

İŞLETME HAKKI DEVİR SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN YARGISAL ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM

*A Critical Approach to the Legal Resolution of Disputes Arising from
Transfer of Operating Rights Agreements*

M. Ayhan TEKİNSOY *
Mustafa Bayram MISIR **

ÖZ

Bu makalede işletme hakkı devir sözleşmelerinin (İHDS) hukuki mahiyeti özel hukuk ve kamu hukuku ayrımını öne çıkarmayan disiplinlerarası bir bakış içinde tartışılıyor. İHDS'nin pozitif hukukumuzda aldığı biçim ve yüksek yargı kararlarına da konu olan uygulama sorunları, eleştirel perspektiften ele alınıyor. İHDS, kamusal niteliği özel hukuk yargısal rejimi içinde de gözetilmesi gereken, kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi için yapılan kendine özgü bir sözleşmedir. İHDS'den doğan uyuşmazlıklarda verilen yüksek yargı kararları özel hukuk ve kamu hukuku ayrımını öne çıkarmayan disiplinlerarası bir bakış içinde değerlendirildiğinde, İHDS'yi benzeri sözleşmelerden ayıran unsurların, *kamusalılık*, *sürelilik*, *kamu mallarının devredilmemesi* ve *kamu gücü ayrıcalıklarının devredilmemesi* olduğu sonucuna varılmaktadır. Makalenin son bölümünde bu unsurlar gözetilerek Yargıtay kararları tartışılmaktadır. İHDS'lerden kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesi, bu sözleşmelerin bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin sözleşme olduğu gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır. Kamu hizmetlerinin özel kişilere rekabet halinde gördürülmesinin tercih edilmesi, bir kamu hizmetleri piyasasının oluşmasına yol açmıştır. Bu çerçevede hem sözleşme ilişkisini hem de kamu hizmeti

Makalenin Geliş Tarihi: 05.05.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 23.11.2022.

* Doç. Dr. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: tekinsoy@yahoo.com, ORCID: 0000-0001-9327-8762

** Dr. Avukat, e-posta: mbmisir@yahoo.com, ORCID: 0000-0001-6975-4650.

ilkelerini dikkate alan bir yaklaşım geliştirilerek İHDS'lerin yorumlanması gerekir. Bu hukuki yorumda sözleşmelerin, kamu hizmetlerinin gördürüldüğü kamu tarafından denetlenen ve düzenlenen piyasalardaki, özellikle enerji piyasasındaki, aktörler arasında yapıldığı ve kamusalığın kamu hizmeti piyasalarının temel bir unsuru olduğu göz ardı edilmemelidir.

Anahtar Kelimeler: İşletme hakkı devir sözleşmesi, kamu hizmeti, özel hukuk kamu hukuku ayrımı, yargısal denetim, kamu hizmetleri piyasası.

ABSTRACT

In this article, the legal nature of the transfer of operating rights agreements (TOOR) is discussed in an interdisciplinary perspective that does not emphasize the distinction between private law and public law. The form of TOOR in our positive (written) law and the problems of its implementation, which are also the subject of high judicial courts decisions, are discussed from a critical perspective. TOOR, is a unique contract made for the execution of public service by private legal persons, whose public nature should also be considered within the private law judicial regime. When the high court decisions in disputes arising from TOOR are evaluated in an interdisciplinary perspective that does not emphasize the distinction between private law and public law, it is concluded that the elements that distinguish TOOR from similar contracts are public nature, temporality, non-transfer of public property and non-transfer of public power privileges. In the last part of the article, Yargıtay's decisions are discussed by considering these factors. The fact that the disputes arising from the TOOR are heard by the ordinary courts does not eliminate the fact that these contracts are related to the execution of a public service. The preference for public services to be performed by private individuals in competition has led to the formation of a public services market. In this framework, an approach that takes into account both the contractual relationship and the principles of public service should be developed and the TOOR's should be interpreted in this context. In this legal interpretation, it should be taken into account that the contracts are made between actors in the publicly supervised and regulated markets where public services are provided, especially in the energy market, and that public nature is a fundamental element of public service markets.

Keywords: Transfer of operating rights agreements, public service, distinction between private law and public law, judicial review, public services market.

I. GİRİŞ

İdare hukuku doktrinde kamu hizmetlerinin “tam ve kesin surette, yalnızca kamu hukukuna veya sadece özel hukuka göre yürütülemeyeceği” genel kabul gördüğü gibi, kamu hizmetlerinin hukuki rejiminin “tek ve saf olmayıp, konu ve amaçlarına göre değişik ölçüde kamusal ve özel hukuklardan oluşan karma nitelikte” bir karakter edindiği, genellikle benimsenmektedir¹.

Ayrıca kamu hizmetleri, idare yanında kanunla öngörüldüğü hallerde özel hukuk kişilerince de görülebilmektedir². Kamu hizmetlerinin kanunla öngörüldüğü hallerde özel hukuk kişilerine gördürüldüğü durumlarda, tek yanlı işlemle yetkilendirme usulünün giderek artan bir uygulaması³ olmakla birlikte klasik usul, idare ile özel hukuk kişisi arasında bir sözleşme yapılmasıdır. Hem Fransız hem de Türk idare hukuku öğretisi ve uygulamasında idarenin bu sözleşmeleri, imtiyaz sözleşmeleri olarak bilinir ve incelenir⁴.

24/11/1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun “Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesinin Özelleştirilmesi” başlıklı 15 inci maddesi ile kamu hizmetlerinin gördürülmesinin özelleştirilmesinde, işletme haklarının verilmesi veya kiralanması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirme usulü benimsenmiştir. Buna göre, işletme haklarının verilmesi veya kiralanması ve benzeri diğer yöntemlerle özelleştirme, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanuna göre

¹ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul – 1982, s. 306.

² Bu konu doktrinde kapsamlı bir şekilde incelenmiş ve kamu hizmetlerinin hukuki rejimi çerçevesinde kamu hizmetinin özel kişilere gördürülme usulleri tartışılmıştır. Bkz. Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 343 vd.; Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara, 2004, s. 285 vd.; Kemal Gözler, *İdare Hukuku* Cilt II, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 3. Baskı, Bursa – Mayıs 2019, s. 396 vd.; Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınevi, 14. Baskı, Ankara – Ekim 2021, s. 567 vd.; Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara – 2020, s. 522 vd.

³ Genel olarak ruhsat ve bu usulün son dönemde benimsenen adıyla lisans usulü, elektronik haberleşme hizmetleri, enerji alanı başta olmak üzere yaygınlaşmış ve başat usul haline gelmiştir. Bkz. Gözler, s. 398-402; Ulusoy, s. 527-529.

⁴ Bkz. Günday, s. 344 vd.; Karahanoğulları, s. 326 vd.; Gözler, 421 vd.; Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 569 vd.

yapılacak; kamu hizmeti gören kuruluşların mülkiyet devri suretiyle özelleştirilmesine ilişkin konularda, Kanunun 1. maddesinde öngörüldüğü üzere, “bu kuruluşların mülkiyetinin devrine ilişkin hususlar, kuruluşların gördükleri kamu hizmetinin esaslarına ve özelliklerine göre ayrı kanunlarla (düzenlenecektir)”⁵.

Bu Kanunun kabulü ve mevzuattaki diğer düzenlemeler ile birlikte, yap-işlet-devret / yap-işlet / yap-kirala / restore et-işlet-devret ve benzerleri çoğaltılabilecek sözleşmeler ve bu makalenin konusu olan işletme hakkı devri sözleşmeleri ile birtakım kamu hizmetlerinin gördürülmesinin özelleştirilmesi yaygınlaşmaya başlayınca, bu sözleşmelerin hukuki niteliği tartışma konusu olmuş ve yargısal rejim sorunu gündeme gelmiştir. Bu sorun uzun yıllar hem Danıştay hem Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olmuş; tartışma, anayasakoyucunun 13/08/1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanunun 1 inci maddesi ile Anayasanın 47 nci maddesi son fıkrasına eklenen, “*Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir*” düzenlemesi ile sonuçlanmıştır⁶. Uzun tartışma döneminde, sonucu gösteren anayasal düzenlemenin içeriğinden de anlaşılacağı üzere tartışma, bize göre yanlış bir yönde, yargısal rejime indirgenmiş ve yargısal denetimin içeriğinin de yargısal rejimin türüne göre değişeceği benimsenerek ilerlemiştir. Bu dönemde, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine imtiyaz sözleşmeleri ile gördürüldüğü durumlarda da kamusallık yönü uygulanacak yargısal rejim ve yargı yolunun tespiti bakımından öne çıktığından Anayasa Mahkemesi ve

⁵ 4046 sayılı Kanun, genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıklarının (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar ve benzeri diğer mal ve hizmet üretim birimleri) ve Kamu İktisadi Kuruluşlarının (T.C. Devlet Demir Yolları İşletmesi Genel Müdürlüğü, Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü, Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğü, T.C. Posta İşletmeleri Genel Müdürlüğü, Türk Telekomünikasyon A.Ş.) ve kamu hizmeti gören tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üreten kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin mülkiyet devri dışında işletme haklarının verilmesi veya kiralanması ve benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilebileceğini düzenlemektedir.

⁶ Günday, s. 355-362.

Danıştay içtihadı⁷, bu sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesinin bir türü olduğunu, idari yargı yoluna tabi olacağını ve iptal davasına konu edilebileceğini benimsiyordu.

Sonuçta, kamu hizmetinin özel kişi tarafından görülmesini içeren sözleşmenin idari sözleşme (genel olarak imtiyaz sözleşmesi) mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olacağı, görevli yargı kolunun belirlenmesine ilişkin bir sorun olarak ele alınmış ve sözleşmeye uygulanacak hukukun içeriğine ilişkin tartışma yürütülmemiştir. Yargı kolu belirlendiğinde, sözleşmenin konusundan bağımsız olarak yargı yerinin kullanabileceği araçlarla sözleşmenin yorumlanacağı, böylece idari yargının görevli olması sonucunda sözleşmeye kamu hukuku kurallarının uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu yaklaşım, adli yargının görevli olması durumunda, sözleşmenin -konusundan bağımsız olarak- tamamen özel hukuk kurallarına tabi olacağını da varsaymaktadır.

Anılan Anayasa değişikliğiyle birlikte pozitif hukukta süreç çok hızlı evrildi; izleyen kanuni ve kanun altı düzenlemeler ile kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesine ilişkin sözleşmelerin imtiyaz sözleşmeleri olduğuna dair görüş hem doktrinde hem de içtihatlarda tartışmalı hale geldi. Kanunla düzenlendiği durumlarda, bu yazının konusunu oluşturan kamu hizmetlerinin gördürülmesine ilişkin işletme hakkı devir sözleşmelerinin hem normatif düzeyde hem de içtihatlarda yargısal rejimi ile denetiminin özel hukuk kapsamında olduğu kabul görmeye başladı⁸.

Bu süreci, “işletme” kavramının⁹ ticaret hukukunun konusunu oluşturması da kolaylaştırmıştır. Hemen belirtelim ki idare hukuku öğretisinde kamu hizmetinin “gördürülmesi” ifadesinin tercih edilmesi, “işletme”nin özel hukuk ilişkilerini çağrıştırmamasından ve kamu hizmetinin gereklerine uygun olmadığından düşünülmesinden de kaynaklanmaktadır¹⁰. Aynı doğrultuda

⁷ Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Ankara, 2004, s.153-357. Günay, s. 357-360.

⁸ Bu karar örnekleri, makalenin uygulama sorunları bölümünde ele alınacaktır.

⁹ Taner Ayanoglu, “İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt LXV, Sayı 1, 2007, s.4.

¹⁰ Gözler, bu yönde bir tespit yapmamakla birlikte, konuyu Fransız literatüründe olduğu gibi “kamu hizmetlerinin işletilme usulleri” olarak incelemekte; bir kamu hizmetinin özel kişi tarafından “işletildiğinin” söylenebileceğini, özel kişi tarafından “görüldüğünün” ya da “yürütüldüğünün” söylenemeyeceğini, “işletme” teriminin doğru olduğunu düşündüğünü ancak Türk idare hukuku literatüründe bu

“müşteri” olumsuz bir çağrışım içerdiğinden “hizmetten yararlanan” ifadesi tercih edilir. İdare hukuku/kamu hukuku kurallarına tabi olma kamusalının ve kamu yararının korunması olarak anlaşılırken, özel hukuk kurallarına tabi olma her halde özel çıkarın öncelenmesiyle özdeşleştirilir. Oysa kullanılan ifadenin, bu yönde bir niyet içerse de, hukuksal rejimi doğrudan belirleyeceği kabul edilemez.

Ortada bir “işletme” olduğundan ve “işletme hakkının devri” özel hukukta da söz konusu olabileceğinden, özel hukuk kişileri arasında yapılabilecek işletme hakkı devir sözleşmeleri ile kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi için yapılan işletme hakkı devir sözleşmeleri, aynı türden sözleşmelermiş gibi ele alınmaya başlanmıştır. Nitekim, gelinen aşamada kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi kapsamında yapılan işletme hakkı devir sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklar, özel hukuk kapsamında adli yargı kolunda çözümlenmekte; aşağıda göreceğimiz üzere, Yargıtay işletme hakkı devir sözleşmelerini kendine özgü bir isimsiz sözleşme, özel hukuk sözleşmesi olarak niteleyerek uyumsuzlukları çözmektedir. Ancak görülen işin bir kamu hizmeti olduğu gerçeği değişmemiştir. Bu durum, bu makalede ele aldığımız işletme hakkı devir sözleşmelerine dair uygulama sorunlarında gördüğümüz üzere, başka bir uca, uyumsuzluğun sadece özel hukukun ilkeleri ile çözülmeye çalışılmasına varılmasına sebebiyet vermektedir. Bize göre bu, hukuki biçimini kamu hizmetlerinin özel kişilere sözleşmelerle gördürülmesinde bulan ve esasen kamu hukukunun konusunu oluşturan somut olgu ile çelişmektedir.

Bu çelişkinin hukuki sonuçları Yargıtay uygulamalarında izlenebilmektedir. Yargıtay özel hukuk ilkelerini öne çıkarma eğilimi içinde olduğundan, uyumsuzluklarda, kamu hizmeti ilkesi temelinde değil, sözleşme hukuku temelinde bir yorum metodu ile sonuca varmaya yönelmektedir. Bu, Yargıtay’ın sadece kamusalılığı dışlamasına değil, olgu ile hukuki olay arasındaki bağlantı yitirildiğinden, özel hukuk bağlamında da hukuki yorum kurallarına aykırı sonuçlara varmasına neden olabilmekte; Yargıtay aynı kararda hem sözleşme hukukunun ilkelerine hem de haksız fiil hukukunun ilkelerine dayanarak karar verebilmektedir¹¹.

terimin yaygın olarak kullanılan bir terim olmadığını belirtmektedir. Gözler, s. 384-385.

