

İDARENİN MÜDAHALE ETTİĞİ ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ (BİLEŞİK İRADELİ “BİRLEŞME” SÖZLEŞMELER)

Murat SEZGİNER*

ÖZET

İdari sözleşmeler ve özel hukuk sözleşmeleri şeklinde klasik bir ayırım kabul edilmektedir. Bu sözleşmeler iki farklı kategoride olmalarına rağmen, her iki tip sözleşmede de tarafların irade serbestisi mevcuttur. Ancak idarenin özel hukuk sözleşmelerine müdahaleleri sebebiyle, üçüncü bir sözleşme türünün kabul edilmesi gerekir: idarenin müdahale ettiği özel hukuk sözleşmeleri; (bileşik iradeli sözleşmeler). Bu tip sözleşmelerde idarenin işlemi, özel hukuk sözleşmesinin bir hükmünü oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler :Sözleşme, İdari sözleşme, özel hukuk sözleşmesi, idarenin sözleşmelere müdahalesi, idari işlem, bileşik iradeli sözleşmeler

LES CONTRATS DE DROIT PRIVÉ AUXQUELS L'ADMINISTRATION INTERVIENT; (LES CONTRATS DE VOLONTÉ COMMUNE)

RESUMÉ

C'est une distinction classique qui est acceptée en tant que ; contrat administratif et contrat de droit privé. L'autonomie de la volonté existe dans c'est deux types de contrats qui sont pourtant de nature différente. Mais en raison de l'intervention de l'administration aux contrats de droit privé, on devrait admettre une troisième sorte de contrat ; les contrats de droit privé auxquels l'administration intervient ; (les contrats de volonté commune). Dans ces types de contrats l'acte de l'administration devient une clause du contrat.

Mots-Clés : Contrat, Contrat administratif, contrat de droit privé, l'intervention de l'administration aux contrats, acte administratif, contrats de volonté commune.

* Prof. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD. Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Sözleşmeler, geleneksel olarak *özel hukuk sözleşmeleri* ve *idari sözleşmeler* şeklinde bir ayırıma tabi tutulmakla birlikte; bu ayırımın esasları ile uyuşmayan karma nitelikte sözleşmeler de mevcuttur. Özellikle Düzenleyici ve Denetleyici Kamu Kurumlarının, idare ile özel hukuk kişileri arasındaki veya özel hukuk kişilerinin kendi aralarındaki sözleşmelere müdahale ettiği, hatta bazen mali hükümlerin düzenlenmesine kadar gidebildiği görülmektedir. Bu, geleneksel “*özel hukuk sözleşmeleri - idari sözleşmeler*” şeklindeki ayırım ile çözümlenebilecek nitelikte olmayan; nitelendirilmesinin ayrıca yapılması gereken bir durumdur. Burada sözleşmenin tarafları dışında yer alan bir idare, taraflar arasında hüküm ve sonuç doğuran tek yanlı bir irade açıklamasında bulunmaktadır. Bu irade açıklamasının, idari işlemin tüm özelliklerini taşıdığı ve idare hukuku rejimi içerisinde değerlendirileceği tabidir. O halde, bir özel hukuk sözleşmesinin hükmü niteliğindeki idari işlemler söz konusudur. Bu işlemlerin denetiminin idari yargı yerleri tarafından yapılacağı düşünüldüğünde, özel hukuk sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejimin dışına çıkıldığını söyleyebiliriz. Gerçekten de, idari yargı tarafından iptal edilebilecek idari işlem, aynı zamanda sözleşmenin tarafı durumundaki özel hukuk kişileri bakımından da hüküm ve sonuç doğuracaktır. Bununla birlikte, iki özel hukuk kişisi arasındaki bir sözleşmenin, idari yargı denetimine tabi bir sözleşme hükmü içerse dahi, idari bir sözleşme olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Bu tür sözleşmeleri, taraflar dışında, idarenin iradesini de içerdiğinden “*Birleşme Sözleşmeleri*” şeklinde ifade etmek mümkündür. Bu tür sözleşmelerde, sözleşmenin taraflarının iradesi dışında, sözleşme ilişkisinin dışında bulunan idarenin iradesi de sözleşmenin oluşumuna katılmaktadır. Hiç şüphesiz bu katılım, mevzuata göre, değişik şekillerde, derecede ve nitelikte olabilmektedir.

I. İdari Sözleşme – Özel Hukuk Sözleşmesi Ayırımı¹

İdarenin taraf olduğu sözleşmeler bakımından, idari sözleşme-idarenin özel hukuk sözleşmeleri ayırımının geleneksel olarak yapıldığı ve buna ilişkin esasların da temelde belirlendiği görülmektedir. Bir sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde olduğu, kanun koyucu tarafından açıkça belirlenebileceği gibi, sözleşmenin içeriği değerlendirilmek suretiyle yargı organı tarafından içtihadı olarak da yapılabilir.

¹ Akylmaz, Bahtiyar-Sezginer, Murat-Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, 3. baskı, Seçkin 2012, s.447-457’den Özetlenerek alınmıştır.

1) Kanun koyucu, bir sözleşmenin idari sözleşme olduğunu açıkça ifade edebileceği gibi², sözleşme ile ilgili uyuşmazlıkların çözüleceği yargı düzenine ilişkin bir düzenleme yaparak sözleşmenin niteliğini dolaylı bir şekilde de ifade edebilir. Bu durumda, uyuşmazlık için adli yargı öngörülmüş ise özel hukuk sözleşmesi, idari yargı öngörülmüş ise idari sözleşme söz konusu olacaktır³. Kanun koyucunun sözleşmenin içeriğine ilişkin olarak getirdiği düzenlemelerle de idari sözleşme nitelendirmesi yapabileceği kabul edilir. Bu durumda, sözleşmeyle ilgili getirilen özel hukuku aşan ve kamusal nitelikteki bir kısım hükümlerden hareketle, yargı organı tarafından idari sözleşme nitelmesi yapılmaktadır. Bu durumlar için *kanun tarafından belirleme* veya *kanun tarafından ön belirleme* ya da *kanun etkisiyle idari sözleşme* tanımlamaları yapılmıştır⁴.

2) Yargı organları da idarenin yapmış bulunduğu sözleşmelerin idari ya da özel hukuk sözleşmesi olarak ayrılmasında kullanılacak ölçütler geliştirmiştir. İdari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayırmak için kullanılan ilk ölçüt, *kamu hizmeti amacı* olmuştur. 20. yüzyılın başında, idare hukukunu kamu hizmeti kavramı çerçevesinde sistematize eden yazarlar tarafından savunulan bu anlayış, 1912 yılında bir Conseil d’Etat kararında *özel hukuku aşan hükümler* şartının aranmasına kadar, idari sözleşmeyi niteleyen tek kavram olarak kullanılmıştır⁵. Daha sonra, idari sözleşmenin taraflarına ilişkin yargı tarafından yapılan tespitlerle birlikte, idari sözleşmelerin ölçütleri organik (şekli) ve içeriğe ilişkin (maddi) şartlar olarak sistemleştirilmiştir⁶. Sözleşmenin taraflarının serbest iradeleri ile sözleşmenin niteliğini belirlemeleri ise mümkün görülmemektedir.⁷

² **Guettier**, Christophe, *Droit des Contrats Administratifs*, Themis, Paris 2008, s. 82-83. Nadir görülen bu durumda ilgili olarak verilen örnek, 16 Ekim 1997 tarihli, gençlerin istihdam alanlarının geliştirilmesine ilişkin Kanunla (m. 10), güvenliğe ilişkin bir kanun da yapılan değişikliktir. Buna göre, aktif bir polis memuru yanında güvenlik yardımcısı statüsü ile çalışacak gençler, kamu hukuku sözleşmesi niteliğinde bir ilişki içinde görevlendirebilir.

³ **Laubadère**, André de/**Moderne**, Frank/**Delvolvé**, Pierre, c. I, s. 131; **Guettier**, s. 75.

⁴ **Laubadère/Moderne/Delvolvé**, c. I, s. 131-132.

⁵ **Laubadère/Moderne/Delvolvé**, c. I, s. 146-158.

⁶ **Vedel**, Georges/**Delvolvé**, Pierre, *Droit Administratif*, PUF, c.I, 11.Ed.Paris 1990, s. 374 vd.; **Rougevin-Baville**, Michel/**Denoi De Saint Marc**, Renaud/**Labetoulle**, Daniel, *Leçons de Droit Administratif*, Hachette, Paris 1989, s. 180 vd.

⁷ **Gözler**, Kemal, *İdare Hukuku*, Ekin Kitabevi, c.II, Bursa 2003, s.34-35; D13D, 29.04.2011, E 2008/8235, K 2011/2451: “...*İdari hizmet sözleşmesi niteliğindeki bir sözleşmede uyuşmazlığın görüm ve çözümünün adli yargı mercilerinin görevinde olduğunun belirlenmesi, sözleşmenin hukuki niteliğinin saptanmasında ölçüt olarak kabul edilemez. Zira görevli yargı yerinin belirlenmesi kamu düzenine ilişkin olup taraf iradesiyle değiştirilmesine hukuken*

İdari sözleşme, kamu tüzel kişiliğine sahip veya kamu tüzel kişiliğini kullanma yetkisine sahip kamu kurumları ya da kamu idareleri tarafından yapılabilir. İdare karşısında, sözleşmenin diğer tarafı ise özel hukuk gerçek ya da tüzel kişisidir. Ancak diğer tarafın Fransa’da olduğu gibi tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu veya kamu idaresinin olabileceği de kabul edilmektedir⁸. O halde idari kuruluşlar kendi aralarında özel hukuk sözleşmeleri yapabilecekleri gibi, idari sözleşme de yapabilirler. Özel hukuk kişileri arasında yapılan sözleşmeler kural olarak idari sözleşme şeklinde nitelendirilemez. Ancak Fransa’da Uyuşmazlık Mahkemesi, bayındırlık işi yapmakla görevlendirilmiş ve özel hukuk tüzel kişisi statüsünde oluşturulmuş bir ortaklığın müteahhit ile yaptığı sözleşmeyi idari sözleşme olarak kabul etmiştir⁹. (Société Entreprise Peyrot kararı)¹⁰. Türk hukukunda ise, idare ile imtiyaz sözleşmesi, yani idari bir sözleşme yapmış olan bir özel hukuk kişinin; üstlendiği kamu hizmetinin yapılması için bile olsa; diğer bir özel kişi ile yapmış olduğu sözleşme, idari sözleşme değildir. Yine özel kişiler arasında yapılan bir sözleşmede, sözleşmenin konusunu oluşturan işleme ilişkin ücretin idare tarafından belirlenmesi veya idarenin özel kişilerden birinin yerine geçmesi, o sözleşmeye idari sözleşme niteliği kazandırmaz.

Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, aranan ikinci şart, konusunun, kamu hizmetinin görülmesi, yürütülmesi, yerine getirilmesi olmasıdır. Nitekim idarenin kamu hizmetleri ile ilgili bazı araç ve gereci sağlamak ya da bazı işleri yaptırmak için yaptığı sözleşmeler idari sözleşme değil; idarenin özel hukuk sözleşmesi sayılır. Bu nedenle idari sözleşmede, karşı taraf “kamu görevinin görülmesine katılmalı”dır. Örneğin tipik bir idari sözleşme olan imtiyaz sözleşmelerinde karşı taraf bizzat hizmeti görür veya hizmetin görülmesine katılır. Bir kişinin kamu hizmetinden yararlanmasını sağlayan sözleşmeler de idari sözleşme sayılmaz. Mahkeme içtihatları, iktisadi kamu hizmetlerinden yararlanmayı sağlayan abonman sözleşmelerini, aslında idarenin üstün yetkilerine ve ayrıcalıklarına dayanılarak yapıldıkları halde idari sözleşme saymamıştır.

Bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilmesi için, özel hukuk sözleşmelerinde bulunması mümkün olmayan, bir takım üstün hak ve yetkilerin idareye tanınması gerekir. Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar eşit koşullar

olanak bulunmamaktadır.”

⁸ **Duran**, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 431.

⁹ **Giritli**, İsmet/**Bilgen**, Pertev/**Akgüner**, Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, 3.Baskı, İstanbul 2009, s. 1017; **Vedel/Delvolvé**, s. 378; **Leclercq**, Claude/**Chaminade**, André, Droit Administratif, Litec, Paris 1992, s. 436.

