

TEİAŞ'IN TARAF OLDUĞU SİSTEM KULLANIM ANLAŞMALARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE BU ANLAŞMALARDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ YARGI YOLU SORUNU

Legal Character of Network Usage Agreements to which TEİAŞ is a Party and the Competent Court Issue of the Disputes Arising Therefrom

Serhat ÇELEN* - Fırat KARAALP**

TAAD

Yıl: 12, Sayı: 48
Ekim 2021, (509-546)

Makale Bilgisi

Geliş Tarihi : 24.11.2020

Kabul Tarihi : 15.02.2021

Makale Türü: Araştırma

Article Info

Received Date: 24.11.2020

Accepted Date: 15.02.2021

Article Type : Research

ÖZET

Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi, (“TEİAŞ”) Türkiye’de elektrik iletim faaliyetiyle iştigal eden yegâne kamu tüzel kişisi olarak, elektrik iletim sistemi kullanıcılarına, sistem kullanım anlaşmaları aracılığıyla, bu sistemin kullanımını için bazı kurallar koymakta, kullanıcıların bu kurallara uymamaları ya da bu sistemin öngörülen kullanımının dışına çıkmaları hâlinde onlara bazı yaptırımlar uygulamaktadır.

Sistem kullanım anlaşmasının, sözleşmesel sınıflandırmasıyla ilgili öğreti ve uygulamada farklı görüşlerin ve mahkeme kararlarının bulunması, “bu anlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde hangi mahkemelerin görevli olduğu” sorununu da beraberinde getirmiştir. Kimi uzmanlarca ve bazı mahkemelerce “özel hukuk sözleşmesi” olarak tanımlansa da bu anlaşmanın, tarafları dışında 3. bir kişi olarak bir idarenin, yani (Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu’nun (EPDK) müdahale ettiği sui generis bir idari sözleşme olduğu ve bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların da idari yargı yerlerinde çözümlenmesi gerektiği düşünülmektedir.

Çalışmada, söz konusu anlaşmanın neden sui generis bir idari sözleşme olarak sınıflandırılması gerektiği hususu, idari sözleşme ölçütleri, değişen kamu hizmeti anlayışı, konuyla ilgili mevzuat, öğretilerdeki farklı görüşler ve mahkeme kararları ele alınarak açıklanmaktadır.

Anahtar Sözcükler: TEİAŞ, Elektrik İletim Sistemi, Kamu Hizmeti, Sistem Kullanım Anlaşması, İdari Sözleşme, İdarenin Sözleşmeye Müdahalesi, Görevli Yargı Yolu Sorunu.

* LL.M, Avukat, TEİAŞ Genel Müdürlüğü Hukuk Müşavirliği, celenserhat@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-4352-2071>. Yazar, bu çalışma için kendisine esin kaynağı olan doktora tez danışmanı Prof. Dr. Murat SEZGİNER’e, kendisine Bochum Ruhr Üniversitesi’nde misafir doktora öğrencisi olma fırsatı tanıyan ve oradaki çalışmaları sırasında her türlü imkânı sunan Prof. Dr. Johann – Christian PIELOW’a ve konuyla ilgili mahkeme kararlarını kendisiyle paylaşan Hukuk Müşaviri Fatma ELDEMİR’e içtenlikle teşekkür eder.

** Hâkim, Adalet Bakanlığı, firatkaraalp@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-3472-2493>.



ABSTRACT

As the sole public legal person which engages with electricity transmission activity, Turkey Electricity Transmission Corporation (“TEIAS”), through network usage agreements, sets out some rules for electricity transmission system users for the usage of that system and imposes some sanctions on users who do not comply with those rules or go beyond the foreseen usage thereof. The existence of different views and court decisions in doctrine and practice with regards to the classification of the network usage agreements entailed the legal issue as to “which courts are competent for resolving the disputes arising from those agreements”. Despite being classified as a “private law agreement” by some scholars and courts, it is thought that this agreement is a sui generis public law agreement in which as a non – contractual third – party administrative body, Energy Market Regulatory Authority (EMRA) intervenes, and that the disputes arising therefrom should be resolved in administrative courts.

In the study, the issue as to why those agreements must be classified as sui generis public law agreements is explained by tackling the criteria of public law agreements, shifting public service concept, the relevant regulation, different views in doctrine and court decisions regarding the matter.

Key Words: TEIAS, Electricity Transmission System, Public Service, Network Usage Agreement, Public Law Agreement, Administrative Intervention in Agreement, Competent Court Issue.

GİRİŞ

Türkiye’de, 1994’e kadar elektrik piyasası, kamu tekelinde olan dikey bütünsel bir yapı göstermekteydi. Dikey bütünsel tekel yapısının temel özelliği; tüm üretim, iletim ve dağıtım tesis ve sistemlerinin mülkiyetinin ve elektriğin tüketicilere satışının bir tekele ait olmasıdır. Sektördeki tüm planlama ve yönetim işlevleri bu tekelin merkezi örgüt yapısı tarafından yerine getirilir. Bu modelde söz konusu tekelin, tüketicilerin taleplerini karşılama yükümlülüğü bulunmaktadır.¹

Ancak sistemin büyümesiyle 1994’te üretim ve iletim ile dağıtım ayrıldı. Üretim ve iletimden sorumlu olarak TEAŞ ve dağıtımdan sorumlu olarak TEDAŞ bu yapıyı paylaştı. 2001 yılında 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu² (“EPK”) ile tamamı kamu tekelinde bulunan elektrik piyasasının üretim ve dağıtım kısımları serbestleştirilerek dikey ayrıştırılmış yapıya geçildi. Bu yolla endüstrinin bir kısmı rekabete açılmış, rekabete açılmayan ve doğal tekel niteliğini haiz iletim ve dağıtım hizmetleri ise sıkı regülasyona tabi tutulmuş oldu. Serbest piyasa modeline geçişle TEAŞ da kendi içinde ayrılarak her elektrik hizmeti bakımından her faaliyet farklı şirkete verildi. Bu şekilde üretim, iletim ve dağıtım birbirinden ayrılmış oldu.³

¹ Nejat Tamzok, “Kamu Politikası Analizi: Elektrik Enerjisi Sektörü”, Doktora Tezi (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2007, s. 81. <acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/4190/4670.pdf> Erişim Tarihi: 23/09/2018.

² 03/03/2001 Tarihli, 24335 Sayılı 1. Mükerrer Resmî Gazete, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/03/20010303M1.htm#1>> Erişim Tarihi: 23/09/2018.

³ Çağlar Özel/Burcu Gülseren Özcan Büyüktanır/Fatma Özel, “Elektrik Piyasalarında Elektrik Sağlama Amaçlı Sözleşmeler”, *Journal of Yaşar University* Cilt: 8, Yıl: 2013, Özel Sayı; S. 2075 – 2125, s. 2076. <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179482>> Erişim Tarihi: 23/09/2018.

TEİAŞ, Türkiye’de elektrik iletim lisansına sahip olan tek kurum olarak, elektrik iletim faaliyetini münhasıran yürüten, 399 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre kurulmuş bir kamu iktisadi teşekkülüdür. Bunun bir sonucu olarak da TEİAŞ, Türkiye elektrik iletim sisteminin tek sahibi ve işletmecisi konumundadır. 6446 Sayılı EPK’de⁴ sayılan lisanslara sahip şirketler ve gene aynı kanun ve bu kanuna dayanarak çıkarılan Lisanssız Elektrik Üretimi Yönetmeliği⁵ uyarınca lisanssız elektrik üretimi yapabilen diğer şirketler, TEİAŞ’ın iletim sistemini kullanarak elektrik üretimi, satımı, dağıtımı ve diğer bazı faaliyetleri yürütmekte ya da kendi ihtiyaçları için iletim sistemini kullanmaktadır. TEİAŞ ise söz konusu şirketlere kendi iletim sistemini, onlarla “Bağlantı Anlaşması” ve “Sistem Kullanım Anlaşması” adı verilen sözleşmeleri⁶ imzalayarak kullanılmaktadır. Gerek elektrik hizmetiyle ilgili hükümler de içeren ve elektrik hizmetiyle ilgili bazı hükümleri ilga edilerek 6446 Sayılı Kanun’a aktarılan 4628 Sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun⁷, gerekse 6446 Sayılı EPK, tüketicilere güvenilir, kaliteli, kesintisiz ve düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti verilmesini öngörmektedir. Bu sorumluluğun yerine getirilmesini teminen ve iletim sisteminin arz güvenliğini sağlamak adına, iletim sistemi kullanıcılarının sistemi kullanırken sisteme verdikleri/verebilecekleri zararları tazmin etmek ve bu zararlara yol açma ihtimali olan eylemlere karşı caydırıcılığı arttırabilmek için, sistem kullanım anlaşmalarında bazı yaptırımlar öngörülmüştür. TEİAŞ tarafından iletim sistemi kullanıcılarına uygulanan bu yaptırımların, iletim sistemini kullanan şirketler tarafından yargısal denetime tabi tutulması gündeme geldiğinde, söz konusu anlaşmaların hukuki nitelendirmesi ve dolayısıyla bu anlaşmaya hâkim olan yargısal rejim önem arz etmektedir.

I. SİSTEM KULLANIM ANLAŞMASININ TANIMI

4628 Sayılı Kanunun ilk versiyonunun 1. Maddesi’nin 40. fıkrasında bağlantı ve sistem kullanım anlaşmaları, “*ilgili bağlantı ve sistem kullanım tarifesinin fiyatları, hükümleri ve şartlarını içeren ve bir üretim şirketi, otoprodüktör, otoprodüktör grubu, dağıtım şirketi ya da tüketicilerin iletim sistemine ya da bir dağıtım sistemine erişmeleri ya da bağlantı yapmaları için ilgili kullanıcıya özgü şart ve hükümleri kapsayan anlaşmalar*” şeklinde

⁴ 30/03/2013 Tarihli, 28603 Sayılı Resmî Gazete, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/03/20130330-14.htm>> Erişim Tarihi: 12/10/2018.

⁵ 02/10/2013 Tarihli, 28783 Sayılı Resmî Gazete, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/10/20131002-3.htm>> Erişim Tarihi: 12/10/2018.

⁶ Çalışmanın tamamında “sözleşme” ve “anlaşma” terimleri aynı anlamda kullanılmıştır.

⁷ Söz konusu kanunun adı ilk versiyonunda “Elektrik Piyasası Kanunu” iken, 6446 sayılı Kanunun 30. Maddesiyle “Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun” olarak değiştirilmiştir.

tanımlanmıştır.⁸ 6446 Sayılı Kanunun 3. Maddesi'nin “dd” fıkrasında ise sistem kullanım anlaşması, “*Bir üretim şirketi, tedarik lisansı sahibi şirket veya tüketicinin iletim sistemini ya da dağıtım sistemini kullanımına ilişkin genel hükümleri ve ilgili kullanıcıya özgü koşul ve hükümleri içeren anlaşma*” olarak tanımlanmıştır.⁹ 4628 Sayılı Kanun döneminde sistem kullanım ve sistem bağlantı anlaşmaları tek bir sözleşme gibi tanımlanmışken, 6446 Sayılı Kanun'da sistem kullanım ve sistem bağlantı anlaşması bakımından, yerinde bir düzenlemeyle ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Zira özellikle üretici veya tüketicinin sisteme erişimini konu alan bağlantı anlaşması, bir kullanıcının şebekeye bağlantısının yapılmasını aslî edim yükümü olarak kapsamına alırken, sistem kullanım anlaşmasında ise, şebeke işletmecisi, sisteme erişimi sağlanan veya başka bir deyişle şebekeye bağlantısı yapılan bir kullanıcıya, gerekli teknik standartları içerir şekilde kesintisiz ve sürekli olarak, anlaşmada öngörülen miktarda elektriği taşıma edim yükümünü üstlenmektedir.¹⁰ Buna göre, her iki sözleşmenin konusu ve hukukî nitelikleri de birbirinden farklıdır. Ürettiği elektriği iletim sistemine veren şirketlerle TEİAŞ arasında yalnızca bağlantı anlaşması imzalanırken, iletim sisteminin kendisine ayrılan kadar kapasitesini kullanmak isteyen şirketlerle bağlantı anlaşmasının yanı sıra sistem kullanım anlaşması da yapılmaktadır.¹¹

II. İDARİ SÖZLEŞME ÖLÇÜTLERİ VE SİSTEM KULLANIM ANLAŞMASI

A. İdari Sözleşmenin Tanımı ve Niteliği

Bilindiği üzere idarenin taraf olduğu sözleşmeler, geleneksel olarak “özel hukuk sözleşmeleri” ve “*idari sözleşmeler*” şeklinde bir ayrıma ve nitelendirmeye tabi tutulmaktadır ve gerek öğreti gerekse uygulama, bu ayrımın ve nitelendirmenin yapılması bakımından çeşitli ölçütler ortaya koymuştur. İdari sözleşmenin Türk mevzuatında herhangi bir tanımı bulunmamaktadır. Buna karşılık Alman İdari Usul Kanununun 54. paragrafında idari sözleşmeler, “*kamu hukuku safhasında kurulan ve değiştirilen*” veya *sona erdirilen sözleşmeler*” olarak tanımlanmıştır.¹² Türk hukuku öğretisinde ise idari sözleşmenin çeşitli tanımları yapılmıştır. Örneğin Akyılmaz/Sezginer/Kaya'ya

⁸ <<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4628-20010220.pdf>> Erişim Tarihi: 12/10/2018.

⁹ <<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6446.pdf>> Erişim Tarihi: 15/10/2018.

¹⁰ Mustafa Yavuz, *Elektrik Piyasası Kanunu'nun Öngördüğü Hukuki Rejim ve Elektrik Enerjisi Tedarik Sözleşmeleri -Özellikle İkili Anlaşma-* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2011), s. 236.

¹¹ Yavuz, a.g.e.

¹² Yavuz, a.g.e., s. 108. Söz konusu kanunun İngilizce versiyonu için bkz. <<https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=289>> Erişim Tarihi: 07/11/2020.

göre idari sözleşmeler, idarenin idare hukuku kurallarına göre yapılan, genel olarak kamu kurum ve kuruluşlarının özel hukuk gerçek ve tüzel kişileriyle ya da diğer kamu tüzel kişileriyle yaptıkları sözleşmeler olarak tanımlanabilir.¹³ İdari sözleşmelerde idarenin, sözleşmenin hükümlerini tek tarafı olarak değiştirme ve sözleşmeyi feshetme gibi yetkileri bulunması ve genelde katımalı (iltihakî) sözleşme şeklinde olması, başka bir deyişle tarafların serbest ve gerçek bir müzakeresi bulunmaksızın tarafların biri tarafından hazırlanarak diğer tarafa sadece sözleşmeyi imzalayıp imzalamamak yönünde bir irade bırakılması nedenleriyle idari sözleşmeler, öğretide bazı hukukçular tarafından bir sözleşme olarak değil de tek yanlı bir işlem olarak tanımlanmaktadır.¹⁴

B. İdari Sözleşmenin Kanunla Nitelendirmesi (Teşriî Kriter) ve Sistem Kullanım Anlaşması

Bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirmesi, kanun koyucu tarafından açıkça yapılabileceği gibi, sözleşmenin içeriğinin değerlendirilmesi yoluyla yargı organı tarafından da yapılabilir. Teşriî (kanunla nitelendirme) kriterde, sözleşmenin nitelendirilmesi yasama organı tarafından, sözleşmenin tabi olacağı hukuki rejimin belirlenmesi suretiyle, ya da sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların tabi olduğu yargı kolunun belirlenmesi suretiyle gerçekleşmektedir.¹⁵ Bu durumda, uyuşmazlık için adli yargı öngörülmüş ise özel hukuk sözleşmesi, idari yargı öngörülmüş ise idari sözleşme söz konusu olacaktır. Kanun koyucunun sözleşmenin içeriğine ilişkin olarak getirdiği düzenlemelerle de idari sözleşme nitelendirmesi yapabileceği kabul edilir. Bu durumda ise, sözleşmeyle ilgili getirilen özel hukuku aşan ve kamusal nitelikteki bir kısım hükümlerden hareketle, yargı organı tarafından idari sözleşme nitelendirmesi yapılmaktadır. Bahsedilen durumlar için öğretide, “*kanun tarafından belirleme*” veya “*kanun tarafından ön belirleme*” ya da “*kanun etkisiyle idari sözleşme*” tanımlamaları kullanılmaktadır. İdari sözleşmelerle ilgili önem arz eden başka bir husus da sözleşmenin taraflarının serbest iradeleri ile sözleşmenin niteliğini belirlemelerinin mümkün olmamasıdır.¹⁶

Bir sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde olup olmadığının kanun koyucu tarafından açıkça belirlenmediği durumlarda, bu nitelendirme sözleşmenin içeriği değerlendirilmek suretiyle yargı organı tarafından içtihadî olarak da yapılabilir.