¹¹ Bu karar örnekleri, makalenin uygulama sorunları bölümünde ele alınacaktır.

Bugün, imtiyaz sözleşmesi olarak görülmeyen, kamu ile özel sektörün bir araya geldiği sözleşmelerden biri olan işletme hakkı devir sözleşmelerinin, kamu hizmetlerinin gördürüldüğü kamu tarafından denetlenen ve düzenlenen piyasalarda, özellikle enerji piyasasında söz konusu olduğunu da gözetmek ve sözleşmeleri ait oldukları kamu hizmeti piyasaları temelinde de değerlendirmek gerekir.

Karşı karşıya olduğumuz gerçeklik, modern toplumlarımızın karmaşıklaşması içinde kamu hizmetlerinin çeşitlenmesi olgusu, Duguit'nin kamu hizmeti ve objektif hukuk temelinde geliştirdiği kamu hukuku ile özel hukuku mutlak olarak birbirinden ayırmaya karşı çıkan¹² bakış açısından hukukun yeniden düşünülmesini zorlamakta; Duran'ın belirttiği türden "karma yargısal rejim" ara çözümleri karşı karşıya olduğumuz olguların hukuki biçimlenişini anlamamıza yeterince katkı sunmamaktadır.

Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde; "kamusallık", "piyasa", "sözleşme", "işletme", "işletme hakkı", "işletme hakkı devri" gibi kavramların kamu hukuku / özel hukuk ayrılığını fetişleştirmeyen ve sosyal ve ekonomik gerçeklikleri göz ardı etmeyen, özel hukuk ve kamu hukuku ayırımı öne çıkarmayan disiplinlerarası bir bakış içinde ele alınması gerekmektedir. Ancak böylece, bu kavramlar hukuki gerçeklik içinde maddi hukukun konusu olarak değerlendirilebilir.

Bu makalede bu nedenle, öncelikle, işletme hakkı devir olgusu, çok kısa / özet olarak sosyolojik ve iktisadi bir gerçeklik olarak ele alınacaktır. İzleyen bölümde, bu sosyolojik ve iktisadi olgunun pozitif hukukumuzda aldığı biçim özel hukuk ve kamu hukuku ayırımı öne çıkarılmaksızın incelenecek; son bölümde, yüksek yargı kararlarına da konu olan uygulama sorunları, eleştirel perspektiften tartışılacaktır.

II. OLGUSAL GELİŞME: KAMU HİZMETİ PİYASALARININ OLUŞUMU VE ÇEŞİTLENMESİ

Her ne kadar, sosyolojik ve iktisadi analizlerde, esas olarak "sosyal hukuk devleti"nin bir geri çekilmesi olarak ele alınmakta ise de neoliberal dönemde, tüm karmaşıklığı içinde karşı karşıya olduğumuz şey, genişleyen kamu hizmetlerinin sermaye birikimine hizmet edecek ve böylece sermayenin kâr oranlarının azalma sürecini tersine çevirmese bile yavaşlatacak yeni bir

¹² Leon Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, çev. Süheyp Derbil, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara – 1954, s.16 vd.

toplumsal konsensüsün / düzenlemenin açığa çıkmasıdır. Olgunun yeni olmadığını belirtelim: İmtiyazın yükseldiği büyük imtiyazlar dönemi de temelinde, özel girişimcilerin kendi kapitalist varlıklarını devlet sayesinde gerçekleştirdikleri, kâr sağlarken muhtemel zararları kamuya bıraktıkları, tekel hakkı ya da en azından ayrıcalıklara sahip olarak her hal ve kârda güvenceli olan kamu hizmetlerini yürüttükleri “yanlış bir kapitalizm” olarak nitelenmişti¹³. Bu konu, genel olarak kapitalist devlet kuramları içinde ayrıntılı olarak çözümlenmekte ve tartışılmaktadır¹⁴. Sorunu sermaye birikimi merkezli ele alan çözümlenelerde konu, olgusal olarak, Keynesçi ulusal refah devletinin birikim / düzenleme stratejilerinin dönüşüme uğradığı şeklinde ifade edilmektedir¹⁵.

Bu olgu hukuki biçimini, piyasaların daha önceki dönemde görülmeyen bir ölçekte uluslararasılaşması ile kamu hizmetlerinin özel kişilere üstelik rekabet halinde gördürülmesinin uluslararası ve ulusal düzenlemelere konu edilmesi ile kazanmıştır. Birinci olgunun hukuksal ifadesi, Dünya Ticaret Örgütü’nü kuran anlaşma ile sonuçlanan uluslararası hukuk ise, ikinci olgunun Türkiye’de hukuksal ifadesi bağımsız idari otoritelerin ulusal hukuk dünyasına girmesi olmuştur¹⁶. Ne birinci olgu, piyasaların daha önceki dönemde görülmeyen bir ölçekte uluslararasılaşması ne de ikinci olgu, kamu hizmetlerinin özel kişilere rekabet halinde gördürülmesi birbirinden

¹³ Bkz. M. Ayhan Tekinsoy, “İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2002, s. 157 vd.

¹⁴ Bkz. Mustafa Bayram Mısır, *Kapitalist Devlet*, Edebi Şeyler Yayınevi, İstanbul, 2020.

¹⁵ Bob Jessop, dönüşümün “Schumpeterci çalıştırmacı post-ulusal rejimlere doğru” yeni bir düzenleme ile olduğunu ileri sürmüş, yine düzenleme okulu içinde konuyu ele alan Joachim Hirsch ise, süreci post-fordizm temelinde “kapsamlı bir ekonomik kuralsızlaştırma (ekonomik süreçlerin devlet kontrolünden bağımsızlaşması) ve piyasaların radikal bir şekilde serbestleştirilmesi temelinde başarı ile yeniden inşa etme çabası” olarak ele almıştır. Bkz. Bob Jessop, *Kapitalist Devletin Geleceği*, çev. Ahmet Özcan, Epos Yayınları, Ankara, 2009. Joachim Hirsch, *Materyalist Devlet Teorisi*, çev. Levent Bakaç, Alan Yayınları, İstanbul, 2011.

¹⁶ Nagehan Talat Aslan, “Yönetimin Yeni Yapı Taşları Bağımsız İdari Otoriteler: ‘Yavru Leviathanlara Doğru’”, *Sosyal Siyaset Konferansları* dergisi, Sayı 59 (2010/2), s. 25–49. M. Ayhan Tekinsoy, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı – Tartışmalar, Sorunlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 65, Sayı: 2 Bahar 2007, s. 128 vd.

bağımsızdır ve bu iki olgu birlikte -başka sonuçları yanında- objektif olarak, bir kamu hizmetleri piyasasının oluşması sonucunu doğurmuştur.

Eleştirel görüşler, kamu hizmetleri piyasasının oluşumunu ve bağımsız idari otoritelerce denetimini, piyasaların radikal bir şekilde serbestleştirilmesi¹⁷ olarak görmekte ise de, bu görüş olguyu değiştirmemekte, tepkisel kalmaktadır. Bize göre, hukuki biçimin son tahlilde dayandığı somut sosyolojik / iktisadi olgudan bağımsız ele alınması mümkün olmadığına göre, eleştirel vurgunun, olgunun yarattığı hukuki sorunların kamusalılık temelinde çözümüne kaydırılması gerekir. Burada sorunun Duguit'nin objektif hukuk görüşüne göre ele alınması ile varılacak hukuksal sonuçların, kamu hukuku / özel hukuk ayrımı temelinde sorunun ele alınmasından daha kapsayıcı olacağı söylenebilir. Daha açık deyişle, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin hukuki biçiminin özel hukuk sözleşmesi ya da kamu hukuku sözleşmesi olmasından önce, görülen işin kamu hizmeti olduğuna dair hukuki oydaşma birinci önemdedir. Bu durumda, sözünü ettiğimiz kamu hizmetleri piyasalarının birincil özelliği “kamusallığı” olacaktır. Çünkü bu piyasalar, objektif olarak kamu hizmetlerinin görüldüğü piyasalar olduğundan, denetlenen ve düzenlenen piyasalar olarak işler ve kamu hizmetleri özel hukuk kişilerince görülse bile, tüm piyasa kamusalılık niteliğini muhafaza eder. Yukarıda yanlışlığına değinilen, kamu hizmetinin yerine getirilmesi / görülmesinin “işletme” olarak ifade edilmesinin ticaret hukuku anlamında işletme olarak kabulü ile bu kez kamu hizmeti alanının “kamu hizmeti piyasası” olarak ifade edilmesinin kamusalılığı ortadan kaldıracığı yaklaşımı paraleldir.

Şu hâlde hukukçunun görevi, bu kamusalılık biçimini, özel hukuku da içerecek şekilde, bir hukuki olgu / sorun olarak ele almak olmalıdır. Türkiye gibi gelişme sıralamasında önlere yer alamayan ülkelerde, kamu hizmetleri kurulurken, sadece sermaye birikimi süreçleri gözetilerek değil yurttaşların temel kamusal mal ve hizmetlere erişimi için de genişlemiş kamu hizmetleri, emanet usulü ile genel ve katma bütçeli kuruluşlar ya da kamu iktisadi teşekkülleri eliyle yürütülmüş; bu sebeple enerji, iletişim ve ulaşım gibi, kapitalist diğer düzenleme örneklerinde rekabetçi bir piyasaya bırakılmış sektörlerde de bir kamu tekeli oluşmuştur.

Bugün ülkemizde, çeşitli kanunlar ile düzenlenen ve kanunla kurulmuş bir bağımsız otorite olan Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından

¹⁷ Hirsch, age, s.137; Aslan, age, s.42 vd.

denetlenen elektrik piyasası, doğalgaz piyasası, petrol piyasası, lpg piyasası; yine çeşitli kanunlar ile düzenlenen ve kanunla kurulmuş bir bağımsız otorite olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından denetlenen iletişim hizmetleri piyasası; ayrıca kamu iktisadi teşebbüsleri olan DHMİ (Devlet Hava Meydanları İşletmesi) ve TCDD (Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları) tekel olarak yürüttükleri hizmetlerini işletme hakkı devri ya da benzeri yolla gördürebileceklerinden ulaşım hizmetleri piyasası vb.; kamu hizmetlerinin özel kişilere rekabet halinde gördürülmesi ile oluşmuş piyasalara örnek oluşturur¹⁸.

İşletme hakkı devir sözleşmeleri, genellikle, bu piyasalar aracılığı ile görülen kamu hizmetlerinin ya da kamusal mal üretimi gerçekleştiren kimi kamu iktisadi teşebbüslerinin kamusal mal üretiminin¹⁹ özel kişilere gördürülmesi amacıyla yapılan sözleşmeler olarak hukuk dünyamıza girmiş, 4046 sayılı Kanun sonrasında “kamu hizmetlerinin gördürülmesinin özelleştirilmesini” amaçlayan bir muhteva da edinmiştir. Bu muhteva, bu Kanun ile ilgili olmaksızın piyasa faaliyetlerine benzer kamu hizmetlerinin, esas olarak özel hukuka tabi olması eğilimine bağlanarak hukuksal rejimin özelleştirilmesi olarak da nitelenmekte²⁰ ve eleştirilmektedir.

Bize göre kamu hizmetinin özel hukuk kişilerince görülmesi, özel hukuk yargısal rejimine tabi olması, hizmetin görülmesinin kendine özgü bir piyasa yaratması, sorunun özünü, görülen hizmetin kamu hizmeti olduğunu ve

¹⁸ Bunlara, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından denetlenen radyo ve televizyon yayıncılığı hizmetleri de eklenmelidir. Ayrıca bağımsız idari otoriteler (ya da güncel adıyla “düzenleyici-denetleyici kuruluşlar”) tarafından denetlenmemekle birlikte, yurttaşların temel ihtiyaçlarının giderilmesinde işlev gören ve ilgili olduğu piyasayı aktif olarak etkileyip düzenleyen, örneğin belediyelerdeki halk ekmek şirketleri; genel idare içinde yer alan TOKİ ile iştrakleri vb. tümüyle benzer olmasa da bu “yeni kamusalılık” içinde ele alınması gereken örneklerdir. Ancak makalemizin inceleme konusu münhasıran “işletme hakkı devir sözleşmeleri” olup, “yeni kamusalılık” olmadığından, bu konunun tüm yönleri ile ayrıca incelenmesi gerekir.

¹⁹ Örneğin, kamuoyunda tartışmalara sebebiyet veren Tank Palet Fabrikası, Millî Savunma Bakanlığı tarafından emanet usulü ile işletilirken, önce kamu iktisadi teşebbüsü olan Askeri Fabrika ve Tersane İşletme Anonim Şirketi’ne -14 Mayıs 2019 tarihli Cumhurbaşkanlığı Kararı ile- devredilmiş, bu şirket de, işletme hakkı devir sözleşmesi ile bu fabrikanın işletilmesini 25 yıllığına BMC Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.’ye devretmiştir.

²⁰ Karahanoğulları, age, s.298 vd.

hukuksal denetimin kamu hizmeti ilkelerine göre yürütülmesi gereğini ortadan kaldırmamaktadır.

Ayanoğlu, işletme hakkını ele alırken onun hem ticari niteliğine hem de kamusal niteliğine vurgu yapmaktadır²¹. Basitçe hakkın ticari niteliği, bir işletmeyi çalıştırarak kâr elde etme iken; kamusal niteliği, anayasa ve kanunlar ile devlet tekeline alınmış bir kamusal kaynaktan (orman, maden, rüzgâr vb. yeraltı ve yerüstü kaynakları gibi kaynaklardan) gelir elde edilmesi, yine görülmesi tekel olarak anayasa ya da kanun ile kamuya bırakılmış ya da altyapısı kamusal olarak inşa edilmiş ve tekel halindeki mal üretimi ya da hizmetlerin gördürülmesinden gelir elde edilmesidir. Daha önce devlet ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yerine getirilen tekel niteliğindeki hizmetlerde hukuksal tekelin kaldırılması ve serbestleştirme, doğal / fiili tekel oluşmasını engellemediği gibi, örneğin şehir içi elektrik dağıtım hizmetlerinde görüleceği üzere şebekelerin işletilmesinde tekel konumunun devam ettiği açıktır.

