veya diğerk kamu tüzel kişilerinince mevcut bir özel hukuk gerçek veya tüzel kişisine bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi hususunda izin verildiğı yöntem olup,⁸⁸¹ aslında bu usul ile kamu hizmeti sadece özel kişilere değil aynı zamanda kamu hukuku tüzel kişilerine de gördürülebilir.⁸⁸²

Yer verilen tanıma göre bir faaliyetin ruhsat usulü ile yürütülmesinden bahsedebilmek için o faaliyetin öncelikle kamu hizmeti niteliğinde olması

⁸⁷³ 4628 sayılı Kanun m.3.

⁸⁷⁴ GÜNDAY Metin, age., s.315.

⁸⁷⁵ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Dersleri, s.538.

⁸⁷⁶ ULUSOY Ali, Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış, s.85.

⁸⁷⁷ ASLAN ve ark., age., s.305.

⁸⁷⁸ KARAHANOGULLARI Onur, age., s.325.

⁸⁷⁹ ÖZCAN Evlin Evrim, age., s.75.

⁸⁸⁰ ERGÜN Çağdaş Evrim, age., s.67.

⁸⁸¹ ATAY Ethem, age., s.249.

⁸⁸² ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.37.

gerekmektedir. Daha önce ayrıntılı olarak incelendiği üzere elektrik hizmeti üretimi (üretim, iletim, dağıtım ve perakende arzı süreçleri) kamu hizmeti niteliğindedir.

Bu arada ruhsat usulü ele alınırken izin herhangi bir kamu tüzel kişiliği değil de bizzat hizmetin asli sahibi ve/veya sorumlusu olan kamu tüzel kişisi tarafından verilmesinin bu usulün ana unsurlarından olup olmadığı hususu elektrik piyasası bağlamında incelenmiştir. Sonuçta, kamu hizmetinin bağımsız idari otoritelerin gözetimi ve denetiminde rekabet ortamında özel hukuk kişileri ve hizmetin asli sahibi ve/veya sorumlusu kamu tüzel kişisi tarafından birlikte yürütüldüğü piyasalarda, faaliyete geçebilmek için alınması zorunlu lisansın hizmetin asli sahibi ve/veya sorumlusu olan kamu tüzel kişisi tarafından değil de bağımsız idari otorite tarafından verilmesinin, söz konusu lisansın idare hukukundaki ruhsat usulü olarak nitelendirilmesine etki etmemesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Diğer taraftan, ruhsat usulünde idare ile özel hukuk kişisi arasındaki ilişkinin dayanağı idarenin tek yanlı olarak vereceği izin olup,⁸⁸³ bu izin tipik bir tek yanlı idari işlemdir.⁸⁸⁴ Zira izin verilmesi, değiştirilmesi, kaldırılması ve içeriğinin belirlenmesinde hizmeti yürütmeye talipli olanın herhangi bir söz hakkı bulunmamaktadır.⁸⁸⁵ 4628 sayılı Kanun'a göre elektrik piyasası faaliyetleri ile iştigal edecek tüzel kişilerin, faaliyetlerine başlamadan önce, lisans almaları zorunludur. Kanun'da söz konusu lisansların tabi olacağı usul ve esaslar ile lisanslarda yer alacak asgari hükümlere yer verilmiştir. Lisanslarda asgari olarak yer alacak hükümler arasında; lisansın iptali ve sona ermesine ilişkin hükümler, lisansta değişiklik yapılmasına ilişkin hükümler ve lisansta *lisans sahibinin Kurul tarafından verilen tüm talimatlara uyma yükümlülüğüne ilişkin hükümler* de yer almaktadır. Öte yandan, lisans başvuru usul ve esasları, lisans sahibi tüzel kişilerin hak ve yükümlülükleri, lisans sahibinin haklarının temliki, lisansların tadili, süreleri, süre uzatımı ve sahibi tarafından lisanstan vazgeçilmesi halleri yönetmelikle düzenleme altına alınmıştır. Buna göre; 4628 sayılı Kanun'da öngörülen lisans tek yanlı idari işlem olup, izin verilmesi,

⁸⁸³ ÖZAY İlhan, age., s.255; GÜNDAY Metin, age., s.314.

⁸⁸⁴ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.37.

⁸⁸⁵ ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.37-38.

değiştirilmesi, kaldırılması ve içeriği ile ilgili kural ve ilkeler gerek söz konusu Kanunda ve gerekse ilgili Yönetmelikte ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Ruhsat usulünde ayrıca idarenin hizmeti gören özel kişi üzerinde geniş bir denetim ve gözetim yetkisi söz konusu olup,⁸⁸⁶ özel hukuk kişinin hizmeti görmede yetersiz kalması durumunda idarenin derhal harekete geçerek gerekli önlemleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır.⁸⁸⁷ Yine idare hizmetin düzenlenmesi ve gerekli görülen değişikliklerin yapılması konusunda da görevli ve yetkilidir.⁸⁸⁸ Hizmeti gören özel kişinin İdarenin bu değişikliklerine katlanması zorunludur.⁸⁸⁹ Özel kişi bu düzenlemelere uygun hareket ettiği sürece faaliyeti devam ettirebilecek olup, aksi durumda ruhsatın iptal edilmesi durumu da dahil olmak üzere, yasal düzenlemelerin öngördüğü tüm idari ve cezai yaptırımlara maruz kalabilecektir.⁸⁹⁰

4628 sayılı Kanun'da Kurula; tüketicilere güvenilir, kaliteli, kesintisiz ve düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti verilmesini teminen gerekli düzenlemeleri yapmak görevi ile piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin eşitlik ve şeffaflık standartlarına uymalarını sağlamak için faaliyetlerini, uygulamalarını ve ilgili lisans hüküm ve şartlarına uyup uymadıklarını denetleme görevi verilmiştir. Söz konusu Kanun hükümlerine, çıkarılan yönetmelik hükümlerine, Kurul tarafından onaylanan tarife ve yönetmeliklere, lisans hüküm ve şartlarına ve Kurul kararlarına aykırı davranıldığı durumlarda, Kurul'a idari para cezası vermek ve lisansları iptal etme yetkisi tanınmıştır.

Diğer taraftan, Kanun'da lisanslarda asgari olarak yer alacak hükümler arasında;

- lisans kapsamında hizmet verilecek gerçek ve tüzel kişilere dair gruplar veya kategoriler ile yürütülecek faaliyet türlerini belirleyen hükümler, bir dağıtım ya da iletim lisansı sahibinin, gerçek ve tüzel kişilere, eşitler arasında ayırım gözetmeksizin sisteme erişim ve sistemi kullanım imkânı sağlayacağına dair hükümler,

⁸⁸⁶ GÜNDAY Metin, age., s.314.

⁸⁸⁷ ÖZAY İlhan, age., s.256.

⁸⁸⁸ ÖZAY İlhan, age., s.256.

⁸⁸⁹ GÜNDAY Metin, age., s.314.

⁸⁹⁰ ÖZAY İlhan, age., s.256.