¹³ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Yenilenmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül 2018), s. 453.

¹⁴ Saleilles, Duguit, Hauriou, Poyaud, Özay bu görüştedir. Bkz. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, a.g.e., s. 454.

¹⁵ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (18. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Ağustos 2016), s. 450 – 451.

¹⁶ Gözler ve Kaplan, a.g.e., s. 450 – 451.



Yukarıda yer verildiği üzere, sistem kullanım anlaşmasının 4628 Sayılı Kanun'da sistem kullanım anlaşması, bağlantı anlaşmasıyla bir arada tanımlanmıştır; fakat söz konusu kanunda, bu anlaşmanın bir idari sözleşme mi yoksa bir özel hukuk sözleşmesi mi olduğuna yönelik herhangi bir netlik bulunmamaktadır. Kanunun genel gerekçesinde ve madde gerekçelerinde de bu yönde bir açıklamaya rastlanmamaktadır.¹⁷ Bununla birlikte 4628 Sayılı Kanun'un 1. Maddesi'nin 2. fıkrasının 41 numaralı bendinde ikili anlaşmalar, “gerçek ve tüzel kişiler arasında özel hukuk hükümlerine tabi olarak, elektrik enerjisi ve/veya kapasitenin alınıp satılmasına dair yapılan ve Kurul (EPDK) onayına tabi olmayan ticari anlaşmalar” olarak tanımlanmıştır.¹⁸

6446 Sayılı Kanun'un 3/j Maddesi'nde de aynı tanımın korunduğu görülmektedir.¹⁹ 6446 Sayılı Kanun'un genel ve madde gerekçelerinde de sistem kullanım anlaşmasının teşriî kriterine yönelik bir açıklama yer almamaktadır.²⁰ Her iki kanunda da “doğrudan nitelendirme”, “hukukî rejimin belirlenmesi suretiyle nitelendirme” ya da “yargı kolunun belirlenmesi suretiyle nitelendirme” kanunla nitelendirme yöntemlerinden herhangi birisine doğrudan başvurulmamış olsa da, dolaylı olarak hukukî rejimin belirlenmesi suretiyle söz konusu kanunun bu hususta bir girişimde bulunduğu ileri sürülebilir. Görüldüğü üzere kanun koyucu, bir sözleşmenin ikili anlaşma sayılması için “elektrik enerjisi ve/veya kapasite satılmasına ilişkin olma” ve “EPDK onayına tabi olmama” şartlarını kümülatif olarak aramakta, bu şartları taşıyan ticari anlaşmaların da özel hukuk hükümlerine tabi olacağını öngörmektedir. Bu hükmün mefhum-u muhalifinden, sistem kullanım anlaşması gibi EPDK onayına tabi olan, başka bir deyişle sözleşme serbestisinin söz konusu olmadığı ve bu nedenle özel hukuk hükümlerine tabi olmayan anlaşmaların ticari anlaşma olmadığı, dolayısıyla “idari sözleşme” olduğu ve bu anlaşmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların da idari yargıda görülmesi gerektiği sonucuna varılabilir. Bir an için, sistem kullanım anlaşmasıyla TEİAŞ dışındaki tarafın, belirli bir bedel karşılığı iletim sisteminden yararlandığı için bu anlaşmanın bir ikili anlaşma yani özel hukuk sözleşmesi olarak yorumlanabileceği düşünülse bile, EPDK onayı olmadan anlaşmanın yürürlüğe girmesi söz konusu olmayacağı için, kanunun ikili anlaşma olarak tanımlanmak için kümülatif olarak aradığı şartlardan ikincisinin gerçekleşmemesi söz konusudur. Ayrıca kanun koyucu, elektrik piyasasındaki bütün sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olmasını isteseydi, bunu 4628 ya da 6446 Sayılı Kanun'da açıkça öngörerek ya da

¹⁷ 4628 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, 14.12.2000. <<https://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0791.pdf>> Erişim Tarihi: 12/11/2020.

¹⁸ <<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4628-20010220.pdf>> Erişim Tarihi: 17/03/2019.

¹⁹ <<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6446.pdf>> Erişim Tarihi: 17/03/2019.

²⁰ 6446 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, 14.12.2000. <<https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0724.pdf>> Erişim Tarihi: 12/11/2020.

anılan kanunlarda, EPDK onayına/ özel hukuk hükümlerine tabi olup – olmama tarzında bir ayrıma gitmeyerek yapacağı açıktır. Örneğin 6446 Sayılı Kanun’un 3. Maddesi’nin “çç” fıkrasında sistem kontrol anlaşmasının, özel hukuk hükümlerine göre yapılan bir anlaşma olduğu açıkça belirtilmiştir.

C. Sistem Kullanım Anlaşmasının İdari Sözleşme Ölçütleri Doğrultusunda Değerlendirilmesi

İdari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayırmak için kullanılan ölçütlerden birincisi ve en önce kullanılanı, kamu hizmeti amacıdır. Bu ölçüt, Fransız Danıştay’ı bir kararında, “*bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, özel hukuku aşan hükümler bulunması gerektiği*”ne hükmedene kadar, idari sözleşmeyi niteleyen tek ölçüt olarak kullanılmıştır.²¹

Türk yargı içtihatlarına bakıldığında, “*sözleşmenin yürütülmesinin kamu hizmetine ilişkin olması*” ve “*sözleşmede özel hukuku aşan hükümler bulunması*” şartlarının birbirinin alternatifi olarak değil, kümülatif olarak (birlikte) yer alması gerektiği görülmektedir. Zira Anayasa Mahkemesi bir kararında, bu hususa değinmiştir.²² Benzer şekilde Danıştay da idari sözleşmeleri, “*konusu doğrudan doğruya veya dolayısıyla bir kamu hizmetine ilişkin ve taraflardan biri idare olan ve idarenin diğer tarafa nazaran üstün hak ve yetkilerini içeren hükümler taşıyan*” sözleşmeler olarak tanımlamıştır.²³ İdari sözleşmelerin ölçütlerine değinen başka bir Anayasa Mahkemesi kararına göre de idari sözleşme şu ölçütleri barındırmalıdır:

1. Taraflardan birinin kamu idaresi olması;
2. Sözleşmenin bir kamu hizmetinin yürütümünü konu edinmesi; ve
3. İdareye özel hukuku aşan yetkiler tanınmış bulunması.²⁴

Öğretide bu ölçütlerden ilki organik ölçüt, ikincisi işlevsel ölçüt, üçüncüsü ise maddi ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. 3 ölçüt getiren Anayasa Mahkemesi içtihadının ve bu konudaki genel kanının aksine Gözler ve Kaplan, işlevsel ve maddi ölçütleri oluşturan şartların birbirinin alternatifi olduğunu, bunlardan birinin bir sözleşmede bulunmasının, o sözleşmenin idari sözleşme sayılması için yeterli olduğunu ileri sürmekte ve bu şartların ikisini de maddi ölçüt içerisinde değerlendirmektedir.²⁵

²¹ Société des Granits Porphyroides des Vosges Kararı, Akyılmaz/Sezginer/Kaya, a.g.e., s. 459.

²² Anayasa Mahkemesi, 09/12/1994 Tarihli, 1994/43 E., 1994/42-2 K. Sayılı Karar, <www.corpus.com.tr> Erişim Tarihi: 05/01/2019.

²³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 456.

²⁴ Anayasa Mahkemesi, 28 Haziran 1995 Tarih ve 1994/71 E., 1995/23 Sayılı Karar, Sedat Çal, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt:XIV, Yıl:2010, Sayı: 1; S. 223 – 274, s. 228. <http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/14_2_9.pdf> Erişim Tarihi: 05/01/2019.

²⁵ Gözler ve Kaplan, a.g.e., s. 454.

Organik ölçüte göre, bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için, sözleşmenin taraflarından en az birinin kamu tüzel kişisi olması gerekir.²⁶ İdarenin tarafı olmadığı sözleşmeler, idari sözleşme olmadıkları gibi, idarenin sözleşmeleri de sayılmazlar.²⁷ Kural bu olmakla, Fransız Danıştay'ı, Société Enterprise Peyrot kararında, özel hukuk tüzel kişisi statüsünde oluşturulmuş bir ortaklığın müteahhit ile yaptığı sözleşmeyi idari sözleşme olarak kabul etmiştir.²⁸

İşlevsel ölçüte göre bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, bu sözleşmenin konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi, amacı ise kamu yararı olmalıdır.²⁹ Kamu hizmeti amacından kast edilen, sözleşmenin konusunun, kamu hizmetinin görülmesi, yürütülmesi, yerine getirilmesidir.³⁰ Nitekim idarenin kamu hizmetleriyle ilgili bazı araç ve gereci sağlamak ya da bazı işleri yaptırmak için yaptığı sözleşmeler idari sözleşme değil; idarenin özel hukuk sözleşmesi sayılır.³¹ Şu 3 durumda bir sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olduğu kabul edilmektedir: Sözleşme bir kamu hizmetinin yürütülmesi görevini bir özel kişiye veriyorsa, sözleşme, sözleşmeci özel hukuk kişisinin bir kamu hizmetinin yürütülmesine katılmasını öngörüyorsa veya sözleşmenin kendisi bir kamu hizmetinin yürütülme usulünü oluşturuyorsa.³² Kamu hizmeti kavramı, halen daha üzerinde pek çok tartışmanın bulunduğu ve idari sözleşmelerle ilgili en sık başvurulan kavram olmakla birlikte, çok soyut ve geniş bir kavram olduğu için, idari sözleşmenin nitelendirilmesinde yeterli olmamıştır ve üçüncü bir ölçüte, maddi ölçüte ihtiyaç duyulmuştur.

Maddi ölçüte göre, sözleşmede idareye ayrıcalıklar ve üstün yetkiler tanınmış olmalıdır. Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar eşit koşullar altında ve hür iradeleri ile karşılıklı yarar sağlayacak biçimde sözleşme yaparlar. Bu nedenle de sözleşmenin tarafları eşit veya dengeli yükümlülükler ve borçlar yüklenirler.³³ Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar eşit olduklarından, taraflardan birinin tek yanlı iradesi ile sözleşmeden doğan ilişkiyi etkilemesi ve değiştirmesi düşünülemez.³⁴ İdari sözleşmede ise, kamu yararı ile kişisel yarar karşı karşıyadır. Kamu yararı kişisel yarardan daima üstündür. Asla eşit olamaz.³⁵ Bunun sonucu olarak da idari sözleşmeler, idareye özgü bir

²⁶ Gözler ve Kaplan, a.g.e., s. 452.

²⁷ Metin Günay, İdare Hukuku (Yenilenmiş 5. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2002), s. 167.

²⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 456.

²⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 457.

³⁰ Gözler ve Kaplan, a.g.e., s. 453 – 454.

³¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 457.

³² Gözler ve Kaplan, a.g.e., s. 453 – 454.

³³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 458.

³⁴ Günay, a.g.e., s. 169 – 170.

³⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 459.

düzenlenişe gereksinim gösteren bir konuyu düzenlediklerinden, idare kamu yararı ve kamu hizmetlerinin gerekleri dolayısıyla, tek yanlı irade ilişkisini etkileyebilir ve karşı taraf hakkında işlemler yapabilir. Bu çerçevede, bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi için yapılan idarî sözleşmeler, gerek hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yürütenlere kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönlerinden özel hukuk sözleşmelerinden ayrılmaktadır.³⁶ 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 kılınmıştır. İdareye tanınan bu üstünlük ya kanunlarda yer alan bir hükme ya da kamu hukukunun ilkelerine dayanır.³⁷

Söz konusu ayrıcalıklar ve üstün yetkiler, “*özel hukuku aşan hükümler*” ya da “*özel hukuku aşan rejim*” olarak karşımıza çıkmaktadır. Özel hukuku aşan hükümler, Gözler ve Kaplan’a göre, bir özel hukuk sözleşmesinde tarafların serbest iradeleriyle kabul etmeyecekleri türden kayıt ve şartları³⁸, Bahtiyar, Sezginer ve Kaya’ya göre ise, sözleşmenin tarafı durumundaki idareye, ayrıcalıklı bir kısım yetkilerin verilmesini ifade etmektedir.³⁹ 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 kaynaklanmaktadır.⁴⁰

Fransız Danıştay’ı, “*özel hukuku aşan hükümler*” kavramını “*özel hukuku aşan rejim*” kavramı şeklinde geliştirdiği ilk kararda (Société d’Exploitation Électrique de la Riviere du Sant kararı) Fransız elektrik idaresinin özel bir elektrik üreticisinden elektrik almasını zorunlu kılan bir kararname dolayısıyla, idare ile şirket arasındaki sözleşmeyi idari sözleşme olarak değerlendirmiştir. Burada ne kamu hizmeti ne de sözleşme içinde özel hukuku aşan hükümler söz konusu olmasına rağmen, sözleşme dışındaki düzenleyici işlemlerden gelen özel hükümler, (elektrik satın alınması mecburiyeti, bazı uyumsuzlukları çözme yetkisinin bakana verilmesi) sebebiyle özel hukuku aşan rejim söz konusudur.⁴¹

“*Diğer sözleşmeciler taraf üzerinde tek taraflı olarak yaptırım uygulama*”, “*sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetme*”, “*özel kişinin uygulayacağı fiyat tarifelerini tespit etme*”, “*sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirebilme*” yetkileri,

³⁶ Günday, a.g.e., s. 169 – 170.

³⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 459.

³⁸ Gözler ve Kaplan, a.g.e., s. 452 – 454.

³⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 459.

⁴⁰ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 459.

⁴¹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, a.g.e., s. 459.



öğretideki özel hukuku aşan hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴² Makalenin ilerleyen bölümlerinde yer verilen mahkeme kararlarında ise, bu kararlara konu sözleşmelerin “*ilgili sözleşmenin kanun ve ilgili mevzuat ile niteliğinin belirlenmesi*”, “*sözleşmenin taraflarının özgür iradelerinin sözleşmeye yansıtıp yansımadağı*”, “*sözleşmeden kaynaklı ödemelere 6183 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanıp uygulanmadığı*”, “*sözleşmeye konu hizmetin tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olması*”, “*sözleşmenin mali hükümlerinin üst kurul tarafından belirlenmesi*” v.b. özellikleri, özel hukuku aşan hükümler olarak yorumlanmıştır.

Bahsedilen ölçütlerin nitelendirmedeki sorunu çözümedeki yetersizliği üzerine bazı hukukçular, farklı yaklaşımlar öne sürerek bu sorunun çözümüne katkıda bulunmaya çalışmışlardır. Örneğin Tekinsoy, ihale kanunlarında öngörülen rejime ilişkin düzenlemelerin, idari sözleşme rejimi bakımından örnek ölçüt olması gerektiğini ileri sürerken⁴³, Çal ise idari sözleşmeye konu işin/hizmetin tekelci yapıya sahip olup olmaması/rekabete dayalı bir biçimde sunulup sunulmaması ölçütünün belirleyici olması gerektiği fikrini savunmuştur.⁴⁴

1. İşlevsel Ölçüt ve Sistem Kullanım Anlaşması

a. Kamu Hizmetinin Tanımı ve Özellikleri

Genel anlamda idari faaliyetin konusunu, kamu hizmetlerinin yürütülmesi oluşturur.⁴⁵ Devlet, toplumun müşterek ve zaruri ihtiyaçlarının giderilmesi ve toplumsal uyumun sağlanması için birçok faaliyet yürütür ve bu faaliyetler, genelde öğretilerde “*milli güvenliğin korunması, kolluk faaliyetlerinin yürütülmesi, kamu hizmetlerinin yürütülmesi, özendirme ve destekleme faaliyetleri, iç düzen faaliyetleri (özyönetim faaliyetleri), planlama faaliyetleri*” v.b. başlıklar altında ele alınmaktadır.⁴⁶

Kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun en temel ve en tartışmalı kavramları arasında yer almaktadır. Jeze ve Duguit'nin kurucusu olduğu “*kamu hizmeti öğretisi*”nde, idare hukukunun kamu hizmeti kavramı üzerine kurgulandığı görülür.⁴⁷ Söz konusu kavram, idare hukuku için olduğu kadar, kamu maliyesi ve kamu ekonomisi disiplinleri için de en temel kavramlardan

⁴² Gözler ve Kaplan, a.g.e., s. 452 – 454.