İşletme hakkının kamusal niteliği göz ardı edilip ticari niteliği gözetilerek, borçlar hukukumuz ya da ticaret hukukumuz kaynaklı olarak işletme hakkı devrinin yaygın olarak uygulandığı düşünülebilir. Ancak serbest piyasada, işletme hakkı devri bilinen ve kullanılan bir usul olmadığı gibi, borçlar hukukunda ya da ticaret hukukunda da bilinen tipik bir sözleşme türü değildir. Serbest piyasa içinde, iki özel hukuk tüzel kişinin kira, hasılat kirası vb. usuller varken işletme hakkı devir sözleşmesi yaptıkları görülmemekte, yaptıkları benzeri nitelikteki isimsiz sözleşmeler uyuşmazlık hallerinde, hukuken ana edimi kira olan yan edimli sözleşmeler olarak nitelenmektedir. Aşağıda aktaracağımız ve Yargıtay bozmasına konu olan yerel mahkeme kararının dayanağı olan bilirkişi raporlarındaki özel hukuk bakış açısı ile salt özel hukuk müesseseleri kullanılarak, işletme hakkı devir sözleşmelerinin hasılat kirası sözleşmeleri olduğu, uyuşmazlığın buna göre çözümlenmesi gerekeceği kanaatine varıldığı görülmektedir²².

²¹ Ayanoğlu, agm, s.5.

²² Raporlara erişimimiz olmamakla birlikte; Yargıtay kararından ticaret mahkemesi tarafından alınan bilirkişi raporuna dayanarak taraflar arasındaki işletme hakkı devir sözleşmesinin hasılat kirası sözleşmesi olarak nitelendiği ve buna dayanılarak görevsizlik kararı verildiği, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 06/11/2013 tarihli, 2013/13751 E., 2013/14895 K. sayılı bozma ilamı ile taraflar arasında kendine özgü niteliği olan "İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi" kurulduğu belirtilerek, ticaret mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varıldığı, anlaşılmaktadır. (Aynı mahiyette

Aynı şekilde, işletme hakkı devrinin ticari işletme devri ile de ilgisi yoktur. Burada ister istemez, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununca içerilen ticari işletme devri ile ilgili düzenlemelere kısaca da olsa değinmemiz gerekir. Türk Ticaret Kanunu, ticari büyüklüğü esnaf işletmelerini aşan tüm bağımsız işletmeleri ticari işletme saymıştır; “esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme” (TTK 11/1), ticari işletmedir. Ticari işletme devri, TTK’da işletme hakkının devrinden farklı olarak, ticari işletmenin tüm mal varlığı ile bir bütün olarak devri olarak düzenlenmiştir. Halbuki, işletme hakkının devrinde mal varlığı mülkiyetinin devri söz konusu değildir. Bu temel farklılık, işletme hakkı devir sözleşmelerinin kamusal niteliğinden, mal varlığının kamuya ait olmasından kaynaklanır. 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun “Özelleştirme” başlıklı 18 inci maddesinin 2 nci fıkrasında “TEDAŞ’ın faaliyet alanında yer alan ve dağıtım faaliyeti için gerekli olan işletme ve varlıklar üzerinde, mülkiyeti saklı kalmak kaydı ile TEDAŞ ile belirlenen dağıtım bölgelerinde faaliyet göstermek üzere kurulan elektrik dağıtım şirketleri arasında işletme hakkı devir sözleşmesi düzenlenebilir.” hükmüne yer verilmiş olup, Kanunun 9/6 ncı maddesinde ise “24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde yapılan özelleştirme sonrası elektrik dağıtım tesislerinin iyileştirilmesi, güçlendirilmesi ve genişletilmesi için yapılan yatırımların mülkiyeti kamuya aittir.” hükmü yer almaktadır. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı’nın talebiyle Başbakanlık tarafından yapılan başvuru üzerine verilen Danıştay’ın 26/11/2004 tarihli E: 2004/444, K: 2004/409 görüşünde, “4046 sayılı Kanunun 18 inci maddesinde, mülkiyetin devri sonucunu doğuran satış yönteminin yanında işletme hakkının verilmesi de özelleştirme yöntemleri arasında gösterilmiş, 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde de, tabii kaynakların belli bir süre için sadece işletme hakkının verilmesi suretiyle özelleştirileceği ilkesine yer verilmiştir. Bu durumda, belirlenen dağıtım bölgesi sınırları içinde dağıtım hizmetlerini görmek üzere dağıtım şirketi kurularak bu şirkete 49 yıl süreyle dağıtım lisansı ve işletme hakkı verilmesinin, dağıtım tesisleri dışında kalan duran varlıkların (arsa, bina, taşıt, demirbaş vb) da bu şirkete devir edilmesinin ve söz konusu şirketin hisselerinin satışı suretiyle özelleştirilmesinin mümkün olduğu” sonucuna varılmıştır.

seri kararlar için örneğin bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 06/11/2013 tarih, 2013/13739 E., 2013/14883 K.; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 06/11/2013 tarih, 2013/13749 E., 2013/14893 K.; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 06/03/2014 tarih, 2014/1257 E., 2014/2578 K. vd.)

III. HUKUKİ OLGU/SORUN: İŞLETME HAKKI DEVİR SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İşletme hakkı devir sözleşmesi, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun ile hukukumuzda girmiş değildir. 4046 sayılı Kanun öncesinde, “29/02/1984 tarih ve 2983 sayılı”, “04/12/1984 tarih ve 3096 sayılı”, “28/05/1988 tarih ve 3465 sayılı” kanunlarda da kamu hizmetlerinin işletme hakkının devri ile özel hukuk tüzel kişilerine gördürülmesi öngörülmüştür²³.

04/12/1984 tarih ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanunun “İşletme hakkının devri” başlıklı 5 inci maddesinde, görev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınca (Kamu iktisadi teşebbüsleri dâhil) yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesine Cumhurbaşkanı tarafından karar verileceği düzenlenmiş ve bu maddenin uygulanması ile ilgili hususların Cumhurbaşkanınca çıkarılacak Yönetmelik çerçevesinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca yürütüleceği düzenlenmiştir.

Bu makalenin münhasıran konusunu oluşturmayan “yap-işlet-devret modeli”nde de işletme hakkının devri söz konusu olmaktadır. Keza, işletme hakkı devri, hali hazırda yürürlükte olan 26/06/1939 tarihli ve 3653 sayılı Yalova Termal Kaplıcalarının İdaresi ve İşletilmesi Hakkında Kanunda 2004 yılında yapılan değişikliklerle su kaynaklarının kiralanabileceği ya da “restore et-işlet-devret modeli ile devredilebileceği” benimsendiğinden, burada da söz konusu olabilecektir. Yine 21/04/2005 tarihli ve 5335 sayılı Kanunun 33 üncü maddesi ile DHMİ’nin, devlet hava meydanlarını kiralama ya da işletme hakkı devri usulü ile özel hukuk tüzel kişilerine 49 yılı geçmemek üzere devredileceği düzenlenmiştir.

Şurası açık ki, hukuki olgu/sorunun anlaşılabilmesi için 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun öncesi dönem ile sonrasını ayırmak bir zorunluluktur. 4046 sayılı Kanun öncesinde, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarına konu edilen işletme hakkı devir sözleşmeleri ile kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi amaçlanmakta iken, bu Kanun ile Kanun’un başlığında belirtildiği gibi “kamu hizmetlerinin gördürülmesinin özelleştirilmesi” amaçlanmaktadır²⁴. Bunun pozitif

²³ Ayanoğlu, agm, s.12.

²⁴ Ayanoğlu, agm, s.11.

hukukumuzdaki yegâne sonucu ise hukuksal rejimin *özelleştirilmesi*, daha açık deyişle, kamusal niteliği bizce tartışmasız olan bu sözleşmelerin (uyuşmazlıkların) idari yargıya değil adli yargıya tâbi kılınması olmuştur.

Bu makalede uygulama sorunları bölümünde ele alacağımız TEDAŞ (Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi) ile TEDAŞ'ın bölünmesiyle 21 ayrı bölgede kurulan EDAŞ'lar (elektrik dağıtım anonim şirketleri) arasında yapılan işletme hakkı devir sözleşmelerini (İHDS) daha önce Anayasa Mahkemesi ve Danıştay denetiminden geçen işletme hakkı devir sözleşmeleri ile karşılaştıran Ayanoğlu, iki ayrı hukuki rejime ait iki ayrı işletme hakkı devir sözleşmesi olduğu sonucuna varıyor:

“İşletme hakkı devir sözleşmeleri, kamu kesiminde, kamu hizmeti üreten ve üretmeyen her türlü işletme bakımından söz konusu olabilen, bu sebeple çok çeşitli alanlarda başvuru bir yöntemdir. Bu sebeple, işletme hakkı devri sözleşmeleri, sözleşmelerin konusuna göre, özel hukuk sözleşmesi veya idari sözleşme biçiminde ortaya çıkabilmektedir.”²⁵

Mevcut pozitif hukukumuz içinde uygulama, bu iki ayrı hukuki rejime tabi iki ayrı İHDS bulunduğu görüşünü de aşarak, İHDS'lerin özel hukuk sözleşmeleri olduğu yönünde gelişmektedir. Bizim görüşümüz ise bu gelinen aşamada konunun, hukuki rejim tartışmasının ötesinde, adli yargı ve idari yargının görev tartışmasından çıkarılarak, adli yargı yeri görevli olsa dahi işletme hakkı devir sözleşmelerinin yorumunda kamu hukukunun kamu hizmeti ile ilgili genel ilkelerinin “yeni kamusallık” doğrultusunda dikkate alınması gerekeceği, aksi durumda, kamu hizmetine ilişkin anayasal ilkelerin de tartışmaya açılmış olacağıdır.

İHDS'lerdeki, örneğin sorumluluk paylaşımı vb. düzenlemelerin taşıdığı ağırlık nedeni ile doğan uyuşmazlıklara adli yargı yolunda bakılsa bile; bize göre, İHDS'lerdeki kamusallık, münhasıran sözleşmenin düzenlediği konulardan değil de devredilen işletme faaliyetinin muhtevassından doğduğundan, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun öncesinde özellikle Anayasa Mahkemesi tarafından İHDS bakımından gözetilen ve Danıştay tarafından da tekrar edilen ilkelerin tamamının gözetilmesi, uyuşmazlık çözümünde bu ilkelere müracaat edilmesi gerekir.

Yargı yolunun kanunla düzenleneceğine dair Anayasa değişikliği öncesinde Anayasa Mahkemesi'nin konu ile ilgili kararlarını gözetilen

²⁵ Ayanoğlu, agm, s.21.

Danıştay, sorunu hukuki rejim bakımından da ele alarak işletme hakkı devir sözleşmesini imtiyaz sözleşmesinin bir türü saymıştır²⁶. Bu bakış açısı, kamusalılığı hukuki rejime sıkıştırdığından, bugün Yargıtay'ın İHDS'leri "kamusalılığı" önceliksiz herhangi bir sözleşme olarak ele alması da, Danıştay'ın geçmiş kararlarını yansıtan ayna görüntü sayılmalıdır. Bu bakımdan Yargıtay'ın İHDS'yi nasıl nitelediğinden önce, yargı yolu yönünden değilse de İHDS'nin yorumu yönünden Anayasa Mahkemesinin sorunu hukuki rejime sıkıştırmının ötesine geçen görüşlerine başvurmak gerektiği kanısındayız. Zira bu görüşler, Danıştay ve Yargıtay'ı da bağlar.

İHDS'nin yaygın olarak kullanıldığı ve halihazırda uygulama sorunlarının meydana geldiği sektör, enerji piyasası, özellikle de elektrik piyasasıdır. İHDS'ye ilişkin ilk düzenleme de bu sektörle ilgili olarak yapılmış; Anayasa Mahkemesi, konu ile ilgili görüşlerini, elektrik üretim, iletim ve dağıtımının kamu hizmeti olarak kurulduğu ve bir kamu hizmeti piyasası olarak elektrik piyasasının oluşmadığı dönemde verdiği kararlarda açıklamıştır. Kararın İHDS'nin hukuki rejimi ile ilgili olan bölümleri anayasa değişikliği sonrasında pozitif hukukumuz dışında kaldığından, diğer ilkelere baktığımızda; Mahkeme, özelleştirmenin ancak kanunla yapılabileceğini, Anayasa'nın 167 ve 172 inci maddelerini gözeterek uygulamanın "özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde, tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemeye, tüketicileri korumaya yönelik kuralların bulunmasının zorunlu" olduğunu, "doğal servet ve kaynaklardan yararlanan üretim birimlerinin varlıklarının özelleştirilmesinde bunların yararlandıkları doğal servet ve kaynakların mülkiyetinin gerçek ve tüzel kişilere devri(nin) olanaksız" olduğunu, "doğal zenginlik ve kaynakların da işletme hakkının süresiz devredilmesine olanak verilemeyeceğini" benimsemiştir²⁷. Bu ilkeler, anayasal ilkeler olduğundan Yargıtay ya da başka bir hukuki denetim merciinin bu ilkeleri göz ardı ederek İHDS'leri yorumlaması düşünülemez.

Yargıtay'a göre İHDS, kendine özgü bir yapısı olan ticari sözleşmedir. Yargıtay bu sonuca, İHDS'nin kamusal niteliğini gözeterek ve kanunda düzenlenen kiralama yanında hasılat kirası ile de karşılaştırarak varmıştır:

²⁶ Bkz. Karahanoğulları, age, s.337 vd.; Ümit Akın, "Elektrik Üretim İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri", *Danıştay Dergisi* Yıl:30, Sayı: 102, 2000, s.35 vd.

²⁷ AYM, E. 1994/43, K. 1994/42-2, K.t. 09/12/1994. Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Cilt 31, Sayı 1, s.292-298.

“4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’un 18/A maddesinde özelleştirme yöntemleri düzenlenirken, kiralama ve işletme hakkının devredilmesi de özelleştirme yöntemleri arasında gösterilerek ayrı ayrı belirtilmiş, 18/A-b maddesinde kiralama ‘kuruluşların aktiflerindeki varlıklarının kısmen veya tamamen bedel karşılığında ve belli bir süre ile kullanma hakkının verilmesidir.’, şeklinde, 18/A-c maddesinde işletme hakkının verilmesi ‘Kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimlerinin mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla bedel karşılığında belli süre ve şartlarla işletilmesi hakkının verilmesidir’ şeklinde tanımlayarak, her iki durum birbirinden ayrılmıştır.