- Kanunda yer alan fiyatlandırma esaslarını tespit etmeye, piyasa ihtiyaçlarını dikkate alarak serbest olmayan tüketicilere yapılan elektrik satışında uygulanacak fiyatlandırma esaslarını tespit etmeye ve bu fiyatlarda enflasyon nedeniyle ihtiyaç duyulacak ayarlamalara ilişkin formülleri uygulamaya dair yöntemler ve bunların denetlenmesine dair hükümler,

- lisans sahibinin Kurula tam ve doğru bilgi vermesini ve tüketicilere yapılan satışlar açısından; lisans sahibinin elektrik enerjisi ve/veya kapasite alımlarını en ekonomik kaynaktan yapmasını ve gerektiğinde piyasada yaptığı alımlarda en ekonomik alımı yaptığını kanıtlamasını sağlayacak hükümler,

- hizmet maliyetlerinin yansıtılmasına dair kurallar ile kayıp ve kaçakları asgariye indirecek önlemlerin uygulanmasına dair esasları içeren hükümler,

- lisansın iptali ve sona ermesine ilişkin hükümler,

- lisans değişikliği yapılmasına ilişkin hükümler,

- lisans sahibine ait veya kullanımındaki tesis ve/veya tesislerin gerektiğinde lisans amaçları doğrultusunda başkalarına kullanılması koşullarına ilişkin hükümler,

- lisans sahibinin Kurul tarafından verilen tüm talimatlara uyma yükümlülüklerine ilişkin hükümler,

- lisans kapsamında, Kuruldan izin alınmaksızın yapılabilecek faaliyetlere ilişkin hükümler,

- lisans kapsamındaki faaliyetler ile ilgili uyuşmazlıkların hangilerinin Kurul tarafından çözüleceğine ilişkin hükümler,

- lisansta yer alan hak ve yükümlülüklerin hangi süre, koşul ve hallerde geçersiz olacağına ilişkin hükümler,

- hizmetin teknik gereklere göre yapılmasını sağlayacak hükümler

de gösterilmiştir.

Bunun yanında Kanun'da iletimin kamu tüzel kişisi tarafından yürütülmesi öngörülmüş, üretim, dağıtım ve perakende satışta ise özel sektörün de faaliyette bulunabileceği öngörülmekle birlikte bu faaliyetlerin özel sektör tarafından yürütülmesinde yetersiz kalınması halinde kamunun tekrar devreye girmesine yönelik hükümlere yer verilmiştir.

İşte tüm bu hususların, ruhsat usulünün unsurlarından olan; geniş gözetim ve denetim yetkisi, özel hukuk kişinin hizmeti görmede yetersiz kalması durumunda idarenin gerekli önlemleri alma yükümlülüğü, idarenin hizmetin düzenlenmesi ve gerekli görülen değişikliklerin yapılması konusunda görevli ve yetkili olması, düzenlemelere uygun hareket edilmemesi durumunda ruhsatın iptal edilmesi durumu da dahil olmak üzere yasal düzenlemelerin öngördüğü tüm idari ve cezai yaptırımların uygulanabilmesi unsurlarının elektrik piyasasındaki lisanslar için de geçerli olduğunu gösterdiği düşünülmektedir. Diğer bir ifadeyle piyasa aktörleri için belirlenen yükümlülükler hizmetin ne şekilde ve nasıl yürütüleceğine ilişkin yükümlülükler olup, kamu düzeninin sağlanmasının ötesindedir. Bu kapsamda EPDK'ya tanınan yetki ve sorumluluklar da içsel denetim yetkisi niteliğindedir.

ÖZCAN ve ERGÜN bu konuda farklı düşünmektedir. ÖZCAN bugün elektrik hizmetlerinin klasik kamu hizmetlerinden biri olarak nitelendirmenin güç olduğunu, ayrıca idarenin artık hizmetin asli sahibi ve sorumlusu konumunda değil de, daha çok düzenleyici ve denetleyici konumda bulunduğunu, bu bakımdan elektrik piyasası faaliyetleri için getirilen lisansların kolluk ruhsatı niteliği taşıdığını savunmaktadır. ERGÜN'e göre de, elektrik üretim ve ticareti lisansları, EPDK'ya faaliyetin her noktasını ve anını etkileyen içsel bir denetim yetkisi vermediğinden, bu lisanslar kolluk

ruhsatı niteliğindedir.⁸⁹¹ Bu görüşte, dayanak olarak, Kanun'da bir dağıtım lisansının iptal edilmesinin zorunlu hale gelmesi durumunda EPDK'nın hizmetin aksamaması için gerekli tedbirleri önceden alma yetki ve görevini düzenlenmesine karşın, bu tür bir yetkinin diğer lisansların iptalinin zorunlu olması halinde mevcut olmaması ile yine dağıtımda tesis ve varlıklara ilişkin her türlü işletme ile yatırım planlaması ve onaylamasında onay, değişiklik ve denetim yetkisinin EPDK'da olmasına karşın elektrik üretim veya ticaret lisanslarına sahip kişilerin işletme planlarının EPDK'nın onayına tabi olmaması örnekleri verilmektedir.⁸⁹²

Söz konusu görüşlerin değerlendirilmesi kapsamında, öncelikle ifade etmek gerekir ki, elektrik hizmetlerinde idarenin artık hizmetin asli sahibi ve sorumlusu olmadığını söylemenin mümkün olmayacağını düşünmekteyiz. Nitekim, elektrik hizmeti üretiminin temel aşamaları olan üretim, iletim, dağıtım ve perakende satış aşamalarından Kamunun elini tamamen çektiği söylenemez.

Kanun'a göre, kamu tüzel kişiliği niteliğindeki EÜAŞ da elektrik üretimi faaliyetinde bulunabilecekler arasında belirtilmiştir. Diğer taraftan, elektrik arz güvenliğine ilişkin önlemler kapsamında kamu elektrik üretim şirketlerine gerekli üretim tesisi yapma görevi verilmesi söz konusu olabilecektir.⁸⁹³

Yine Kanun'da elektrik enerjisi iletim faaliyetlerinin kamu tüzel kişiliği niteliğindeki TEİAŞ tarafından yürütüleceği hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda TEİAŞ'a kamu mülkiyetindeki tüm iletim tesislerini devralmak, kurulması öngörülen yeni iletim tesisleri için iletim yatırım planı yapmak, yeni iletim tesislerini kurmak ve işletmek görevleri verilmiştir.⁸⁹⁴

Dağıtım ve perakende satış aşamalarında da kamunun sorumluluğunun ortadan kalktığı söylenemez. Nitekim dağıtım tesislerinin mülkiyeti TEDAŞ'a aittir ve dağıtım özelleştirmeleri mülkiyet satışı şeklinde değil de "TEDAŞ'ın faaliyet alanında yer alan ve dağıtım faaliyeti için gerekli olan işletme ve varlıklar üzerinde, mülkiyeti saklı

⁸⁹¹ ERGÜN Çağdaş Evrim, age., s.66.

⁸⁹² ERGÜN Çağdaş Evrim, age., s.247-248.

⁸⁹³ 4628 sayılı Kanun Ek m.3.