⁴³ Mehmet Ayhan Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 55, Yıl: 2006, Sayı: 2; S: 181 – 227, <<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/269/2424.pdf>> Erişim Tarihi: 17/03/2019.

⁴⁴ Çal, İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi.

⁴⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 525.

⁴⁶ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014), s. 27.

⁴⁷ Sedat Çal, “Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Yıl: 2007, Sayı: 1 – 2; S: 599 – 655, s. 601. <http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/11_25.pdf> Erişim Tarihi: 21/04/2019.

biridir.⁴⁸ Kolluk faaliyetiyle birlikte kamu hizmeti, idari işlev içerisinde yer alan en önemli 2 unsurdan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁹

Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, söz konusu kavramı, organik, maddi ve şekli yaklaşımlarla tanımlamıştır. Bu tanımlara göre “belli bir hizmetin yürütülmesine tahsis edilen kamu emlâkinin, görevlendirilen kamu görevlilerinin ve ayrılan mali imkânların bütünü” organik anlamda, “kamu yararına, toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarının tatmini için yürütülen faaliyet” maddi anlamda, “kamusal yönetim usullerine göre yürütülen faaliyet” ise şekli anlamda kamu hizmetini oluşturmaktadır.⁵⁰ Karahanoğulları ise kamu hizmetini, “toplumsal yaşamın sürdürülebilmesi için gerekli olan toplumsal ihtiyaçların karşılanması faaliyetinin devlet tarafından, üretim ilişkileri alanının kurallarından belirli oranda bağışık kılınarak üstlenilmesi” olarak tanımlamış ve bu tanımlı yaparken ‘iktisadi nesnellik olarak kamu hizmeti’, ‘devletin işlevleri, görevleri olarak kamu hizmeti’ ve ‘devletin yarattığı işlevler olarak kamu hizmeti’ olmak üzere 3 yaklaşımdan faydalanmıştır. Kamu hizmetleri temelde satılabilir/pazarlanabilir olup olmamasına göre saf ve yarı kamusal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır, bunların dışında da kamu kesiminde yer almayan, fakat kamunun mülkiyeti altında üretilen özel mal ve hizmetler bulunmaktadır.⁵¹

Ülkemizde idare hukukunun kurucusu olarak kabul edilen Sıddık Sami Onar da dâhil olmak üzere pek çok idare hukukçusu, kamu hizmetinin ne olduğu ve ne olmadığı üzerine farklı görüşler ileri sürmüştür. Bununla birlikte söz konusu kavram, günümüzde hâlen daha idare hukukunun kesinliğe kavuşturulamayan nadir kavramlarından biri olma özelliğini sürdürmektedir. Bu durumla ilgili ilginç bir yaklaşım sergileyen ünlü Fransız hukukçu Truchet’ye göre, kimse bu kavram için tartışmasız bir tanım verememekte, yasa koyucu bu kavramı tanımlamayı dert etmemekte, yargıç bu kavramı tanımlamak istememekte, öğretici ise bu kavramı tanımlamayı becerememektedir.⁵² Alman Hukuku’nda ise ‘kamu hizmeti’ kavramı yerine, bu kavrama yakın ve bu kavramı karşılayan ‘kamusal ihtiyaçların karşılanması’ (öffentliche Versorgung) ya da ‘yaşamsal ihtiyaçlara yönelik hizmetler’ (daseinsvorsorge) kavramları kullanılmaktadır.⁵³

⁴⁸ Onur Karahanoğulları, “Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)”, Doktora Tezi İnternet Paylaşımı, Ankara 2004, s. 19. <<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/kamuhizmeti.pdf>> Erişim Tarihi: 31/03/2021.

⁴⁹ Egemen Falcıoğlu, *Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların İdari İşlemlerinde Yargısal Denetiminin Kapsamı ve Etkinliği* (Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018).

⁵⁰ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 525.

⁵¹ Karahanoğulları, a.g.e., s. 6 – 15.

⁵² Karahanoğulları, a.g.e., s. 8’den naklen.

⁵³ Johann – Christian Pielow, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung: Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts sowie des französischen und des deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Elektrizitätswirtschaft* (Mohr Siebeck, 2019).



Kamu hizmeti kavramı gerek küreselleşmenin ve küresel oyuncuların müdahalesiyle, gerekse teknolojik ve toplumsal yaşamın etkisiyle değişime uğrasa da idare hukuku bakımından öneminden bir şey kaybetmemiştir.⁵⁴

Cumhuriyetin ilk yıllarından itibaren 1980'lere kadar sadece devlet ve hatta devlet tüzel kişiliği tarafından ifa edilen kamu hizmeti, zamanla önce devletin tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliğe sahip kamu iktisadi teşebbüsleri (kamu iktisadi kuruluşları ve iktisadi devlet teşekkülleri) tarafından da yerine getirilmeye başlanmış, sonrasında 1980'lerden itibaren kamu iktisadi teşebbüslerinin birer birer özelleştirilmesiyle özel hukuk tüzel kişileri tarafından da ifa edilir hale gelmiştir. Günümüzde gelinen noktada ise, kamu mallarının özelleştirilmesi suretiyle sunulan kamu hizmetinin ötesinde, doğrudan hizmetin özelleştirilmesi mertebesine (!) varıldığı görülmektedir.⁵⁵

Kamu hizmetinin söz konusu dönüşümü, hâliyle kamu hizmetinin tanımında da revizyona gidilmesi gerekliliğini doğurmuştur. Eskiden kamu hizmetinin ifası münhasıran kamu tüzel kişileri tarafından yerine getirilmekteyken, bahsedilen gelişmeler sonrasında özel hukuk tüzel kişileri tarafından da kamu hizmeti ifa edilir hale gelmiştir. Zaten pek çok hukukçu, kamu hizmetini tanımlarken, hizmetin ifası bakımından kamu tüzel kişilerinin yanında özel hukuk kişilerine de yer vermekte, kamu hizmetinin ifa edilmesi açısından kamu tüzel kişisi – özel hukuk tüzel kişisi ayrımı yapmamaktadır.⁵⁶

b. Kamu Hizmetinin Temel İlkeleri ve Görülüş Usulleri Doğrultusunda Elektrik Hizmeti ve Elektrik İletim Hizmeti

Yerine getirildiği kişilerden ve niteliklerinden bağımsız olarak, tüm kamu hizmetlerinin işleyişi, belirli asgari ilkelere tabidir, bu ilkeler olmadan kamu hizmetinden bahsedilemez.⁵⁷ Genel geçer nitelikteki bu ilkeler, 'süreklilik', 'değişkenlik' (uyarlama/uyum), 'eşitlik' ve 'bedelsizlik' (meccanilik) ilkeleridir.⁵⁸ 'Süreklilik' ilkesi, hizmetin, karşıladığı toplumsal ihtiyacın sürekliliğine koşut olarak yerine getirilmesini ifade eder. Doğası gereği bazı hizmetler bakımından 'kesintisizlik', bazıları bakımındansa 'işleyiş bakımından

⁵⁴ Yakup Gönen, "Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliğine İlişkin Bir Değerlendirme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 14, Yıl: 2010, Sayı: 2; S. 359 – 386, s. 360. <http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/14_2_12.pdf> Erişim Tarihi: 21/04/2019.

⁵⁵ Sedat Çal, "Araç Muayene Hizmetinin Özelleştirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Yıl: 2008, Sayı: 2; S. 63 – 113, s. 64. <<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/262/2342.pdf>> Erişim Tarihi: 28/04/2019. Söz konusu makalede, dönemin Özelleştirme İdaresi Başkanı Metin Kilci'nin, basına yaptığı bir açıklamada, kamu mallarının özelleştirilmesinden sonra "artık sıranın hizmette özelleştirmeye geldiği" yönündeki beyanına yer verilmiştir.

⁵⁶ Çal, "Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi".

⁵⁷ Karahanoğulları, a.g.e., s. 228.

⁵⁸ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 529 – 543.

düzenli olma' anlamına gelmektedir. 'Eşitlik' ilkesi, kendi içinde yansız ve lâik olma özelliklerini barındırırken, 'uyum' ilkesi, kamu hizmetlerinin tarihselliğini vurgulaması bakımından önem arz eder ve çağın teknik ve teknolojik bilimsel gerek ve olanaklarının olabildiğince göz önünde tutulması ve buna göre sunulan hizmetin içeriği, yöntemi, kullanılan araç ve gereçlerinde sürekli değişkenlik ve uyarlamaların yapılması zorunluluğunu anlatır. Öğretide parasız olma, karşılıksız olma, meccani olma ve bedelsiz olma olarak 4 farklı kavramda karşılığını bulan kamu hizmetinin son özelliğiye, belki de zaman içerisinde en çok değişikliğe uğrayan ve en çok tartışmaya konu olan özelliği olarak öne çıkmaktadır.⁵⁹ Aslında, hiçbir kamu hizmeti, bedelsiz değildir ve kamu hizmetlerini bedelsiz hale getirmek imkânsızdır. Bireyler sunulan kamu hizmetlerinin maliyetine doğrudan veya dolaylı katılırlar. Para ödenmeyen kamu hizmetlerinin finansmanı, alınan vergilerden karşılanmaktayken, kamu hizmetinden yararlanmanın bir para ödenmesi koşuluna bağlandığı durumlarda alınacak paranın miktarı, niteliği ve alınma biçimi önemli tartışma konularıdır. Fransız yazınında da parasızlık, kamu hizmetinin ortak ilkelerinden değil, sahte ilkelerinden sayılmaktadır.⁶⁰

Her kamu hizmeti, son tahlilde bir kamu otoritesinin sorumluluğu altında ifa edilir. Bu ifa, doğrudan kamu otoritesi tarafından yerine getirilebileceği gibi, onun dışında bir kamu ya da özel hukuk tüzel kişisi tarafından da yerine getirilebilir.⁶¹ Bu bağlamda, kamu hizmetlerinin görülme usulleri açısından öğretide, kamu tüzel kişileri tarafından ve özel hukuk kişileri tarafından olmak üzere ikili bir ayırım yapılmış olup, kamu hizmetinin kamu tüzel kişileri tarafından görülmesinde emanet usulü, özel hukuk kişileri tarafından görülmesinde ise müşterek emanet, iltizam, yap – işlet – devret, yap – işlet ve imtiyaz gibi usuller gündeme gelmektedir.⁶² Devlet veya diğer kamu tüzel kişilerin, mevcut bir özel hukuk gerçek veya tüzel kişisine, bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi için izin vermesi, öğretide ruhsat (lisans) olarak adlandırılmaktadır ve bu usulün düzenleyici denetleyici kurumlar tarafından kurumlar tarafından kullanılması gittikçe yaygın bir hâl almıştır.⁶³ Ulusoy, bu usul ile kamu hizmetinin kamu tüzel kişilerine de gördürülebileceğini ileri sürmüştür.⁶⁴ İmtiyazla ruhsat arasındaki temel fark, uygulanacak olan piyasada tekel olup olmamasıdır, şayet söz konusu piyasada tekel varsa imtiyaz, tekel yoksa ruhsat söz konusu olmaktadır.⁶⁵ Ruhsat usulü genellikle, son yıllarda

⁵⁹ Karahanoğulları, a.g.e., s. 230 – 276.

⁶⁰ Karahanoğulları, a.g.e., s. 276 – 279.

⁶¹ Ali Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri* (Ülke Kitapları, Ankara, Eylül 2004), s. 11.

⁶² Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 546 – 556.

⁶³ Atay, a.g.e., 249.

⁶⁴ Ulusoy, a.g.e., s. 37.

⁶⁵ Kır, a.g.e., s. 129.



virtüel kamu hizmeti olarak adlandırılan hizmetler için kullanılır. Fonksiyonel kamu hizmeti de denilen virtüel kamu hizmeti, organik anlamda kamu hizmeti olmayan, ancak ulaşım, haberleşme, eğitim gibi ortak, sürekli ve zorunlu bir kamusal ihtiyacı tatmin için yapılan ve kamu emlâkiyle ilişkili şekilde karşımıza çıkan özel kişilere verilen ruhsat ile yapılan kamu hizmetidir. Bu hizmet, herhangi bir kamuya yararlı hizmetten farklı olarak idarenin sadece kolluk yetkileri ile denetim yapmadığı, kolluk denetiminin ötesinde, yürütülen faaliyetinin muhtevasını düzenleyebildiği bir hizmettir. Ruhsat usulünde idare, kamu hizmetinin asıl sahibi olarak hizmetle ilgili gereken düzenlemeleri yapmak yetkisine sahiptir, ruhsat sahibi ise bu duruma katlanmakla yükümlüdür.⁶⁶ Toplumsal bir ihtiyacı karşılayan, faaliyetini kamu malları aracılığıyla gerçekleştiren ve bu nedenlerle idare tarafından düzenlenmiş bir özel girişim, yargı tarafından kamu hizmeti olarak nitelenme “olasılığı (virtualité; virtuality)” taşımaktadır. Bu nedenle olası kamu hizmetinden söz edilmektedir. Sadece idari yargının değil, Anayasa Mahkemesi'nin de kimi faaliyet alanlarını kamu hizmeti olarak kabul ettiği görülmektedir.⁶⁷

Gerek 4628 Sayılı Kanun'da, gerekse 6446 Sayılı Kanun'da elektrik piyasasında öngörülen faaliyetlerin, bu faaliyetler için öngörülen lisanslarla yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Ancak bu lisansın mahiyeti konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Günday,⁶⁸ Gözler,⁶⁹ Ulusoy⁷⁰ ve Kır⁷¹ elektrik hizmetleri için öngörülen lisansı kamu hizmetinin görülmesi usulü olan ruhsat niteliğinde değerlendirirken, Karahanoğulları ruhsatı kamu hukukunda özgürlüklerin düzenlenmesi yöntemlerinden biri olduğunu ve şayet bir kamu hizmeti alanı varsa, ruhsat usulünün geçerli olmaması gerektiğini, ruhsat usulünün kamu hizmetinin görülmesi usulleri arasında yer almaması gerektiğini öne sürmektedir.⁷² Özcan elektrik piyasası için getirilen lisansların, EPDK'nin yerine getirdiği kolluk faaliyeti çerçevesinde verdiği ruhsata, izne yaklaştığını düşünürken,⁷³ Ergün ise elektrik dağıtım lisansının kamu hizmeti ruhsatı olduğunu, buna karşın özel şirketlere verilen üretim ve ticaret lisanslarının kamu hizmeti ruhsatı olmadığını savunmaktadır.⁷⁴ Gönen de

⁶⁶ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 549 – 550.

⁶⁷ Karahanoğulları, a.g.e., 331 – 332.

⁶⁸ Günday, a.g.e., s. 315.

⁶⁹ Gözler ve Kaplan, a.g.e., s. 538.

⁷⁰ Ulusoy, a.g.e., s. 85.

⁷¹ Atıf Kır, *Kamu Hizmetinin Görülme Usullerinden Ruhsat Usulü ve Elektrik Piyasası Örneği* (Yetkin Yayınları, Ankara, 2013), s. 215

⁷² Karahanoğulları, a.g.e., s. 325.

⁷³ Evrim Evlin Özcan, *İdare Hukuku Açısından Türkiye'de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve Avrupa Birliği, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları* (Turhan Kitabevi, Ankara, 2010), s. 75.