¹⁰ **Long**, Marceau/**Weil**, Prosper/**Braibant**, Guy/**Delvolvé**, Pierre/**Genevois**, Bruno, Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, Dalloz, Paris 1999, s. 603.

altında ve hür iradeleri ile karşılıklı yarar sağlayacak biçimde sözleşme yaparlar. Bu nedenle de sözleşmenin tarafları eşit veya dengeli yükümlülükler ve borçlar yüklenirler. İdari sözleşmede ise, kamu yararı ile kişisel yarar karşı karşıyadır. Kamu yararı kişisel yarardan daima üstündür. Asla eşit olamaz. Bu bakımdan kamu yararının temsilcisi olan idare; kamu yararını gözetebilmek ve koruyabilmek için kişisel yararı temsil eden kişiye göre özel hukuk sözleşmelerinde herhangi bir tarafa tanınmayan bazı ayrıcalıklara ve üstün yetkilere sahip kılınmıştır¹¹. İdareye tanınan bu üstünlük ya kanunlarda yer alan bir hükme ya da kamu hukukunun ilkelerine dayanır. Bu sebeplerden dolayı idari sözleşmeler özel hukuk kurallarından farklı bir hukuki rejime tabidirler. 1910 yılında kamu hizmeti kavramı ile idari sözleşmeyi belirlemeye çalışan karardan hemen sonra, CE, idari sözleşmelerde *özel hukuku aşan hükümler* şartını arayan bir başka karar vermiştir. (Société des Granits Porphyroides des Vosges kararı)¹². *Özel hukuku aşan hükümler*; sözleşmenin tarafı durumundaki idareye, ayrıcalıklı bir kısım yetkilerin verilmesini ifade etmektedir. Tamamen özel hukuk kişileri arasındaki sözleşme hükümleri mevcut ise ortada bir idari sözleşme yoktur. CE, 1973 yılında verdiği bir kararla, *özel hukuku aşan hükümler* kavramını *özel hukuku aşan rejim* kavramı şeklinde geliştirmiştir. (Société d’Exploitation Électrique de la Riviere du Sant kararı)¹³. Fransız elektrik idaresinin özel bir elektrik üreticisinden elektrik almasını zorunlu kılan bir kararname dolayısıyla, İdare ile şirket arasındaki sözleşmeyi idari sözleşme olarak değerlendirmiştir. Burada, ne kamu hizmeti ne de sözleşme içinde *özel hukuku aşan hükümler* söz konusu olmamasına rağmen, sözleşme dışındaki düzenleyici işlemlerden gelen özel hükümler (elektrik satın alınması mecburiyeti, bazı uyuşmazlıkları çözme yetkisinin bakana verilmesi) sebebiyle *özel hukuku aşan rejim* kavramı söz konusudur¹⁴. *Özel hukuku aşan hükümler* ile *özel hukuku aşan rejim* arasındaki farklılık, ikincisinde *özel hukuku aşan* kuralların sözleşme içinde değil, sözleşme için zorunlu bir çerçeve oluşturan önceden düzenlenmiş kurallar içinde bulunmasından kaynaklanmaktadır¹⁵.

II. Üçüncü Kategori: Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler

Sözleşmenin tarafları dışında yer alan bir idarenin, kamu gücü kullanmak suretiyle, idari işlemler yoluyla, sözleşmelere müdahale etmesi, sözleşme

¹¹ Danıştay 10 D, 29.04.1993, E 1991/1, K 1993/1752, DD, 1994, sy. 88, s. 465.

¹² Long/Weil/Braibant/Delvolvé/Genevois, s. 154.

¹³ Laubadère/Moderne/Delvolvé, c. I, s. 158.

¹⁴ Laubadère/Moderne/Delvolvé, c. I, s. 159.

¹⁵ Rougevin-Baville/Denoix De Saint Marc/Labetoulle, s. 184.

hükümleri ihdas etmesi veya değiştirmesi söz konusu olabilmektedir.¹⁶ Geleneksel ayırım ile çözümlenemeyecek bu tür sözleşmeler, çoğunlukla iki özel hukuk kişisi arasında söz konusu olmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği gibi, idari sözleşmeler bakımından aranan ilk kriter, taraflardan birinin idare olmasıdır. Özellikle Türk Hukuku bakımından bu husus, istisnasız bir şekilde aranmaktadır. O halde, iki özel hukuk kişisi arasındaki sözleşme, idari sözleşme değildir.

Taraflardan birinin idare olduğu özel hukuk sözleşmelerinde de, bir başka idarenin sözleşmeye müdahale etmesi söz konusu olabilir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine tabi olarak yapılan ihaleler sonrası akdedilen sözleşmeler, bu konuda örnek olarak verilebilir. Bu tür sözleşmeler, taraflardan biri idare olmasına karşın, özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen sözleşmelerdir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 5. maddesine göre, *“Bu Kanunun uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanır./ İdarelerce yapılacak sözleşmeler Tip Sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir. Mal ve hizmet alımlarında, Kurumun uygun görüşü alınmak kaydıyla istekliler tarafından hazırlanması mutlak olan sözleşmeler kullanılabilir.”* Bu hüküm uyarınca, Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan tip sözleşmeler esas alınarak taraflar arasında ihale konusu işe ait sözleşmeler imzalanır. Sözleşmenin taraflarından başlayarak tüm hükümleri tek taraflı olarak Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanır. Sözleşmenin tarafı olan idare tarafından, sadece, bırakılmış bulunan boşluklar doldurulabilir. Boşluk bırakılmamış sözleşme hükümleri idare ve istekli için uyulması zorunlu hükümlerdir ve her iki tarafça değiştirilemez. Bu hükümler, genel düzenleyici idari işlem mahiyetindedir.¹⁷ Tip Sözleşmelerde yer alan hükümler, doğrudan mali hüküm niteliğinde olmamakla birlikte, dolaylı olarak taraflar arasındaki mali ilişkiyi de etkilemektedir. Mesela gecikme cezalarındaki alt ve üst sınırlar, Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenmektedir. Bu sınırlar dışında, tarafların serbest iradeleri ile bir oran belirlemeleri mümkün değildir.

¹⁶ Devletin özel hukuk sözleşmelerine müdahalesi, aslında yeni bir husus değildir. Özellikle Birinci Dünya savaşı sonrasında, Devletin sözleşmelere müdahalesinin, özel hukuk sözleşmelerinde irade serbestisi ve özel hukuk sözleşmelerinin karakteristik özellikleri üzerindeki yansımaları tartışma yaratmıştır. Özellikle iş hayatına ilişkin sözleşmelerde bu müdahaleler en üst düzeyde görülmüştür. Bu sebeple de sözleşmelerin değişiminden söz edilmiş ve bu çerçevede “sözleşmenin kamusallaşması” (publicisation du contrat) veya “yönlendirilmiş sözleşme” (contrat dirigé) ifadelerinin kullanımı söz konusu olmuştur. Bk. **Laubadère/Moderne/Delvolvé**, c. I, s.22-23. Bununla birlikte, günümüzdeki düzenleyici denetleyici kamu kurumlarının sözleşmelere müdahalesi, sosyal devlet anlayışı içinde, geçmişte sözleşmelere yapılan müdahaleleri oldukça aşmış ve yeni bir tanımlama yapma ihtiyacı doğurmuştur.

¹⁷ **Akyılmaz/Sezginer./Kaya**, s.481.

Birleşme sözleşmeler bakımından asıl çarpıcı örnekler, iki özel hukuk kişisi arasındaki sözleşmede, sözleşme konusu işin yürütülmesine ilişkin esasların yanında, mali hükümlerin, karşılıklı edimlerin de, idare tarafından belirlendiği sözleşmelerdir. Özellikle telekomünikasyon ve enerji sektöründe görülen bu sözleşmeler, idarenin özel hukuk sözleşmelerine yaptığı müdahaleyi çarpıcı şekilde ortaya koymaktadır. Gerek sektörde faaliyet gösteren şirketlerin kendi aralarında ve gerekse doğrudan hizmet alan müşteriler ile imzalanan sözleşmelerdeki mali hükümler (alınacak ücret, ücretin paylaşımı gibi) sözleşmenin tarafı olmayan bir idare tarafından tek yanlı olarak belirlenebilmektedir. Bu husus, idari sözleşmeler bakımından dahi söz konusu olmayan bir sınırlamayı ifade eder. Gerçekten de idari sözleşmelerde, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin esaslar tek yanlı olarak idare tarafından belirlenir ve sözleşmenin yürütülmesi sırasında, bu hükümler, idare tarafından tek yanlı olarak değiştirilebilir. Bununla birlikte sözleşmenin mali hükümleri müzakere ile oluşturulur ve karşılıklı iradelerin uyumu ile hüküm ve sonuç ifade ettiğinden akdi niteliktedir. Bu sebeple de mali hükümler, idare tarafından tek yanlı olarak değiştirilemez. Bu çerçevede, “sözleşmecinin ücreti, sözleşmeciye sağlanan avans, kredi teminatı, tekel hakkı, bazı vergi, resim ve harçlardan muafiyet gibi mali hükümleri akdi niteliktedir; dolayısıyla idare tarafından tek yanlı olarak değiştirilemezler.”¹⁸ Nitekim Danıştay, imtiyaz sözleşmesindeki mali hükmün idare tarafından tek yanlı olarak değiştirilmesini hukuka aykırı bulmuştur.¹⁹ Oysa birleşme sözleşmelerde, idari sözleşmelerde dahi müzakere yolu ile belirlenen mali hükümler, sözleşmenin taraflarının iradesini değil, sözleşme ilişkisi dışındaki idarenin iradesini yansıtır.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun “Kurumun Görev ve Yetkileri” başlıklı 6/j maddesine göre, “Kullanıcılar ve erişim kapsamında diğer işletmecilere uygulanacak tarifelere, sözleşme hükümlerine, teknik hususlara ve görev alanına giren diğer konulara ilişkin genel kriterler ile uygulama usul ve esaslarını belirlemek, tarifeleri onaylamak, tarifelerin denetlenmesine ilişkin düzenlemeleri yapmak” ve 6/k maddesine göre “İşletmeciler tarafından hazırlanan referans erişim tekliflerini onaylamak” Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun yetkisindedir. Bu Kanun kapsamında, işletmeciler²⁰ ile

¹⁸ Gözler, c.II, s.137.

¹⁹ Danıştay 13 D, 27.02.2008, E 2007/1622, K 2008/2776 (Yayınlanmamıştır).

²⁰ “İşletmeci: Yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirket.” (5809 sayılı Kanun md.3/1-z)

aboneler²¹ arasındaki abonelik sözleşmeleri²²; işletmelerin kendi aralarındaki ara bağlantı sözleşmeleri²³ özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilir. Bu sözleşmelere ilişkin olarak tarifelerin²⁴ ve referans erişim²⁵ tekliflerinin onaylanması, taraflar arasında erişim talebine rağmen anlaşma sağlanamaması veya anlaşmanın uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek uyumsuzluklarda erişim anlaşması hükümlerinin (ücret dahil) resen düzenlenmesi yetkileri, aslında söz konusu sözleşmelerin, idarenin açıkça müdahale ettiği, birleşme sözleşmeler olduğunu ortaya koymaktadır.

İşletmeciler ile aboneler arasında geçerli olan tarifeler, esasında işletmeciler tarafından serbestçe belirlenmekle beraber, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun onayı ile birlikte geçerlilik kazanmaktadır. Bu tarifeler Kurum onayını müteakip ilan edilmekte, tarafları bağlamaktadır. 5809 sayılı Kanunun "*Tarifelerin Düzenlenmesi*" başlıklı 13/b ve c maddesine göre, "*İşletmecinin ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip olduğunun belirlenmesi halinde Kurum, tarifelerin onaylanması, izlenmesi ve denetlenmesine ilişkin yöntemleri ve tarifelerin alt ve üst sınırları ile bunların uygulama usul ve esaslarını belirleyebilir. İşletmecinin ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip olduğunun belirlenmesi halinde; Kurum, fiyat sıkıştırması, yıkıcı fiyatlandırma gibi rekabeti engelleyici tarifelerin önlenmesi için gerekli düzenlemeleri yapar ve uygulamaları denetler.*" 12.11.2009 tarih ve 27404 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Tarife Yönetmeliği de, tarifeler konusunda Kurumun yetkilerini ayrıntıları ile düzenlemiştir. Yönetmeliğin 6. maddesine göre, "*Kurum, ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere tarife düzenlemelerine tabi olma yükümlülüğü getirmeye yetkilidir. Bu işletmecilerin tarifeleri; hizmetin sunulduğu pazarın yapısı, pazardaki rekabet koşulları ve tüketici menfaatleri dikkate alınarak aşağıdaki yöntemlerden biri veya*

²¹ "*Abone: Bir işletmeci ile elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna yönelik olarak yapılan bir sözleşmeye taraf olan gerçek ya da tüzel kişi*" (5809 sayılı Kanun md.3/1-a)

²² "*Abonelik sözleşmesi: İşletmeci ile abone arasında akdedilen ve işletmecinin bir bedel karşılığında dönemselsel ya da sürekli olarak bir hizmeti yerine getirmeyi veya mal teminini üstlenmediği ya da her ikisini birden kapsayan sözleşme.*" (5809 sayılı Kanun md.3/1-b)

²³ "*Ara bağlantı: Bir işletmecinin kullanıcılarının aynı veya diğer bir işletmecinin kullanıcılarıyla irtibatının veya başka bir işletmeci tarafından sunulan hizmetlere erişiminin sağlanmasını teminen, aynı veya farklı bir işletmeci tarafından kullanılan elektronik haberleşme şebekelerinin birbirlerine fiziksel ve mantıksal olarak bağlantısı.*" (5809 sayılı Kanun md.3/1-e)

²⁴ "*Tarife: İşletmecilerin, elektronik haberleşme hizmetinin sunulması karşılığında kullanıcılardan farklı adlar altında alabilecekleri ücretleri içeren cetvel.*" (5809 sayılı Kanun md.3/1-nn)

