

ELEKTRİK ÜRETİM VE DAĞITIM TESİSLERİNİN DENETLENMESİNE İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ÜZERİNE

Cem Çağatay ORAK*

ÖZET

Anayasa Mahkemesi, son dönemde verdiği kararlar ile elektrik üretim ve dağıtım tesislerinin denetiminin özel hukuk kişilerinden hizmet satın alınması yoluyla yapılmasına imkân tanıyan bazı yasal düzenlemeleri iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararlarının gerekçesi incelendiğinde, daha çok yasama yetkisinin devredilemezliği prensibi üzerinde durulduğu görülmektedir. Ne var ki, kolluk ve kamu hizmeti düzleminde denetim hizmetinin özel kişilere gördürülmesine yönelik tartışmalar; Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararları, elektrik piyasasını düzenleyen mevzuat ve sektör uygulamaları dikkate alındığında yeniden şekillenmiştir. Bu çalışma, esas olarak Anayasa Mahkemesi'nin sözü edilen iptal kararlarının, anayasa hukuku ve idare hukukunun genel ilke ve prensipleri çerçevesinde değerlendirilmesini amaçlamaktadır. Bununla beraber, konunun eklemlendiği zemin dikkate alındığında, denetim hizmetinin özel kişilere gördürülmesine ilişkin olarak teori ve uygulamadaki yaklaşım ve gelişmeler de inceleme kapsamına dâhil edilmiştir.

CONSIDERATIONS ON THE CONSTITUTIONAL COURT'S DECISIONS IN RELATION TO THE SUPERVISION OF ELECTRICITY GENERATION AND DISTRIBUTION FACILITIES

ABSTRACT

Constitutional Court recently annulled certain statutory provisions which enable private legal entities to supervise electricity generation and distribution facilities by virtue of service contracts to be concluded by and between relevant governmental authority and the private legal entities. The reasoning of the Constitutional Court Decisions rather focused on non-delegation of legislative powers. However, legal discussions on whether supervisory services can be performed by private legal entities under the established rules of public service notion and law enforcement services reemerged due to the said annulment decisions of the Constitutional Court, electricity market legislation and market practices. This article mainly intends to examine the annulment decisions of the Constitutional Court from the perspective of well-known constitutional law and administrative law principles. Additionally, given the mainstay

* Dr., Ankara Barosu Avukatı, c.orak@cakmak.av.tr

of the discussions, considerations in theory and practice concerning the provision of supervisory services by private legal entities are also included in the scope of the article.

Anahtar Kelimeler: Yasama yetkisinin devredilemezliği, elektrik piyasası, denetim, kamu hizmeti, kolluk.

Keywords : *Non-delegation of legislative powers, electricity market, supervision, public service, law enforcement services.*

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi, son dönemde verdiği kararlar ile elektrik üretim ve dağıtım tesislerinin denetiminin özel hukuk kişilerinden hizmet satın alınması yoluyla yapılmasına imkân tanıyan bazı yasal düzenlemeleri iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararlarındaki denetim ölçütlerini, yasama yetkisinin devredilemezliği, belirlilik ve eşitlik ilkeleri temelinde yoğunlaştırmış ve iptal kararlarını vermiştir. Bu çalışma, esas itibarıyla söz konusu iptal gerekçelerini anayasa hukuku ve idare hukuku ilke ve prensipleri çerçevesinde eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Bununla beraber, söz konusu iptal kararları ile, kamu hizmeti ve idari kolluk ekseninde özel hukuk kişilerinin hizmet sunumuna ilişkin bazı klasik tartışmalar da yeniden gündeme gelmiştir. Bu bağlamda, özellikle zorunlu denetim hizmetlerinin özel hukuk kişilerinden hizmet satın alınmak suretiyle gördürülüp gördürülemeyeceği hususu da teori ve uygulama ışığında aşağıda ayrıca irdelenmektedir.

I. İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları

1. Anayasa Mahkemesi'nin 05.07.2012 tarih ve E. 2011/27 – K. 2012/101 sayılı Kararı¹ (kısaca “Birinci AYM Kararı”)

29.12.2010 tarih ve 6094 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4. maddesiyle, 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'un 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6(C) maddesinin son fıkrasının “(...) veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak

¹ 06.10.2012 tarih ve 28433 sayılı Resmi Gazete (“RG”).

EPDK tarafından yaptırılabilir. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar; Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir” bölümünün, Anayasa’nın 2, 7 ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükmü iptal etmiştir. Yüksek Mahkeme’nin kullandığı iptal gerekçeleri ana hatlarıyla aşağıdaki şekildedir:

“(…)Denetim şirketlerinin yetkileri ve nitelikleri ile bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkeler belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, yürütme organına düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturur.

Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirtilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması gereklidir.

Denetim şirketlerince yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkelerin belirlenmemesi, söz konusu kuralın belirsizliğine de yol açmakta ve bu belirsizlik, Anayasa’nın 2. maddesine aykırılık oluşturduğu gibi dava konusu kural yönünden Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğini öngören Anayasa’nın 128. maddesi yönünden yapılacak denetime de engel oluşturmaktadır.

Dava konusu kuralda, denetimlerin EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerince yapılması halinde masrafların ilgililere ait olacağı belirtilmiştir. İnceleme ve denetimin EPDK tarafından yapılması halinde denetlenen bakımından mali bir külfete yol açmamakta iken söz konusu denetimin EPDK tarafından yetkilendirilen denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılması halinde denetim masraflarının denetlenenden alınması sonucuna yol açan düzenleme, denetlenenler yönünden aynı hukuki konumda bulunan şirketlere farklı işlem ve yükümlülükler getirilmesi sonucunu doğurmakta ve eşitlik ilkesine de aykırı bulunmaktadır”.

2. Anayasa Mahkemesi'nin 27.09.2012 tarih ve E. 2012/6 – K. 2012/131 sayılı Kararı (kısaca “İkinci AYM Kararı”)

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun geçici 14. maddesinin birinci fıkrasına, 13.02.2011 günlü, 6111 sayılı Kanun'un 204. maddesi ile eklenen (f) bendinin “...veya gerektiğinde yetkilendirilecek denetim şirketlerine yaptırılması sağlanır. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, ilgili bakanlıkların görüşü alınmak kaydıyla DSİ tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.” bölümünün Anayasa'nın 128. maddesine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

İtiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne gelen uyuşmazlıkta Anayasa Mahkemesi aşağıdaki gerekçelerle söz konusu hükmü iptal etmiştir². 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçeleri ana hatlarıyla aşağıdaki şekildedir:

“(…)DSİ, 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinin (l) bendi uyarınca, su yapıları ile etüd ve proje işlerini kendisi yapabildiği gibi aynı zamanda ücreti karşılığında da yaptırma imkânına sahiptir. Ancak DSİ, su yapıları ile ilgili olarak yapının projeye uygun olup olmadığı, fenni icaplara uygun bir şekilde yapılıp yapılmadığı konusunda tek yetkili kurum iken 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun geçici 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen ve başvurunun konusunu oluşturan (f) bendiyle elektrik enerjisi üretmek için yapılacak olan üretim tesislerinin su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının incelenmesi ve denetlenmesinin yetkilendirilecek denetim şirketlerine de yaptırılabilceği kurala bağlanmıştır. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların ise ilgili bakanlıkların görüşü alınmak kaydıyla DSİ tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 7. maddesinde “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez” denilmiştir.

² 13.02.2013 tarih ve 28558 sayılı RG.

Buna göre, yasa ile yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilebilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır. Temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralı ile sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın yönetimin düzenlenmesine bırakılması, Anayasa'nın belirtilen maddesine aykırılık oluşturur.

Anayasa'nın 128. maddesinde ise “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” denilmiştir.

Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idarenin kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır.

Elektrik enerjisi üretmek için yapılacak olan üretim tesislerinin su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının incelenmesi ve denetlenmesi işlemlerinin kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. Nitekim itiraz konusu kuralda bu inceleme ve denetlemenin DSİ tarafından yapılacağı veya gerektiğinde DSİ tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerine yaptırılacağı belirtilmiştir.

Denetim şirketlerine yaptırılacak denetimde, bu şirketlerin yetkilerinin sınırları, söz konusu denetim sonuçlarının DSİ yönünden bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı ve bu aşamada DSİ'nin denetim yetkisinin ayrıca devam edip etmediği, inceleme ve denetimlerde denetlenen şirket ile denetleyen şirketin yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmedeğinin ya da usulsüzlük yapıldığının tespiti halinde uygulanacak yaptırım ve sonuçları, denetimin tekrarlanabilirliği hususlarında dava konusu kuralda bir açıklık bulunmamakta, denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların bakanlıkların görüşü alınmak kaydıyla DSİ tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğinin belirtilmesi ile yetinilmektedir.

Denetim şirketlerinin yetkileri ve nitelikleri ile bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkeler belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, yürütme organına düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturur.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması gereklidir.

Denetim şirketlerince yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkelerin belirlenmemesi, itiraz konusu kuralın belirsizliğine de yol açmakta ve bu belirsizlik, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturduğu gibi dava konusu kural yönünden Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğini öngören Anayasa'nın 128. maddesi yönünden yapılacak denetime de engel oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir(...)"

3. Anayasa Mahkemesi'nin 27.12.2012 tarih ve E. 2012/102 – K. 2012/207 sayılı Kararı³ (kısaca "Üçüncü AYM Kararı")

04.07.2012 günlü 6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen, 20.02.2001 günlü, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 2. maddesinin dördüncü fıkrasının (c) bendinin sekizinci paragrafının beşinci cümlesinde yer alan "... veya yetkilendireceği denetim şirketlerine hizmet satın almak suretiyle ..." ibaresi ile son cümlesinin ve 6353 sayılı Kanunun 31. maddesiyle değiştirilen, 10.05.2005 günlü, 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'un 6/C maddesinin altıncı fıkrasının "...veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir. Denetim şirketleri ile

³ 02.04.2013 tarih ve 28606 sayılı (mükerrer) RG.

ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.” bölümünün iptali talebiyle dava açılmıştır.

6353 sayılı Kanun’un 22. maddesiyle 20.02.2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 2. maddesinin dördüncü fıkrasının (c) bendinin sekizinci paragrafı aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

*“4046 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan özelleştirme sonrası elektrik dağıtım tesislerinin iyileştirilmesi, güçlendirilmesi ve genişletilmesi için yapılan yatırımların mülkiyeti kamuya aittir. Özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım plânlaması ve uygulamasında onay ve değişiklik yetkisi Kurula aittir. Kurul, hizmetin verilmesini sağlayacak yatırımların teklif edilmemesi halinde talep eder ve onaylanmış yatırımlar gerçekleştirilmediği takdirde lisans iptal edilerek yeniden ihale yapılır. Kanun kapsamında tanımlanan elektrik dağıtım şirketlerinin her türlü denetimi Bakanlık tarafından yapılır. Bakanlık bu denetimi bu konuda ihtisas sahibi olan kamu kurum ve kuruluşlarına yetki devri suretiyle **veya yetkilendireceği denetim şirketlerine hizmet satın almak suretiyle** yaptırabilir. Bu kapsamda düzenlenecek denetim raporları Kuruma bildirilir. Denetim raporu sonucuna göre gerekli yaptırım ve işlemler Kurul tarafından karara bağlanır. **Denetim şirketlerinin nitelikleri, yetkilendirilmesi, seçimi, yetkili denetim şirketleri ve denetime tabi şirketlerin hak ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”***

Anayasa Mahkemesi iptal istemini aşağıdaki gerekçelerle reddetmiştir:

“... veya yetkilendireceği denetim şirketlerine hizmet satın almak suretiyle ...” ibaresi:

(...)Dava dilekçesinde, asli ve sürekli görevler kapsamında bulunan elektrik dağıtım şirketlerinin her türlü denetimi görevinin Bakanlık tarafından yetkilendirilecek şirketlerden hizmet satın alınması yoluyla gördürülecek olmasının Anayasa’nın 128. maddesiyle bağdaşmadığı ileri sürülmüştür.

4628 sayılı Kanun’un 2. maddesinin dördüncü fıkrasının (c) bendinde, elektrik dağıtım faaliyetinde bulunabilecek tüzel kişiler düzenlenmiştir. 5398 sayılı Kanun’un 21. maddesiyle anılan bende eklenen sekizinci

paragrafla, özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım planlaması ve uygulamasında onay, değişiklik ve denetim yetkisi Enerji Piyasası Düzenleme Kuruluna (EPDK) verilmiştir. 6353 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle söz konusu sekizinci paragrafta yapılan değişiklikle, Kanun kapsamında tanımlanan elektrik dağıtım şirketlerinin denetimi yetkisi ve görevi EPDK'dan alınarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına verilmiştir.

Dava konusu ibareyi de içeren beşinci cümleyle, Bakanlığın, denetimi bu konuda ihtisas sahibi olan kamu kurum ve kuruluşlarına yetki devri suretiyle veya yetkilendireceği denetim şirketlerinden hizmet satın almak suretiyle yaptırabilmesine olanak tanınmıştır. Denetim yetkisi Bakanlıkta olmakla birlikte denetim sonucu düzenlenen raporların EPDK'ya gönderilmesi ve rapor sonucuna göre gerekli yaptırım ve işlemlerin EPDK tarafından karara bağlanması öngörülmektedir.

Genel olarak kurum ve kuruluşların işlemlerinin ve bu işlemleri yapanların veya iktisadi faaliyet ve olaylarla ilgili olarak ileri sürülen iddiaların önceden belirlenmiş standartlara, ölçütlere ve kurallara uygun olup olmadığını tarafsızca kanıt toplayarak araştırarak, değerlendiren ve ilgililere raporlayan sistematik bir süreç olarak tanımlanan denetim faaliyeti, başlı başına icrai sonuç doğuran bir işlem veya karar niteliğinde değildir. Denetim sonucu düzenlenen raporlar idari işlem kuramı uyarınca hazırlık işlemi niteliğinde olup bu raporların hazırlanması, denetlenen kişinin hukukunda değişiklik yaratmamaktadır. Asıl icrai işlem, denetim sonucunda yetkili makamlarca alınan cezai ve idari kararlar ile başvuru diğer hukuki tedbirlerdir. İcrai kararları almakla yetkili idari makam, hazırlık işlemi niteliğindeki denetim raporundaki tespit ve değerlendirmelerle bağlı değildir. Bu nedenle kural olarak denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesi Anayasa'ya aykırı olmaz.

Dava konusu kuralla, Bakanlığın, elektrik dağıtım şirketlerinin her türlü denetimini yetkilendireceği denetim şirketlerine, hizmet satın almak suretiyle yaptırmasına olanak tanınmakla birlikte bu kapsamda düzenlenecek denetim raporlarının EPDK'ya bildirilmesi ve denetim raporu dikkate alınarak gerekli yaptırım ve işlemlerin Kurul tarafından karara bağlanması öngörülmüştür. Denetim sonucu Kanun'da öngörülen hukuki, cezai ve idari tedbirleri uygulama yetkisi EPDK'da

kalmaya devam ettiğinden, teknik destek sağlamaktan ibaret, hazırlık işlemi niteliğinde bir görev olduğu anlaşılan dağıtım şirketlerinin denetlenmesi görevinin memur ve diğer kamu görevlisi niteliğinde olmayan üçüncü kişilere gördürülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 128. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir(...)"

“Denetim şirketlerinin nitelikleri, yetkilendirilmesi, seçimi, yetkili denetim şirketleri ve denetime tabi şirketlerin hak ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir” ibaresi:

“(...)Dava dilekçesinde, hiçbir ölçü getirilmeden, çerçeve çizilmeden, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olan denetim görevine ilişkin denetim şirketlerinin nitelikleri, yetkilendirilmesi, seçimi, yetkili denetim şirketleri ve denetime tabi şirketlerin hak ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenecek olmasının Anayasa'nın 123. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle kural, Anayasa'nın 7. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralla, denetim şirketlerinin nitelikleri, yetkilendirilmesi, seçimi, yetkili denetim şirketleri ve denetime tabi şirketlerin hak ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüştür.

Anayasa'nın 7. maddesinde, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir. Buna göre, kanun ile yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilebilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Kanun ile yetkilendirme Anayasa'nın öngördüğü biçimde kanun ile düzenleme anlamını taşımamaktadır. Temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralı ile sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın yönetimin düzenlenmesine bırakılması, Anayasa'nın belirtilen maddesine aykırılık oluşturur.

Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında ise “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.” hükmü yer almaktadır.