⁷⁴ Çağdaş Evrim Ergün, *Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti* (Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010), s. 67.

benzer şekilde, elektrik piyasasındaki faaliyetlerin doğası gereği birbirinden farklı olduğuna vurgu yaparak, dağıtım ve iletim faaliyetlerine verilen ruhsatın kamu hizmetinin görülüş usullerindeki ruhsat, üretim faaliyeti için verilen ruhsatın ise kolluk ruhsatı niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür.⁷⁵

Gerek 4628 Sayılı Kanun'a gerekse 6446 Sayılı Kanun'a hâkim olan sistematikte, imtiyazla ruhsat arasındaki temel farkın, yani tekel niteliğinde olup olmama hususunun göz ardı edildiği görülmektedir. Zira 4628 Sayılı EPK'de tekel niteliğinde olan elektrik iletim ve dağıtım faaliyeti, 6446 Sayılı Kanun'da ise tekel niteliğinde olan elektrik iletim faaliyeti için lisans verilmesi öngörülmüştür. Ancak her iki kanunda da düzenleyici – denetleyici kurum olan EPDK'ye, elektrik piyasası faaliyetlerini denetlemenin ötesinde, bu faaliyetlerin içeriğini düzenleme, başka bir deyişle içsel bir yetki verildiği görülmektedir. Elektrik hizmetinin ortak, sürekli ve zorunlu bir kamusal ihtiyaç olduğu da göz önüne alındığında, özel kişilere verilme dışında, elektrik piyasası faaliyetlerinin, lisansla gördürülen virtüel kamu hizmeti kapsamında da değerlendirilebileceği düşünülmektedir.

Genel olarak elektrik hizmetinin ve özellikle elektrik iletim hizmetinin, kamu hizmetinin süreklilik, eşitlik, uyum ve parasızlık özellikleri ışığında değerlendirildiğinde, bu özelliklere uyduğu görülmektedir. Karahanoğulları elektrik hizmetini, kamu mülkiyetinde ve kamu işletmeleri tarafından üretilen, kişisel tüketime konu, kullanana ödetme imkânı bulunan, paralı fakat kâr amacı gütmeyen kamu hizmeti olarak tanımlamıştır.⁷⁶ Her ne kadar elektrik hizmeti yazarın bu tanımı yaptığı 2000'li yılların başından günümüze kadar, üretim ve dağıtım hizmeti bakımından, kâr amacı gütmeme noktasından gittikçe uzaklaşmış olsa da, elektrik iletim hizmeti bakımından yazarın söz konusu tanımının, aşağıda ayrıntılarıyla açıklandığı üzere güncelliğini koruduğu ileri sürülebilir.

Süreklilik bakımından ele alındığında elektriğin, yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanması, 4628 ve 6446 Sayılı EPK'lerin amacı olarak öngörülmüştür. AB mevzuatında konuyla ilgili çıkarılan direktiflerde de (birinci, ikinci ve üçüncü enerji paketleri) aynı anlayışın benimsendiği görülmektedir.⁷⁷ Zaten doğası gereği elektrik hizmeti sürekli bir hizmettir. Süreklilik konusunda EPK'lerde dikkat çeken başka bir husus, iletim faaliyetiyle ilgili olarak, arz güvenliği ve

⁷⁵ Gönen, a.g.e., s. 382.

⁷⁶ Karahanoğulları, a.g.e., 15 – 17.

⁷⁷ Jens–Peter Schneider/Christian Theobald, *Recht der Energiewirtschaft* (4., Neu Bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2013), s. 66 – 82.

sistem güvenilirliğinin sağlanması konusunda gerek ETKB gerekse TEİAŞ'a görevler verilmiş olmasıdır.

Elektrik iletim hizmetinin eşit olması bakımından gerek 4628 Sayılı EPK'de, "Elektrik Piyasası Faaliyetleri" başlıklı 2. Maddesi'nde TEİAŞ'ın, iletim sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan serbest tüketiciler dahil tüm sistem kullanıcılarına şebeke yönetmeliği ve iletim lisansı hükümleri doğrultusunda eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin iletim ve bağlantı hizmeti sunacağı öngörülmüştür. Aynı husus 6446 Sayılı EPK'de de muhafaza edilmiştir.

Uyum, başka bir deyişle değişkenlik, değişen şartlara uyum sağlama bakımından elektrik iletim hizmeti ele alındığında, elektrik piyasasının sahip olduğu dinamik yapı ve bu piyasada sürekli artan talep karşısında, ENTSO-E sistemine enterkonneksiyon bağlantısı yapılması, sistem güvenilirliğinin ve anlık üretim – tüketim dengesinin kalitesinin artırılması, Türkiye'nin kurulu gücünde yıllar içerisinde meydana gelen artış⁷⁸, elektrik iletim hizmetinin değişen şartlara uyum sağladığına birer örnek olarak gösterilebilir.

Bedel ve karşılık bakımından, 4628 Sayılı EPK'nin ilk versiyonunda, "Tarifeler ve tüketicilerin desteklenmesi" başlıklı 13. Maddesi'nde, EPDK tarafından düzenlenen ve EPDK tarafından onaylanan olmak üzere iki tür tarife öngörülmüş, bağlantı ve sistem kullanım, iletim, toptan ve perakende satış, dağıtım tarifeleri de EPDK tarafından düzenlemeye tabi olacak tarifeler arasında sayılmıştır. Aynı maddede TEİAŞ tarafından hazırlanacak olan iletim tarifesinin, üretilen, ithal veya ihraç edilen elektrik enerjisinin, iletim tesisleri üzerinden naklinden yararlanan tüm kullanıcılara eşit taraflar arasında fark gözetmeksizin uygulanacak fiyatları, hükümleri ve şartları içereceği, söz konusu tarifelerin TEİAŞ tarafından hazırlanacağı hüküm altına alınmış, anılan tarifede TEİAŞ'ın yapacağı şebeke yatırımları ve iletim ek ücretlerinin yer alacağı da ayrıca belirtilmiştir. 4628 Sayılı EPK'de sayılan bu tarifeler 6446 Sayılı Kanun'un 17. Maddesi'nde aynen korunmuş, söz konusu maddede, 4628 Sayılı EPK'de yer almayan 'piyasa işletim' ve 'son kaynak' tarifeleri de öngörülmüştür. Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği'nin "İletim Tarifesi" başlıklı 7. Maddesi'nin 2. Fıkrasında, iletim tarifesi içerisinde yer alan bedellerin, TEİAŞ'ın faaliyetlerini yürütebilmesi için gerekli olan sabit ve değişken maliyetlerinin karşılanması ve yatırımların sürdürülmesi için makul bir getiri elde edilmesine izin verecek şekilde hesaplanacağı öngörülmüştür.⁷⁹ Buradan hareketle, elektrik hizmeti faaliyetleri içinde, kamu hizmetinin bedelsizlik özelliğine en yakın olanının elektrik iletim hizmeti olduğu ileri sürülebilir.

⁷⁸ <<https://www.epdk.gov.tr/Detay/Icerik/3-0-24-3/elektrikiyillik-sektor-raporu>> Erişim Tarihi: 09/04/2021.

⁷⁹ <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/06/20200619-4.htm>> Erişim Tarihi: 09/04/2021.

c. Yakın Tarihte Elektrik Sektöründe Yaşanan Gelişmeler & Elektrik Hizmeti ve Elektrik İletim Hizmetiyle İlgili Öğretideki Farklı Görüşler

1980’li yıllardan itibaren, önce Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere’de, sonrasında da kıta Avrupası’nda yükselen bir ivmeyle popülarite ve taraftar kazanan özelleştirme dalgası, kaçınılmaz bir şekilde enerji sektörüne de yansımıştır. Bu sektördeki hizmetlerin bir kısmının özelleşmesi ve serbestleşmesi sonucu enerji piyasası oluşmuş, bu gelişmelerin zorunlu bir sonucu olarak değişen regülasyon anlayışı çerçevesinde idarenin, “*bu alandaki hizmetleri sağlayan*” taraftan, “*bu alandaki hizmetleri sağlayanları denetleyen*” tarafa dönüşmesiyle, bu alandaki kamu hizmeti anlayışı da değişiklik göstermiştir.

Bilindiği üzere enerji sektörü, dünya ekonomi politikğine yön veren sektörlerin başında gelmektedir. Örneğin AB’nin üç kurucu anlaşmasından ikisi, Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu’nun kurulmasını öngören 18/04/1951 tarihli Paris Anlaşması ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu’nun kurulmasını öngören 25/03/1957 Tarihli Roma Anlaşması, enerji üzerindedir. Enerji, ilk zamanlar, Avrupa Topluluğu’na üye devletler tarafından, topluluk düzeyinde düzenlenmek için fazla hassas, fazla siyasi ve fazla ulusal egemenliğe bağlı bir konu olarak görülmüş ve üye devletler, bu alandaki münhasır düzenleyici yetkilerini AB ile paylaşmak istememiştir. Fakat bu anlayış, 1980’lerin sonlarında değişmeye başlamış, ABD’li şirketlerin serbest rekabetin faydalarını savunması ve bu konuda AB’de yoğun lobi faaliyetleri yürütmesi sonucu, devlet kontrolünde olan bu sektör, piyasa odaklı bir sektöre dönüşmeye başlamıştır. 1990’lı yıllarda enerji sektöründe özelleştirme popüler bir hâl almış ve topluluk üyesi pek çok ülke, elektrik sektörünü rekabete açmıştır.⁸⁰

90’lı yıllara gelindiğinde, Avrupa’da olduğu gibi Türkiye’de de enerji kamu sektörünün özelleştirilmesi gündeme gelmiş ve bu yönde ilk olarak, dikey bütünleşik yapıda ve tekel olarak elektrik hizmetini veren TEK’in özelleştirilmesini öngören 3974 Sayılı Kanun yürürlüğe konulmuştur. Söz konusu kanuna karşı açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu 1944/43 Esas, 1994/42-2 Karar Sayılı, 10/12/1994 tarihli kararı ile söz konusu kanunun iptaline hükmetmiş, söz konusu karar, 24/01/1955 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.⁸¹ Gerekçeli kararda Mahkeme, TEK’in özelleştirilmesi sonucunda “*sektörün bir kısmının veya tamamının yabancıların eline geçmesini önleyici herhangi bir tedbir alınmamış*” olmasını “*elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı gibi stratejik öneme sahip kamu hizmetlerinin yabancıların eline geçmesi, ülke savunmasının güvenliği ve bağımsızlığı yönünden sakıncalıdır*” demek suretiyle değerlendirmiş, “*tekelleşmeyi önleyici*

⁸⁰ Kim Talus, *Introduction to EU Energy Law* (1. Edition, Oxford University Press, 2016), s. 2 – 3.

⁸¹ <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22181.pdf>> Erişim Tarihi: 16/04/2021.



ve kartelleşmeyi önleyecek tedbirlerin alınmaması olması”nı, “Anayasa’nın 167. ve 168. Maddelerine aykırı” bulmuş ve nihayet buradan hareketle “bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel sektöre gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir” hükmüne varmıştır. Burada dikkat çeken husus, tekelleşme ve kartelleşme risklerine dikkat çekilerek kamu hizmetinin özel sektöre devredilmesinde göz önüne alınması gereken temel kıstaslara işaret edilmesidir.⁸² Aynı kararda mahkeme, “Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür...” yorumuna yer verdikten sonra, “Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin 26.3.1974 günlü Esas 1973/32, Karar 1974/11 sayılı kararında, “...kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindedir.” denilerek, elektrik hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu açıkça vurgulanmıştır.” şeklinde hüküm vermiştir.⁸³

Bu karardan birkaç yıl sonra, 1999 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle Anayasa’nın 125. Maddesi’ne, imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceğine, Anayasa’nın 47. Maddesi’ne ise, kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmeleriyle de gördürülebileceğine yönelik fıkralar eklenmiştir. Bu durumda, içerikten hareket ederek, kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmelerin mutlaka idarî sözleşme niteliği taşıyacağını iddia etmek artık mümkün olmamaktadır. Bu itibarla kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmelerin mutlak idarî sözleşme niteliğini taşıyacağını ileri sürmek, günümüz için artık mümkün görülmemektedir.⁸⁴

“Kamu hizmeti” ve “piyasa” kavramları, bir bakıma birbirinin karşısında yer alan kavramlardır. Kamu hizmeti kavramı, eşitlik, mülkiyet ve irade özgürlüğünün kurucu unsurlarını oluşturduğu piyasa kurallarının (ekonomik alanın) karşısında yer alır. Başka bir ifadeyle kamu hizmeti, mülkiyet özgürlüğü, sözleşme özgürlüğü ve eşitlik ilkeleri üzerine kurulu piyasa kurallarının, tamamen ya da kısmen geçersiz kılındığı bir alana işaret eder.⁸⁵ Elektrik kamu hizmetini özelleştirerek, bu hizmeti özel sektöre gördürme konusunda ısrarlı

⁸² Sedat Çal, “Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:56, Yıl: 2002, Sayı:2; S. 163 – 197, s. 184. <<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/286/2610.pdf>> Erişim Tarihi: 09/05/2019.

⁸³ Vural Savaş, “Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 15, Yıl: 1998; S. 79 – 98, s.92. <http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg15/vfsavas.pdf> Erişim Tarihi: 09/05/2019.

⁸⁴ Yavuz, a.g.e, s. 110.

⁸⁵ Yeliz Şanlı, “Elektrik Piyasası ya da Elektrik Kamu Hizmeti”, *Mülkiye Dergisi*, Cilt 31, Yıl: 2007, Sayı 254; S. 51 – 71, s. 55. <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/959>> Erişim Tarihi: 12/06/2019.

olan siyasi irade, 2001 yılında 4628 Sayılı Kanun'u çıkartarak bu konuda esaslı bir girişimde bulunmuştur. Bu kanun çıkarılıncaya kadar, elektrik hizmetinin kamu hizmeti niteliğinde olduğu gerek olması gereken düzeyinde gerek kamu hukukunda gerekse yargı kararlarında tersinin kimse tarafından iddia edilmediği bir saptama iken, söz konusu kanunla, elektrik alanı, "elektrik piyasası" olarak nitelenmiş ve elektrik faaliyetleri, "üretim", "iletim", "dağıtım", "toptan satış", "perakende satış", "perakende satış hizmetleri", "ithalat" ve "ihracat" olmak üzere ayrıştırılmıştır.⁸⁶

Elektrik piyasasının dikey bütünleşik yapıdan dikey ayrışık yapıya geçmesi ve elektrik kamu hizmetinin bir kısmının rekabete açılmasıyla, bu hizmetin hangi kısımlarının (üretim- iletim-dağıtım) kamu hizmeti özelliğine sahip olduğu da hukukçular tarafından sorgulanmaya başlanmış ve bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Örneğin Ayanoğlu, elektrik hizmetinin anılan kanunla birlikte rekabete açıldığı, devlet tekelinden çıktığı ve bu kanunda elektrik piyasasının özel hukuk hükümlerine göre işlemesi öngörüldüğü için elektrik üretim, iletim ve dağıtım hizmetlerinin bir kamu hizmeti olmaktan çıktığını savlamış⁸⁷, Gönen ise "iletim" ve "dağıtım" faaliyetinin kamu hizmeti niteliğine ait özellikleri taşıdığı ancak "üretim" ve "elektrik ticareti"ne ilişkin faaliyetlerin kamu hizmeti olmadığını ileri sürmüştür.⁸⁸ Günday ve Gözler de benzer şekilde, elektrik dağıtım ve iletim faaliyetlerinin, kişilerin temel ihtiyaçlarından biri olan elektriğin tedarik edilebilmesi için zorunlu faaliyetler olduğu ve eşit şartlardaki kullanıcılara eşitler arasında ayırım gözetmeksizin sunulması gerektiğinden hareketle bu faaliyetleri iktisadi kamu hizmeti olarak nitelendirmektedir. Akçollu da yerinde bir tespitle, "iletimde rekabeti sağlamak amacı ile ikinci bir iletim hattının çekilmesinin hem fiziksel hem de finansal olarak imkânsız olduğu" düşüncesinden hareket ederek, iletimin doğal tekel özelliği taşıdığını savunmuştur.⁸⁹ Can da aynı şekilde ikinci bir iletim hattı çekilmesinin rasyonel olmadığını ileri sürmüş ve elektrik piyasası faaliyetlerinin rekabete açılmasıyla ilgili farklı düşünenlerin üzerinde mutabık oldukları tek noktanın, 'elektrik iletim ağının doğal tekel özelliği barındırması' olduğuna dikkat çekmiştir.⁹⁰

⁸⁶ Yeliz Şanlı, "Elektrik Hizmeti Kamu Hizmetidir" (TMMOB Türkiye VII. Enerji Sempozyumu, Ankara, 17 – 19 Aralık 2009), <https://www.emo.org.tr/ekler/a72f5d36d362c9d_ek.pdf> Erişim Tarihi: 12/06/2019.