²⁵ "*Erişim: Bu Kanunda belirtilen koşullarla, elektronik haberleşme şebekesi, alt yapısı ve/veya hizmetlerinin, diğer işletmecilere sunulması.*" (5809 sayılı Kanun md.3/1-ö)

birkaçı çerçevesinde düzenlenir. a) Tarifelerin bildirim usulüne tabi olması, b) Tarifelere Kurumca belirlenecek usul ve esaslar kapsamında alt ve/veya üst sınır getirilmesi, c) Tarifelerin maliyet esaslı yöntemle göre onaylanması, ç) Tarifelerin tavan fiyat yöntemine göre onaylanması.” Bu düzenlemeler, Kurumun, tarifeler üzerindeki yetkilerini ortaya koymaktadır. Tarifelere alt ve üst sınırlar getirilmek suretiyle müdahale edilmesi, tarifelerin Kurum tarafından onaylanmadıkça yürürlüğe girememesi gibi hususlar, Tarifelerin esasında Kurumun iradesini yansıtan bir idari işlem olarak kabulünü de beraberinde getirmektedir. Abonelik sözleşmesinin tarafları arasında geçerli olacak ücretlendirme tarifesi, esasında, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun bir işlemi niteliğinde olup, idari yargının denetimine tabi bir idari işlemdir. Bunun sonucu olarak da, sözleşmenin tarafları arasında, adli yargı önünde tartışılabilir nitelikte bir uyuşmazlığa konu olamaz. Nitekim tarife içinde yer alan sabit ücrete ilişkin, abone ile işletmeci arasındaki uyuşmazlıkta, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun kararı şu şekilde olmuştur;

“...5809 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulama alanı bulunduğu, dava ve uyuşmazlığa konu sabit ücretin davacı işletmeci tarafından, Kurum onayı ile belirlenen “Tarifeler” çerçevesinde tespit edildiği, bu tarifelerin Kurum’un sektörle ilgili işlemi olmakla bunlara karşı Danıştay’da ilk derece mahkemesi sıfatıyla dava açılıp; bu mahkemece karara bağlanabileceği, tarifenin onaylanmasına ilişkin işlem bu yolla iptal edilmedikçe sabit ücretin belirlenen esaslar dahilinde alınmasına devam olunacağı; dosyaya yansıyan böyle bir iptal kararı da mevcut olmadığına göre Türk Telekomünikasyon AŞ tarafından belirlenen ve Telekomünikasyon Kurumu tarafından onaylanan tarife uyarınca alınan sabit ücretin, yasal bir uygulama olduğu; Danıştay tarafından iptal edilmediği sürece sabit ücretin tarifede belirlenen miktar üzerinden alınmasında kanuna aykırı bir husus bulunmadığı, her türlü duraksamadan uzaktır. /Öte yandan, taraflar arasındaki sözleşmenin haksız şart içerdiğinin kabulü için herhangi bir yasal denetim yolu açık olmayan bir hükmün sözleşmeye konulmuş olması gerekir. Oysa 5809 Kanun ile sözleşmelerin düzenlenmesinin usul ve esaslarını belirleme görevini dahi Kurum’a vermiş ve ayrıca somut olaydaki gibi sabit ücrete ilişkin hükümlerin tarifelerle belirleneceğini, bu tarifelerin de Kurum’ca onaylanacağını belirlemiş; bununla yetinmeyerek bu tarifelere karşı dava yolunu da düzenlemiştir. Kurumun onay işlemine karşı dava açılmamış veya açılıp ta reddedilmiş olması durumunda

tarife kanuna uygun olmakla buna dayanılarak sözleşmede yer verilen sabit ücrete ilişkin miktarın haksız şart olarak kabulü de olanaklı değildir.”²⁶

Görüldüğü üzere, taraflar arasındaki sözleşme özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesine rağmen, sözleşme konusu ücrete ilişkin uyuşmazlık, adli yargı önünde tartışılmamaktadır. Zira uyuşmazlık konusu sözleşme hükmü, esasında taraflar dışındaki bir idari makamın idari işlemidir. Bu işlemin idari yargı denetimine tabi olduğu ise açıktır. Dolayısıyla özel hukuk rejimi içinde kabul edilen bir sözleşmenin, üstelik ücrete, mali konulara ilişkin bir hükmü, idari yargı denetimine tabi olmaktadır. İdari yargı organı tarafından bu hükmün iptali durumunda ise iptal kararı, sözleşmenin tarafları arasında sonuç doğuracaktır.

İşletmeciler arasındaki sözleşmeler konusunda da Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun etkin bir rol oynadığı, ticari işletmeler arasında geçerli olacak mali hükümler getirebildiği görülmektedir. Özellikle, işletmeciler arasında erişim, elektronik haberleşme şebekesi, alt yapısı ve/veya hizmetlerinin, diğer işletmecilere sunulması, konusunda Kurumun yetkileri oldukça ileri düzeydedir. 5809 sayılı Kanunun “Erişim Yükümlülüğü” başlıklı 16. maddesine göre;

*“Erişim yükümlülükleri ve yükümlülüğün kapsamı Kurum tarafından belirlenir. Kurum; bir işletmecinin diğer bir işletmecinin bu Kanunun 15 inci maddesinde belirtilen hususlarda erişimine izin vermemesinin veya aynı sonucu doğuracak şekilde erişim için makul olmayan süre ve şartlar ileri sürmesinin, rekabet ortamının oluşumunu engelleyeceğine veya ortaya çıkacak durumun, son kullanıcıların aleyhine olacağına karar vermesi halinde, söz konusu işletmeciye diğer işletmecilerin erişim taleplerini kabul etme yükümlülüğü getirebilir./ (2) Bu Kanun uyarınca, tüm işletmeciler, talep gelmesi halinde birbirleriyle arabağlantı müzakerelerinde bulunmakla yükümlüdürler. **Tarafların anlaşamamaları halinde Kurum, işletmecilere arabağlantı sağlama yükümlülüğü getirebilir./**(3) Kurum, erişim ve arabağlantı yükümlülüklerini, bu Kanunun 4 üncü maddesinde belirtilen ilkeleri göz önünde bulundurarak kamu menfaati açısından gerekli gördüğü*

²⁶ Yargıtay HGK, 13.10.2010 tarih ve E.2010/13-406, K.2010/503 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde diğer kararlar için Bkz. Yargıtay 13. HD, 18.12.2008 tarih ve E.2008/11001, K.2008/15063; Yargıtay HGK 13.05.2009 tarih ve E.2009/13-122, K.2009/189; Yargıtay 13. HD, 20.05.2009 tarih ve E.2009/733, K.2009/6925.

*hallerde, yapacağı düzenlemelerle sınırlandırabilir./(4) Kurum, tüm erişim anlaşmalarının bu Kanunun amaç ve kapsamına, rekabetin ve tüketici haklarının korunmasına ve şebekelerin bütünlüğü ve birlikte çalışılabilirliği ile hizmetlerin karşılıklı işletilebilirliğine uygun olarak tesis edilmesine ve uygulanmasına yönelik düzenlemeleri yapar./(5) Kurum, erişim yükümlüsü işletmecilere, diğer işletmecilerin makul erişim taleplerini, bu Kanun hükümleri çerçevesinde karşılamalarına yönelik olarak eşitlik, ayırım gözetmeme, şeffaflık, açıklık, **maliyet ve makul kâra dayalı olma yükümlülükleri ile erişim hizmetlerini kendi ortaklarına, iştiraklerine veya ortaklıklarına sağladıkları ile aynı koşul ve kalitede sunma yükümlülüğü getirebilir.**”*

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, işletmecilere erişim yükümlülüğü getirirken, erişim şartlarını ve hatta ücretini dahi belirleyebilmektedir. Aynı şekilde, tesislerin ortak kullanımı ve bunun ücreti konusunda da Kurum’un yetkili olduğu görülmektedir. 5809 sayılı Kanunun 17/2. maddesine göre, “Kurum, işletmecilere kendi tesislerinde, diğer işletmecilerin ekipmanları için **maliyet esaslı bir bedel karşılığında, başta fiziksel ortak yerleşim olmak üzere her türlü ortak yerleşim sağlama yükümlülüğü getirebilir. Kurumca öngörülmesine rağmen işletmecilerin ortak yerleşim tarifelerini maliyet esaslı belirlememesi ve bu durumun tespit edilmesi halinde, Kurum ortak yerleşim tarifelerini; maliyetleri, uluslararası uygulamaları ve/veya rayiç bedelleri uygun olduğu ölçüde dikkate alarak belirler.**”

İşletmeciler arasında erişimden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da Kurumun oldukça ileri düzeyde yetkileri vardır. Şöyle ki; taraflar arasında bir anlaşma olmaması durumunda veya mevcut erişim sözleşmenin uygulanması sırasında bir anlaşmazlık olduğunda, Kurum uzlaştırma prosedürünü işletebilir ve bu arada taraflar arasındaki ücreti de geçici olarak belirler. Ancak uzlaştırma prosedürü sonucunda taraflar arasında anlaşma sağlanamazsa Kurum, ücret dahil taraflar arasında geçerli olacak hükümleri tek yanlı olarak belirler. Kanunun “Erişim anlaşmaları ve uzlaşmazlıkların çözümü” başlıklı 18. maddesine göre;

“(1) Erişim anlaşmaları taraflar arasında ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmamak kaydıyla serbestçe müzakere edilerek imzalanır. 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 almaya** veya uzlaştırma talebini reddetmeye **yetkilidir.** / (2) Kurum, uzlaştırma sürecinde tarafların anlaşamaması halinde, erişim anlaşmasının anlaşmazlık konusu olan **hüküm, koşul ve ücretlerini, belirlenen istisnai haller hariç olmak üzere iki ay içerisinde belirlemeye yetkilidir.** Belirlenen hüküm, koşul ve ücretlerin işletmeciler tarafından, mevzuat ve Kurum düzenlemeleri çerçevesinde aksi kararlaştırılıncaya kadar uygulanmasına devam olunur. / (3) Erişim anlaşmaları imzalanmasını müteakip Kuruma sunulur. Kurum ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırılık hallerinde işletmecilerden anlaşmalarda değişiklik yapılmasını ister. **İşletmeciler Kurumun değişiklik isteğini yerine getirmekle yükümlüdür.**”*

İşletmeciler, hangi şartlarda erişim sağlayacaklarına ilişkin referans erişim tekliflerini hazırlamakla yükümlendirilebilir ve bu teklifler Kurum tarafından onaylanarak ilan edilir. Kurum, tekliflerde değişiklik yapılmasını isteyebilir; istenilen değişiklik yapılmadığı takdirde Kurum, tek yanlı olarak teklifte değişiklik yapabilir. Kanunun “Referans erişim teklifi” başlıklı 19. maddesine göre;

*“(1) Kurum, erişim yükümlüsü işletmecilere referans erişim teklifi hazırlama yükümlülüğü getirebilir. Kurum tarafından referans erişim teklifi hazırlama yükümlülüğü getirilen işletmeciler, bu yükümlülüğün getirildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde söz konusu **teklifleri Kurumun onayına sunmakla yükümlüdürler.** / (2) Kurum, bu Kanunun 4 üncü maddesindeki ilkeleri göz önünde bulundurarak, referans erişim tekliflerinde **gerekli değişikliklerin yapılmasını işletmecilerden isteyebilir.** İşletmeciler, Kurumun istediği değişiklikleri belirtilen biçimde ve verilen sürede yerine getirmekle yükümlüdürler. Verilen süre içerisinde Kurumun istediği değişikliklerin yapılmaması halinde, **Kurum bu değişiklikleri re’sen yapabilir.** / (3) Kurum uygun gördüğü teklifleri onaylar. İşletmeciler, Kurum tarafından onaylanan referans erişim tekliflerini yayımlamakla ve Kurum tarafından onaylanan referans erişim tekliflerindeki şartlarla erişim sağlamakla yükümlüdürler.”*

Referans erişim teklifleri, sonradan taraflar arasında imzalanacak olan erişim ve ara bağlantı sözleşmelerinde yer alacak hükümleri ihtiva etmektedir. Bu yönüyle referans erişim teklifleri adeta bir sözleşme tasarısı hükmündedir. Mevzuata göre bu teklif erişim yükümlüsü işletmeci tarafından hazırlanmakta ve tarifelerde olduğu gibi Kurum tarafından onaylanmaktadır. Ancak Kurum, onayın ötesinde, teklifte değişiklik yapılmasını isteyebilmekte; hatta bu değişikliklerin yapılmaması durumunda tek yanlı olarak, re’sen kendisi yapabilmektedir. Bu teklifler, Kurumun ve işletmecinin internet sitesinde yayınlanmaktadır. Böylece diğer işletmeciler, yayınlanan bu referans erişim tekliflerine uygun olarak kendisi ile sözleşme kurulmasını talep edebilmekte, kabul edilmediği durumlarda da Kurum’a başvurarak bu sözleşmenin idare tarafından tek yanlı olarak kurulmasını sağlayabilmektedir. Bu niteliği ile referans erişim teklifleri de idarenin iradesini yansıtan bir idari işlem niteliğindedir ve idari yargı önünde dava konusu edilebilir. Referans erişim tekliflerinin işletmeci tarafından hazırlanması, bu işlemin onayı müteakip idari işlem olarak kabul edilmesine engel değildir. Asıl olan, işlem bakımından kurucu unsur olan, idarenin iradesidir²⁷.

