

tepav

türkiye ekonomi politikaları araştırma vakfı

Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı (TEPAV) kamu politikaları tasarımı sürecine katkıda bulunmak amacıyla kuruldu ve Aralık 2004'te faaliyete geçti.

Bu amacına ulaşmak için Türkiye'deki fikir tartışmalarının bilgi-veri içeriğini arttıracak araştırmalar yapan TEPAV, araştırmalarını politika üretilecek somut konular üzerinde yoğunlaştırırken, sonuçları da somut ve uygulanabilir politika önerileri şeklinde ortaya koyuyor.

TEPAV, politika önerileri geliştirmenin yanı sıra, bazı alanlarda somut projeler geliştirerek, gerçekleştirilmelerine katkı sağlıyor. Uygulanmakta olan kamu politikalarının izlenmesi ve değerlendirilmesi çalışmalarında da bulunan TEPAV, çalışmalarını destekleyecek eğitim programları ve toplantılar organize ediyor.

TEPAV çalışmalarını, "objektif ve partiler-üstü" yaklaşımından ayrılmadan sürdürüyor.

TEPAV bünyesinde, Ekonomi Politikaları Araştırma Enstitüsü (Economic Policy Research Institute - EPRI), İstikrar Enstitüsü (Economic Stability Institute - ESI) ve Uluslararası Politika Araştırmaları Enstitüsü (International Policy Research Institute - IPRI) faaliyet gösteriyor.

TÜRKİYE'DE ÖZELLEŞTİRMENİN HUKUK VE EKONOMİSİ

tepav türkiye ekonomi politikaları araştırma vakfı

TÜRKİYE'DE ÖZELLEŞTİRMENİN HUKUK VE EKONOMİSİ

İzak Atiyas ve Burak Oder

tepav

türkiye ekonomi politikaları araştırma vakfı

Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi

İzak Atiyas* ve Burak Oder**

* İzak Atiyas, Sabancı Üniversitesi, izak@sabanciuniv.edu

** Burak Oder, Bilgi Üniversitesi, boder@bilgi.edu.tr

Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi

İzak Atiyas ve Burak Oder

Bu kitapta yer alan bilgiler kaynak gösterilmek şartıyla kullanılabilir.

Baskı: MATSA +90 312 395 20 54

TEPAV

Söğütözü Cad. No:43 TOBB-ETÜ Yerleşkesi 2. Kısım

06560 Söğütözü - Ankara

Tel: +90 312 292 5500 Faks: +90 312 292 5555

e-posta: kurumsal_iletisim@tepav.org.tr

İçindekiler

Teşekkür	v
Özet	vii
1. Giriş	1
2. Teori: Özelleştirme tanımı, kavramsal çerçeve ve temel ilkeler	5
2.1 Özelleştirme konusuna hukuksal yaklaşım: Kamu hizmeti, imtiyaz ve tekel	5
2.1.1 Özelleştirme, Kamu Hizmeti ve Kamu Yararı	8
2.1.2 Özelleştirme ve İmtiyaz	11
2.1.3 Özelleştirme ve Tekel	14
2.2 Ekonomik yaklaşımda kamu yararı ve özelleştirme	14
2.2.1 Kamu yararı: etkinlik ve bölüşüm hedefleri	14
2.2.2 Özelleştirme konusu ve iki temel soru	16
2.2.3 Özelleştirmenin kamu yararına etkisi ve rekabetin rolü	18
2.2.3.1 Temel kavramsal çerçeve	18
2.2.3.2 Özelleştirmenin kamu yararına etkisi	19
2.2.3.3 Özelleştirmenin hedefleri	20
2.2.4 İktisatta kamusal mal kavramı ve kamu hizmeti kavramından farkı	21
2.2.5 Kamu yararı ile rekabet düzeyi arasındaki ilişki	23
2.3 Kamu hizmeti kavramı	24
2.3.1 Farklı hukuk geleneklerinde kamu hizmeti kavramı ve yüksek yargının rolü	24
2.3.2 Avrupa Birliği'ndeki gelişmeler: Genel Yarar Hizmetleri	27
2.3.3 Kamu hizmetinin ekonomik özellikleri	28
2.4 Kamu hizmetinin özelleştirilmesinde kamu yararının korunması ve/veya toplumsal refahın maksimizasyonu	30
2.4.1 Doğal tekeller, kamu yararı ve düzenleme gereği	32
2.4.2 Düzenlemenin kurumsal biçimleri: Bağımsız düzenleyici otoriteler ve sözleşme yolu ile düzenleme	34
2.4.3 Sözleşme süresi, yatırımlar ve geri verme sorunu	38
2.4.4 Özelleştirmelerde yatırım şartları	41
2.4.5 Değer tespit meselesi ve piyasa değeri konusu	43
3. Türkiye'de özelleştirme hukukunun gelişimi	44
3.1 Genel olarak	44
3.2 29 Şubat 1984 tarihli ve 2983 sayılı "Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun"	45
3.3 8 Haziran 1984 tarihli ve 233 sayılı "Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"	49
3.4 28 Mayıs 1986 tarihli ve 3291 sayılı "1211 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu, 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki Ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu, 07.11.1985 Tarihli Ve 3238 Sayılı Kanun, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Ve 1177 Sayılı Tütün Tekeli Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması Ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanun"	52

3.5	5 Mayıs 1994 tarihli ve 3987 sayılı "Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ile Özelleştirme Sonucunda Doğabilecek İstihdamla İlgili Sorunların Çözülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameler Çıkarılması Amacıyla Yetki Verilmesine Dair Kanun"	54
3.6	24 Kasım 1994 tarihli ve 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"	58
3.7	Türk Telekomünikasyon A.Ş. özelleştirmesinin hukuksal altyapısı	62
3.7.1	20 Ağustos 1993 tarihli ve 509 sayılı "Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"	62
3.7.2	10 Haziran 1994 tarihli ve 4000 sayılı "Telgraf ve Telefon Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Ek ve Geçici Maddeler Eklemesine Dair Kanun"	63
3.7.3	3 Mayıs 1995 tarihli ve 4107 sayılı "Telgraf ve Telefon Kanununa Bazı Ek Maddeler Eklenmesine, Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"	64
3.7.4	1 Ağustos 1996 tarihli ve 4161 sayılı "Telgraf ve Telefon Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"	65
3.8	4 Aralık 1984 tarihli ve 3096 sayılı "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı Ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun"	66
3.9	8 Haziran 1994 tarihli ve 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun"	68
3.10	Değerlendirme	72
4.	Özelleştirmelerde yargısal denetim: İdari yargının özelleştirme işlemlerine yaklaşımına örnekler	74
4.1	Aktaş68	
4.1.1	Aktaş I davası	74
4.1.2	Aktaş II davası	74
4.1.3	Değerlendirme	75
4.2	Limanlar	79
4.2.1	İskenderun Limanı	79
4.2.1.1	Limanın özelleştirme programına alınmasına karşı açılan dava	79
4.2.1.2	İhaleye çıkma kararına karşı açılan dava	81
4.2.1.3	İhalenin karara bağlanmasına karşı açılan dava	83
4.2.2	Mersin Limanı	83
4.2.3	Çeşme Limanı	86
4.2.4	Düzenleyici çerçeve eksikliği	88
4.3	Seydişehir Eti Alüminyum	88
4.4	TÜPRAŞ özelleştirmesi	91
4.4.1	%65,76 oranındaki kamu payının özelleştirilmesi	91
4.4.1.1	İhale komisyonu kararına karşı açılan iptal davası	91
4.4.1.2	Özelleştirme Yüksek Kurulu kararına karşı açılan iptal davası	94
4.4.2	%14,76 oranındaki kamu payının özelleştirilmesi	94
4.4.3	%51 oranındaki kamu payının özelleştirilmesi	96
4.4.3.1	Özelleştirme Yüksek Kurulu kararına karşı açılan iptal davası	96
4.4.3.2	İhale ilanına karşı açılan iptal davası	98

