

Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti*

Ahmet Fatih Özkan**

ÖZET

Gerek küreselleşme, gerekse Avrupa Birliği'ne giriş süreci, ülkemizde sermaye piyasası, fikri mülkiyet, rekabet, banka regülasyon, enerji ve telekomünikasyon hukuku gibi yeni hukuk dallarının uygulama alanı bulmasında etkili olmuş, söz konusu hukuk dallarıyla birlikte yeni kavramlar, düzenlemeler ve örgütlenmeler hukukumıza girmiş ve serbest piyasa ekonomisi modelinde işlerlik kazanan yeni bir ekonomik düzen ortaya çıkmıştır. Bu yeni düzenin öngördüğü hukuki ilişkilerin gereği gibi düzenlenmesi hususunda idare hukuku kurallarının yetersiz kalması sonucu, yeni düzenlemeler yapılmış ve bu düzeni korumak üzere, devlet örgütlenmesinin klasik yapısında yer alan kurumlardan farklı olarak “bağımsız idari otorite” adı verilen düzenleyici kurumların oluşturulması yoluna gidilmiştir. Böylece klasik kamu düzeni, “ekonomik kamu düzeni” kavramını; bu düzeni korumak için gerçekleştirilen kolluk faaliyeti de “ekonomik kolluk faaliyeti” kavramını içerecek şekilde genişletilerek yorumlanmaya başlanmıştır.

Anahtar kelimeler: ekonomik kamu düzeni, ekonomik kolluk faaliyeti, serbest piyasa ekonomisi, bağımsız idari otoriteler, rekabet kuralları

“Economic Public Order and Economic Law Enforcement”

ABSTRACT

Both globalization and the integration process of Turkey to European Union bring about the emergence of new fields of law such as capital market, intellectual property, competition, banking regulation, energy and telecommunications law. Within this context, new concepts, regulations and organizations have been injected to Turkish jurisprudence; thereby, a new economic order functioning properly under free market economics setting has arisen. Due to inadequacy of administrative law rules in governing the relations entailed by the said order, new regulations have been implemented and sui generis institutions entitled ‘independent regulatory agencies’ have been formed. Consequently, public order and traditional law-enforcement have begun to be broadly interpreted in a way that includes the concepts of ‘economic public order’ and ‘economic law enforcement’.

Key words: economic public order, economic law enforcement, free market economics, independent regulatory agencies, competition rules

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** LL.M. (Ekonomi Hukuku, Bilkent Üniversitesi).

Giriş

Küreselleşmeyle birlikte ülkeler arası artan ticari ilişkiler sonucu ekonomik hayat canlılık kazanmış ve hızla artan ihracat ve ithalatlar, yeni ticaret yöntemleri ve platformlarının bulunmasıyla her geçen gün büyümeye başlamıştır. Ekonomik hayatta meydana gelen gelişmeler ve gün geçtikçe piyasalarda daha fazla özel teşebbüsün faaliyet göstermeye başlaması, devletin ekonomideki rolünün azalmasına ve niteliğinin değişmesine yol açmıştır.

1980’li yılların ilk yarısından itibaren, ilk kez İngiltere’de *Thatcher* hükümetiyle birlikte başlayan özelleştirme uygulamaları sonucu devletin ekonomideki rolü sınırlanmaya başlamıştır. Dünya çapında benimsenen serbest piyasa ekonomisi modelinin de bir sonucu olarak, önceden sadece devletin ürettiği çeşitli mal ve hizmetlerin özel teşebbüsler tarafından da üretilip satılmaya başlanmasıyla birlikte devlet, ilgili piyasalardan çekilme eğilimi göstermiştir. Böylece “işletmecî devlet”ten, “düzenleyici devlet” modeline geçilmiş ve ekonomik hayata devlet tabanlı müdahaleler yerini piyasa tabanlı müdahalelere bırakmış.

Gerek dünyada, gerekse ülkemizde yaşanan birtakım krizler ve sıkıntılar sonucu, serbest piyasa ekonomisinin sağlıklı ve düzenli işleyebilmesi için belli bir düzen gerektirdiği; mutlak bir “*birakınız yapınlar, bırakınız gitsinler*” anlayışının (*laissez-faire*) zararlı sonuçlarının olduğu anlaşılmaya başlanmıştır. Serbest piyasa ekonomisinin, kendi içinde bir ekonomik düzen öngörüyor olması sonucu, devletin bu düzeni koruması ve ihlal edildiği takdirde eski haline getirmesi için müdahale etme zorunluluğu doğmuştur. Dolayısıyla klasik kamu düzeni anlayışına ek olarak, kökeni daha yeni tarihlere dayanan bir “ekonomik kamu düzeni” kavramı ortaya çıkmıştır. Bu düzeninin korunması için ise “ekonomik kolluk faaliyeti” adı verilen, belli bazı piyasalara devletin müdahalesi söz konusu olmuştur.

Çalışmamızın birinci bölümünde klasik kamu düzeni anlayışı ve pozitif hukukumuzda yer alan biçimi ve unsurları, bu düzeni koruma amacıyla gerçekleştirilen klasik kolluk faaliyeti, öğretisi ve mahkeme kararları ışığında ele alınacaktır. İkinci bölümde ise ekonomik kamu düzeni kavramı, bu kavramın ortaya

çıkışında etkili olan nedenler ve bu düzenin korunması için gerçekleştirilen ekonomik kolluk faaliyeti inceleme konusu yapılacaktır. Bu bölümde ayrıca ekonomik modeller ve Anayasa’da öngörülen ekonomik hükümler ışığında ekonomik hayatın nasıl düzenlendiği incelenecektir. Son olarak, Türkiye’de ekonomik kolluk faaliyetini gerçekleştiren, “bağımsız idari otorite” adı verilen düzenleyici kurumlar ve bunların ortaya çıkış nedenleri, pozitif hukukumuzdaki yerleri, nitelikleri ve yetkileri, mevzuattan örnekler ışığında karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

I) İdari Kolluk Faaliyetinin Konusu Olarak Kamu Düzeni

A) Genel Olarak Kamu Düzeni

“Kamu düzeni” (umumî intizam, intizam-ı âmm) hukukun hemen hemen tüm dallarında kendine yer bulan önemli bir kavramdır. Türk pozitif hukukunda çeşitli kanunlarda kamu düzeni ibaresine rastlanmaktadır. Örneğin 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 19. maddesine göre “*Kanunun kat’i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.*” 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 5. maddesine göre “*Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.*” Son olarak 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 426/O maddesine göre ise “*İnceleme, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır. Ancak, bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu re’sen gözetir.*”

Mevzuatta bu sıklıkta yer almasına rağmen, kamu düzeninin ne anlama geldiği, her kanunda ayrı anlamları mı olduğu yoksa bu kavram üzerinde ortak bir tanımda birleşildiği mi gibi birçok sorunun cevabına dair ilgili kanunlarda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, kamu düzeni kavramına bir ibare olarak yer verilmiş olmasına rağmen, bu kavramın tanımlanmasına gidilmemiştir. Akla gelen bir başka husus ise bu kavramın bir hüküm içi boşluk (*intra legem*) olarak düzenlenip, içeri-

ğinin doldurulmasının hâkime; yorumlanmasının ise öğretiyeye ve mahkemelere bırakılmak istenmesidir.

Tüm bu nedenlerle, mevzuatta sık sık kullanılan ve kendisine önemli sonuçlar atfedilen kamu düzeni, içeriği tam olarak belirlenmemiş bir kavram olarak düzenlenmiştir.¹ Durum böyle olunca, her kanunda farklı bir hüküm ve sonuç bağlanan kamu düzeni kavramı, somut olayın özelliklerine göre ve ilgili kanunda kullanılış biçimine göre yorumlanacak ve bu ibarenin içi yargı yerlerince doldurulacaktır.

Öğretide, kamu düzeninin hemen hemen benzer tanımlarla ifade edildiği görülmektedir. Tan'a göre kamu düzeni; güvenlik, esenlik ve sağlıktan oluşmakta olup, kişilerin can ve mal güvenliği, gürültü ve kargaşadan uzak yaşamalarını, yani esenliğini ve salgın hastalıklardan korunmalarını ifade etmektedir.² Günday kamu düzenini, bireylerin güvenlik, huzur ve sağlık içinde yaşamaları durumu olarak tanımlamıştır.³ Gözler ise bu konudaki görüşlerini “klasik anlayış” ve “modern anlayış” şeklinde ikili bir ayırmda aktarmış ve klasik anlayışa göre kamu düzeninin; kamu güvenliği, kamu huzuru ve kamu sağlığı; modern anlayışa göre ise genel ahlak, kamusal estetik, insan onuru ve bireylerin kendileri-

ne karşı korunması gibi unsurlardan oluşan bir kavram olduğunu ifade etmiştir.⁴

Farklı yazarların bu görüşleri incelendiğinde, en azından anayasa ve idare hukukunda kamu düzeni kavramının içeriğinin bir nebze somutlaştığı görülmektedir. Tanımların hepsinde neredeyse benzer ifadeler kullanılmış ve kamu düzeninin; kamu güvenliği, kamu esenliği (huzuru) ve kamu sağlığı olmak üzere üç temel bileşenden oluştuğu ileri sürülmüştür.

Kamu güvenliği (âmme emniyeti) bireylerin can, mal, ırz, namus, şeref vb. gibi değerlerinin korunması, bunların her türlü tehlikeden ve ihlalden uzak tutulması demektir. Bir başka deyişle, kişilerin kamusal ya da kamuya açık yerlerde, saldırıya, zorlamaya, itilip kakılmaya, kazaya ve engellemeye (durdurulma, bekletilme, alıkonma) uğramadan dolaşmaları veya bulunmaları, can ve malları için hiçbir zaman endişe duymamaları ve bu yönde inanç ve kanaat sahibi olmalarıdır.⁵

Kamu esenliği (âmme selameti), kişilerin günlük hayatlarında rahatsız edilmeden yaşayabilmesi için diğer kişilerin yaptığı veya yapacağı her türlü taşkınlığın, örneğin koku, gürültü, ışık, toz, duman, kirlilik vb. önlenmesidir. Burada başkalarının davranışları sonucu, kişilerin hayatı istemediği bir şekilde kötüleşmektedir. Kamu düzeninin temel hak ve özgürlüklerin bir sınırlaması olmasının nedeni ise, rızası dışında kişileri olumsuz etkileyen bu davranışların engellenebilmesi ve kişilerin, dolayısıyla da kamunun esenliğinin sağlanmasıdır. Kamu düzeninin üçüncü bileşeni olan kamu sağlığında (âmme sıhhati) ise, genel olarak toplumun sağlığının bozulmaması, bulaşıcı hastalıklardan korunması gibi gerekçeler söz konusudur.

Kamu düzeni kavramı, Anayasa'da da kendine yer bulmuş ve farklı konulara ilişkin maddeler arasında yer almıştır. 1982 Anayasası'nın (Anayasa) 20, 21, 22, 26, 28, 31, 33, 34 ve 51. maddelerinde belirtilen temel hak ve özgürlükler için bir özel sınırlama nedeni; 120. maddesinde bir olağanüstü hal ilanı gerekçesi; 125. maddesinde yürütmenin durdurulması kararı

1 Kamu düzeni kavramının içeriğinin Avrupa Birliği (AB) hukukunda da tam olarak belirlenememiş olduğuna rastlanmaktadır. AB hukukunda kurucu antlaşmalar arasında kabul edilen 1957 tarihli Roma Antlaşması'nın 30. maddesi üye devletlerin, keyfi bir ayrımcılık veya örtülü bir kısıtlama aracı olmadığı sürece, ithalatta ve ihracatta miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemlerinin gerekçesi olarak kamu düzenini (*public policy*) göstermelerine izin vermektedir. Bu maddede veya diğer maddelerde kamu düzeninden ne anlaşılması gerektiği ise belirtilmemiştir. Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu (AET) kurucu devletlerin, her bir üye devletin toplu yapısı ve ihtiyaçlarının birbirinden farklı olacağı gerçeği karşısında, kamu düzeninin tanımlanmasını ya da uygulanış biçiminin belirtilmesini tercih etmediği düşünülebilir. Ancak tek pazar entegrasyonu hedefinin gerçekleştirilmesi ve üye devletlerin farklı uygulamalarının önlenmesi için Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın (ATAD), kararlarında bu kavramın içeriğini somutlaştırdığı görülmektedir. Kamu düzeni kavramının AB hukukunda gelişimi için bkz. Catherine KESSEDIAN, “*Public Order In European Law*”, Erasmus Law Journal, Vol: 1 No: 1, 2007, s.25-36

2 Turgut TAN, *Ekonomik Kamu Hukuku*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara 1984, s.126

3 Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 6. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2002, s.248

4 Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, 7. Baskı, Bursa 2008, s.559-560

5 Lütfi DURAN, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982, s. 254

verilmesinin sınırlanması nedeni; 137. maddesinde ise kanunsuz emrin suç teşkil etmesinin bir istisnası olarak düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, verdiği bir kararında kamu düzeninden ne anlaşılması gerektiğini şu cümleler ile ifade etmiştir: “*Toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyişle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kurallar.*”⁶ Yüce Mahkeme kamu düzenini, toplumun ve devletin güvenliği ve korunmasıyla ilgili bir kavram olarak ifade etmiş ve daha çok bu kavramın bileşenlerini üzerinde duran öğretinin aksine, tanımlama yoluna giderek kamu düzenini “kurallar” olarak nitelendirmiştir.