Referans erişim tekliflerine göre işletmeciler arasında imzalanan ara bağlantı ve erişim sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmekle birlikte, bu sözleşmeler, idarenin doğrudan müdahale ettiği, hükümlerini idari işlem olarak ortaya koyduğu, idarenin iradesinin de sözleşmede kurucu irade olarak ortaya çıktığı bir sözleşme olduğundan, birleşme sözleşme olarak kabul edilmelidir.

Referans erişim teklifleri, Kurum tarafından onaylanarak yayınlanır ve teklifi hazırlayan erişim yükümlüsü işletmeye karşı başvurabilecek herkes bakımından uygulanabilir niteliktedir. Bu yönüyle referans erişim tekliflerinin genel düzenleyici bir işlem özelliğine sahip olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, erişim yükümlüsü olan şirket bakımından aslında birel nitelikte bir işlem söz konusudur. Aşağıda ayrıca ele alınacağı üzere, bu tür işlemler idare hukuku öğretisinde genel düzenleyici işlem olarak değil, genel karar olarak

²⁷ Benzer durum, 4734 sayılı Kanunda teknik şartnamelerle ilgili olarak da söz konusudur. Kanunun 12. maddesine göre, teknik şartnamelerin idare dışında özel hukuk kişilerine hazırlatılması da mümkündür. Bununla birlikte hazırlanan teknik şartname idare tarafından benimsendiğinde, idarenin işlemi sayılır. Özel kişi tarafından hazırlanan metin, sadece bir hazırlık safhası, usuli safha olarak değerlendirileceğinden (Aynı referans erişim teklifi taslağında olduğu gibi) dava konusu edilemeyecek bir işlemdir. 4734 sayılı Kanunun 12. Maddesine göre; “...Ancak, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özelliği nedeniyle idarelerce hazırlanmasının mümkün olmadığı ihale yetkilisi tarafından onaylanması kaydıyla, **teknik şartnameler bu Kanun hükümlerine göre hazırlattırılabilir.**”

adlandırılmaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere, 4734 sayılı Kanuna göre yapılan ihaleler bakımından geçerli olan ve Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan tip sözleşmeler düzenleyici işlem mahiyetindedir. Zira bu düzenlemelerin kapsamına girecek olan taraflar önceden belli değildir ve bu yönüyle tam anlamıyla bir genel düzenleyici işlem söz konusudur. Referans erişim teklifleri bakımından ise bundan farklı bir durumun bulunduğu, en azından belli bir işletmeciye yükümlülük getiren ve bu işletmeci bakımından birel niteliği tartışmasız olan bir işlemin söz konusu olduğu söylenebilir. Bu tespit özellikle, referans erişim tekliflerinin idari yargı tarafından iptali durumunda, bu iptal kararının etkileri bakımından önemlidir.

Elektronik haberleşme sektöründe, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun, özel hukuk kişileri arasındaki sözleşme ilişkilerine müdahale etmesi yetkisini veren 5809 sayılı Kanun hükümlerinin, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı bulunmadığını da ifade etmek gerekir.²⁸

²⁸ Anayasa Mahkemesi, 02.06.2011 tarih ve E.2008/115, K.2011/86 (17.03.2012 tarih ve 28236 sayılı RG). Anayasa Mahkemesi, kararında “genel açıklama” başlığı altında, düzenleyici denetleyici kamu kurumlarının işlevi üzerinde açıklamalarda da bulunmuştur. Buna göre, “*Toplumsal yaşamda önemli bir yere sahip olan, özellikle kamu hizmeti niteliği taşıyan ve doğal tekel olan ya da gelişen teknolojiyle doğal tekel özellikleri zayıflamış olsa dahi mevcut firmanın hâkim durumunu sürdürebileceği sektörlerin yer aldığı piyasalarda, serbest rekabet koşulları kendiliğinden oluşmamaktadır. Bu tür piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüsler serbestçe rekabet içinde bulunmak yerine, tekel haline gelme çabası içinde olabilmektedir. Bu nedenle, toplumun günlük yaşamında önemli bir yere sahip olan ve teknolojik gelişmelerin hızlı bir şekilde yaşandığı enerji, gaz, su ve haberleşme gibi mal ve hizmetlerin üretildiği piyasaların, devletin herhangi bir müdahalesi olmaksızın pazar koşullarına terk edilmesi, bu piyasalarda aksaklıklara yol açması nedeniyle kabul edilmemektedir. Bu nedenle devletler; bu piyasaların işleyişine çeşitli vasıtalarla ve belirli sınırlar içinde müdahale etmektedir. Devletlerin bu piyasalara müdahalesi, bazı sektörlerin kamu tarafından tekel olarak işletilmesi ya da bu sektörlerdeki özel işletmelerin regülasyonu şeklinde olmaktadır. /Bu sektörlerin devlet tarafından tekel olarak işletilmesinin, istenilen verimi ve toplumsal refaha beklenen katkıyı sağlayamaması gibi nedenlerle, devletin özelleştirme ve serbestleştirme yolu ile bu piyasalardan çekilmesi ile tekelci özellik gösteren bu piyasalardaki devletçi politikalar; yerini düzenlenmiş piyasalara bırakmakta ve bu alanlar; faaliyet gösterdikleri sektörlerin siyasi-idari etkilerden uzak, objektif, şeffaf ve öngörülebilir kurallar ile çalışmasını sağlamak amacıyla kurulan bağımsız düzenleyici kurumlar tarafından doldurulmaktadır./ Elektronik haberleşme sektörü, bireysel haberleşmeyi sağlamanın yanı sıra, bilgi toplumunun temel altyapısını oluşturan ve kendi başına ekonomik değeri olan stratejik bir sektördür. Teknolojideki büyük gelişim, telekomünikasyon sektörünün yapısını değiştirmiş, bu çerçevede bir taraftan pazar sınırlarının ortadan kalkması, diğer taraftan sektördeki ürün çeşitliliğinin genişlemesi, telekomünikasyon hizmetlerini hayatın vazgeçilmez bir parçası haline getirerek, piyasadaki arz ve talep dengelerinin yeniden oluşmasına yol açmıştır. Küresel düzeyde yaşanan bu gelişmeler, telekomünikasyon hizmetlerinin geleneksel tekelci ve devletçi yapıdan çıkarılarak, özel sektörün de katılımıyla rekabetçi bir ortamda verilmesi sonucunu doğurmuş ise de; yeni operatörlere yetki veya lisans verilmesi, bu operatörlerin piyasaya girişindeki engellerin kaldırılması, piyasaya yeni giren operatörlerle üzerine evrensel hizmet*

İdarenin müdahale ettiği sözleşmeler, enerji sektöründe de oldukça yoğun şekilde görülmektedir. Sektörde düzenleyici denetleyici kurum niteliğindeki Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK), elektronik haberleşme ve iletişim sektöründe olduğu gibi, özellikle doğalgaz ve elektrik sektöründe faaliyet gösteren üreticiler ve dağıtım şirketlerinin kendi aralarında veya dağıtım şirketleri ile aboneler arasında söz konusu olan ve özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen sözleşmelere müdahale etmektedir. Bu müdahale, taraflar arasındaki mali hükümlerin doğrudan düzenlenmesine kadar gidebilmektedir.

4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun “tarifeler” başlıklı 11. maddesi, doğal gaz piyasasındaki sözleşmeler konusunda EPDK'nın yetkilerini ortaya koymaktadır. Düzenlemeye göre;

“1) Bağlantı Tarifeleri: Kurumca belirlenecek bağlantı tarife esasları, ilgili bağlantı anlaşmalarına dahil edilecek olan ve iletim sistemi ya da bir dağıtım sistemine bağlantı için eşit durumda olan serbest tüketiciler arasında ayırım yapılmaması esasına dayalı hükümleri ve şartları içerir. Fiyatlar, bu esaslar dahilinde taraflarca serbestçe belirlenir. Abonelere Kurum ve dağıtım şirketi arasında belirlenen sabit bağlantı tarifeleri uygulanır.

2) İletim ve Depolama Tarifesi: Kurum, iletim ve sevkiyat kontrolüne ait tarifeleri belirler. Tarifelerde iletim mesafesi, iletilen gaz miktarı ve öngöreceği diğer faktörleri dikkate alır.

ara bağlantı görevi yüklenmiş olan operatörlerin birbirine bağlı olup olmadıklarının izlenmesi ve yüksek maliyetli veya düşük getirili yerlerde de hizmet sunumunun sağlanması gibi gereklilikler; elektronik haberleşme sektörünün bağımsız kuruluşlar tarafından düzenlenmesi ve denetlenmesini zorunlu kılmaktadır./ Bu bağlamda, Devletin elektronik haberleşme sektöründe Anayasa'nın 167. maddesindeki görevlerini yerine getirmek üzere 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu kurulmuş; 2813 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 5809 sayılı Kanun'un 67. maddesiyle değiştirilen ikinci fıkrasında Kurumun görevlerini yerine getirirken bağımsız olduğu, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin Kuruma emir ve talimat veremeyeceği hükmüne bağlanmıştır. Kurumun görev ve yetkilerinin çerçevesi ise 5809 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle belirlenmiştir./ Bu görev ve yetkiler çerçevesinde, temel işlevi telekomünikasyon alanındaki kamusal ve özel kesim etkinliklerini kurallar koyarak düzenlemek, konulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemek, denetlemek ve bu kurallara uyulmaması halinde de, ya doğrudan doğruya yaptırım uygulamak veya bazen de kanunlarda gösterilen yaptırımların uygulanması için adli mercileri harekete geçirmek olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, idarenin bütünlüğü içerisinde yer alan, kamu tüzel kişiliğine sahip, görev alanına ilişkin sektörde kamu hukuku ilke ve düzenlemelerine bağlı olarak, kamu yararı amacıyla düzenleyici işlemler yapan, genel idare esaslarına göre faaliyet gösteren, gördüğü hizmet sürekli ve asli nitelik taşıyan bir kuruluştur.”

İletim ve sevkiyat kontrol hizmeti yapan tüzel kişiler tarifelerini Kurum tarafından belirlenecek süre içerisinde Kuruma bildirirler. Kurum, bildirilen tarifelerden ve bu maddede yer alan esaslardan hareketle yeni tarifeleri belirler.

Kurum tarafından hazırlanacak olan iletim tarifesi üretilen, ithal veya ihraç edilen doğal gazın nakli için iletim şebekesinden yararlanan eşit durumda olan tüm kullanıcılar arasında fark gözetmeksizin uygulanacak fiyatları, hükümleri ve tarife şartlarını içerir.

Kurum, transit doğal gaz iletiminin teşvik edilmesi amacıyla transit iletim tarifelerini yurt içi iletim tarifelerinden farklı usul ve esaslara göre tespit etme yetkisine sahiptir.

Depolama tarifeleri depolamacı şirketler ile depolama hizmeti alan tüzel kişiler arasında serbestçe belirlenir.

İletim ve depolama şirketleri ekonomik, verimli ve güvenli işletmecilik hizmeti verdiklerini Kuruma göstermek zorundadırlar.

3) Toptan Satış Tarifesi: Kurum doğal gaz satış tarifelerinde esas alınacak unsurlar ve şartları belirler. Satış fiyatları ise, bu esaslar dahilinde doğal gaz alım satımı yapan taraflarca serbestçe belirlenir.

4) Perakende Satış Tarifesi: Dağıtım şirketleri en ucuz kaynaktan gaz temin ettiklerini, verimli ve güvenli işletmecilik yaptıklarını ispat etmek zorunda olup, lisans süresi içerisinde de bu yükümlülüğe uymak zorundadır. Dağıtım şirketinin birim gaz alım fiyatı, birim hizmet bedeli, amortisman bedelleri ve diğer faktörlerden meydana gelecek olan perakende satış fiyatları ve tarife esasları Kurumca belirlenir. Belirlenen perakende satış fiyatının dışında tüketicilerden herhangi bir ad altında ücret talep edilemez. Perakende satış tarifeleri enflasyon ve diğer hususlar göz önüne alınarak, dağıtım şirketlerinin Kuruma başvurması halinde yeniden tespit edilebilir. Kurum bu fiyatların tespitinde hizmet maliyeti, yatırıma imkan sağlayacak makul ölçüde karlılık ve piyasada cari olan doğal gaz alım fiyatlarını ve benzeri durumları dikkate alır. Kurulun onayladığı tarifelerin hüküm ve şartları, bu tarifelere tabi olan tüm gerçek ve tüzel kişileri bağlar.../Bu maddede belirtilen esaslar doğrultusunda Kurum, bütün tarife türleri için tarifeler yönetmeliği hazırlar. Bu yönetmelik çerçevesinde, ilgili tüzel kişilerce tarife önerileri hazırlanır ve Kuruma sunulur. Kurum ilgili tüzel kişilerin mali verileri

ve tarife önerileri ile piyasa verilerinden hareketle tarifeleri belirler. İlgili tüzel kişiler, Kurul tarafından onaylanan tarifeleri uygular. Tarife esasları ve limitleri Kurumca enflasyon ve diğer hususlar göz önüne alınarak yeniden ayarlanabilir.”