4.4.3.3 İhale şartnamesine karşı açılan iptal davası	98
4.4.3.4 İhale komisyonu kararına karşı açılan iptal davası	100
4.4.3.5 Rekabet Kurulu kararına karşı açılan iptal davası	101
4.4.3.6 Hisse devir sözleşmesinin imzalanmasına ilişkin sürenin uzatılmasına karşı açılan iptal davası	103
4.4.3.7 Hisse devir sözleşmesinin imzalanarak devir yapılmasına karşı açılan iptal davası	103
4.5 Araç muayene istasyonları özelleştirmesi	104
4.5.1 İhalelere ilişkin iptal davaları	104
4.5.2 Danıştay 8. Dairesi'nin 11 Temmuz 2002 tarihli "Araç Muayene İstasyonlarının Açılması, İşletilmesi Ve Araç Muayenesi Hakkında Yönetmelik"e ilişkin kararı	107
4.5.3 Anayasa Mahkemesi'nin Karayolları Trafik Kanunu'nun 35. maddesinde yapılan değişikliğe ilişkin kararı	108
4.5.4 Danıştay'ın özelleştirme ihalesi sonrasında imzalanacak sözleşmelere ilişkin görüşü	110
4.5.4.1 Karayolları Trafik Kanunu'nda 5228 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra	110
4.5.4.2 Karayolları Trafik Kanunu'nda 5398 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra	112
4.6 SEKA Özelleştirmesi	113
4.6.1 SEKA Balıkesir İşletmesi	113
4.6.2 SEKA Aksu İşletmesi	116
4.6.3 Karşılaştırma	117
4.7 Çitosan özelleştirmesi	118
4.8 Elektrik Sektöründe Özelleştirme Yöntemi Hakkında Danıştay'ın Görüşü	120
4.8.1 Genel bilgi	120
4.8.2 Danıştay 1. Daire'nin E. 2004/17, K. 2004/24 sayılı kararı	121
4.8.3 Danıştay 1. Daire'nin E. 2004/444, K. 2004/409 sayılı kararı	124
4.9 Türk Telekom'un özelleştirmesinde mülkiyetin iadesi	124
4.10 ENKA Doğalgaz Kombine Çevrim Santralleri	126
4.11 Başak Sigorta Özelleştirmesi	129
4.12 İdari Yargılama Hukuku genelinde incelenmesi gereken yargılama usulüne ilişkin konular	131
4.12.1 Menfaat koşulu	131
4.12.1.1 Çalışanlar	131
4.12.1.2 Sendikalar	132
4.12.1.3 Milletvekilleri	133
4.12.1.4 Dernekler	134
4.12.2 Dava açma süresi	135
4.12.3 Özelleştirme prosedüründeki birden çok işleme karşı dava açılması	137
4.13 Toplu değerlendirme	139
5. Sonuç yerine: Hukuksal sorunlardan kaçınmaya ve hukuksal sorunların çözümüne ilişkin öneriler	143
EK: Menafi Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun ve Çevirisi	147



Teşekkür

Doç Dr. Hasan Ersel (Sabancı Üniversitesi ve TEPAV) ile Prof. Dr. Turgut Tan'ın (Bilkent Üniversitesi) çalışma hakkında sundukları görüş, eleştiri ve öneriler çalışmanın iyileşmesi yönünde önemli katkıda bulunmuştur. Gerek kendilerine, gerek çalışmanın hazırlanması sırasında tartışma fırsatı bulduğumuz ve görüş ve eleştirilerinden yararlandığımız Av. Adnan Zengin, Prof. Dr. Ali Ulusoy (Ankara Üniversitesi), Av. Aykut Bakırcı (Özelleştirme İdaresi Başkanlığı), Baha Karabudak (Rekabet Kurumu ve TEPAV), Emin Dedeoğlu (TEPAV), Av. Gökhan Candoğan, Av. Günden Çınar (Özelleştirme İdaresi Başkanlığı), Prof. Dr. Güven Sak (TEPAV), ile TEPAV'da düzenlenen çalıştay katılımcılarına teşekkür ederiz. Yargı kararlarının bulunması konusunda yardımlarını esirgemeyen Av. Aykut Bakırcı ve Av. Gökhan Candoğan'a ayrıca teşekkür borçluyuz.

Bu çalışmadaki tüm hata ve eksikler yazarlara aittir. Çalışmada öne sürülen görüşler yazarların kişisel görüşleridir, hiçbir kurum ve kuruluşu bağlamaz.



Özet

Türkiye'de özelleştirme 1980'lerden itibaren ithal ikamesi gelişme modelinin terk edilip devlet kontrollerinin azaldığı, piyasa mekanizmasının kaynak dağılımında başat rolü oynadığı, dış ticaret ve uluslararası sermaye akımlarının serbestleştiği yeni bir ekonomi politikası rejiminin bir parçası olarak gündeme gelmiştir. Özelleştirmeye yönelik ilk yasal adımlar 1980'li yılların ortalarında atılmıştır. Ancak bu çabalar büyük ölçüde sonuçsuz kalmış, özelleştirmeler esas olarak 2004 yılından itibaren hız kazanmıştır.

Özelleştirme konusundaki bu başarısızlık her şeyden önce kendini hukuksal alanda göstermiştir. Çeşitli hükümetlerin kamu hisse veya varlıklarını satmaya veya özel kesime işletirmeye veya altyapı yatırımlarına özel kesimin katılımını sağlamaya yönelik yasama çabalarının önemli bir bölümü yüksek yargıdan dönmüştür. Her ne kadar 1990'ların sonlarında elektrik sektöründe bu çalışmada birer özelleştirme biçimi olarak ele alınan Yap İşlet Devret (YİD) ve Yap İşlet (Yİ) sözleşmeleri yoluyla bazı özel sektör santralleri devreye girdiyse de, bunlar da bu sektörde 2001'den itibaren hayata geçirilmeye çalışılan rekabete yönelik yeni piyasa modeli ile uyuşmamıştır.

Bu çalışmanın amacı, Türkiye'de özelleştirme politikalarının karşılaştığı hukuksal sorunları irdelemektir. Bu hukuksal sorunlar hem özelleştirme politikalarının yasal zemininin oluşturulması sürecinde hem de tekil özelleştirme işlemlerinde ortaya çıkmıştır. Yasal altyapının oluşması sürecinde birçok yasa yapılmış, bunların kimi zaman tümü kimi zaman önemli hükümleri Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Tekil özelleştirme işlemlerinin birçoğuna karşı da iptal davaları açılmış, bu davaların bir bölümü özelleştirme işleminin iptali ile sonuçlanmıştır. Bu durum, öncelikle, özünde ekonomik nitelik taşıyan özelleştirmenin, hukuksal bir sorun olarak ön plana çıkmasına neden olmuştur. İptal kararlarında hukuksal nitelikli kamu yararı ve kamu hizmeti kavramlarının önemli dayanaklar olması hukuksal sorunun görünümünü daha da güçlendirmiştir. Öte yandan iptal kararları kamuoyunda birbirine zıt iki farklı yoruma yol açmaktadır. Bunlardan birincisi, yasama çabalarının ve idari işlemlerin anayasa ve hukuka uygun olmadığıdır. İkinci yorum ise, yüksek yargının özelleştirme politikalarına karşı ideolojik bir direnç gösterdiği şeklindedir. Hangi yorumun gerçeğe daha yakın olduğu, iki yorum da gerçeği yansıtmıyorsa karşılaşılan sorunların hangi etkenlerden kaynaklandığını anlayabilmek için, bu konudaki temel aktörler olan yasama, idare ve yargının yaklaşımlarını ayrıntılı bir biçimde incelenmesi gerekmektedir. Bu çalışmada bu inceleme hem yasama çabaları hem de tekil özelleştirme işlemleri temelinde yapılmıştır.