Bu maddede yer alan düzenleme, idarenin kanuniliği ilkesine işaret etmektedir. İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde, açık bir biçimde kanunla düzenlenmesini gerekli kılar.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 48. maddesinde, denetim faaliyeti, danışmanlık hizmeti olarak kabul edilmiş ve bu suretle denetim faaliyetinin danışmanlık hizmeti satın alınması yoluyla üçüncü kişilere gördürülmesine olanak tanınmıştır. Anılan Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre, genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihalelerin bu Kanun hükümlerine göre yürütülmesi zorunlu olduğundan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının denetim hizmeti satın alması da anılan Kanun hükümleri uyarınca yerine getirilecektir. Dolayısıyla denetim şirketlerinin niteliklerinin belirlenmesi, seçimi ve yetkilendirilmesinin, 4734 sayılı Kanun'da yer alan hükümler çerçevesinde gerçekleştirileceği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, dağıtım şirketlerini denetlemekle yetkilendirilecek şirketlerin Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulmuş şirketler olacaklarında kuşku bulunmamaktadır. Ayrıca Bakanlığın bu şirketlerden hizmet satın alması bir özel hukuk sözleşmesiyle olacağından, şirketlerin hak ve yükümlülükleri ile sözleşmeye aykırılık durumunda uygulanacak yaptırımlar, 4734 sayılı Kanun, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca belirlenecektir.

Konunun genel çerçevesi, 4734 sayılı Kanun, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu ile belirlendikten sonra denetim şirketlerinin nitelikleri, yetkilendirilmesi, seçimi, yetkili denetim şirketleri ve denetime tabi şirketlerin hak ve yükümlülükleriyle ilgili idari ve teknik ayrıntılara ilişkin usul ve esasların düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılması yasama yetkisinin devri anlamına gelmez.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir(...)"

6353 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen, 5346 Sayılı Kanun'un 6/C maddesinin altıncı fıkrasının "...veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir. Denetim şirketleri ile

ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.” bölümü:

“(…)Dava dilekçesinde, EPDK tarafından yapılacak denetim, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olunan kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olduğundan bu görevin kamu görevlisi niteliğinde olmayan kişiler eliyle yerine getirilmesinin Anayasayla bağdaşmadığı, denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesine imkân verilmesinin yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu, öte yandan EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinin niteliğinin ve statüsünün kanunda açık ve net olarak gösterilmediği gibi yetkilendirmenin niteliği ve kurallarının da belirtilmediği, kaldı ki kuralın önceki halinde yer alan aynı ibarelerin Anayasa Mahkemesinin 05.07.2012 günlü, E.2011/27, K.2012/101 sayılı kararı ile iptal edildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2, 7 ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle kural, Anayasa'nın 10. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralın da yer aldığı fıkra, 5346 sayılı Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretimi yapılan diğer tesislerin, lisansı kapsamındaki inceleme ve denetimini düzenlemektedir. İptali istenen kuralda ise söz konusu inceleme ve denetimin EPDK tarafından denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılabilmesine ve denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması gereklidir.

Maddi ve hukuki olguları tespit etmekten ibaret bir hazırlık işlemi niteliğindeki denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesi mümkün ise de denetim sonucu kanunlarda öngörülen icrai kararların memurlar veya diğer kamu görevlileri tarafından alınması zorunludur. Dava konusu kuralla, EPDK'nın, 5346 sayılı Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretimi yapılan

diğer tesislerin denetimini yetkilendireceği denetim şirketlerine hizmet satın almak suretiyle yapılabileceği belirtilmekle birlikte, denetim üzerine söz konusu Kanun'da öngörülen idari ve cezai yaptırımlar ile diğer icrai kararların hangi makam veya birim tarafından alınacağı yolunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu durum tereddütlere ve belirsizliğe yol açacağından hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Dava konusu kuralda, denetimlerin EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerince yapılması halinde masrafların ilgililere ait olacağı belirtilmiştir. İnceleme ve denetimin EPDK tarafından yapılması halinde denetlenen bakımından mali bir külfete yol açmamakta iken söz konusu denetimin EPDK tarafından yetkilendirilen denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılması hâlinde denetim masraflarının denetlenenden alınması sonucuna yol açan düzenleme, denetlenenler yönünden aynı hukuki konumda bulunan şirketlere farklı işlem ve yükümlülükler getirilmesi sonucunu doğurmakta ve eşitlik ilkesine de aykırı bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir. Kuralın, Anayasa'nın 7. ve 128. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir(...)"

II. 6446 sayılı Yeni Elektrik Piyasası Kanunu'ndaki Durum

30.03.2013 tarih ve 28603 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun⁴ 15. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda atıf yapılan kararlarındaki iptal gerekçeleri dikkate alınarak aşağıdaki biçimde düzenlenmiştir:

“Denetim⁵

MADDE 15 – (1) 11 inci maddenin onuncu fıkrası uyarınca Borsa İstanbul Anonim Şirketi tarafından işletilecek olan piyasalara ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri saklı olmak üzere, dağıtım şirketleri hariç elektrik piyasası faaliyetleri ile lisanssız faaliyet gösteren kişilerin bu Kanun kapsamındaki inceleme ve denetimi Kurum tarafından yapılır. Bu Kanun kapsamında tanımlanan elektrik dağıtım şirketlerinin denetimi ise Bakanlık

⁴ Bu Kanun ile 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun birçok maddesi yürürlükten kaldırılmış veya değiştirilmiştir.

⁵ Değişik, 10.09.2014 tarih ve 6552 Sayılı Kanun'un 138. maddesi. Bu maddenin ikinci paragrafı da 6552 Sayılı Kanun'un 144. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

tarafından yapılır⁶. Bakanlık, elektrik dağıtım şirketlerinin denetimini, bu konuda ihtisas sahibi olan kamu kurum ve kuruluşlarıyla birlikte yapabilir veya bu kuruluşlara yetki devretmek suretiyle yaptırabilir. Bakanlığın ihtisas sahibi kamu kurum ve kuruluşlarından bu konuya ilişkin olarak yapacağı talepler süresinde karşılanır. Bakanlık tarafından düzenlenen veya karara bağlanan denetim raporları Kuruma bildirilir. Denetim raporu sonucuna göre gerekli yaptırım ve işlemler Kurul tarafından karara bağlanır.

(3) Bakanlık ve Kurum bu Kanun kapsamındaki denetim yükümlülükleri ile ilgili olarak, sonuçları itibarıyla Bakanlık ve Kurum açısından bağlayıcı olmayacak ve yaptırım içermeyecek şekilde inceleme, tespit ve raporlama yapmak üzere yetkilendirecekleri şirketlerden ilgili mevzuatına uygun bir şekilde hizmet satın alabilir. Bu şirketlerin nitelikleri, yetkilendirilmesi ve yetkili şirketlerle denetlenecek şirketlerin hak ve yükümlülükleri ile diğer usul ve esaslar ilgisine göre Bakanlık ve Kurum tarafından çıkarılan yönetmeliklerle düzenlenir”.

Ayrıca, 11.09.2014 tarih ve 29116 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6552 sayılı Kanun’un 88. maddesiyle 6200 Sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna aşağıdaki madde eklenmiştir:

“EK MADDE 6 - 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve su kullanım hakkı anlaşması çerçevesinde elektrik enerjisi üretmek amacıyla yapılacak olan hidroelektrik tesislerinin baraj, regülatör, yükleme havuzu, tünel, kanal, borulu isale hattı gibi su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılacak baraj, gölet ve regülatör gibi su yapılarının inşasının inceleme ve denetimi zorunludur; diğer su yapılarından sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarının da denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ’ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır. Su yapıları yapmak üzere görevlendirilmiş ve yetkilendirilmiş kamu kurum ve kuruluşları ile mahallî idareler, mevzuatı çerçevesinde talep etmeleri hâlinde su yapılarının denetim hizmetleri bu madde kapsamında yapılır. Denetim masrafları, denetlenen

⁶ Avrupa Birliği’nin Türkiye’ye ilişkin 2013 yılı ilerleme raporunda, EPDK’nın elektrik dağıtım şirketlerini izleme ve denetleme görevinin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’na devredilmesi, AB müktesebatına aykırı bulunmuştur. Bkz. 16.10.2013 tarihli Türkiye 2013 Yılı İlerleme Raporu, *Türkçe Versiyon*, s. 37. http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/İlerlemeRaporlari/2013_ilerleme_raporu_tr.pdf (erişim tarihi: 27.10.2013)

yatırımcı gerçek ve tüzel kişiler tarafından DSİ'ye ödenir. İnşaatı devam eden su yapıları için bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altmış gün içinde su yapısının denetlenmesi için yatırımcı tarafından DSİ'ye müracaat edilmesi zorunludur. 6446 sayılı Kanun kapsamında üretim lisansı sahibi tüzel kişilerden denetim yaptırmayanlara, DSİ tarafından tesisin kurulu gücüne bağlı olarak megavat başına beş bin Türk lirası idari para cezası verilir ve DSİ tarafından yapılacak yazılı ihtardan itibaren otuz gün içinde gerekli müracaatın yapılmaması hâlinde DSİ ile imzalanmış su kullanım hakkı anlaşması iptal edilir; sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi diğer su yapılarında ise yatırım bedelinin binde biri nispetinde idari para cezası verilir ve DSİ tarafından yapılacak yazılı ihtardan itibaren otuz gün içinde gerekli müracaatın yapılmaması hâlinde su yapısının inşaatının durdurulması için gerekli tedbirler DSİ tarafından alınır.

Denetim şirketi, su yapısının projesini veya revize projesini onaylamak, projesine ve ilgili mevzuata uygun olarak yapılmasını sağlamak, imalatta kullanılan malzemelerin ve imalatın projesine, teknik şartname ve standartlara uygunluğunu kontrol etmek, malzemeler ve imalatla ilgili deneyleri yaptırmak, neticelerini belgelendirmek, yapılan tüm denetim hizmetlerine ilişkin belgeler ile DSİ tarafından yapılan kabul işlemine esas olan belgeleri DSİ'ye vermek mecburiyetindedir.

DSİ tarafından denetim şirketine izin belgesi ile yetki verildiği hâlde, su yapılarının denetimini DSİ kriterlerinin, standartların, ilgili mevzuat hükümlerinin gerektirdiği şekilde yerine getirmeyen yetkili denetim şirketlerine; DSİ tarafından ilk seferinde denetlenen hidroelektrik tesislerinde, kurulu gücüne bağlı olarak megavat başına beş bin Türk lirası idari para cezası; baraj, gölet, sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarında, yatırım bedelinin binde biri nispetinde idari para cezası verilir ve eksikliklerini düzeltmek üzere on beş gün müddet verilir. Bu fiilin ikinci tekrarında ceza iki katı olarak uygulanır ve eksikliklerini düzeltmek üzere on beş gün müddet verilir. Fiilin üçüncü tekrarında ise ceza üç katı olarak uygulanır ve su yapıları yetkili denetim şirketinin izin belgesi DSİ tarafından iptal edilir. İzin belgesi iptal edilen yetkili denetim şirketinin yönetici ve ortakları bir yıl süreyle başka bir yetkili denetim şirketi kuramazlar, kurulmuş olan şirketlerde görev alamaz ve/veya ortak olamazlar.

Su yapılarının mevzuata ve onaylı projesine aykırı yapılması hâlinde, bu durumun düzeltilmesi için yetkili denetim şirketinin DSİ'ye yazılı bildirimini üzerine DSİ tarafından yatırımcıya en fazla 30 gün eksiklikleri düzeltme

müddeti verilir. Mevzuata ve projeye aykırılığın giderilmemesi hâlinde verilen sürenin sonunda veya acil hâllerde derhâl DSİ işi kısmen veya tamamen durdurur.

Su yapılarını denetlemek üzere yetkilendirilmiş şirketlere uygulanacak idari yaptırımlar DSİ tarafından yerine getirilir.

Denetim şirketi ile denetim şirketinde görev alan denetim elemanları, su yapısının projesine, fen ve sanat kurallarına ve ilgili mevzuata uygun olarak yapılmamasından ortaya çıkan zarar ve ziyandan kabul tarihinden itibaren on beş yıl süreyle yatırımcı ile birlikte müteselsilen sorumludur.

Gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek su ile ilgili köprü, menfez gibi yapılarda hidrolik yönden DSİ'nin uygun görüşü alınır.

Denetim işleriyle ilgili masrafların tahsiline dair usuller ile denetim yapacak personelin nitelikleri, denetleme usulleri ve diğer şartlar; DSİ tarafından, bağlı olduğu Bakanlığın görüşü alınarak hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir.

Bu Kanuna göre verilen idari para cezalarına ilişkin kararlar, 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. Bu cezalara karşı tebliğinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir.

Bu Kanuna göre verilen idari para cezalarında ihlalin tespiti ve cezanın kesilmesi usulleri ile ceza uygulamasında kullanılacak tutanakların şekli, dağıtımı ve kontrolüne ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığının görüşü alınarak DSİ tarafından hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir.

Bu Kanuna göre verilen idari para cezaları, tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir. İdari para cezaları genel bütçeye gelir kaydedilir.”

III. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Gerekçelerinin Anayasa ve İdare Hukuku İlke ve Prensipleri Bakımından Değerlendirilmesi

1. Yasama Yetkisinin Devredilemezliği İlkesi Yönünden Değerlendirme

A. Genel Olarak

Anayasa'nın 7. maddesinde “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir. Geleneksel olarak, yasama organının vatandaşlar karşısında asli hesap veren konumunda olması bu ilkenin ana motivasyonunu oluşturmaktadır⁷. İdarenin uygulayacağı

⁷ Stone, G./Seidman, L./Sunstein, C./Tushnet, M. ; s. 364.

kuralı kendisinin koymasının hukukla sınırlanma amacı ile oluşturduğu çelişki⁸ de söz konusu ilkenin yerindeliliğini perçinlemektedir. Şekli yasallık anlayışının bir ürünü olan bu prensibe yasanın tekelciliği adı verilmektedir⁹.

Anayasa'nın 7. maddesi ile esas olarak korunmak istenen hususun Cumhuriyetin demokratik karakteri olduğunu savunan Erdoğan'a göre, Anayasa'nın 7. maddesinde hükme bağlanan "yasama yetkisinin devredilemezliği" konusundaki kural, ancak Anayasa'nın 87. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne verilen yetkilerin devredilmesi halinde çiğnenmiş olur¹⁰. Anayasa'nın 87. maddesinde TBMM'ne verilen görev ve yetkilerden biri de kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmaktır.

Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Anayasa Mahkemesi ve öğretideki büyük çoğunluk, doğrudan adını koymasa da, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesini, sözü edilen 87. maddedeki kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak biçimindeki yetkinin devredilmesi olarak algılamaktadırlar¹¹. Bir başka deyişle, yaygın olan görüşe göre, bu madde ile kanun adı altında veya bu adı taşımasa bile kanunla eş değerde ya da kanun gücüne sahip hukuki işlemler yapma yetkisinin devredilmesi yasaklanmıştır¹². Çünkü, yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir¹³.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesinden ne anlaşılması gerektiği hususu açıklanmıştır¹⁴. Anayasa Mahkemesi'ne göre, yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme anlamına gelmemektedir. Buna göre, yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel esasların konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Yüksek Mahkemeye göre, temel esasların kanunda yer

⁸ Atay, Y. Ş. ; s. 89.

⁹ Toroslu, N. ; s. 16-20.

¹⁰ Erdoğan, M. ; s. 264.

¹¹ Özbudun, E. ; (Anayasa Hukuku), s. 193; Arıkan, C. ; s. 7.

¹² Özbudun, E. ; (Anayasa Hukuku), s. 193; Arıkan, C. ; s. 7.

¹³ AYM'nin 02.06.2009 tarih ve E. 2004/85-K. 2009/69 sayılı kararı. Bkz. 10.12.2011 tarih ve 28138 sayılı RG.

¹⁴ Bu hususta ayrıntılı bir çalışma için bkz. Kaneti, S. ; *Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Yasama Yetkisi ile Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Sınırları*, İHFM, C. LIV, S. 1-4, 1994, s. 33-45.

alması, söz konusu alanın, kanunu uygulayacak olan idarenin anlayış ve yorumuna göre değişecek nitelikte olmayacak biçimde kurallaştırılması anlamına gelmektedir¹⁵. Bu koşulların gerçekleşmesi durumunda uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir¹⁶.

B. Norm Lehine Davranma İlkesi (*Favor Legis*) Dikkate Alınmamıştır

Birinci AYM Kararı, İkinci AYM Kararı ve Üçüncü AYM Kararı'nda, “denetim şirketlerinin yetki ve görevleri ile seçimi ve yapılacak denetimin usul ve esaslarının yasa ile belirlenmemiş olması” yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırı görülmüştür. Esasında Anayasa Mahkemesi bu kararlarında, yasa hükümlerinin ilişkili olduğu elektrik piyasasını ve elektrik piyasası mevzuatını dikkate alarak norm lehine davranma ilkesini (*favor legis*) harekete geçirebilecekken bunu tercih etmemiştir. Daha açık ifade etmek gerekirse, yeni kanun hükümlerinin anayasaya uygunluğu, bunların eklendikleri kanunun anlamı, içeriği ve amacı ile kurduğu sistem, dolayısıyla söz konusu sistemin dayandığı temel ilke ve esaslar ölçü alınarak değerlendirilmemiştir¹⁷.