EPDK, tarifeleri belirleme yetkisi ile özel hukuk kişileri arasındaki sözleşmelere müdahale etmekte ve taraflara sınırlar çizmektedir. Aynı durum, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununda da mevcuttur. Elektrik Piyasasında yer alan üretici ve dağıtıcı şirketlerin ve abone sayısının fazlalığı, idarenin müdahale ettiği alanı genişletmiş; buna bağlı olarak uyuşmazlık sayısını artırmıştır. Kanunun tarifeleri düzenleyen 13. maddesinde, tarifelere ilişkin esaslar düzenlenmiştir;

“Bu kısımda düzenlenen ve bir sonraki yıl uygulanması önerilecek tarifeler, ilgili tüzel kişi tarafından bu Kanun hükümleri doğrultusunda ve kendisine Kurul tarafından verilen lisanstaki hükümler uyarınca her yıl ekim ayının sonuna kadar hazırlanır ve Kurul onayına sunulur. Kurul, bu başvuruların ilgili lisans hükümlerine uygun olduğunu tespit etmesi halinde, bu başvuruları aynı yılın 31 Aralık tarihini geçmeyecek şekilde onaylar./ Lisans sahibinin, bir sonraki yıl boyunca tarifelerde yapacağı aylık enflasyon ve lisansında belirtilen diğer hususlarla ilgili ayarlamalar da Kurul onayında yer alır. Bu tür fiyat ayarlamaları ile ilgili formüller Kurum tarafından bu Kanun hükümleri doğrultusunda verilen her lisansta bulunur. Fiyat yapısı içinde, söz konusu tüzel kişinin piyasa faaliyetleri ile doğrudan ilişkili olmayan hiçbir unsur yer alamaz”

III. Birleşme Sözleşmelerinin İdari İşlem Niteliğindeki Hükümlerinin İptalinin Sonuçları

Birleşme sözleşmelerin, taraflar dışında yer alan bir idari makamın idari işlemi niteliğinde olan hükümleri, idari yargı yerleri önünde dava konusu edilebilir. Bu davalar sonucunda sözleşme hükmü niteliğinde olan idari işlemin iptal edilmesi durumunda, yargı kararının, kurulmuş bulunan sözleşmenin tarafları arasındaki sonuçlarının ayrıca ele alınması gerekir. Bu durumda, geleneksel idari sözleşme-özel hukuk sözleşmesi ayırımından hareketle sonuca ulaşmak mümkün değildir. Böyle bir durumda, idare hukuku rejimi ile özel hukuk rejiminin birlikte ele alınması ve bir çözümün oluşturulması gerekir. Bu sebeple de, bu tür sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmek suretiyle, sözleşme hükmü niteliğindeki idari işlemin iptalinin

sözleşme üzerinde hiçbir etkisi olamayacağı sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Dolayısıyla bu sözleşmelerin, özel hukuk sözleşmesi yanında farklı bir kategori oluşturduğu ve iki farklı hukuki rejime ve bunun sonucu olarak da iki farklı yargı düzeninin denetimine tabi olduğunu ortaya koymak gerekir.

Özel hukuk sözleşmelerinden farklı nitelikte birleşme sözleşme kategorisinin kabul edilmemesinin sonuçları vahimdir. Nitekim Yargıtay, bu tür sözleşmeleri özel hukuk rejimi esasları ile kavradığından hukuken kabul edilemez sonuçlara ulaşmaktadır. Bir doğalgaz dağıtım şirketi, BOTASŞ'tan satın aldığı doğalgazı müşterisine, EPDK'nın belirlediği taşıma bedellerini eklemek suretiyle, satmıştır. Danıştay, EPDK'nın taşıma bedellerini düşük belirlediği gerekçesiyle, bu kararı iptal etmiştir. Doğalgaz dağıtıcısı şirket, idari yargı tarafından verilen iptal kararının geçmişe etkili olduğunu ifade ederek, müşterisinden eksik tahsil ettiği bedelleri talep etmiş ve yerel mahkeme davanın kabulüne karar vermiştir. Yargıtay'ın konuya ilişkin değerlendirmesi şu şekildedir;

“...İptal kararına konu düzenleyici işlem idare hukuku ilkelerine göre geçmişe yönelik olarak ortadan kalkarsa da dava edilen husus düzenleyici işlem esas alınarak tesis edilen bir idari işlem değil, tamamen özel hukuk hükümlerine tabi bir borç ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca serbest tüketici sıfatı olan davalının düzenleyici işlemin iptaline ilişkin davanın tarafı olmadığı da uyuşmazlık konusu değildir. Bu nedenle meselenin özel hukuk hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir./ Taraflar arasındaki sözleşmede, Doğalgaz Piyasası Kanununda ve bu Kanunun ikincil mevzuatında davacı şirketin geçmişe dönük taşıma bedeli talep edebileceği konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Tanzim edilen faturalar davalı tarafından ödenmiş davacı da bu ödemeleri ihtirazi kayıt ileri sürmeden kabul etmiştir... Bu durumda davacının taraflar arasındaki borç ilişkisinde özel hukuk hükümlerine göre geçmişe yönelik olarak taşıma bedeli altında ücret talep etmesinin mümkün olmadığı gözetilmeden, somut olaya uygulanma imkanı bulunmayan idare hukukuna ilişkin genel hukuk ilkelerine göre davanın kabulüne hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”²⁹

²⁹ Yargıtay 19 HD, 04.11.2010 tarih ve E.2010/5556, K.2010/12508 (Yayınlanmamıştır). Aynı yönde başka bir karar için Bk. Yargıtay 19 HD, 13.10.2010 tarih ve E.2010/4118, K.2010/11216 (Yayınlanmamıştır).

Özel hukuk sözleşmeleri dışında, idare hukuku rejimini de kapsayan, idarenin tek yanlı iradesinin de katıldığı karma nitelikte, birleşme sözleşmeler kategorisinin kabul edilmemesinin en çarpıcı, hatalı sonucu, bu kararda ortaya çıkmaktadır. Bu kararın kabul edilemez nitelikteki bölümleri, salt özel hukuk rejimi ile idare hukuku rejimini de ilgilendiren bir konuda değerlendirmeler yapılmasından; birleşme nitelikteki sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi rejimine göre çözümlenmeye çalışılmasından kaynaklanmaktadır. Yargıtay, söz konusu sözleşmeyi, iki tarafın serbest iradelerinin sonucunda oluşan bir özel hukuk sözleşmesi olarak değerlendirmiştir. Oysa tarafların iradesi dışında ve fakat onlar için bağlayıcı olan sözleşme hükümleri de söz konusudur. Karardaki ilk değerlendirme yanlışı şu cümledir; “*İptal kararına konu düzenleyici işlem idare hukuku ilkelerine göre geçmişe yönelik olarak ortadan kalkarsa da dava edilen husus düzenleyici işlem esas alınarak tesis edilen bir idari işlem değil, tamamen özel hukuk hükümlerine tabi bir borç ilişkisinden kaynaklanmaktadır.*” Şüphesiz, sözleşmenin tümü bir idari işlem olarak değerlendirilemez; ancak sözleşmenin hükmü niteliğinde olan bir idari işlem söz konusudur. Somut uyuşmazlıkta, tarife, düzenleyici işlem niteliğinde değil, sözleşmenin tarafları bakımından birel işlem etkisi yaratan bir genel karardır. Üstelik sözleşme hükmü sayılan bu işleme karşı dava açılmış, itiraz edilmiştir. Bunun iptalinin sözleşmenin tarafları bakımından hüküm doğurmaması düşünülebilir mi? Bir diğer değerlendirme yanlışı ise *Ayrıca serbest tüketici sıfatı olan davalının düzenleyici işlemin iptaline ilişkin davanın tarafı olmadığı* hususudur. Burada da idari yargıda verilen iptal kararlarının sonuçları hususunda yanılığa düşülmüştür. Ayrıca Yargıtay’a göre, “*Taraflar arasındaki sözleşmede, Doğalgaz Piyasası Kanununda ve bu Kanunun ikincil mevzuatında davacı şirketin geçmişe dönük taşıma bedeli talep edebileceği konusunda bir hüküm bulunmamaktadır.*” Taraflar serbest iradeleri ile sözleşmeye böyle bir hüküm koyabilir miydi? Hiç şüphesiz bu mümkün değildir. Ancak Yargıtay, tarafların serbest iradeleri ile oluşturulan bir özel hukuk sözleşmesinin mevcudiyetinden hareketle, böyle hatalı bir değerlendirme yapmaktadır.

Bir başka uyuşmazlıkta, uyuşmazlık tarihi itibarıyla yürürlükte olan mevzuat hükümleri ve EPDK kararlarına göre; 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun geçici 9. maddesine göre, EPDK’nın 24.08.2006 tarih ve 875 sayılı Kurul kararı ile onaylanan “*20 Dağıtım Şirketi İçin Gelir Gereksinimleri Hesaplaması ve Tarife Metodolojisi*”nin geçiş dönemi tarife uygulamalarına ilişkin II. Bölüm Perakende Satış Hizmeti Tarifesinin Hesaplanması

Değişikliği başlıklı 2/B maddesinde; geçiş dönemi süresince iletme doğrudan bağlı aboneler haricindeki tüm abone grupları için Perakende Satış Hizmeti Tarifesinin kWh bazında belirlenmiştir. Buna göre bir elektrik dağıtım şirketi, Perakende Satış Hizmeti bedelini kWh üzerinden hesaplamak suretiyle elektrik üreticisi şirketten tahsil etmiştir. Üretici şirket, Perakende Satış Hizmeti bedelinin kWh üzerinden hesaplanmak suretiyle tahsiline ilişkin uygulamanın hukuka aykırı olduğunu, buna son verilmek suretiyle mevzuata uygun bir uygulama yapılması istemiyle EPDK'ya başvurmuştur. Söz konusu başvuru, EPDK'nın 23.01.2008 tarih ve 2073 sayılı işlemi ile reddedilmiştir. Bunun üzerine ret işlemi ve 24.08.2006 tarih ve 875 sayılı EPDK Kurul kararının perakende satış hizmeti bedelinin (PSHB) kWh bazında belirlenmesine ilişkin geçiş dönemi tarife uygulamalarına ilişkin II. Bölüm Perakende Satış Hizmeti Tarifesinin Hesaplanması Değişikliği başlıklı 2/B maddesinin iptali istemiyle iptal davası açılmıştır. Danıştay 13. Dairesi 06.04.2011 tarih ve E.2008/2695, K.2011/1368 sayılı kararıyla, EPDK'nın 23.01.2008 tarih ve 2073 sayılı başvurunun reddi işlemini ve 24.08.2006 tarih ve 875 sayılı Kurul kararının perakende satış hizmeti bedelinin (PSHB) kWh bazında belirlenmesine ilişkin kısmını iptal etmiştir. Danıştay kararında şu değerlendirme yapılmıştır;

“...perakende satış hizmetinin ve buna ilişkin tarifenin Kurulun 24.08.2006 tarih ve 875 sayılı kararı ile onaylanan 20 Dağıtım Şirketi için Gelir Gereksinimi Hesaplaması ve Tarife Metodolojisinde ne şekilde dikkate alındığı incelendiğinde, “Dağıtım Bölgesi Tarifelerinin Hesaplanması”na ilişkin I. Bölümünde; tüketici tarifeleri bileşenlerinin; perakende enerji satış tarifesini, dağıtım sistem kullanım tarifesini, perakende satış hizmeti tarifesini ve iletim bedeli olarak belirlendiği ve perakende satış hizmeti tarifesinin; serbest ve serbest olmayan tüketicilerin sayaç endekslerini okuma ve faturalama ile ilgili maliyetlerini yansıtacak fiyatlar olduğu görülmektedir. Yine bu bölümde tarifeye esas abone grupları, serbest olan ve olmayan tüketici ayırımı yapılmaksızın temel olarak mesken, sanayi, ticarethane, tarımsal sulama ve aydınlatma gruplarından oluşturulmuştur. Ayrıca bu bölümde perakende satış hizmeti tarifesinin belirlenmesinde, mevcut aktif enerji kullanımı yerine abone başına fiyatlandırmanın, perakende satış hizmeti ile ilgili endeks okuma, faturalandırma vb abone hizmetleri gibi faaliyetlerin maliyetinin ilgili mevzuatta da belirtildiği üzere abone başına sabit bir ücret olarak yansıtılması kabul edilmiş, öte yandan perakende satış hizmeti tarifesine baz teşkil edecek olan abone gruplarının, ölçek ekonomisi farkından dolayı bir AG abonesinin maliyeti ile bir OG abonesinin maliyetinin birbirinden