Özelleştirmede karşılaşılan hukuksal sorunların da ciddi ekonomik boyutları vardır. Nitekim konuya ilişkin yüksek yargı kararlarında da sık sık ekonomik değerlendirmeler yapılmaktadır. Bu değerlendirmelerde kamu yararı ve kamu hizmeti gibi kavramlar önemli rol oynamaktadır. Bu çalışmanın bir başka amacı da, bu değerlendirmeleri ekonomi biliminin ışığında irdelemek, ekonomik analiz ile yargının muhakeme biçiminin birbirine ne kadar yakın veya uzak olduğunu incelemektir.

Bu çalışma özelleştirmede karşılaşılan hukuksal sorunları ayrıntılı bir biçimde ele almaktadır, ancak özelleştirme politikalarına ilişkin birçok soruya cevap vermemektedir. Örneğin, bu çalışma özelleştirmenin yararlı olup olmadığını tartışmayı veya Türkiye'de özelleştirmelerin sonuçlarının bir analizini yapmayı (veya bunların başarılı olup olmadığını ölçmeyi) hedeflememektedir. Her ne kadar özelleştirmelerin neden tercih edilir bir politika olduğu konusunda temel argümanlara bir miktar değinse de, çalışma, özelleştirme politikasının varlığını büyük ölçüde veri almakta, kamu yararı açısından özelleştirmelerin başarılı olması için hangi sorunlara çözüm bulunması gerektiğini tartışmakta, hangi sorunların çözülmemesi halinde özelleştirmelerin toplumsal refahı olumsuz etkileyebileceği konusunda öngörülerde bulunmaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümünde hukuksal ve ekonomik açıdan temel teorik çerçeve ortaya konulmaktadır. Bu bölümde özelleştirme işlemlerinin yargısal denetiminde önemli bir rol oynayan kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları ayrıntılı bir biçimde ele alınmakta, özellikle rekabetin eksik olduğu sektörlerde özelleştirme işlemlerinde kamu yararı açısından ne tür sorunların ortaya çıkabileceği ve bu sorunları çözmeye yönelik ne tür önlemlerin alınabileceği tartışılmaktadır. Hukukta kamu hizmetinin yaygın tanımı “devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim, denetim ve kontrolleri altında, genel ve kolektif gereksinimleri karşılamak ve tatmin etmek ve bu yolla kamu yararını sağlamak için toplumun geneline yöneltilen devamlı ve düzenli mal ve hizmet sunumları” şeklindedir. Özelleştirme kapsamında herhangi bir malın kamu hizmeti niteliğine sahip olması, özelleştirme sonrasında kamu yararının korunmasına yönelik önlemlerin alınması koşulunu ortaya koymaktadır.

İktisadi yaklaşım ise genel olarak şöyle bir ön koşulu kabul eder: Piyasa aksaklıklarının olmadığı ortamlarda piyasa mekanizması toplumsal açıdan arzu edilir sonuçlar doğurur. Dolayısıyla bu ortamlarda mülkiyetin özel sektöre devri kamu yararı açısından bir sorun yaratmaz, tersine verimliliği artırır. Buna karşılık piyasa aksaklıklarının olduğu veya evrensel hizmet gibi toplumsal veya yeniden bölüşüm hedeflerinin bulunduğu mal ve hizmet piyasalarında ise piyasa mekanizması tek başına maksimum toplumsal refahı sağlayamaz. Bu tür durumlarda devlet müdahalesi gereklidir. Örneğin doğal tekellerin bulunduğu piyasalarda (elektrik, telekomünikasyon, limanlar, vb) özelleştirmenin kamu yararını koruyabilmesi için tekelleri davranmayı önleyen ve evrensel hizmet hedeflerini gözetilen bir düzenleyici çerçevenin bulunması gerektiği kabul edilir.

Türkiye'de kamu hizmeti kavramı tartışmalara konu olan ve üzerinde tam bir mutabakat sağlanmamış bir kavramdır. Bunun bir nedeni, neyin kamu hizmeti olduğu konusunda Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarının mevcudiyeti (yani bir anlamda bu belirlemenin sadece siyasi düzeyde değil de yüksek yargı düzeyinde yapılmış olması) ve bir malın kamu hizmeti olarak tanımlanmasının onun özel sektöre gördürülme biçimlerine hukuksal sınır ve koşullar getiriyor olmasıdır. Bu çalışmada bu konuda varılan temel sonuç şudur: Kamu hizmeti konusunda, en azından genel prensipler düzeyinde, hukuki yaklaşım ile iktisadi yaklaşım arasında sanıldığı kadar önemli bir farklılık veya çelişki yoktur. Sonuç olarak Türk idare hukukunda kamu hizmeti olarak tespit edilmiş mal ve hizmetler ekonomik açıdan irdelendiğinde çeşitli piyasa aksaklıklarına ve/veya (en azından

uluslar arası normlara göre) evrensel hizmet (veya benzeri) hedeflerine tabi olan mal ve hizmetlerdir. Bu yüzden bu tür mal ve hizmetlerin özelleştirmeleri, ekonomik açıdan piyasa mekanizması dışı veya bunu tamamlayan koşul veya düzenlemelerin sağlanmasının gerekli olduğu işlemlerdir. Kuşkusuz varılan bu sonuç, hukuki ve ekonomik yaklaşımlar arasında uygulamalar düzeyinde farklılıklar olmayacağı anlamına gelmez.

Üçüncü bölümde Türkiye'de özelleştirme hukukunun gelişimi tartışılmakta, özelleştirmeye yönelik yasalar hakkındaki Anayasa Mahkemesi'nin kararları incelenmektedir. Ulaşılan temel sonuçlar şöyle özetlenebilir: 1990'larda bazı yasama girişimleri, yürütmeye veya idareye geniş yetkiler tanıyan yetki kanunlarıyla yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi ise genel olarak yetkilerin yasa da belirlenmesi konusunda standardını yüksek tutmuş ve bu tür hükümleri iptal etmiştir. Öte yandan çeşitli yasal düzenlemelerle kamu hizmeti olarak görülen hizmetlerin özel sektöre özel hukuka tabi olan sözleşmeler yolu ile yaptırmanın önü açılmaya çalışılmış, ancak bu düzenlemeler de bu tür sözleşmelerin idare hukukuna tabi olması gerektiği gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Nihayetinde 1999'da yapılan Anayasa değişikliğiyle, kanunda öngörülmesi kaydıyla kamu hizmetlerinin özel kesime gördürülmesine yönelik sözleşmelerin özel hukuka tabi olma olanağı sağlanmıştır. 1990'larda özelleştirmeye yönelik yasama çabalarının önemli bir özelliği de konunun rekabet boyutunun göz ardı edilmesi olmuştur. Özellikle doğal tekel özelliği gösteren segmentler içeren sektörlerde rekabetin gelişmesini özendirerek bir düzenleyici çerçeve oluşturulmadan özelleştirmeler yapılmaya çalışılmıştır. Sonuç olarak bu konudaki Anayasa Mahkemesi kararlarının “özelleştirme karşıtı” olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Şu anda yasal altyapısının sağlam biçimde kurulması ve özellikle kamu hizmeti alanlarında kamu yararını koruyacak önlemlerin alınması kaydı ile özelleştirmeler önünde anayasal veya yasal düzeyde bir engel yok gibi gözükmemektedir.

Tekil özelleştirme işlemlerinin yargısal denetimi çalışmanın dördüncü bölümünde irdelenmiştir. Beşinci bölümde ise yasal sorunların aşılması için öneriler tartışılmıştır. Özelleştirme işlemlerini iptal eden kararlarda şu tip sorunlar öne çıkmaktadır:

- İmtiyaz sözleşmesinin Danıştay denetiminden geçirilmemiş olması (Aktaş I, ENKA Doğalgaz),
- Rekabet ortamının sağlanmamış olması (Aktaş II, Tüpraş %65.76 hisse satışı),
- Özelleştirme Kanunu'na veya şartnameye aykırı işlemler (Tüpraş, %14.67 hisse satışı),
- Kapasite veya yatırım hedef veya taahhütlerinin belirlenmemiş olması (İskenderun Limanı, Seydişehir Alüminyum),
- Yanlış değerlendirme yönteminin kullanılmış olması (SEKA),
- Değer tespiti bir kez yapıldıktan sonra, ortamda, satılan varlığın değerini etkileyecek bir değişikliğin olması, bunun zerine yeniden değer tespit yapılmasının gerekli görülmesi (Başak Sigorta).