Oysa ki, aşağıda açıklayacağımız üzere, yasa hükmünün ilişkili olduğu elektrik piyasası ve mevzuatı dikkate alındığında, yasa koyucunun idareye verdiği yetkinin soyut ve genel nitelikli olması gereken yasama tasarrufunu değil, uygulamaya dönük bir yürütme tasarrufunu kapsadığı görülebilir.

Esasında, Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki bazı kararlarında ifade edildiği üzere, her bir düzenleme yetkisinin, yetkiyi tanıyan yasalardan doğan sınırları olduğu gibi, genel nitelikli diğer yasalar veya aynı alanı düzenleyen özel nitelikteki yasalardan doğan sınırları da vardır. Yasa lafzında “usul ve esaslar” ibaresinin geçmiş olması, tek başına “yasama yetkisinin devredilmesi” anlamına gelmemektedir¹⁸. Bir başka deyişle Anayasa Mahkemesi, özel kanunlar ile zaten asgari ve yeter ölçüde düzenlemeye tabi tutulan sektörlere özgü idari düzenlemelerin yine bu özel kanunlar şemsiyesi

¹⁵ AYM'nin 26.10.1965 tarih ve E. 1965/25-K. 1965/57 sayılı kararı; AYMKD, C. 3, s. 221.

¹⁶ AYM'nin 05.03.2009 tarih ve E. 2008/3-K. 2009/44 sayılı kararı. Bkz. 05.06.2009 tarih ve 27249 sayılı RG, s. 76-77. AYM'nin 20.05.1997 tarih ve E. 1997/36-K. 1997/52 sayılı kararı. Bkz. 27.06.1998 tarih ve 23385 sayılı RG.

¹⁷ Öden, M. ; s. 271. Yazar, eşitlik ilkesine uygunluk özelinde bu değerlendirmeyi yapmıştır.

¹⁸ AYM'nin 18.06.2009 tarih ve E. 2005/19-K.2009/85 sayılı kararı. Bkz. 23.10.2010 tarih ve 27738 sayılı RG.

altında değerlendirilmesi gerektiğini isabetle belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin, “*genel nitelikteki yasalar*” ve “*aynı alanı düzenleyen özel nitelikteki yasalar*”ın dikkate alınarak yeterince ayrıntı içermeyen yasal hükümleri ayakta tuttuğu; bir başka deyişle yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bulmadığı bir kararı aşağıya alınmıştır. Yüksek Mahkeme'nin aşağıdaki kararı norm lehine davranma prensibine örnek teşkil edebilecek ve son derece isabetli gerekçeler içeren bir karardır.

03.06.2011 günlü ve 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 34. maddesinde, ürün denetmenlerinin *mesleğe alınmaları, yarışma sınavları, yetiştirilmeleri, yeterlik sınavları, görev, yetki ve sorumlulukları, atama ve yer değiştirmeleri ile çalışma usul ve esasları yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmıştır*. Bu düzenlemenin Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olduğu yönündeki sava karşılık Anayasa Mahkemesi iptal istemini reddetmiştir¹⁹.

Ürün denetmenlerinin atanmaları ile görev ve yetkileri konusunda yürütme organına tanınan yetki, haklı ve isabetli olarak yasama yetkisinin devri olarak değerlendirilmemiştir. Çünkü, kamu görevlisi statüsündeki ürün denetmenlerinin esas atanma koşulunun Devlet Memurları Kanunu ile düzenlendiği, görev ve yetkilerinin de asıl olarak söz konusu KHK'nin 34. maddesinde yer alan ve bağlı oldukları Ürün Güvenliği ve Denetimi Genel Müdürlüğünün görevleri ile sınırlı olması gerektiği belirtilmiştir. Yüksek Mahkeme, ürün denetmenlerinin görevinin çalıştıkları genel müdürlüğün görevi ile sınırlı olması gerektiğini ve bu sayede teknik düzenlemelere uygunluk denetimi yapmak suretiyle görev ve yetkilerinin çerçevesinin çizildiğini vurgulamıştır.

Özetle ifade etmek gerekirse, Anayasa Mahkemesi bu kararında, ürün denetmenlerinin görev, yetki, nitelik, çalışma usul ve esaslarına ilişkin olarak zaten Devlet Memurları Kanunu ve 637 sayılı KHK'nin aşari yeter sayıda hükümler içerdiğini vurgulayarak, idareye bu hususta yönetmelik ile düzenleme yetkisi verilmiş olmasını Anayasanın 7. maddesine aykırı bulmamıştır.

Kanaatimce, anayasa yargısındaki denetim ölçütlerinden biri olan “*aynı alanı düzenleyen özel nitelikteki yasalar*” kavramı, regülasyon tabi alanlarda yasama yetkisinin devredilemezliği prensibinin doğrulama testi

¹⁹ AYM'nin 18.07.2012 tarih ve E. 2011/85-K. 2012/109 sayılı kararı. Bkz. 25.05.2013 tarih ve 28657 sayılı RG.

olarak kullanılmalıdır. Şöyle ki; Birinci AYM Kararı, İkinci AYM Kararı ve Üçüncü AYM Kararı'na konu olan yasa hükümleri elektrik piyasasına ilişkindir. Elektrik piyasası regülasyona tabi bir piyasa olup, Enerji Piyasası Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun görev ve yetki alanındadır²⁰. EPDK, *ex-ante* ve *ex-post* olarak geniş görev ve yetkilerle donatılmıştır. Bu alanda Elektrik Piyasası Kanunu başta olmak üzere²¹, EPDK tarafından yayımlanan ikincil düzenlemeler ve kararlar ile piyasadaki aktörlerin tabi olduğu usul ve esaslar zaten belirlenmiştir. Güncel gelişme ve ihtiyaçlar çerçevesinde, bu alandaki mevzuat çalışmalarına da devam edilmektedir. Elektrik üretim ve dağıtım sektöründe denetim görevini üstlenecek hizmet sağlayıcılarının yapacağı denetimlerin kapsamı mevcut mevzuat hükümleri ile zaten tespit edilmiş olup; lisans sahiplerinin lisanslarının özel ve genel hükümleriyle de çevrenmiştir²².

Hal böyleyken, Birinci AYM Kararı, İkinci AYM kararı ve Üçüncü AYM Kararında içeriği ve kapsamı salt Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarıyla tespit edilen ve sınırları neredeyse belirsiz yasama yetkisinin devredilemezliği gibi bir ilke ile EPDK'nın yasal güvenceye kavuşturulmuş görev ve yetkilerini tam anlamıyla kullanmasını önleyebilecek düzeyde kararlar verilmiştir.

Esasında, gerek Anayasa Mahkemesi gerekse Danıştay, önceki dönemlerde bağımsız idari otoritelerin görev ve yetki alanlarındaki sektörlere ilişkin genel düzenleme yetkisine sahip olduklarını kabul eden kararlar vermiştir²³. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 20.11.2003 tarih ve E. 2002/32 - K. 2003/100 sayılı kararının gerekçesinde²⁴, "*Tütün Mamulleri*

²⁰ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. **Çakmak, Z.**; *Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu*, Ankara, 2011.

²¹ 3154 sayılı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun da enerji sektörünü düzenleyen kurallar içermektedir.

²² **Ergün, Ç. E.**; s. 64-65.

²³ Burada incelenen İkinci AYM Kararı'nda esas olarak Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün ("DSİ") düzenleme yetkisi irdelenmiştir. DSİ tipik bir bağımsız idari otorite ("BİO") olmakla birlikte, 6200 sayılı Kanun altında *uzmanlık ilkesine* göre faaliyet gösteren bir kamu kurumudur. Dolayısıyla, her ne kadar burada atıf yapılan yargı kararları BİO'lara ilişkin olsa da, su yapılarının denetimine ilişkin olarak DSİ'ye yönetmelik çıkarma yetkisi verilmesi, Anayasa'nın 124. maddesi ile 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve o dönemde yürürlükte olan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu hükümleri dikkate alındığında belirlilik ilkesine aykırı değildir. Bu bağlamda, İkinci AYM Kararı'nda kullanılan gerekçeler ve iptal kararı da kanımca yerinde değildir.

²⁴ 11.08.2004 tarih ve 25550 sayılı RG.

ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu'nun, Yasa'nın gösterdiği çerçevede tütün, tütün mamulleri ve alkollü içkiler piyasası ile ilgili düzenlemeler yapma yetkisine sahip olduğunu; ayrıca Kurulun, söz konusu piyasa ile ilgili kamu yararı amacıyla yaptığı düzenlemeler ve sınırlamaların da yargı denetimine tabi olduğunu” vurgulamıştır. Bir başka deyişle, adı geçen üst kurul özelinde, bağımsız idari otoritelerin yasaya aykırı olmamak şartıyla genel bir düzenleme yetkisine sahip olduğu belirlenmiştir²⁵.

Bağımsız idari otoritelerin sektörel düzenleyici görevlerine ilişkin Danıştay da bazı kararlarında son derece isabetli tespitler yapmıştır. Örneğin, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından çıkarılan Tütün Mamülleri, Alkol ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ile Satış Belgelerine İlişkin Yönetmelik'in bazı hükümlerinin iptali istemiyle dava açılmıştır. Danıştay bu davada,

“4733 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, tütün ve alkol tüketiminden kaynaklanan kamusal, toplumsal ya da tıbbi nitelikteki her türlü zararlı etkileri önleyecek düzenlemeleri yapmak, bunlarla ilgili kararları almak, bu Kanun'un uygulanmasıyla ilgili sektörel düzenlemeleri yapmak, davalı kurumun görevleri arasında bulunduğundan, anılan yönetmeliği çıkarma yetkisi de davalı kurumun görevleri arasında bulunmaktadır” (...). Anayasa'nın 124. maddesi hükmü ile 4733 sayılı Kanun'un 9/B fıkrasındaki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, düzenleyici kurumların ilgili buldukları sektörde düzenleme, denetleme görevi üstlendikleri, bu kuruluşların temel işlevinin, toplumsal ve ekonomik yaşamın temel hak ve özgürlükler ile yakından ilişkili alanlarındaki kamusal ve özel kesim etkinliklerini, bir takım kurallar koyarak düzenlemek, konulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemek ve denetlemek görevinin bulunduğu tartışmasızdır. Bu bağlamda, dava konusu yönetmeliği yayımlamakla, tütün, tütün mamulleri ve alkollü içkiler piyasası ile ilgili düzenlemeler yapma yetkisine sahip olan davalı kurumun ilgili bulunduğu sektörde, Anayasa ve kanunun kendisine tanıdığı bu yetkiyi kullandığı görülmektedir”

biçimindeki tespitiyle bağımsız düzenleyici kurumların sektörel düzenleme yetkisinin varlığını kabul etmiştir²⁶.

²⁵ Kararın eleştirisi için bkz. **Ayanoğlu**, T. ; (Düzenleme Yetkisi), s. 68 vd.

²⁶ Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay 13. D.'nin 28.06.2005 tarih ve E. 2005/63-K.

2. Eşitlik İlkesi Yönünden Değerlendirme

Kanun önünde eşitlik ilkesi, yasaların genel olmasını gerektirir. Yasaların genelliği ise, hukuki düzenlemelerin belli kişileri hedef almayan, özel durum gözetmeyen, önceden saptanıp soyut biçimde herkese uygulanabilecek kurallar içermesi, böylece herkes için objektif hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım yapılmadan uygulanabilir olması biçiminde tanımlanmıştır²⁷. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı hukuksal durumda bulunan kişilerin aynı hukuksal işleme tabi tutulmalarını temin etmek ve bu sayede kişiler arasında çeşitli nedenlerle ayrıcalık gözeterek yasaların uygulanmasında ayırım yapılmasını önlemektir²⁸. Hukuki açıdan aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanması gerekir. Bazı objektif nedenler ve zorunluluklar sebebiyle bazı kişi ve topluluklara değişik kurallar uygulanabilir²⁹. Bu durumda, Anayasanın 13. maddesinde düzenlenen esaslar doğrultusunda, yasa koyucunun takdir yetkisini kullanarak farklı düzenleme ve uygulamalar yapması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Birinci AYM ve Üçüncü AYM Kararında, inceleme ve denetimin EPDK tarafından yapılması halinde denetlenen bakımından mali bir külfete yol açmamakta iken, söz konusu denetimin EPDK tarafından yetkilendirilen denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılması halinde denetim masraflarının denetlenenden alınması sonucuna yol açan düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir.

2005/3312 sayılı kararı; DD. S. 111, s. 415-425; Danıştay 13. D.'nin 13.03.2006 tarih ve E. 2005/6223-K. 2006/1393 sayılı kararı; aktaran **Ayanoğlu, T.** ; (Düzenleme Yetkisi), s. 76, dpn. 135-137.

²⁷ **Öden, M.** ; s. 201; **Furtun, H.** ; s. 253-254.

²⁸ O dönemde yürürlükte olan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği "*eşitlik*" ilkesini daha çok üçüncü kişilerin sisteme erişim taleplerini karşılamada dağıtım ve iletim faaliyetlerini yürüten lisans sahibi şirketlerin dikkate almaları gereken bir ilke olarak düzenlemiştir. Özellikle lisanslama sürecinde ve faaliyetlerin yürütülmesinde EPDK'ya yüklenen açık bir eşit davranma yükümlüğü en azından lafzen yoktur. Sadece, Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 13(2) maddesinde, "*Lisans sahibinin talebi veya ilgili mevzuat kapsamındaki uygulamaların gerektirdiği durumlarda yapılan lisans tadili serbest rekabet koşullarını bozucu hükümler içeremez. Lisans tadilleri; ilgili tüm lisans sahiplerine eşit taraflar arasında ayırım gözetilmemesi ilkesi doğrultusunda ve aynı koşullarda uygulanır*" biçiminde bir düzenleme vardır. Esasında böyle bir hükme gerek olmadığı da açıktır. Çünkü, Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesi, yasama, yürütme ve yargı makamlarını, diğer idari makamları, kişi ve kuruluşları bağlar.

²⁹ AYM'nin 25.12.2004 tarih ve E. 2013/111-K. 2014/195 sayılı kararı. Bkz. 07.01.2015 tarih ve 29229 sayılı RG.

Kanımcı, Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçeleri içinde tek isabetli olanı budur. Çünkü, lisans sahibi şirketlerin bir bölümünün denetimleri doğrudan EPDK tarafından yapıldığında hizmet bedeli alınmayacak ve fakat bazı lisans sahipleri bağımsız firmalarca denetlendiklerinde hizmet bedeli ödeyeceklerdir. Ayrıca uygulamada, lisans sahibi bir şirket belli bir denetim döneminde EPDK tarafından denetlenebileceği gibi, bir başka denetim döneminde doğrudan bağımsız firmalarca da denetlenebilir. Bir başka ifade ile, lisans sahibi şirket belli bir dönemde hizmet bedeli ödemek durumunda kalıp, bir başka dönemde hizmet bedeli ödemeyebilir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında, eşitlik ilkesini “*nimet ve külfetlerde eşitlik*” temelinde değerlendirdiği söylenebilir. Nitekim Yüksek Mahkeme, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak devletin kamusal hizmetleri yerine getirmesinde yeterli gelir kaynaklarıyla ve mali olanaklarla desteklenmesini gerekli görmekte ve fakat bu yolla bireylere yansıyan yükümlülüklerin Anayasa ilkelerine uygun biçimde paylaşılması ve dağıtılmasının zorunlu olduğunu da ilgili kararlarında vurgulamaktadır³⁰.

Anayasa yargısında, özellikle eşitlik ilkesi temelindeki denetim ölçütlerinde “eksik kapsam” (*dar kapsam/under inclusion*) olarak adlandırılan sınıflandırma da önemlidir. Buna göre, kişilere birtakım yararlar sağlayan bir kanunun, bu yararları gerçekleştirmeye yöneldiği amaç ışığında benzer durumda bulunan bazı kişilerden esirgemesi veya kişilere bazı yükümlülükler getiren bir kanun metninin bu yükümlülükleri yöneldiği amaç doğrultusunda benzer durumda bulunan bazı kişilere yüklememesi halinde yasanın eksik kapsamlı olduğu ileri sürülür. Eşitlik ilkesi de benzer durumda bulunanlara eşit davranılmasını buyurduğundan, klasik öğretiye göre eksik kapsamlı sınıflandırmaların geçersiz sayılması gerekmektedir³¹. Birinci AYM Kararı ve Üçüncü AYM Kararında da, anayasa yargısında kullanıldığı şekliyle eksik kapsamlı yasa haklı olarak iptal edilmiştir.