farklı olacağı varsayımından hareketle, OG ve AG aboneleri olarak belirlenmesi öngörülerek, perakende satış hizmetinin en önemli faaliyetinin endeks okuma olduğu, endeks okuma işleminden doğan maliyetin, tüketim büyüklüğüne göre değişmediği, sadece abone sayacına ulaşım zorluğu ve birim zamanda okunan abone sayısına göre değişiklik gösterdiği ve yapılan çalışmalarda gerek mesafeden kaynaklanan maliyetler ve gerekse zamandan kaynaklanan maliyetlerin uluslar arası örnek şirketlerin uygulamaları ve sahada bu konuda yapılan tespitler sonucunda bir OG abonesinin sayacını okumanın AG abonesinin sayacının okunmasına göre yaklaşık 10 kat daha fazla maliyeti olduğunun belirlendiği değerlendirilerek yapılarak perakende satış hizmeti tarifelerinin hesaplanması yöntem ve formülü açıklanmıştır./ Anılan metodolojinin Geçiş Dönemi Tarife Uygulamalarına İlişkin II. Bölümünde ise 4628 sayılı Kanunun geçici 9. maddesine yapılan atıfla geçiş dönemi tarifelerinin uygulanmasının gerekliliğinden bahisle geçiş dönemi tarifelerinin belirlendiği açıklanmıştır. Bu bölümün dava konusu edilen (B) bendinde ise perakende satış hizmeti tarifelerinin hesaplanması değişikliğine yer verilerek “Geçiş dönemi süresince perakende hizmetler bedeli ilettime doğrudan bağlı aboneler haricindeki tüm abone grupları için aşağıdaki şekilde uygulanacaktır. I. Bölümde olduğu gibi verimlilik uygulanmamış perakende satış hizmeti işletme giderleri direkt olarak perakende satış hizmeti gelir tavanı olarak belirlenmektedir. I. Bölümde abone başına sabit bir ücret olarak belirlenen perakende satış hizmeti tarifesi, geçiş döneminde tüketici tarifelerinin dengelenmesi bakımından kWh bazında belirlenmiştir.” Denilmiştir./ Yukarıda alıntısı yapılan mevzuat hükümleri ile dava konusu metodolojisine göre, perakende satış hizmeti, perakende satış lisansına sahip şirketler tarafından, elektrik enerjisi ve/veya kapasite satımı dışında, tüketicilere sağlanan sayaç okuma, faturalama gibi hizmetlerden meydana gelmektedir. Sayaç okuma ve faturalama hizmetlerine ilişkin maliyetlerin, abone grubuna ve tüketilen enerji miktarına göre değişiklik gösterecek maliyetler olmadığı ve bu nedenle abone başına sabit bir ücret olarak uygulanması gerektiği ortadadır. Kaldı ki buna ilişkin maliyetlerin metodolojisinin I. Bölümünde abone başına sabit bir ücret olarak belirlendiği açık bir şekilde ifade edilmiştir./ Bu durumda, perakende satış hizmet tarifelerinin, geçiş döneminde tüketici tarifelerinin dengelenmesi bakımından kWh bazında belirlenmesine ilişkin 20 Dağıtım Şirketi İçin Gelir Gereksinimi Hesaplaması ve

*Tarife Metodolojisinin, Geçiş Dönemi Tarife Uygulamaları Başlıklı II. Bölümün (B) bendi ile perakende satış hizmeti bedeli uygulamasının sona erdirilmesi ve perakende satış hizmeti bedelinin mevzuata uygun olarak belirlenerek uygulama yapılması konusunda yapılan başvurunun reddine ilişkin işlem hukuka uygun bulunmamıştır.*³⁰

Danıştay kararıyla iptal edilen işlemin sözleşmenin tarafları üzerindeki etkisi hususunda sonuca ulaşmak için öncelikle iptal edilen işlemin mahiyetini tespit etmek gerekir.

EPDK tarafından alınan 24.08.2006 tarih ve 875 sayılı EPDK Kurul kararının mahiyeti:

Söz konusu kararın bir idari işlem olduğu şüphesizdir. İdari işlem, gerek yargı kararlarında ve gerekse öğretilerde idari fonksiyon, kamu hizmeti veya idari usul kavramları kullanılmak suretiyle tanımlanmıştır. En sık kullanılan tanımlamaya göre idari işlem şu şekilde tanımlanmaktadır; “*iptal davasının konusunu oluşturmak bakımından idari işlem, idari makamların kamu gücü kullanarak, idare hukuku alanında yaptıkları ve çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğuran tek yanlı irade açıklamalarıdır.*”³¹ İdarenin kamu gücü kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği idari işlemler tek yanlı irade açıklamasının ürünüdür ve icrailik özelliği ile donatılmıştır. İcrailik, idarenin iradesinin açıklanmak suretiyle mevcut hukuk düzeninde etkiler yaratması, hukuki sonuçlar ortaya çıkarmasıdır.³² Hiç şüphe yok ki, tek yanlı icrai karar alabilme yetkisi idari rejimin bir sonucudur. İdari işlemin bir diğer özelliği ise idari işlemlerin kanunilik karinesinden yararlanmasıdır. Bu özellik, tek yanlılık ve icrailik ile birlikte ele alınmaktadır. İdari işlemin icrai nitelikte olması, aksi ispat edilinceye kadar idari işlemin hukuka uygun kabul edilmesini gerektirir. Bu bakımdan idari işlemler “kanunilik Karinesi”nden³³ yararlanırlar. Başka bir ifadeyle **idari işlem, açılan bir iptal davası sonucu iptal edilinceye ya**

³⁰ Danıştay 13. D, 06.04.2011 tarih ve E.2008/2695, K.2011/1368 (Yayınlanmamıştır).

³¹ **Balta**, Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş, 1968-1970, s.155; **Tan**, Turgut, İdarenin Özel Hukuk Alanındaki İşlemleri, II.Ulusal İdare Hukuku Kongresi (10-14 Mayıs 1993), İdari Yargının Dünyadaki Bugünkü Yeri, Ankara 1993, s.195; **Gözübüyük**, Şeref-**Tan**, Turgut: İdare Hukuku c1, Turhan Kitabevi 2007, s.409 vd; Danıştay 10 D,28.11.1996, E.1995/6770, K.1996/7965, Danıştay Dergisi, 1997, sy.93, s.538; Uyuşmazlık Mahkemesi. 11.11.1983, E.1983/7, K.1983/27, Resmi Gazete, 26.12.1983, sy.18263.

³² **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s.368; **Erkut**, Celal, İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara 1990, s.119.

³³ Danıştay, kanunilik karinesini, doğruluk karinesi olarak da adlandırmıştır. Danıştay 9D, 13.11.1973, E 1972/1739, K 1973/2182, DD, 1974, sy. 14-15, s. 423; Danıştay 3 D, 28.05.1981, E 1981/83, K 1981/100, DD, 1982, 1982, sy. 44-45, s. 75.

da yapılan başvuru üzerine veya idare tarafından kendiliğinden geri alınmaya, kaldırılmaya kadar “kanuni dayanağa sahip”, “hukuka uygun” kabul edilirler.³⁴ O halde, mahkeme kararıyla iptal edilmemiş veya idare tarafından geri alınmamış ise idari işlem hukuken varlığını sürdürür. Hukuken varlığını sürdüren idari işlem icrailik özelliği sebebiyle hukuki etki yaratır, hukuksal durumlarda değişiklik yapar veya yeni bir hukuki durumun oluşumunu sağlar.

İdari işlemler çeşitli açılardan ayırımı tabi tutulur. Somut uyumsuzlukta kullanılan genel düzenleyici işlem-birel işlem ayırımı idari işlemlerin maddi açıdan sınıflandırılmasında söz konusu olur. **Genel düzenleyici işlem, genel, soyut, kişilik dışı hükümler içerir; bireysel (birel) işlemler ise bir kişi veya belirlenebilir sayıda bir grubu, somut bir olayı ilgilendirir.** Düzenleyici işlemler bu yönüyle sosyal hayatın bir gereği iken birel işlem ise zaman ve kişi olarak belirlenmiş bir ihtiyaca cevap vermektedir. Ayrıca birel işlem sadece bir uygulama işlemidir ve düzenleyici işlem tarafından belirlenen haklar ve borçları hayata geçirir. Birel işlem tarafından kişiye sağlanan haklar veya yüklenen yükümlülükler daha önce bir norm tarafından kişilik dışı bir şekilde oluşturulmuştur. Dolayısıyla düzenleyici işlem ile birel işlem arasında öncelik sonralık ilişkisi de mevcuttur. Bütün bu hususlar mantıken birel işlemlerin düzenleyici işlemlere tabi olması sonucunu doğurur³⁵.

Genel düzenleyici işlem, idarenin gelecekte nasıl karar alacağını önceden ilan edilmesidir. Birel işlem yapma durumunda olan idare, daha önce bizzat kendisi tarafından yapılan genel düzenleyici işleme uymak zorundadır. İdare, genel düzenleyici işlem ile gelecekteki iradesini nasıl kullanacağını ifade etmektedir. *Kendi koyduğun kurala uy (Tu patere legem quem fecisti)* ilkesi, hukuki güvenlik ve eşitlik prensiplerinin gereğidir³⁶. Birel ve genel düzenleyici işlem arasındaki uyumsuzlukta, hukuki güvenlik ilkesi gereğince genel olana öncelik verilmelidir³⁷. İdarenin kendi koyduğu kurala kendisinin uyması prensibi yanında, başkaca idari makamlar tarafından ortaya konan genel düzenleyici işlemlere de uygun hareket etmesi gerekir.

Somut olaya dönülecek olursa, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun geçici 9. maddesine göre, 24.08.2006 tarih ve 875 sayılı EPDK Kurul kararı

³⁴ Akylmaz/Sezginer/Kaya, s.367.

³⁵ Rainaud Jean Marie, La Distinction de L'Acte Réglementaire et de L'Acte Individuel, LGDJ Paris 1966, s.25.

³⁶ Moreau, Jacques, Droit Administratif, Pres Universitaires de France, 1989, s. 530.

³⁷ Rougevin-Baville/Denoix De Saint Marc/Labetoulle, s.29.

ile onaylanan “20 Dağıtım Şirketi İçin Gelir Gereksinimleri Hesaplaması ve Tarife Metodolojisi” başlıklı işlem, maddi açıdan nasıl bir işlemdir? İşlemin Danıştay tarafından iptal edilen, geçiş dönemi tarife uygulamalarına ilişkin II. Bölüm Perakende Satış Hizmeti Tarifesinin Hesaplanması Değişikliği başlıklı 2/B maddesi hükmü, davanın tarafları arasındaki *sistem kullanım anlaşmasına* dayalı olarak Perakende Satış Hizmeti bedelinin hesaplanmasına ilişkin bir hükümdür. Üretim ve dağıtım şirketleri arasında akdedilmiş bulunan *sistem kullanım anlaşmasında* Perakende Satış Hizmeti bedelinin hesaplanmasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. EPDK kararı adeta sözleşmenin bu konuya ilişkin hükmü niteliğindedir. Taraflar arasındaki Perakende Satış Hizmeti bedeli EPDK tarafından tek yanlı olarak belirlenmiştir. Bu işlem, Kanun ve Yönetmelik hükümlerine göre taraflar için bağlayıcı olup üzerindeki müzakere edilmek suretiyle oluşturulmuş bir sözleşme hükmü değildir. Bununla birlikte taraflar arasındaki *sistem kullanım anlaşması* EPDK kararının bunlar bakımından uygulanmasını sağlamaktadır. Bu değerlendirmelerden anlaşılacağı üzere EPDK kararının tipik bir genel düzenleyici işlem olarak tanımlanması mümkün değildir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, **Genel düzenleyici işlem, genel, soyut, kişilik dışı hükümler içerir; bireysel (birel) işlemler ise bir kişi veya belirlenebilir sayıda bir grubu, somut bir olayı ilgilendirir.** “20 Dağıtım Şirketi İçin Gelir Gereksinimleri Hesaplaması ve Tarife Metodolojisi” başlıklı işlemin genel soyut kişilik dışı olduğu ve bir kişi veya belirlenebilir sayıda bir grubu, somut bir olayı ilgilendirmedeği söylenebilir mi? Hiç şüphesiz bu soruya olumsuz cevap verilecektir. Bu işlem, ne tam bir genel düzenleyici işlem ne de tam olarak birel bir işlemdir. İşlemin yöneldiği kişiler bakımından birel nitelikte kabul edilmesi gerekir. Bu işlemler, genellikleri yanında somut bir olayı ve belirli kişileri ilgilendirmeleri, birel nitelikleri de dikkate alınmak suretiyle, “genel karar”, “karma işlem”, “ara işlem”, “somut olay işlemi”, “özel işlem” vb adlarla anılır. Genel ve birel olma özelliklerini bünyesinde birlikte taşıyan bu tür işlemler öğretide şu şekilde ifade edilmektedir;

Akyılmaz-Sezginer-Kaya’ya göre³⁸;

“İdari usulün konusu olarak idari işlemin belirlenmesinde genel, soyut, sürekli ve kişilik dışı ya da özel, somut, bir kere uygulanmakla tükenen işlem olup olmadığı yanında somut bir olaya ilişkin, ancak sayıları belli olmayan kişilere yönelik tasarruflar; bir kişi için özel–somut, diğer bir kişi içinse genel–soyut bir düzenleme içeren tasarruflar

³⁸ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.379-380.

ve somut bir olayı düzenleyen, ancak belli bir zaman dilimine yayılan tasarruflar, yeni yaklaşımları da beraberinde getirmektedir.

Bu yaklaşımlardan biri olarak karşımıza çıkan genel karar, düzenleme yapıldığı anda sayıları belli veya belirlenebilir birden çok kişiye yönelik olan, sadece onların hukuki durumunu etkileyen ve idare tarafından “genellik” unsurları çerçevesinde hazırlanan idari işlemlerdir³⁹. Bu özellik genel kararı, hazırlandığı anda sayıları belli olmayan birden çok kişiye yönelen ve bir kere uygulanmakla tükenmeyen, tüzük, yönetmelik gibi genel düzenleyici işlemlerden ayırmaktadır.