İşletme hakkının devredilmesinde ‘belirli süre’ ile devredilebileceği kabul edilmiş olup, gerek kiralamada gerekse işletme hakkının devrinin belirli bir süre ile yapılma imkanı olduğu halde ayrı ayrı yasada düzenlemiş olması söz konusu sözleşmenin kira sözleşmesinden farklı bir sözleşme olduğunu ortaya koymaktadır. Kiralama ile işletme hakkının devri sözleşmesi arasındaki fark sözleşmelerin süreli olup olmamasından değil kiralamada özelleştirilen kuruluşların ve varlıkların kullanılma hakkı verilirken, işletme hakkının devredilmesinde, Kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimlerinin mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla işletilmesi hakkının verilmesinden kaynaklanmaktadır.

İşletme hakkının verilmesinde esas olan bir malın kullanımı değil, Kamu İktisadi Kuruluşu tarafından hali hazırda yürütülmekte olan hizmetlerinin, işletme hakkını devralan tarafından yerine getirilmesine devam edilmesi ve hizmetlerin iyileştirilmesidir. İşletme hakkının devri sözleşmesinden önceki devreden kuruluşun dağıtım bölgesindeki abonelerle yapılan abonelik sözleşmeleri, devir sözleşmesinden sonra da devam ettiği ve devralanı bağladığı gibi, işletme hakkını devralan tarafından işletme süresince yapılan abonelikler de, sözleşmenin sona ermesinden sonra da işletmeyi işletecek olan firmaları bağlayacak olması nedeniyle hasılat kira sözleşmesinin unsuru olan ‘hasılat veren bir malın veya hakkın kullanılmasını ve semerelerinin iktifatını terk etme’ kavramından daha geniştir. Bu nedenle sözleşmenin sırf belirli süreli olduğundan bahisle kira sözleşmesi olduğu söylenemez.”²⁸

²⁸ Aynı mahiyette seri kararlar için örneğin bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 06/11/2013 tarih, 2013/13739 E., 2013/14883 K.; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi

Yargıtay bu kararı ile, İHDS'nin, *4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 18/A/c maddesinden doğan bir sözleşme türü olduğunu ve işletme hakkının verilmesi ile gerçekleştirilen özelleştirme uygulamasından doğduğunu*, tespit etmiştir. Bu iki husus, yukarıda açıkladığımız gibi, özel hukuk rejimine tabi olsa bile, İHDS'nin kamusal niteliğinin kanuni dayanağını gösterir. Yargıtay'ın incelediği İHDS, yukarıda sözünü ettiğimiz²⁹, TEDAŞ ile EDAŞ'lar arasında yapılmış, Ayanoğlu'nun kanuni düzenleme³⁰ nedeni ile özel hukuk sözleşmesi olduğu sonucuna vardığı, sözleşmedir.

4046 sayılı Kanun kapsamında, elektrik üretim, iletim ve dağıtım hizmetleri özelleştirme programına alınmış ve o döneme kadar dikey bütünleşik bir yapıda elektrik hizmetlerini yerine getirmesi için düzenlemeler yapılan Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) tam da bu niteliğe kavuştuğu dönemde bölünerek EÜAŞ (Elektrik Üretim A.Ş.), TEİAŞ (Türkiye Elektrik İletim A.Ş.) ve TEDAŞ (Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.) adlı kamu iktisadi teşekkülleri oluşturulmuştur³¹. Üretim tesisleri ile dağıtım bölgeleri arasındaki (elektrik enerjisinin gerilim seviyesi 36 kV üzerindeki hatlar üzerinden naklini içeren) iletim hizmetinin zorunlu tekel konumu gözetilerek iletim hizmeti TEİAŞ bünyesinde yürütülmek üzere özelleştirme kapsamı dışında

06/11/2013 tarih, 2013/13749 E., 2013/14893 K.; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 06/03/2014 tarih, 2014/1257 E., 2014/2578 K. vd.

²⁹ TEDAŞ'lar ile EDAŞ'lar arasında yapılmış İHDS'nin tam metni Ayanoğlu'nun anılan makalesinde yayınlandığından ayrıca yayınlamıyoruz. Bkz. Ayanoğlu, agm, s.22 vd.

³⁰ Ayanoğlu, agm, s.16-17.

³¹ TEK, 93/4789 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile ikiye bölünmüş; elektrik üretim ve iletim hizmetleriyle görevlendirilmek üzere TEAŞ, dağıtım hizmetleriyle görevlendirilmek üzere TEDAŞ kurulmuştur. 2001/2026 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile TEAŞ üç ayrı şirkete bölünmüştür: Elektrik iletimi, yük tevzii ve işletme planlaması hizmetlerini yürütmek üzere 'Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi' TEİAŞ, elektrik üretim hizmetlerini yürütmek üzere 'Elektrik Üretim Anonim Şirketi', EÜAŞ, ilgili mevzuata göre elektrik üretim tesisi ve otoproduktör olarak çalışan kuruluşlardan ve yurt dışından Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca verilecek kararlara uygun olarak elektrik satın alma ve satma, anlaşmalarını yapma ve yürütme görevlerini yerine getirmek üzere 'Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi' TETAŞ unvanlarında üç İDT kurulmuştur. 2018 yılında Anayasa değişikliklerine uyum sağlanması amacıyla bazı Kanun ve KHK'lerde değişiklik yapılmasına dair 703 sayılı KHK ile Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. (TETAŞ) ve Elektrik Üretim A.Ş. (EÜAŞ), EÜAŞ bünyesinde birleştirilmiştir.

tutulmuş³²; elektrik üretim ve dağıtımında ise rekabetçi bir piyasanın oluşması benimsenmiştir. Elektrik üretimi kamu hizmetinin ruhsat usulü ile özel hukuk kişilerine gördürülmesi benimsenirken, elektrik dağıtımını kamu hizmetinin ise Danıştay'dan alınan görüşe³³ uygun olarak, özelleştirilmesinin işletme hakkı

³² Elektrik piyasasının oluşması için yapılan özelleştirmelerin tamamlanmasından sonra, 14/03/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu kabul edilmiş olup, 8/1 maddesinde TEİAŞ'ın tekel konumu **kanuni** dayanağa kavuşturulmuştur: "Elektrik enerjisi iletim faaliyeti, lisansı kapsamında münhasıran TEİAŞ tarafından yürütülür. TEİAŞ, bu Kanunla belirlenen faaliyetler dışında bir faaliyetle işgal edemez. İletim faaliyetiyle birlikte yürütülmesi verimlilik artışı sağlayacak nitelikteki piyasa dışı bir faaliyetin yürütülmesi Kurumun iznine tabidir. İletim sistemi teknik ve teknik olmayan kayıplarını karşılamak amacıyla ve yan hizmetler piyasası kapsamında elektrik enerjisi veya kapasitesi satın alınması veya kiralanması ile iletim sistemi teknik ve teknik olmayan kayıplarını karşılamak için sözleşmeye bağlanan enerjinin, gerçekleştirmeler nedeniyle fazlasının satışı bu hükmün istisnasıdır." (m. 8/1)

³³ Özelleştirme İdaresi Başkanlığının talebi üzerine Danıştay 1. Dairesinden görüş istenilmiş, Danıştay Birinci Dairesinin 05/03/2004 tarih ve E:2004/17, K:2004/74 kararında "Anayasa Mahkemesi kararı ile yasa hükümleri çerçevesinde istişari düşünce istemine ilişkin hususlar incelendiğinde; 1- Hidroelektrik ve akarsu santrallerinin elektrik üretiminde yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynaklardan ayrı düşünülmesi olanaksızdır. Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere Anayasanın 168 inci maddesi hükmüne göre devletin hüküm ve tasarrufu altında olan doğal servetler ve kaynakların mülkiyetlerinin devri sözkonusu olamaz, ancak bunların işletme hakkı gerçek ve tüzelkişilere süreli olarak verilebilir. Bu nedenle doğal servet ve kaynaklardan olan sudan yararlanarak üretim yapan hidroelektrik ve akarsu santralleri doğal servet ve kaynaklardan ayrı düşünülemez olduğundan bunların mülkiyetin devri yoluyla özelleştirilmelerinin mümkün olmadığı, 2- Termik santrallerin enerji üretiminde kullandıkları doğal kaynaklardan olan madenlerin, Anayasanın 168 inci maddesine göre Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu, bunların 3213 sayılı Maden Kanunu hükümlerine göre işletilebileceği, yine bu Kanununun 4 üncü maddesine göre de, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan madenlerin, içinde buldukları arzın mülkiyetine tabi olmadığı vurgulanmıştır. Bu durumda, madenler üzerinde hiçbir gerçek kişi, özel hukuk tüzelkişisi veya kamu tüzelkişisinin mülkiyet hakkının bulunması mümkün değildir. Bu nedenle, içinde bulunduğu arzın mülkiyetine tabi olmayan madenin, bu madeni kullanan termik santralin mülkiyetine dahil olduğunu kabul etmek olanaklı değildir. Başka bir deyişle termik santral ile kullandığı doğal kaynağın mülkiyetlerinin birbirleriyle ilgisi olmadığından, termik santrallerin doğal kaynaktan ayrı olarak mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilmelerinde hukuka aykırılık bulunmadığı, 3- 3096 sayılı Kanunla elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımına ilişkin hizmetlerin Bakanlar Kurulunca önceden belirlenen bölgelerde

devri usulü ile yapılması benimsenmiştir. Özelleştirme işletme hakkı devir usulü ile yapılacağından tüm ülkede elektrik dağıtım hizmeti veren müesseselerin³⁴ bir araya getirilmesi ile oluşturulan TEDAŞ muhafaza edilerek, bu kez 20³⁵ ayrı bölgede %100 hissesi TEDAŞ'a ait olan EDAŞ'lar kurulmuş³⁶ dağıtım lisansına sahip olarak 01.03.2005 tarihi itibarıyla faaliyet

görevlendirilen şirketlerce yürütüleceği öngörülmüştür. 4628 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin dördüncü fıkrasının (c) bendinde, elektrik enerjisi dağıtım faaliyetlerinin, dağıtım şirketleri tarafından lisanslarında belirlenen bölgelerde yürütüleceği, 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (4) numaralı alt bendinde, lisansların bir defada en çok kırkdokuz yıl için verileceği hükme bağlanmış, Elektrik Piyasası Dağıtım Yönetmeliğinde de dağıtım bölgesinin, bir dağıtım lisansında tanımlanan bölgeyi ifade ettiği belirtilmiştir. Bu hükümlere göre, elektrik dağıtım hizmetinin götürüleceği bir alan olarak tanımlanan dağıtım bölgesinin ve bu bölgede yürütülen hizmetin mülkiyete konu olabilecek taşınır veya taşınmaz mal olarak nitelendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Kaldı ki malikin mülkiyet konusu şey üzerinde herhangi bir süre kısıtlaması olmadan her türlü tasarruf hakkı da bulunmaktadır. 4628 sayılı Kanunun yukarıda açıklanan hükümleri uyarınca dağıtım bölgesinin belirlendiği lisansın dağıtım şirketine verilme süresinin bir defada en çok kırkdokuz yıl olması zorunluluğu nedeniyle lisansa bağlı olarak belirlenen dağıtım bölgesinin mülkiyete konu teşkil etmeyeceği, ancak, 4046 sayılı Kanunun 18 inci maddesi uyarınca TEDAŞ'a ait dağıtım bölgelerinde işletme hakkının verilmesi suretiyle dağıtım hizmeti yapma hakkının özelleştirilmesinin mümkün olduğu,...” sonucuna varılmış, tekrar sorulması üzerine de makale içinde aktardığımız aynı yöndeki 26/11/2004 tarihli ve E: 2004/444, K: 2004/409 sayılı görüş verilmiştir.

³⁴ Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) dağıtım müesseseleri. Makalenin konusu olmadığından ayrıntısına girememekle birlikte, özelleştirmenin öncelikle iller düzeyinde kurulan bu müesseseler eliyle yapılması benimsendiğinden bu müesseselere hükmi şahsiyet de tanınmış idi ise de, makale içinde kısaca özetlediğimiz hukuksal süreç sonucunda özelleştirmeler gerçekleştirilemediğinden bu müesseseler TEDAŞ bünyesinde toplanmıştır.

³⁵ 21 ayrı dağıtım bölgesi olmakla birlikte, Kayseri ve çevresi elektrik dağıtım işletme hakkı daha önce aynı usulle (Cumhuriyet döneminin en uzun süreli imtiyazcısı olarak imtiyaz sözleşmesi uyarınca bu hizmetleri yerine getiren) Kayseri ve Çevresi Elektrik Türk Anonim Şirketi'ne, 08/01/1990 tarihinde “İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi”, 09/02/1990 tarihinde “Enerji Satış Anlaşması” imzalanarak 01/03/1990 tarihinde devredilmiştir. Diğer 20 şirkete işletme hakları 24/07/2006 tarihli İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri (İHDS'ler) imzalanarak devredilmiştir.

³⁶ Başkent EDAŞ, Aras EDAŞ, Vangözü EDAŞ, Boğaziçi EDAŞ, Anadolu Yakası EDAŞ, Meram EDAŞ, Akdeniz EDAŞ, Toroslar EDAŞ, Yeşilirmak EDAŞ, Çoruh EDAŞ, Çamlıbel EDAŞ, GDZ EDAŞ, ADM EDAŞ, Osmangazi EDAŞ, Trakya

göstermeye başlamıştır. TEDAŞ ile yeni kurulan EDAŞ'lar arasında 24.07.2006 tarihli İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri (İHDS'ler) imzalanmıştır. Yargıtay'ın kendine özgü bir sözleşme saydığı ve kamusalılığının kanuni dayanağını gösterdiği sözleşme işte bu İHDS'dir³⁷.

Kanuni dayanakları ile birlikte Yargıtay kararı esas alındığında İHDS'nin şu niteliklere sahip olduğu söylenebilir:

a- Kamusalılık:

Yargıtay, İHDS'nin açıkça işletme hakkının verilmesi ile gerçekleştirilen özelleştirme uygulamasından doğduğunu ve dayanağının 4046 sayılı Kanun olduğunu belirtmektedir.

Burada özelleştirilenin kamu hizmeti olduğu açık olup, Yargıtay aynı kararında, *işletme hakkının verilmesinde esas olanın bir malın kullanımı değil, Kamu İktisadi Kuruluşu tarafından hali hazırda yürütülmekte olan hizmetlerinin, işletme hakkını devralan tarafından yerine getirilmesine devam edilmesi ve hizmetlerin iyileştirilmesi olduğunu*, açıkça belirtmiştir. Hizmetin iyileştirilmesi, yani kamu hizmetinin değişkenlik özelliğinin bu şekilde devam etmesinin sağlanması amaçlanmıştır.