⁸⁹⁴ 4628 sayılı Kanun m.2.

kalmak kaydı ile TEDAŞ ile belirlenen dağıtım bölgelerinde faaliyet göstermek üzere kurulan elektrik dağıtım şirketleri arasında işletme hakkı devir sözleşmesi düzenlenebilir.”⁸⁹⁵ şeklindeki hüküm çerçevesinde işletme hakkı devrine dayalı hisse satış modeli çerçevesinde yürütülmektedir. Diğer taraftan, işletme hakkı özel sektöre devredilmemiş olan ya da sair şekillerde özelleştirilmemiş olan dağıtım bölgelerinde, dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin TEDAŞ tarafından yürütülmesine devam olunacağı hükme bağlanmıştır.⁸⁹⁶ Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde bahsi geçen özelleştirme yöntemi ile özelleştirilmiş dağıtım şirketlerinin TEDAŞ ile imzaladıkları İşletme Hakkı Devir Sözleşmesinin süresinin bitmesi ve uzatılmaması ya da fesholması durumları ile lisansın süresinin sona ermesi ya da iptali durumlarında TEDAŞ’ın dağıtım ve “Dağıtım şirketleri, buldukları dağıtım bölgesinde, başka bir tedarikçiden elektrik enerjisi ve/veya kapasite temin edemeyen tüketiciler bulunması halinde, perakende satış lisansı olarak bu tüketicilere perakende satış yapmak ve/veya perakende satış hizmeti vermekle yükümlüdür.”⁸⁹⁷ şeklindeki hüküm karşısında perakende satış faaliyeti yürütmeye devam edeceği düşünülmektedir.⁸⁹⁸

Buna göre, elektrik piyasasında EPDK’nın mı yoksa yukarıda belirtilen kamu tüzel kişilerinin mi hizmetin asli sahibi ve sorumlusu olduğu tartışması bir kenara bırakılacak olursa, genel anlamda idarenin, artık hizmetin asli sahibi ve sorumlusu olmadığı söylenememelidir.

⁸⁹⁵ 4628 sayılı Kanun m.14.

⁸⁹⁶ 4628 sayılı Kanun Geçici m.5.

⁸⁹⁷ 4628 sayılı Kanun m.2-(4)-c.

⁸⁹⁸ 4628 sayılı Kanun’un 11’inci maddesinde, “Dağıtım bölgeleri için lisansın iptal edilmesinin zorunlu hale gelmesi durumunda Kurul hizmetin aksamaması için gerekli tedbirleri önceden almak suretiyle lisansı iptal eder. Tesislerin mülkiyetini elinde bulunduran lisans sahibinin nam ve hesabına yüzyirmi gün içerisinde ilgili tesisin satışı için ihaleye çıkarılır. Uygulamaya ilişkin usul ve esaslar yönetmeliklerde belirlenir.” şeklindeki hüküm, mülkiyet esaslı dağıtım sözleşmeleri esasına geçilmesi anlayışının benimsendiğini gösterse de, bu düzenlemeden sonra 5398 sayılı Kanun’un 21’inci maddesiyle 4628 sayılı Kanun’un 2’nci maddesine eklenen “4046 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan özelleştirme sonrası elektrik dağıtım tesislerinin iyileştirilmesi, güçlendirilmesi ve genişletilmesi için yapılan yatırımların mülkiyeti kamuya aittir.” şeklindeki hüküm ve 5496 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesiyle 4628 sayılı Kanun’un 14’üncü maddesine eklenen “TEDAŞ’ın faaliyet alanında yer alan ve dağıtım faaliyeti için gerekli olan işletme ve varlıklar üzerinde, mülkiyeti saklı kalmak kaydı ile TEDAŞ ile belirlenen dağıtım bölgelerinde faaliyet göstermek üzere kurulan elektrik dağıtım şirketleri arasında işletme hakkı devir sözleşmesi düzenlenebilir.” şeklindeki hüküm kanımızca mülkiyet esaslı dağıtım sözleşmeleri esasından vazgeçildiğini göstermektedir.

Diğer taraftan, elektrik üretim ve ticareti lisanslarının, EPDK'ya faaliyetin her noktasını ve anını etkileyen içsel bir denetim yetkisi vermediği görüşüne katılmamız da söz konusu olamaz. Nitekim öncelikle ifade edilmelidir ki, ruhsat usulünün unsurlarından olan; geniş gözetim ve denetim yetkisi, özel hukuk kişinin hizmeti görmeye yetersiz kalması durumunda idarenin gerekli önlemleri alma yükümlülüğü, idarenin hizmetin düzenlenmesi ve gerekli görülen değişikliklerin yapılması konusunda görevli ve yetkili olması, düzenlemelere uygun hareket edilmemesi durumunda ruhsatın iptal edilmesi durumu da dahil olmak üzere yasal düzenlemelerin öngördüğü tüm idari ve cezai yaptırımların uygulanabilmesi unsurlarının elektrik piyasasındaki lisanslar için de geçerli olduğuna dayanak olarak gösterilen hükümler özel olarak belirtilmediği takdirde tüm lisans türleri için geçerli olan hükümlerdir.

Diğer taraftan, herhangi bir gerçek kişinin ya da özel sektör tüzel kişinin kontrol ettiği üretim şirketleri aracılığıyla sahip olacağı toplam elektrik enerjisi kurulu gücüne sınır getirilmiş olup, buna göre bir önceki yıla ait Türkiye toplam elektrik enerjisi kurulu gücünün yüzde yirmisi geçilemez.⁸⁹⁹ Ayrıca, yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesislerinde üretim yapan üretim lisansı sahibi tüzel kişiler, bir takvim yılında, lisanslarında yer alan öngörülen ortalama yıllık üretim miktarını geçmemek kaydıyla özel sektör toptan satış şirketlerinden elektrik enerjisi satın alabilirler.⁹⁰⁰

Bunlara ilave olarak, mevzuatta üretimin sürekliliğini sağlamaya yönelik birçok hüküm bulunmaktadır. Buna göre; mücbir sebepler ile yıllık programlı bakım takvimi dışında, üstlenilmiş bulunan yükümlülükler yerine getirilecek şekilde üretim tesisinin işler halde tutulması, yıllık programlı bakım takviminin ilgili mevzuata uygun olarak TEİAŞ ve/veya üretim tesisinin bulunduğu dağıtım bölgesinde faaliyet gösteren dağıtım lisansı sahibi tüzel kişiye bildirilmesi gerekmektedir. Mücbir sebepler dışında, önceden öngörülemeyen arızalar sonucu veya arızaya yol açacağı açık olan durumlarda, çok ivedi olarak TEİAŞ'a bilgi verilmek suretiyle programsız bir bakım yapıldığında, bu bakımın süresi itibarıyla piyasa işleyişini olumsuz yönde etkilediğinin saptanması ve devre dışı kalma hakkında öne sürülen gerekçelerin EPDK tarafından kabul edilebilir bulunmaması halinde, fiilin niteliğine göre Kanun'un 11 inci maddesi hükmü

⁸⁹⁹ 4628 sayılı Kanun m.2-(4)-a-2.

⁹⁰⁰ EPLY m.17.

çerçevesinde yaptırım uygulanır. Mücbir sebepler, yıllık programlı bakım takvimleri ve programsız bakımlar dışında, üretim faaliyetinin durdurulmasının talep edilmesi halinde, faaliyetin durdurulmasının talep edildiği tarihten en az yüzyirmi gün önce onay alabilmek üzere EPDK'ya yazılı olarak başvuruda bulunulması gerekmektedir. Ulusal Yük Dağıtım Merkezinin, sistem güvenilirliği açısından üstlendiği yükümlülükleri yerine getirebilmesini teminen, daha sonra gerekçelendirilmek ve eşit taraflar arasında ayırım gözetilmeksizin uygulanmak üzere bir acil durum bildirimini ile ilgili Yönetmelikte sayılan hallerde vereceği tüm talimatlara, sözleşme şartları her ne olursa olsun uyulacaktır. TEİAŞ veya dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilere, Yan Hizmetler Yönetmeliği ve Elektrik Piyasası Şebeke Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde yan hizmetler sunulacaktır.⁹⁰¹