B) İdari Kolluk Faaliyeti

İdarenin yaptığı faaliyetler kamu hizmeti ve kolluk faaliyeti olmak üzere iki temel başlık altında sınıflandırılmaktadır. Kamu hizmeti, içeriğinin zamanla değişikliklere uğramasına rağmen, devletin bizzat kamu işletmecisi olarak ya da onun gözetimi ve denetimi altında kamu yararı için özel teşebbüslerin bir mal veya hizmeti topluma sunması olarak tanımlanabilir.⁷ Burada devletin, piyasada bazen tek başına bazen de özel teşebbüslerle birlikte mal veya hizmet üretmesi, satması, pazarlaması söz konusudur.

Kolluk faaliyeti ise kamu düzenini sağlamak ve korumak amacıyla idarenin yaptığı etkinlikler olarak tanımlanabilir. Toplumsal yaşama geçilmesiyle birlikte insanlar bir arada yaşamaya başlamış ve artan insan ilişkileri sonucu bu durum ister istemez belli bir düzenin kurulmasını beraberinde getirmiştir. Toplum hayatının devamı açısından bazı davranışların yapılması, oluşan bu toplumsal yapı için yıkıcı sonuç doğurmaması için yasaklanmıştır. Örneğin suç olgusu, içinde yaşanılan toplumun yapısı açısından zararlı sonuçlar doğuracağından hukuka aykırı sayılmıştır.

6 28.11.1964 tarihli ve E.1963/128, K.1964/4 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı

7 Fransız düşünür Truchet’in “*Hiç kimse kamu hizmetinin tartışılmaz bir tanımını yapamamıştır: Yasama bunu kendine tasa edinmemiş, yargı yapmak istememiş, öğretisi ise başaramamıştır.*” şeklinde ileri sürdüğü görüşüyle aslında kamu hizmeti kavramının belirlenmesi en güç tanımlardan biri olduğunu çarpıcı bir şekilde ortaya koymaktadır. Yıldırım ULER, “*Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti*”, Anayasa Yargısı Sayı: 15, Ankara 1998, s.252

Kolluk faaliyeti, suç veya kabahat gibi kamu düzenini ihlal edici nitelik taşıyan davranışların, girişimlerin izlenmesi ve önlenmesi amacıyla yönelik bir müdahale niteliği taşır. Kolluk faaliyetinin yerine getirilmesi sonucu, kamu düzeninin sağlanması ve korunması; bozulduğunda ise eski haline getirilmesi amacıyla, idare tarafından bireylerin özgürlüklerine müdahale edilebilir. Toplumsal yaşamın gerektirdiği düzenin sağlanması için, idarenin bireylerin özgürlüklerine karışmasına, sınırlarını belirlemesine idari kolluk faaliyeti denir.⁸

Nitekim Anayasa bireylerin temel hak ve özgürlüklerini düzenleyerek bunlar için anayasal bir güvence sağlamış, ancak her bir temel hak ve özgürlük için ilgili maddenin 2. vd. fıkralarında özel sınırlama sebepleri öngörmüştür. Zira kamu düzeni, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması için meşru bir gerekçedir. Kolluk faaliyeti bireylerin özgürlüklerini sınırlayıcı nitelik taşır, ancak kamu düzeninin sağlanması, korunması veya bozulmuş ise tekrar eski haline getirilmesi söz konusu sınırlamanın temel nedenini oluşturmaktadır. Dolayısıyla kolluk faaliyetinin konusunu ve amacını kamu düzeni oluşturmaktadır.

Bireylerin özgürlüklerine müdahale niteliği taşımasından dolayı esas olarak kolluk faaliyeti, idarenin yerine getirdiği diğer faaliyetlerden farklılık arz eder. Şöyle ki, kolluk yetkisi kamu gücü kullanılarak yerine getirilir. Bireylerin rıza gösterip göstermemesi herhangi bir önem taşımaz. İdare, kolluk faaliyetinde bulunurken bir yaptırım yetkisiyle donatılmıştır. Bu nedenle kolluk faaliyetinin konusu olan davranışta bulunmayanlar hakkında bir takım müeyyideler, örneğin idari para cezası, işyeri kapatma cezası vb. uygulanabilir. Kamu gücünü içermesi sonucu, idare kolluk yetkisini kullanmaktan vazgeçemez ya da kamu hizmetlerinin görülmesini özel teşebbüslere bırakabildiği gibi⁹ kolluk yetkisini özel kişilere devredemez. Bunun bir sonucu olarak idare, kolluk faaliyetini salt kamu düzenini sağlama ve koruma amacıyla gerçekleştirir, bunun dışında başka bir amaç, örneğin kâr elde etme amacı güdemez.

8 Şeref GÖZÜBÜYÜK\Turgut TAN, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, Cilt: 1, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 681

9 Bkz. 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’un “*Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesinin Özelleştirilmesi*” başlıklı 15.maddesi.

Kolluk faaliyetiyle ya var olan kamu düzeni varlığı devam ettirilerek korunur (“*ex ante*”, öncül müdahale) ya da herhangi bir şekilde ihlal edilmesi halinde tekrar tesis edilerek, eski haline getirilerek (“*ex post*”, ardıl müdahale) korunur. Bunlar arasında “*ex ante*” müdahaleye “idari kolluk” (önleyici kolluk, suç öncesi kolluk); “*ex post*” müdahaleye ise “adli kolluk” (bastırıcı kolluk, suç kolluğu) da denilebilir. Birincisi bir önleme faaliyetidir ve kamu düzenini ihlal edebilecek nitelikteki davranışın gerçekleşmesini engellemek amacı taşır, ikincisinde ise kamu düzenini ihlal eden davranış gerçekleşmiş, sonuçlarını doğurmuş olduğundan, amaç bozulan kamu düzenini tekrar eski haline getirmektir. “*Ex post*” müdahale daha çok, soruşturma veya inceleme yapılmasına; cezalandırılmayı gerektiren bir davranış söz konusu ise gereğinin yapılmasını sağlamaya yöneliktir.

Burada değinilmesinde fayda olan diğer bir husus da kolluk faaliyetinin, genel (idari) kolluk faaliyeti ve özel (idari) kolluk faaliyeti şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmasıdır. Genel kolluğun amacı kamu düzeninin korunması ve eski hale getirilmesiyken, özel kolluğun amacı toplumun ihtiyaç duyduğu belirli gereksinimleri karşılamaktır.¹⁰ Özel kolluk faaliyetinde, genel kolluğun korumaya çalıştığı klasik kamu düzeninden farklı bir düzen, farklı bir usulde korunarak toplumun ihtiyaç duyduğu belli gereksinimleri karşılanmaya çalışılması söz konusudur. Orman, gümrük, hayvan, tarım, av, çevre, turizm, karayolları, deniz yolları, havayolları kolluğu birer özel kolluk faaliyetleridir.¹¹

II) Ekonomik Kolluk Faaliyetinin Konusu Olarak Ekonomik Kamu Düzeni

A) Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı

1) Ekonomik Modeller

Ekonomik kamu düzeninin temelini teşkil eden, diğer bir deyişle bu düzeninin işleyişini belirleyen bir ekonomik modelin kabul edilerek, toplumun ihtiyaç duyduğu mal veya hizmetlerin nasıl sağlanacağı hususu, devletler için bir tercih meselesidir. Tercihinin bir sonucu olarak bir devlet, toplumun ihtiyaçlarını kabul ettiği ekonomik modele uygun bir şekilde sağlayacaktır. Dünya çapında uygulanmış ve/veya uygulanmakta olan modellere bakıldığında, birbirinden farklı üç temel düzenleme olduğu görülmektedir.

10 Gözübüyük/Tan, a.g.e, s.689

11 Gözler, a.g.e, s.568

a) Planlı Ekonomi

Planlı ekonomide, toplumun ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetlerin nasıl sağlanacağı devlet tarafından belirlenir, kıt kaynakların en verimli şekilde nasıl kullanılacağına devlet karar verir. Bu tür ekonomilerde, ekonomik faaliyetler ve düzenlemeler, emredici veya yol gösterici bir plan çerçevesinde gerçekleştirilir. Bir mal veya hizmetin ne kadar üretileceği, nerede satılacağı, hangi fiyattan arz edileceği vb. hususlara devlet karar vermektedir. Bu modelde, piyasa aksaklıklarına müdahalelerde devlet tabanlı çözümler uygulanmaktadır. 1990 öncesi Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği’nde ve günümüzde Küba ve Kuzey Kore’de, kısmen, planlı ekonomi söz konusudur.

b) Karma Ekonomi

Karma ekonomi modelinde, ekonomik hayatta devletin yanında sınırlı da olsa özel sektör yer alır. Toplumun ihtiyaç duyduğu mal veya hizmetler kamu ve özel sektör tarafından birlikte karşılanır. Ağırlık ise devlettir. Devlet bu tür ekonomilerde kamu işletmecisi olarak pek çok piyasada müteşebbis olarak faaliyet göstermektedir. Yeterli sermaye arzı düzeyine ulaşamadığı ya da yatırımın özel sektör tarafından kârsız veya riskli olarak görülmesi gibi nedenlerle devlet müteşebbis olarak bizzat iktisadi alanda faaliyet göstermektedir. Özel sektörün toplumun ihtiyacını karşılamaya yetmediği piyasalarda, tek çare işletmeci olarak devletin piyasadaki talebi karşılamasıdır. Bu modelde, piyasa aksaklıklarına müdahalede ağırlıklı olarak devlet tabanlı çözümler yanında sınırlı bir şekilde piyasa ekonomisine dayalı çözümler uygulanmaktadır.

c) Serbest Piyasa Ekonomisi¹²

Serbest piyasa ekonomisinde ekonomik hayatın işleyişi çok büyük ölçüde piyasa koşullarına bırakılmaktadır. Piyasa koşullarını arz ve talep belirlemede, üretim miktarı ve fiyat da gösterilen arz ve talep

12 Bir görüşe göre, serbest piyasa ekonomisi de karma ekonomiden başka bir şey değildir. Bu görüşe göre “Bazı ülkeleri sosyalist, (planlı ekonomi) bazılarını kapitalist ekonomiler (serbest piyasa ekonomisi) kategorisi içine alışımızın nedeni, hangi sektörün ağır basmasıdır. Batının ‘kapitalist’ ülkelerinin hemen hepsinde, önemi hiç de küçümsenmeyecek ölçüde bir ‘kamu sektörü’ bulunmaktadır. Bu nedenle, bütün ekonomiler aslında ‘karma ekonomi’dir.” Bu görüş için bak. http://www.giresunpostasi.net/artikel.php?artikel_id=341 Erişim tarihi: 20.12.2008

sonucu piyasa koşullarına uygun bir şekilde belirlenmektedir. Bu modelde devletin ekonomideki rolünün niteliği değişime uğramıştır. Devlet, işletmeci olmak yerine, düzenleyici olma eğilimindedir. Serbest piyasa ekonomisinde devlet, piyasaya doğrudan müdahale etmeyen, sadece piyasa düzeninin bozulmaması için birtakım kurallar belirleyen, ancak gerektiğinde sınırlı müdahalelerde bulunabilen bir konumdadır. Piyasada ortaya çıkabilecek sorunlara ise piyasa ekonomisine dayalı çözümler getirilmektedir.

Bu modelde devletin temel görevlerinden biri de rekabet hukukunu oluşturmaktır. Rekabetin olması, fiyatlar aracılığıyla kaynakların en etkin tahsisini sağlayacak ve piyasa, modern iktisat biliminin kurucusu kabul edilen Adam Smith'in ileri sürdüğü gibi, adeta bir "görünmez el" (*invisible hand*) tarafından yönlendirilecektir. Ancak piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin rekabet hukukuna aykırı birtakım uygulamaları bu modelin aksaması sonucunu doğurabilmektedir. Kartel oluşturma, mal vermeme (boykot), bağlama anlaşmaları, fahiş ya da yıkıcı fiyatlandırma, fiyat sıkıştırması vb. davranışlar piyasa ekonomisinden beklenen faydaları alt üst edebileceği gibi toplumu da refah kaybına uğratacağından, rekabet kuralları ile yasaklanmaktadır.