Hizmet yürütülürken “gözetilecek”tir. Hukukumuzdaki güncel adıyla “düzenleyici-denetleyici kuruluşlar” olan -kamu hukukundaki adıyla- gözeticilerin ortaya çıkışı olgusu, idare hukuku geleneğinin yerleşik olduğu Kıta Avrupası ile sınırlı değildir, Birleşik Krallık ve Birleşik Devletler'de de “başında bakanların olduğu merkezi birimlerin sistemin en üst noktası olduğu geleneksel hiyerarşik yapılanma artık yerini seçilmiş yetkili otorite kaynaklarından belli bir mesafede çalışan çok sayıda kamu idaresinin bulunduğu girift politika ve hizmet birimlerini içerecek farklı düzenlemelere bırakmış”tır.³⁸ Birleşik Krallık'ta bu türden kurumların sayısı 650'dir.³⁹

Gözeticilerin ortaya çıkışı ve gelişmesi “yeni kamusalılığın” önemli görünüşlerinden biridir. Gözeticiler, kamu hizmeti politikalarının oluşturulmasına katıldıkları gibi, özel kişilere gördürülen kamu hizmetlerini

EDAŞ, Kayseri ve Civarı EDAŞ, Sakarya EDAŞ, Fırat EDAŞ. Bkz. https://www.tedas.gov.tr/#!dagitim_srkt

³⁷ İHDS'nin tam metni için bkz. Ayanoglu, agm, s.22 vd.

³⁸ Loughin, Martin, *Kamu Hukukunun Temelleri*, çev. D. Çiğdem Sever – Kıvılcım Turanlı, Dipnot Yayınları, Ankara, 2017, s. 373 vd.

³⁹ Agy.

denetler ve gözetlerler. Dolayısı ile bu alanda ortaya çıkan hukuki ilişkilerin tamamı kamu hizmeti ile ilgilidir ve kamusal niteliğe sahiptir.

Kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak üzere Kamu Denetçiliği Kurumunu düzenleyen 6328 sayılı Kanun'un 3/e Maddesi'nde "İdare" tanımlanırken "kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişileri" de kapsama alınmıştır. Bu, makalede sözünü ettiğimiz "yeni kamusalılık" biçiminin kanun koyucu tarafından da kendiliğinden benimsenmeye başladığının ve hukukun da bu yönde evrileceğinin örneklerinden biridir.

İHDS'ler, Türkiye'deki gözetici kuruluşlardan olan Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından gözetilen ve denetlenen enerji piyasasında yapılmış sözleşmeler olarak, hizmetin iyileştirilmesi, yani kamu hizmetinin değişkenlik özelliğinin bu şekilde devam etmesinin sağlanması amacıyla hasredildikleri de dikkate alındığında kamusal nitelikli sözleşmelerdir.

Aşağıda kısaca açıklayacağımız sürelilik ve kamu mallarının devredilmemesi nitelikleri de İHDS'nin kamusal niteliğini ortaya koymaktadır.

b- Sürelilik:

Yukarıda aktardığımız gerekçede Yargıtay, İHDS'nin belirli bir süre için yapıldığını belirtmektedir. Dayanak 4046 sayılı Kanun'da bu husus, 15'inci maddede "Bu madde gereğince işletme hakkı verilmesi, kiralama veya benzeri diğer yöntemlerle kullanma hakkının devri süresi 49 yılı geçemez" düzenlemesi ile belirtilmiştir. Gerek Yalova suları gerekse DHMİ'nin işlettiği hava meydanları için yapılan özel düzenlemelerde de süre sınırı muhafaza edilmektedir. Böylece işletme hakkının / kamu hizmetinin gerçek sahibinin kamu olması olgusu ve sözleşme süreli olmakla birlikte kamu hizmetinin sürekliliği ve kesintisizliği ilkeleri devam etmektedir.

c-Kamu mallarının devredilmemesi:

Kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerince görülmesi için yapılan İHDS, kamu mallarının devrini kapsamamakta, işletme hakkının devredilmesinde, *Kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim*

birimlerinin mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla işletilmesi hakkının verilmesi söz konusu olmaktadır.

Örneğin, TEDAŞ ile EDAŞ'lar arasında yapılan İHDS'de sözleşmenin konusunu, “Sözleşme’de yer alan kapsam ve şartlar dahilinde, Dağıtım Bölgesindeki mevcut ve yeni yapılacak elektrik Dağıtım Sisteminin, Dağıtım Tesislerinin ve Dağıtım Tesislerinin işletilebilmesi için varlığı zorunlu diğer taşınır ve taşınmazların Dağıtım Faaliyeti için İşletme Hakkının Devri, bu tesislerin iyileştirilmesi ve güçlendirilmesi ile ihtiyaç duyulan yeni dağıtım hat ve tesislerinin yapımı ve Sözleşme’nin herhangi bir şekilde sona ermesinde söz konusu bütün tesislerin TEDAŞ’a veya TEDAŞ’ın belirleyeceği kuruluşa geri devredilmesi ile bu konularda Tarafların her türlü hak ve yükümlülüklerinin tespit edilmesi oluşturmaktadır.”⁴⁰

⁴⁰ Konunun anlaşılabilmesi için Tanımlar maddesinde (İHDS, m. 2) verilen tanımları da aktarmak yararlı olabilir (Şirket, EDAŞ olmak üzere):
“İşletme Hakkı; Şirket’in, Dağıtım Tesisleri ve Dağıtım Tesislerinin işletilmesinde kullanılması gerekli diğer ilave unsurlar üzerinde bu Sözleşme’de yer alan hükümlerle sınırları belirlenen hakkı ve bu hakkın tanınması nedeniyle yürürlükteki mevzuattan ve bu Sözleşme’den doğan bütün sorumlulukları,
İşletme Hakkı Devri; Dağıtım Tesisleri ve Dağıtım Tesisleri’nin işletilmesinde kullanılması gerekli diğer ilave unsurlar üzerindeki işletme hakkının bu Sözleşme hükümleri kapsamında devrini,
Dağıtım Tesisleri; İletim Tesislerinin bittiği noktadan itibaren, müstakilen Dağıtım Faaliyetinin yürütülmesi için tesis edilmiş ve edilecek tesis ve şebekeyi,
Dağıtım Lisansı; [•] Elektrik Piyasası Kanunu hükümleri çerçevesinde Kurum tarafından verilen ve [•] Dağıtım Bölgesinde [•] Elektrik Dağıtım Anonim Şirketine Dağıtım Faaliyetinde bulunma imkânı tanıyan Dağıtım Lisansını,
Dağıtım Bölgesi; [•] illerinden oluşan ve Dağıtım Faaliyetinin yürütüleceği coğrafi bölgeyi,
Dağıtım Faaliyeti; Elektrik enerjisinin gerilim seviyesi 36 kV ve altındaki hatlar üzerinden naklini,
Dağıtım Sistemi; Bir dağıtım şirketinin, belirlenmiş Dağıtım Bölgesinde işlettiği elektrik Dağıtım Tesisleri ve şebekesini,
İletim; Elektrik enerjisinin gerilim seviyesi 36 kV üzerindeki hatlar üzerinden naklini,
İletim Tesisi; Üretim tesislerinin 36 kV üstü gerilim seviyesinden bağlı olduğu noktalardan itibaren iletim şalt sahalarının orta gerilim fiderleri de dâhil olmak üzere Dağıtım Tesisleri’nin bağlantı noktalarına kadar olan tesisleri.
İletim Sistemi; Elektrik İletim Tesisi ve İletim Şebekesini,...” kapsamaktadır.

Kamu mallarının devredilmemesi unsuru, işletme hakkı devrinin bir ticari işletme devri olmadığı ve aynı zamanda dağıtım tesislerinin mülkiyet hakkının devredilmemiş ve kiralanmamış olduğu anlamına gelir. Bu durumda, borçlar kanunu hükümlerine göre bir kiralamadan söz edilemeyeceğinden ve dağıtım tesislerinin işletme hakkı dışında mülkiyeti devredilmediğinden, işletme hakkı dışında dağıtım tesislerinin mülkiyetinden kaynaklanan yararlanmalar da kamunun uhdesinde kalmaktadır.

d- Kamusal ayrıcalıkların devredilmemesi:

Bu husus, Yargıtay kararında yer almamakla birlikte, Yargıtay sözleşmeden doğan uyumsuzlukları çözmekte kendisini görevli görerek, İHDS'nin bir imtiyaz olmadığını da benimsemiş olmaktadır. İmtiyaz sözleşmelerinde, örneğin, lehine kamulaştırma yapılmasını isteme gibi bazı ayrıcalıklar öngörülmektedir. İşletme hakkı devir sözleşmesinde de, sunulan hizmetin iyileştirilmesi için yatırım yapılacağı zaman kamulaştırmaya ihtiyaç duyulması halinde, zorunlu olarak hizmetin asıl sahibi olan kuruluştan bu hususta talepte bulunulması gerekecektir.

Belirlenen bölgede hizmetin yerine getirilebilmesi bizatihi bir ayrıcalık olmakla birlikte burada kamusal ayrıcalıklardan, kamu gücü kullanımını anlıyoruz. İHDS ile kamu hizmetinin sürdürülmesi gereğinden doğan kamusal yükümlülükler -örneğin, yansız / eşit ve herkese hizmet sunma yükümlülüğü- devredilmekle birlikte, hizmet gerekleri nedeni ile kamusal ayrıcalıkların kullanılması söz konusu olduğunda, işletme hakkını devralan adına bu ayrıcalıkları kullanacak olan işletme hakkını devreden kamu mallarına sahip olan kamu tüzel kişisidir⁴¹.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, kanunda öngörülmek şartı ile İHDS'den doğan uyumsuzlukların özel hukuk yargısal rejimi içinde, sözleşmede yer alması halinde tahkim dâhil olmak üzere çözüleceği açık

⁴¹ İş bu makalede somut olarak da incelediğimiz TEDAŞ ile EDAŞ'lar arasındaki sözleşmede (İHDS, m.18/2) "Dağıtım Tesislerinin işletilmesi ve işletilmeye hazır tutulması, uygulanacak tarifelerin belirlenmesi, yatırımların yapılması, yeni yatırımlar üzerindeki hak sahipliği, yatırımlar nedeniyle kamulaştırma yapılması, yatırımların muhasebesi, mücbir sebep ve sonuçları, Dağıtım Tesislerinin güvenliğinin sağlanması, yatırımlar ve hizmet kalitesinin denetlenmesi konuları yürürlükteki mevzuata tâbidir. Dağıtım Sistemi ve Dağıtım Tesisleri başta olmak üzere işletme Hakkı Devrinin kapsamına giren malvarlığı değerleri yürürlükteki mevzuata göre denetlenir" düzenlemesi bulunmaktadır.

olmakla birlikte bu, İHDS'nin *kamusal nitelik taşımayan* bir özel hukuk sözleşmesi olduğu anlamına gelmemektedir.

Aksine İHDS, kamusal niteliği özel hukuk yargısal rejimi içinde de gözetilmesi gereken, kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi için yapılan kendine özgü bir sözleşmedir.

Yargısal denetiminde ya da uyuşmazlıkların çözümünde İHDS'nin kamusal niteliğinin gözardı edilmemesi gerekir.

IV. İHDS'LERDEN DOĞAN UYGULAMA SORUNLARI

IV.1. Yorum İlkesi Olarak Yeni Kamusalılık

İşletme hakkı devir sözleşmelerinin kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde yaygın olarak kullanıldığı açık olmakla birlikte, bu sözleşmeler, sözleşmeleri gerçekleştiren kamu iktisadi teşekkülleri tarafından "ticari sır" kapsamında görülerek açıklanmadığı gibi, uyuşmazlık çıkmadığı sürece, sözleşmenin tarafı olan özel hukuk tüzel kişilerince de açıklanmadığından; ayrıca Sayıştay Raporları'nda bu sözleşmelere ilişkin bazı uygulama sorunlarına değinilmekle birlikte, sözleşme hükümleri yer almadığından, uygulama sorunları tarafımızca, esas olarak Yargıtay içtihatları çerçevesinde ele alınmıştır.

Daha açık deyişle, örneğin, özel kanunlarla öngörülmüş olan DHMİ uygulamasından ya da Yalova suları uygulamasından doğan, benzer şekilde kamu iktisadi teşekküllerinin uygulamalarından doğan İHDS ile ilgili idari uyuşmazlıklara denk gelinmemiştir. Bu sorun, özelleştirme uygulamaları sonucunda imzalanan sözleşme hükümlerinin de ticari sır sayılmasından doğmaktadır. Özellikle, yap-işlet-devret kapsamındaki işletme hakkı devirlerinde sözleşmelere erişim neredeyse imkânsız kılınmıştır. Oysa, kamuyu ilgilendirdiği ve kamu hizmetinin gördürülmesi ile ilgili olduğundan özelleştirme uygulamaları sonucunda imzalanan bu sözleşme hükümlerinin kural olarak ticari sır kapsamında sayılmaması gerekir. Bu sözleşmeler ihale dokümanlarının eki ve kamu ihaleleri kural olarak aleni olduklarından da ticari sır sayılmamalıdır. Aksine, enerji piyasası uygulamalarında görüldüğü üzere, piyasa aktörlerinin kendi aralarındaki ve tüketiciler ile yaptıkları sözleşmelerin gözetici kuruluşlarca önerilmesi, denetlenmesi ve kamuya açık olması esas olmalıdır. Ticari sır uygulaması yerleşik hale geldiğinden bizim incelememize konu İHDS'lere ancak bu sözleşmeler yargısal uyuşmazlıklara konu olduklarında erişilebilmiştir.

Yargıtay kararlarına konu olan uyuşmazlıklar, bu makalede incelenen TEDAŞ ile EDAŞ'lar arasında imzalanan İHDS'lerden doğan uyuşmazlıklardır. Bu uyuşmazlıkların konusunu, TEDAŞ ile EDAŞ'lar arasında imzalanan İHDS'nin "Üçüncü Kişilerin Hak İddiaları" başlıklı 7 inci maddesi oluşturmaktadır. Yargıtay, bu uyuşmazlığı çözümlerken yukarıda aktardığımız kararı ile İHDS'yi kendine özgü bir sözleşme olarak kabul etmiştir.