Ayrıca EPDK, iletim ve dağıtımın yanı sıra üretim tesislerinin inşası ve işletilmesi sırasında genel olarak kamu yararının, hidrolik kaynakların, ekosistemin ve mülkiyet haklarının korunması için diğer kamu kuruluşları ile birlikte hareket ederek kamu yararı ve güvenliğine tehdit teşkil eden veya etme olasılığı bulunan durumları incelemek ve bu durumları ortadan kaldırmak amacıyla, daha önceden bilgi vermek şartıyla bu tesislerde 20.11.1984 tarihli ve 3082 sayılı “Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun” hükümleri uyarınca gereken tedbirleri alma yetkisine sahiptir.⁹⁰²

Öte yandan, perakende satış faaliyetinde bulunacaklar için de birçok yükümlülük öngörülmüştür. Nitekim, perakende satış lisansı sahibi tüzel kişiler, Kanun ve Yönetmelikte belirtilen faaliyetler dışında piyasada herhangi bir faaliyette bulunamazlar. Perakende satış lisansı sahibi bir tüzel kişinin lisansı kapsamında Kuruldan izin almaksızın yapabileceği faaliyetler ise lisansında ayrıca düzenlenir.⁹⁰³ Perakende satış lisansı sahibi tüzel kişiler, serbest olmayan tüketicilere satış amacıyla yapılan elektrik enerjisi alımlarında, yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı bir üretim tesisinde üretilen elektrik enerjisi satış fiyatı; TETAŞ'ın satış fiyatından düşük veya eşit olduğu ve daha ucuz bir başka tedarik kaynağı bulunmadığı takdirde, öncelikli olarak

⁹⁰¹ EPLY m.19.

⁹⁰² 4628 sayılı Kanun m.5-(7)-m.

⁹⁰³ EPLY m.30.

söz konusu yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisinde üretilen elektrik enerjisini satın almakla yükümlüdürler.⁹⁰⁴ İthal edilecek elektrik enerjisinin miktar ve sürelerini kapsayan bir program oluşturulması gerekmektedir. Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde serbest olmayan tüketicilere uygulanacak tarifeleri EPDK'ya teklif etmek ve serbest olmayan tüketicilere abone grupları bazında standart sözleşme sunmakla yükümlüdürler. Piyasada faaliyet gösteren diğer tüzel kişilere ve tüketicilere karşı olan mali yükümlülüklerin teminat altına alınması gerekmektedir. Hizmet verilen tüketiciler ile ilgili tüketim bilgilerini hizmet verilen bölgelerdeki dağıtım şirketlerine vermekle yükümlüdürler. İlgili mevzuat çerçevesinde Kurul tarafından lisansa derç edilmiş bulunan tüzel kişiye ve/veya lisansa tabi faaliyete özgü diğer hükümlere uyulması gerekmektedir. Takip eden yıl için serbest tüketicilerle yaptıkları ikili anlaşmalar kapsamında enerjiyi temin edecekleri kaynakları, Aralık ayı sonuna kadar EPDK'ya bildirmekle yükümlüdürler.⁹⁰⁵

Sonuç itibarıyla, kanımızca, üretim ve perakende satış faaliyetleriyle ilgilenen piyasa aktörlerine yüklenen bu yükümlülükler hizmetin ne şekilde ve nasıl yürütüleceğine ilişkin yükümlülüklerdir. Bu kapsamda, EPDK'ya tanınan yetki ve sorumluluklar da dışsal değil içsel denetim yetkisi niteliğindedir. Bu çerçevede, üretim ve perakende satış lisanslarının kolluk ruhsatı niteliğinde olduğu görüşüne katılamıyoruz.

Ayrıca Kanun'da bir dağıtım lisansının iptal edilmesinin zorunlu hale gelmesi durumunda EPDK'nın hizmetin aksamaması için gerekli tedbirleri önceden alma yetki ve görevini düzenlemesine karşın, bu tür bir yetkinin diğer lisansların iptalinin zorunlu olması halinde mevcut olmaması ile yine dağıtımda tesis ve varlıklara ilişkin her türlü işletme ile yatırım planlaması ve onaylamasında onay, değişiklik ve denetim yetkisinin EPDK'da olmasına karşın elektrik üretim veya ticaret lisanslarına sahip kişilerin işletme planlarının EPDK'nın onayına tabi olmamasının üretim ve ticaret lisanslarının kolluk ruhsatı olarak değerlendirilmesinde dayanak olamayacağı düşünülmektedir. Nitekim, verilen örnekler sistemin tamamını etkileyen ve doğal tekel niteliğinde olan dağıtım faaliyetine yönelik hususlardır. Bu anlamda dağıtım faaliyetine ilişkin yetki ve

⁹⁰⁴ EPLY m.30.

⁹⁰⁵ EPLY m.32.

sorumluluklarla, lisans almak suretiyle rekabet ortamında faaliyet gösterilmesi öngörülen üretim ve ticaret faaliyetlerine ilişkin yetki ve sorumlulukların paralel olması beklenemez. Kaldı ki üretim veya perakende satış lisansı sahibi tüzel kişilerin lisanslarını sona erdirmek istemeleri halinde bu ancak Kurul kararıyla mümkün olabilmektedir. Nitekim, lisans sahibi bir tüzel kişinin lisansı kapsamındaki faaliyetini sona erdirmek istemesi halinde, lisansın sona ermesini talep ettiği tarihten en az yüzseksen gün önce, gerekçeleri ile birlikte EPDK'ya yazılı olarak başvuruda bulunması gerekmektedir. Ancak Kurul, sona erdirme talebinin piyasaya olan etkilerini dikkate alarak bu süre şartını uygulamayabilecektir.⁹⁰⁶ Yapılan değerlendirme sonucu, Kurul; sona erdirme talebini uygun bulabileceği gibi, lisansın sona ermesinin tüketiciler ve piyasa koşulları aleyhine bir durum yaratacağı yolunda karara varması halinde, talebi reddedebilecek veya lisansın sona ermesi için talep edilen tarihi ileri bir tarihe de erteleyebilecektir.⁹⁰⁷ Ayrıca ifade etmek gerekir ki, yukarıda da ayrıntılı olarak değinildiği üzere üretim ve perakende satış faaliyetleri için de gerektiği durumlarda (üretim yatırımlarının yetersiz kalması, perakende satış faaliyeti yürüten özel sektör kişinin bu faaliyeti yürütememesi gibi) kamunun devreye girmesi söz konusu olmaktadır.

Ruhsat usulü ile gördürülen hizmetleri etkileyen unsurlardan bir tanesi de kamu hizmetlerinin bedelsizliği ilkesidir.⁹⁰⁸ Daha önce de ifade edildiği üzere, bir kamu hizmetini ruhsat usulüyle gören özel kişinin belli bir kâr elde etmek amacıyla hareket etmesi doğal ise de, hizmetten yararlananlardan alacağı ücreti tamamen serbest bir şekilde belirleme yetkisi bulunmamakta;⁹⁰⁹ hizmetten yararlananlardan alınacak ücret idarenin koyduğu ilke ve esaslar dâhilinde belirlenmektedir.⁹¹⁰ Öte yandan, bedelsizlik ilkesi, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde devletin hizmeti ifa eden olmaktan çıkarak düzenleme denetleme konumuna geçtiği sektörlerde değişime uğramış ve hizmetin makul, herkesçe erişilebilir bir fiyattan sunulması ilkesi haline dönüşmüştür.⁹¹¹ Söz konusu ilkenin elektrik sektöründe de hizmetin makul, herkesçe erişilebilir bir fiyattan

⁹⁰⁶ EPLY m.15/3.

⁹⁰⁷ EPLY m.15/4.

⁹⁰⁸ GÜNDAY Metin, age., s.314.