Serbest piyasa ekonomisinin gereği gibi işleyebilmesi için bu düzenin yasakladığı davranışların gerçekleştirilmesinin engellenmesi; gerçekleştirilmiş ise bunun sonucu oluşan piyasa aksaklıklarının düzeltilerek piyasanın eski rekabetçi haline getirilmesi devletin müdahalesini gerektirmektedir. Dolayısıyla, serbest piyasa ekonomisi beraberinde "ekonomik kamu düzeni" olarak tanımlanabilecek bir ekonomik düzen getirmiştir.

2) Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

Küreselleşmeyle birlikte ülkeler arası artan ticari ilişkiler sonucu ekonomik hayat canlılık kazanmıştır. Devletin ekonomideki rolünün yavaş yavaş azalmasıyla birlikte özel teşebbüs faaliyeti artmış ve birçok gerçek ve tüzel kişi ekonomik alanda yer almaya başlamıştır. Kendisi için çalışan, tüm malvarlığıyla sorumlu, tek bir tacirin işlettiği mütevazı işletmelerden, yüzlerce ortağı bulunan, ortakların her biri getirdiği katılım payı ile sorumlu ve ortak bir amaç uğruna çalışan devasa anonim şirketlere kadar birçok gerçek

veya tüzel kişi tacir, çeşitli piyasalarda mal ve hizmet üretmeye ve satmaya başlamıştır.

Ticaretin gelişmesiyle birlikte ticari hayattaki ilişkiler de artmış ve zamanla karmaşık bir hale gelmiştir. Küreselleşmenin bir sonucu olarak ülkelerarası sınırlar kalkarak, ithalat ve ihracatlar gerçekleştirilmeye başlanmıştır. Akreditif gibi uluslararası ticareti kolaylaştıran ve daha güvenli hale getiren ödeme yöntemleri geliştirilmiş, e-ticaret ile birlikte sınırlar ötesi ticaret daha süratli bir hale gelerek daha da artmıştır. Ayrıca, bir zamanlar belli bir mal veya hizmet piyasasında tekel olan teşebbüslerin elde ettiği yüksek karlar, söz konusu piyasalara yeni girişleri teşvik etmiş ve piyasalarda faaliyet gösteren oyuncu sayıları artmış, zamanla piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında birleşme ve devralmalar yaşanmış, böylece piyasaların işlerliği sürekli artan bir ivme göstermiştir.

Piyasalarda yaşanan tüm bu gelişme ve değişimler, söz konusu piyasalar için bir düzeninin gerekliliğini de beraberinde getirmiştir. Amerika Birleşik Devletleri (ABD) eski Başkanı Roosevelt'in de ifade ettiği üzere "*herkesin istediğini yapabileceği bir yerde, hiç kimsenin istediğini yapmayacağı*" gerçeği karşısında piyasaların işleyebilirliğini sürdürmesi ve varlığını devam ettirmesi için piyasalara bir düzen getirilmek istenmiştir. Getirilmek istenen bu düzen ile ekonomik hayattaki aktörler, her istediğini yapma özgürlüğünü kaybederek, önceden belirlenmiş hukuk kurallarının yasakladığı bazı davranışları yapmamakla yükümlü hale gelmiştir. Zira ekonomik düzeninin işleyişi hukuk kurallarının varlığına bağlıdır.¹³ O halde hukuk disiplini ile korunmak istenen bir ekonomik kamu düzeninin var olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır.

Şüphesiz ekonomik kamu düzeninin ortaya çıkması sadece ticaretin gelişmesi ile sınırlı kalmamış, bir ülkeden benimsenen ekonomik modelin gerekleri de bu düzenin oluşmasında etkili olmuştur. Zira bir ülkenin ekonomik yapısı, o ülkedeki devlet düzeninin temellerinden biri olarak görülmekte ve toplumun siyasal, sosyal ve doğal özelliklerinden

13 Turgut TAN, "*Ekonomik Düzen ve Anayasa*", Türkiye Barolar Birliği, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Ankara 2001, s.857

soyutlanamamaktadır.¹⁴ Bu bağlamda eskiden ağırlıkla uygulanan planlı ekonomi ve karma ekonomi modellerinin terk edilmesi sonucu devletin mal ve hizmet piyasalarındaki müteşebbis rolü zayıflamaya başlamış ve yerini, serbest piyasa ekonomisinin benimsenmesinin bir sonucu olarak özel teşebbüslerin mal ve hizmet piyasalarında etkin bir şekilde yer almalarıyla birlikte, bu piyasaları düzenleme ve denetleme rolüne bırakmıştır.

Serbest piyasa ekonomisi, en yüksek toplumsal refah düzeyini sağlayacak şekilde kıt kaynakların dağılımında iktisadi etkinliği gerçekleştirmek için rekabetçi bir yapının mevcut ve işlemekte olmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda piyasalarda arzın kısıtlanmaması, piyasalara girişlerin engellenmemesi, teşebbüslerin fiyat belirleme gücüne sahip olmayıp fiyat alıcı (*price taker*) durumunda olması vb. serbest piyasa ekonomisine işlerlik kazandıracaktır. Ancak serbest piyasa ekonomisinin doğal işleyişi tarzı rekabet sürecini zayıflatacak ve eksik rekabet ortamını doğuracak biçimde olmaktadır.¹⁵

Böylece rekabet olgusunun ve piyasa yapısının korunması gerekliliğinin bir sonucu olarak devlet, iktisadi hayatın düzenlenmesine yönelik hukuk kuralları getirmek suretiyle piyasalara müdahalede bulunmaktadır. Her ne kadar serbest piyasa ekonomisinin temel mantığı, devletin ekonomiye doğrudan müdahalede bulunmaması olsa da, yeryüzünde ekonomiye müdahale etmeyen hiçbir sistem de yoktur.¹⁶ Piyasalardaki üretim miktarı ve fiyat, gerçekleşen arz ve talep sonucu piyasa koşullarına uygun bir şekilde belirlense bile serbest piyasa ekonomisi, devletin varlığından tamamen soyutlanmamış, başka bir deyişle devlet ekonomik düzeni kendi başına bırakmamıştır. Bu modelde devletin rolü sınırlıdır, ancak hiçbir rolü de yok değildir.¹⁷ Zira

devletin olmadığı bir ekonomi işleyemez.

24 Ocak 1980 kararları ile Türkiye’de serbest piyasa ekonomisi benimsenmeye başlanmış ve yeni oluşmaya başlayan ekonomik yapı, bir ekonomik kamu düzenini de beraberinde getirmiştir. Böylece, kamu düzeni kavramı zaman içinde genişlemiş ve kendini ekonomi alanında da göstermiştir. Danıştay da bir kararında “*Anayasa hukukunda artık kamu düzeni deyimi ile yetinilmemekte, kamu düzeninin yanında ekonomik kamu düzeni de yer almaktadır. Ekonomik kamu düzeni sadece hukuk kavramlarını ihtiva etmemekte, ekonomi-hukuk işbirliğiyle düzeni saptamaktadır.*” diyerek kamu düzeni kavramının yeni bir boyut kazandığını vurgulamıştır.^{18 19}

Akıncı’ya göre karma ekonominin terk edilmesiyle

lirterek bu sistemde devletin rolünün pasif olduğunu vurgulamış, ancak ortaya çıkan aksaklıkları gidermek ve sistemin amacına uygun işleyişini sağlamak üzere devlet tarafından düzenlemeler yapılması gerektiğini de eklemiştir. Hikmet Sami TÜRK, “*Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi Cilt: 13 Sayı: 2, Ankara 1985, s.120

18 13.10.1980 tarihli ve E.1980/157, K.1980/181 sayılı Danıştay 3.Daire kararı

19 Yargıtay’ın ise ekonomik kamu düzeni kavramını sınırlı bir konuya özgülediği görülmektedir: Toplu iş sözleşmelerinde belirtilen ücret zamlarının ülkenin içinde bulunduğu ekonomik kriz nedeniyle işçilere geç ödenmesi ve bu nedenle de işçilerin gecikme faizi talep etmesi sonucu uyuşmazlık kendi önüne gelen Yargıtay, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ve işverenin ücretleri birkaç ay gecikmeli olarak ödenmesi teklifini işçinin kabul etmemesinin objektif iyiniyete aykırılık teşkil edip etmemesi hususlarını değerlendirirken şu cümlelere yer vermiştir: “*belirtmek gerek ki, ekonomik kamu düzeni, ülkenin mevcut bunalımdan en az zararlar ve en kısa sürede kurtulabilmesi için tüm kamu kurum ve kuruluşlarının, mevcut durum ve koşullarının gerektirdiği önlemleri almalarını zorunlu kılar.*” Buna ek olarak Yargıtay “*...ücret zamlarının davadan sonra ve genelgede öngörülen tarihte ödendiğinin anlaşıldığına göre... davanın reddine karar verilmesi, hakkaniyet ve adalet ilkelerine uygun düşer ve ekonomik kamu düzeni gereği de dikkate alınmış olur.*” diyerek, daire kararının bozulmasına karar vermiştir. 03.05.1995 tarihli ve E.1995/9-375, K.1995/477 sayılı; 03.05.1995 tarihli ve E.1995/9-392, K.1995/494 sayılı; 03.05.1995 tarihli ve E.1995/9-393, K.1995/495 sayılı; 05.07.1995 tarihli ve E.1995/9-474, K.1995/722 sayılı; 31.01.1996 tarihli ve E.1995/9-960, K.1996/4 sayılı Yargıtay HGK kararları. Bu kararlarının hepsinde aynı ifadelere yer veren Yargıtay, ekonomik kamu düzeni ifadesini tanımlamamış, ortaya çıkışı ve gelişimi ile ilgili bir bilgiye vermemiş ve daha çok ekonomik kriz dönemlerinde oluşan bir düzenmiş gibi ele almıştır.

14 Ahmet Kenan TANRIKULU, *Kamu Teşebbüsleri, Yasal Te-keller ve Rekabet Sempozyumu*, 5 Mart 2002 Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2002, s.9

15 Murat BAYKAL, “*Hukuk-Ekonomi İlişkisi ve Ekonomi Hukuku Üzerine*”, Ankara Barosu Dergisi Yıl: 66 Sayı: 4 Güz, Ankara 2008, s.79

16 Meltem Kutlu GÜRSEL, “*Sermaye Piyasası Kurulu’nun Denetimi*”, Danıştay 137.Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 2005, s.548.

17 Benzer şekilde Türk de serbest piyasa ekonomisinde, devlet-çe yapılacak bir müdahaleye ilke olarak yer olmadığını be-

birlikte açık bir pazar ekonomisinin benimsenmesi sonucu rekabetten beklenen yararların gerçekleşmesi için devletin piyasalara müdahale etmesi gerektiği anlaşılmıştır.²⁰ Serbest rekabet ilkesine işlerlik kazandırmak için piyasa ekonomisinin asli yetkili organı olan devlete yetki verilmiştir. Bu yetki devletin “kamu düzeni”ni gerçekleştirme görevinin bir parçası olarak ortaya çıkmakta, “ekonomik kamu düzenini” sağlama amacına yönelmektedir. Böylece kamu düzeni kavramı, ekonomik kamu düzenini de içerecek şekilde genişletilerek yorumlanmaya başlanmıştır.²¹

3) Anayasa ve Ekonomik Kamu Düzeni

Anayasa bireylerin temel hak ve özgürlüklerini; devletin temel yapısını, işleyişini ve örgütlenişini düzenleyen kurallardan oluşmaktadır. Normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alması sonucu, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin anayasada düzenlenmesi, bunlara bir anayasal güvence teşkil eder.

Bir ülkede uygulanan ekonomik modelin ne olduğu o ülkenin anayasasına bakılarak belirlenebilir. Örneğin, serbest piyasa ekonomisini benimseyen bir ülkenin anayasasında özel girişim özgürlüğünü yasaklayan bir maddeye rastlanması olanaksız olduğu kadar, planlı ekonomiyi benimseyen bir ülkenin de özel mülkiyet hakkını düzenleyip koruması pek sık rastlanabilecek bir durum değildir. Bu yüzden, ekonomik yapısını değiştirmek isteyen ülkeler, sistemini değiştirmenin yanı sıra anayasalarında da birtakım değişiklikler yapmaktadırlar.