Bu nedenlerden ilk üçünün fazla tartışılacak bir yönü yok gibi gözükmektedir. İptale neden olan işlemlerin niteliği göz önünde bulundurulduğunda, iptal haklı bir karar gibi gözükmektedir.

Yatırım gerekleri önemli bir konu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu konuda Danıştay kimi zaman yatırım hedeflerinin olmamasını iptal nedeni saymış, kimi zaman da (Tüpraş kararında olduğu gibi) mülkiyet devri içeren özelleştirme işlemlerinde yatırım veya üretim hedeflerinin belirlenmesinin zorunluluk olmadığını ifade etmiştir. Hatta Tüpraş'ın % 51 hisse satışını içeren özelleştirme işlemine ilişkin kararında Tüpraş'ın özelleştirme sonrasında üretim ve yatırım kararlarının “piyasa ekonomisi kuralları çerçevesinde gerçekleşeceğini” kabul etmiş ve şartnamede bu konuda koşulların olmamasının özelleştirmeyi hukuka aykırı kılmadığını belirtmiştir. Halbuki Seydişehir Eti Alüminyum ve İskenderun Limanı özelleştirmelerinde yatırım taahhütlerinin açıkça belirtilmemiş olması yüzünden özelleştirme işlemleri iptal edilmiştir.

Yatırım koşulları konusunda esas sorun bu konuda idareyi yönlendirecek bir çerçevenin olmaması gibi gözükmektedir. Danıştay kararları bu konuda yeterli ipucu vermemektedir, bir başka ifadeyle, kararlar incelendiğinde Danıştay'ın hangi koşullarda yatırım taahhütlerini gerekli gördüğü ve ne tür yatırım hedeflerini yeterli göreceği konusunda açık ve belirli ilkelerin tespit edilmesi mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla hangi şartlar altında yatırım koşullarının gerekli olduğu konusu idare açısından bir belirsizlik söz konusudur. Bu belirsizlik idareyi gereksiz yere yatırım şartı empoze etmeye itebilir, bu da özelleştirmeden beklenen verimlilik artışını baştan sınırlama riskini taşır.

Bu konuda bir çözüm, gerek idarenin, gerek yargısal denetimin yatırım koşul ve hedeflerinin gerekliliğini değerlendirirken daha fazla ekonomik analiz ve muhakemeye yer vermesi olabilir. Örneğin, idare eğer yatırım koşullarının gerekli olmadığına inanıyorsa, bunun neden gerekli olmadığını ekonomik bir analiz sunarak destekleyebilir. Benzer şekilde yargısal denetim sırasında yatırım koşulları gerekli görülürse bunun ekonomik gerekçesinin iyi bir şekilde açıklanması bu konudaki belirsizliği gidermekte yardımcı olacaktır. Kuşkusuz bu tür analizlerde özellikle incelenmesi gereken konu, yukarıda tartışıldığı gibi piyasa aksaklıkları, veya özelleştirilen şirketlerin kârlılık hedefleri ile toplumsal refah hedefleri arasında ciddi bir sapma veya farklılığın olup olmadığıdır. İlkel olarak bu tür sapmaların olmadığı ortamlarda şirketin optimal yatırımları zaten yerine getireceğini varsaymak doğru olacaktır.

Yatırım sorununu çözenin bir başka yolu da doğrudan yatırımı hedeflemek yerine yatırımdan beklenen sonuçlar üzerinde odaklaşmaktır. Örneğin önemli olan hizmet kalitesi ise, bu kalite standartlarının belirlenmesi ve bu standartlara nasıl ulaşılabileceği konusunun işletmeciye bırakılması doğrudan yatırım miktarını belirlemekten daha yararlı olacaktır.

Beşinci bölümde özelleştirmede hukuksal sorunların çözümüne ilişkin öneriler yer almaktadır. Kanımızca bu çalışmada ortaya çıkan önemli sonuçlardan biri, özelleştirme politikasının ciddi bir “öğrenme süreci”nden geçmiş olduğudur. Bunda hem özelleştirme politikasına muhalif olanların açtıkları davaların hem de yüksek yargının önemli katkıları olmuştur. Bir başka katkı da özellikle

şebeke sanayilerinde düzenleyici çerçevelerin oluşmakta olmasından doğmaktadır. Özellikle telekomünikasyon ve elektrik sektörlerinde düzenleyici bir çerçevenin ve bunu hayata geçirmekle görevli idari otoritelerin mevcudiyeti, kamu yararını korumaya yönelik tüm önlemlerin özelleştirme aşamasında veya imtiyaz sözleşmelerinde alınması gereğini ortadan kaldırmış, ayrıca bu durum özelleştirme işlemlerinin yargısal denetimini de kolaylaştırmıştır. Hala birçok özelleştirme işlemi iptal edilmektedir, fakat buna rağmen bugün özelleştirmelerin kamu yararını koruyacak bir biçimde yapılma ve başarılı olma ihtimalleri çok daha yüksektir. Bu açıdan geride kalmış olan bir sektör limanlar sektörüdür; bu alanda özelleştirmeler (işletme hakkı devirleri) yeterli bir düzenleyici çerçeve olmadan yapılmakta, sorunlar sözleşme hükümleri ile çözülmeye çalışılmaktadır.

Konuya Anayasa düzeyinde bakıldığında, yapılan değişikliklerle özelleştirmelere yasal zemin hazırlama konusunda meclise ciddi bir esneklik tanındığını söylemek doğru olacaktır.

Özelleştirmede karşılaşılan hukuksal sorunlardan kaçınmak ve özelleştirme sürecini iyileştirmek için şu konuların üzerine eğilmek yararlı olacaktır:

Bu konulardan birincisi saydamlıktır. Kamu idaresinin başka alanlarında olduğu gibi, saydamlık özelleştirme sürecinde de kritik bir rol oynamaktadır. Şu anda saydamlıktan temelde ihale sürecinin kamuoyuna açık olması anlaşılmalıdır. Oysa, saydamlık çok daha geniş bir kavramdır. Örneğin, özelleştirme işlemlerinin tümünün yayınlanması, web sitelerinde bulunması gerekir. Ayrıca şartnamelerin hatta imtiyaz sözleşmelerinin kamuya açık olmaması ve yayınlanmaması için hiçbir neden yoktur; eğer ticari gizlilik gereği varsa (ki doğal tekellerde ciddi bir sorun olmaması gerekir) dokümanların ilgili yerleri kapatılabilir. Öte yandan, özelleştirmeye ilişkin birçok yargı kararına erişilememektedir. Bu kararların da yayınlanması gerekmektedir. Aynı şekilde yargısal denetimde idarenin sunduğu dosyanın kamuoyuna açık olması, saydamlığa büyük bir katkı yapacaktır. Böylece hem idarenin yaptığı hazırlığın hem yargısal denetimin kalitesinin toplum tarafından değerlendirilmesi mümkün olacaktır.

Saydamlığın bir başka yönü idari işlemlerin ve yargı kararlarının gerekçelerinin anlaşılır olması ve kamuoyuna iyi açıklanmasıdır. Özelleştirme sürecinin her bir aşaması için idarenin ayrıntılı gerekçeler göstermesi ve bunların kamuoyuna açık olması doğru olacaktır. Bu, yargısal denetimin daha doğru ve etkin bir biçimde yapılmasına da yardımcı olur. Aynı şekilde, yargısal denetim sırasında alınan kararların da gerekçelerinin daha açık ve anlaşılır bir biçimde yazılması, idareye yol göstereceğinden, özelleştirmelerin kalitesini olumlu etkileyecektir.