⁹⁰⁹ GÜNDAY Metin, age., s.314.

⁹¹⁰ ÖZAY İlhan, age., s.314.

⁹¹¹ ERGÜN Çağdaş Evrim, age., s.201.

sunulması şeklinde yansıdığı söylenebilir. Nitekim 4628 sayılı Kanun'un amaçlarından birisi de elektriğin düşük maliyetli olarak sunulmasıdır.

Elektrik piyasasında; bağlantı ve sistem kullanım tarifeleri, iletim tarifesi, TETAŞ'ın toptan satış tarifesi, dağıtım tarifeleri ve serbest olmayan tüketiciler için geçerli olacak perakende satış tarifelerinin Kurulun incelemesi ve onayına tabi olup, söz konusu tarifelerin hüküm ve şartları, bu tarifelere tabi olan tüm gerçek ve tüzel kişileri bağlamaktadır. Lisanslarda yer alacak hükümler arasında tüketicilere yapılan satışlar açısından; lisans sahibinin elektrik enerjisi ve/veya kapasite alımlarını en ekonomik kaynaktan yapmasını ve gerektiğinde piyasada yaptığı alımlarda en ekonomik alımı yaptığını kanıtlamasını sağlayacak hükümler deyer almaktadır.⁹¹² Öte yandan, bu tarifelere aykırı davranıldığı durumlarda, Kurulun idari para cezası vermek ve lisansları iptal etmek yetkisi bulunmaktadır.⁹¹³ Aslında bu düzenlemeler kâr amacının muhtemel sakıncalarının etkin yetki ve sorumluluklar ile önlenmesine yönelik düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.

Bununla birlikte, Kanun'da sadece serbest olmayan tüketiciler için geçerli olacak perakende satış tarifelerinin Kurulun incelemesi ve onayına tabi tutulması durumunun (serbest tüketicilerde fiyatın onaya tabi olmaması) bedelsizlik ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi, elektrik hizmetinin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığının ortaya çıkarılması bakımından önem arz etmektedir.

Kanun'un yapısı incelendiğinde, bedelsizlik ilkesinin gereği olan fiyatların makul, herkesçe erişilebilir bir fiyat olması hususunun, perakende satış için, perakende satış tarifelerinin onaylanması suretiyle fiyat kontrolü yapılması ve/veya fiyat kontrolü yapılmamakla birlikte rekabetin tesis edilmesi suretiyle gerçekleştirilmeye çalışıldığı söylenebilir.

Makul, herkesçe erişilebilir bir fiyat amacı hasıl olduğu takdirde buna ulaşmada kullanılan aracın bedelsizlik ilkesinin karşılanıp karşılanmadığı noktasında esaslı unsur addedilmemesi gerektiğini asıl önemli olanın mevzuatla söz konusu amacın

⁹¹² 4628 sayılı Kanun m.3.

⁹¹³ 4628 sayılı Kanun m.11.

gerçekleşmesinin öngörülmesi ve bu hususta idareye görev yüklenmesi olduğunu düşünmekteyiz. Elektrik piyasasında elektriğin düşük maliyetli olarak sunulmasının Kanun'un amaçlarından birisi olarak gösterildiği ve Kurula tüketicilere düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti verilmesini teminen gerekli düzenlemeleri yapmak görevi yüklendiği göz önüne alındığında söz konusu piyasada bedelsizlik ilkesinin karşılık bulduğu değerlendirilmektedir.

Bu noktada elektrik dağıtım sektörü bağlamında ruhsat usulü ile imtiyaz usulü farklılığına değinmek gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Daha önce değinildiği üzere imtiyaz idari sözleşme niteliğinde iken ruhsat tek yanlı idari işlem niteliğindedir. Ancak bu fark elektrik dağıtım sektöründe hangi usulün uygulanması gerektiği noktasında bir belirlilik sağlayamaz. Nitekim, idare bu iki usulden birisini pekala seçebilir. İdarenin gözetim ve denetim yetkisinin iki usulde de üst düzeyde olması ve dağıtımın imtiyazın unsurlarından birisi olan tekel niteliği taşıması elektrik dağıtım sektöründe özel sektör acaba imtiyaz usulüyle mi faaliyette bulunmalı sorusunu akla getirecektir. Ruhsat usulünün incelenmesinde tekel niteliğindeki bir piyasada kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine imtiyaz usulüyle ya da ruhsat usulüyle gördürülmesinin, kanun koyucunun hangi usulü tercih ettiğine bağlı olarak değişebileceği sonucuna varılmıştı. Bu kapsamda, 4628 sayılı Kanun'da, elektrik hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesinde imtiyaz ya da özel hukuk sözleşmesi niteliğindeki sözleşme yöntemi terk edilerek bu hizmetlerin söz konusu kişilere ruhsat usulüyle gördürülmesi öngörülmektedir.⁹¹⁴

Netice itibarıyla, kamu hizmeti niteliğinde olan elektrik piyasası faaliyetlerinde bulunabilmek için, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bağımsız idari kurum niteliğindeki EPDK'dan yani İdareden lisans alınması gerekmektedir. Faaliyette bulunanlar ile EPDK arasındaki ilişkinin temelini EPDK'nın tek yanlı olarak vereceği bu izin oluşturmaktadır. Öte yandan söz konusu faaliyetler Kurulun üst düzeyde gözetim ve denetimine tabi bulunmaktadır. Ayrıca, Kanun'da elektrik piyasasında elektriğin düşük maliyetli olarak sunulmasının Kanun'un amaçlarından birisi olarak gösterilmesi ve Kurula tüketicilere düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti

⁹¹⁴ GÜNDAY Metin, age., s.315.

verilmesini teminen gerekli düzenlemeleri yapma görevi yüklenmesi hususları göz önüne alındığında, söz konusu piyasada bedelsizlik ilkesinin karşılık bulduğu söylenebilecektir. Tüm bu hususlar, kanımızca, 4628 sayılı Kanun'da geçen lisansın kamu hizmetinin görülmesi usullerinden ruhsat usulüne tekabül ettiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

SONUÇ

Kamu hizmetinin idare hukukunun temel kavramı olduğu hususunda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır. Bu husus kamu hizmetinin idare hukukunda ne denli önemli ve etkili olduğunu ortaya koymaktadır. Kamu hizmetinin söz konusu önem ve etkisi idare hukukunun uygulama alanı, idari örgütlenme ve işleyiş, idarenin sorumluluğu, idari sözleşme, adli ve idari yargı ayrımı, idari yargı mercilerinin görev kriterleri, idari işlem, kamu malı ve kamu görevlisi gibi konularda ölçüt olmasından diğer bir ifadeyle referans olarak alınmasından kaynaklanmaktadır. Dahası, idare zaten kamu hizmeti için vardır; kamu hizmeti, idarenin varlık nedenidir.

İdare hukukunun temel kavramı olmakla birlikte kamu hizmetinin “tanımı” veya “tanıma elverişliliği konusunda ise doktrinde görüş birliği bulunduğundan söz edilemez. Doktrinde, kamu hizmetinin tanımında üç unsur (organik, maddi ve şekli) kullanılmakla birlikte, bunlardan şekli unsurun varlığının bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için şart olmadığı değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi, o faaliyetin bünyesinde organik ve maddi unsurları barındırmasına bağlıdır. Organik unsurda kamu hizmetine faaliyeti yürüten organ açısından bakılmakta olup, buna göre bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi öncelikle bu faaliyetin doğrudan doğruya bir kamu tüzel kişisi veya onun denetiminde bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından yerine getirilmesine bağlı bulunmaktadır. Maddi unsurda ise faaliyetin muhtevasına bakılmaktadır. Bu unsur uyarınca, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi; bu faaliyet ister bir kamu tüzel kişisi tarafından isterse bir kamu tüzel kişisinin denetimi altında bir özel hukuk kişisi tarafından yürütülsün, “kamu yararı” amacını gerçekleştirmeye yönelik bir faaliyet olmasına bağlıdır. Ancak maddi unsur, gözden düşmüş, değerini kaybetmiştir. Çünkü bir faaliyeti kamu hizmeti olarak niteleme tekeli artık yasama organınındır.