⁸⁷ Taner Ayanoğlu, "Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt:13, Yıl: 2000, Sayı:1; S. 66 – 86. <<http://dergipark.gov.tr/iuihid/issue/1246/14622>> Erişim Tarihi: 12/06/2019.

⁸⁸ Gönen, a.g.e.

⁸⁹ Fatma Yeşim Akçollu, "Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon", *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi*, 2003. <<http://studylibtr.com/doc/1167996/elektrik-sekt%C3%B6r%C3%BCnde-rekabet-ve-reg%C3%BClasyon>> Erişim Tarihi: 19/09/2019.

⁹⁰ Mustafa Erdem Can, *Hukuki Açından Elektrik Piyasasında Rekabet* (Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2006), s. 335.



Elektrik tedarik sözleşmelerini ve sistem kullanım anlaşmasını ayrıntılı olarak inceleyen Yavuz ise, AB literatürüne, 1987 yılında AB Komisyonu tarafından iletişim sektöründe alt yapıya dair hazırlanan Yeşil Kitap ile giren ve “topluluğun tamamında istisnasız herkese makul fiyatlarla ve standart kalitede sunulan hizmet” olarak tanımlanan “evrensel hizmet” kavramının⁹¹, “kamu hizmeti” kavramının yerini almaya başladığını ileri sürerek, 4628 Sayılı Kanun’da öngörülen sübvansiyon ve fiyat eşitleme mekanizmasının bu kavramın yansımaları olduğunu belirtmiş ve dikey bütünleşmiş yapının ayrılması ve bazı faaliyetlerin rekabete açılması sonrası elektrik sektöründeki klasik kamu hizmeti anlayışının kapsamının daraldığını, bunun yerine daha rafine bir kavram olan evrensel hizmet kavramının sosyal devlet ve piyasa arasındaki dengeyi sağladığını vurgulamıştır.⁹²

Devletin elektrik üretim, iletim ve dağıtım ayağındaki denetim ve gözetim işlevinin devam ediyor olması ve son tüketiciye verilen elektriğin fiyatının dahi EPDK tarafından belirleniyor olması karşısında, bu faaliyet alanlarından üretim ve dağıtımın özelleştirme yoluyla rekabete açılmasının bunların kamu hizmeti olma özelliğini değiştirmeyeceği de ileri sürülebilecek diğer bir argüman olarak karşımıza çıkmaktadır.

Elektrik iletim hizmetiye, üretim ve dağıtımın aksine, rekabete açılmamış olması ve tekel olarak devlet tarafından sunuluyor olması nedeniyle, bu konudaki tartışmalardan biraz daha uzakta kalmaktadır. Sistem kullanım anlaşmasını özel hukuk sözleşmesi olarak tanımlayan ve TEİAŞ ile iletim sistemini kullananlar arasındaki ilişkiyi özel hukuk ilişkisi olarak nitelendiren Doğan dahi, elektrik iletim hizmetinin kamu hizmeti olduğunu ifade etmektedir.⁹³ Elektrik üretim şirketlerinin, ürettiği elektriği satmak için iletim sistemine aktarırken, ulusal elektrik şebekesine iletim noktasından bağlı endüstriyel firmalar elektrik ihtiyacını karşılarken, elektrik dağıtım şirketlerininse son tüketiciye elektrik tedarikinde bulunurken TEİAŞ’ın iletim sisteminin kullanılması, ayrıca elektrik iletim hizmetinin tekel olarak/münhasıran bir kamu kurumu olan TEİAŞ tarafından gerçekleştirilmesi, elektrik iletim hizmetinin bir kamu hizmeti olduğunu gösteren detaylardır. Ayrıca 6446 Sayılı Kanun’un “Özelleştirme” Başlıklı 18. Maddesi’nde, EÜAŞ ve TEDAŞ’ın aksine, TEİAŞ’ın özelleştirilmesine yönelik herhangi bir uygulamaya yer verilmemiş olması dikkate alındığında, özellikle elektrik iletim hizmetinin kanun koyucu

⁹¹ Yavuz, a.g.e., s. 77. İlk olarak 1907’de ABD’de AT&T firmasının reklam kampanyası vesilesiyle ve o dönem telefon şirketlerinin belirli bir tekelleşmeye gitmesini meşrulaştırmak için kullanılan kavram, günümüzde kamu hizmeti tekelininin kırılması için kullanılmaktadır. Bkz: Ahmet İnel, “Kamu Hizmeti Özel Çıkara Teslim Edilebilir mi?”, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Sayı: 2, Nisan – Haziran 2004, s. 158.

⁹² Yavuz, a.g.e., s. 77 – 80.

⁹³ Doğan, a.g.e.

tarafından da bir kamu hizmeti olarak öngörüldüğü yorumu yapılabilir. Bütün bu hususlardan hareketle, birkaç istisnaî karşıt görüş dışında, “*elektrik iletim hizmetinin bir kamu hizmeti olduğu*” hususunun, öğretilerde baskın bir şekilde kabul edildiği ileri sürülebilir.

2. Organik Ölçüt ve Sistem Kullanım Anlaşması

Elektrik iletim hizmetinin kamu hizmeti olduğu noktası, hemen hemen herhangi bir duraksamaya yer verilmeksizin ortaya konduktan sonra karşımıza şu sorular çıkmaktadır: TEİAŞ, elektrik iletim hizmetini bir kamu tüzel kişisi olarak mı yoksa bir özel hukuk tüzel kişisi olarak mı sunmaktadır? Özel hukuk tüzel kişisi, eşitler arası bir sözleşme ilişkisinde kamu hizmeti sunmaya devam edebilir mi?

TEİAŞ, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (“KHK”) gereğince iktisadi devlet teşekkülü (KİT) olarak, 29/06/2001 tarih ve 24447 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren esas sözleşmesi ile kurulmuş bir şirkettir.⁹⁴ TEİAŞ’ın esas sözleşmesinin 3. maddesindeki “*Bu Anastatü ile teşkil olunan Türkiye Elektrik İletim A.Ş. (Teşekkül) tüzel kişiliğe sahip, faaliyetlerinde özerk ve sorumluluğu sermayesiyle sınırlı bir İktisadi Devlet Teşekkülüdür.*” hükmü, Esas Sözleşmenin 21. maddesindeki, “*Bu Anastatüde bulunmayan hususlarda K.H.K. hükümleri uygulanır*” hükmü ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 4. Maddesindeki “*Teşebbüsler, bu Kanun Hükmünde Kararname ile saklı tutulan hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabidir.*” hükmünden hareketle, iktisadi devlet teşekküllerinin ve dolayısıyla TEİAŞ’ın, faaliyetlerinde özel hukuk hükümlerine tabi olduğu sonucuna varan Doğan, elektrik enerjisi iletim faaliyetleri bakımından da bu sonucun değişmeyeceğini ileri sürmüştür.⁹⁵

Bu genel geçer ibarenin, elektrik enerjisi iletim hizmeti ve TEİAŞ’ın üstün kamu gücü kullandığı sistem kullanım anlaşmasında geçerli olmadığı aşikârdır. Çünkü TEİAŞ, aynı zamanda kamulaştırma yapmak suretiyle kamu gücü kullanan bir kamu tüzel kişisidir. ETKB ve TEİAŞ lehine acele kamulaştırma kararları alınmaktadır. Aynı zamanda 6446 Sayılı Kanun’un “*Kamulaştırma*” Başlıklı 19. Maddesi’nin 5. fıkrasında, kamu tüzel kişiliğini haiz ön lisans veya lisans sahibi tüzel kişilerce yürütülen üretim, iletim veya dağıtım faaliyetleri için gerekli olan taşınmazlarla ilgili kamulaştırma işlemlerinin, bu tüzel kişiler tarafından yapılacağı ve kamulaştırılan taşınmazların üretim, iletim veya dağıtım tesislerinin mülkiyetine sahip olan ilgili kamu tüzel kişileri adına tescil edileceği öngörülmektedir. Aynı Kanununun 8. Maddesi’nde de elektrik enerjisi iletim faaliyetinin münhasıran TEİAŞ tarafından yürütüleceği hüküm altına alınmıştır. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu

⁹⁴ Doğan, a.g.e., 64.

⁹⁵ Doğan, a.g.e., 64.



kanun kapsamında yürüttüğü elektrik iletim hizmeti için başta “*kamulaştırma yapma*” olmak üzere kamu gücü kullanan TEİAŞ'ın, elektrik iletim hizmetinin sunulması bakımından sistem kullanım anlaşmasının karşı tarafıyla, özel hukuk sözleşmesi ilişkisi değil, idari sözleşme ilişkisi kurduğu sonucuna varılabilir. Ayrıca daha önce belirtildiği gibi, kamusal menfaat her daim bireysel menfaatten üstündür ve tekel olarak kamu hizmeti sunan TEİAŞ'ın, sistem kullanım anlaşması kapsamında eşitler arası bir sözleşme ilişkisine girerek bu hizmeti sunuyor olması düşünülemez.

3. Maddi Ölçüt ve Sistem Kullanım Anlaşması

a. Genel Olarak

Konuyla ilgili mevzuat hükümlerinden de görüldüğü üzere sistem kullanım anlaşması, sıradan bir özel hukuk sözleşmesi olmaktan bir hayli uzaktır. Anlaşmanın, TEİAŞ tarafından hazırlanması ve EPDK tarafından onaylanması söz konusudur. Konuyla ilgili mülga mevzuatta EPDK onayı olmadan anlaşmanın hükümlerinde herhangi bir değişiklik yapılamayacağı öngörülmüşken, konuyla ilgili yürürlükteki mevzuatta *anlaşmanın genel hükümlerinde* EPDK onayı olmaksızın değişiklik yapılamayacağı öngörülerek bu hususta daha esnek bir yaklaşım sergilenmiştir. Anlaşmanın⁹⁶ ilk hâlinde de mevcut hâlinde de taraflardan birini idare oluşturmakta, ayrıca anlaşma, taraflarının dışında 3. bir tüzel kişi, bir bağımsız idari otorite olan EPDK onayıyla, yani bir idari işleme yürürlüğe girmektedir. Bu 2 husus, söz konusu anlaşmanın “idari sözleşme” özellikleri taşıdığına işaret etmektedir. Anlaşmanın eski hâliyle ilgili olarak, anlaşmanın hükümleri üzerinde tarafların müzakere etmesi ve değişiklikler yapması mümkün değildir. Anlaşmanın yeni hâlinin hazırlanış sürecinde anlaşma taslağı, EPDK'nin resmi internet sitesinde elektrik piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin görüş ve önerilerine açılmaktadır. Anlaşmanın yeni hâlinin bu şekilde hazırlanıyor olması, ilk bakışta anlaşmanın müzakere edildiği, başka bir deyişle sözleşme serbestisi ilkesine uygun olarak oluşturulduğu izlenimini vermekte ve bu anlamda söz konusu anlaşmanın özel hukuk sözleşmesi olarak yorumlanabileceğini akla getirmektedir. Ancak anlaşmanın taraflarının görüşlerinin bir bağlayıcılık taşımaması ve anlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra hükümlerinin taraflarca serbestçe değiştirilememesi, anlaşmanın klasik anlamda bir özel hukuk sözleşmesi olarak yorumlanmasına olanak vermemektedir. 4628 ve 6446 Sayılı Kanunlar tarafından TEİAŞ'a kamu hizmeti ruhsatı tarzı elektrik iletim ruhsatı verilmesi, elektrik iletim hizmetinin yerine getirilmesinin asli sorumlusunun bir kamu tüzel kişisi TEİAŞ olması, elektrik iletim hizmetinin bir kamu hizmeti olması, bu hizmetin tüm yurttaki tekel olarak TEİAŞ tarafından

⁹⁶ <<http://www.epdk.gov.tr/Detay/DownloadDocument?id=17ayTgQDJk8>> Erişim Tarihi: 09/11/2019.

veriliyor olması, sistem kullanım anlaşmasının özel hukuk sözleşmesi olarak yorumlanmasının önünde bulunan diğer engellerdir.

b. Sistem Kullanım Anlaşması'nın Unsurlarının Maddi Ölçüte Göre Değerlendirilmesi

ba. İletim Sistemine Bağlantı Unsuru

Hem bağlantı hem de sistem kullanım anlaşmaları için geçerli olan bu unsur, bağlantı yapılan yerde iletim sistemi kullanıcıya belirli bir gücün tahsis edilmesi amacıyla bağlantı bedeli karşılığında kullanıcının bağlantı bedeli karşılığında şebekeye bağlantısını konu almaktadır.⁹⁷ Kullanıcı, elektrik üretim veya tüketimine uygun bir yerden, TEİAŞ tarafından bu konuda Yönetmeliğin 4. Maddesi'nde, ayrıca Elektrik Piyasası Şebeke Yönetmeliği'nde ve Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde öngörülen kıstaslar uyarınca vereceği uygun bağlantı görüşü neticesinde iletim sistemine bağlanabilmektedir. Aynı maddede TEİAŞ'ın hangi durumlarda olumsuz bağlantı görüşü verebileceği de belirtilmiş ve sistem kullanım taleplerinin, TEİAŞ tarafından eşit taraflar arasında ayırım gözetilmeksizin karşılanacağı hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere, anlaşmanın bu unsuru üzerinde de anlaşmanın tarafları, klasik bir özel hukuk sözleşmesinde olduğu gibi serbestçe tasarruf edememektedir.

bb. Sistem Kullanım Unsuru (Anlaşma Gücü veya Kapasitesi)

Kullanıcı, iletim sistemine bağlantısı yapıldıktan sonra, belirli bir bedel karşılığında kendisine tahsis edilen noktadan elektrik kullanmaya ve/veya iletim sistemine elektrik vermeye hazır hale gelmektedir. Bu sistem kullanımı, TEİAŞ'ın kullanıcıya tahsis ettiği kapasite dâhilinde gerçekleşmektedir. Anlaşmanın bu bağlamda bir kira sözleşmesine benzediğini ileri süren Yavuz, TEİAŞ'ın, planlı kesintiler ve mücbir sebep hâlleri dışında, kullanıcının ihtiyaç duyduğu her an gerekli miktar ve kalitede elektrik enerjisi sağlama yükümlülüğünün bulunması noktasında, anlaşmanın klasik bir kira sözleşmesinden uzaklaştığına dikkat çekerek, anlaşmayı sui generis bir sözleşme olarak tanımlamanın doğru olacağını belirtmiştir.⁹⁸ Yönetmeliğin 'Anlaşma gücü' başlıklı 7. Maddesi'nde kullanıcının, kendisine tahsis edilen kapasitenin değiştirilmesiyle ilgili kısıtlamalara yer verilmiştir. Kanımızca, bu kısıtlamalar, anlaşma nitelendirilirken, klasik bir özel hukuk sözleşmesinden uzaklaşılmasını gerektiren başka bir neden olarak karşımıza çıkmaktadır.

bc. Sistem Kullanım Bedeli

Sistem kullanım bedeli, kullanıcıya tahsis edilen kapasitenin, şebekeye ilişkin yatırım harcamaları ve işletme bakım giderleri de dikkate alınarak hesaplanan

⁹⁷ Yavuz, a.g.e., s. 240.