İkinci konu 4046 numaralı Özelleştirme Kanunu ile ilgilidir. Kanununun 1. maddesinde özelleştirme hedeflerinin, her ikisi de birlikte, yani “ve” bağlacıyla bağlanarak, “ekonomide verimlilik artışı” ve “kamu harcamalarının azaltılması” olarak ifade edilmiş olması bazı şartlarda idare açısından fazla kısıtlayıcı olan yorumlara dayanak olmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, “ciddi rekabet sorunlarının, dışsallıkların ve evrensel hizmet ya da kamu hizmeti gibi toplumsal hedeflerin bulunmadığı durumlarda özelleştirmenin verimlilik artışına yol açacağı” kabulü konuya ekonomik

yaklaşımın ön kabullerinden biridir. Dolayısıyla hedefin “ekonomide verimlilik artışı” olarak belirlenmiş olmasının, diğer koşulun aynı olayda gerçekleşmesi aranmadıkça, idareye yeterince esneklik sağlaması mümkündür. Ancak Danıştay kararları böyle bir ön kabulü yansıtmadığı gibi, bizzat kanun maddesindeki ifade de böyle bir yorumu engelleyici niteliktedir. Şöyle ki: Kanun'un 1. maddesinde yer alan “*ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma*” ibaresinden anlaşılacağı üzere ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma koşulları birlikte aranmaktadır. Bu iki koşulun birlikte aranması, kimi özelleştirmelerde yapılan özelleştirmenin doğası ve olgusal nedenleriyle çelişik sonuçlara varılmasına neden olmaktadır. Örnekleme gerekirse, ekonomide verimlilik artışı sağlayan, ancak kamu giderlerinde azalma sağlamayan veya kamu giderlerinde azalma sağlayan, ancak ekonomide verimlilik artışı sağlamayan bir özelleştirme rahatlıkla iptal kararıyla karşılaşılabılır.

Bunlar yanında bir de, gerçek değer üzerinde özelleştirme koşulu arandığında hukuksal sorunsal daha da derinleşmektedir. Şöyle ki, ekonomide verimlilik artışı istekliye yatırım ve üretim koşulunun getirilmesini gerektirmekte, bu ise isteklinin özelleştirme bedeli yanında ek mali yükümlülükler üstlenmesine neden olmakta, bunun yanında özelleştirme bedelinin gerçek değer üzerinde olması gerekmektedir. Bu durumun istekli bakımından her zaman ekonomik bakımdan cazip veya kabul edilebilir olmayacağı açıktır. İşletmenin zarar ettiği hallerde ise ekonomik cazibe ve kabul edilebilirlik daha da düşük olacaktır. Bu nedenle, öncelikle Özelleştirme Kanunu'nun 1. maddesindeki “*ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma*” ibaresinin “*ekonomide verimlilik artışı veya kamu giderlerinde azalma*” şeklinde değiştirilmesi ve/veya yasada belirtilecek temel ilkeler çerçevesinde bu amaçlardan birini tercih etme konusunda idareye takdir yetkisi tanınması önerilebilir. Bunun yanında, gerekçede yer alan “gerçek değer üzerinde özelleştirme” amacının “mevcut değer üzerinde” şeklinde değiştirilmesi ve bu şekli ile kanun metnine dahil edilmesi ve ekonomide verimlilik artışı ile kamu giderlerinde azalma yanında üçüncü seçenek olarak düzenlenmesi de hukuksal bakımdan rahatlama sağlayacak bir yol olarak görünmektedir.

Bu noktaları vurgulamak için, PETKİM özelleştirmesine yakından bakmakta yarar vardır. Bu konuda önemli karar, özelleştirme işlemine karşı açılan iptal davasında yürütmenin durdurulması talebinin reddine karşı itiraz edilen ve yürütmenin durdurulması kararı verilmesi gerektiğine hükmeden İdari Dava Daireleri Kurulu'nun kararıdır. Bu karar bu çalışma büyük ölçüde tamamlandıktan sonra verilmiştir, fakat kısaca irdelenmesi çalışma bakımından yararlı olacaktır. Kararda şöyle denilmektedir: “*4046 sayılı Kanun özelleştirme uygulamalarında ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamayı amaçladığına göre; petrokimya ürünlerine olan talebin sürekli arttığı ülkemizde, yapılan yatırımlarla üretim kapasitesi artan ve kâr eden büyük bir petrokimya kompleksi olan PETKİM'in %51 oranındaki kamu hissesinin özelleştirilmesinde üstün kamu yararı bulunmadığı sonucuna varılmıştır*”. Bu karar iki farklı şekilde yorumlanabilecek niteliktedir. İlk yorum, “kâr edildiğinden dolayı kamu giderlerinde azalma koşulu gerçekleşmemiştir” ve/veya “yapılan yatırımlarla üretim kapasitesi arttığından ekonomide verimlilik artışı koşulu gerçekleşmemiştir” şeklinde yapılabilir. Bu yorum karşısında özelleştirmeyi haklı kılabilecek tek neden gerçek değer üzerinde özelleştirme olabilir ki; gerçek değer üzerinde özelleştirme ayrı ve bağımsız bir amaç olmadığından hali hazırdaki hukuksal durum

itibarıyla bu olanaksızdır. Bu yorum, kanunda özelleştirme hedeflerinin ifade ediliş biçiminin idare için kısıtlayıcı olabileceği şeklindeki yorum ile tutarlıdır.

İkinci yorum ise, şüpheli niteliktedir ve esasen, alıntılanan kısmın ve kararda yer alan şu ibarelerin birlikte yorumlanmasına dayanabilir: “*Bütün idari işlemlerin kamu yararı maksadını taşıması gerektiği tartışmasıdır. İdare işlem tesis ederken (...) birden fazla kamu yararının çatışması durumunda “üstün kamu yararı” dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla idari işlemin maksat yönünden yargısal denetimi de işlem ile sağlanan her türlü yarar ve işlemin ortaya çıkardığı tüm sakıncalar gözönüne alınarak yapılmalıdır. Ayrıca, Yasada özel bir amaç belirlenmiş ise işlemin bu amaca uygun olması gerektiği de kuşkusuzdur.*”. Bu durumda, İdari Dava Daireleri Kurulu'nun, yasada belirtilen amaçlar dışında bir üstün kamu yararı aramak ve yasada belirtilen amaçlar gerçekleşse dahi bu üstün kamu yararı çerçevesinde değerlendirme yapmak eğilimini gösterdiği yorumu yapılabilir.

Belirtmek gerekir ki; İdari Dava Daireleri Kurulu, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da açılan davalarda yürütmenin durdurulması talepleri hakkındaki kararlara karşı itiraz ve nihai kararlara karşı temyiz merciidir. Bu özelliğin ilgili daire olan 13. Daire'yi etkilemesi halinde ise, anılan daire, ilk derece mahkemesi olarak özelleştirme işlemlerinde karar veren idare mahkemelerinin nihai kararlarına karşı temyiz mercii olduğundan, özelleştirme konusunda yetkili olan tüm idari yargı mercilerinin etkileneceği açıktır. Şüpheli bir yorumla atfedilen bu eğilim gerçekse ve kalıcılaşırsa, Özelleştirme Kanunu'nda öngörülen amaçlar, deyim yerindeyse “özelleştirmenin asgari koşulları” olacak ve bu koşulların gerçekleşmesi yanında Danıştay'ca belirlenecek başkaca kamu yararı unsurlarının bulunması, belki de özelleştirmeden dolayı yine Danıştay'ca belirlenecek bazı, deyim yerindeyse “kritik sakıncalar”ın bulunmaması ve her halde kamu yararı unsurlarından oluşan bütünüün özelleştirmeden doğacak sakıncalara üstün gelmesi –ki bu tespiti yapacak olan da Danıştay'dır- gerekecektir. Hukuki veya iktisadi olarak ne kadar temellendirilse veya iyi gerekçelendirilirse de hep tartışma konusu olabilecek böylesi bir durum, Danıştay'ın ve idare mahkemelerinin, bu çalışmada da dile getirilen bazı haklı eleştiriler hariç olmak üzere, mevcut haklılık temelini zedeleyeceğinden ve belki de ortadan kaldıracığından ne hukuki ne de ekonomik bakımdan arzu edilebilir.