1982 Anayasası'nın maddelerine yakından bakıldığında ekonomik düzenle ilgili pek çok hüküm görülmektedir. Örneğin mülkiyet ve miras hakkını düzenleyen 35. madde, tarım ve hayvancılığın geliştirilmesi ve korunmasına ilişkin 45. madde, çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48. madde, planlamayı düzenleyen 166. madde, piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesine ilişkin 167. madde, doğal kaynakların aranması ve işletilmesine ilişkin 168. madde, tüketiciler ile esnaf ve sanatkârların korunmasıyla ilgili 172. ve 173. maddeleri vb. bunlardan bazılarıdır.

20 Müslüm AKINCI, “*Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu*”, Rekabet Dergisi Sayı:5, Ankara 2001, s.4; Tanrıkulu, a.g.e., s.9

21 Akıncı, a.g.m., s.5; Tanrıkulu, a.g.e., s.9

Anayasa Mahkemesi bir kararında Anayasa'nın devlete, “*kişilerin ve toplumun refah huzur ve mutluluğunu sağlamak*” görevini veren 5. maddesi, “*özel teşebbüslerin millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri*” almakla devleti görevlendiren 48. maddesi, devlete, “*ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayinin ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızlı gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını*” planlama görevi veren 166. maddesi ve devletin “*para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı önlemleri alacağını*” öngören 167. maddesi hükümleri için, “*devletin ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek, gerektiğinde bu alana müdahale konusunda görevli kılındığını ortaya koymaktadır.*” şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur.²² Bu kararda belirtilen hükümler birlikte yorumlandığında Anayasanın çeşitli maddelerine serpiştirilmiş bir şekilde, bir ekonomik kamu düzeni benimsendiği sonucuna varılmaktadır.

Burada değinilebilecek başka bir husus ise Anayasanın, bir ekonomik modeli açıkça veya örtülü olarak benimseyip benimsemediğidir.²³ Anayasanın adı geçen ekonomik hükümleri içermesine rağmen belli bir ekonomik modeli benimsediğini gösteren açık bir ibare bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi bir kararında Anayasanın “*liberal bir iktisadi politika takibine elverişli olduğu kadar, karma bir iktisadi politika takibine müsai*” olduğunu ifade etmiştir.²⁴ Kararı yorumlayan Tan'a göre Anayasa belli bir ekonomik politika tercihini dayatmamakla beraber ekonomik politikayı koşullandıran bazı esaslar getirmektedir.²⁵

Kanımızca 1982 Anayasanın, kronolojik sıraya göre 24 Ocak 1980 kararlarından sonra hazırlanması sonucu, benimsenmeye başlanan serbest piyasa ekono-

22 04.03.1986 tarihli ve E.1985/16, K.1986/5 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı

23 Bu konu hakkında ayrıca bkz. Vural Fuat SAVAŞ, *Anayasal İktisat*, İlke Yayınevi, Ankara 2007

24 27.09.1985 tarihli ve E.1985/2, K.1985/16 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı

25 Turgut TAN, “*Anayasal Ekonomik Düzen*”, Anayasa Yargısı Sayı: 7, Ankara 1990, s.165

misinin gereklerine uygun hükümler içermesi, ancak Cumhuriyetin kurulmasından itibaren ağırlıklı uygulanmış olan planlı ekonomi ve karma ekonomi modellerinin izlerinin de bir anda silinemeyeceği gerçeği karşısında, Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği gibi serbest piyasa ekonomisi modeline uygun olduğu kadar, karma ekonomi modeline de uygun olduğu söylenebilir. Örneğin 167. madde, maddede belirtilen piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemleri için devlet tarafından önlemler alınacağını öngörerek serbest piyasa ekonomisine uygun bir “düzenleyici devlet” varlığını çağrıştırırken, 166. madde ekonomik kalkınma için bir planlama öngörerek planlı ekonomi veya karma ekonomiden kalan bir uygulamayı çağrıştırmaktadır.

B) Ekonomik Kolluk Faaliyeti

1) Genel Olarak

Son yıllarda artık klasik kamu düzeni kavramı, ekonomik kamu düzeni içine alacak biçimde genişletilerek yorumlanmaya başlamıştır. Devletin kamu düzenini gerçekleştirme amacına yönelik görevinin bir parçası olarak ekonomik kamu düzeni sağlama amacı da kolluk faaliyetinin amacı haline gelmiştir. Klasik kolluk faaliyetinden farklı olarak burada kamu güvenliği veya kamu esenliği ya da kamu sağlığını koruma amacı ikinci planda kalmakta, daha çok serbest piyasa yapısının korunması ve devam ettirilmesi, bu yapıyı ihlal edici davranışların cezalandırılması söz konusu olmaktadır.

Kolluk kavramı ilk bakışta devlet müdahalesini ve otoriter bir sistemi çağrıştırırsa da, kavramın hukuki anlamının düzeni sağlamak olduğu dikkate alınır, serbest piyasa ekonomisi kuralsız bir ekonomik düzen anlamına gelmediğine göre, ekonomide düzeni sağlamaya yönelik düzenleme ve denetlemeler bir özel kolluk türü olan ekonomik kolluk faaliyetini teşkil eder.²⁶ Bir başka deyişle, ekonomik kolluk, anayasada belirlenen ekonomik düzenin gerçekleşmesini sağlamak üzere, özel girişim özgürlüğüne müdahale ve getirilen sınırlamaların tümünü içeren özel kolluk türü olarak tanımlanabilir.²⁷

26 Tan, *Ekonomik Düzen ve Anayasa*, s.872; Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, s.126

27 Ebru ÖZTÜRK, *Türk İdare Sisteminde Rekabet Kurumunun Yeri ve Diğer Bağımsız İdari Otoritelerle Karşılaştırılması*,

Böylece ekonomik kolluk faaliyetinin, klasik kolluk faaliyetinden farklı ve niteliği itibarıyla bir özel kolluk türü olduğu öğretilmektedir. Hatırlanacağı üzere özel kolluk faaliyetiyle, genel kolluğun korumaya çalıştığı klasik kamu düzeninden farklı bir düzenin, farklı bir usulde korunması söz konusuydu. Gerçekten de ekonomik kamu düzenini sağlamak için düzenleme ve denetleme faaliyetinde bulunan kamu kuruluşlarının her biri farklı piyasaları düzenlemektedir. Ayrıca, düzenleme usulleri de birbirinden farklı özellikler göstermekte ve her birinin kuruluş kanununda belirtilmektedir. Bu niteliklerinden dolayı ekonomik kolluğun, özel kolluk türüne girdiği hususunda duraksama yaşanmamaktadır.

Ancak benzer durum “*ex ante*” ve “*ex post*” kolluk ayrımı için söz konusu değildir. Başka bir deyişle, ekonomik kolluk faaliyeti hem “*ex ante*” hem de “*ex post*” olarak yerine getirilebilecek bir niteliktedir. Ekonomik kolluk, idari kolluktan farklı olarak ekonomik kamu düzeni ihlal edildiği takdirde eski haline getirmek şeklinde yapılabileceği gibi, adli kolluktan farklı olarak ekonomik kamu düzeninin bozulmasını önlenmek şeklinde de yapılabilir. Örneğin mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen teşebbüslerin aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları (4054 sayılı Kanun m.4) ile piyasada hakim durumda olan teşebbüs veya teşebbüslerin hakimiyetlerini kötüye kullanmaları (4054 sayılı Kanun m.6) halinde serbest piyasa ekonomisinin öngördüğü ekonomik kamu düzenini ihlal edici söz konusu davranışlar için “*ex post*” bir denetleme yapılırken; hakim durum yaratmaya veya mevcut hakim durumu güçlendirerek rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralmaların (4054 sayılı Kanun m.7) Rekabet Kurulu'na bildirilmesi öngörülerek ekonomik kamu düzeninin bozulmasını engelleyici “*ex ante*” bir inceleme yapılmaktadır.²⁸

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi Sayı: 38, Ankara 2003, s.28

28 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinin 2. fıkrasına göre Rekabet Kurulu “*Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul'a bildirilerek izin alınması gerektiğini*” çıkaracağı bir tebliğle düzenleyecektir. Bu fıkra uyarınca Kurul, 1997/1 sayılı “*Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ*”i yayımlamış ve

2) Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

Fiyat ve maliyetlerde düşüşü, üretimde yeni teknolojilerin kullanılmasını, kaynakların etkin ve verimli kullanılmasını amaçlayan rekabet; ticari hayatta faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki kâr etme güdüsünün sertleşmesi sonucunda bir süre sonra kendi bünyesinde çıkarttığı irili ufaklı devlere boyun eğmek zorunda kalmaktadır.²⁹ Bu yüzden piyasa ekonomisinin kurallarına uygun olarak işleyebilmesi ve piyasalarda etkin ve adil bir rekabetin tesis edilip korunabilmesi için ekonomik kolluk faaliyetinin yerine getirilmesi hayati önem kazanmaktadır.

Türkiye’de serbest piyasa ekonomisinin benimsenmeye başlanmasına ek olarak, 1964 tarihli Ankara Antlaşması ile başlayan Türkiye’nin AB’ye (o zamanki adı ile Avrupa Ekonomik Topluluğu) tam üyeliğini öngören sürecin bir parçası olarak, 1995 yılında Gümrük Birliği’ne girilmesi sonucu fikri mülkiyet haklarının korunduğu, rekabetçi bir düzenin oluşturulması taahhüt edilmiştir. Nitekim 1999 Kopenhag kriterlerinde öngörülen “*işleyen bir piyasa ekonomisinin mevcudiyeti ve AB içinde rekabet baskısı ve piyasa güçleri ile başa çıkabilme kapasitesi*” ulaşma Türkiye tarafından taahhüt edilmiştir. Dolayısıyla AB’nin istediği gibi bir kurumsal değişikliğin yapılması gündeme gelmiştir.

Gerek küreselleşme, gerekse AB’ye giriş süreci, ülkemizde sermaye piyasası hukuku, fikri mülkiyet hukuku, rekabet hukuku, banka regülasyon hukuku, enerji hukuku, telekomünikasyon hukuku gibi yeni hukuk dallarının uygulama alanı bulmasında etkili olmuş, söz konusu hukuk dallarıyla birlikte yeni kavramlar, düzenlemeler ve örgütlenmeler hukukumuzaya girmiş ve serbest piyasa ekonomisi modelinde işlerlik kazanan yeni bir ekonomik düzen ortaya çıkmıştır. Bu yeni düzenin öngördüğü hukuki ilişkilerin gereği

söz konusu Tebliğin 1. maddesi uyarınca, Tebliğ kapsamındaki birleşme veya devralmaların “*hukuki geçerlilik kazanabilmesi*” için Kurul’a bildirilmesini düzenlemiştir. Böylece mal veya hizmet piyasalarında hakim durum yaratacak veya mevcut hakim durumu daha da güçlendirecek, aynı zamanda rekabeti önemli ölçüde kısıtlayacak birleşme veya devralmalar için, denetiminden geçmek üzere Kurul’a bildirim yükümlülüğü getirilerek ekonomik kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi hedeflenmiş ve “*ex ante*” bir kolluk faaliyeti öngörülmüştür.

29 Tanrıkulu, a.g.e., s.10

gibi düzenlenmesi hususunda idare hukuku kurallarının, yetersiz kalması sonucu, yeni düzenlemeler yapılmış ve bu düzeni korumak üzere, devlet örgütlenmesinin klasik yapısında yer alan kurumlardan farklı kurumların oluşturulması yoluna gidilmiştir.

Bu doğrultuda Türkiye, özellikle 1990 sonrasında birçok yeni kurumu faaliyete geçirmiş ve ekonomisini buna göre şekillendirmeye başlamıştır.³⁰ Böylece 1980 yılından itibaren benimsenmeye başlanan serbest piyasa ekonomisinin öngördüğü ekonomik düzene geçiş, AB’ye giriş sürecinde daha da hız kazanmış; Gümrük Birliği’ne üye olunmasıyla birlikte 1995 yılından itibaren Türkiye’de ekonomik kamu düzenini sağlamak üzere ekonomik kolluk faaliyeti gerçekleştirmeye yönelik birtakım düzenleyici kurumlar ortaya çıkmaya başlamıştır.