³⁰ AYM'nin 12.10.1976 tarih ve E. 1976/38-K. 1976/46 sayılı kararı; AYMKD. S. 14, s. 266-277.

³¹ Öden, M. ; s. 289-290; Bu husustaki AYM kararları için bkz. AYM'nin 19.04.1966 tarih ve E. 1966/1-K. 1966/2 sayılı kararı; AYMKD. S. 4, s. 151-153, 156; AYM'nin 08.02.1972 tarih ve E. 1970-K. 1972/3 sayılı kararı; AYMKD. S. 10, s. 135-136. Anayasa Mahkemesi'nin yasama organının takdir yetkisine istinaden bu kuralı esnettiği karşı yöndeki kararlar için bkz. AYM'nin 22.05.1987 tarih ve E. 1986/17-K. 1987/11 sayılı kararı; AYM'nin 22.05.1987 tarih ve E. 1987/13-K. 1987/12 sayılı kararı. Bu durumun değerlendirmesi için bkz. Öden, M. ; s. 309.

Birinci AYM Kararı ve Üçüncü AYM Kararı'na konu olan yasa hükümleriyle yasa koyucu kendince bir hizmet finansman modeli geliştirmiştir. Ancak bu düzenlemenin nihai sonucunda, aynı durumdaki lisans sahibi şirketlerin farklı düzenlemelere tabi olması kaçınılmaz olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durum, uygulamada farklı karışıklıklara da yol açabilecek niteliktedir. Lisans sahibi şirket denetim bedelini doğrudan EPDK'ya mı ödeyecektir? Yoksa denetim firmasına mı? Eğer doğrudan denetim firmasına ödenecekse, EPDK ile bir ihale sonucunda sözleşme imzalayan denetim firması hizmet bedelini lisans sahibi şirketten aldığı anda faturasını EPDK ya mı yoksa lisans sahibi şirkete mi kesecektir? Yoksa EPDK denetim şirketlerine akdedilen sözleşme kapsamında sabit bir bedel ödeyecek ve fakat yapılacak her münferit denetimin ücreti de lisans sahiplerinden mi tahsil edilecektir?

Söz konusu usul ve esaslar iptal edilen yasa hükmü doğrultusunda yönetmelik ile düzenlenecekti. Bugün itibariyle bu soruların cevabını bulmak bu bakımdan mümkün olmamıştır. Ancak yasanın en azından ortaya koyduğu ana prensip bakımından teori ve uygulama ışığında eşitlik ilkesini zedelediği anlaşılmaktadır.

Bu düzenlemenin bütçe ve kamu hizmetlerinin finansman rejimi çerçevesinde de incelenmesi gerekir. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim Kontrol Kanunu'nun 13(g) maddesine göre, "*belirli gelirlerin belirli giderlere tahsis edilmemesi*" esastır. Ancak EPDK'nın da dahil olduğu düzenleyici ve denetleyici kurumlar, 5018 sayılı Kanun'un 2. maddesi dikkate alındığında 13. maddedeki kısıtlamalara tabi değildir. Dolayısıyla, şayet EPDK lisans sahibi şirketlerden tahsil edeceği bedeli doğrudan bağımsız denetim firmalarına aktaracaksa bunun Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu'nun öngördüğü bütçeleme rejimine aykırı olmadığı iddia edilebilir.

Ne var ki, kamu giderlerine katılma, belirli hizmetlerden yararlanma karşılığında olmayıp, mali güce göre kamu giderlerinin tümü bakımındandır ve anonim özellik göstermektedir³². Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin 29.06.1971 tarih ve E. 1971/19-K. 1971/61 sayılı kararından hareketle, kamu hizmetlerinin gerektirdiği giderlerin devletin genel gelirleriyle karşılanması gerekmektedir³³. Birinci AYM Kararı ve Üçüncü AYM Kararı'na konu olan yasa hükümlerinde, hizmetten yararlanan lisans sahibi şirketlerin denetim şirketlerinin giderlerini ödemekle yükümlü tutulmaları, kanaatimce kamu

³² Tekbaş, A. ; s. 170; Aliefendioğlu, Y. ; s. 72.

³³ 10.02.1972 tarih ve 14095 sayılı RG.

giderlerine katılmanın anonim yapısına aykırı düşmüştür. Bu bağlamda, bütçe ve kamu hizmetlerinin finansman rejimine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kararlarında ortaya koyduğu ilke ve prensiplere de aykırı gözükmemektedir.

3. Belirlilik İlkesi Yönünden Değerlendirme

Birinci AYM Kararı ve İkinci AYM Kararında denetim şirketlerinin yapacağı denetimlere ilişkin usul ve esasların temel ilkelerinin yasa da belirlenmemiş olması hukuk devletinin önemli görünümünden biri olan belirlilik ilkesine aykırı bulunmuştur.

Yukarıda III(I)[B] bölümünde belirttiğimiz üzere, elektrik üretim ve dağıtım sektöründe denetim görevini üstlenecek hizmet sağlayıcılarının yapacağı denetimlerin kapsamı mevcut mevzuat hükümleri ile zaten tespit edilmiş olup; lisans sahiplerinin lisanslarının özel ve genel hükümleriyle de çevrenmiştir. Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi'nin buradaki iptal gerekçesi yerinde değildir.

Esasında, elektrik piyasasında denetimin halen özel kişiler tarafından yürütüldüğü alanlar da vardır. Örneğin, elektrik piyasasında bağımsız mali denetim, 03.10.2003 tarih ve 25248 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan yönetmelik ve Enerji Piyasasında Faaliyet Gösteren Gerçek ve Tüzel Kişilerin Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Denetlenmesi Hakkında Tebliğ³⁴ kapsamında yapılmaktadır.

Birinci AYM Kararı ve İkinci AYM Kararındaki iptal gerekçeleri dikkate alınır, usul ve esasları yönetmelik ve tebliğ hükümleriyle belirlenmiş olsa da, elektrik piyasasında mali denetimlerin özel kişiler tarafından yürütülebileceği, ancak teknik denetimlerin özel kişiler tarafından yapılamayacağı anlamı çıkar ki, bu durumun hukuk devletinin önemli prensiplerinden belirlilik ve öngörülebilirlik ile bağdaşmadığı ortadadır³⁵.

³⁴ 29.11.2011 tarih ve 28127 sayılı RG.

³⁵ Konu bağımsız mali denetim olduğunda, Türk yargı organları bu hizmetlerin özel kişilere gördürülmesi bağlamında esneklik marjını yükseltmektedirler. Mali bağımsız denetim kuruluşlarının Sermaye Piyasası Kurulu'nun öngördüğü hukuki rejime sıkı sıkıya bağlı olduğu dikkate alınarak bu hususta resesif bir tavır izleniyor olabilir. Bu durumun eleştirilecek bir yanı bulunmamaktadır. Ancak bağımsız mali denetim haricindeki denetimlerde konuyu idari kolluk faaliyeti şemsiyesi altına sıkıştırmak ve Anayasa'nın 47. maddesine uygun yasal düzenlemelerin varlığına rağmen özel kişilere hareket alanı bırakmayacak ölçüde dar yorumu benimsemek yerinde bir yaklaşım olmadığı gibi, hukuki tutarlılıktan da uzaklaşılmasına sebebiyet vermektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, 25.01.2006 tarih ve 5449 Sayılı Kalkınma Ajanslarının Kuruluşu, Koordinasyonu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 25.

Üçüncü AYM Kararında ise “denetim üzerine söz konusu Kanun’da öngörülen idari ve cezai yaptırımlar ile diğer icrai kararların hangi makam veya birim tarafından alınacağı yolunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu durum tereddütlere ve belirsizliğe yol açacağından hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır”. şeklinde bir ifade yer almaktadır. Oysa ki, denetim şirketlerinin raporları sadece teknik denetime ilişkindir. Yapılan denetlemeler sonucunda ilgili mevzuata aykırılık tespit edilirse, elektrik piyasası özelinde o dönemde yürürlükte olan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun 11. ve bu kanunu yürürlükten kaldıran 6446 sayılı yeni Elektrik Piyasası Kanunu’nun 16. maddesi doğrultusunda yaptırım uygulama görev ve yetkisi sadece EPDK’ya aittir. Hal böyleyken, denetim üzerine öngörülen idari ve cezai yaptırımlar ile diğer icrai kararların hangi makam tarafından alınacağının belirsiz olduğu şeklindeki iptal gerekçesi yerinde değildir.

Türk Anayasa Mahkemesi bu kararı verirken, kuralı metnin bütünlüğü içinde anlamlandırma ve anayasa koyucu ile yasa koyucunun amacıyla bağlı olmama unsurlarını yorumlama faaliyetine aktarmıştır³⁶. Oysa ki Anayasa yargısının temel işlevi sadece anayasanın üstünlüğünün korunması değildir. Bunun yanında, devlet organları arasındaki güç dağılımını kontrol etmek ve en önemlisi anayasal hakları korumaktır³⁷. Bunun son tahlildeki işlevi, keyfi iktidarın engellenmesi suretiyle öngörülebilir bir düzen kurmaktır. Söz konusu yargısal aktivizm anayasal hakların korunması bakımından son derece gerekli olmakla birlikte, yasama organının temel ekonomik tercihlerini ilgilendiren konularda ve sıkı hukuki ve iktisadi regülasyona tabi sektörlerde Yüksek Mahkeme’nin kendini sınırlama yaklaşımını benimsemesi daha yerinde olabilirdi³⁸.

Anayasa Mahkemesi, burada incelenen kararlarında, elektrik piyasasının mevcut işleyişini ve mevzuat hükümlerini bir yana bırakarak belirlilik ilkesini oldukça kazuistik biçimde ele almıştır. Ancak, yüksek mahkemenin bu konuda

maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının Anayasa’ya aykırılığı savıyla itiraz yoluyla önüne gelen davada; Kalkınma Ajanslarının iç denetimlerinin iş mevzuatı hükümlerine göre istihdam edilen kişilerce, dış denetimin ise Sermaye Piyasası Mevzuatına göre kurulmuş bağımsız denetim kuruluşlarınca yapılmasını Anayasa aykırı bulmamıştır. Mahkemeye göre, dış denetimle ilgili olarak bağımsız mali denetim kuruluşlarına verilen yetkinin yöntem ve tekniğe ilişkin konuları içerdiği açıktır. Bkz. AYM’nin 30.11.2007 tarih ve E. 2006/61-K. 2007/91 sayılı kararı. Bkz. 23.02.2008 tarih ve 26796 sayılı RG.

³⁶ Gülsoy, T. ; s. 238.

³⁷ Gülsoy, T. ; s. 255.

³⁸ Özbudun, E. ; (Anayasa Yargısı), s. 351; Gülsoy, T. ; s. 257.

tam bir istikrar içinde karar verdiğini söylemek de olanaklı değildir. Çünkü, Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında belirlilik ilkesinin kapsam ve anlamını esnetmektedir. Örneğin, 06.04.2011 günlü, 6223 sayılı Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkileri ile Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu'nun 1. ve 2. maddelerinin Anayasaya aykırılığı savıyla açılan davada mahkeme³⁹:

“(...)Yetki yasalarında, çıkarılması için izin verilen KHK'lerin konusunun belirlenmiş olması gerekmektedir. Bununla birlikte belirlenen bu konunun mutlaka dar kapsamlı olması gerektiği yönünde Anayasada herhangi bir kural bulunmamaktadır. Kaldı ki, yetki kanunlarında KHK'lerle düzenlenmesi için yetki verilen konunun kapsamının sınırlı mı yoksa geniş mi olduğu şeklindeki bir irdelemenin, sübjektif değerlendirmeleri ortaya çıkaracağı hususu, izahı gerektirmeyecek derecede açıktır. Ayrıca, konu ve kapsamın belirlenmiş olduğunun söylenebilmesi için, hangi yasalarda değişiklik yapılacağıın yetki kanununda mutlaka sayma yoluyla gösterilmesi de şart değildir. Bu nedenle, dava konusu yasa kurallarında, bir kısım kanunların isimleri sıralandıktan sonra belirlenen bu iki konuyla ilgili “diğer kanun ve kanun hükmünde kararnameler”de de değişiklik yapılabileceğinin ifade edilmiş olması, konunun belirli olmadığı iddiasına dayanak teşkil edebilecek bir husus değildir”. Biçimindeki gerekçelerle kanun hükmünde kararname rejimi çerçevesinde belirlilik ilkesinin kapsam ve anlamını esnek bir şekilde yorumlamıştır.

Oysa ki, karşı oylarda da vurgulandığı üzere, Anayasa Mahkemesi'nin 08.06.1995 tarih ve 4113 sayılı Yetki Kanunu'nu denetlediği 19.09.1995 tarih ve E.1995/44, K.1995/44 sayılı kararı⁴⁰ ile 19.09.1995 tarih ve E.1995/39, K.1995/45 sayılı kararında⁴¹ “...Yetki yasasında Bakanlar Kurulunun hangi konularda KHK çıkarabileceği açıkça belirtilmeli ve **verilen yetki, konu yönünden mutlaka belirgin olmalıdır**. Yetki yasasında, çıkarılacak KHK'lerin amaç, kapsam ve ilkelerinin belirtilmesinden amaç; Bakanlar Kurulunun kendisine verilen yetki ile neleri gerçekleştirebileceğinin açıklıkla gösterilmesidir. KHK'nin amacı, kapsamı ve ilkeleri de konusu gibi geniş

³⁹ AYM'nin 15.12.2011 tarih ve E. 2011/60-K. 2011/147 sayılı kararı. Bkz. 15.12.2011 tarih ve 28143 sayılı RG.

⁴⁰ 29.09.1995 tarih ve 22419 sayılı RG.

⁴¹ 20.04.1996 tarih ve 22617 sayılı RG.

içerikli, her yöne çekilebilecek yuvarlak ve genel anlatımlarla gösterilmemeli; değişik biçimlerde yorumlanmaya elverişli olmamalıdır... ” gerekçesiyle Yetki Yasası'nın ilgili maddelerinin iptaline karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin, belirlilik ilkesinin içeriğinin tespitinde hukuken referans olarak alınabilecek oldukça yerinde kararları da bulunmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi, 29.01.2009 tarih ve E. 2005/85-K. 2009/15 sayılı kararında, 5397 sayılı Yasa'nın 1, 2 ve 3. maddelerinde telekomünikasyon yoluyla iletişimin yasada belirtilen usul ve esaslara uygun yapıp yapılmadığının denetiminin Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi ya da komisyona verilmesini Anayasa'nın 2. maddesine atfen belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre, iptali istenilen kural takdire bağlı ve belirsiz bir yetki içerdiğinden hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin aşağıda belirtilen 15.01.2009 tarih ve E. 2006/99-K. 2009/9 sayılı kararı da her ne kadar yasama yetkisinin devredilemezliği ve idarenin kanuniliği prensibi kapsamında verilmiş gibi gözükse de, belirlilik ilkesi yönünden de oldukça yerinde ve örnek teşkil edebilecek nitelikte bir karardır.

2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 5491 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle değiştirilen 12. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, Çevre Kanunu'na uyulup uyulmadığının denetlenmesi Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na bir yetki ve görev olarak verilmiştir. Bakanlığın gerektiğinde bu yetkiyi devredebileceği kamu kurum ve kuruluşları tek tek sayıldıktan sonra, Yasa'da belirtilen kurum ve kuruluşlar dışında Bakanlığın uygun göreceği diğer kurum ve kuruluşlara da anılan denetleme yetkisinin devredilebilmesi öngörülmüştür. Denetleme yetkisinin hangi kurum ve kuruluşu devredileceğinin Yasa'da açıkça belirtilmeksizin Bakanlığın takdirine bırakılması, Anayasa'nın 7. ve idarenin kanuniliği prensibini düzenleyen 123. maddelerine aykırı bulunmuş ve iptal edilmiştir⁴².

Sosyal ve ekonomik gelişmelerin son derece dinamik olduğu günümüzde, yasa koyucunun çalışma temposu ve yasa yapım tekniği birlikte

⁴² Bkz. 08.07.2009 tarih ve 27282 sayılı RG; Sayın Haşim Kılıç karşı oy yazısında, ilgili maddede açık biçimde sayılan kurumların olmaması halinde çevre ile ilgili denetimi yapabilecek donanım ve tekniğe sahip diğer kamu kurumlarına söz konusu yetkinin devredilmesini “yasama yetkisinin devri” niteliğinde görmediğini vurgulamıştır. Sayın Kılıç'a göre, denetim konusunda teknik donanıma sahip olmayan bir kamu kurumuna böyle bir yetkinin devredilmesi düşünülemez.

ele alındığında, her yasa hükmünün semantik ve literal olarak kusursuz olduğunu ileri sürmenin pratik bir değeri yoktur. Burada anayasa yargısı elbette çok önemli bir işlev görmektedir. Ne var ki, tipik olarak anayasaya aykırı olmasa da, farklı şekillerde eksik ve yetersiz görülen ve bu nedenle ideal bir norm olma özelliği taşımayan yasal hükümlere rağmen, etkin bir idari yargı denetimi de özellikle temel hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli işlev görür. Nitekim Danıştay, yasalarda temel kurallar konulmadığı için düzenleyici işlemleri yasaya uygunluk açısından denetleyemediğinde, doğrudan Anayasa hükümlerini ölçü norm olarak alıp kararlar verebilmektedir⁴³.