Genel karar, idari işlemin özel bir şeklidir. Genel kararın belirleyici özelliği, “genel” unsurlar içeren düzenlemesi yanında, belirli ya da belirlenebilir sayıda birden fazla kişi ya da nesneye yönelmiş olmasıdır. Yani genel kararın, hukuki açıdan özelliği, yapılan hukuki düzenlemenin yöneldiği kişi ya da nesneyle ilgilidir. Ancak, sayıları ne kadar çok olursa olsun yöneldiği kişi ya da nesnelere belli veya belirlenebilir nitelikte olduğu için genel karar, genel düzenleyici işlemlerden farklı olarak “genel norm” değil, “özel norm”lardan oluşur⁴⁰. Bu sebeple genel karar, genellik özelliği taşımakla beraber, genel düzenleyici işlem değildir.”

Özay’a göre⁴¹;

“Bazı işlemler de vardır ki, geneline bakıldığında şeklen olduğu gibi maddeten de bu niteliği taşır gibi görünse ve hatta genel olma niteliği ağır bassı bile geniş anlamda öznel ya da “birel” nitelikler de içerebilir. Bu türlere karma işlem denilir.”

Gözler’e göre⁴²;

“İdarenin bazı işlemleri ne bireysel ne de düzenleyici niteliktedir. Bu tür işlemlere düzenleyici olmayan işlemler, özel işlemler, somut olay işlemleri, ortalama işlemler veya ara işlemler denir. Bu tür işlemlere türü kendine özgü işlemler de denebilir... Bu tür işlemler düzenleyici işlemlere benzerler; çünkü norm koyarlar; ancak koydukları norm, sadece somut bir duruma ya da özel bir muameleye ilişkindir. Bu

³⁹ Akyılmaz, Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Seçkin, Ankara 2000, s. 49.

⁴⁰ Özyörük, Mukbil, İdare Hukuku Ders Notları, Ankara 1977, s. 19.

⁴¹ Özay, İl Han: Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi 2004, s.444

⁴² Gözler, Kemal, İdare Hukuku c.I, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, s.562-563.

yönüyle de bireysel işlemlere benzerler. Bu tür işlemler, bir düzenleyici işlemin, bir kanunun, belirli bir somut duruma uygulanmasına imkan verirler; ama düzenleyici işlemin kendisinde bir değişiklik yapmazlar. Bunlar hukuki rejim olarak bazen bireysel idari işlem olarak kabul edilirler.”

Danıştay tarafından iptal edilen EPDK kararı, tam da yukarıda ifade edilen özellikleri taşıyan bir idari işlemdir. Sadece 20 dağıtım şirketine yönelen, somut bir olayı düzenleyen, taraflar arasındaki hukuki ilişkide adeta bir sözleşme hükmü oluşturan ve taraflar için bağlayıcı olan bir idari işlemdir. Dolayısıyla söz konusu Kurul kararının doğrudan genel düzenleyici işlem olarak tanımlanması mümkün değildir. Birel işlem nitelikleri de olan bir işlem söz konusudur. **Özellikle yöneldiği kişiler (sistem kullanım anlaşmasının tarafları) bakımından Kurul kararı birel bir işlem niteliğindedir.**

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, genel düzenleyici işlem-birel işlem ayırımından hareketle, EPDK işleminin iptalinin sözleşmenin tarafları arasındaki hüküm ve sonuçları ilgili değerlendirme yapmak mümkün değildir. Bu sebeple “*Genel düzenleyici işlemin iptali, bu işleme dayanılarak yapılan birel işlemlerin hukuki geçerliliğini etkilemez*” şeklindeki değerlendirme ile sonuca ulaşılamaz. Bu değerlendirme, dayandığı temel ayırım bakımından hukuken kabul edilebilir nitelikte değildir. Yukarıda ifade edilen Yargıtay kararında ise, düzenleyici işlem-birel işlem şeklinde bir ayırım dahi yapılmaksızın; düzenleyici idari işlem-özel hukuk sözleşmesi tespiti ile sonuca ulaşılmıştır.

Taraflar arasındaki sözleşmenin mahiyeti ve Kurul kararının bu sözleşme ilişkisi üzerindeki etkisi: Taraflar arasındaki “*Dağıtım Sistem Kullanım Anlaşması*” Danıştay tarafından özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, sözleşme, tüm yönleriyle bir özel hukuk sözleşmesi niteliğinde değildir. Sözleşme hükümleri taraflar arasında serbest müzakere usulü ile belirlenmiş değildir. Sözleşme içeriğinin taraflardan biri tarafından hazırlanması ve diğer tarafın bu sözleşme içeriğini kabul etmesi şeklinde bir katımlı sözleşme de söz konusu değildir. Sözleşme tarafları dışında yer alan bir idari makamın (EPDK), mevzuat gereği, taraflar arasındaki alacak-borç ilişkisinde uygulanacak bir idari işlemi söz konusudur. Bu işlem yukarıda da ifade edildiği gibi bir sözleşme hükmüdür ve taraflar bakımından bağlayıcıdır. Dolayısıyla EPDK kararının taraflar arasında müzakere suretiyle oluşmuş bir sözleşme hükmü olarak değerlendirilmesi de; sözleşme dışında

genel soyut kişilik dışı genel düzenleyici işlem şeklinde değerlendirilmesi de mümkün değildir. Bu sebeple, “ *taraflar sözleşme hükümlerini önceden kabul etmiş*” demek de; yukarıdaki Yargıtay kararında ifade edildiği gibi, “*geçmişe dönük hak talebi konusunda sözleşmede hüküm yok*” demek de mümkün değildir. Taraflardan biri, taraflar için bağlayıcı olan ve taraflar dışındaki bir idari makamın işlemi olan mali düzenlemeye itiraz etmiş; yargı kararı ile aleyhine sonuç doğuran hukuka aykırı bu işlemi iptal ettirmiştir. Buna rağmen, davacının itiraz ettiği ve iptal ettirdiği bir düzenlemeyi önceden kabul ettiğini ve bu sebeple bu iptal hükmüne dayanarak bir hak talep edemeyeceğini, bunun basiretli bir tüccar davranışı olmadığını ifade etmek mümkün değildir.

Taraflar arasında müzakere sonucu oluşmayan, tarafların iradelerini yansıtmayan, fakat onlar bakımından hak ve borç yaratan bir idari işlemin mevcudiyetinden söz ediyoruz. EPDK tarafından yapılan bu idari işlemin yargısal denetimi idari yargı yerleri tarafından yapılacaktır. Taraflar arasındaki “*Dağıtım Sistem Kullanım Anlaşması*” Danıştay tarafından özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmekle birlikte, yukarıda da ifade edildiği üzere, salt bir özel hukuk sözleşmesinin ötesinde farklı bir durumun olduğu da ortadadır. Burada taraflar dışındaki bir idarenin iradesini de içeren, bileşik iradeli, birleşme sözleşme söz konusudur. Sözleşme tümüyle bir özel hukuk sözleşmesi olsaydı, taraflar arasındaki hak ve borca ilişkin bir uygulamanın adli yargı yerleri önünde tartışılıyor olması gerekirdi. Oysa EPDK kararı konusunda görevli yargı yeri idari yargıdır ve nitekim Danıştay, söz konusu işlemi iptal etmiştir. O halde, Danıştay kararı kaçınılmaz olarak sözleşme üzerinde etki edecektir. Nitekim bu uyuşmazlıklarda, Danıştay kararına uygun olarak yeni bir tarife belirlenmesi ve sözleşmenin taraflarının, Danıştay kararı sonrası bu karara uygun olarak sözleşme ilişkisine devam etmesi söz konusudur. Buna göre, Danıştay kararı sözleşme ilişkisinin tarafları bakımından bağlayıcı sonuçlar doğurmuş; sözleşme ilişkisi üzerinde etkili olmuştur.

Danıştay kararı, geçmişe etkili olarak sözleşmenin ilk yapıldığı tarihten itibaren uygulanacak mıdır? Danıştay tarafından iptal edilen EPDK kararına dayanarak yapılan tahsilâtların iadesi mümkün müdür? Danıştay kararı geçmişe etkili olarak sözleşme ilişkisine müdahale edebilecek midir? Bu durumda, hukuki güvenlik ve kazanılmış haklara saygı ilkeleri bakımından bir değerlendirme yapmak mümkün müdür?

Danıştay kararının sonuçları; hukuki güvenlik ve kazanılmış haklara saygı ilkesinin Danıştay kararının uygulanması bakımından sonuçları: İdari yargı yerlerince verilen iptal kararlarının üç temel sonuç doğurduğu Danıştay kararları ve öğretisi tarafından kabul edilmektedir. Bunlar;

1. İptal kararı işlemin varlığına son verir;
2. İptal kararı geçmişe etkilidir, işlem hiç yapılmamış gibi hüküm ve sonuç doğurur, işlemden önceki hukuki duruma dönülür;
3. İptal kararı genel etkilidir.

İdari işlem, iptal kararı ile birlikte hukuk âleminde silinir. Bu durum, idari işlemde etkilenen kişiler ve bu idari işleme bağlı her türlü hukuki tasarruf bakımından geçerlidir. Danıştay'ın uzun yıllardır içtihadı bu yöndedir. Danıştay tarafından, İdari işlemin iptalinin genel etkisi kişiler bakımından şu şekilde ifade edilmektedir;

“...bir kararın iptali yalnız davacıyı değil, bütün alakadarları ismal edecek bir netice hâsıl eder”⁴³

“iptal hükmü herkese sâri (dir)”⁴⁴

Konuya ilişkin temel eser olarak kabul edilen **İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları** adlı eserde konu şu ifadelerle açıklanmaktadır;

“İşlem ortadan kalktığına göre, etkinin yalnız taraflar arasında kalması düşünülemez. İşlemin etkisi ne kadar ise, bu işlemin iptali sonucunda ortadan kalkmasının etkisi de – en azından – o kadar olacaktır... (Hukuk Muhakemeleri Usulündeki) kesin hükmün nisbiliği ilkesi iptal kararlarına uygulanamaz... İşlemin iptalinden bütün ilgililer aynı biçimde etkilenirler... İptal kararının etkisinin genelliği ilkesi (düzenleyici işlemlerde olduğu gibi) kişisel işlemler için de geçerlidir.”⁴⁵

İptal kararının genelliği prensibi, iptal edilen idari işleme bağlantılı diğer işlemler bakımından da geçerlidir. Danıştay bu hususu şu şekilde ifade etmektedir;

“İptal kararı, iptali istenen tasarrufu ve ona bağlı işlemleri yapıldıkları tarihten itibaren ortadan kaldırır”⁴⁶

“...bir işlemdeki sakatlığın, ona dayanılarak yapılan işlemlere de bulaşacağını kabul etmek gereklidir. Dayanağı sakat olan işlemler de sakat doğmuş olacaklardır”⁴⁷

⁴³ Danıştay DDK, 25.06.1965, E.60/57, K.65/582, Danıştay Kararlar Dergisi, 95/96, s.140

⁴⁴ Uler, Yıldırım, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara 1970, s.44-46.

⁴⁵ Danıştay 8. D, 21.10.1982, E.81/551, K.82/1196, Danıştay Dergisi, sy.50-51, s.354.

⁴⁶ Çağlayan, Ramazan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, 3. baskı, Ankara 2004, s.150.

⁴⁷ Yayla, Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul 1985, s.112.

İptal hükmü, davanın tarafları dışında, iptale konu işlemten etkilenen herkes için geçerlidir. Dolayısıyla, idari işlemle ilgili açılan iptal davasında taraf olmayan; ancak doğrudan işlemten etkilenen kişiler bakımından da hüküm ifade eden bir yargı kararı söz konusu olur.