3) Anayasa ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti

Anayasanın hukuk sisteminin temeli olmasının yanında ekonomik düzenin de temelini oluşturması sonucu³¹ devletin ekonomik alandaki müdahalelerinin kaynağı ve temel çerçevesi Anayasa’da belirlenmiştir. 1982 Anayasası’nın “*Mali ve Ekonomik Hükümler*” başlıklı dördüncü kısmının “*Ekonomik Hükümler*” alt başlıklı ikinci bölümde yer alan “*Piyasaların Denetimi ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi*” madde başlıklı 167. maddesinin birinci fıkrasına göre “*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.*”³²

Anayasa Mahkemesi bir kararında 167. maddeyle ilgili “*Buna göre Devlet, bir taraftan para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli gelişmelerini sağlamak ve öte yandan da bu piyasa-*

30 Ali ÇİMAT\Ozan BAHAR, “*Türkiye’de 1990 Sonrasında Kurulan Ekonomik ve Mali Kurumlar*”, Mevzuat Dergisi Yıl: 6 Sayı: 70, Ekim 2003

31 Tan, *Ekonomik Düzen ve Anayasa*, s.57

32 Maddenin gerekçesinde de devletin özel teşebbüslerin rekabet koşulları içinde gelişmesine yardımcı olacağı, piyasada fiili ve anlaşma sonucu oluşan tekelleri önleyeceği belirtilmiş; tekel ve benzeri gruplaşmaları önlemenin, hâkimiyeti dağıtmanın sağlıklı bir toplum, sağlıklı bir demokrasi için vazgeçilmez şartlar olduğu, tekelciliğin her türlüşünün zararından fertleri ve toplumu korumanın, toplumun huzur ve refahı ile bağlantılı olduğu vurgulanmıştır.

ların gelişmesini sağlayıcı tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu amaçlarla alınacak tedbirler ve yapılacak düzenlemeler, anayasamızın Devlete verdiği bu görevin gereğidir.” diyerek, devletin ekonomik kamu düzenini sağlamak amacıyla piyasalara müdahalede bulunma yetkisinin olduğunu ortaya koymuştur.³³ Başka bir kararında ise bu maddeyi devletin gerektiğinde ekonomik hayata müdahale edebileceğini gösteren bir hüküm olarak yorumlanmıştır.³⁴

Böylece bu madde açık bir biçimde devlete, ekonomik kamu düzenini sağlamak ve bu düzeni korumak amacıyla müdahalelerde bulunma görev ve yetkisini vermektedir. Maddede kullanımı tercih edilen “tedbirleri alır” ve “önler” ibareleri de bir müdahale anlamı çağrıştırmaktadır. Müdahale edilebilecek piyasalar para, kredi, sermaye, mal ve hizmet olarak gösterilmiş; müdahale nedeni olarak ise sağlıklı ve düzenli işleme ile fiili ve anlaşma sonucu doğacak tekeller ve karteller gösterilmiştir. Ancak Anayasa devlete bu görevi verirken müdahalenin ne şekilde olacağı konusunda ise herhangi bir yol öngörmeyerek, nasıl yapılacağını dikte etmemiş ve bunu rekabet politikalarına bırakmıştır.³⁵

Türkiye’de devlet, Anayasa ile temel çerçevesi çizilen ekonomik kamu düzenini sağlamak ve korumak üzere piyasalara müdahale etme görev ve yetkisini; her biri ayrı bir piyasayı düzenleyen, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip, hiyerarşi ve idari vesayet denetimine tabi olmayan, uzmanlaşmış personel sahibi, düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama gibi yetkilerle donatılmış “bağımsız idari otorite”³⁶ (*independent regulatory agencies, autorités administratives indépendantes, Regulierungsbehörden*) adı verilen düzenleyici kurumlar oluşturmak suretiyle kullanmaktadır. Anayasada te-

mel çerçevesi çizilen ekonomik kamu düzenini, yine Anayasa’nın 167. ve diğer maddelerinde belirtilen koruma görevini yerine getirebilmek için bağımsız idari otoriteler kolluk yetkisiyle donatılmışlardır. Dolayısıyla ekonomik kolluk, Anayasa ile temel özellikleri belirlenen ekonomik düzenin kurulup korunmasını amaçlamaktadır.³⁷

4) Bağımsız İdari Otoriteler

a) Genel Olarak

Yapısal ve işlevsel özellikleri itibarıyla kamu ve özel hukuk ayrımını benimseyen Kara Avrupası hukuk sistemine yabancı olan bağımsız idari otoriteler, küreselleşme sürecinde ileri teknolojinin ekonominin hizmetinde en üst düzeyde kullanılmasının doğal sonucu olarak, ekonomik değişim araçları ile Anglo Amerikan hukuk sisteminin, Kara Avrupası hukuk sistemine dahil ülkelere ihraç ettiği idarelerdir.³⁸ Bu tür kuruluşlar Anglo Amerikan hukuk sisteminde çok eski tarihlerden beri görülmektedir. Örneğin 1887 tarihli Eyaletlerarası Ticaret Kanunu ile kurulan ve demiryollarına ilişkin ruhsatlama ve fiyat tarifelerini onaylama yetkisi ile donatılan Eyaletlerarası Ticaret Komisyonu (*Interstate Commerce Commission*) ABD tarihindeki ilk bağımsız idari otoritedir.³⁹

Kara Avrupası hukuk sistemine dahil ülkemizde, bağımsız idari otoritelerin hukuki niteliği oldukça tartışmalıdır. Yasal düzenlemelerdeki dağınıklık ve çelişkiler; idari yargı kararlarından kaynaklanan belirsizlikler, bağımsız idari otoritelerin hukuki niteliklerinin tam olarak açıklığa kavuşmuş olmadığını göstermektedir.⁴⁰ Gerçekten de bağımsız idari otoritelerin hukuki nitelikleri hakkında öğretiler ve yüksek yargı yerlerinin kararlarında farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre bağımsız idari otoriteler birer hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarıdır.⁴¹

33 06.10.1986 tarihli ve E.1985/21, K.1986/23 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı

34 20.11.2003 tarihli ve E.2002/32, K.2003/100 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı

35 Şahin ARDIYOK et al, *Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon Enerji Hukuku Cilt: 1*, Ekin Kitabevi, İstanbul 2007, s.240

36 Bunlar için aynı zamanda bağımsız idari kurumlar, bağımsız düzenleyiciler, bağımsız düzenleyici ve denetleyici kurumlar, bağımsız üst kurumlar, özerk kurumlar, düzenleyici komisyonlar, düzenleyici organlar, düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları ibareleri de kullanılmaktadır.

37 Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, s.147

38 Kutlu Gürsel, a.g.m., s.496. Bağımsız idari otoriteler hakkında daha fazla bilgi için Ali ULUSOY, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s.1 v.d.

39 Öztürk, a.g.e., s.12

40 Turgut TAN, “*Ekonomi, Regülasyon ve Bağımsız İdari Otoriteler*”, Danıştay 137.Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 2005, s.38

41 Gözler, a.g.e., s.229-230; Günday, a.g.e., 456

Buna göre bağımsız idari otoritelerin, merkezi idareye dahil olmaları olanaksız olduğundan, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları sayılmaları gerekmektedir. Bu görüş yargı organlarında da benimsenmiş görünmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında “*Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nun özerk ve tarafsız bir kamu tüzel kişiliği olmasına rağmen, tümüyle idareden ayrı düşünülmesi de olanaklı değildir*” dedikten sonra Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nu (RTÜK) hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşu olarak sınıflandırmıştır.⁴² Benzer şekilde Danıştay da bir kararında Sermaye Piyasası Kurulu’nu (SPK) “*kamu kurumu*” olarak nitelendirmiştir.⁴³

Diğer bir görüş ise, bağımsız idari otoritelerin merkezi ya da yerel (mahalli) idareye dahil olmadıklarını, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları niteliğine sahip olmadıklarını ve klasik kamu kurumlarından da farklı olup kendine özgü bir nitelikleri olduğunu savunmaktadır.⁴⁴ Bu görüşün temel dayanağı, bağımsız idari otoritelerinden bazılarının kuruluş yasalarında yer alan “ilişkili kuruluş” ibaresidir. Örneğin 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun 4. maddesinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu’nun (EPDK) “ilişkili” olduğu bakanlık olarak gösterilmiştir.⁴⁵

Danıştay’ın istişari görüş vermek ile yetkili 1. Dairesi, bir kararında “ilişkili kuruluş” ibaresi ile “ilgili kuruluş” ibaresinin aynı şeyi ifade ettiklerini

belirtmiştir.⁴⁶ Ancak 3046 sayılı Kanun’da “ilgili” kuruluş tanımı bulunmaktayken, kanun koyucunun daha tanımı bile yapılmamış olan bir ibare kullanması düşündürücüdür. Tan’a göre bu durum bir rastlantı olmayıp, kanun koyucunun yaptığı bilinçli bir tercihtir.⁴⁷ Zira 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nda yapılan bir değişiklik⁴⁸ bağımsız idari otoritelerin kararlarının yargı denetimini yapmak amacıyla Danıştay’da ayrı bir dairenin kurulmuş olması, aslında kanun koyucunun ve Danıştay’ın pratikte bunların farklılığını kabul ettiğini gösteren bir gelişmedir.⁴⁹

Kanımızca, bağımsız idari otoritelerin sahip oldukları idari ve mali özerklik, klasik kamu kurumlarından farklı olarak düzenleme denetleme ve yaptırım uygulama yetkileri göz önüne alındığında, idare içinde kendine özgü bir yere sahiptirler. Bu açıdan bağımsız idari otoriteleri, Anayasa’nın 123. maddesi uyarınca kuruluş ve görevleriyle bir bütün olan idareye dahil edebilmek açısından “ilişkili kuruluş” ibaresinin seçilmesi de isabetlidir.⁵⁰ Ancak klasik kamu kurumları ile aynı hukuki rejime tabi tutmak ise isabetli değildir. Örneğin radyo ve televizyon yayıncılığı yapan Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu (TRT) ile 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun’un 1. maddesine göre radyo ve televizyon yayınlarını düzenlemek ve denetlemekle görevlendirilen RTÜK’ün aynı hukuki statüde sayılması halinde RTÜK’ün yaptırım yetkisinin işlevi son bulacaktır, zira bir hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşunun diğeri üzerinde idari denetim yetkisi söz konusu değildir.⁵¹

Türk hukukunda Sermaye Piyasası Kurulu⁵² (SPK),

42 21.09.2004 tarihli ve E.2002/100, K.2004/109 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı

43 25.11.1996 tarihli ve E.1995/6027, K.1996/7741 sayılı Danıştay 10.Daire kararı

44 Gözübüyük\Tan, a.g.e., s.389-394; Ardiyok, a.g.e., s.240; Akıncı, a.g.m., s.13-14; Ali ULUSOY, “Bağımsız İdari Kurumlar”, Danıştay Dergisi Sayı:100, Ankara 1999, s. 3 v.d.

45 Yer bakımından yerinden yönetim kuruluşlarının, merkezi idare ile aralarındaki organik ve işlevsel açıdan bir bütünlüğün sağlanması amacıyla 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un 10 ve 11. maddelerinde “bağlı kuruluş” veya “ilgili kuruluş” olmak üzere iki farklı tür kabul edilmiştir. Ancak “ilişkili kuruluş” ibaresi söz konusu kanunda tanımlanmadığı gibi, aynı kanunun 10 ve 11. maddelerinde düzenlenen “bağlı” ve “ilgili” kuruluş kavramlarına da girmemektedir. Böylece uygulamada ya bilinçli olarak ya da özensizce yeni bir durum ortaya çıkarılmıştır.

46 24.10.2002 tarihli ve E.2002/156, K.2002/167 sayılı Danıştay 1.Daire kararı

47 Turgut TAN, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Perşembe Konferansları-4, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2000, s.20

48 02.06.2004 tarihli ve 5183 sayılı Kanun’un 9.maddesiyle, Danıştay Kanunu’na “Ontüçüncü Dairenin Görevleri” başlıklı “Madde 34C” eklenmiş ve Danıştay 13. Dairesi kurulmuştur.

49 Gamze AŞÇIOĞLU ÖZ, “*Rekabet Hukuku ve Politikası*”, Danıştay 137.Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 2000, s.109

50 Benzer bir görüş için bkz. Tan, “*Ekonomi, Regülasyon ve Bağımsız İdari Otoriteler*”, s.14

51 Kutlu Gürsel, a.g.m., s.499

52 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m.17 v.d.

Rekabet Kurumu⁵³ (RK), Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu⁵⁴ (BTK), Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu⁵⁵ (EPDK), Radyo ve Televizyon Üst Kurulu⁵⁶ (RTÜK), Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu⁵⁷ (BDDK), Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu⁵⁸ (TAPDK), Kamu İhale Kurumu⁵⁹ (KİK) ve Şeker Kurumu⁶⁰ (ŞK) birer bağımsız idari otorite olarak nitelendirilmektedir.

b) Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

Bağımsız idari otoriteler, ekonomik alanda yaşanan gelişimlerin ve devletin ekonomik alanda üstlendiği rolün değişiminin bir göstergesidir. Serbest piyasa ekonomisinin benimsenmesi sonrasında başlayan özelleştirme uygulamaları, devletin ekonomik alandaki rolünün azalmasına ve niteliğinin değişmesine neden olmuştur. Devlet, piyasada mal ve hizmet üreten bir teşebbüs olmaktan çıkmış ve bunun yerine özelleştirilen kamu hizmetlerini düzenleme ve denetlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Özelleştirme ve serbestleştirme hareketlerinin boş bıraktığı alanların bağımsız idari otoriteler tarafından doldurulduğu kabul edilmektedir.⁶¹

AB özellikle 2000 yılından itibaren uygulamaya konulan yapısal reformlarla, devletin düzenleyici yönünü ön plana çıkarmakta ve bir tür “düzenleyici devlet” modeli etrafında yapılanmaktadır.⁶² Düzenleyici devlete dönüşüm sürecinde, AB’nin mal ve hizmeti

53 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.20 v.d.