Diğer taraftan, kim tarafından yerine getirildiği ve niteliği önem arz etmeksizin kamu hizmetlerinin tümüne hakim olan ve öğretilerde “Kamu Hizmetinin Genel İlkeleri” başlığı altında incelenen temel bazı ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkelerden, devamlılık;

kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli biçimde yürütülmeleri gerekliliğini, eşitlik; kamu hizmetlerinin yürütülmesinde objektif (nesnel) esaslar çerçevesinde hareket edilmesi ve yan tutulmamasını (tarafsız davranılması) bunun sonucu olarak da bireylerin hem kamu hizmetlerinden yararlanma ve kamu hizmetlerine katılma açısından hem de kamu hizmetlerinin getirdiği yükümlülükler açısından eşit durumda olmalarını, değişkenlik ve uyarlanma da; kamu hizmetlerinin değişken olmasını yani değişen ve gelişen koşullara ve teknik verilere kendilerini uydurmalarını ifade etmektedir. Söz konusu ilkelerin yanında öğretide kamu hizmetlerinin kural olarak karşılıksız oluşunu ifade eden bedelsizlik ilkesi de ele alınmaktadır.

Bireylerin, parasız sunulan kamu hizmetlerinin maliyetine de doğrudan veya dolaylı olarak bir şekilde katılmaları nedeniyle hiçbir kamu hizmetinin karşılıksız (bedelsiz) olmasından söz edilememekle birlikte, parasızlık da genel bir ilke olarak görülememektedir. Nitekim öğretide, idari kamu hizmetlerinde ikili bir ayrıma gidilerek ihtiyari kamu hizmetlerinde para alınabileceği, buna karşın mecburi kamu hizmetlerinde ise para alınmayacağı belirtilirken sınai ve ticari kamu hizmetleri için ise hizmetten yararlananlardan para alınabileceği hatta alınması gerektiği genel kabul görmektedir. Bununla birlikte bedelsizlik ilkesinin günümüz hukukuna yansımalarının devam ettiği söylenebilir. Nitekim, idari kamu hizmetlerinde alınan paranın hizmetin maliyetini geçmemesi, sınai ve ticari kamu hizmetlerinde ise belirlenen fiyatın arz talep ekseninde oluşan piyasa fiyatı olmaması, bu fiyat makul bir kâr payı içerse de esas itibarıyla maliyet temeline dayalı olması gerekmektedir. Özetle, bedelsizlik ilkesinin bir uzantısı olarak sınai ve ticari kamu hizmetlerinde hizmetten yararlananlardan alınacak ücretin tamamen serbest bir şekilde (piyasa koşullarında) belirlenmesi söz konusu olmayıp, idarenin koyduğu ilke ve esaslar çerçevesinde tespit edilmesi gerekmektedir. Öte yandan, bedelsizlik ilkesinin, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde devletin hizmeti ifa eden olmaktan çıkarak düzenleme denetleme konumuna geçtiği sektörlerde, değişime uğradığı ve hizmetin makul, herkesçe erişilebilir bir fiyattan sunulması ilkesi haline dönüştüğü görülmektedir.

Her kamu hizmeti nihai olarak bir kamu otoritesinin sorumluluğu altında olmakla birlikte bu ilke, kamu hizmetinin mutlaka bu kamu otoritesi tarafından yürütülmesi ve işletilmesini zorunlu kılmamaktadır. Nitekim, kamu hizmeti bizzat onu üstlenen kamu

otoritesi veya söz konusu kamu otoritesi dışındaki kamu tüzel kişiliği veya özel hukuk tüzel kişiliği tarafından da yürütülebilir. Diğer taraftan, konu ve nitelik bakımından kamu hizmetlerinin çeşitli yollardan görülmesi ve türlü biçimlerde örgütlenmesi mümkündür. Bu hususta uyulması zorunlu bir kural bulunmayıp, ilgili organ ve makamların takdiri söz konusudur.

Türkiye’de kamu hizmetlerinin görülme ve örgütlenme biçimleri oldukça değişik olmakla birlikte, öğretide genel itibarıyla kamu hizmetinin görülmesi usulleri emanet, müşterek emanet, iltizam, yap-işlet, yap-işlet-devret, imtiyaz ve ruhsat olarak sıralanmaktadır.

Osmanlı İmparatorluğunun son dönemlerinden 2001 yılına kadar elektrik piyasasında özel sektör tarafından imtiyaz, yap-işlet, yap-işlet-devret ve işletme hakkı devri yöntemleri çerçevesinde faaliyette bulunulmuş; ancak gerek enerji krizi ile karşılaşma noktasına gelinmesi gerekse geçmiş dönemdeki çarpık uygulamalar ve başarısız özelleştirme girişimlerine tepki olarak 4628 sayılı Kanun yürürlüğe sokulmuştur.

4628 sayılı Kanun’la elektrik piyasası yeniden yapılandırılarak elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli ve düşük maliyetli bir şekilde tüketicilere sunulması için rekabete dayalı ve şeffaf bir piyasa yapısı öngörülmüş; bağımsız idari kurum niteliğinde EPDK kurulmuş ve piyasanın düzenlenmesi ve denetlenmesi görevi bu Kuruma verilmiştir.

Söz konusu yeniden yapılandırmanın unsurlarından birisi de piyasa faaliyetleri ile iştigal edecek tüzel kişilerin faaliyetlerine başlayabilmeleri için lisans alma zorunluluğunun getirilmiş olmasıdır.

Burada, elektrik piyasasının halen kamu hizmeti alanında olup olmadığı hususu ile söz konusu piyasada faaliyette bulunabilmek için alınması zorunlu olan lisansın hukuki niteliğinin netliğe kavuşturulması lisansı veren kurum ile alan arasında; mevcut ilişkinin niteliği, karşılıklı hak ve sorumluluklar, ortaya çıkacak hukuki uyumsuzluğun çözüm mercii ve usulü, ulusal ya da uluslararası tahkime gidilip gidilemeyeceği konuları ile 4628 sayılı Kanun karşısında halen yürürlükte olan 3096 ve 3996 sayılı Kanunların

öngördüğü usullerin geçerli olup olmadığı gibi konuların çözümü ve değerlendirilmesi için büyük önem arz etmektedir.

Elektrik hizmetinin, bu hizmetin temel aşamalarının üretim, iletim, dağıtım ve perakende satış aşamaları olduğu hususu göz önünde bulundurularak, 4628 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin kamu hizmetinin unsurları ve özellikleri bakımından değerlendirilmesi neticesinde kamu hizmeti niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılabacaktır.