Uyuşmazlık konusunun bütün boyutları ile anlaşılabilmesi için elektrik dağıtımının yeniden yapılandırılması ve özelleştirilmesi sürecinde oluşturulan hukuksal yapının dikkate alınması gerekir⁴². Özelleştirmenin işletme hakkı

⁴² Yukarıda kısmen değinildiği üzere özelleştirme süreci ve ortaya çıkardığı hukuksal yapı şöyledir: Özelleştirme İdaresi Başkanlığının talebi üzerine, dağıtım bölgelerinde gerçekleştirilecek özelleştirme uygulaması da dahil elektrik özelleştirilmelerinde izlenecek modelin belirlenebilmesi açısından, elektrik üretim tesislerinden hidroelektrik ve akarsu santralleri ile termik santrallerin ve TEDAŞ'a ait elektrik dağıtım bölgelerinin mülkiyetinin devri suretiyle özelleştirilmesinin hukuken mümkün olup olmadığı hususunda istenilen görüşe Danıştay 1. Dairesinin 05/03/2004 tarih ve E:2004/17, K:2004/24 sayılı kararı ile dağıtım bölgelerinin mülkiyetinin devri dışında işletme hakkının devir suretiyle özelleştirilmesinin mümkün bulunduğu belirtilmiştir. Bunun üzerine, Yüksek Planlama Kurulu'nun 17/03/2004 tarih, 2004/3 sayılı kararı ile kabul edilen Elektrik Enerjisi Reformu ve Özelleştirme Stratejisi Belgesi çerçevesinde TEDAŞ 02/04/2004 tarih, 2004/22 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile özelleştirme kapsam ve programına alınmıştır. Bu karar gereğince dağıtım bölgesi sınırları içerisinde dağıtım hizmetlerini görmek üzere dağıtım şirketi kurularak bu şirkete 49 yıl süre ile dağıtım lisansı ve işletme hakkı verilmesinin, dağıtım tesisleri dışında kalan duran varlıkların da (araç, bina, taşıt, demirbaş vb.) bu şirkete devir edilmesinin ve söz konusu bu şirketin hisselerinin satışı suretiyle özelleştirilmesinin mümkün olup olmadığı hususunda Danıştay 1. Dairesinden tekrar görüş sorulmuş ve Danıştay 1. Dairesinin 26/11/2004 tarih ve E:2004/444, K:2004/409 sayılı kararı ile bahsedilen özelleştirme modeli uygun bulunmuştur. Danıştay 1. Dairesinin 26/11/2004 tarih ve E:2004/444, K:2004/409 sayılı kararı ile kabul edilen özelleştirme modeline uygun olarak, 4628 sayılı Kanunun 14'üncü maddesinin ikinci fıkrasına Kanun Koyucu tarafından "TEDAŞ'ın faaliyet alanında yer alan ve dağıtım faaliyeti için gerekli olan işletme varlıkları üzerinde, mülkiyeti saklı kalmak kaydı ile TEDAŞ ile belirlenen dağıtım bölgelerinde faaliyet göstermek üzere kurulan elektrik dağıtım şirketleri arasında işletme hakkı devir sözleşmesi düzenlenebilir" hükmü eklenmiştir. Anılan düzenlemeye istinaden gerekli işlemlerin tamamlanmasını (mülkiyetin TEDAŞ'a aktarılması vs.) müteakiben TEDAŞ ile %100 hisselerine sahip olduğu 20 elektrik dağıtım şirketi arasında dağıtım varlıklarının işletilmesine

devri sonrasında hak sahibi şirketlerin hisselerinin blok satışı ile yapılması kararı benimsendikten sonra özelleştirmeler, 20 ayrı EDAŞ'ın hisselerinin ayrı ayrı satışı ile gerçekleştiğinden, en erkeni 2009 olmak üzere 2013 yılında tamamlanmış; özelleştirmeler tamamlanana kadar EDAŞ'lar kendi yönetim kurulları olmakla birlikte, TEDAŞ gözetimi ve koordinasyonunda faaliyet göstermiştir. Hisse satışından sonra EDAŞ'ların yönetimini devralan yeni hisse sahipleri, hisselerini devraldıkları EDAŞ'ların TEDAŞ gözetimi ve koordinasyonunda faaliyet gösterdiği dönemde, İHDS'nin 7'nci maddesinde yer alan sorumluluk paylaşımı hükümlerini gözetmeksizin, TEDAŞ'a ait yükümlülüklerin EDAŞ'ların bütçesinden karşılandığını ileri sürerek yapılan bu ödemeleri TEDAŞ'tan talep etmişlerdir.

TEDAŞ, hisse satışı yoluyla gerçekleştirilen özelleştirme esnasında, özelleştirilen EDAŞ bütçesinin aday alıcılara sunulduğunu ve alıcıların da inceledikleri bu bütçeye göre fiyat oluşturduğunu, dolayısı ile alıcıların şirket hisselerini şirketin mevcut halleri ile satın aldığını ve hisse devir tarihi itibari ile bilançolarda yer alan ödemelerin talep edilemeyeceğini savunmuş ancak Yargıtay'ın farklı Daireleri, seri kararlarında bu savunmaya itibar etmemiştir.

Yargıtay, EDAŞ'ların hisselerinin satışına ilişkin hisse satış sözleşmelerinde yer alan "*Alıcı, ihale konusu hisseleri devraldığı tarihten önceki döneme ilişkin olarak İşletme Hakkı Devir Sözleşmesindeki hükümler saklı kalmak kaydıyla...*" (9.4) düzenlemesini esas alarak, yukarıda andığımız EDAŞ'ların TEDAŞ gözetiminde ve denetiminde bulunduğu 24/07/2006 tarihinden hisse satışlarının gerçekleştiği tarihlere kadar da TEDAŞ ile EDAŞ'lar arasında İHDS hükümlerinin uygulanacağı görüşündedir. İncelendiğinde, özelleştirme sürecinde, ihale şartnamesi hükümleri ile hisse satış sözleşmeleri düzenlemelerinin Yargıtay'ı doğrular şekilde aynı istisnayı içerdiği, ihale şartnamelerinin 24/f maddesinde de, "*Alıcı, ihale konusu hisseleri devraldığı tarihten önceki döneme ilişkin olarak İşletme Hakkı Devir Sözleşmesindeki hükümler saklı kalmak kaydıyla...*" istisnasının tekrar edildiği görülmektedir.

ilişkin "İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi" (İHDS) imzalanmıştır. Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 07/11/2005 tarih ve 2005/125 sayılı kararı ile; Özelleştirme Yüksek Kurulunun 02/04/2004 tarih ve 2004/22 sayılı kararı ile özelleştirme programına alınan Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin özelleştirilmesi ile ilgili olarak; sermayesinin %100'ü TEDAŞ'a ait olan ve elektrik dağıtım bölgelerinde dağıtım lisansı ile TEDAŞ'ın uhdesinde bulunan dağıtım sisteminin işletme hakkına sahip olan veya ileride sahip olacak dağıtım şirketlerinin hisselerinin blok olarak satış yöntemi ile özelleştirilmesine karar verilmiştir.

İhale şartnamesi ile hisse satış sözleşmelerinde yer alan bu istisna, özelleştirme sonrasında %100 hisseyi blok olarak alan şirketin TEDAŞ'tan hiçbir talepte bulunamayacağını düzenleyen hükümler için getirilmiştir. Dolayısı ile İHDS'deki tarafların sorumluluk paylaşımına ilişkin hükümlerin, hisse satış sözleşmelerinde yer alan hisseleri devralanların TEDAŞ'tan hiçbir talepte bulunamayacağını düzenleyen hüküm kapsamında değerlendirilmesi olanağı kalmamakta, bu hükümler istisna teşkil etmektedir. Özel hukuk bakış açısından, aşağıda açıklayacağımız üzere talepte bulunan, hisseleri devralan şirketler değil, İHDS'nin tarafı olan EDAŞ'lardır. TEDAŞ'ın sorumsuzluğuna ilişkin hükümlerin muhatabı ise, taraflar bakımından şahsi hak doğuran özel hukuk sözleşmesi niteliğindeki hisse satış sözleşmelerinin taraflarıdır. TEDAŞ, "tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını" talep etmeksizin bu şahsi hakkına dayanarak üçüncü kişi konumunda olan EDAŞ'lara karşı sorumsuzluk iddiasında bulunamayacağından, özel hukuk alanında ancak bu yolla hisse devri sözleşmesi ile İHDS'nin birbirinden bağımsız tekil sözleşmeler olmadığı ve kamu hizmetinin organizasyonuna ilişkin olduğu ileri sürülebilir. Yargıtay, bunların farklı sözleşmeler olduğu yönündeki uygulamasını ve yorumunu özelleştirme ihale şartnamesi, hisse satış sözleşmesi ve İHDS'ye dayandırmaktadır.

Uygulamada sermaye yapısı değişen EDAŞ'lar ile kamu iktisadi teşekkülü olan TEDAŞ arasındaki uyumsuzluklar adli yargı eliyle çözülmektedir. İHDS'lerin niteliği itibarıyla idari sözleşme olarak idari yargının görevli kılınması da tek başına çözüm olmayacaktır. Hizmet gereklerine uygun bir çözüm için adli yargı, uyumsuzluğu ele alırken, bir tür "yeni kamusalılık"la karşı karşıya olduğunu, bu kendine özgü İHDS ile aslında düzenlenen ve denetlenen bir kamu hizmeti piyasasında bir tür "sözleşmesel vesayet" yaratıldığını dikkate almayacak mıdır?⁴³ Bu soru, uyumsuzlukta

⁴³ Bu makalenin konusu değil ama vurgulamakta yarar var: Bize göre, toplumsal gelişme ve değişim daha derinde, kamu hizmetlerinin piyasalaşması yönünde değildir; aksine, her şey piyasanın konusu oldukça piyasa iki yönde, hem durmaksızın genişleyen kamu hizmetleri ağının ayrılmaz parçası olarak hem de bizzat bu nedenle serbestlik içinde değil aynı oranda genişleyen regülasyonun konusu olarak "yeni kamusalılık" içinde bir kamu hizmeti organına dönüşmektedir. Biriken ve bilince de çıkan ekolojik sorunlar bu doğrultuyu hem belirgin kılmakta hem de hızlandırmaktadır. Düşünsel kamu hukukunda, "toplumsalın zaferi" olarak (Loughlin, age, s.383 vd.) ifade edilen olgunun "hukuksal rejimin özelleştirilmesi" ile önüne geçilebilmesi uzun erimde pek de mümkün değildir.

uygulanacağı açık olan İHDS'nin sorumluluk paylaşımına dair düzenlemelerinin Yargıtay tarafından tutarlı bir şekilde ele alınamamış olması nedeniyle soyut değil, uyuşmazlık çözümü için somut bir soruna işaret ediyor.

Örneğin, bir kamu tüzel kişinin kendi kurduğu kamu hizmeti veren dağıtım şirketinin hisselerini sattıktan sonra ancak bir özel hukuk müessesesi olan “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” mümkün olsaydı giderilebilecek uygulama sorunlarının ortaya çıkması bir yönüyle İHDS'lerin kamusal niteliğini göstermektedir. Zira, EDAŞ'lar ve hisseleri devralan şirketler anonim şirketler olduklarından şirketler hukukunda genellikle ortakların kişisel niteliklerinin ortaya çıktığı ve hakim olduğu ortaklıklar bakımından istisnaen uygulama alanı bulan bu Yargıtay çözümü bu uyuşmazlıklarda hiç düşünülmemiştir.

Yargıtay'ın bu istisnai çözüme somut uyuşmazlıkta başvurabilmesi için yorumunda, “yeni kamusalılık” temelinde gelişecek anayasal kamu hizmeti ilkelerini esas alan kamu ve özel hukuk ayrılığını aşan bir hukuki yaklaşımı esas alması gerekir. Özel hukuk sınırları içinde kalan yorum, uygulama sorunlarının anlaşılması ve hizmetin niteliğine uygun bir çözüm bulunması bakımından düzenlenen ve denetlenen kamu hizmetleri piyasalarında esas olarak kamu hizmeti verildiği maddi olgusuyla uyumlu değildir. Elbette “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” da bir özel hukuk müessesesidir ama buraya varılması için yorum ilkelerinin değişmesi gerekir.

Doğması muhtemel uyuşmazlıklardan bir diğeri, İHDS'yi kendine özgü sözleşme kılan *kamu mallarının devredilmemesinden*, yani işletme hakkı devrinin bir ticari işletme devri olmamasından ve aynı zamanda dağıtım tesislerinin mülkiyet hakkının devredilmemiş ve kiralanmamış olmasından kaynaklanabilir. Buradan kaynaklanacak sorunların tüm makale boyunca açıkladığımız üzere, dağıtım tesislerinin mülkiyet hakkının kamu tüzel kişisi niteliğini sürdüren TEDAŞ'ta olduğunun dikkate alınarak uyuşmazlığın “yeni kamusalılık” perspektifi içinde çözümlenmesi gerekir.

IV.2. Uygulama Sorunları

Makalenin inceleme konusu “yeni kamusalılık” olmakla birlikte, başka bir aşırı uca, yorumda özel hukuk ilkelerinin dışlanmasına varmamak bakımından özel hukuk kapsamında tartışılması gereken uygulama

Dolayısı ile adli yargı, idari yargıya dönüşmeyecek ancak daha çok toplumsallaşacak, yorum ilkesini “yeni kamusalılık” içinde kuracaktır.

sorunlarına da, Yargıtay esas olarak inceleme ve yorumunu bu bağlamda yaptığından eğilmek gerekir. Bu bakımdan aşağıda ele alacağımız uygulama sorunları esas olarak sözleşme ve haksız fiil hukuku ile ilgilidir.

Konunun anlaşılabilmesi için Yargıtay'ın uyuşmazlığı nasıl çözdüğüne daha yakından bakalım: Yargıtay, öncelikle, yukarıda aktardığımız şekilde İHDS'yi kendine özgü bir sözleşme olarak kabul ederek, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde, İHDS'nin bu kendine özgü niteliğinin dikkate alınması gerekeceğini belirtiyor. Somut uyuşmazlık olan rücu davalarında İHDS'nin 7'inci maddesinin ilgili fıkralarının uygulama alanı bulacağını da benimsiyor. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, "...dağıtım faaliyetinin TEDAŞ tarafından yürütüldüğü dönemde bu faaliyetin yürütülmesi amacıyla gerçekleştirilen her türlü iş ve işlemlerin sorumluluğunu TEDAŞ'a yükleyen ve sözleşmenin imza tarihinden sonra ortaya çıkacak hukuki ihtilaflar yönünden şirkete (*EDAŞ'lara*) ihbar yükümlülüğü yükleyen bu madde hükümlerinin değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, (...) Özelleştirme Yüksek Kurulu ile (...) tarihli Hisse Satış Sözleşmesi'nin 9.3 maddesine dayanılarak, ayrıca Hisse Satış Sözleşmesinin 9.4 maddesinde işletme Hakkı Devir Sözleşmesi'ndeki hükümlerin saklı tutulduğu gözetilmeksizin davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulmasını gerektirmiştir" görüşündedir⁴⁴.