Danıştay bir başka kararında ise⁴⁴, yönetmelikte çeşitli yaptırımların ayrıntılarıyla yer almamış olmasından hareketle idarenin inceleme yapmamasının, mevcut durumun denetimini ertelemek anlamına geleceğini açıkça ifade etmiştir. Bu suretle Danıştay, mevzuatta açık hüküm olmasa dahi idarenin genel gözetim ve denetim görevinin ilgili sektör veya ticari faaliyet alanında işletilmesini idari faaliyete için bir seviyede görmüştür⁴⁵.

Özetle ifade etmek gerekirse, Birinci AYM Kararı, İkinci AYM Kararı ve Üçüncü AYM Kararında yüksek mahkeme, kanımızca belirlilik ilkesinin kapsam ve içeriğini oldukça kazuistik biçimde ele almış, yasa hükmünün ilişkili olduğu sektörü, özel düzenlemeleri ve idari yargı denetimin ortaya koyabileceği etkinliği ise hiçbir biçimde dikkate almamıştır. Dolayısıyla, ortaya konan iptal gerekçesi kanımızca yerinde değildir.

⁴³ DİİDK'nın 07.04.2005 tarih ve E. 2003/417-K. 2005/234 sayılı kararı; DD. S. 110, s. 66.

⁴⁴ DİDDK'nın 20.06.2003 tarih ve E. 2000/271-K. 2003/458 sayılı kararı; www.lebibyalkin.com.tr (erişim tarihi: 18.01.2013).

⁴⁵ *Taşocaklarının denetim ve yönetimi Anayasanın yukarıda anılan maddesi uyarınca kanunla belirli usullere göre yapılır. Bu konuda kurallar getiren kanun hükmündeki Taşocakları Tüzüğünde yer almayan bir denetim yönteminin taahhütname ile getirilmesi olanağı yoktur. Kaldı ki, söz konusu taahhütnamenin 10. madde sineki kural, idareye bu konuda kendiliğinden hareket etme olanağı da vermez. Bu durumda, yukarıda anılan Tüzük hükümleri uyarınca işlem yapılması gerekirken, taahhütnamenin 10. madde sine dayanılarak ruhsatın iptal edilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından, aksi yönde verilen İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.* Danıştay 8. Daire'nin 08.05.2003 tarih ve E. 2002/929-K. 2003/2118 sayılı kararı; http://www.hukukimevzuat.com/?x=danistay_karari&id=2275&tid=8&parent=1 (erişim tarihi: 18.03.2013).

IV. Elektrik Piyasasındaki Denetim Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesine İlişkin Değerlendirmeler

1. Genel Olarak

Birinci AYM Kararı, İkinci AYM Kararı ve Üçüncü AYM Kararında elektrik piyasasında denetim hizmetlerinin özel kişilere gördürülemeyeceğine dair bir tespit yapılmamıştır. Sadece, Birinci AYM Kararı ve İkinci AYM Kararında, yasama yetkisinin devredilmezliği ve belirlilik ilkesinden hareketle, mevcut yasa hükümlerinin Anayasanın 128. maddesi yönünden yapılacak denetime engel oluşturduğu belirtilmiştir. Üçüncü AYM Kararında ise yüksek mahkeme farklı gerekçeler kullanmış ve elektrik piyasasındaki denetimlerin özel kişilerden hizmet satın alınması⁴⁶ yoluyla yapılabileceğini, bu durumun Anayasanın 128. maddesine aykırı olmadığını, denetim şirketlerinin seçimi ve nitelikleri ile görev ve yetkilerinin de başta Kamu İhale Kanunu olmak üzere, Türk Ticaret Kanunu, Borçlar Kanunu ve ilgili sektörel mevzuatla düzenlendiğini vurgulamıştır.

Birinci AYM Kararı ve İkinci AYM Kararında, Anayasanın 128. maddesi yönünden açık bir değerlendirme yapılmamakla birlikte, yüksek mahkeme, denetim hizmetlerinin bir yasa hükmüyle dahi özel kişilere gördürülemeyeceğine dair izlenimler vermiştir.

Daha açık ifade etmek gerekirse, Birinci AYM Kararı ve İkinci AYM Kararı'nda belirlilik ilkesinden hareketle, elektrik piyasasındaki denetim hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi hususunun Anayasanın 128. maddesi kapsamında değerlendirilemediği ifade edilerek; aslında hukuki, semantik ve literal açıdan tam ve eksiksiz bir yasa hükmü olduğunda denetim hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi meselesinin mahkemece 128. madde çerçevesinde inceleneceği izlenimi verilmektedir.

Görülebileceği üzere, aynı konuyu düzenleyen yasa hükümleri olmakla birlikte, Birinci AYM Kararı ile İkinci AYM Kararı, denetim hizmetlerinin özel kişilere gördürülebilmesine ilişkin olarak Üçüncü AYM Kararından farklılaşmıştır.

Bu arada, Birinci AYM Kararında, İkinci AYM Kararında ve Üçüncü AYM Kararında, denetim hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde Anayasanın 47. maddesi referans olarak alınmak suretiyle bir değerlendirme dahi yapılmamıştır. Oysa ki, şayet açık bir yasa hükmü varsa Anayasanın 47.

⁴⁶ Bkz. Yukarıda II no'lu başlık altındaki açıklamalar.

maddesi çerçevesinde kamu gücü ve ayrıcalıklarının kullanımını içermeyen ve sadece teknik destekten ibaret olan denetim hizmeti özel kişilere gördürülebilmelidir. Bu bağlamda, denetim hizmetlerinin özel kişilerce yürütülüp yürütülemeyeceğine yönelik pozitif hukukumuz altında bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

2. Denetim Faaliyetinin Kapsamı ve Niteliği

Klasik idare hukuku öğretisinde, idarenin faaliyetleri kolluk ve kamu hizmeti olarak iki ana kategoriye ayrılır. İdarenin faaliyetlerine ilişkin olarak doktrinde başka pedagojik amaçlı ayrımlara da rastlamak mümkündür. Bu çerçevede, idarenin faaliyetleri içe dönük ve dışa dönük faaliyetler olmak üzere iki ana başlığa ayrılır. İçe dönük faaliyetler özyönetim işlerinden, dışa dönük faaliyetler ise kamu hizmeti, kolluk, özendirme-destekleme ve planlama faaliyetlerinden ibarettir⁴⁷.

Bu itibarla, kolluk ve kamu hizmetinin gerçekten birbirinden farklı idari faaliyetler olup olmadığı hususları tespit edilmelidir. İdarenin klasik faaliyetlerinden olan kolluk, büyük ölçüde düzenleme ve denetim yetkileri üzerine kurulmuştur⁴⁸. Doktrinde, idarenin kolluk alanındaki etkinliklerinin kamu hizmeti olmadığını düşünenler yanında⁴⁹, kolluk etkinliğinin de kamu hizmeti olduğunu ya da çok özel usullerle yürütülen bir kamu hizmeti olduğunu ileri süren yazarlar bulunmaktadır⁵⁰. Kolluk ve kamu hizmeti arasındaki ayrımın belirsizliği ve hatta silikliğinin önemli sebeplerinden biri de, her iki faaliyet alanının devletin sosyal işlevleri arasında yer almasıdır⁵¹.

Kolluk faaliyetinin geniş anlamda kamu düzeninin sağlanmasına yönelik kamu hizmeti olduğu dikkate alındığında⁵², kolluk ve kamu hizmeti arasındaki ayrımın belirsizliği ve hatta anlamsızlığı Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarının gerekçesine de yansımıştır.

Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin 16.10.2003 tarih ve E. 2001/383-K. 2003/92 sayılı kararında; (...) *yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verme görev ve yetkisi idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer almakta olup, bu konuda yapılacak denetim de asli ve sürekli bir kamu hizmetidir. Başka bir*

⁴⁷ Ayanoglu, T. ; (Elektrik Piyasası), s. 68.

⁴⁸ Özay, İ. ; (Günüşığında Yönetim), s. 505; Günday, M. ; s. 268; Öztürk, B. ; s. 135.

⁴⁹ Duran, L. ; (İdare Hukuku), s. 303.

⁵⁰ Özay, İ. ; (Günüşığında Yönetim), s. 489 vd.

⁵¹ Öztürk, B. ; s. 136.

⁵² Gözler, K. ; C. II, s. 216; Çal, S. ; s. 190.

anlatımla, yapı ruhsatı ve buna bağlı olarak yapı kullanma izni vermek, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindedir. Anayasa'nın 128. maddesine göre de, belirtilen nitelikteki görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur.(...) Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın polis tarafından yürütülen faaliyetleri kamu hizmeti olarak nitelendirdiği kararları da bulunmaktadır⁵³.

Bilindiği üzere, kolluk faaliyeti de kendi içerisinde adli kolluk ve idari kolluk olarak ikiye ayrılmaktadır. Halen mevcut, somut bir tehlikenin ortadan kaldırılması ya da ciddi ve yakın bir tehlikenin önlenmesi için polise verilen yetkiler tipik adli kolluk yetkileridir. Buna karşılık, ileride doğabilecek olan bir tehlikenin doğmaması için alt yapı oluşturulması şeklinde “önleyici polis hizmetleri” yapmak ve tehlikenin doğmasını önlemek, “uzak tehlike” kavramı ile ifade edilmiş ve idare hukukunun alanına dahil edilmiştir⁵⁴. Tehlikenin önlenmesi için hayata geçirilen tüm tedbirler ikinci nesil ya da yeni nesil kolluk tedbirleri olarak anılmaktadır⁵⁵. Yenisey'in ifade ettiği üzere, klasik kolluk makamlarının ve kolluk görevlilerinin somut tehlikeden soyut tehlikeye doğru genişleyen faaliyet alanı fonksiyonel bir düşüğe sebep olunca, önleyici görevlerin; bir başka deyişle idari kolluk faaliyetlerinin yerine getirilmesi için özel sektör devreye sokulmuştur⁵⁶.

Türk Dil Kurumu Genel Türkçe Sözlüğünde denetleme, “*bir görevin yolunda yürütülüp yürütülmediğini anlamak için yapılan araştırma, denetim, baki, teftiş, murakabe, kontrol*” olarak tanımlanmaktadır⁵⁷. 27.10.1999 tarih ve 4457 sayılı Türkiye Akreditasyon Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinde ise denetleme veya denetim, “*bir kuruluşun faaliyetlerinin, kullandığı laboratuvar, sistemler ve personelinin tanımlanmış düzenlemelere ve/veya standartlara uygun olup olmadığının belirlenmesi faaliyeti*” olarak tanımlanmaktadır.

⁵³ AYM'nin 28.09.1988 tarih. ve E. 1988/12-K. 1988/32 sayılı kararı; Dan. 10. D. 12.10.1999 tarih ve E. 1997/3568-K. 1999/4782 sayılı kararı. www.danistay.gov.tr (erişim tarihi: 15.04.2013).

⁵⁴ Yenisey, F. ; s. 217.

⁵⁵ Yenisey, F. ; s. 217.

⁵⁶ Yenisey, F. ; s. 22.

⁵⁷ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5138ac5a4285d6.23857266 (erişim tarihi: 07.03.2013).

Bu bağlamda, denetim faaliyeti esas olarak idari kolluk faaliyetidir⁵⁸. Daha teknik ifade etmek gerekirse denetim faaliyeti, emir, talimat, denetim ve yaptırım gibi yetkileri içeren kişisel nitelikli bir kolluk fonksiyonudur⁵⁹. İdari kolluğun bir parçası olan denetim faaliyetinin esas amacı, cezalandırılmaları öngörülme de kamu düzenini bozan eylem ve durumlara engel olmaya çalışmaktır⁶⁰.

3. Elektrik Piyasasındaki Denetim Faaliyetinin Kapsamı ve Niteliği

6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 5(2)[d] maddesine göre, lisans sahibi tüzel kişiler tesislerini, yasal defter ve kayıtlarını Kurul denetimine hazır bulundurmak, Kurul tarafından talep edildiğinde denetime açmak ve Kurumun faaliyetlerini yerine getirebilmesi için ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi zamanında, tam ve doğru olarak Kurula vermek zorundadır⁶¹. 4628 sayılı mülga Elektrik Piyasası Kanunu'nun⁶² 4(2) maddesi uyarınca EPDK, söz konusu kanuna uygun şekilde davranılmasından sorumlu olup, lisans sahibi şirketler üzerinde denetim hak ve yetkisine sahiptir. 4628 sayılı Kanun'un 5(6)[i] maddesine göre ise, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin eşitlik ve şeffaflık standartlarına uymalarını sağlamak için faaliyetlerini, uygulamalarını ve ilgili lisans hüküm ve şartlarına uyup uymadıklarını denetlemek Kurul'un görevleri arasında sayılmıştır.

İdare, genel kolluk görev ve yetkisine istinaden ruhsat çerçevesinde faaliyet gösteren özel girişimleri, toplumun dış/maddi düzeni bakımından denetleyebilir⁶³. Bunun yanında, kamu hizmeti alanında ruhsatla faaliyette bulunmakta olan özel girişimleri⁶⁴ ayrıca faaliyetin her alanına sirayet eden içkin bir denetime de tabi tutulabilir⁶⁵. Esasında, bir faaliyet niteliği itibarıyla ister kamu hizmeti ister idari kolluk olsun, regülasyonun konusu olmakla

⁵⁸ İdare'nin sorumluluğu kapsamında Fransız hukukunda denetim hizmetlerinde ağır kusurun arandığına ilişkin görüş ve içtihatlar için bkz. **Atay, E./Odabaşı, H./Gökcan, H. T.** ; s. 99.

⁵⁹ **Derdiman, C.** ; s. 114.

⁶⁰ **Duran, L.** ; (İdare Hukuku), s. 251.

⁶¹ 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 3(1)a.7 maddesi.

⁶² Burada incelenen Anayasa Mahkemesi kararları 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu döneminde verildiği için bu kanun hükümlerine de atıfta bulunmayı uygun bulduk.

⁶³ **Gülan, A.** ; s. 157.

⁶⁴ 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında tüm elektrik piyasası faaliyetlerinin piyasa faaliyetine (özel teşebbüs faaliyetlerine) dönüştürüldüğü yönünde görüşler vardır. Bkz. **Ayanoğlu, T.** ; (Elektrik Piyasası), s. 72.

⁶⁵ **Tiryaki, R.** ; s. 280.

kamu hukukunun alanına girmektedir⁶⁶. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu da, lisanslama, düzenleme, denetleme, yönlendirme ve yaptırım uygulama gibi kamusal yetkiler kullanmaktadır ve iktisadi kolluk fonksiyonunu yerine getirmektedir.

4. Denetim Faaliyetinin Özel Kişilere Gördürülmesi

A. Genel Olarak

Bilindiği üzere, Anayasa'nın 128. maddesinde, Devlet'in, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği, bu kapsama giren personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin de kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Anayasa'nın 128. maddesi anlamında bir kamu hizmetinden söz edilebilmesi için; söz konusu hizmetin Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti olması, bu kamu hizmetinin “*genel idare esasları*”na göre yürütülmesi ile görevin “*asli ve sürekli*” nitelikte olması gerekmektedir.

İdare eliyle yürütülen hizmet ve faaliyetlerden, genel idare esaslarına göre yürütülmesi zorunlu olmayan, diğer bir deyişle özel yönetim biçimi ile gerçekleştirilmeye elverişli bulunanların, Devletin gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilmesi ise olanaklıdır.

Anayasa'nın 47. maddesine 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen son fıkra uyarınca ise, Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir⁶⁷.

Yukarıda vurgulandığı üzere denetim, tipik bir idari kolluk faaliyetidir ve kamu düzeninin korunmasını amaçlar. Kamu düzeninin sağlanması, kamu adına zorlayıcılık ve meşru güç kullanma yetkisini de elinde bulundurarak

⁶⁶ Özyay, İ. ; (Ekonomik Kamu Düzeni), s. 21-22; Ayanoglu, T. ; (Elektrik Piyasası), s. 85; Orak, C. Ç. ; s. 112-114.