54 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna Dair Kanun m.5 v.d. (2008 yılında 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanun’un 67. maddesiyle, daha önce “Telsiz Kanunu” ismini taşıyan 2813 sayılı Kanunun ismi “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna Dair Kanun” olarak değiştirilmiştir.)

55 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu m.4 v.d.

56 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun m.5 v.d.

57 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.82 v.d.

58 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun m.2 v.d.

59 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.53 v.d.

60 4634 sayılı Şeker Kanunu m.7 v.d.

61 Giandomenico MAJONE, “The Rise of Regulatory State in Europe”, West European Politics, Vol: 17 No: 3, 1994, s.77-101

62 Majone, a.g.m., s.77-101

sunan “işletmeci” ile oyunun kurallarını koyan ve uygulanmasını denetleyen “düzenleyici” ayrımını yapması ve üye devletlerden bu yönde düzenleme istemesi de bağımsız idari otoritelerin yaygınlaşmasına yol açmıştır. Bağımsız idari otoriteler, düzenleyici devletin kurumsal yapısının en temel göstergeleridir.⁶³

Özellikle para, kredi, sermaye, telekomünikasyon ve enerji piyasalarının küresel öneme sahip olması, bu piyasalarda yoğun yeniliklerin ve teknolojik gelişmelerin yaşanması ve özel girişim özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi temel insan hakları ile ilgilerinin bulunması sonucu, devlet müdahalelerinin o konuda uzmanlaşmış organlar tarafından yapılması, müdahalelerin sıhhati açısından büyük önem arz etmektedir. Ancak devlet idaresinin klasik yapısı, ekonomik kamu düzenini etkin bir şekilde koruyacak yetkinlik ve uzmanlaşma ihtiyacına cevap verememektedir.⁶⁴ Bu yüzden, bu tür karmaşık ve teknik sorunları çözmek üzere, geniş ve yetkin personele sahip, her biri alanında uzman bağımsız idari otoriteler kurulma yoluna gidilmiştir.

Piyasalara gerektiğinde müdahale edecek düzenleyici kurumların siyasi etki ve baskılardan arındırılması ve politik karar odaklarının menfaatlerinden etkilenmemesi için objektif olmaları gerekir. Örneğin 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un 6. maddesine göre “Türkiye’de tütün mamullerini üretmek ve satmak isteyenler, Kurumdan üretim, satış ve/veya uygunluk belgesi almak zorundadırlar.” Siyasi etkilerden arındırılmamış bir kurumun olması halinde, teşebbüslerin siyasi iktidara yakınlıkları suretiyle kanunun aradığı şartları taşımamalarına rağmen maddede belirtilen belgeleri almaları daha kolay olabilecektir. Bu yüzden TAPDK kurularak tütün ve alkol piyasası siyasi etkilerden arındırılmaya çalışılmaktadır. Bu durum aynı zamanda siyasi etkilerden arındırılmış kurumların uzun dönemli politikalar oluşturup izleyebilmesini ve siyasi iktidarın siyasal nedenlerle alamayacakları veya almayı erteleyebilecekleri birtakım kararların alınmasını kolaylaştırmaktadır.⁶⁵

63 Fabrizio GILARDI, *Delegation In the Regulatory State: Independent Regulatory Agencies in Western Europe*, Edward Elgar Publishing, Great Britain 2008, s.1

64 Ardıyok, a.g.e., s.226

65 Gözübüyük\Tan, a.g.e., s.366

Bağımsız idari otoritelerin gelişim sürecine bakıldığında, ilk ortaya çıkışlarından itibaren sayılarının ve düzenledikleri sektörlerin sürekli arttığı görülmektedir. 1980lerin sonuna kadar Batı Avrupa’da bağımsız idari otoritelerin düzenledikleri sektörlerin oranı %10 iken, 2000 yılında bu oran %80’e yükselerek, günümüzde AB’ye üye devletlerin temel kurumsal yapısı haline gelmiştir.⁶⁶ Türkiye’de ise bağımsız idari otoritelerin, 24 Ocak 1980 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanan serbest piyasa ekonomisiyle birlikte devletin ekonomik alanda üstlendiği rolün değişiminin bir sonucu olarak ortaya çıktığı dikkati çekmektedir. Bu bağlamda 1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile Türk hukukunda ilk bağımsız idari otorite olan SPK kurulmuş, daha sonra ise radyo ve televizyon, bankacılık, telekomünikasyon, enerji, şeker, tütün ve alkol gibi piyasaları düzenlemek ve denetlemek üzere bağımsız idari otoritelerin sayıları ve çeşitleri artmıştır.⁶⁷

c) Anayasa ve Bağımsız İdari Otoriteler

Bugüne kadar hiçbir yasal düzenlemede kullanılan bağımsız idari otorite ibaresine, Anayasanın hiçbir maddesinde de rastlanılamaz. Bu nedenle Anayasa’da söz konusu kurumların hukuki nitelikleri hakkında herhangi bir bilgiye yer verilmemiş ve uygulamada faaliyet gösteren, ancak Anayasa’da açık bir şekilde düzenlenmeyen bağımsız idari otoriteler için anayasal meşruiyet tartışmaları ortaya çıkmıştır. Bağımsız idari otoritelerin anayasal düzenleme konusu yapılmamış olmasının, bunların varlığına ve yetkilerine gölge düşürmeyeceği, ancak anayasal düzenleme konusu yapılmış olmalarının bunlara ayrı bir güç katabileceği kabul edilmektedir.⁶⁸

Anayasa’da, bağımsız idari otoritelerin nitelikleri gibi isimleri de zikredilmemiştir. 167. maddede para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasası olmak

üzere beş farklı piyasa için devlete müdahale görevi verilmiş, ancak devletin bu müdahale görevini yerine getiren bağımsız idari otoritelerin isimlerine Anayasa’da yer vermemiştir. Dolayısıyla Anayasa söz konusu kurumları tek tek düzenlemek yerine, bunların hepsine yönelik genel bir hükme yer veremeyi yeterli bulmuştur.

Örneğin Anayasanın 167. maddesi “*piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler*” ibaresiyle devlete bir görev vermiş, devlet de bu görevini Anayasa’da ismi zikredilmeyen RK’yı oluşturarak yerine getirmiştir. Benzer şekilde SPK da Anayasa’da ismen zikredilmemekle birlikte devlete verilen “*sermaye... (piyasasının) sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri*” alma görevi sonucunda kurulmuştur. Yine aynı maddede geçen “*para*” ve “*kredi*” piyasalarının denetleme ve düzenleme görevi ise uygulamada BDDK tarafından yerine getirilmektedir. Anayasa’da yalnızca RTÜK ayrı olarak düzenlenmiş ve 133. maddede RTÜK’ün radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulduğu; görev ve yetkilerinin, üyelerinin seçim usulü ve görev sürelerinin kanun ile düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

d) Yetkileri

Anayasa Mahkemesi bir kararında “*İdarenin hizmetlerini gereği gibi ve ivedilikle görebilmesi için, yaptırım uygulama yetkilerine gereksinimi vardır. Anayasamız kamu düzeni ve güvenliği ve kamu sağlığını koruyabilmek için idareye geniş ve çeşitli yaptırımlar uygulama yetkisi tanımıştır*” diyerek kolluk faaliyetinin gereği gibi yerine getirebilmesi için idareye birtakım yetkilerin tanınmış olmasına işaret etmiştir.⁶⁹ Ekonomik kamu düzeninin sağlanması ve korunması amacıyla ekonomik kolluk faaliyetini gerçekleştiren bağımsız idari otoritelerin de birtakım yetkiler ile donatılmış olması gerekir.

Ekonomi alanında meydana gelen gelişmelerin çok hızlı olması ve bunun sonucunda piyasalara yapılacak devlet müdahalesinin de ivedilik getirmesi karşısında, ekonomik kolluk faaliyetinde bulunan kurumlara yeterli yetkilerin sağlanması önem kazanmıştır. Bağımsız

66 Gilardi, a.g.e., s.2

67 Son yıllarda bilgi güvenliği (bilişim) alanında da bir bağımsız idari otoritenin kurulması düşünülmektedir. Bu doğrultuda “*Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı*” hazırlanmış ve söz konusu tasarının 20 v.d. maddelerinde kamu tüzelkişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip “*Kişisel Verileri Koruma Kurumu*” adlı bir bağımsız idari otoritenin kurulması tasarlanmıştır.

68 Tan, “*Ekonomi, Regülasyon ve Bağımsız İdari Otoriteler*”, s.37; Öztürk, a.g.e., s.26

69 08.10.2002 tarihli ve E. 2001/225, K. 2002/88 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı

sız idari otoritelerin yetkileri, kuruluş kanunlarında gösterilen çok sayıda ve farklı nitelikte olmasına rağmen, düzenleme, inceleme ve denetleme (araştırma ve gözetleme), görüş bildirme, yaptırım uygulama ve uyuşmazlık çözme olarak sınıflandırılabilir.

i) Düzenleme Yetkisi

Kuruluş kanunlarında bu kurumlara düzenledikleri alana ilişkin geniş bir düzenleme yetkisi verilmektedir. Düzenleme yetkisi, bağımsız idari otoritelere genel ve soyut nitelik taşıyan normlar koyarak düzenleyici işlemler yapma imkanı tanımaktadır. Düzenleme yetkilerinin bir sonucu olarak, bu kurumlar düzenledikleri sektörlerle ilgili, kuruluş kanunlarına aykırı olmamak koşuluyla, yönetmelik ve/veya tebliğ gibi ikincil mevzuat çıkarma imkanı bulunmaktadır.

Örneğin 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca "sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek için kurulan" SPK, söz konusu düzenleme yetkisini hisse senetleri, tahviller, sair menkul kıymetler, aracı kurumlar, yatırım ortaklıkları, menkul kıymet yatırım fonları, menkul kıymetler borsası, bağımsız dış denetleme ve muhasebe standartları gibi çeşitli konularda tebliğler çıkararak kullanmaktadır. Benzer şekilde RK, teşkilatlanma sürecini tamamladığı 1997 tarihinden bu yana, dikey antlaşmalara ilişkin grup muafiyeti, birleşme ve devralmalar, özelleştirme yoluyla devralmalar ve motorlu araçlar dağıtım ve servis anlaşmaları, idari para cezaları gibi birbirinden farklı birçok konuda tebliğler çıkararak ikincil mevzuatını kısa sürede oluşturmuştur.

Düzenleme yetkileri bir sonucu olarak bu kurumlar, çıkardıkları düzenleyici işlemlere dayanarak, düzenledikleri alanda faaliyet gösteren teşebbüsler hakkında bireysel idari işlem yapmaktadırlar. Bağımsız idari otoritelerin ekonomik kolluk yetkilerini tipik kullanım biçimi "izin verme" veya "yasaklama" şeklinde ortaya çıkmaktadır.⁷⁰ Bunlara ek olarak bir de "görüş alma" uygulamasının bulunduğu görülmektedir. Örneğin SPK'nın IV\8 sayılı Tebliğine göre, anonim şirketlerin sermaye ve yönetiminde kontrolü sağlamak amacıyla pay sahiplerine çağrıda bulun-

arak hisse senedi toplayabilmek için SPK'nın uygun görüşü alınmalıdır. Benzer şekilde 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca bankalar, ana sözleşmelerini değiştirebilmek için BDDK'nın uygun görüşünü almak zorundadırlar.

"İzin verme" şeklindeki ekonomik kolluk yetkisinin kullanılmasına bir örnek olarak, RTÜK'ün çıkardığı "Radyo ve Televizyon Kuruluşlarına Kanal veya Frekans Tahsisi Şartları ve Bunlara İlişkin İhale Usulleri ile Yayın Lisansı ve İzni Yönetmeliği" uyarınca yerel, bölgesel veya ulusal yayın yapmak isteyen radyo veya televizyon işletmecileri RTÜK'ten bu yönetmelik hükümlerine göre lisans ve izin almak zorundadırlar. Söz konusu yönetmeliğin 13. maddesine göre RTÜK'ün "görevlendireceği teknik uzmanların yerinde yapacakları inceleme sonunda yayın sistemi ve donanımının Yönetmeliğe, başvuru sırasında verilen bilgilere ve ilgili standartlara uygun olması durumunda yayın izni verilir". Dolayısıyla RTÜK çıkardığı bir düzenleyici işleme (yönetmeliğe) dayanarak bireysel idari işlem (izin verme) yapmaktadır.