Aksini savunanlar bulunsa da, kuşkusuz kamu hizmetinin görülmesi usullerinden birisi de ruhsat usulüdür. Zira, kamu hizmeti niteliğindeki bir faaliyetin ancak idareden ruhsat (lisans) almak suretiyle yürütülebilmesi, faaliyette bulunabilmek için ruhsata ek olarak başka bir hukuki işlemin (sözleşme gibi) gerekmemesi ve idare ile faaliyet yürütenler arasındaki ilişkilerin söz konusu ruhsat hükümleri çerçevesinde yürütülmesi söz konusu ise, bu ruhsat, kamu hizmetinin görülmesi usulü olarak değerlendirilmelidir.

Bir faaliyetin ruhsat usulü ile yürütülmesinden bahsedebilmek için doğal olarak o faaliyetin öncelikle kamu hizmeti niteliğinde olması gerekmektedir. Diğer taraftan, ruhsat usulünde idare ile özel hukuk kişisi arasındaki ilişkinin dayanağı tipik bir tek yanlı işlem olan, idarenin tek yanlı olarak vereceği izin olup; hizmeti yürütmeye talimli olanın iznin verilmesi, değiştirilmesi, kaldırılması ve içeriğinin belirlenmesinde herhangi bir söz hakkı bulunmamaktadır. Ruhsat usulünde ayrıca idare hizmeti yürüten kişi üzerinde geniş bir denetim ve gözetim yetkisine sahiptir ve söz konusu kişinin hizmeti görmede yetersiz kalması durumunda idarenin derhal harekete geçerek gerekli önlemleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Yine idare hizmetin düzenlenmesi ve gerekli görülen değişikliklerin yapılması konusunda da görevli ve yetkilidir ve hizmeti gören kişinin İdarenin bu değişikliklerine katlanması zorunludur. Öte yandan, ruhsat usulü ile gördürülen hizmetleri etkileyen unsurlardan bir tanesi de kamu hizmetlerinin bedelsizliği ilkesidir. Bir kamu hizmetini ruhsat usulüyle gören kişinin belli bir kâr elde etmek amacıyla hareket etmesi doğal ise de, ücretin tamamen serbest bir şekilde (piyasa koşullarında) belirlenmesi söz konusu olmayıp, idarenin koyduğu ilke ve esaslar çerçevesinde tespit edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, yukarıda da ifade edildiği üzere, bedelsizlik ilkesi, devletin hizmeti ifa eden olmaktan çıkarak düzenleme

denetleme konumuna geçtiği sektörlerde değişime uğramış ve hizmetin makul, herkesçe erişilebilir bir fiyattan sunulması ilkesi haline dönüşmüştür.

Kamu hizmeti niteliğinde olan elektrik piyasası faaliyetleri, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bağımsız idari kurum niteliğindeki EPDK'dan yani İdareden alınacak tek yanlı idari işlem niteliğindeki lisans ile yürütülebilmektedir. Bu lisansın verilmesi, değiştirilmesi, kaldırılması ve içeriği ile ilgili kural ve ilkeler gerek Kanun'da ve gerekse ilgili Yönetmelikte ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Diğer taraftan EPDK piyasa aktörleri üzerinde geniş (içsel) gözetim ve denetim yetkisine sahiptir. Nitekim, Kanun ile piyasa aktörlerine yüklenen yükümlülükler incelendiğinde bunların hizmetin ne şekilde ve nasıl yürütüleceğine ilişkin yükümlülükler olduğu görülmektedir. Ayrıca düzenlemelere uygun hareket edilmemesi durumunda lisansın iptali de dahil olmak üzere idari ve cezai yaptırımlar uygulanması öngörülmüştür. Bunun yanında Kanun'da elektrik piyasası faaliyetlerinin özel sektör tarafından yürütülmesinde yetersiz kalınması halinde kamunun tekrar devreye girmesine yönelik hükümlere de yer verilmiştir. Öte yandan, elektrik piyasasında elektriğin düşük maliyetli olarak sunulması Kanun'un amaçlarından birisi olarak gösterilmiş ve Kurula tüketicilere düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti verilmesini teminen gerekli düzenlemeleri yapma görevi yüklenmiştir. Bu hususlar birlikte dikkate alındığında 4628 sayılı Kanun'da geçen lisans usulünün kamu hizmetinin görülmesi usullerinden ruhsat usulüne tekabül ettiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

D) KİTAPLAR

AKÇOLLU Yeşim, Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003.

AKŞAR Pınar, Elektrik Enerjisi Sektöründe Özelleştirme ve Regülasyon (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2006.

ASLAN İ.Yılmaz / ALTINAY Galip / ILICAK Ali / ÖNAL Emre/ KATIRCIOĞLU Erol / ARDIYOK Şahin / GÜLTEKİN Banu / AKÇAOĞLU Can, Enerji Hukuku, C.I, Bursa 2007.

ATAY Ethem, İdare Hukuku, C.I, Ankara 2006.

ATİYAS İzak, Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform, TESEV Yayınları, 2006.

ATİYAS İzak / ODER Burak, Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi, TEPAV.

Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması, TÜSİAD, 2002.

CAN Mustafa Erdem, Hukuki Açıdan Elektrik Piyasasında Rekabet, Ankara 2006.

ÇAL Sedat, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, TOBB Yayın Sıra No: 5824.

ÇAL Sedat, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, Ankara 2009.

DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982.

ERGÜN Çağdaş Evrim, Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti, Ankara 2010

GİRİTLİ İsmet / BİLGİN Pertev / AKGÜNER Tayfun, İdare Hukuku, İstanbul 2006.

GİRİTLİ İsmet / BİLGİN Pertev, İdare Hukuku, İstanbul 1973.

GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.I, Bursa 2003.

GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.II, Bursa 2003.

GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Bursa 2007.

GÖZÜBÜYÜK Şeref / TAN Turgut, İdare Hukuku C.I, 4. Bası, Ankara 2006.

GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, 10. Bası, Ankara 2008.

GÖZÜBÜYÜK Şeref, Yönetim Hukuku, 26. Bası, Ankara 2008.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 7. Bası, Ankara 2003.

GÜNEŞ Cengiz, Enerji ve Altyapı Yatırım Modelleri, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2002.

KARAHANOĞULLARI Onur, Kamu Hizmeti, 2. Bası, Ankara 2004.

KARAKILIÇ Hasan, Hukuki Açından Elektrik Piyasası, İzmir 2006.

KARAMUSTAFAOĞLU Mert, Elektrik Üretimi Pazarındaki Mevcut Sözleşmelerin Pazarın Rekabetçi Yapısı Üzerindeki Etkileri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi.

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez84.pdf>

KAYMAKÇIOĞLU Fatih, Kamu Yönetiminde Uluslararası Tahkim ve Enerji Politikaları, Ankara 2005.

KESKİN Bayram, Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim, İstanbul 2008.

LEBLEBİCİLER Okan, Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında Alternatif Arayışlar;Yap-İşlet-Devret Modeli ve İzmit Yuvacık Barajı Örneği (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2005.

ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, İstanbul 1966.

ORAK Cem Çağatay, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Ankara 2006.

ÖNCEL Mualla / KUMRULU Ahmet / ÇAĞAN Nami, Vergi Hukuku, 11. Bası, Ankara 2003.

ÖZAY İlhan, Güneşinde Yönetim, İstanbul 1996.

ÖZCAN Evlin Evrim, İdare Hukuku Açısından Türkiye’de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve Avrupa Birliği, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları, Ankara 2010.

ÖZERCAN Müge, Elektrik Endüstrisinin Yeniden Yapılandırılması ve Deregülasyonu Sürecinde Parekende Satış Rekabeti, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi.

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez78.pdf>

ŞAHİN Vedat, Enerji Sektöründe Yeniden Yapılanma Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2006.