⁶⁷ Aslan'a göre, kamu hizmetlerinin özel kişilere devrinde devredilen alan tümüyle kamu personel rejiminin dışına çıkarılmaktadır. Diğer durumda ise hizmetin özel kişilere yaptırılması söz konusudur. Yaptırma durumunda hizmet, genel olarak kamunun sorumluluğunda olmakla birlikte özel kişilere gördürülmektedir. Bu da Anayasa'nın 128. maddesindeki hükümle çelişmektedir. Bkz. Aslan, O. E. ; s. 68.

yerine getirilebilir⁶⁸. Bu itibarla kamu gücü de, devletin bir organı ve parçası olan idarenin, idare hukuku alanında sahip olduğu egemenliğin farklı bir isimlendirmesi olarak değerlendirilmektedir⁶⁹.

Kamu gücünü içermesi sonucunda, idarenin kolluk yetkisini kullanmaktan vazgeçemeyeceği ve kamu hizmetinin görülmesini özel kişilere bırakabildiği halde kolluk yetkisini özel kişilere devredemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir⁷⁰. Bu bağlamda, kamuya özgü denetim işlevinin özel kesime devredilmesi bazı yazarlarca Anayasa'ya aykırı görülmektedir⁷¹.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında şu tespitlerde bulunmuştur⁷²:

“Kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, kamu hizmet ve faaliyetlerinin bizzatı idare kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır. Ancak, bu hizmet ve faaliyetlerden kamu gücüne özgü olmayanlar ile özel yönetim biçimiyle gerçekleştirilmeye elverişli bulunanlar, tüm sorumluluk gene ilgili idare üzerinde kalmak kaydıyla, onun sürekli gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilir. Özel yönetim biçimiyle yürütülmeye elverişli olan kamu faaliyet ve hizmetlerinin, özel teşebbüse gördürülebilmesi ise bunun kanunlarda (açıkça) öngörülmüş bulunmasına bağlıdır; yürütme ve idare kendiliğinden bu yolu seçemez ve dilediği yöntemi kullanamaz”.

Bu görüşü savunanlar, Anayasa'nın 6. maddesinden yola çıkarak özel hukuk kişilerinin kamu kudreti usullerine başvurmasının mümkün olmadığını, özel hukuk kişileri tarafından yapılan öndenetim, kontrol ve onay gibi hazırlık işlemlerinin de kamu kudretinin kullanım sürecine katılma ya da kamu kudretinin fiili kullanımı olarak nitelendirmektedirler⁷³. İdareyi hukuken bağlayan, idarenin aksi yönde karar alabilmesine imkan vermeyen hazırlık işlemleri kamu kudretinin kullanım sürecine katılma; idareyi hukuken olmasa da çeşitli nedenlerle fiilen bağlayan hazırlık işlemleri yapabileme ise kamu kudretinin fiili kullanılması anlamına gelebilecektir. Bu görüşe göre,

⁶⁸ Doğan, F. ; s. 16.

⁶⁹ Karatepe, Ş. ; s. 12.

⁷⁰ Duran, L. ; (Peştemallik ve Ulufe), s. 12; Karahanoğulları, O. ; (Özelleştirme), s. 106; Özkan, A. F. ; s. 78; Aslan, O. E. ; s. 68.

⁷¹ Geray, C. ; s. 4.

⁷² AYM'nin 07.05.2002 tarih ve E. 2000/17-K.2002/46 sayılı kararı. Bkz. 26.03.2003 tarih ve 25060 sayılı RG.

⁷³ Ayaydın, C. ; s. 115.

idari işlemin hazırlık sürecinde yürütülen işlem ve eylemlerin nihai işlemler ile arasında sıkı bir ilişki olması sebebiyle Anayasa'nın 128. maddesinin emredici hükmü doğrultusunda kamu görevlileri tarafından yapılmasının şart olduğu ileri sürülmektedir⁷⁴.

Buna karşılık doktrinde bazı yazarlarca, kolluk faaliyetlerine özel kişilerin katılımı bakımından genel idari kolluk ile özel idari kolluk arasında bir ayırım yapılmakta ve genel idari kolluğun özel kişilere bırakılamayacağı, özel idari kolluğun ise özel kişilere bırakılabileceği ifade edilmektedir⁷⁵. Buna göre, özel idari kolluk yetkileri, hizmetin düzenlenmesi ve karar alma yetkileri devredilmeksizin kanun koyucu tarafından izin verilmesi halinde özel hukuk kişilerine gördürülebilir⁷⁶.

B. Denetim Faaliyetinin Özel Kişilere Gördürülmesine Yargı Organlarının Bakışı

Hukuk devleti ilkesi, sadece yasama ve yürütme seviyesinde değil, yargı seviyesinde de devlet faaliyetlerinin belirli, tutarlı ve öngörülebilir olmasını gerektirir. Çünkü burada esas amaçlanan keyfiliğin önlenmesi ile temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasıdır. Ancak Türkiye'de yargı organlarının kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesine ilişkin olarak halen net ve istikrarlı kararlar veremediğini görmekteyiz.

Danıştay 13. Dairesi'nin 22.05.2009 tarih ve E. 2007/4056-K. 2009/5656 sayılı kararında⁷⁷ elektrik piyasasındaki denetim hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesine dair önemli prensipler ortaya konulmuştur. 07.01.2007 tarih ve 26396 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Elektrik Piyasasında Dağıtım Sistemi Yatırımlarının Düzenlenmesi ve Planlardaki Gerçekleşmelerin Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik'in 4(a) ve 6. maddeleri ile EPDK'nın denetim yetkisini özel hukuk tüzel kişilerine devredebilmesine imkân tanınmıştı. Söz konusu Yönetmelik hükümlerinin iptali için açılan davada Danıştay, yasal bir düzenleme olmadıkça EPDK'nın denetim hizmetinin görülmesini özel hukuk tüzel kişilerine devredemeyeceğine hükmetmiştir. Bu kararın gerekçesi incelendiğinde görülecektir ki Danıştay, denetim hizmetinin mutlaka memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yürütülmesi gereken bir hizmet ve faaliyet olmadığını ve fakat düzenleyici işlemlerle kamu

⁷⁴ Ayaydın, C. ; s. 115 vd.

⁷⁵ Gözübüyük, Ş./Tan, T. ; s. 644-645.

⁷⁶ Akgül, Ş. Y. ; s. 154.

⁷⁷ www.kazanci.com (erişim tarihi: 02.08.2013).

hizmeti niteliği taşıyan denetim yetkisinin özel kişilere devredilemeyeceğini, bu hizmet ve faaliyetin özel kişilere devredilebilmesi için mutlaka yasal bir düzenlemeye ihtiyaç olduğunu belirtmiştir. Bu yaklaşım Anayasa'nın 47. maddesinin öngördüğü sistem ile son derece uyumludur⁷⁸.

Oysa ki Anayasa Mahkemesi'nin 08.11.2012 tarih ve E. 2012/27 – K. 2012/173 sayılı kararında⁷⁹:

“Kolluk faaliyeti içinde yer alan zorunlu denetim hizmeti, idari para cezası ile uyarma, geçici durdurma ve iptal şeklinde idari müeyyideler uygulamaya ilişkin görev ve faaliyetler genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindedir. Anayasa'nın 128. maddesine göre, kolluk faaliyetleri arasında yer alan bu tür kamu hizmetlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur” biçiminde bir tespit yapılmıştır. Bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesi, denetim hizmetinin özel kişilere gördürülemeyeceğine karar vermiştir⁸⁰.

Anayasa Mahkemesi, 13.01.2011 tarih ve E. 2007/2-K. 2011/13 sayılı kararı⁸¹ ile de 31.10.2006 tarih ve 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nun 15. maddesinde yer alan ve tohumlukların denetiminin *“özel hukuk tüzel kişilerine”* devredilebilmesini öngören yasa metnini Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.

Yüksek Mahkemeye göre, *“denetleme görev ve yetkisi idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer alan, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindedir. Anayasa'nın 128. maddesine göre de, kolluk faaliyetleri arasında yer alması nedeniyle denetleme yetkisinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur. İptali istenilen kuralda özel hukuk tüzel kişileri dışında yetki devri yapılabilecek Türkiye Tohumcular Birliği, kamu kurum ve kuruluşları ve üniversiteler kamu tüzel kişiliğine sahip olup, Anayasa'nın 128. maddesi*

⁷⁸ Zabunoğlu'na göre, bir kamu hizmetinin işletilme usullerini yasama organı ve bu konuda yetki verilmiş idare serbestçe tayin eder. Çünkü, kamu hizmetinin görülmesinde belirlenecek usul teknik bir sorun olmakla, bu sorunu yargı yeri değil hizmeti yürüten idare çözecektir. Bkz. **Zabunoğlu**, Y. K. ; s. 520.

⁷⁹ 28.03.2013 tarih ve 28601 sayılı RG.

⁸⁰ Ulusoy'a göre, Anayasa'da kamu hizmeti olarak yürütülmesi zorunlu olan hizmetlerin mutlaka devlet veya diğer idari birimlerce bizzat yürütüleceğini söylemek pozitif hukuk açısından mümkün değildir. Bkz. **Ulusoy**, A. ; s. 48.

⁸¹ 23.07.2011 tarih ve 28003 sayılı RG.

kapsamındadır. Ancak, bunlar dışında Bakanlığın denetim yetkisini tümüyle özel hukuk tüzel kişilerine devretmesi veya onlarla paylaşması ise olanaklı değildir. Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kuralda yer alan "...özel hukuk tüzel kişilerine..." ibaresi, 8. maddedeki "denetim" yönünden Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır. İptali gerekir⁸²"

Görülebileceği üzere yüksek mahkeme, 128. madde ile 47. madde kapsamı dışında tutulması gereken yasak bir alan oluşturmuştur⁸³. Bir başka ifadeyle Anayasa Mahkemesi, bu kararı ile adeta Anayasanın 128. maddesine *primus inter pares* nitelik vermiştir.

Ne var ki, Anayasa Mahkemesi, 29.12.2005 tarih ve E. 2005/110-K. sayılı kararında⁸⁴ trafiğe çıkarılacak motorlu araçların teknik şartlara uyup uymadığının belirli zaman aralıkları ile muayene edilerek tespit edilmesini ifade eden araç muayene hizmetinin, kamu hizmeti niteliği taşıdığını vurgulayarak, 5398 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile araç muayene hizmetinin Ulaştırma Bakanlığı'na ait muayene istasyonlarında ya da Ulaştırma Bakanlığı'nca yetki verilen kişilere ait muayene istasyonlarında yapılmasının Anayasa'nın 47. maddesine aykırı olmadığı yönünde hüküm tesis etmiştir. Bu kararda ise yüksek mahkeme, Anayasanın 128. maddesini⁸⁵ referans norm olmaktan çıkarmış; bunun yerine 47. maddeyi referans norm olarak almıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı incelendiğinde, esas olarak Ulaştırma Bakanlığı'nın araç muayene hizmeti ile ilişkisinin tamamen koparılmadığı, Bakanlığın bu konuda yetki vermesi halinde dahi, ilgili gerçek veya tüzel kişilerce yürütülen araç muayene hizmetini denetim ve gözetim görevi devam edeceği üzerinde durulmuştur. Bir başka deyişle, denetim ve

⁸² Sayın Hicabi Dursun karşı oy gerekçesinde kanımızca son derece isabetli tespitlerde bulunmuştur. Karşı oy'un tamamını zedelemeyecek ve bütünlüğünü bozmayacak şekilde şu şekilde özetlenebilir: (i) İptali istenen kuraldaki denetim yetkisi mutlaka memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gereken hizmetlerden değildir. (ii) Farklı mevzuat hükümleri, bu tarz denetim faaliyetlerinin özel kişiler tarafından yürütülmesine olanak tanımaktadır. Çünkü, bu hizmetler memurlar ve kamu görevlileri tarafından bugüne kadar etkin bir şekilde görülmemiştir. (iii) Denetim faaliyetinin kamu hizmeti niteliği dahi tartışmalı olup; idari kolluk faaliyeti olarak değerlendirilse bile memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yeterince etkin şekilde yürütülemediği açıktır. (iv) İptali talep edilen kural ile bu hizmetin özel kişilere gördürülmesinin sağlanması yasa koyucunun takdiri içerisinde ve bununla açıklanabilir.

⁸³ **Karahanoğulları**, O. ; (Kamu Hizmeti), s. 182-183; **Uz**, A. ; s. 200.

⁸⁴ 26.07.2006 tarih ve 26240 sayılı RG.

⁸⁵ Kamu ihale mevzuatının uluslararası mevzuata uyumu sürecinde Anayasanın 128. maddesinin oldukça dar yorumlanmaya başlandığı yönündeki görüşler için bkz. **Toprak**, E. ; s. 113.

gözetim görevi idarenin zaten vazgeçebileceği bir görev ve yetki değildir. Esas olan özel kişilerce yürütülse dahi idarenin bu hizmet ve faaliyeti genel kolluk yetkisi içerisinde denetleyebilecek olmasıdır.

Yukarıdaki kararlardan çıkarılacak sonuç şudur. Türk yargı organlarının kararlarında, Anayasanın 128. maddesinde yer alan “*asli ve sürekli görevler*” ibaresinin tam olarak ne anlama geldiği ve bu hükmün Anayasanın 47. maddesi ile ilişkisi konusunda net bir fikir oluşmamıştır. Bu tespiti destekleyecek nitelikte bir başka Anayasa Mahkemesi kararı aşağıya alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 22.11.2007 tarih ve E. 2004/114-K. 2007/85 sayılı kararında⁸⁶ sağlık hizmetlerinin özel kişiler tarafından üretilmesi hususunda önemli tespitler yapmıştır. Söz konusu kararda mahkeme, sağlığın korunmasının ikame edilemez ve ertelenemez niteliği dikkate alındığında sağlık hizmetinin tüm kamu hizmeti kategorileri içinde özel bir yere sahip olduğunu vurguladıktan sonra, özel sektörün dinamiklerinden ve rekabetçi yapısından beslenmesinin kaçınılmaz olduğunu vurgulamıştır⁸⁷.

Anayasa Mahkemesi bu kararda, sağlık hizmetlerinin ve ekipmanlarının yüksek maliyetli ve karmaşık teknik yapıları dikkate alındığında bu alandaki finansman problemlerine de haklı olarak kararın gerekçesinde değinmiş ve özetle özel sektörün sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetlerini yürütebileceği yönünde bir görüş oluşturmuştur. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 47. ve 128. maddelerinin beraber değerlendirilmesi gerektiğini ve bu bağlamda sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Dolayısıyla, sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceği gibi, özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesi de olanaklıdır⁸⁸.

⁸⁶ 24.12.2007 tarih ve 2007/85 sayılı RG.

⁸⁷ Danıştay 13. Dairesi'nin 13.06.2008 tarih ve E. 2006/3097-K. 2008/4811 sayılı kararında da tıbbi görüntüleme ekipmanlarının tedarik ve işletilmesi işinin hizmet satın alınması yoluyla gerçekleştirilebileceği hükme bağlanmıştır. DD. S. 119, s. 466.

⁸⁸ Kararların gelişim ve değişim sürecini göstermesi bakımından önemli olduğunu düşündüğümüz bir kararı da aktarmayı uygun gördük. Danıştay İdari İşler Kurulu'nun 25.10.1990 tarih ve E. 1990/90-K. 1990/73 sayılı kararında, sağlık hizmetleri, eğitim, öğretim ve kişi güvenliği gibi devletin varlığının sebebi olan haklardan olduğu ifade edilerek, bu hakların devletin yükümlülükleriyle birlikte, sosyal hukuk devleti olma niteliğinin kapsamını da belirlediği belirtilmiştir. Bu cümleden olarak, Danıştay İdari İşler Kurulu'nun kararı ile sağlık hizmetinin devletin temel amaç ve görevleri kapsamında bulunduğu ve özel kişilere imtiyaz yoluyla gördürülemeyeceğine hükmedilmiştir (*Yayınlanmamıştır*). Kararın

Tipik bir yargı organı olarak değerlendirilmese de Sayıştay'ın da bu konudaki tespit ve kararları dikkat çekicidir. Örneğin, Anayasa'nın 47. maddesinde 1999 yılında yapılan değişikliğe rağmen Sayıştay Daireler Kurulu'nun 12.07.2000 tarih ve K. 1041/1 sayılı kararında⁸⁹, asli ve sürekli kamu hizmeti niteliğinde olan bilgisayar işletim ve bakım hizmetlerinin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesi hükmü uyarınca istihdam edilecek personel eliyle yürütülmesi gerekirken, ihale yoluyla üçüncü şahıslara yaptırılması, 2886 sayılı Kanununun 1 ve 4. maddelerine aykırı görülerek sözleşmenin tescilinin mümkün bulunmadığı hükme bağlanmıştır.