Düzenleme yetkisinin diğer bir türü ise "yasaklama" şeklinde gerçekleştirilmektedir. Yasaklama, "izin verme" faaliyetinin tersi bir durum olarak ortaya çıkabileceği gibi (örneğin iznin verilmemesi) önceden başlanılan faaliyete son verilmesi veya faaliyetin durdurulması (örneğin iznin kaldırılması veya ruhsat iptali) şeklinde de olabilir.⁷¹ Ancak yasaklama ile yaptırım uygulama yetkisi birçok halde birbirleriyle örtüşmektedir. Örneğin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesine göre, bu maddede sayılı hallerden bir veya birkaçının varlığı durumunda, bir bankanın faaliyet izninin kaldırılarak Fon'a devri, BDDK'nın bir yaptırım uygulama yetkisi olduğu kadar söz konusu banka için mevduat kabul etme ve bankacılık faaliyetinde bulunma gibi uygulamaları açısından bir yasaklama niteliğindedir.

ii) İnceleme ve Denetleme Yetkisi

Anayasanın 167. maddesinin devlete verdiği görev sonucu para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasaları için bir inceleme ve denetleme görev ve yetkisi vermiştir. Bu görev ve yetki, bağımsız idari otoriteler vasıtasıyla kullanıldığından, söz konusu kurumlar

70 Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, s.147; Akıncı, a.g.m., s.6

71 Bak. aşa. II\B\4\d\iii "Yaptırım Uygulama Yetkisi"

düzenledikleri piyasalar için aynı zamanda inceleme ve denetleme yetkilerini de haizdir. Bu yetkiye bir örnek 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'ndan verilebilir.

Önceleri sadece belli bir kesime hitap eden bankalar, son zamanlarda maaş almak kredi kartı ya da elektrik, su ve doğal gaz faturalarını ödemek gibi onlarca sebeple kendisine başvuru kurumlar haline gelmiştir. Bu nedenle bu sektörde yaşanan her türlü olumsuzluk yalnızca bankaları değil, aynı zamanda ekonomiyi ve halkı da doğrudan etkilemektedir. Ortaya çıkan bu sonuç ve etkiler, toplumsal düzeni ve hukuk güvenliğini sağlama amacı taşıyan düzenlemeler yapmak ve önlem almak ihtiyacını doğurmuştur.⁷² Bu yüzden 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca “*finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanmasına, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasına, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması*” amacıyla BDDK kurulmuş ve “*para*” ve “*kredi*” piyasalarını düzenleme, inceleme ve denetleme yetkisiyle donatılmıştır.

Bağımsız idari otoriteler, inceleme ve denetleme yetkilerinin bir sonucu olarak düzenledikleri alanların dinamikliği karşısında, yaşanan gelişmeleri sürekli ve düzenli olarak takip etmek zorundadırlar. Zira bu sayede ekonomik kamu düzeninin bozulmasını önleyebilecek “*ex ante*” müdahalede bulunabilecekleri gibi, ekonomik kamu düzeninin bozulduğu durumlarda bu düzeni eski hale getirilebilmek için “*ex post*” müdahalede de bulunabileceklerdir.

iii) Yaptırım Uygulama Yetkisi⁷³

Ekonomik kolluk faaliyetini yerine getirmeleri sonucu bağımsız idari otoriteler, ekonomik kamu düzeninin bozulmasını engellemek ve bozulması halinde eski haline getirmek için düzenledikleri piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslere, kuruluş kanunlarında belirtilen yaptırımları uygulama yetkilerine sahiptirler. Düzenleme yetkilerine uygun olarak kural koyduktan sonra bu kurallara uygun hareket edilip

72 Uğur YİĞİT, *Bankacılık Suçları*, 8. Bası, Has Matbaacılık, İstanbul 2006, s.15

73 Bağımsız idari otoritelerin yaptırım uygulama yetkisinin yol açtığı hukuki tartışmalar, Anayasanın kuvvetler ayrılığı ilkesi ışığında değerlendirmeler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygunluk açısından incelemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bak. Tan, “*Ekonomi, Regülasyon ve Bağımsız İdari Otoriteler*”, s.29-32

edilmediğini izlemekte ve ihlal halinde yaptırım uygulama yetkisini kullanabilmektedirler. Nitekim yaptırım uygulama yetkisi, bunların özgün niteliklerini en fazla ön plana çıkaran özellikleridir.⁷⁴

Uygulamada yaptırım çeşitleri olarak başta idari para cezası olmak üzere, ihlale son verme,⁷⁵ yetki belgesi iptali,⁷⁶ uygunluk belgesi iptali,⁷⁷ lisans iptali,⁷⁸ ruhsat iptali,⁷⁹ yayın izni iptali,⁸⁰ uyarma,⁸¹ yayın durdurma,⁸² faaliyeti geçici veya sürekli durdurma,⁸³ işyeri kapatma,⁸⁴ bankacılık işlemleri yapma ve/veya mevduat kabul etme iznini kaldırma⁸⁵ gibi yaptırımlar görülmektedir. Bu yaptırımların tümünün ortak özelliği idari yaptırım olmalarıdır. Bağımsız idari otoriteler görev alanlarına giren bir ihlal dahi olsa mahkemeler tarafından verilmesi gereken adli para cezası ya da özgürlüğü bağlayıcı ceza veremezler.⁸⁶

Mevzuatta düzenlenen bazı ayrık hallerde, kendi görev alanlarına giren bir faaliyetin yapılması sırasında suç işlendiğinin öğrenilmesi halinde savcılık tarafından soruşturma veya kovuşturma yapılması, ilgili sektörün düzenleyici ve denetleyicisi olan bağımsız idari otoritenin takdirine bırakılmıştır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 162. maddesine göre “*Bu Kanunda belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, Kurum (BDDK) veya Fon tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır.*” Bu durum, BDDK'nın dolaylı yoldan yaptırım yetkisi olarak nitelendirilebilir.⁸⁷

74 Tan, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s.3-32

75 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.9\1

76 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m.46\3

77 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun m.8\8

78 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu m.11\1\d

79 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu m.46\6

80 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun m.28\6

81 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun m.33\1

82 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun m.33\4

83 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m.46\1\g, h

84 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.150\1

85 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.71

86 Öztürk, a.g.e., s.20

87 Öztürk, a.g.e., s.61

Anayasa'nın "Yargı yolu" madde başlıklı 125. maddesindeki "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmü sonucu, bağımsız idari otoritelerin, uyguladıkları idari yaptırımlar da yargı denetimine tabi olacaktır. Bunlara karşı açılacak davalarda idari yargı yerlerinin görevli olduğu kabul edilmektedir.⁸⁸ 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nda 2004 yılında yapılan bir değişiklikle Danıştay 13. Dairesi kurulmuş ve 4054, 2499, 4628, 3984, 4389⁸⁹, 2813⁹⁰ sayılı Kanunlardan doğan uyumsuzlukları, Danıştay'ın diğer dairelerinin görev alanı dışında kalması halinde, çözümlenmekle görevlendirilmiştir.

iv) Görüş Bildirme Yetkisi

Görüş bildirme yetkileri sonucu, bağımsız idari otoriteler düzenledikleri alanlara ilişkin olarak, devletin organlarına bilgi verme yetkisine de sahiptirler. Bu faaliyet, talep üzerine olabileceği gibi kurum tarafından re'sen de yapılabilir. Danışmanlık faaliyetine benzeyen bu yetkinin kabul ediliş nedeni, düzenleme yetkilerini tam olarak yerine getirebilmeleridir. Bildirilen görüş, çoğu zaman bağlayıcı olmayan bir nitelik taşısa da bağlayıcı nitelik kazandığı durumlar da söz konusudur.⁹¹

Örneğin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 27. maddesinin (g) bendine göre "Rekabet hukuku ile ilgili mevzuatta yapılması gerekli değişiklikler konusunda doğrudan veya Bakanlığın talebi üzerine görüş bildirmek" Rekabet Kurulu'na tanınmış bir yetkidir. 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinde

88 Gözübüyük/Tan, a.g.e., s.724

89 4389 sayılı Bankalar Kanunu, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 168. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve 169. maddesi ile 4389 sayılı Kanuna yapılan atıflar 5411 sayılı Kanuna yapılmış sayılmıştır.

90 2813 sayılı Telsiz Kanunu, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile birlikte Telekomünikasyon Kurumu ve mevzuatı ile ilgili temel mevzuatı teşkil etmekteydi. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile birlikte bu iki kanuna yapılan birçok atıf 65. maddesi gereği 5809 sayılı Kanuna yapılmış sayılmıştır.

91 1998/4 sayılı "Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumu'na Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" in 3. maddesine göre bu maddede gösterilen durumların gerçekleşmesi halinde özelleştirilecek teşebbüs için RK'nın bağlayıcı görüşünün alınması zorunludur.

ise teşebbüslere ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüş bildirme yetkisi söz konusudur.

Rekabet hukukundan başka bir örnek vermek gerekirse, mal veya hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arası rekabet, bu piyasalarda faaliyet gösteren özel teşebbüslerin yanı sıra kamu teşebbüsleri tarafından veya piyasada bizzat faaliyet göstermeyip, ancak piyasayı düzenleme amaçlı müdahalelerde bulunan kamu kuruluşları tarafından bozulabilmektedir. Kamu kuruluşlarının, çoğunlukla kamusal yetki kullanılarak gerçekleştirdiği işlemler sonucu (devlet yardımları, vergi indirimleri, kamu iktisadi teşebbüslerinin ürettiği mal veya hizmetlerin fiyatlarının Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmesi vb.) piyasalarda faaliyet gösteren özel teşebbüsler ile kamu teşebbüsleri arasındaki veya özel teşebbüslerin kendi aralarındaki serbest ve adil rekabet koşulları bu niteliğinden uzaklaşmaktadır. Kamusal yetki kullanılarak yapılan işlemlerin 4054 sayılı Kanunun kapsamına girmemesi sonucu, bunlara karşı RK'nın yaptırım uygulama yetkisi de bulunmamaktadır.⁹²

İşte bu noktada Rekabet Kurulu'nun görevini layıkıyla yerine getirebilmesi için, rekabetin bozulması sonucunda idari para cezası uygulayan "reaktif" işlevinden başka, "proaktif" bir tutum izlemesini gerektiren rekabet savunuculuğu görevi ortaya çıkmıştır.⁹³ Bu görev sonucu Kurul, 4054 sayılı Kanuna aykırı kanunlara, düzenleyici veya bireysel idari işlemlere vb. karşı rekabetin nasıl tesis edileceği ile ilgili görüş bildirmek yoluna giderek, bozulan ekonomik kamu düzeninin eski hale getirilmesini sağlamaya çalışmaktadır.

Kurul'un görüş bildirme yetkisini kullanmasıyla birlikte, bozulan ekonomik kamu düzeninin eski haline getirildiğine de rastlanmaktadır. Nitekim Kurul'un BELKO'ya ilişkin olarak görüş bildirdiği Ankara Va-

92 Kamu teşebbüsleri ile merkezi idare veya yerel idareye dahil kamu kuruluşları, kamu kurumları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bağımsız idari otoritelerin rekabeti bozucu davranışlarına Rekabet Kurulu'nun yaklaşımı, seçilmiş Kurul kararları ve bu davranışlar sonucu oluşan rekabet ihlallerinin önlenmesine yönelik çözüm önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Fatih ÖZKAN, *Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları*, Rekabet Dergisi Cilt:10 Sayı:3, Ankara 2009, s.115-209

93 Aşçıoğlu Öz, a.g.m., s.104

liliği Hıfzıssıhha Kurulu, daha önce yaptığı idari işlemleri geri alarak kömür satışı ve ithalinde BELKO'nun sahip olduğu tekeli ortadan kaldırmıştır.⁹⁴

v) Uyuşmazlık Çözme Yetkisi

Bağımsız idari otoritelerin düzenledikleri alanlara ilişkin sınırlı da olsa bir uyuşmazlık çözme yetkileri bulunmaktadır. Bu yetki daha çok bir uzlaştırma ya da arabuluculuk faaliyetine benzemekte olup, uyuşmazlığın yargı yolu dışında çözülmesini öngörmektedir. Yargı yoluna gidilmesinin hem uzun ve masraflı oluşu, hem de bu kurumların düzenledikleri alana ilişkin sahip olduğu teknik bilginin mahkemelerin sahip olduğu bilgiden çok daha ayrıntılı olması sonucu, uyuşmazlık çözme yetkisinin tanınması isabetlidir.