Bu hususta Danıştay 13. Dairesi'nin PETKİM özelleştirmesinde verdiği iptal kararının gerekçesine de değinmekte yarar vardır. Bu kararda 13. Daire, “kâr eden bir işletmenin satışında kamu yararı olup olmadığı” sorusunu, ileride verimlilik artışına yol açacak bir yöntemle özelleştirme yapılması halinde işletmenin kâr etmesinin özelleştirmedeki kamu yararını yok etmediği şeklinde yanıtlamış görünmektedir. Ancak kararı, 13. Daire'nin Özelleştirme Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan “ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma” koşullarını birlikte aramadığı şeklinde yorumlamak zor görünmektedir. Çünkü, her ne kadar “verimlilik artışı” değerlendirmesinin içinde kaybolursa da, kararda rekabet ve buna bağlı yatırım gereğinin vurgulanması, “gelecekte yapılması gereken veya gerekebilecek kamu giderlerinde azalma” olgusunun dikkate alındığı kanısını uyandırmaktadır. Karar, özelleştirme lehine en olumlu şekilde, şirketin gelecekte bir kamu giderine neden olacağı yolunda tutarlı ve dayanıklı bir öngörü veya risk bulunması halinde, özelleştirme işleminin “kamu giderlerinde azalma” koşulunu karşılayacağı şeklinde yorumlanabilir.

4046 numaralı Özelleştirme Kanunu bağlamında tartışılabilecek bir başka konu değer tespiti ile ihalede gerçekleşen değer arasındaki ilişkidir. Kimi durumlarda (SEKA Balıkesir örneğinde olduğu gibi) ihale değeri tespit edilen değer altında olabilmektedir. Bu durumda birkaç denemeden sonra ihalede oluşan satış fiyatını o malın gerçek değeri olduğunu kabul etmek ve gerekirse özelleştirme kanununu bu yönde değiştirmek doğru olacaktır.

Doğal tekelerde şebekenin mülkiyetinin devredilmesi konusu da ayrı bir sorun olarak varlığını sürdürmektedir. Kanımızca şebeke unsurlarının mülkiyetinin devri, gerekli yasal temelin oluşturulması ve kamu hizmetleri açısından gerekli önlemlerin alınması şartıyla mümkündür. Nitekim Türk Telekom özelleştirmesinde bu yol seçilmiştir. Gerek telekomünikasyon, gerek elektrik sektörlerinde doğal tekel ve kamu hizmeti özelliklerinin gerektirdiği düzenleyici çerçeve büyük ölçüde oluşturulmuştur (kalan sorunlar uygulama sorunlarıdır.). Aslında ekonomik açıdan bakıldığında doğal tekel özelliğini sürdüren ve sürdürecektir olan şebeke unsurlarının (örneğin özellikle gaz ve elektrik dağıtım sistemi) mülkiyetinin devrinin toplumsal yararı veri alınabilecek bir konu da değildir. Burada kanımızca çözülmemiş olan mesele, mülkiyet devri olsun veya olmasın, sözleşme veya lisans döneminin sonunda karşılaşılabilecek sorunlardır. Özellikle teknolojik devrimin hızlı olduğu telekomünikasyon gibi sektörlerde sözleşme veya lisans döneminin sonu yaklaştıkça yatırım teşvikinin azalması, sözleşme bitimi sorununun ciddi bir biçimde ele alınmasını gerektirmektedir. Yukarıda ayrıntılı bir biçimde tartışıldığı gibi, bu sorun Türk Telekom özelinde de çözülmüştür.

Yüksek yargının özelleştirme konusuna yaklaşımı hakkında özet bir değerlendirme olarak şunlar söylenebilir: Bugün için, özelleştirme önünde Anayasal düzeyde ciddi bir engel yoktur. Yasal zemini iyi hazırlandıktan, kamu yararı ile ilgili sorunlar konusunda yeterli önlemler alındıktan sonra kamu hizmeti olarak görülen hizmetlerin özel sektör eliyle görülmesi de mümkündür. Yüksek yargı genel olarak gerek yürütmeye gerek idareye ihtiyari yetki verilmesine sıcak bakmayan bir hukuk felsefesi içindedir, yetkilerin yasalarda ayrıntılı bir biçimde tanımlanmış olmasını gerekli kılmıştır. Ancak bu tutumu “özelleştirme karşıtı” şeklinde betimlemek mümkün değildir.

Tekil özelleştirme işlemlerinin yargısal denetimine gelince, burada da iptallerin önemli bir bölümünün yetersiz hazırlık veya usule ilişkin yanlışlıklardan kaynaklandığı söylenebilir. Ancak özelleştirme kanununda özelleştirmenin hedeflerine ilişkin yapılmış belirlemeler uygulamada idareyi önünü ciddi biçimde kısıtlayabilecek niteliktedir. Yine uygulamada özellikle satılan varlıkların değeri, yatırım hedefleri gibi konularda iktisadi gerekçe ve ilkelerin daha ciddi ve yetkin bir biçimde kullanılması özelleştirmelerin kamu yararına uygun bir biçimde yapılmalarını kolaylaştıracak, hem de özelleştirilen şirketlere gerekli olmayan kısıtlamaların yüklenmesini engelleyecektir.

1. Giriş

Özelleştirme dünyanın gündemine 1970'lerin sonlarında girmeye başlamıştır. İlk özleştirmeler Şili'de yapılmışsa da, özelleştirmenin dünya çapında bir eğilim haline gelmesine Thatcher'in Başbakanlığı döneminde Birleşik Krallık'ın öncülük ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Birleşik Krallık'ta özelleştirme hareketi kamunun elindeki konutların satılması ve kamu tarafından finanse edilen mal ve hizmetlerin çeşitli sözleşmeler yolu ile özel sektöre yaptırılması ile başladı (Yarrow 1986:326). Kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesine ilk örnek ise 1984'te British Telecom'un (BT) hisselerinin yarıdan fazlasının satılması oldu. Bu tarihten sonra özelleştirme hareketine kamu iktisadi teşebbüslerin özelleştirilmesi damgasını vurdu.

Avrupa'da özelleştirmeler özellikle 1990'larda yaygınlaştı, ancak özellikle Avrupa Komisyonu'nun ekonomik reform gündemini özelleştirme değil serbestleşme, yani rekabete kapalı olan sektörlerin rekabete açılması, yeni girişlere izin verilmesi ve rekabeti özendirecek hukuki altyapının kurulması (düzenleme/regülasyon) belirledi. Gelişmekte olan ülkelerde, özellikle de Latin Amerika'da özelleştirme ithal ikamesine dayalı kalkınma modelinin terk edilmesi ve dış ticaretin serbestleştiği kaynak dağılımında piyasa mekanizmasının temel bir rol oynamaya başladığı yeni bir ekonomik büyüme modeline geçilmesine yönelik olan yapısal uyum programlarının önemli bir parçası haline geldi. Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu bu programların tasarımına öncülük etti, mali sıkıntı içinde olan ülkelere de mali desteğin bir şartı haline getirdi.