⁹⁸ Yavuz, a.g.e., s. 244 – 245.



fiyatı ifade etmektedir.⁹⁹ Yönetmeliğin 'Ödeme yükümlülüğü' başlıklı 22. Maddesi'nde kullanıcının, EPDK tarafından onaylanan tarife ve bedeller üzerinden TEİAŞ'a ödeme yapacağı belirtilmiştir. Söz konusu hesaplamaların nasıl yapılacağına yönelik ayrıntılara, Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde yer verilmiştir. Anlaşma uyarınca TEİAŞ'a yapılacak ödeme kalemlerinin ve bu kalemlerin hesaplanma yöntemlerinin mevzuatça öngörülmüş olması, bu hususların anlaşmanın taraflarınca serbestçe kararlaştırılmaması hususları, özel hukuku aşan rejime örnek olarak verilebilir.

bç. Anlaşmanın Sona Ermesi

Klasik bir özel hukuk sözleşmesinden farklı olarak, anlaşmanın sona ermesine cevaz verilmeyen bazı durumlar söz konusu olabilmektedir. Yönetmeliğin 'İletim sisteminden ayrılma' başlıklı 9. Maddesi'nde, üretim lisansı sahibi kullanıcıların, lisansları iptal edilmediği veya sona ermediği sürece anlaşmanın sonlandırılmasını talep edemeyecekleri hüküm altına alınmıştır.

bd. Diğer Unsurlar

Kullanıcının anlaşma tahtındaki yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde TEİAŞ'ın kullanıcının elektrik enerjisini kesebilmesi, TEİAŞ'ın, elektrik enerjisi iletimini olumsuz yönde etkileyecek şekilde maksimum kapasiteler üzerinde elektrik enerjisi alınmaması ve verilmemesi için otomatik enerji kesme sistemlerini devreye alabilmesi, kullanıcının, TEİAŞ tarafından kendisine tahakkuk ettirilen sistem kullanım bedeli faturasını ödemede temerrüde düşmesi hâlinde kendisine, 6183 Sayılı Kanun'un 51. Maddesinde öngörülen gecikme zammının uygulanması, kullanıcının, TEİAŞ'ın istediği bilgi ve belgeleri vermek zorunda olması ve bunları temin etmekten kaçınmaması, anlaşmadan doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü noktasında tarafların EPDK'ye başvurulabileceğinin öngörülmüş olması, TEİAŞ'ın iletim sistemini kullanan şirketlere, arz güvenliğinin sağlanması ve ulusal iletim sisteminin dengesinin korunması için, Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliği uyarınca yük alma/yük atma talimatı verebilmesi¹⁰⁰ yönündeki düzenlemeler, özel hukuku aşan hükümler ve yetkiler olarak karşımıza çıkmaktadır.

III. GENEL İŞLEM ŞARTLARI VE SİSTEM KULLANIM ANLAŞMASI

Nüfusun artması ve teknolojinin gelişmesi, topluma sunulan mal ve hizmetler bakımından aynı ya da benzer işlemlerin giderek daha hızlı bir şekilde gerçekleştiği ve daha fazla sayıda tekrarlandığı bir düzeni de

⁹⁹ Yavuz, a.g.e., s. 246.

¹⁰⁰ Can, a.g.e., s. 428.

beraberinde getirmiştir. Böyle bir düzende mal ve hizmetleri sunanlar ve bunlardan faydalananların, maliyetlerden ve emekten tasarruf etmek ve aralarındaki hukuki ilişkide daha hızlı sonuca ulaşmak istemeleri, yapacakları sözleşmelerin tek tipleşmesine yol açmıştır.

Bu tek tipleşmenin sonucu olarak ortaya çıkan genel işlem şartları (koşulları) (GİŞ), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20. Maddesi'nde tanımlanmıştır. Söz konusu tanıma göre GİŞ, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.¹⁰¹ GİŞ'in gündeme gelebilmesi için, bu unsurların kümülatif varlığı aranmaktadır.¹⁰² Zaruri bazı ihtiyaçların teminine yönelik enerji sağlama sözleşmelerinde de bu şartlara rastlanmaktadır.¹⁰³

Doğan, sistem kullanım anlaşması üzerinde, müzakere ve değişiklik yapma imkânının bulunmadığını, anlaşmanın düzenlemeye tabi bir piyasanın özelliklerini taşıyan tip sözleşme olduğunu, tip sözleşme olması nedeniyle de anlaşma hükümlerinin GİŞ niteliği taşıdığını ileri sürerken,¹⁰⁴ Yavuz da anlaşmanın iltihakî bir sözleşme niteliği taşıdığını ve Borçlar Kanunundaki GİŞ teorisinin bu anlaşma bakımından da söz konusu edilebileceğini düşünmektedir.¹⁰⁵

Bir kamusal makam tarafından onaylanmış veya hazırlanmış olan ve kullanılması mecbur kılınan sözleşme hükümlerinin varlığı hâlinde Kılıçoğlu¹⁰⁶, Atamer¹⁰⁷, Karadağ¹⁰⁸ ve Dağdelen¹⁰⁹, GİŞ'in söz konusu olmayacağını savunurken, bu durumda GİŞ'in tek tarafça koyulması şartının yerine gelmediği hususuna dikkat çekmektedir. GİŞ'in varlığı için aranan şartların bir arada bulunmasının gerekmesi ve yukarıda ayrıntılı olarak ele alındığı üzere, sistem kullanım anlaşmasının bir kamusal makam olan TEİAŞ tarafından hazırlanıp, başka bir kamusal makam olan EPDK tarafından onaylanması,

¹⁰¹ <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>> Erişim Tarihi: 09/02/2020.

¹⁰² Ahmet Hakan Dağdelen, "Genel İşlem Şartları ve Teşmil ile Yürürlük Denetiminin Esasları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Yıl: 2009, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı; S. 637 – 652, s. 639. <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/909979>> Erişim Tarihi: 10/06/2021.

¹⁰³ Yavuz, a.g.e., s. 200.

¹⁰⁴ Doğan, a.g.e., s. 63.

¹⁰⁵ Yavuz, a.g.e., s. 237 – 239.

¹⁰⁶ Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017), s. 165.

¹⁰⁷ Yeşim M. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, Şubat 2001), s. 62 – 63.

¹⁰⁸ Özgür Karadağ, *Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar* (2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015), s. 39.

¹⁰⁹ Dağdelen, a.g.e., s. 641.



söz konusu anlaşmanın da kullanımının mevzuatça zorunlu tutulmuş olması, başka bir deyişle, ‘anlaşma hükümlerinin tek tarafça konulması’ şartının yokluğu karşısında, sistem kullanım anlaşması bakımından GİŞ’in söz konusu olamayacağı düşünülmektedir. GİŞ’in gündeme geldiği sözleşmelerde, sözleşmenin taraflarının sözleşmeyi müzakere etmesinin önünde mevzuattan kaynaklanan herhangi bir engel bulunmaması, fakat sözleşmenin taraflarından birinin diğerine olan bariz üstünlüğü nedeniyle sözleşmenin müzakere edilememesi söz konusudur. Sistem kullanım anlaşmasında hem anlaşmanın taraflarından bağımsız 3. bir kişi konumunda olan EPDK’nin onayıyla yürürlüğe girme, hem de tarafların istemesi hâlinde dahi anlaşmanın bazı maddeleri üzerinde değişiklik yapılamaması söz konusudur. *Başka bir anlatımla anlaşmanın müzakere edilememesi ve bazı hükümlerinde değişiklik yapılamaması, anlaşmanın taraflarından birinin diğerine olan üstünlüğünden değil, söz konusu hükümlerin EPDK onayı olmaksızın değiştirilememesinden kaynaklanmaktadır.* GİŞ’in gündeme geldiği sözleşmelerde, sözleşmenin güçlü olan tarafının kabul etmesi hâlinde, tip sözleşmeye eklemeler yapılabilmesine örnek olarak, vadesiz mevduat hesabı/kredi kartı üyelik sözleşmeleri gösterilebilir. Söz konusu matbu sözleşmelere banka müşterisinin el yazısıyla “hesap işletim ücreti/yıllık kart aidatı tahsil edilmeyeceğine” dair bir madde eklemesi durumunda, sözleşmenin bu hâliyle yürürlüğe girmesi önünde yasal bir engel bulunmamaktadır. Hâlbuki sistem kullanım anlaşmasına benzer bir mantıkla madde eklenebilmesi mümkün değildir. Ayrıca 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 21. Maddesi’nde genel işlem şartının yaptırımı, bu şartı taşıyan maddelerinin yazılmamış sayılması olarak öngörülmüştür. Sistem kullanım anlaşması doğrudan bir kamu hizmetinin ifasıyla ilgili olduğu için, maddelerinden herhangi birinin yazılmamış sayılması yaptırımına maruz kalması düşünülemez. Aksi takdirde, bir idari merci olan EPDK’nin, “sistem kullanım anlaşmasını onaylama ve yürürlüğe sokma” yönündeki idari işleminin, bir adli yargı yerinin kararıyla ve dolaylı olarak kısmen iptal edilmesi söz konusu olacaktır. Zira, bu onaylama ve yürürlüğe sokma idari işlemi, aynı zamanda sistem kullanım anlaşmasının bütün maddelerinin EPDK tarafından uygun bulunması anlamına da gelmektedir. Hâliyle böyle bir karar da 2577 Sayılı Kanun’a aykırılık teşkil edecektir.

IV. SİSTEM KULLANIM ANLAŞMASIYLA İLGİLİ ÖĞRETİDEKİ FARKLI GÖRÜŞLER

Söz konusu anlaşmanın bir özel hukuk sözleşmesi olduğunu ileri süren Doğan¹¹⁰, görüşünü savunurken detaylı bir hukuki nitelendirme yapmakla birlikte, ruhsat tipleri ve elektrik enerjisi sektöründe şirketlere verilen lisanslar üzerinden ve başka ülke hukuk sistemlerinde konunun nasıl ele

¹¹⁰ Doğan, a.g.e.

alındığına değinerek ve özellikle Fransız hukuk sisteminde sistem kullanım anlaşmalarından örnek vererek konuya ışık tutmayı seçmiş, bunu yaparken anlaşmanın yukarıda ayrıntılı olarak verilen özelliklerini göz ardı etmiştir. Sistem kullanım anlaşmasını detaylı bir şekilde inceleyen Doğan, TEİAŞ'ın özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterdiğini, TEİAŞ ile tamamen özel hukuk tüzel kişisi konumunda olan piyasa katılımcıları arasındaki tüm ilişkilerin özel hukuk hükümlerine tabi olması gerektiğini, dolayısıyla taraflar arasındaki tüm sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri olduğunu ileri sürmüştür.¹¹¹ Yazarın bu çıkarımında bulunduğu tarihte 4628 Sayılı Kanun'da 'bağlantı ve sistem kullanım anlaşması' ve 'ikili anlaşma' tanımı yer almaktayken ve her iki kanun da elektrik piyasasındaki bütün sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirme yoluna gitmemişken, yazarın bu nitelendirmede bulunması kanımızca isabetli olmamıştır. Yazar, 4628 ve 6446 Sayılı Kanunların 1. Maddesi'nde geçen "*elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin yapılmasının sağlanmasıdır.*" düzenlemesinden hareketle, elektrik piyasasının özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren bir piyasa olduğuna, böyle bir piyasada faaliyet gösteren bir şirketin de kamu gücünü kullanarak idari işlem tesis etmesinin ve idari para cezası uygulamasının mümkün olmadığını savunmaktadır.¹¹² Söz konusu kanunun 8. Maddesinde elektrik enerjisi iletim hizmetinin münhasıran TEİAŞ tarafından yerine getirildiğinin öngörülmesi ve "*rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre yürütülme*" bakımından aynı kanun tarafından elektrik iletim hizmetinin ayrıktutulmuş olması nedenleriyle Doğan'a bu hususta katılamamaktayız.

Yavuz, elektrik piyasasındaki ikili anlaşmaların özel hukuk hükümlerine tabi olduğuna ilişkin kanundaki netliğin, bağlantı ve sistem kullanım anlaşmaları için söz konusu olmadığını, bu nedenle bu anlaşmaların hukuki niteliğinin tartışmalı olduğunu, Alman elektrik piyasası mevzuatında da bu konuda netlik bulunmadığını, fakat Alman içtihatlarınca sistem kullanım anlaşmasının özel hukuk sözleşmesi olarak tanımlanmış olduğunu belirterek, anlaşmanın Kurul onayı işleminin niteliğine, kanunun bu anlaşmanın hukuki niteliğini belirlememesine ve şebeke faaliyetlerinin sistem işleyişi bakımından önemi ve doğal tekel niteliğine dikkat çekerek, bu anlaşmanın kamu hukukuna tabi olduğunun ileri sürülebileceğini belirtmiştir. Ayrıca Yavuz, tip bir sözleşme olarak nitelendirilmesinin yanında sistem kullanım anlaşmasının, şebekeye erişim bakımından sözleşme yapma zorunluluğu ve sözleşme yapılan

¹¹¹ Beşir Fatih Doğan, a.g.e., s. 65.

¹¹² Doğan, a.g.e.



tüzel kişilere eşit davranma yükümlülüğü içermesi nedenleriyle, sözleşme yapma serbestisi barındırmama ve belirli bir sözleşmesel ilişki içerisinde yer alma bakımından klasik bir özel hukuk sözleşmesinden ayrıldığını da vurgulamaktadır.¹¹³

Sözleşmelerle ilgili geleneksel yaklaşımın “*özel hukuk sözleşmesi – idari sözleşme*” olmakla birlikte, söz konusu yaklaşımın dışına çıkan ve ne tam olarak özel hukuk sözleşmesi ne de tam olarak idari sözleşme tanımına uyan sözleşmeler de bulunduğunu belirten ve bu 3. tip sözleşmeleri “*idarenin müdahale ettiği özel hukuk sözleşmeleri (bileşik iradeli birleşme sözleşmeler)*” olarak tanımlayan Sezginer, konuyla ilgili üretim ve dağıtım şirketi arasındaki sistem kullanım anlaşmasına değinmiş, taraflarından birinin idare olduğu özel hukuk sözleşmelerinde de sözleşmenin tarafı olmayan bir idarenin sözleşmeye müdahale etmesinin söz konusu olabileceğine, taraflardan birince hazırlanıp diğerince bu içeriğin kabul edilmesi söz konusu olmadığı için bu anlaşma bakımından katılmalı sözleşmenin de söz konusu olmadığına, anlaşmada bedele ilişkin bir hüküm bulunmadığına, bu hususa yönelik olarak yayımlanan EPDK metodolojisinin, anlaşmanın tarafları dışında yer alan bir idari makamın, mevzuat gereği taraflar arasındaki alacak-borç ilişkisinde uygulanacak bir idari işlemi olduğuna ve idarenin bu irade açıklamasının idari işlemin tüm özelliklerini taşıdığı için bunun doğal sonucunun, idare hukuku rejimi içerisinde değerlendirilmek olduğuna dikkat çektikten sonra, idari sözleşmelerde dahi sözleşmenin mali hükümlerinin müzakere ile oluşturulduğunu, fakat sistem kullanım anlaşmasının mali hükümlerinin anlaşmanın taraflarının değil, onların dışındaki idarenin iradesini yansıttığını, bu nedenle dağıtım sistemi sistem kullanım anlaşmasının “*idarenin müdahale ettiği özel hukuk sözleşmesi*” olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.¹¹⁴

Ulusoy ise sistem kullanım anlaşmalarının klasik idari sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir.¹¹⁵

V. YARGIKARARLARINDA SİSTEM KULLANIM ANLAŞMASI

Öğretide sistem kullanım anlaşmasının nitelendirilmesindeki belirsizlik ve görüş ayrılıkları, uygulamaya da yansımış ve bunun sonucu olarak sistem kullanım anlaşmalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların hem adli hem de idari

¹¹³ Yavuz, a.g.e., s. 237 – 239.

¹¹⁴ Murat Sezginer, “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli Birleşme Sözleşmeler)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt:17, Yıl:2013, Sayı 1-2; S. 1589 – 1621, s. 1614. <http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_1-2_52.pdf> Erişim Tarihi: 08/12/2019.