TEDAŞ ile EDAŞ'lar arasındaki, üçüncü kişilere karşı sorumluluk paylaşımını gerektiren maddi olaylar; kamulaştırmatsız el atma, dağıtım faaliyeti ya da dağıtım tesislerinin işletilmesi nedeni ile üçüncü kişilere verilen zararlar -örneğin, elektrik telinin kopması ile bir tarlanın yanması ya da direğin araba üzerine düşmesi vb.- gibi olaylardır. İHDS'nin 7 nci maddesinde bu konu ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir: İHDS 7 nci maddesinde üçüncü kişilerin, dağıtım faaliyetinin yürütülmesi amacıyla gerçekleştirilen iş ve işlemler (7.4) ile dağıtım tesislerinin mülkiyetinden (7.1, 7.2) ve işletilmesinden (7.6) doğan tazminat taleplerinin, bu talepleri doğuran olay İHDS öncesinde doğmuş ise EDAŞ'lar tarafından TEDAŞ'a, bu talepleri doğuran olay İHDS sonrasında doğmuş ise TEDAŞ tarafından EDAŞ'lara rücu edilebileceği düzenlenmiştir.

Mülkiyet hakkına dayalı üçüncü kişilerle doğan ihtilaflar yönünden sorumluluk paylaşımı İHDS'nin 7.1, 7.2, ve 7.3 maddelerinde;

⁴⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 27/03/2014 tarihli 2014/1625 E. ve 2014/5947 K. sayılı ve benzeri çok sayıda ilamı.

7.1. İşletme hakkı TEDAŞ tarafından devredilen Dağıtım Tesisleri'nin mülkiyetine ilişkin olarak, Sözleşme'nin imza tarihinden önce başlamış idari ve hukuki ihtilafların takip edilmesi, çözüme kavuşturulması ve bundan kaynaklanan her türlü sorumluluk TEDAŞ'a aittir.

7.2. İşletme Hakkı TEDAŞ tarafından devredilen Dağıtım Tesisleri'nin mülkiyetine ilişkin olarak, Sözleşme'nin imza tarihinden sonra ortaya çıkacak idari ve hukuki ihtilaflar Şirket tarafından derhal TEDAŞ'a bildirilir. Söz konusu Dağıtım Tesisleri'nin mülkiyetine dair bu idari veya hukuki ihtilafların takip edilmesi, çözüme kavuşturulması ve bunlardan doğacak her türlü yükümlülük TEDAŞ'a aittir. Şirket gecikmesinde tehlike olan durumlarda, TEDAŞ'a bildirimde bulunmakla birlikte TEDAŞ adına ve/veya hesabına gerekli tedbirleri almak ve işlemleri yapmakla yükümlüdür. Şirket tarafından alınan tedbirler ve gerçekleştirilen işlemlere ilişkin masraflar belgelendirilmek ve makul olmak şartıyla TEDAŞ tarafından karşılanır.

7.3. 4628 sayılı Kanun'un 15. maddesinin (c) bendinde yer alan düzenleme saklı kalmak kaydıyla, Şirket yatırımları çerçevesinde oluşan Dağıtım Tesisleri'nin mülkiyetine ilişkin olarak ortaya çıkacak idari ve hukuki ihtilaflar TEDAŞ tarafından takip edilerek çözüme kavuşturulur. Bunlardan doğacak her türlü mali yükümlülük Şirket'e ait olup, TEDAŞ buna ilişkin rücu hakkına sahiptir. Bu ihtilafların Dağıtım Tesisleri'nin geri devri sırasında devam ediyor olması halinde, TEDAŞ şirketten muhtemel yükümlülüklerini karşılayacak tutarda ve nitelikte teminat talebinde bulunabilir, bunlara karşılık olmak üzere Şirket'e karşı olan yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınılabilir. TEDAŞ'ın muhtemel zararları nedeniyle Şirket'ten tazminat talep etme hakkı saklıdır.

şeklinde dir. Bu maddelerde mülkiyetten doğan üçüncü kişilerin hak talepleri karşısındaki sorumluluk yönünden üç ayrı durum düzenlenmiş olmaktadır:

1- Üçüncü kişilerin hak talebini doğuran (genellikle kamulaştırmaz el atma ya da kamulaştırma olan) olay İHDS imza tarihi⁴⁵ öncesinde olmuştur, üçüncü kişiler de idari ve hukuki uyumsuzluğu İHDS imza tarihi öncesinde çıkarmıştır. Bu durumda İHDS 7.1 hükmü uygulanacak ve davalı TEDAŞ, "Sözleşme'nin imza tarihinden önce başlamış idari ve hukuki ihtilafların takip edilmesi, çözüme kavuşturulması ve bundan kaynaklanan her türlü sorumluluk"u üstlenecektir.

⁴⁵ Bu tarih, tüm TEDAŞ ve EDAS'lar arasındaki tüm İHDS'lerde 24/07/2006'dır.

2- Üçüncü kişilerin hak talebini doğuran (genellikle kamulaştırmasız el atma ya da kamulaştırma olan) olay İHDS imza tarihi öncesinde olmuştur, üçüncü kişiler de idari ve hukuki uyumsuzluğu İHDS imza tarihi sonrasında çıkarmıştır. Bu durumda ise TEDAŞ'ın sorumluluğu, EDAŞ'ların ihbar mükellefiyetlerini yerine getirip getirmediğine göre değişecektir.

İHDS'nin 7.2 maddesinin uygulama alanı bulacağı bu durumda, EDAŞ'ların talepte bulunabilmesi için, üçüncü kişilerin hak talebini doğuran olayın İHDS imza tarihi öncesinde gerçekleşmesi gerekir. Ayrıca EDAŞ'lar, hak talebini doğuran olayla ilgili dava İHDS imza tarihi sonrasında açıldı ise ve uyumsuzluk mülkiyet hakkından doğuyorsa, bu hususu TEDAŞ'a ihbar yükümlülüğü altındadır. EDAŞ'ların ihbar yükümlülüğü, TEDAŞ'tan talep edebilecekleri miktarın belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. EDAŞ'lar ihbar yükümlülüğünü yerine getirmiş ya da üçüncü kişinin talebini / davasını TEDAŞ'a ihbar etmiş ise, üçüncü kişilere yaptığı ödemenin tamamını, ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemişse sadece mahkeme ilamından doğan sorumluluğu TEDAŞ'tan talep edebilecektir. Ancak bu sorumluluk içinde işlemiş faizler bulunmayıp, EDAŞ'lar ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemiş ise TEDAŞ'tan ödediği faizleri talep edemeyecektir.

Karar tarihinden sonra işlemiş faizlerin talep edilemeyeceği bizce açık ise de, dava tarihi ile karar tarihi arasında işlemiş olacak faizden de davalının sorumlu olabilmesi için davanın davalıya ihbar edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz: İHDS 7.2'deki Sözleşme'nin imza tarihinden sonra ortaya çıkacak idari ve hukuki ihtilaflar Şirket tarafından derhal TEDAŞ'a bildirilir düzenlemesi amir bir düzenleme olup, "derhal bildirmeme halinde" derhal bildirmeyen akit taraf, bu edimini ifa etmemekle, ödeme gününe kadar işleyecek tüm faizlerden sorumlu olacaktır. Bu, İHDS'nin getirdiği bir edime uymamanın sonucu olarak EDAŞ'ların yüklenmek zorunda kaldığı bir külfet gibi düşünülmelidir. Aksi durumda, İHDS 7.2'deki Sözleşme'nin imza tarihinden sonra ortaya çıkacak idari ve hukuki ihtilaflar Şirket tarafından derhal TEDAŞ'a bildirilir düzenlemesinin herhangi bir işlevi olmaz ki, bu da düzenlemeden umulan sözleşmenin yöneldiği amaca aykırı düşer. Bu nedenle dava tarihi ile karar tarihi arasında işlemiş faizi de EDAŞ'ların talep edememesi gerekir.

Aynı şekilde, ihbar yükümlülüğünü yerine getirmeyen EDAŞ'lar icra harç ve giderlerini de talep edemeyecektir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.

3- Üçüncü kişilerin hak talebini doğuran (genellikle kamulaştırmasız el atma ya da kamulaştırma olan) olay İHDS sonrasında EDAŞ'lar şirket yatırımları kapsamında olmuştur, üçüncü kişiler de idari ve hukuki uyuşmazlığı İHDS sonrasında çıkarmıştır. Bu durumda İHDS 7.3 maddesi uygulanacak olup idari ve hukuki ihtilaflar TEDAŞ tarafından takip edilerek çözüme kavuşturulacak, her türlü masraf EDAŞ'lara rücu edilecektir.

Dağıtım faaliyetinin TEDAŞ tarafından yürütüldüğü dönemde bu faaliyetin yürütülmesi amacıyla gerçekleştirilen her türlü iş ve işlemlerden doğan bütün sorumluluk kapsamında üçüncü kişilerle doğan ihtilaflar yönünden sorumluluk paylaşımı İHDS'nin 7.4, 7.5 maddelerinde düzenlenmiş olup, bu maddelerde dağıtım faaliyetinden doğan üçüncü kişilerin hak talepleri karşısındaki sorumluluk yönünden iki ayrı durum düzenlenmiştir:

7.4.Dağıtım Faaliyeti'nin TEDAŞ tarafından yürütüldüğü dönemde bu faaliyetin yürütülmesi amacıyla gerçekleştirilen her türlü iş ve işlemlerin bütün sorumluluğu TEDAŞ'a aittir. TEDAŞ tarafından yürütülmüş bulunan bu faaliyetler nedeniyle üçüncü kişiler tarafından ileri sürülecek her türlü talebin muhatabı TEDAŞ'tır. Bu talepleri konu alan icra takibi ve davalar TEDAŞ tarafından yürütülür ve sonuçlandırılır. Bu takip ve davalardan doğacak her türlü mali yükümlülük TEDAŞ tarafından karşılanır.

7.5.Dağıtım Faaliyeti'nin Şirket tarafından yürütüldüğü dönemde bu faaliyet kapsamında gerçekleştirilen her türlü iş ve işlemlerin bütün sorumluluğu Şirket'e aittir. Şirket tarafından yürütülmüş bulunan bu faaliyetler nedeniyle üçüncü kişiler- tarafından ileri sürülecek her türlü talebin muhatabı Şirket'tir. Bu talepleri konu alan icra takibi ve davalar Şirket tarafından yürütülür ve sonuçlandırılır. Bu takip ve davalardan doğacak her türlü mali yükümlülük Şirket tarafından karşılanır.

Sözleşmenin imza tarihinden önce dağıtım tesisleri ile dağıtım tesislerinin işletilmesinden kaynaklanan her türlü hukuki ve cezai sorumluluk kapsamında üçüncü kişilerle doğan ihtilaflar yönünden sorumluluk paylaşımı İHDS'nin 7.6, 7.7 maddelerinde düzenlenmiş olup, bu maddelerde de dağıtım faaliyetinden doğan üçüncü kişilerin hak talepleri karşısındaki sorumluluk yönünden iki ayrı durum düzenlenmiştir:

7.6.Sözleşmenin imza tarihinden önce Dağıtım Tesisleri ile Dağıtım Tesisleri'nin işletilmesinden kaynaklanan her türlü hukuki ve cezai sorumluluk TEDAŞ'a aittir. Bu dönemde yürütülmüş bulunan bu faaliyetler nedeniyle üçüncü kişiler tarafından ileri sürülecek her türlü talebin muhatabı

TEDAŞ'tır. Bu talepleri konu alan icra takibi ve davalar TEDAŞ tarafından yürütülür ve sonuçlandırılır. Bu takip ve davalardan doğacak her türlü mali yükümlülük TEDAŞ tarafından ödenir.

7.7.Sözleşmenin imza tarihinden sonra Dağıtım Tesisleri ile Dağıtım Tesisleri'nin işletilmesinden kaynaklanan her türlü hukuki ve cezai sorumluluk Şirket'e aittir. Şirket tarafından yürütülmüş bulunan bu faaliyetler nedeniyle üçüncü kişiler tarafından ileri sürülecek her türlü talebin muhatabı Şirket'tir. Bu talepleri konu alan icra takibi ve davalar Şirket tarafından yürütülür ve sonuçlandırılır. Bu takip ve davalardan doğacak her türlü mali yükümlülük Şirket tarafından karşılanır. Şirket, bu kapsamda ortaya çıkan tazminattan, cezadan ve/veya herhangi bir isim altında gerçekleştirdiği ödemelerden dolayı, hiçbir şekilde TEDAŞ'a rücu edemez. Belirtilen nedenlerle TEDAŞ'ın bir ödeme yapmak durumunda kalması durumunda, Şirket söz konusu ödemeyi ilk talepte ödeme tarihinden itibaren ticari faiziyle birlikte, nakden ve defaten ödemekle yükümlüdür.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, TEDAŞ ile EDAS'lar arasındaki İHDS'nin aktardığımız hükümlerinden doğan rücu davalarında, yerleşik olarak, davanın İHDS'den kaynaklanan rücu istemine ilişkin olduğunu ve İHDS'nin 7.2 ve 7.4 ya da 7.2 ve 7.6 hükümlerinin uygulama alanı bulacağını ve "Dağıtım Faaliyeti'nin TEDAŞ tarafından yürütüldüğü dönemde bu faaliyetin yürütülmesi amacıyla gerçekleştirilen her türlü iş ve işlemlerin bütün sorumluluğunu TEDAŞ'a yükleyen ve sözleşmenin imza tarihinden sonra ortaya çıkacak hukuki ihtilaflar yönünden [...EDAS'lara...] ihbar yükümlülüğü yükleyen bu madde hükümlerinin değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi" gerektiği görüşünde idi.