Davacı Üretim şirketi ile EPDK arasındaki iptal davasında verilen bir hüküm söz konusudur. Ancak bu hüküm, Danıştay önündeki davada taraf olmayan dağıtım şirketi bakımından da sonuç doğurmuş ve karar tarihinden itibaren, karara uygun olarak yeniden belirlenen tarifeye göre sözleşmenin ifası söz konusu olmuştur. Bu suretle İptal kararının genelliği prensibine uygun hareket edilmiştir. İptal kararının bir diğer sonucu, geçmişe etkili sonuç doğurması; iptal edilmiş işlemin hiç yapılmamış sayılması, işlem öncesi hukuki duruma geri dönülmesidir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, Danıştay tarafından iptal edilen EPDK kararı, tipik bir genel düzenleyici işlem niteliğinde olmayıp, *sistem kullanım anlaşması*nın tarafı durumunda bulunan şirketler bakımından özel norm niteliğinde birel bir idari işlemdir. Dolayısıyla işlemin iptalinin, genel düzenleyici işlemin iptali şeklinde değerlendirilmek suretiyle bir sonuca ulaşılması mümkün değildir. Bununla birlikte, EPDK kararı genel düzenleyici işlem; buna dayanılarak dağıtım şirketi tarafından yapılan tahsilât ise birel işlem olarak kabul edilse bile birel işlemin düzenleyici işlemin iptalinden etkilenmeyeceği şeklinde bir sonuca ulaşılamaz. Birel işlemin dayanağı olan genel düzenleyici işlemin iptali, bu düzenleyici işleme dayanılarak daha önce yapılan birel işlem üzerinde nasıl bir etki yaratır? Hiç şüphe yoktur ki, bu durumda, birel işlemler hukuki dayanaklarını kaybetmiştir; bununla birlikte birel işlemler kendiliğinden hukuki varlıklarını kaybetmezler. Hukuka aykırı hale gelirler ve bu hukuka aykırılık hukuken himaye görmez. İdarenin bu tür hukuka aykırılığa son vermesi veya yargı tarafından bu işlemin ortadan kaldırılması gerekir. Bu durum, öğretilerde, şu şekilde ifade edilmektedir;

“Öğretilerde kabul edilen görüşe göre, bir düzenleyici işlem iptal edildiğinde, iptalden önce bu düzenleyici işleme dayanılarak yapılan birel işlemler, bu iptal kararından doğrudan etkilenmezler. (Gözübüyük, Ş: Yönetmelik Yargı, Ankara 1998 s.270; Özeren A.Ş./Bayhan, T, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması, Ankara 1992, s.49) Düzenleyici işlemlerin, kişilere uygulanmış olması, kişiler açısından kazanılmış hakkı, TAN’ın ifadesi ile kişisel sonuçların dokunulmazlığını (Tan, T: İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara 1970, s.59,70) ortaya çıkarır. Bunun yanında hukuka aykırı işlemler, kazanılmış hak doğurmasalar bile kişiler lehine müesses durumlar ortaya çıkarırlar. Kişiler lehine hukuki durumlar yaratan

hukuki işlemlerin sınırsız bir şekilde tartışma konusu yapılması, hukuka güven ve istikrar ilkelerine aykırı düşer. Bu yüzden, hukuka aykırı da olsalar, işlemlerin kişiler lehine doğurduğu durumların belli bir süre (dava açma süresi) geçirildikten sonra korunması, işlemlerin kişisel sonuçlarının korunması ilkesinin bir gereğidir.(Duran,L:İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul 1964, s.371;Tan,age, s.71-73) Düzenleyici işlem iptal edildiğinde, buna bağlı birel işlemlerin, hukuki dayanağını kaybettiği ortadadır. Ancak düzenleyici işlem iptal edilince, buna bağlı birel işlemin otomatik olarak ortadan kalkmasının kabulü kazanılmış hakların korunması ya da işlemlerin kişisel sonuçlarının korunması ilkesine aykırılık teşkil eder. Bu nedenle, iptal edilen düzenleyici işleme dayanılarak yapılan birel işlemler kendiliğinden ortadan kalkmazlar.”⁴⁸

Genel düzenleyici işlemlerin iptalinin bu işlemlere dayanılarak yapılmış bulunan birel işlemleri etkilememesi, ancak birel işlemler ile idareye karşı ileri sürülebilecek bir hak, hukuki bir durum kazanan kişiler bakımından söz konusu olabilir. Bu husus Danıştay tarafından özellikle imar mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından kabul edilmiştir. Gerek öğretide ve gerekse yargısal içtihatlarda imar planları, genel düzenleyici işlem olarak kabul edilmektedir. İmar planlarına düzenleyici işlem vasfını kazandıran husus, planların parçasını oluşturan raporlardaki açıklamalar ve hükümler olduğu kabul edilmektedir⁴⁹. Düzenleme, kamu hukukunda kural koyma ile eş anlamlıdır.⁵⁰ İdare tarafından hazırlanan imar planlarına bağlı olarak inşaat ruhsatı alan, inşaatı tamamlayan ve yapı kullanma izni alan bir kişi, genel düzenleyici işlem niteliğinde olan imar planı iptal edilse bile buna dayanılarak verilen birel işlem niteliğindeki inşaat ruhsatına dayanarak yaptığı yapı ve yapı kullanma izni bakımından kazanılmış bir hakka sahip olmaktadır. Bu sebeple de, genel düzenleyici işlem niteliğinde olan imar planı iptal edildiğinde, buna dayanan birel işlemlerin hukuken geçerli kabul edilmesi hakkaniyet gereğidir. Görüldüğü üzere kazanılmış hak, müesses durum, idarenin bir işleminden doğmakta ve idare karşısında oluşmakta, idareye karşı ileri sürülebilmektedir. Ancak kişilerin haklarını ihlal eden birel işlemler söz konusu ise bu işlemlerin dayanağı olan genel düzenleyici işlemler iptal edildiğinde birel işlemin hukuken geçerli olduğu hiçbir surette iddia edilemez. Somut uyuşmazlıkta Danıştay tarafından iptal edilen EPDK kararı sebebiyle fazla ödeme yapan ve bu suretle hakkının ihlal edildiğini iddia eden bir taraf da söz konusudur.

⁴⁸ Sezginer, Murat, Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin, Ankara 2000, s.85.

⁴⁹ Danıştay DDUH, E.57/363, K.58/44, T.31.1.1958, DKD, 79-80, s.30

⁵⁰ Danıştay 9. D, E.67/2521, K.68/1700, T.6.6.1968, DKD, 122-126, s.369

Buna göre, bir tarafta, EPDK kararına dayanarak fazladan tahsilat yapan ve bu sebeple de kazanılmış hakkı oluşturduğunu iddia eden dağıtım şirketi; diğer tarafta ise EPDK kararı sebebiyle fazladan ödeme yaptığını, hakkının ihlal edildiğini iddia eden bir üretim şirketi mevcuttur. Hukuka aykırılığı yargı kararı ile ortaya konan ve iptal edilen karar, genel düzenleyici nitelikte olduğu kabul edilse bile, bu işleme dayanılarak yapılan birel işlemler ile hakkı ihlal edilen kişiler mevcutsa birel işlemin geçerli olduğu, bir başkası için kazanılmış hak doğurduğu sonucu hiçbir surette doğmaz. Kazanılmış hak ancak idare karşısında ileri sürülebilen müesses durumu ifade eder. Hukuka aykırılığı sebebiyle iptal edilen genel düzenleyici işleme dayanılarak yapılan birel işlemler dolayısıyla, idare dışındaki üçüncü bir kişinin aleyhine olacak şekilde kazanılmış hak iddiasında bulunulamaz. Aksi durumda, bir taraf için kazanılmış haktan bahsedilirken ve hukuken korunurken bir diğer tarafın ihlal edilmiş hakkının hukuken koruma görmeyeceği, ihlalin telafi edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılabacaktır. Dolayısıyla, kazanılmış hak kavramı, idarenin bir işlemi dolayısıyla idare dışındaki üçüncü kişi aleyhine değil ancak idare karşısında ileri sürülebilen bir kavramdır.

Birel işlemler bir şekilde hak ihlali oluşturmuş ise mutlaka geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması ve hakkın teslimi gerekir. Aksi durumda, hak ihlali oluşturduğu iddia edilen işlemler aleyhine iptal davası açılmasının hiçbir anlamı kalmaz. Nitekim Danıştay’ın yerleşik içtihadında bu husus ısrarla vurgulanmaktadır. Danıştay, hak ihlali doğuran birel işlemleri, dayanakları olan genel düzenleyici işlemlerin hukuka aykırılığına dayanarak hukuka aykırı kabul etmiş ve bunların doğurduğu sonuçların ortadan kaldırılması gerektiğine karar vermiştir;

“...iptal edilen kararnameye dayanılarak alınan vergilerin geri verilmesi için açılan davada “...iptal kararlarının tesirleri, iptal edilen tasarrufun tesis edildiği tarihe raci olması idare hukuku prensiplerindedir... alınmış vergilerin iadesine⁵¹”, “...tahakkukun hukuki mesnedi olan tarife kararı, Dairemizce iptal edilmekle, ittihaz edildiği tarihten itibaren ortadan kalkmış bulunduğundan, bu taifeye göre yapılan... tahsilatın... davacıya iadesi gerekirken istemin reddinde isabet bulunmadığından söz konusu menfi işlemin iptaline⁵²”, “...ittihaz edildiği tarihten itibaren hukuki varlığı sona ermiş bulunan söz konusu yönetmelik hükmü sebebiyle evvelce irat kaydedilmiş olan teminat tutarının, davacının talebi vukuunda kendisine iadesi

⁵¹ Danıştay 12. D, E.67/304, K.68/2156, T.21.11.1968, DKD, 127-130, s.376.

⁵² Çağlayan, s.151.

gerekli(dir)...⁵³ şeklinde kararlar vererek, iptal edilen düzenleyici işleme dayanılarak birel işlemlerin, kişilerin aleyhine olan durumların ortadan kaldırılmasına karar vermiştir.”⁵⁴

Görüldüğü üzere, genel düzenleyici işleme dayanılarak yapılan birel işlemlerle bir hak ihlali gerçekleşmiş ise bu durum hukuken korunamaz. Nitekim Yukarıdaki kararlardan da anlaşılacağı üzere Danıştay, “**tahakkukun hukuki mesnedi olan tarife kararı, iptal edilmekle, ittihaz edildiği tarihten itibaren ortadan kalkmış bulunduğundan, bu taifeye göre yapılan... tahsilatın... davacıya iadesi**” yönünde karar vermiştir.

İdarenin işleminin iptaline bağlı olarak bir hak talebi olduğunda sorumlu kimdir? İşlemi faili olan idare mi; bu işlem dolayısıyla fazladan tahsilât yapan sözleşmenin diğer tarafı mı? Danıştay tarafından iptal edilen EPDK kararı, iki şirket arasında alacak ve borç ilişkisini düzenleyen mali nitelikte bir sözleşme düzenlemesi şeklinde hüküm ifade etmiştir. Bu düzenlemeye dayalı olarak taraflardan biri bir diğerine fazla ödeme yapmıştır. Buna göre, sözleşme ilişkisinin taraflarından biri bir yarar elde ederken bir diğeri fazla ödeme dolayısıyla zarar görmüştür. Bu açıklamalar çerçevesinde, bir sözleşme hükmünden farkı olmayan EPDK kararının hukuka aykırı bulunması ve iptal edilmesinin sonuçlarının, sözleşmenin tarafları arasında müzakere edilmiş mali nitelikteki bir hükmün hukuka aykırı uygulanmış olduğunun tespit edilmesi durumundaki sonuçlardan farklı olmaması gerekir. Buna göre, EPDK kararı sonucu ortaya çıkan fazladan tahsilât, fazladan ödeme durumu, sözleşmenin tarafları bakımından söz konusudur ve bundan kaynaklanan uyuşmazlığın öncelikle sözleşmenin tarafları arasında çözümlenmesi gerekir. Sözleşmenin taraflarından birinin bir diğeri aleyhine elde ettiği kazanç söz konusudur. O halde aleyhine sonuç doğan tarafın, kazanım elde eden diğer taraftan haklarını talep etmesi gerekir. Bu durum, taraflar arasında hukuka aykırı şekilde bozulmuş olan mali dengenin yeniden kurulması, yargı kararı doğrultusunda hukuka uygun olarak düzeltilmesi demektir. Davacının yapmış bulunduğu fazladan ödemenin sebebi EPDK kararıdır. Bu sebeple fazla ödemelerin öncelikle EPDK’den talep edilmesi düşünülebilirse de EPDK kararının sözleşme ilişkisindeki fonksiyonu, sözleşmenin bir hükmü, parçası olduğu dikkate alındığında, fazla ödemeden dolayı ortaya çıkan yarar ve zararın muhataplarının öncelikle sözleşmenin tarafları olduğu sonucuna ulaşılabacaktır. Hiç şüphe yoktur ki, fazla ödemelerin taraflardan biri tarafından

⁵³ Danıştay 12. D, E.67/304, K.68/2156, T.21.11.1968, DKD, 127-130, s.376.

⁵⁴ Çağlayan, s.151.

bir diğerine iadesi sonrasında, buna rağmen her iki taraf bakımından da EPDK kararı sebebiyle oluşmuş başkaca zararlar söz konusu ise bu zararların EPDK'dan istenmesi mümkündür. Ancak öncelikle taraflar arasında fazla ödemenin kaynaklanan durumun düzeltilmesi, hukuka uygun hale getirilmesi gerekir. Bu, Danıştay kararının işlemi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırması sebebiyle, yargı kararının uygulanması bakımından da zorunludur.

SONUÇ

İdarenin, özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen sözleşmelere müdahale etmesi, sözleşmenin hükmü olarak taraflar arasında hüküm ve sonuç doğuracak kararlar alabilmesi, bu sözleşmelerin farklı bir kategori içinde değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. İdarenin kamu gücü kullanarak oluşturduğu iradesinin, sözleşmenin taraflarının iradesi yanında, sözleşmenin kurucu unsuru olması, bu tür sözleşmelerin bileşik iradeli, birleşme sözleşmeleri olarak kabul edilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bu sözleşmelerin klasik özel hukuk rejimi içinde değerlendirilmesi birçok hatalı sonuçların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Özellikle idari rejimi benimsemiş ülkeler bakımından, bu tür sözleşmeler için farklı bir değerlendirme yapılması, kaçınılmaz bir durumdur. Aksi durumda, idari yargı yerleri tarafından, aynı zamanda bir özel hukuk sözleşmesinin hükmü niteliğinde olan, idari işlemlerin iptali durumunda, bu iptal kararının, sözleşmenin tarafları üzerindeki etkisinin anlaşılabilmesi mümkün olamaz.

BOŞ