¹¹⁵ Mehmet Suat Kayıkcı, “Elektrik Piyasasında Sistem Kullanım Anlaşmalarının Hukuki Niteliği”. <<http://doeplayer.biz.tr/21187720-Elektrik-piyasasinda-sistem-kullanim-anlasmalarinin-hukuki-niteliği-av-mehmet-suat-kayikci.html>> Erişim Tarihi: 17/12/2019.

yargı yerlerinde görülmesi sonucuyla karşılaşılmıştır. Her iki yargı kolunda da davalar görülmüş ve mahkemelerce davanın esasına girilerek kararlar verilmiştir. Konuyla ilgili olarak verilen kararlarda Yargıtay, TEİAŞ'ı özel hukuk tüzel kişisi olarak, sistem kullanım anlaşmalarını da özel hukuk sözleşmesi olarak değerlendirmiş; Danıştay ise TEİAŞ'ı kamu tüzel kişisi olarak, sistem kullanım anlaşmalarını ise özel hukuku aşan hükümler içeren idari sözleşme olarak yorumlamıştır. Olumsuz görev uyuşmazlığı sonucu konu, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin önüne gelmiş, söz konusu yüksek mahkeme ilk kararında sistem kullanım anlaşmasını özel hukuk sözleşmesi ve tarafların bu sözleşme tahtındaki ilişkisini özel hukuk ilişkisi olarak yorumlamış, sonraki tarihli başka bir kararındaysa anılan anlaşmayı idari sözleşme olarak nitelendirmiştir.

A. Adli Yargı Kararlarında Sistem Kullanım Anlaşması

Adli yargıda görülen davalar, sistem kullanım anlaşmasındaki iletim sistemi kullanıcılarının, sistem kullanım anlaşmasında öngörülen yaptırımlardan biri nedeniyle düzenlenen faturanın bedelini ödemeksizin borçlu olmadıklarının tespiti talepli olarak açtıkları menfî tespit davaları ile dava konusu fatura bedelini ödedikten sonra açtıkları istirdat davalarından oluşmaktadır. Nadiren de olsa, faturanın hukuka aykırılığının yanında, “*genel işlem koşulları nedeniyle sistem kullanım anlaşmasının bazı maddelerinin yazılmaması*” istemli olarak da dava açılabilir. Bu davalarda adli yargı yerlerince, *TEİAŞ'ın 233 sayılı KHK hükümlerine tabi bir İktisadi Devlet Teşekkülü olduğu vurgulanmakla birlikte, 4628 sayılı Kanun ve ikincil mevzuat kapsamında iletim faaliyeti yürütmekle görevlendirildiği, TEİAŞ tarafından yürütülen elektrik iletim hizmetinin bir kamu hizmeti olduğu, kamu hizmetinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerin, idareye sözleşmelerin yürütülmesi sırasında bir takım üstün yetkiler tanınması bakımından özel hukuk sözleşmelerinden ayrıldığı, dava konusu uyuşmazlıkta her ne kadar taraflar arasındaki anlaşma bir sözleşme metni gibi düzenlenmiş ise de, gerek TEİAŞ tarafından tek taraflı olarak hazırlanmış olması, gerekse EPDK tarafından onaylanarak yürürlüğe girmesi nedeniyle iki taraflı irade beyanına havi bir özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmediği, Yöntem Bildirimi'nin ise bir idari işlem olarak değerlendirildiği, buna göre davanın idari yargı yerlerinde görülmesi gerektiği gerekçesiyle davanın görevsizlik nedeniyle reddine karar verilmiştir.* Bu yöndeki kararların temyizi üzerine Yargıtay, *TEİAŞ'ın 233 sayılı KHK'ya tabi bir Kamu İktisadi Teşebbüsü olduğu, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 18/1. maddesinde “Ticaret şirketleriyle gayesine varmak için ticari bir işletme işleten dernekler, kendi kuruluş kanunları gereğince hususi hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, Vilayet, Belediye gibi amme hükmi şahısları tarafından kurulan teşebbüs ve müesseseler dahi tacir sayılırlar.”* hükmünde



yer alan “teşebbüsler”in 233 sayılı KHK’da sözü edilen “kamu iktisadi kuruluşu” ve “kamu iktisadi teşebbüsü” olduğunun kabul edilmesi gerektiği, tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan bu teşebbüslerin 233 sayılı KHK ile saklı tutulan konular dışında özel hukuk hükümlerine tabi olduğu, kamu iktisadi teşebbüslerinin tacir sıfatını kazanabilmek için “kuruluş kanunları uyarınca özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek” ya da “ticari şekilde işletilmek üzere kurulmak” şartlarından birinin sağlanmasının yeterli olduğu; TEİAŞ’ın Anastatüsünde Teşekkülün, EPK, KHK ve Anastatü hükümleri saklı kalmak üzere özel hukuk hükümlerine tabi olacağına belirtildiği, buna göre davalının özel hukuk tüzelkişisi olarak kabul edilmesi gerektiği, uyuşmazlık konusunun idari bir işlem veya eylem niteliğinde olmadığı, bu nedenle uyuşmazlığın çözüm yerinin adli yargı olması gerektiği belirtilerek adli yargı ilk derece görevsizlik kararlarının bozulmasına karar vermiştir.¹¹⁶ Yargıtay, söz konusu bozma kararlarında sistem kullanım anlaşmasıyla ilgili hukuki değerlendirme yapmaktan kaçınmış, sadece anlaşmanın taraflarının özel hukuk tüzel kişisi olduğuna vurgu yapıp, 2 özel hukuk tüzel kişisinin yaptığı sözleşmenin adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Başka bir deyişle Yargıtay, anlaşmanın türünü yorumlarken anlaşmanın özelliklerinden ziyade anlaşmanın taraflarını göz önünde bulundurmuş, anlaşmanın özelliklerine değinmemiştir. Dahası Yargıtay, TEİAŞ’ı sıradan bir özel hukuk tüzel kişisi olarak görmüş, onun anlaşma tahtında hareket ederken özel hukuku aşan üstün kamusal yetkiler kullandığını, anlaşmayı diğer tarafın itiraz ettiği hususları göz önüne almadan hazırlayıp EPDK’nin onayına sunabildiğini, gerek 4628 Sayılı Kanun gerekse 6446 Sayılı Kanunda elektrik enerjisi iletim hizmetinin münhasıran TEİAŞ tarafından ifa edildiğini, TEİAŞ’ın bu hizmeti ifa etmek için kamulaştırma başta olmak üzere kamu gücü kullandığını göz ardı etmiştir. Anlaşmanın konusunu oluşturan elektrik iletim faaliyetinin kamu hizmeti olup olmadığı hususuna da bozma kararlarında değinilmediği göze çarpmaktadır. Özetle Yargıtay’ın anılan bozma kararlarındaki hukuki tahlilinin, pek çok yönden eksik ve yüzeysel olduğu ileri sürülebilir.

B. İdari Yargı Kararlarında Sistem Kullanım Anlaşması

İdari yargı yerlerinde ise, sistem Kullanım Anlaşması uyarınca TEİAŞ tarafından düzenlenen faturaların, 5326 Sayılı Kabahatler Kanununda dayanağı bulunmayan idari para cezası olduğu ileri sürülerek, bu yöndeki idari işlemin iptali ve varsa bu işleme dayalı olarak yapılan ödemelerin taraflarına iadesi istemli olarak iptal ve tam yargı davaları açılmıştır. Bu davalarda bazı

¹¹⁶ Yargıtay 3. H.D. 2014/5464 E. 2014/12803 K. Sayılı 01/10/2014 Tarihli, 23. H.D. 2014/7403 E., 2015/4452 K. Sayılı 10/06/2015 Tarihli, 2015/9133 E. 2017/1665 K. Sayılı 05/06/2017 Tarihli, 2015/5520 E. 2015/6036 K. Sayılı 28/09/2015 Tarihli Kararları. <<https://www.corpus.com.tr/>> Erişim Tarihi: 06/10/2018.

mahkemelerce, bir önceki bölümde Yargıtay'ın bozma kararlarında yer alan gerekçelerle görev yönünden reddine karar verilmiştir. Bu yöndeki kararlara karşı kanun yollarına başvurulması üzerine Danıştay 13. Dairesi tarafından verilen kararlarda ise özetle; *mülga 4628 ve 6446 sayılı Kanunlara göre elektrik enerjisi iletim faaliyetinin ancak tekel niteliğinde ve TEİAŞ tarafından yürütülebileceğinin belirtildiği, 233 sayılı KHK hükümlerine göre ise TEİAŞ'ın, ekonominin kurallarına uygun olarak faaliyette bulunmak üzere kurulan sermayesinin tamamı Devlete ait, tüzelkişiliğe sahip bir kamu kuruluşu olduğu, ilgili mevzuat uyarınca iletim faaliyetinin TEİAŞ'a ait olduğu; anılan şirketin iletim faaliyeti dışında herhangi bir faaliyetle iştigal edemeyeceği; kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesi gereken bu hizmetin, özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılmasına yasal olanak bulunmadığı; iletim kamu hizmetinin elektrik dağıtım şirketleri açısından zorunlu unsur niteliğinde olduğu ve bu hizmetin davalı TEİAŞ ile dağıtım şirketleri arasında akdedilen sistem kullanım ve bağlantı anlaşmaları ile gerçekleştirildiği, özel faaliyetler için söz konusu olmayacak üstün ayrıcalıklara sahip olan, yükümlülükler rejimine tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen kamu hizmeti niteliğindeki elektrik dağıtım faaliyetini yürüten davacı şirket ile elektrik iletim faaliyetiyle iştigal eden ve yasal tekel niteliğini haiz TEİAŞ arasındaki ilişkinin iletim faaliyeti özelinde özel hukuk ilişkisi olarak değerlendirilemeyeceği, söz konusu anlaşmaların hazırlanmasına ilişkin mevzuat hükümleri ve sözleşme metninin değerlendirilmesinden, sözleşme serbestisinden söz edilemeyeceği, sözleşmenin özel hukuku aşan bir rejime tabi olduğu ve sözleşmede özel hukuku aşan hükümler bulunduğundan, dava konusu ceza faturası idari işleminin idari sözleşme niteliğinde olduğu tespit edilen Sistem Kullanım Anlaşmasının ilgili hükümleri uyarınca tesis edildiği belirtilerek, bu nedenle uyuşmazlığın adli yargı yerlerince çözülmesi gerektiği gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine ilişkin mahkeme kararlarının bozulmasına karar verilmiştir.¹¹⁷ Danıştay 13. Dairesi'nin konuyla ilgili vermiş olduğu bir başka kararda ise, elektrik piyasası faaliyetlerinin yürütülmesinde kamu - özel ayrımı yapılmaksızın ruhsat alınması zorunluluğu getirildiğinin altı çizilerek, iletim hizmetinin bu hususta tek lisans sahibi tüzel kişi olan TEİAŞ tarafından münhasıran yerine getirildiğine, elektrik piyasası faaliyetlerinin, arz güvenliğini ve kamu hizmeti gerekliliklerini sağlayacak uyum içinde yürütülmesi adına düzenleme, denetleme ve kolluk faaliyetlerinde bulunma işlevlerinin kamu gücüyle yerine getirildiği bir kamu hizmeti faaliyeti olduğuna vurgu yapılmıştır. Elektrik enerjisi dağıtım hizmetini de, dağıtım şirketlerinin lisanslarında belirtilen bölgelerdeki tesislerde yenileme, ikame ve kapasite artırımı yatırımlarını yapma, dağıtım*

¹¹⁷ Danıştay 13. D. 2013/3259 E. 2013/3394 K. 04/12/2013 Tarihli, 2014/2005 E. 2014/2889 K. 11/09/2014 Tarihli Kararları. <<https://www.corpus.com.tr/>> Erişim Tarihi: 06/10/2018.



sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan tüm sistem kullanıcılarına, eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin elektrik enerjisi dağıtım ve bağlantı hizmeti sunma yükümlülükleri getirildiği gözetildiğinde, bölgesel tekel niteliğindeki bir kamu hizmeti olarak yorumlayan yüksek mahkeme, belirtilen hususların birlikte değerlendirilmesinden, elektrik iletim hizmetinin tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olduğu, bu hizmetin bir yasal tekel olan TEİAŞ tarafından gerçekleştirildiği, elektrik dağıtım hizmetinin ise bölgesel tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olduğu, lisanslı dağıtım şirketleri tarafından yerine getirildiği, iletim kamu hizmetinin elektrik dağıtım şirketleri açısından bir zorunlu unsur niteliğinde olduğu ve bu hizmetin TEİAŞ dağıtım şirketleri arasında akdedilen sistem kullanım ve bağlantı anlaşmalarıyla gerçekleştirildiği, bu bağlamda bir kamu hizmetinin ifası amacıyla, kamu tüzel kişisi doğal tekel TEİAŞ ile dağıtım şirketleri arasında akdedildiğinden sistem kullanım anlaşmasının bir idari sözleşme olduğu, dava konusu edilen faturaların da idari sözleşmede öngörülen cezai şart uyarınca düzenlendiği sonucuna varılmıştır.¹¹⁸ Danıştay'ın söz konusu kararında sistem kullanım anlaşması ve bu anlaşmada öngörülen yaptırımlar uyarınca düzenlenen faturalar hakkında yaptığı ve konuyla ilgili diğer kararlarda rastlanmayan hukuki değerlendirme, başka bir konuyu gündeme getirmiştir: İdari sözleşmelere cezai şart konabilir mi?

Bu konuda Ankara Bölge İdare Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda oldukça ayrıntılı bir değerlendirmede bulunmuştur. Söz konusu kararda, *elektrik piyasası kanununda, Kurul onayına tabi olmayan ve imzalanması öngörülen diğer anlaşmaların özel hukuk hükümlerine tabi olduğunun ifade edilmiş olduğu, belirtilen tanımlamaların karşıt anlamından, sistem kullanım anlaşmalarının da kamu hukukuna tabi olduğu sonucuna varılabilirse de, Kanun'da açık bir nitelendirmeye gidilmediğinden konunun, sözleşmenin tarafları, sözleşmenin konusu ve sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içerip içermediği kıstasları yönünden irdelenmesi gerektiği, konu ile ilgili olarak belirtilen mevzuat ve sözleşme hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, elektrik iletim hizmetinin tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olduğu, bu hizmetin bir yasal tekel olan TEİAŞ tarafından gerçekleştirildiği, elektrik dağıtım hizmetinin ise bölgesel tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olduğu ve davacı şirket gibi lisanslı dağıtım şirketleri tarafından yerine getirildiği, iletim hizmetinin elektrik dağıtım şirketleri açısından zorunlu unsur niteliğinde olduğu ve bu hizmetin bir kamu tüzel kişisi ve doğal tekel olan TEİAŞ ile dağıtım şirketleri arasında akdedilen sistem kullanım ve bağlantı anlaşmaları ile gerçekleştirildiği, bu bağlamda bu sözleşmelerin bir kamu hizmetinin ifası amacıyla akdedildiği, anlaşmanın TEİAŞ tarafından hazırlandığı ve EPDK tarafından onaylandığı, sözleşme hükümlerinin aynı zamanda EPDK tarafından çıkarılan ikincil düzenlemelerde*

¹¹⁸ Danıştay 13. D. 2015/1474 E. 2015/1474 K. Sayılı, 11/11/2015 Tarihli Kararı. <<https://www.corpus.com.tr/>> Erişim Tarihi: 07/10/2018.

de yer aldığı, dağıtım şirketinin, lisansa konu faaliyeti yürütebilmesi açısından bu anlaşmaların imzalanmasının zorunlu olduğu, bu çerçevede sözleşme serbestisinden söz edilemeyeceği, EPDK'nin sözleşmenin genel hükümlerinde tek taraflı olarak değişiklik yapma yetkisine sahip olduğu, sözleşmede ödenmesi öngörülen bedellerin EPDK tarafından belirlendiği, söz konusu bedellerin ödenmesinde gecikmeye düşülmesi halinde 6183 sayılı Kanun uyarınca faiz uygulanacağı, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tarafların EPDK'ye başvurabilecekleri, bu durumda uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin EPDK kararlarının bağlayıcı olduğu hususları birlikte dikkate alındığında, sistem kullanım anlaşmalarının özel hukuku aşan bir rejime tabi olduğu ve tüm değerlendirme kıstasları açısından idari sözleşme özelliklerini taşıdığına kuşku bulunmamakla birlikte, idari sözleşmelere, özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi, tarafların sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini tam ve gereği gibi ifa etmeleri amacıyla cezai hükümler konulmasına engel olan bir yasal düzenleme bulunmadığı, bu itibarla, bağlantı ve sistem kullanım anlaşmalarında, bu anlaşmalar kapsamında iletim hizmeti alan kullanıcıların, bu hizmeti alırken uymaları gereken yükümlülüklerin belirlenmesinde ve bu yükümlülükler uymaması halinde cezai şart uygulanacağına dair hüküm konulmasında hukuka aykırı yön bulunmadığına karar vermiştir.¹¹⁹ Bölge İdare Mahkemesi söz konusu kararında, diğer idari yargı kararlarının çoğunda yer verilmeyen, “idari sözleşmelerde cezai şartın yer alıp alamayacağı” hususuna yer vererek, “sistem kullanım anlaşmalarında cezai şart hükümlerinin yer alması nedeniyle bu anlaşmaların özel hukuk sözleşmesi sayılması gerektiği”ne yönelik hâkim anlayışa da karşı çıkmıştır. İdari sözleşmelerde idarenin, kamu yararı gerekçesiyle sözleşmeyi tek yanlı olarak sona erdirebileceği, aynen ifa; zorunlu hallerde işe el koyma, işi karşı taraf nam ve hesabına yaparak ve başkasına ihale etme; sadece yaptırım yeterli olacak hâllerde para cezası, cezai şart, teminatın irat kaydedilmesi gibi yaptırımlar uygulayabileceği öğretide de kabul edilmektedir.¹²⁰

C. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında Sistem Kullanım Anlaşması

Sistem kullanım anlaşmasından kaynaklanan davalarda adli ve idari yargı yerleri arasında çıkan görev uyuşmazlıkları üzerine konu Uyuşmazlık Mahkemesi'ne intikal etmiş, söz konusu yüksek mahkeme, konuyla ilgili olarak birbirinin tam zıttı 2 karara imza atmıştır. Sistem kullanım anlaşmasının bir özel hukuk sözleşmesi olduğuna hükmettiği kararında,¹²¹ davacı elektrik dağıtım

¹¹⁹ Ankara BİM, 7. İDD, 2016/53 E. 2016/54 K. Sayılı, 26/10/2016 Tarihli Karar. <www.corpus.com.tr> Erişim Tarihi: 08/10/2018.