Daha sonraki kararlarında Yargıtay ihbar yükümlülüğünü düzenleyen İHDS m. 7.2'nin m. 7.4 ve m. 7.6 ile birlikte uygulanması görüşünden dönmüştür. Ayrıca önceki kararlarında rücu hakkı bizzat İHDS başka deyişle sözleşmede düzenlendiğinden, rücunun kaynağının sözleşme olduğu görüşündeydi. Böylece somut olay yönünden faiz başlangıç tarihinin davalının temerrüdü ve yok ise dava tarihi olması gerektiğini kabul etmekteydi. Yargıtay bu görüşünden de dönmüş ve rücunun kaynağının sebepsiz zenginleşme olduğunu kabul etmiştir. Bunun sonucunda, rücuya konu alacak miktarına işleyecek faizin davalının temerrüdü ya da dava tarihinden itibaren değil, mal varlığındaki eksilmenin gerçekleştiği tarih olan ödeme tarihinden itibaren başlayacağını kabul etmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 23.03.2016 tarihli ve 2015/13510 E., 2016/3219 K. sayılı ilamı ile daire çoğunluğu;

“Dava, işletme hakkı devir sözleşmesinden kaynaklanan rücu alacak istemine ilişkin olup mahkemece, yukarıda yazılı gerekçe ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Tarafın, davayı üçüncü kişiye ihbar etmemiş olması, üçüncü kişiye karşı olan rücu hakkının düşmesini gerektirmez. Yalnız, kendisine karşı rücu davası açılan üçüncü kişi (davalı), [...EDAŞ'ların...] birinci davayı iyi takip etmediği için (yani kusuru nedeniyle) kaybettiğini ispat ederek, kendisine karşı açılan rücu davasının kısmen veya tamamen reddini sağlayabilir. Yani, davayı ihbar etmemiş olan taraf, her türlü kusurundan sorumludur. Davayı ihbar etmeyen tarafın kusuru nedeniyle davayı kaybettiğini ispat yükü (kulfeti), üçüncü kişiye düşer. (Bkz. Hukuk Muhakemeleri Usulü, Prof. Dr. Baki Kuru, 2001, s.3541-3542) Somut olayda, [...TEDAŞ tarafından...] davayı ihbar etmeyen [...EDAŞ'ların...] kusuru ileri sürülüp ispatlanmamasına ve dava konusu rücuya konu dava yönünden sözleşmenin 7.2 maddesinin uygulama yeri bulunmamasına göre, davanın ihbar edilmemesi nedeniyle icra harç masrafları ve faiz yönünden rücu alacağından indirim yapılması doğru olmamıştır.

Yine, rücu hakkı başkasına ait bir borcu yerine getiren kişinin malvarlığında meydana gelen kaybı gidermeye yönelik tazminat niteliğinde bir talep hakkı olup [...EDAŞ'ların...] mal varlığındaki eksilme, ödeme tarihinde gerçekleştiğinden ödeme gününden itibaren faize hükmedilmesi gerekirken, dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi de yerinde görülmemiş, kararın temyiz eden [...EDAŞ'lar...] yararına bozulması gerekmiştir” görüşündedir.

Bu dava dosyalarının 2017 yılı işbölümünde temyiz incelemesini yapan 23. Hukuk Dairesi de bu doğrultuda verilen kararları onamıştır (Bkz. 23. Hukuk Dairesi 03/04/2017 tarihli 2015/8423 E., 2017/984 K.; 23. Hukuk Dairesi 28.03.2017 tarihli 2015/8418 E., 2017/965 K.)

Bize göre, bu yorum ve karar tartışmalıdır. İlk olarak, kararda uyuşmazlığın kaynağının “sözleşme” olduğu, uyuşmazlığın “sebepsiz zenginleşme”den ya da “haksız fiil”den değil “sözleşme hükmü”nden,

“sözleşme hükmüne aykırı davranıştan” doğduğu tamamen göz ardı edilmiştir. Aslında bu göz ardı edilmenin muhtemel nedeni, TEDAŞ karşısında EDAŞ’ların eşit görülmemekle, arada bir “sözleşme”nin değil de vesayet ilişkisinin bulunduğu ve TEDAŞ işleminden doğan bir malvarlığı kaybının gerçekleştiğinin düşünülmesidir. Aslında Yargıtay yaptığı bu hata ile İHDS’lerin “yeni kamusalılık” içinde yorumlanmasını kabul etmiş olmaktadır. Fakat bu sonuç, taraflar arasında bir sözleşme, İHDS olduğunu ve rücu isteminin kaynağının da bu olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

İkinci olarak, İHDS 7.2’de düzenlenen ihbar yükümlülüğünün sadece bu maddede düzenlenen maddi olaylar yönünden geçerli olacağını düşünülmesi, İHDS’nin düzenleme mantığına aykırıdır. Bu şekildeki daraltıcı yorum, sadece TEDAŞ yönünden geçerli olmayacak ise, bu kez de, TEDAŞ’tan talepte bulunabilmesine yol açan istisna hükmünün de aynı daraltıcı yorum ile sadece hisse satış sözleşmeleri bağlamında ele alınması gerekirdi.

Ancak, İHDS 7’inci madde uygulamasında tartışmalı olan husus sadece bu değildir. Esas olarak Yargıtay, bize göre, daha önemli sonuçları olan bir hatalı yorum yapmış ve işletme hakkı devrinin sözleşme ilişkilerinin devrini de kapsayacağını yok saymıştır. Bu hatanın nedeni de, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi tarafından ortaya konulan ve yukarıda aktardığımız İHDS’nin kendine özgü niteliklerinin ilgili Yargıtay Dairelerince aynen benimsenmemiş olmasıdır. Benimsenmiş olsa idi, sözleşmenin kamusal niteliğini gözeterek özelleştirme hazırlık evresi ile Kurum içi yazışmaları da sözleşme yorumunda dikkate alması gerekirdi. Gerçekten de, gerek özelleştirme sürecindeki yazışmalardan gerekse Kurum (TEDAŞ) içi yazışmalardan⁴⁶, İHDS’nin sorumluluk paylaşımına ilişkin 7’inci madde düzenlemesinin Borçlar Kanunu hükümlerine göre “haksız fiil” veya “sebepsiz zenginleşme”den doğan üçüncü kişilerin tazminat talepleri ile ilgili olduğu, işletme hakkının devri ile sözleşme ilişki ve sorumluluklarının da rücuya konu edilemeyecek şekilde tamamen devredildiği açıkça anlaşılmaktadır. Yukarıda tümüyle aktardığımız madde içeriklerinde de üçüncü kişilerle yapılan sözleşmelerden doğan yükümlülükler hiçbir şekilde yer verilmemiştir. Ancak Yargıtay, incelediğimiz kararlarında, örneğin iş sözleşmeleri gereğince yapılan ödemeleri de rücu kapsamına almıştır. Yargıtay uygulamasında, hatalı şekilde,

⁴⁶ İncelediğimiz uyuşmazlık dosyalarında yer alan müfettiş raporlarında bu husus belirtilmektedir.

dava dışı üçüncü kişinin talebinin kaynağının taraflar arasındaki sözleşme olmasına sonuç bağlanmamaktadır.⁴⁷

⁴⁷ Yargıtay'ın yerleşik uygulaması, TEDAŞ ve EDAŞ'lar uyumsuzluğun kendine özgü bir sözleşme olan İHDS kapsamında çözülmesi ve rücu tazminat isteminin de üçüncü kişiye yapılan ödemenin dayanağı olan olayın İHDS 7 inci maddesi kapsamında, başka deyişle dağıtım faaliyetinin yürütülmesi amacıyla gerçekleştirilen iş ve işlemler ile dağıtım tesislerinin mülkiyetinden ve işletilmesinden doğan üçüncü kişilere karşı sorumluluk kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi, yalnızca 7.2 uygulamasında maddede düzenlenen ihbar mükellefiyetinin de gözetilmesi, gerekeceği yönündedir. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi kararları da bu yöndedir: "Dava, işletme hakkı devir (hizmet) sözleşmesinden kaynaklanan rücu alacak istemine ilişkindir.

Taraflar arasında düzenlenen 24.07.2006 tarihli (İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi) sözleşme ile, altı ilden oluşan elektrik dağıtım bölgesinde yer alan ve TEDAŞ uhdesinde bulunan dağıtım sistemi, dağıtım tesisleri ve dağıtım tesislerinin işletilmesi için zorunlu taşınır ve taşınmazların, mülkiyet hakkı saklı kalmak koşuluyla, işletme hakkı EDAŞ'a devredilmiş, sözleşmenin 7. maddesi ile dağıtım faaliyetinden kaynaklanan sorumluluğun dönemsel olarak paylaşılması yoluna gidilmiştir.

Bu kapsamda, İ.H.D.S.nin 7.4 maddesinin "...dağıtım faaliyetinin TEDAŞ tarafından yürütüldüğü dönemde bu faaliyetin yürütülmesi amacıyla gerçekleştirilen her türlü iş ve işlemlerin bütün sorumluluğu TEDAŞ'a aittir. TEDAŞ tarafından yürütülmüş bulunan bu faaliyetler nedeniyle 3.kişiler tarafından ileri sürülecek her türlü talebin muhatabı TEDAŞ'tır. Bu talepleri konu alan icra takibi ve davalar TEDAŞ tarafından yürütülür ve sonuçlandırılır. Bu takip ve davalardan doğacak her türlü mali yükümlülük TEDAŞ tarafından karşılanır." hükmünü içermesine,

İşbu rücu talebine esas olan kesinleşmiş ilama konu fatura tarihinin (11/06/2002) ve keza dava (01.04.2003) tarihinin taraflar arasındaki işletme hakkı devir sözleşmesi tarihinden önce olmasına,

Rücu hakkının başkasına ait bir borcu yerine getiren kişinin malvarlığında meydana gelen kaybı gidermeye yönelik tazminat niteliğinde bir talep hakkı olup EDAŞ'ların malvarlığındaki eksilme ödeme tarihinde gerçekleştiğinden ödeme tarihinden itibaren faize hükmedilmesine, (Yargıtay 11.H.D.20/04/2016 T. 2016/2245 E. 2016/4372 K.)

Kendine has özellikleri olan bu sözleşme türü için zamanaşımı süresini düzenleyen ayrı bir hüküm de bulunmadığından, TBK'nın zamanaşımı ile ilgili genel hükmü olan 146. maddesi gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekmesine,

V. SONUÇ

Bu makalenin sonucu son derece kısadır: Hukuki rejimin özelleştirilmesi ile, maddi olgu olan kamu hizmetlerinin görülmesi yok edilemeyeceğine göre, yük omzuna binen adli yargı ile Yargıtay'ımızın, tüketici hukukunun evrimi içinde -özellikle genel işlem şartlarının önce içtihatlarda olgunlaşmış sonrasında kanuni düzenlemeye dönüşümü örneğinde olduğu gibi- uygulamaya başladığına benzer şekilde, kamu hizmetleri piyasalarında yapılan sözleşmelerin kamusal niteliğini göz ardı etmeksizin kamu hizmeti niteliğine uygun yorum ilkeleri geliştirmesi gerekir.

Kamu hizmetleri piyasalarının olası tek sonucu, özel hukukun, toplumsalın dinamiklerini içerebilen objektif hukuk⁴⁸ olarak kalacak ise, her geçen gün daha fazla kamusal yorum ilkeleri edinmesi, nihayetinde de, idare hukukunun uygulanma alanını genişleten kamu hizmeti olgu ve kavramının bu kez özel hukuku dönüştürmesidir.

HSS'nin 9.4. ile ihale şartnamesinin 24/f maddesi hükümleri gözetildiğinde İHDS hükümlerinin saklı tutulduğu, ayrıca 28.06.2013 tarihli HSS'nin, Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ile Dicle Enerji Yatırım Sanayi ve Ticaret A.Ş. arasında düzenlenmiş olup, sözleşmenin imzalandığı tarihte gerek EDAŞ'lar ve gerek Dicle Enerji Yatırım Sanayi ve Ticaret A.Ş. nin farklı tüzel kişiliklere sahip olmasına,

Dosya kapsamına uygun bulunarak hükme esas alınmasında bir usulsüzlük bulunmayan bilirkişi heyeti raporunda da belirtildiği şekilde, sunulan finansal tablolarda dava konusu ödemeye ilişkin herhangi bir bilginin ve mali tablolarda yer alan verilere ilişkin kaydın dayanağı belgelere yönelik herhangi bir belgenin sunulmamış olmasına göre,

Mahkeme kararında usul ve yasaya aykırı bir durum mevcut olmadığından davalı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi gerekmektedir." (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi, Esas No : 2016/87 Karar No : 2017/10)

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi, 27/09/2017 tarihli ve Esas No: 2017/586, Karar No: 2017/580 sayılı kararında 24/07/2006 tarihli İHDS'den sonra tahsil edilen ve haksız faturaya dayanan bedeller yönünden ana para ve faizinin rücu edilmesine karar verilmesi halinde EDAŞ'ların sebepsiz zenginleşeceğine hükmetmiştir.

⁴⁸ "Objektif hukuk" kavramı için bkz. Duguit, age.

KAYNAKÇA

- Akın, Ümit: “Elektrik Üretim İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”, Danıştay Dergisi Yıl:30, Sayı 102: 29-46.
- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil: Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2021.
- Ayanoğlu, Taner: “İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt LXV, Sayı 1: 3-38.
- Duguit, Leon: Kamu Hukuku Dersleri, çev. Süheyp Derbil, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954.
- Duran, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- Gözler, Kemal: İdare Hukuku Cilt II, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 3. Baskı, Bursa, 2019.
- Günday, Metin: İdare Hukuku, İmaj yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2011.
- Hirsch, Joachim: Materyalist Devlet Teorisi, çev. Levent Bakaç, Alan Yayınları, İstanbul, 2011.
- Jessop, Bob: Kapitalist Devletin Geleceği, çev. Ahmet Özcan, Epos Yayınları, Ankara, 2009.
- Karahanogulları, Onur: Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2004.
- Loughin, Martin: Kamu Hukukunun Temelleri, çev. D. Çiğdem Sever – Kıvılcım Turanlı, Dipnot Yayınları, Ankara, 2017.
- Mısır, Mustafa Bayram: Kapitalist Devlet, Edebi Şeyler Yayınevi, İstanbul, 2020.
- Talat Aslan, Nagehan: “Yönetimin Yeni Yapı Taşları Bağımsız İdari Otoriteler: ‘Yavru Leviathanlara Doğru’”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Sayı 59 (2010/2): 25-49.
- Tekinsoy, M. Ayhan: “İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2002.
- Tekinsoy, M. Ayhan: “Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı – Tartışmalar, Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sayı 2:119-134.
- Ulusoy, Ali D. : Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2020.