Mevzuattan bir örnek verilmek gerekirse, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 18. maddesine göre “...Taraflar arasında erişim talebinden itibaren azami iki ay içerisinde anlaşma tesis edilememesi veya mevcut erişim sözleşmesinde bu Kanun kapsamında herhangi bir anlaşmazlık vuku bulması halinde Kurum, taraflardan herhangi birinin başvurusu üzerine, belirleyeceği esaslar çerçevesinde taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işletmeye ve/veya geçici ücretin belirlenmesi de dahil olmak üzere, kamu menfaati açısından gerekli gördüğü diğer tedbirleri alma veya uzlaştırma talebini reddetmeye yetkilidir.”

Bu maddeye göre BTK, elektronik haberleşme hizmeti ve/veya şebekesi sağlayan teşebbüsler arasında erişim anlaşmasının imzalanması hususunda uzlaştırma süreci işleterek, tarafların anlaşamamaları durumunda erişim anlaşmasının koşul ve ücretlerini belirlemeye yetkilidir. Bu durum, BTK'nın uyuşmazlık çözme yetkisinin somut bir göstergesidir.⁹⁵

Sonuç

“Kamu düzeni” pozitif hukukumuzda Anayasanın çeşitli maddelerinde ve birçok yasal metinde kendine yer bulan ve sık kullanılan bir kavramdır. Söz konusu ibarenin sıklıkla kullanılmasına rağmen, kullanıldığı hiçbir yerde tanımlanması yoluna gidilmemiş, bu

94 Rekabet Kurumu (2001), 3.Yıllık Rapor, Ankara, s.45. Ayrıca bkz. “Belko Tekeli Kırılıyor” 05.11.2001 tarihli Sabah gazetesi.

95 Uyuşmazlık çözme yetkisi hakkında başka bir örnek için bak. İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği m. 42 v.d.

kavramın yorumlanması öğretiyeye ve mahkemelere bırakılmıştır. Nitekim öğretideki yazarlar kamu düzeni için çoğu zaman birbirine benzer ifadeler kullanmış, mahkemeler ise konuyu farklı başlıklar altında incelemiştir.

Kolluk faaliyeti, suç veya kabahat gibi kamu düzenini ihlal edici nitelik taşıyan davranışların, girişimlerin izlenmesi ve önlenmesi amacıyla yönelik bir müdahale niteliği taşır. Kolluk faaliyetiyle ya var olan kamu düzeni varlığı devam ettirilerek korunur (“*ex ante*”, öncül müdahale) ya da herhangi bir şekilde ihlal edilmesi halinde tekrar tesis edilerek, eski haline getirilerek (“*ex post*”, ardıl müdahale) korunur.

Ekonomik kamu düzeninin temelini teşkil eden, diğer bir deyişle bu düzeninin işleyişini belirleyen bir ekonomik modellere bakıldığında dünya çapında uygulanmış ve/veya uygulanmakta olan “planlı ekonomi”, “karma ekonomi” ve “serbest piyasa ekonomisi” olmak üzere birbirinden farklı üç temel düzenleme olduğu görülmektedir. Günümüzde ağırlıklı uygulanan serbest piyasa ekonomisi modelinde devletin ekonomideki rolünün niteliği değişime uğramış ve devlet, işletmeci olmak yerine düzenleyici olma eğilimi göstermiştir.

Ancak serbest piyasa ekonomisinin gereği gibi işleyebilmesi için bu düzenin yasakladığı davranışların gerçekleştirilmesinin engellenmesi; gerçekleştirilmiş ise bunun sonucu oluşan piyasa aksaklıklarının düzeltilerek piyasanın eski rekabetçi haline getirilmesi, devletin müdahalesini gerektirmektedir. Bu modelde rekabet olgusunun ve piyasa yapısının korunması gerekliliğinin bir sonucu olarak devlet, iktisadi hayatın düzenlenmesine yönelik hukuk kuralları getirmek suretiyle piyasalara müdahalede bulunmaktadır. Dolayısıyla serbest piyasa ekonomisi beraberinde bir ekonomik düzen getirmiştir.

Türkiye’de ekonomik kamu düzeninin ortaya çıkmasında etkili diğer bir unsur da Avrupa Birliği’ne giriş sürecinde verilen taahhütler olmuştur. 1964 yılında Ankara Antlaşması ile başlayan Türkiye’nin, Avrupa Birliği’ne tam üyeliğini öngören sürecin bir parçası olan Gümrük Birliği’ne girilmesi sonucu fikri mülkiyet haklarının korunduğu, rekabetçi bir düzenin oluşturulması taahhüt edilmiştir. Böylece 1980 yılından itibaren benimsenmeye başlanan serbest piyasa

ekonomisinin öngördüğü ekonomik düzene geçiş, Avrupa Birliği'ne giriş sürecinde daha da hız kazanmış ve özellikle 1990 sonrasında, birçok yeni kurum faaliyete geçirilmiş ve ekonomi buna göre şekillendirilmeye başlanmıştır.

Tüm bunlar kamu güvenliği, kamu esenliği ve kamu sağlığı bileşenlerinden oluşan kamu düzeni kavramına, yeni ve ekonomik bir boyut kazandırmış ve “ekonomik kamu düzeni” adı verilen kavramın ortaya çıkmasına yol açmıştır. Benzer şekilde kamu güvenliği, kamu esenliği ve kamu sağlığını koruma amacını taşıyan kolluk faaliyeti anlayışı da değişime uğramış ve serbest piyasa ekonomisinin öngördüğü ekonomik düzenin korunması ve bu düzeni ihlal edici davranışların cezalandırılması amacına yönelik “ekonomik kolluk faaliyeti” kavramının ortaya çıkışı ve gelişimine neden olmuştur.

Anayasanın hukuk sisteminin temeli olmasının yanında ekonomik düzenin de temelini oluşturması sonucu, devletin ekonomik alandaki müdahalelerinin kaynağı ve temel çerçevesi Anayasa'da belirlenmiştir. Bu bağlamda 1982 Anayasası'nın 167. maddesi açık bir biçimde devlete, ekonomik kamu düzenini sağlamak ve bu düzeni korumak amacıyla müdahalelerde bulunma görev ve yetkisini vermektedir. Ancak Anayasa devlete bu görevi verirken müdahalenin ne şekilde olacağı konusunda ise herhangi bir yol öngörmemiştir.

Türkiye'de devlet, Anayasa ile temel çerçevesi çizilen ekonomik kamu düzenini sağlamak ve korumak üzere piyasalara müdahale etme görev ve yetkisini; her biri ayrı bir piyasayı düzenleyen, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip, hiyerarşi ve idari vesayet denetimine tabi olmayan, uzmanlaşmış personel sahibi, düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama gibi yetkilerle donatılmış “bağımsız idari otorite” (*independent regulatory agencies, autorités administratives indépendantes, Regulierungsbehörden*) adı verilen düzenleyici kurumlar oluşturmak suretiyle kullanmaktadır.

Yapısal ve işlevsel özellikleri itibarıyla kamu ve özel hukuk ayrımını benimseyen Kara Avrupası hukuk sistemine yabancı olan bağımsız idari otoriteler, küreselleşme sürecinde ileri teknolojinin ekonominin hizmetinde en üst düzeyde kullanılmasının doğal

sonucu olarak, ekonomik değişim araçları ile Anglo Amerikan hukuk sisteminin öncelikle Kara Avrupası hukuk sistemine dahil ülkelere ihraç ettiği idarelerdir. Bu tür kuruluşlar Anglo Amerikan hukuk sisteminde çok eski tarihlerden beri görülmektedir.

Bağımsız idari otoriteler, ekonomik alanda yaşanan gelişimlerin ve devletin ekonomik alanda üstlendiği rolün değişiminin bir göstergesidir. Özelleştirme ve serbestleştirme hareketlerinin boş bıraktığı alanların bağımsız idari otoriteler tarafından doldurulduğu kabul edilmektedir. Bağımsız idari otoritelerin gelişim sürecine bakıldığında, ilk ortaya çıkışlarından itibaren sayılarının ve düzenledikleri sektörlerin sürekli arttığı görülmektedir. 1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile Türk hukukunda ilk bağımsız idari otorite olan Sermaye Piyasası Kurulu kurulmuş, daha sonra ise radyo ve televizyon, bankacılık, telekomünikasyon, enerji, şeker, tütün ve alkol gibi piyasaları düzenlemek ve denetlemek üzere bağımsız idari otoritelerin sayıları ve çeşitleri artmıştır.

Ekonomi alanında meydana gelen gelişmelerin çok hızlı olması ve bunun sonucunda piyasalara yapılacak devlet müdahalesinin de ivedilik getirmesi karşısında, ekonomik kolluk faaliyetinde bulunan kurumlara yeterli yetkilerin sağlanması önem kazanmıştır. Bağımsız idari otoritelerin yetkileri, kuruluş kanunlarında gösterilen çok sayıda ve farklı nitelikte olmasına rağmen, düzenleme, inceleme ve denetleme (araştırma ve gözetleme), görüş bildirme, yaptırım uygulama ve uyuşmazlık çözme olarak sınıflandırılabilir. Anayasa ile devlete verilen ekonomik kamu düzenini sağlamak ve korumak üzere piyasalara müdahale etme görevini yerine getirirken söz konusu yetkileri kullanan bağımsız idari otoriteler, ekonomik kolluk faaliyeti gerçekleştirmektedirler.

KAYNAKÇA

AKINCI, Müslüm: “Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu”, Rekabet Dergisi Sayı: 5, Ankara 2001

ARDIYOK, Şahin, et al: Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon Enerji Hukuku Cilt:1, Ekin Kitabevi, İstanbul 2007

AŞÇIOĞLU ÖZ, Gamze: “Rekabet Hukuku ve Poli-

tikası”, Danıştay 137.Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 2005

BAYKAL, Murat: “Hukuk-Ekonomi İlişkisi ve Ekonomi Hukuku Üzerine”, Ankara Barosu Dergisi Yıl: 66 Sayı: 4 Güz, Ankara 2008

ÇİMAT, Ali \ BAHAR, Ozan: “Türkiye’de 1990 Sonrasında Kurulan Ekonomik ve Mali Kurumlar”, Mevzuat Dergisi Yıl: 6, Sayı: 70, Ekim 2003

DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982

GILARDI, Fabrizio: Delegation In the Regulatory State: Independent Regulatory Agencies in Western Europe, Edward Elgar Publishing, Great Britain 2008

GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, 7. Baskı, Bursa 2008

GÖZÜBÜYÜK, Şeref \ TAN, Turgut: İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt: 1, Turhan Kitabevi, Ankara 2004

GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2002

KESSEDJIAN, Catherine: “Public Order In European Law”, Erasmus Law Journal, Vol: 1 No: 1, 2007

KUTLU GÜRSEL, Meltem: “Sermaye Piyasası Kurulu’nun Denetimi”, Danıştay 137.Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 2005

MAJONE, Giandomenico: “The Rise of Regulatory State in Europe”, West European Politics, Vol: 17 No:3, 1994

ÖZKAN, Ahmet Fatih: “Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları”, Rekabet Dergisi Cilt: 10 Sayı: 3, Ankara 2009

ÖZTÜRK, Ebru: Türk İdare Sisteminde Rekabet Kurumu’nun Yeri ve Diğer Bağımsız İdari Otoritelerle Karşılaştırılması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi Sayı: 38, Ankara 2003

TAN, Turgut: “Anayasal Ekonomik Düzen”, Anayasa Yargısı Sayı: 7, Ankara 1990

TAN, Turgut: Bağımsız İdari Otoriteler, Perşembe Konferansları-4, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2000

TAN, Turgut: “Ekonomi, Regülasyon ve Bağımsız İdari Otoriteler”, Danıştay 137.Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 2005

TAN, Turgut: “Ekonomik Düzen ve Anayasa”, Türkiye Barolar Birliği, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Ankara 2001

TAN, Turgut: Ekonomik Kamu Hukuku, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara 1984

TANRIKULU, Ahmet Kenan: Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet Sempozyumu, 5 Mart 2002 Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2002

TÜRK, Hikmet Sami: “Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi Cilt: 13 Sayı: 2, Ankara 1985

ULER, Yıldırım: “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, Anayasa Yargısı Sayı: 15, Ankara 1998

ULUSOY, Ali: “Bağımsız İdari Kurumlar”, Danıştay Dergisi Sayı: 100, Ankara 1999

ULUSOY, Ali: Bağımsız İdari Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara 2003

YİĞİT, Uğur: Bankacılık Suçları, 8.Bası, Has Matbaacılık, İstanbul 2006