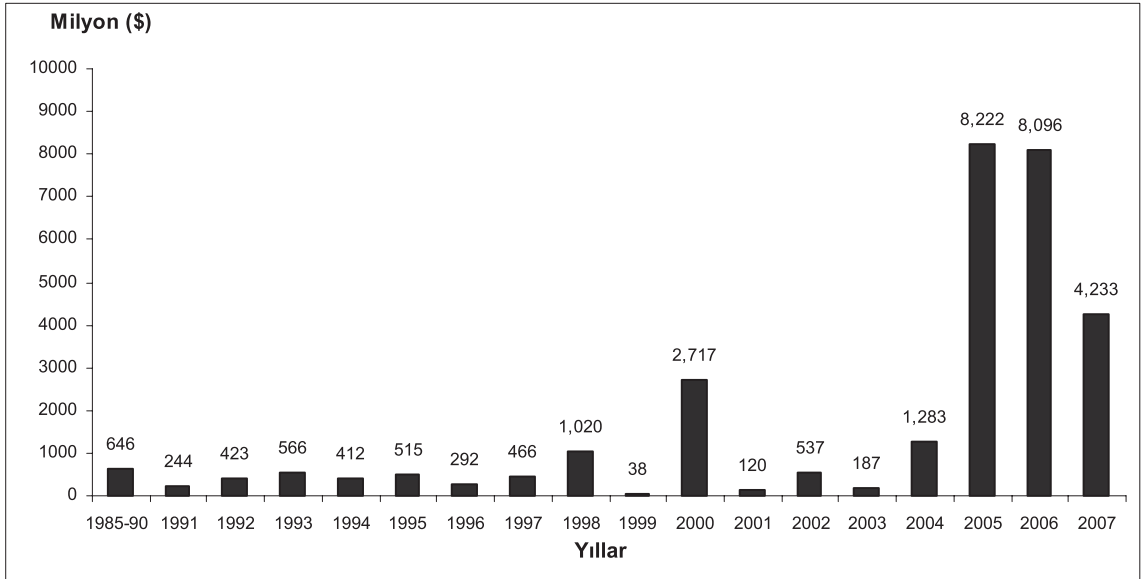
Özelleştirmenin hedefleri ne idi? Birleşik Krallık özelinde şu hedefler sıralandı (Yarrow: 327):

- Rekabeti arttırarak verimliliğin artmasını sağlamak
- Kamu kesiminin borçlanma gereğini azaltmak
- Kamu kesiminde ücret ve maaş belirlenmelerinde karşılaşılan zorlukları azaltmak (bunu sendikaların ücret belirlemedeki gücünü azaltmak diye anlamak mümkün)
- Hükümetlerin teşebbüs karar alma sürecine karışmalarını önlemek
- Ekonomik varlıkların sahipliğini geniş bir tabana yaymak
- Teşebbüslerde işçi sahipliğini özendirmek
- Gelir ve servetin yeniden dağılmasını sağlamak

Bu hedeflerin belirlenmesinin arka planında işletmelerin kamu mülkiyetinde kalmasının ve kamu tarafından kontrol edilmesinin ve özellikle gelişmekte olan ülkelerde siyasi müdahalelere tabi olmalarının verimsizliğe ve israfa yol açtığı, bunun da ekonomik büyümeyi geriletmediği şeklinde yaygın bir inanışın (en azından 1980lerde ve 1990larda) var olduğunu söylemek mümkündür. Yine özellikle gelişmekte olan ülkelerde pratikte verimlilik kadar kamu maliyesi gerekçelerinin önem kazandığı, hatta özelleştirme gelirleri ile biriken iç ve dış borçların azaltılmasının veya kamu harcamalarına ek kaynak yaratılmasının hedeflendiği söylenebilir.

Özelleştirmenin yaygınlaşmasında Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri ile Rusya'nın önemli bir rol oynadığını da belirtmek gerekir. Sovyetler Birliği sisteminin çökmesi ve bu ülkelerin önemli bir bölümünün özel mülkiyet ve piyasa mekanizmasına dayalı bir ekonomik rejime yönelmesi ile özelleştirme bu ülkelerde bu dönüşümün en önemli araçlarından biri haline geldi.

Türkiye'de özelleştirme 1980'lerden itibaren ithal ikamesi gelişme modelinin terk edilip devlet kontrollerinin azaldığı, piyasa mekanizmasının kaynak dağılımında başat rolü oynadığı, dış ticaret ve uluslararası sermaye akımlarının serbestleştiği yeni bir ekonomi politikası rejiminin bir parçası olarak gündeme geldi. Özelleştirmeye yönelik ilk yasal adımlar 1980'li yılların ortalarında atıldı. Ancak bu çabalar büyük ölçüde sonuçsuz kaldı. Aşağıdaki tablodan görüldüğü gibi 2000 yılına kadar yapılan özelleştirmeler sınırlı kaldı ve özelleştirme gelirleri yılda ortalama 300-500 milyon ABD doları civarında seyretti. 1998 yılında özelleştirme geliri 1 milyar doların üzerine çıktı, ancak bunun önemli bir bölümü İş Bankası'nın azınlık hisselerini satılmasından elde edilen gelirdi. 2000 yılında özelleştirme geliri 2,5 milyar dolara yaklaşıyordu ancak bunun da nedeni varlık veya hisse satışı değil, 3. GSM lisansının satılmasından elde edilen gelirdi. Özelleştirmeler esas olarak 2004 yılından itibaren hız kazandı.



Kaynak: www.oib.gov.tr

Özelleştirme konusundaki bu başarısızlık her şeyden önce kendini hukuksal alanda göstermiştir. Çeşitli hükümetlerin kamu hisse veya varlıklarını satma veya özel kesime işletirme veya altyapı yatırımlarına özel kesimin katılımını sağlamaya yönelik yasama çabalarının önemli bir bölümü yüksek yargıdan dönmüştür. Her ne kadar 1990'ların sonlarında elektrik sektöründe bu çalışmada birer özelleştirme biçimi olarak ele alınacak olan Yap İşlet Devret (YİD) ve Yap İşlet (Yİ) sözleşmeleri yoluyla bazı özel sektör santralleri devreye girdiyse de, bunlar da bu sektörde 2001'den itibaren hayata geçirilmeye çalışılan rekabete yönelik yeni piyasa modeli ile uyumlanmamıştır.¹

1 Bu konuda bkz. Atıyas, İ. Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform, TESEV Yayını, İstanbul, 2006, http://www.tesev.org.tr/etkinlik/kitap_enerji.pdf ve Güney, S. Restructuring, Competition and Regulation in the Turkish Electricity Industry, TEPAV, Ankara, 2005, <http://www.tepav.org.tr/tur/admin/dosyabul/upload/Restructuring.pdf>

Bu çalışmanın amacı, Türkiye'de özelleştirme politikalarının karşılaştığı hukuksal sorunları irdelemektir. Bu hukuksal sorunlar hem özelleştirme politikalarının yasal zemininin oluşturulması sürecinde hem de tekil özelleştirme işlemlerinde ortaya çıkmıştır. Yasal altyapının oluşması sürecinde birçok yasa yapılmış, bunların kimi zaman tümü kimi zaman önemli hükümleri Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Tekil özelleştirme işlemlerinin birçoğuna karşı da iptal davaları açılmış, bu davaların bir bölümü özelleştirme işleminin iptali ile sonuçlanmıştır. Bu durum, öncelikle, özünde ekonomik nitelik taşıyan özelleştirmenin, hukuksal bir sorun olarak ön plana çıkmasına neden olmuştur. İptal kararlarında hukuksal nitelikli kamu yararı ve kamu hizmeti kavramlarının önemli dayanaklar olması hukuksal sorunun görünümünü daha da güçlendirmiştir. Öte yandan iptal kararları kamuoyunda birbirine zıt iki farklı yoruma yol açmaktadır. Bunlardan birincisi, yasama çabalarının ve idari işlemlerin anayasa ve hukuka uygun olmadığıdır. İkinci yorum ise, yüksek yargının özelleştirme politikalarına karşı ideolojik bir direnç gösterdiği şeklindedir. Hangi yorumun gerçeğe daha yakın olduğu, iki yorum da gerçeği yansıtmıyorsa karşılaşılan sorunların hangi etkenlerden kaynaklandığını anlayabilmek için, bu konudaki temel aktörler olan yasama, idare ve yargının yaklaşımlarını ayrıntılı bir biçimde incelenmesi gerekmektedir. Bu çalışmada bu inceleme hem yasama çabaları hem de tekil özelleştirme işlemleri temelinde yapılacaktır.