Kararın gerekçesinde ayrıca şu ifadelere yer verilmiştir: “(...) *Gündem konusu iş, hastanenin asli ve süreklilik arz eden işidir. Bu işin gördürülmesi, ihale yolu ile değil hastanenin kadrolu kendi personeli ile yerine getirilmesi gerekir. Aksi halde yeterince yetmiş eleman yok diye her konunun ihaleye çıkarılıp, üçüncü şahıslara yaptırılması gibi bir durum ortaya çıkar. Anayasanın 128'inci maddesi, kurumun asli ve sürekli görevi ile ilgili konuları, 657 sayılı Kanununun 4 ve 5'inci maddeleri hükümlerine uygun olarak kendi elemanlarınca yürütmesini öngörmektedir. Başka bir istihdam yolu ile bu işin yaptırılması yasalara aykırı olmaktadır(...)*”

Bilgisayar bakım ve işletim hizmetinin asli ve sürekli bir kamu hizmeti niteliğinde görülmesi yerinde değildir. Genel idare esaslarından anlaşılması gereken, kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim usulleridir. Kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim usulleri ise kamu gücü kullanılarak tek yanlı idari işlemler tesis etmek ve idari kararlar almak olarak anlaşılmaktadır⁹⁰.

Sayıştay 2. Dairesinin 16.12.2005 tarih ve 33333 sayılı kararında⁹¹ da, belediyenin kendi personeli tarafından yürütülmesi gereken ve asli görevi olan imar uygulamaları işinin, hizmet alımı şeklinde Aydın Vakıf Hizmetleri A.Ş.'ne ihale yolu ile devredilmesinin; Anayasanın 128'inci, 657 sayılı Kanununun 4 ve 5. maddeleri ile düzenlenen istihdam esaslarına aykırı olduğuna karar verilmiştir.

künyesine ve karar metninin bir bölümüne yapılan atıf için bkz. **Tan**, T. ; s. 290.

⁸⁹ www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.03.2013).

⁹⁰ **Uz**, A. ; s. 86.

⁹¹ www.kazanci.com (erişim tarihi: 07.03.2013).

C. Pozitif Hukukumuzda Denetim Faaliyetinin Özel Kişilere Gördürülmesine İmkan Tanyan Düzenlemelere Örnekler

a. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Öngördüğü Denetleme Rejimi

5510 sayılı Kanun'un 78. maddesinde, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun bu Kanunda belirtilen görevleriyle ilgili olarak sağlık hizmeti sunucularının yürüttüğü hizmet ve işlemleri kontrol yetkisine sahip olduğu ve Kurumun bu yetkisini görevlendirdiği personeli vasıtasıyla veya kamu kurumları ve özel kurumlardan hizmet satın almak suretiyle kullanabileceği düzenlenmiştir.

b. 5996 sayılı Kanun'un Öngördüğü Denetleme Rejimi

13.06.2010 tarih ve 27610 sayılı 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu'nun 31(10) maddesi aşağıdaki şekildedir:

“Bakanlık, bu Kanun kapsamındaki kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler hariç olmak üzere, uygun göreceği görev ve yetkiler için kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri, birlikler, kooperatifler, vakıf ve üniversiteler ile işbirliği yapabilir. Bunlardan, Bakanlıkça belirlenen şartlara sahip olanlara, bu görev ve yetkilerin tamamı veya bir kısmı tamamen veya kısmen devredebilir veya hizmet alımı yolu ile yerine getirebilir. Bakanlık, devir yaptığı kuruluşları denetler. Bakanlıkça yapılan denetim sonucunda devredilen görev ve yetkilerin yürütülmesinde yetersizlik veya eksikliğin tespiti halinde Bakanlık devri iptal eder veya eksikliklerin kısa bir süre içinde giderilmesini talep edebilir. Bakanlık, eksikliklerin giderilmemesi durumunda devredilen görev ve yetkileri iptal eder. Bu fıkranın uygulanmasından doğan tüm masraflar sorumlular tarafından üstlenilir”⁹².

5996 sayılı Kanun'un 31. maddesine istinaden çıkarılan Gıda ve Yemin Resmi Kontrollerine Dair Yönetmelik ise 17.12.2011 tarih ve 28145 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Bu yönetmeliğin 6. maddesine göre, “Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı, Kanun kapsamındaki kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler hariç olmak üzere gıda ve yemin resmi kontrollerine ilişkin görevlerinin tamamını veya bir kısmını kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler, özel

⁹² 5996 sayılı Kanun'un bazı hükümlerinin iptali talebiyle ana muhalefet partisi meclis grubu tarafından Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmış olmakla birlikte, yukarıdaki maddenin iptali talep edilmemiştir AYM'nin 29.12.2011 tarih ve E. 2010/80 - K. 2011/178 sayılı kararı. www.anayasa.gov.tr (erişim tarihi: 15.06.2013).

hukuk tüzel kişileri, birlikler, kooperatifler, vakıf ve üniversitelere tamamen veya kısmen aşağıdaki koşullar kapsamında devredebilir veya hizmet alımı yolu ile yerine getirebilir. Ancak ithalat ve ihracatın resmi kontrolleri ile tüm yasal yaptırımlar bu kapsamın dışındadır”.

c. 5411 sayılı Bankacılık Kanununun Öngördüğü Denetleme Rejimi

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 15. maddesi şu şekildedir:

“Bankaların bağımsız denetim faaliyetleri ile Kurul tarafından zorunlu tutulması halinde, bankaların varlıklarının, hak ve yükümlülüklerinin ya da kredi müşterilerinden alınacak teminatların değerlendirilmesi ve kendilerinin ya da kredi müşterilerinin derecelendirilmesi faaliyetlerini gerçekleştirecek olan kuruluşların yetkilendirilmesine, yetkilerinin geçici veya sürekli olarak kaldırılmasına Kurulca karar verilir. Bu maddenin uygulamasına ilişkin usûl ve esaslar ilgili meslek birliklerinin görüşü alınarak Kurulca belirlenir”.

Bu kapsamda, 13.01.2010 tarih ve 27461 sayılı Resmi Gazete’de Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelik yayınlanmıştır. Söz konusu yönetmelik kapsamında, bankaların bilgi sistemleri ile bankacılık süreçlerinin, yetkilendirilmiş bağımsız denetim kuruluşları tarafından denetlenmesi öngörülmüştür. Denetlenen bankaların yükümlülüklerinin düzenlendiği Yönetmeliğin 19. maddesinde, denetçilerin talep ettiği bilgi ve belgelerin gizli dahi olsa⁹³ denetlenen bankalar tarafından sağlanması gerektiği başta olmak üzere, bankalara denetim sürecinin etkin bir şekilde gerçekleştirilmesini teminen önemli yükümlülükler getirilmiştir.

Ticari sırların korunması son dönemdeki uluslararası gelişmeler ışığında Anayasal düzlemde mülkiyet hakkının korunması ile ilişkilendirilmektedir⁹⁴. Bu bağlamda, ticari sırları dahi içerebilecek nitelikteki bilgilerin bağımsız denetçilere sunulmak zorunda olması ve daha da önemlisi bağımsız denetçilerin bu bilgileri talep edebilmesi Anayasanın 35. maddesi anlamında mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla kanunla sınırlandırılmasının bir örneğidir. Bu itibarla, bu hususun Bankacılık Kanunu’na konulacak bir hükümlerle düzenlenmesi çok daha yerinde olurdu.

⁹³ Karş. Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı madde 3(1)[c]. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0483.pdf> (erişim tarihi: 08.03.2013).

⁹⁴ Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı’na ilişkin Rekabet Kurumu Hukuk Müşavirliği Görüşü. <http://www.rekabet.gov.tr/Resources/KurumGorusleri/gorus47.pdf>, s. 4. (erişim tarihi: 10.03.2014)

d. Sivil Havacılık Sektöründe Denetim

25.07.1997 tarih ve 97/9707 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile çıkarılan Sivil Hava Meydanları, Limanlar ve Sınır Kapılarında Güvenliğin Sağlanması, Görev ve Hizmetlerin Yürütülmesi Hakkında Yönetmeliğin⁹⁵ 20. maddesinde, mülki idare amirinin havaalanları, limanlar ve sınır kapılarında güvenlik görev ve sorumluluğunu, genel kolluk kuvvetleri ve **özel güvenlik teşkilatıyla**⁹⁶ yerine getireceği hükmüne bağlanmıştır. Söz konusu yönetmeliğin 25. maddesinde ise, uçakların patlayıcı madde yerleştirilmesi ihtimaline karşı, yetkili teknisyenler, patlayıcı uzmanları veya uçak özel güvenlik hizmet ve denetimi veren kuruluşlar tarafından uygun zamanlarda önceden hazırlanmış kontrol listelerine göre aramaya tabi tutulacağı belirtilmiştir.

Yönetmeliğin 30. maddesi ise 20. maddeye paralel bir hüküm içermekte olup, buna göre, limanlardaki güvenlik tedbirlerinin mülki idare amiri tarafından kolluk kuvvetleri ve özel güvenlik birimleri ile alınması düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin 31. maddesinin kenar başlığı “Limanlardaki Güvenlik Makamları” olup; buna göre limanlarda, karada alınacak güvenlik tedbirleri polis, jandarma, gümrük muhafaza ve özel güvenlik personeli; denizde alınacak tedbirler ise Sahil Güvenlik Komutanlığı, deniz polisi ve gümrük muhafaza idaresi aracılığı ile alınacaktır.

05.04.2012 tarih ve 28255 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sivil Havacılık İşletmeleri Yetkili Denetim Kuruluşları Yönetmeliği’nin 7. maddesi çerçevesinde, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından teknik denetçi olarak yetkilendirilen yetkili bağımsız denetim kuruluşlarında görevli denetçiler, 15.04.2006 tarihli ve 26140 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teknik Denetçilerin Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte belirtilen hususlarda Genel Müdürlük adına yetkilidir.

Nitekim, söz konusu Yönetmeliğin hukuksal dayanağı⁹⁷ da 18.11.2005 tarih ve 25997 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5431 sayılı Sivil Havacılık

⁹⁵ 14.08.1997 tarih ve 23080 sayılı RG.

⁹⁶ Vurgu tarafımızdan yapılmıştır.

⁹⁷ Ayrıca 19.10.1983 tarih ve 18196 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Türk Sivil Havacılık Kanunu’nun 27. maddesinde Türk sivil hava araçları ile faaliyette bulunan tüm kamu kurum ve kuruluşları ve gerçek ve özel hukuk tüzelkişileri Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü’nün hava seyrüsefer güvenliğini sağlamak amacıyla yapacağı veya yaptıracağı teknik denetime tabidirler. Yapılacak denetimin esasları, denetleme elemanlarının seçimi ile yetki ve sorumlulukları Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü’nce hazırlanacak yönetmelikle belirlenir.

Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 24.10.2011 tarih ve 661 sayılı KHK ile değişik 27. Maddesidir. Söz konusu madde uyarınca:

“Genel Müdürlük, görev kapsamı içinde kalmak kaydıyla bedeli karşılığında sözleşmelerle hizmet yapmaya veya yaptırmaya yetkilidir. Genel Müdürlük, görev ve yetki kapsamı içinde bulunan, yeterlik belgesini haiz veya yeni belge alacak sivil havacılık personelinin sınavları ve bunların denetimleri ile sivil havacılık işletmelerinin uluslararası sivil havacılık kural ve standartları, kanunlar ve yönetmelikler ile belirlenmiş her türlü denetim, yetkilendirme, ruhsat, sertifika ve lisans hizmetlerini Bakanlık onayı ile belirlenecek ücretler karşılığında yapar.

Genel Müdürlük ikinci fıkra kapsamında yapacağı denetimleri bağımsız denetim kuruluşlarına ve teknik gözetim şirketlerine yaptırabilir. Bu bağımsız denetim kuruluşları ve teknik gözetim şirketleri ile bunlar tarafından denetimle görevlendirilecek personelin sahip olması gereken nitelikler ve denetime ilişkin usul ve esaslar Genel Müdürlükçe çıkarılan yönetmelikle belirlenir”.

e. 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun Öngördüğü Denetleme Rejimi

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 14. maddesinde “Kurum piyasa faaliyetlerini kendi personeli ile veya kamu kurum ve kuruluşları ile özel denetim kuruluşlarından hizmet alımı yoluyla denetime tabi tutar” şeklinde düzenleme yer almaktaydı. Bu kapsamda, Petrol Piyasasında Yapılacak Denetimler İçin Kamu Kurum ve Kuruluşları ile Özel Denetim Kuruluşlarından Hizmet Alımına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik 21.04.2005 tarih ve 25793 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

Bu yönetmeliğin tanımlar kenar başlıklı 3. maddesinde yetkili kuruluş; Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun hizmet alımı yoluyla petrol piyasasında denetim yapmakla yetkilendirdiği kamu kurum ve kuruluşları ile özel denetim kuruluşları biçiminde tanımlanmıştı. Söz konusu yönetmeliğin yetkilendirme kenar başlıklı 4. maddesinde, petrol piyasasında denetim yapmakla yetkilendirilecek kamu kurum ve kuruluşlarının Protokol, özel denetim kuruluşlarının ise Kurum tarafından yapılacak ihale ile belirleneceği vurgulanmıştı. İhale ulusal veya bölgesel bazda yapılabilmekteydi. Kurum aynı anda birden fazla kamu kurum ve kuruluşuyla Protokol yapabileceği gibi, kamu kurum ve kuruluşlarının yanı sıra özel denetim kuruluşlarından da hizmet alabiliyordu.

Yetkili Kuruluşların yetki ve yükümlülükleri, Yönetmelik hükümleri çerçevesinde Kurum ile Yetkili Kuruluşlar arasında yapılacak Protokol veya Sözleşme ile belirleniyordu. Protokol ve Sözleşme, Kurul onayı ile yürürlüğe giriyordu.

Yönetmeliğin konumuz bakımından en kritik hükmü 5. maddesiydi. Bu maddeye göre, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından yürütülen denetim, ön araştırma ve soruşturmalar nedeniyle ihtiyaç duyulan her türlü inceleme, tespit, numune alma, mühürleme ve mührün sökülmesi gibi işlemler talep edilmesi halinde Yetkili Kuruluşlarca bir başka deyişle duruma göre özel denetim kuruluşlarınca yapılabilirdi.

Ne var ki, bu makalede incelediğimiz Anayasa Mahkemesi kararları sonrasında, 28.03.2013 tarih ve 6455 sayılı Kanun'un 41. maddesiyle Petrol Piyasası Kanunu'nun 15. maddesi değiştirilmiş ve petrol piyasası faaliyetlerinin doğrudan EPDK'nın kendi personeli veya gerektiğinde diğer kamu kurum ve kuruluşları personeli eliyle denetime tabi tutulacağı hükmüne bağlanmıştır.

D. Görüşümüz

Yukarıda vurgulandığı üzere, denetim hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi konusunda Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında bunu Anayasal kamu hizmeti kategorisi içine sokmakta ve Anayasanın 47. maddesi ile bağı kopararak bu hizmetin özel kişilere gördürülemeyeceğine hükmetmektedir⁹⁸.

⁹⁸ Bu yaklaşım sonucunda bazı hizmet ve faaliyetlerin önem derecelerine göre özel kişiler tarafından yürütülüp yürütülemeyeceği biçiminde bir algı ortaya çıkabilir ki bu yerinde değildir. Örneğin günümüzde, ulusal savunmanın gerektirdiği araç ve silahların üretim ve tedarikinde yerli ve yabancı özel hukuk tüzel kişilerinden yoğun biçimde yararlanılmaktadır. Ulusal savunmanın denetim hizmetinden daha az önemsiz olduğunu söylemek olanaklı değildir. Burada esas olan, buna imkan tanıyan yasal düzenlemeler vasıtasıyla söz konusu faaliyetlerin belirtilen şekilde yürütülüyor olmalarıdır. Anayasa Mahkemesi'nin 05.05.1987 tarih ve E. 1986/1-K. 1987/10 sayılı kararı bu konuda oldukça net bir fikir vermektedir. Kararın ilgili bölümü şu şekildedir:

"Bu iddianın, amaçları araçlarla karıştırdığı açıktır. Bir devletin ulusal savunmadan sorumlu olması başka şey, ulusal savunmanın gerektirdiği araç ve gereçlerin üretimi ve tedariki başka şeydir. Anayasa'nın 5. maddesi Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü korumayı Devletin temel amaç ve görevlerinden saymış, fakat bu amaç ve görev için gerekli araç ve gereçlerin sadece Devlet tarafından üretilmesini ve tedarik edilmesini şart koşmamıştır. Aksine Anayasa, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğunu belirleyen 35., herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip bulunduğunu ve özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğunu, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirlerin Devlet tarafından alınacağını belirleyen 48. ve yine Devletin para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağını emreden 167.

Bu hususta Danıştay'ın ise daha çok 47. maddeyi referans norm olarak aldığı söylenebilir. Uygulamaya bakıldığında ise, pek çok yasal düzenlemede denetim hizmetinin özel kişilere gördürülmesine olanak tanınmıştır. Bu husustaki kişisel görüş ve değerlendirmemiz ise şu şekildedir.