Türkiye Elektrik Enerjisi Sektörü ve Hukuki Durum 2007, Enerji Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007.

ULUSOY Ali, Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara 2003.

ULUSOY Ali, Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış, Elder, 2005.

ULUSOY Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Eylül 2004.

II) MAKALELER

ASLAN Zehreddin / ARAT Nilay, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 4, S.8, Güz 2005/2.

ATAY Ethem, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, GÜHFD, Haziran-Aralık 2006, C.X, S.1-2.

ÇAL Sedat, “Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi”, AÜHFD, 2002, C.LI, S.2.

DERBİL Süheyp, “Kamu Hizmeti Nedir?” AÜHFD, 1950, C.VII, S.3-4.

DOĞRU Cem, “Türkiye’de Elektrik Piyasasının Yeniden Yapılanması Sürecine Bir Bakış”, Namık Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Metinleri, S.01/2010.

KAPLAN Gürsel, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”,

http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=62

KARAHANOĞULLARI Onur, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi”, AÜSBFD, C.LII, 1997, S.1-4.

ODYAKMAZ Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, GÜHFD, C.II, S.1-1, Haziran-Aralık 1998.

OZANSOY Cüneyt, “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı” AÜHFD, 1997, C.XLVI, S.1.

SİRMEN Lale, “Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli”, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, 2. Baskı, Ankara 1996.

SOYSAL Mümtaz / ERTUĞRUL İlter, “Kamu Hizmeti ve Tahkim”, Mülkiye Dergisi, C.XXIII, S.217.

ŞANLI Yeliz, “Elektrik Piyasası ya da Elektrik Kamu Hizmeti”, Mülkiye Dergisi, C.XXXI, S.254, Bahar 2007.

TAN Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.VIII, 1991.

TAN Turgut, “Bağımsız İdari Otoriteler”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları - 4, Ankara 2000.

TAN Turgut, “Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline”, AÜSBFD, C.XLVII, S.3.

ULER Yıldırım, “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.XV, 1998.

ULUSOY Ali, “Bağımsız İdari Kurumlar”, DD, S.100, 1999.

ULUSOY Ali, “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, AÜHFD, 1999, C.XLVIII, S.1.

ULUSOY Ali, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları”, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, 2001.

YILDIRIM-ÖZTÜRK Mehtap / BAYMAN-KESKİN Tuğba / ERGÜN Çağdaş Evrim,
“Türkiye’nin Değişen Enerji Politikası:Yasal Çerçeve ve Uygulamalar – II”,
<http://www.cakmak.av.tr/pdf/28259.pdf>

YILDIRIM Turan, “Kamu Hizmeti ve Kar Amacı”, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden
Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, 2001.

YILMAZ Osman, “Altyapı Projelerinin Finansmanında Yap-İşlet-Devret (YİD)
Modeli”, Altyapı Ekonomisi, Ankara 2005.

ZABUNOĞLU Yahya, “Bir İdari Sözleşme olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz
Sözleşmeleri”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C.I, Ankara 2000.

ZABUNOĞLU Yahya, “Yap-İşlet-Devret (YİD) Konusunda Yasal Düzenleme
Örnekleri ve Yargı Kararlarının Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli”, Yap-İşlet-
Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, 2.
Baskı, Ankara 1996.

ZENGİNOBUZ Ünal, “Elektrik Sektöründe Özelleştirme, Rekabet ve “Regülasyon””,
Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 2000.

III) MAHKEME KARARLARI

Anayasa Mahkemesi, E.1969/31, K.1971/3, T.12.01.1971 (RG: T.26.03.1971, S.13790)

Anayasa Mahkemesi, E.1969/33, K.1971/7, T.21.01.1971 (RG: T.23.08.1971, S.13935)

Anayasa Mahkemesi, E.1973/32, K.1974/11, T.26.03.1974 (RG: T.21.6.1974, S.14922)

Danıştay 3’üncü Dairesi, E.1974/270, K.1974/243, T.23.05.1974.

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

Anayasa Mahkemesi, E.1979/1, K.1979/30, T.21.06.1979 (RG: T.14.01.1980, S.16869)

Anayasa Mahkemesi, E.1981/13, K.1983/8, T.28.04.1983 (RG: T.09.04.1984, S.18367)

Anayasa Mahkemesi, E.1984/6, K.1985/1, T.11.01.1985 (RG: T.17.06.1985, S.18787)

Anayasa Mahkemesi, E.1986/16, K.1986/25, T.21.10.1986 (RG: T.31.01.1987, S.19358)

Anayasa Mahkemesi, E.1986/5, K.1987/7, T.19.03.1987 (RG: T.12.11.1987, S.19632)

Anayasa Mahkemesi, E.1987/3, K.1987/13, T.22.05.1987 (RG: T.18.09.1987, S.19578)

Anayasa Mahkemesi, E.1987/16, K.1988/8, T.19.04.1988 (RG: T.23.08.1988, S.19908)

Anayasa Mahkemesi, E.1990/4, K.1990/6, T.12.04.1990 (RG: T.18.06.1990, S.20551)

Uyuşmazlık Mahkemesi, E.1992/33, K.1992/36 T.26.10.1992 (RG: T.01.12.1992, S.21422)

Anayasa Mahkemesi, E.1993/5, K.1993/25, T.06.07.1993 (RG: T.25.02.1995, S.22213)

Anayasa Mahkemesi, E.1994/43, K.1994/42-2, T.09.12.1994 (RG: T.24.01.1995, S.22181)

Anayasa Mahkemesi, E.1994/70, K.1994/65-2, T.22.12.1994 (RG: T.28.01.1995, S.22185)

Anayasa Mahkemesi, E.1994/71, K.1995/23, T.28.06.1995 (RG: T.20.03.1996, S.22586)

Danıştay İdari İşler Kurulu, E.1996/79, K.1996/83, T.03.10.1996. (DD., S.93, 1997, s.36.)

Anayasa Mahkemesinin E.1996/63, K.1997/40, T.26.03.1997 (RG: T.28.06.2001, S.24446)

Danıştay 8'inci Dairesi, E.1996/1687, K.1997/3669, T.27.11.1997, DD., S.96, 1998, s.388-390

Anayasa Mahkemesi, E.1997/74, K.1998/69, T.17.11.1998 (RG: T.23.10.1999, S.23855)

Anayasa Mahkemesi, E.1998/58, K.1999/19, T.27.05.1999 (RG: T.04.03.2000, S.23983)

Danıştay 10'uncu Dairesi, E.1999/2407, K.2002/347, T.06.02.2002.
<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

Anayasa Mahkemesi, E.2003/106, K.2004/59, T.12.05.2004 (RG: T.03.11.2004, S.25632)

Danıştay 13'üncü Dairesi, E.2005/5263, K.2005/5709, T.29.11.2005.
<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

ÖZGEÇMİŞ

Atıf KIR, 1976 yılında Çorum'da doğmuştur. Lise eğitimini Bayburt'ta tamamladıktan sonra, 1994 yılında girdiği Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1998 yılında mezun olmuştur.

1999 yılında Ankara Barosunda Avukatlık staj eğitimini tamamlamıştır. 2001 yılında Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğünde Devlet Gelir Uzmanı Yardımcısı olarak atanmış ve 2004 yılında yeterlik sınavını vererek Devlet Gelir Uzmanı ünvanını almaya hak kazanmıştır.

2006 yılından bu yana Özelleştirme İdaresi Başkanlığında Uzman olarak görev yapmaktadır.

Evli ve 1 çocuk babası olan Atıf KIR, İngilizce bilmektedir.