¹²⁰ Hasan Nuri Yaşar, İdare Hukuku: Genel Esaslar (İkinci Baskı, Der Yayınevi, İstanbul, 2014), s. 333.

¹²¹ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2012/129 E., 2013/621 K. Sayılı, 13/05/2013 Tarihli Kararı <www.corpus.com.tr> Erişim Tarihi: 21/10/2018.



şirketinin, TEDAŞ'ın belirli bölgelere ayrılması sonrasında ortaya çıkan ve işletme hakkının devri yöntemiyle özelleştirilen bir şirket olmasına rağmen, kamu hizmeti ifa ettiğini vurgulamakla birlikte, davacıyla TEİAŞ arasında imzalanan sistem kullanım anlaşmasının tarafların özgür iradeleriyle imzalanmış bir anlaşma olduğundan bahisle bu anlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesi gerektiğine karar vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesinin bu kararının son derece yüzeysel olduğu ve sistem kullanım anlaşmasıyla ilgili mevzuat ve bu anlaşmanın özellikleri irdelenmeksizin bu kararın verildiği açıktır. Zaten yüksek mahkeme, anılan karardan yaklaşık bir sene sonra verdiği bir başka kararda, bu tip uyuşmazlıkların nitelendirilmesi konusunda ikili bir ayrıma gitmiş, anlaşmanın taraflarının TEİAŞ ve özelleştirilmemiş bir dağıtım şirketi olması hâlinde anlaşmanın her 2 tarafının da idare olması nedeniyle anlaşmanın bir idari sözleşme olacağı ve anlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargıda görülmesi gerektiği, anlaşmanın diğer tarafının özelleştirilmeye uğramış bir dağıtım şirketi ya da başka bir özel hukuk tüzel kişisi olması hâlinde anlaşmanın bir özel hukuk sözleşmesi olacağı ve anlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹²² Yüksek mahkeme bu kararında, konuyla ilgili vermiş olduğu önceki karara nazaran çok daha ayrıntılı ve yerinde bir hukuki irdelemede bulunmuş, TEİAŞ'ın elektrik piyasası mevzuatındaki görevlerine yer vererek, **TEİAŞ'ın özel hukuk hükümlerinden ayrık tutulduğunu ve idare hukuku alanına dâhil edildiğini**, TEİAŞ tarafından talep edilen ve sistem kullanım anlaşması uyarınca düzenlenen ceza faturasının kamu alacağı olduğunu vurgulamıştır.

Bununla birlikte yüksek mahkemenin, özelleştirme öncesi-özelleştirme sonrası ayrımı kanımızca isabetli olmamıştır. Zira sistem kullanım anlaşmasında asıl olan elektrik iletim sisteminin kullanılması olup, özelleştirme öncesi dönemde TEDAŞ'ın TEİAŞ ile imzaladığı sistem kullanım anlaşması kapsamında elektrik dağıtım hizmeti kamu hizmeti iken, özelleştirme sonrası dönemde bölgesel tekel hâline gelen elektrik dağıtım hizmeti, kamu hizmeti özelliğini kaybetmemektedir. Benzer şekilde bir elektrik üretim şirketi ya da otoprodüktör lisansına sahip olup da kendi ürettiği elektriği kendi ihtiyaçları için kullanan ve bunu da TEİAŞ'ın elektrik iletim hattına bağlanarak yaparak sınai faaliyet yürüten başka bir şirket için de elektrik iletim hizmeti, kamu hizmeti olmaya devam etmektedir. Gerek elektrik üretim gerekse elektrik dağıtım şirketleriyle aynı iletim sistemi sistem kullanım anlaşması imzalanmaktadır. Anlaşmanın karşı tarafının özelleştirilmemiş ya da özelleştirilmiş bir elektrik dağıtım şirketi olması, ya da elektrik üretim lisansı sahibi özel hukuk tüzel kişisi olması, TEİAŞ'ın ve EPDK'nin anlaşma tahtında kullandığı üstün kamusal yetkileri değiştirmemekte ya da anlaşmanın hazırlanma ve imzalanma

¹²² Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2013/1855 E. 2014/502 K. Sayılı 05/05/2014 Tarihli Kararı <www.corpus.com.tr/> Erişim Tarihi: 21/10/2018.

süreçlerinde herhangi bir değişikliğe yol açmamaktadır. İdari sözleşmenin maddi ölçütü taraflarından birinin idare, diğerinin ise özel hukuk sözleşmesi olduğu durumlarda gündeme geldiği halde yüksek mahkemenin, konuyla ilgili vermiş olduğu ikinci kararında idari sözleşme ölçütlerine hiç değinmeyerek, taraflarından birinin, özelleştirme sonrası özel hukuk tüzel kişisine dönüşerek elektrik dağıtım şirketi olduğu sistem kullanım anlaşmalarını özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirip, elektrik dağıtım şirketinin, özelleştirilmeden önce bir kamu tüzel kişisi olarak yer aldığı sistem kullanım anlaşmalarını ise idari sözleşme olarak nitelendirmesi, görev uyuşmazlığını çözme noktasında hukuki açıdan eksik ve yetersiz bir değerlendirme olarak karşımıza çıkmaktadır.

SONUÇ

TEİAŞ'ın taraf olduğu sistem kullanım anlaşmalarının sözleşmesel nitelendirilmesi ve bu anlaşmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların hangi yargı yolunda görülmesi gerektiği, çözüme kavuşturulmayı bekleyen hukuki meseleler olarak durmaktadır. Anlaşmanın taraflarının, birinin özel hukuk tüzel kişisi, diğerinin kamusal güç kullanabilen bir kamu iktisadi teşebbüsü olmak üzere, ikisinin de tacir olması, anlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlıkların hem adli hem de idari yargı yerlerinde görülmesine sebebiyet vermiştir. Danıştay'ın konuyla ilgili kararları yeterince ayrıntılı ve yerinde hukuki değerlendirmede bulunduğu halde, hem adli yargı yerlerinin sistem kullanım anlaşmasının hukuki tahliliyle ilgili olarak Yargıtay'ın kararlarında çizilen dar çerçevenin dışına çıkmaması, hem de Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu anlaşmaları önce özel hukuk sözleşmesi, sonrasında özelleştirme öncesi dönem – özelleştirme sonrası dönem ayırımına giderek idari sözleşme olarak tanımlaması, konunun sürüncemede kalmasına neden olmuştur. Öğretide de elektrik üretim ve dağıtım hizmetlerinin özelleştirilmesi sonrasında bu hizmetlerin kamu hizmeti olup olmadığıyla ilgili farklı görüşler, konuyla ilgili uygulama birliğine varılmasını daha da güçleştirmiştir.

Elektrik üretim ve dağıtım hizmetleri de elektrik iletim hizmeti gibi birer kamu hizmetidir ve elektrik üretim hizmetinin kısmen, elektrik dağıtım hizmetininse tamamen *özel* hukuk tüzel kişileri eliyle veriliyor olması, bu hizmetleri birer kamu hizmeti olmaktan çıkarmamaktadır. Elektrik üretim ve dağıtım şirketleri arasında imzalanmış olan sistem kullanım anlaşmasının bile klasik bir özel hukuk sözleşmesi olmadığı ortadayken, iletim sisteminin kullanılmasıyla ilgili olarak imzalanan sistem kullanım anlaşmasının bir özel hukuk sözleşmesi olmadığına da evleviyetle kabulü gerekir. Bununla birlikte, kendisini oluşturan tarafların iradesinin dışında, bir düzenleyici denetleyici kurum olan EPDK'nin onayıyla yürürlüğe girmesi, bazı hükümlerinin EPDK'nin izni olmadan değiştirilemiyor olması, elektrik piyasasındaki tarifelerin sistem kullanım anlaşmasının mali hükümlerini oluşturması nedenleriyle, TEİAŞ'ın taraf olduğu sistem kullanım anlaşmalarının klasik idari sözleşme olmadıkları da ortadadır. Bu nedenle söz konusu anlaşmaları, Sezginer'inkine benzer bir

şekilde, anlaşmanın tarafı olmayan bir idarenin müdahale ettiği “*sui generis idari sözleşme*” olarak tanımlamak yerinde olacaktır.

Son tahlilde, TEİAŞ'ın taraf olduğu sistem kullanım anlaşması, idari sözleşme ölçütlerinin tamamını karşıladığı için bir idari sözleşmedir ve bu nedenle, görevli yargı yeri noktasında herhangi bir yasal düzenlemeye bile gerek olmaksızın, bu anlaşmadan kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargı yerlerince çözüme bağlanması gerekir. Ancak, adli ve idari yargı yerlerinin ve uyuşmazlık mahkemesinin konuyla ilgili farklı kararlar vermesi nedeniyle, öğretilerdeki ve uygulamadaki “*sistem kullanım anlaşmasının hukuki nitelendirmesi*” ve “*bu anlaşmalardan kaynaklanan uyuşmazlıklardaki görevli yargı yolu*” hususlarındaki belirsizliğin, bu konuda açık bir yasal düzenleme getirilmediği takdirde devam edeceği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

AKÇOLLU, Fatma Yeşim: “Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon”, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi*, 2003.

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku* (Yenilenmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül 2018).

ATAMER, Yeşim M.: *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, Şubat 2001).

ATAY, Ender Ethem: *İdare Hukuku* (4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014).

AYANOĞLU, Taner: “Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt:13, Yıl: 2000, Sayı:1; S. 66 – 86.

CAN, Mustafa Erdem: *Hukuki Açıdan Elektrik Piyasasında Rekabet* (Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2006).

ÇAL, Sedat: “Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:56, Yıl: 2002, Sayı:2, S. 163 – 197.

ÇAL, Sedat: “Araç Muayene Hizmetinin Özelleştirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Yıl: 2008, Sayı: 2, S. 63 – 113.

ÇAL, Sedat: “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: XIV, Yıl: 2010, Sayı: 1, S. 223 – 274.

ÇAL, Sedat: “Kamu Hizmeti: Bir Tanım Denemesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Yıl: 2007, Sayı: 1 – 2, S. 599 – 655.

DAĞDELEN, Ahmet Hakan: “Genel İşlem Şartları ve Teşmil ile Yürürlük Denetiminin Esasları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Yıl: 2009, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı; S. 637 – 652.

DOĞAN, Beşir Fatih: “TEİAŞ’ın Uyguladığı Cezai Şartların Hukuka Uygunluğu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Yıl: 2013, Sayı: 1, S. 61 – 84.

ERGÜN, Çağdaş Evrim: *Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti* (Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010).

FALCIOĞLU, Egemen: *Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların İdari İşlemlerinde Yargısal Denetiminin Kapsamı ve Etkinliği* (Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018).

GÖNEN, Yakup: “Elektrik Piyasası Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Niteliğine İlişkin Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 14, Yıl: 2010, Sayı: 2, S. 359 – 386.

GÖZLER, Kemal ve KAPLAN, Gürsel: *İdare Hukuku Dersleri* (18. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Ağustos 2016).

GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku* (Yenilenmiş 5. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2002).

KARADAĞ, Özgür: *Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar* (2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015).

KARAHANOGULLARI, Onur: “Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)”, Doktora Tezi İnternet Paylaşımı, Ankara 2004.

KAYIKÇI, Mehmet Suat: “Elektrik Piyasasında Sistem Kullanım Anlaşmalarının Hukuki Niteliği”.

KILIÇOĞLU, Ahmet: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017).

KIR, Atıf: *Kamu Hizmetinin Görülme Usullerinden Ruhsat Usulü ve Elektrik Piyasası Örneği* (Yetkin Yayınları, Ankara, 2013).

ÖZCAN, Evrim Elvin: *İdare Hukuku Açısından Türkiye’de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve Avrupa Birliği, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları* (Turhan Kitabevi, Ankara 2010).

ÖZEL, Çağlar/ ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu Gülseren/ ÖZEL, Fatma: “Elektrik Piyasalarında Elektrik Sağlama Amaçlı Sözleşmeler”, *Journal of Yaşar University* Cilt:8, Yıl: 2013, Özel Sayı, S. 2075 – 2125.



PIELOW, Johann-Christian: *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung: Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts sowie des französischen und des deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Elektrizitätswirtschaft* (Mohr Siebeck, 2019).

SAVAŞ, Vural: “Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)”, *Anayasa Yargısı Dergisi* Cilt: 15, Yıl: 1998.

SCHNEIDER, Jens–Peter/THEOBALD, Christian: *Recht der Energiewirtschaft* (4., Neu Bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2013).

SEZGİNER, Murat: “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli Birleşme Sözleşmeleri)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:17, Yıl:2013, Sayı 1-2; S. 1589 – 1621.

ŞANLI, Yeliz: “Elektrik Piyasası ya da Elektrik Kamu Hizmeti”, *Mülkiye Dergisi*, Cilt 31, Yıl: 2007, Sayı 254, S. 51 – 71.

ŞANLI, Yeliz: “Elektrik Hizmeti Kamu Hizmetidir” (TMMOB Türkiye VII. Enerji Sempozyumu, Ankara, 17 – 19 Aralık 2009).

TALUS, Kim: *Introduction to EU Energy Law* (1. Edition, Oxford University Press, 2016).

TAMZOK, Nejat: “Kamu Politikası Analizi: Elektrik Enerjisi Sektörü”, Doktora Tezi (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2007.

TEKİNSOY, Mehmet Ayhan: “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 55, Yıl: 2006, Sayı: 2, S: 181 – 227.

ULUSOY, Ali Dursun: *Kamu Hizmeti İncelemeleri* (Ülke Kitapları, Ankara, Eylül 2004).

YAŞAR, Hasan Nuri: *İdare Hukuku: Genel Esaslar* (İkinci Baskı, Der Yayınevi, İstanbul, 2014)

YAVUZ, Mustafa: *Elektrik Piyasası Kanunu'nun Öngördüğü Hukuki Rejim ve Elektrik Enerjisi Tedarik Sözleşmeleri -Özellikle İkili Anlaşma-* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2011).

İnternet Kaynakları:

Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı (www.corpus.com.tr)

Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (www.epdk.org.tr)

German Law Archive (<https://germanlawarchive.iuscomp.org/>)

Resmî Gazete (<https://www.resmigazete.gov.tr>)

T.C. Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi (<https://www.mevzuat.gov.tr/>)

Türkiye Büyük Millet Meclisi (www.tbmm.gov.tr)