Önceleri, emniyetin sağlanması görevinin tekel şeklinde devlete ait olduğu kabul edilmişken artık emniyetin devletin garantisi altında sağlanması gerektiği fikri ön plana çıkmıştır. Bu bağlamda, günümüzde klasik kolluk faaliyetlerinin bile neo-liberal politikaların etkisiyle özel kişiler tarafından yürütülebileceği farklı eleştirilere rağmen⁹⁹ kabul edilmekte ve uygulamada geniş yer bulmaktadır¹⁰⁰. Kolluk faaliyetinin devletin devredilemez nitelikteki görevleri arasında görmek hukuku uygulayan bütün makamlar açısından sadece kamu düzeninin korunması için vazgeçilmez nitelikteki önlemlerin hukuki dayanağı olabilir¹⁰¹. Bir başka deyişle burada kritik olan husus, devletin zor kullanma hakkı ve tekelinin saklı tutulmasıdır.

maddeleri ile “karma ekonomik sistem”in de benimsenebileceğini ortaya koymuştur. Ekonomide Devlet işletmeleriyle özel sektöre ait işletmelerin, yanyana bulunabilmesine imkan verdiği açıkça belli olan Anayasa'nın savunma sanayiinde sadece Devletin üretim ve tedarik faaliyetlerinde bulunmasını şart koştuğunu öne sürmek mümkün değildir. Öte yandan savunma sanayiinin hızla değişen yüksek bir teknolojiyi gerektirmesi; buna bağlı olarak yurtiçi ve yurtdışı finansman ihtiyacının büyük olması; yabancı sermaye ile işbirliği yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bunun yanında, ister kamuya ve isterse özel sektöre ait olsun mevcut ulusal sanayi işletmelerinin savunma sanayiinin ihtiyaç duyduğu araç ve gereçleri üretebilecek güçte ve nitelikte olanlarının tesbiti ve bu ulusal amacın gerçekleşmesi için organizasyonu ve teşviki de zorunludur. Bu nedenle 3238 sayılı Yasanın: “Kamu ve özel sektörün yabancı sermaye ve teknoloji katkısı ile savunmaya yönelik üretim tesisleri kurma imkânlarını araştırmak, yönlendirmek ve tahakkuk planlarını takip etmek, bu gibi tesislerin kuruluşuna gerektiğinde Devletin iştiraki için prensip kararı almak” şeklindeki 6. maddesinin (c) bendi ile; 10. maddesinin, “Mevcut milli sanayii, savunma sanayii ihtiyaçlarına göre reorganize ve entegre etmek, yeni teşebbüsleri teşvik ve bu entegrasyona ve ihtiyaçlara göre yönlendirmek, yabancı sermaye ve teknoloji katkısı imkânlarını araştırmak, teşebbüsleri yönlendirmek; bu konudaki Devlet katılımını planlamak” biçimindeki (c) bendi hükmünün Anayasa'ya aykırı bir yönü yoktur.”

⁹⁹ Cezaevi yönetimi ve cezaevi hizmetleri bu konudaki en çarpıcı örneklerden biridir. Özel kişilerin bu alanda faaliyette bulunmasına dönük eleştirilerden en önemlisi “ticari kaygılar güden cezaevi yönetimlerinin ceza kanunları ve düzenlemelerinin ağırlaştırılması yönünde lobi faaliyetleri” gösterebileceğidir. Bkz. **Schlosser**, E. ; s. 51-64 aktaran **Volokh**, A. ; s. 1199.

¹⁰⁰ **Shwiff**, S./**Norton**, G. ; s. 7.

¹⁰¹ **Tekinsoy**, Ö. O. ; s. 198; 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun ile özel güvenlik görevlilerinin polis ve jandarmanın kullanabileceği bazı yetkileri kullanabildiği düşünüldüğünde bu yaklaşımın dahi pozitif düzenlemeler ışığında törpülediği ileri sürülebilir.

Danıştay 1. Dairesi'nin 20.06.2008 tarih ve E. 2008/502-K. 2008/742 sayılı kararında¹⁰², 5188 sayılı *Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun*, *Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik* ve 4734 sayılı *Kamu İhale Kanunu hükümleri kapsamında özel güvenlik adı altında istihdam edilen işçilerin trafik denetleme, kaldırım ve yol işgallerinin önlenmesi, seyyar satıcı ve dilencilerin engellenmesi gibi kamu gücünün kullanılmasını gerektiren ve memur eliyle görülmesi gereken zabıta kontrol ve denetim hizmetlerinde görevlendirildikleri ve bu durumun Anayasanın 128. maddesinin öngördüğü sistem ile bağdaşmadığı* gerekçesiyle ilgililer hakkında soruşturma izni verilmemesi yönündeki kararı kaldırmıştır¹⁰³.

Nitekim, bu konuda Ankara Valiliği'nin 21.12.2006 tarih ve 4470 sayılı yazısına İçişleri Bakanlığı'nın verdiği 11.01.2007 tarih ve 8000-573 sayılı cevabi bir yazıda da, belediyelerin kamu gücü kullanımı ile donatılmış zabıta hizmetinin ihale edilmek suretiyle gördürülemeyeceğini ancak kamu gücü kullanmayı gerektirmeyen zabıta destek hizmetlerinin ihale edilebileceği vurgulanmıştır¹⁰⁴.

Elektrik piyasasındaki denetim faaliyeti, Yayla'nın kullandığı terimden yola çıkarsak özel kişilerin katıldığı kolluk görevlerindedir¹⁰⁵. Burada kritik olan husus kamu gücünün kullanılması gereken yerlerde asıl idari kolluk görevlilerinin devreye girecek olmasıdır. Denetim faaliyeti sonucunda hazırlanan raporlar da aslında maddi veya hukuki olgulara ilişkin verilerin toplandığı belgelerdir ve sadece idarenin alacağı kararların verilerini oluşturur; ancak etkili işlem olarak kabul edilmezler¹⁰⁶. Anayasa Mahkemesi'nin yapı denetim kuruluşlarına dair verdiği 03.11.2011 tarih ve E. 2010/75-K. 2011/150 sayılı kararında¹⁰⁷ vurgulandığı üzere, bu tip denetimler bazı kamusal ihtiyaçların karşılanması için ilgili idareye teknik destek vermekten ibarettir. Bu itibarla, elektrik piyasasındaki denetim faaliyeti dahil olmak üzere bu kapsamdaki denetim faaliyetlerinin açık yasal bir düzenleme mevcut olduğu takdirde özel kişiler tarafından yürütülebileceğini düşünüyoruz¹⁰⁸.

¹⁰² www.kazanci.com (07.03.2013).

¹⁰³ Zabıta hizmetlerinin kamu ihalelerine konu edilemeyeceği yönünde bkz. Kamu İhale Kurulu'nun 10.04.2006 tarih ve 2006/UH.Z-938 sayılı kararı. Bkz. www.kik.gov.tr (erişim tarihi: 10.06.2013).

¹⁰⁴ Demirel, S. ; s. 48-51 aktaran Tamer, M. ; s. 23.

¹⁰⁵ Yayla, Y. ; s. 48-49.

¹⁰⁶ Karahanoğulları, O. ; (İdarenin Hukukla Kavranması), s. 293.

¹⁰⁷ 14.02.2012 tarih ve 28204 sayılı RG.

¹⁰⁸ 27.10.1999 tarih ve 4457 sayılı Türkiye Akreditasyon Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında

SONUC

Elektrik üretim ve dağıtım tesislerinin özel hukuk kişilerinden hizmet satın alınmak suretiyle denetlenmesine imkân tanıyan bazı yasal düzenlemeler Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İptal kararlarının gerekçelerinin bir bölümü, elektrik piyasasını düzenleyen mevzuat ve Anayasa Mahkemesi'nin farklı tarihlerde verdiği kararlar dikkate alındığında yerinde değildir. Bu saptamamız yukarıda ayrıntılarıyla açıklanmıştır.

Bunun yanı sıra, yüksek yargı organlarının bazı kararlarında, Anayasanın 47. maddesi referans olarak alınmak suretiyle idari kolluk hizmetleri dâhil olmak üzere özel hukuk kişilerinin kamu hizmeti sunumunun önü açılmakta; bazı yargı kararlarında ise halen Anayasanın 128. maddesinden hareketle anayasal kamu hizmeti kategorisi yaratılarak özel hukuk kişilerinin bu alanda hizmet sunumuna izin verilmemektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında vurgulandığı üzere¹⁰⁹, bugün itibariyle kamu hizmeti kavramının devlet ve öteki kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve bunun da gittikçe genişlediği açıktır. Dolayısıyla, açık bir yasal düzenleme mevcut olduğu takdirde, bir kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinde Anayasa'nın 47. maddesinin referans olarak alınması kanımızca daha doğrudur. Ancak Anayasa'nın 47. ve 128. maddelerinin mevcut içeriği ve yazılış şekli dikkate alındığında, bu hususta farklı yorumların olması da anlaşılabilir bir durumdur. Ne var ki, özellikle Anayasa Mahkemesi'nin bu hususta yeknesak olmayan kararları maalesef hukuk devletine yön veren önemli ilkelerden biri olan belirlilik ilkesini zedelemektedir. Bu itibarla, en azından yüksek yargı organlarının kararlarında yorum, gerekçe ve karar yeknesaklığı sağlanmak suretiyle Anayasa'nın 47. ve 128. maddeleri arasındaki çatışmanın uygulamaya yansıyan etkileri azaltılabilir.

Kanun'un 3. maddesi anlamında akredite edilen bazı kuruluşlar muayene ve denetim hizmetlerini yürütebilmektedir. Onlardan biri de Türk Loydu'dur. Türk Loydu bir özel hukuk tüzel kişisidir. Ancak, çalışma raporlarından görülebileceği üzere, Savunma Sanayi Müsteşarlığı projelerinde bile teknik gözetmen ve denetim kuruluşu olarak yer almakta ya da tespit ettiği klas (teknik standart) çerçevesinde savunma sanayi projelerindeki ekipmanlar ve hatta gemiler inşa edilmektedir. Türk Loydu 2011 Çalışma Raporu, s. 51: <http://www.turkloydu.org/TurkLoydu/getdoc/4339167b-be17-4e90-882e-fc4b46f9c530/2011-Calisma-Raporu-TL-.aspx> (erişim tarihi: 07.03.2013).

¹⁰⁹ AYM'nin 22.12.1994 tarih ve E. 1994/71-K. 1995/23 sayılı kararı; AMKD, S. 32, C. 1, s. 144.

KAYNAKÇA

- Akgül, Şerife Yıldız : *İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Aliefendioğlu, Yılmaz : *Türk Anayasası Açısından Vergilemenin Sınırları*, Danıştay Dergisi, Atatürk'ün Doğumunun 100. Yılı Özel Sayısı, Ankara, 1981.
- Arıkan, Cengiz : *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- Aslan, Onur Ender : *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi*, Ankara Seçkin Yayınevi, Şubat 2007.
- Atay, Ethem/
Odabaşı, Hasan/Gökcan, Hasan
Tahsin : *Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- Atay, Yeliz Şanlı : *Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler*, TODAİE Yayın No: 361, Ankara, 2011.
- Ayanoğlu, Taner : *Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Düzenleme Yetkisi ve TAPDK Örneği*, İHFM, C. LXV, S. 1, 2007, s. 39-85 ("Düzenleme Yetkisi").
- Ayanoğlu, Taner : *Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru*, İHİD, Y. 13, S. 1-3, 2003, s. 66-86 ("Elektrik Piyasası").
- Ayaydın, Cem : *5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Erden Kuntalp'e Armağan, C. II, İstanbul, 2004, s. 113-268.
- Çakmak, Zeynep : *Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu*, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2011.
- Çal, Sedat : *Türk İdare Hukukunda Ruhsat*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2011.

- Demirel, Salim : *Belediye Zabıta Hizmetleri'nin Gör(d)ürülme Usulü*, Belediye Dünyası Dergisi, Ekim 2007, C. 8, S. 10.
- Derdiman, Cengiz : *Belediyenin Kolluk Fonksiyonuna İlişkin Genel Bir Deneme (I)*, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 6, S. 3, Temmuz 1997, s. 103-121.
- Doğan, Fatih : *Polis ve Jandarma Teşkilatları Açısından İç Güvenlik Yönetimi, Sorunları ve Değişimi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.
- Duran, Lütfi : *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, 1982 (“İdare Hukuku”).
- Duran, Lütfi : *Peştemallik ve Ulufe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi*, AİD, C. 20, S. 1, Mart 1987, s. 3-14 (“Peştemallik ve Ulufe”).
- Erdoğan, Mustafa : *Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Orion Yayınevi, Ankara, Ekim 2005.
- Ergün, Çağdaş Evrim : *Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti*, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010.
- Furtun, Hakan : *Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Geray, Cevat : *Kent Kooperatifleri Açısından Yapı Denetimi*, Kent Kooperatifçiliği, Türkiye Kent Kooperatifleri Merkez Birliği Yayını, S. 118-120, Nisan-Mayıs-Haziran 2000, Ankara.
- Gözler, Kemal : *İdare Hukuku*, C. II, Bursa, 2003, Ekin Yayınevi.
- Gözübüyük, Şeref/
Tan, Turgut : *İdare Hukuku*, C. I, Ankara, Turhan Yayınevi, 1998.
- Gülan, Aydın : *Kamu Hizmeti Kavramı*, İHİD, Y. 9, S. 1-3, 1988, s. 147-160.
- Gülsoy, Tevfik : *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.
- Günday, Metin : *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2012.

- Kaneti, Selim : *Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Yasama Yetkisi ile Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Sınırları*, İHFM, C. LIV, S. 1-4, 1994.
- Karahanoğulları, Onur : *Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale, Çağdaş Yerel Yönetimler*, C. 7, S. 1, Ocak 1998, s. 104-109 (“Özelleştirme”).
- Karahanoğulları, Onur : *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Ankara, 2002 (“Kamu Hizmeti”).
- Karahanoğulları, Onur : *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011 (“İdarenin Hukukla Kavranması”).
- Karatepe, Şükrü : *İdare Hukuku*, Ankara, 1988, Anadolu Matbaacılık.
- Orak, Cem Çağatay : *Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması*, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2011.
- Öden, Merih : *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Özay, İlhan : *Günüşiğında Yönetim*, İstanbul, Alfa Yayınları, 2002 (“Günüşiğında Yönetim”).
- Özay, İlhan : *Hukuk Ekonomi İlişkisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı*, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayında sunulan tebliğ, 8-11 Ocak 2008, s. 21-22 (“Ekonomik Kamu Düzeni”).
- Özbudun, Ergun : *Anayasa Hukuku*, 8 Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005 (“Anayasa Hukuku”).
- Özbudun, Ergun : *Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu*, Demokrasi ve Yargı Sempozyumu, TBB, Ankara, 2005, Editör, Ozan Ergül (“Anayasa Yargısı”).
- Özkan, Ahmet Fatih : *Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti*, Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 4, Güz 2009, s. 75-94.
- Öztürk, Burak : *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2009.

- Schlosser, Eric : *The Prison-Industrial Complex*, Atlantic Monthly, December 1988, s. 51-64.
- Shwiff, Steve/
Norton, Gale : *Private Prisons Now*, Independent Issue Paper, No: 19-88, September 29, 1988.
- Stone, Geoffrey/
Seidman, Louis/Sunstein,
Cass/Tushnet, Mark : *Constitutional Law*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1986.
- Tamer, Mustafa : *Belediye Zabıtası*, Mustafa Tamer Stratejik Araştırmalar Vakfı Yayınları No: 06, Ankara, 2009.
- Tan, Turgut : *Sağlık Hizmeti İhale Yoluyla Satın Alınabilir mi? (Kamu Hizmetinin Özelleştirilmesi Konusunda Bir Örnek Olay)*, İHFM, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 289-299.
- Tekbaş, Abdullah : *Vergi Kanunlarının Tabii Olduğu Anayasal İlkeler*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Basım Yılı 2012, s. 123-191.
- Tekinsoy, Özge Okay : *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2011.
- Tiryaki, Refik : *Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.
- Toprak, Eren : *Türkiye’de Hizmet Alımı İhaleleri, Kavram ve Yapı Üzerine Değerlendirme*, Seçkin Yayınları, Mart 2012.
- Toroslu, Nevzat : *Ceza Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 1998.
- Ulusoy, Ali : *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, Eylül 2004.
- Uz, Abdullah : *Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Devri Bakımından Anayasal Sınırlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Volokh, Alexander : *Privatization and the Law and Economics of Political Advocacy*, Stanford Law Review, Vol. 60, Issue 4, (2008), s. 1197-1254.

- Yayla, Yıldızhan : *İdare Hukuku*, İstanbul, Eylül 2009, Beta Yayınevi.
- Yenisey, Feridun : *Kolluk Hukuku*, İstanbul, Aralık 1999, Beta Yayınevi.
- Zabunoğlu, Yahya : *İdare Hukuku*, C. I, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2012.