İdare hukuku birikimi olmayan ve bu süreçleri yakından izlemeyenler için bu hukuksal sorunların niteliğini ve özellikle yüksek yargının yaklaşımını anlamak zor olmuştur. Bu çalışmada, bu hukuksal sorunlar anlaşılır bir biçimde ele alınacak ve yasa koyucu, idare ve yargının özelleştirme konusuna yaklaşımları incelenecektir.

Özelleştirmede karşılaşılan hukuksal sorunların da ciddi ekonomik boyutları vardır. Nitekim konuya ilişkin yüksek yargı kararlarında da sık sık ekonomik değerlendirmeler bulunmaktadır. Bu değerlendirmelerde kamu yararı ve kamu hizmeti gibi kavramlar önemli rol oynamaktadır. Bu çalışmanın bir başka amacı da, bu değerlendirmeleri ekonomi biliminin ışığında irdelemek, ekonomik analiz ile yargının muhakeme biçiminin birbirine ne kadar yakın veya uzak olduğunu incelemektir.

Bu çalışma özelleştirmede karşılaşılan hukuksal sorunları ayrıntılı bir biçimde ele almakla birlikte özelleştirme politikalarına ilişkin birçok başka soruya cevap vermemektedir. Örneğin, bu çalışma özelleştirmenin yararlı olup olmadığını tartışmayı, veya Türkiye'de özelleştirmelerin sonuçlarının bir analizini yapmayı (veya bunların başarılı olup olmadığını ölçmeyi) hedeflememektedir. Her ne kadar özelleştirmelerin neden tercih edilir bir politika olduğu konusunda temel argümanlara bir miktar değinse de, çalışma, özelleştirme politikasının varlığını büyük ölçüde veri almakta, kamu yararı açısından özelleştirmelerin başarılı olması için hangi sorunlara çözüm bulunması gerektiğini tartışmakta, hangi sorunların çözülmemesi halinde özelleştirmelerin toplumsal refahı olumsuz etkileyebileceği konusunda öngörülerde bulunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, esasen İdari Yargılama Hukukuna ait olmakla birlikte özelleştirme alanında güçlü bir görünüm sergileyen bazı konular da vardır. Bunlar, değerlendirilmeleri İdari Yargılama Hukukuna ilişkin ayrıntılı bir incelemeyi gerektirdiğinden doğrudan özelleştirme olgusuna

ilişkin görülmeyerek çalışma kapsamına alınmamıştır. Ancak, idari yargı yerlerinin, özellikle yüksek idare mahkemesi olan Danıştay'ın tutumunu genel çizgileriyle göstermek ve bu tutumun özelleştirmelere yönelik özellikli bir niteliği olup olmadığına ilişkin bir tartışmaya katkı sağlamak bakımından bu konulara “Özelleştirmelerde yargısal denetim: İdari yargının özelleştirme işlemlerine yaklaşımına örnekler” başlıklı 4. bölüm altında kısaca değinilecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde hukuksal ve ekonomik açıdan temel teorik çerçeve ortaya konulacaktır. Bu bölümde özelleştirme işlemlerinin yargısal denetiminde önemli bir rol oynayan kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları ayrıntılı bir biçimde ele alınacak, özellikle rekabet sorunları yaşanan sektörlerde özelleştirme işlemlerinde kamu yararı açısından ne tür sorunların ortaya çıkabileceği ve bu sorunları çözmeye yönelik ne tür önlemlerin alınabileceği tartışılacaktır. Üçüncü bölümde özelleştirme alanında hukuksal altyapının gelişim süreci irdelenecek, yasama çabalarının özellikle Anayasa Mahkemesi tarafından hangi gerekçelerle iptal edildiği analiz edilecek, bu gerekçeler hukuksal ve ekonomik açıdan değerlendirilecektir. Dördüncü bölümde bazı önemli özelleştirme örnekleri incelenecek ve bu özelleştirmeler hakkında Danıştay'ın aldığı kararlar analiz edilecektir. Beşinci bölümde özelleştirmede karşılaşılan hukuksal sorunları giderecek düzenleme ve çözüm önerileri oluşturulmaya çalışılacaktır.

2. Teori: Özelleştirme tanımı, kavramsal çerçeve ve temel ilkeler

Bu bölümün amacı hukuk ve ekonominin özelleştirme konusuna temel yaklaşımlarını ortaya koymaktır. Önce Türkiye'deki özelleştirme hukuku hakkında bir kavramsal çerçeve oluşturulacak ve gerek özelleştirme işlemlerinin gerek bunların yargısal denetiminin temel ilkeleri ortaya koyulacaktır. Bu amaca ulaşmak için, bir yandan özelleştirmeye kaynaklık eden kanunlara bakmak, öte yandan özelleştirmeye ilişkin düzenleme ve işlemleri denetlemek durumunda olan mahkemelerin bunu yaparken sormak zorunda olacağı soruları ve bunlara vereceği muhtemel cevapları gözden geçirmek yararlı olacaktır. Bundan sonra özelleştirme konusuna ekonomi biliminin nasıl yaklaştığı tartışılacak, hukuksal yaklaşım ile paraleller ve ayrılıklar ortaya konacaktır.

2.1 Özelleştirme konusuna hukuksal yaklaşım: Kamu hizmeti, imtiyaz ve tekel

Kamu-özel sektör işbirliği ("*public-private partnership*") dışarıda tutularak, özelleştirme kavramına yaklaşıldığında, hukuksal metinlerde özelleştirmeye işaret eden ilk düzenleme 12 Mart 1964 tarihli ve 440 sayılı "İktisadi Devlet Teşekkülleriyle Müesseseleri ve İştirakler Hakkında Kanun"un "*Kanunla yapılmış devlet iştiraklerinin kanunla, veraset ve sair yollarla meydana gelmiş devlet iştirakleriyle teşekkül ve iştiraklerin devir veya tasfiyesi bakanlar kurulu kararıyla yapılır.*" şeklindeki 4. maddesi ile "*Teşekküllerin yönetim kurulları kendi iştiraklerinin yapılması, devir ve tasfiyesi hususunda Bakanlar Kuruluna teklif yapmakla görevlidir.*" şeklindeki 5. maddesidir. Dikkat edilirse, bu düzenlemelerde özelleştirme terimi kullanılmadığı gibi özelleştirme tanımı da yapılmamış, sadece "tasfiye" ve nasıl yapılacağı gösterilmeden "devir"den söz edilmiştir.

Özelleştirme teriminin kullanıldığı ilk hukuksal metin, 3291 sayılı ve 28 Mayıs 1986 tarihli "1211 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu, 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki Ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu, 07.11.1985 Tarihli Ve 3238 Sayılı Kanun, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Ve 1177 Sayılı Tütün Tekeli Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması Ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanun" dur. Bu Kanunun "Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi İle İlgili Hükümler" başlıklı Beşinci Bölümünde temelde kamu iktisadi teşebbüslerine ilişkin olarak ve özetle *neyin² hangi yöntemle³* özelleştirileceği düzenlenmiştir.

Özelleştirme konusundaki ilk genel kanun ise 4046 sayılı ve 24 Kasım 1994 tarihli "Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" dur ("*Özelleştirme Kanunu*").⁴ Bu Kanunda

2 Kamu iktisadi teşebbüsleri, bunlara bağlı müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri, varlıklar ve iştirak payları.

3 Satış, hisse senetleri ve varlıkların satışı, kiralama, işletme hakkı verilmesi, devir ve tasfiye.

4 Bu kanunun adı 5398 sayılı ve 3 Temmuz 2005 tarihli "Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine Ve Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 1. maddesiyle "Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun" olarak değiştirilmiştir.

da, yine *neyin*⁵ *hangi yöntemle*⁶ özelleştirileceği düzenlenmiştir.

Tartışmaya Özelleştirme Kanunundaki iki önemli noktaya dikkat çekerek başlamak yararlı olacaktır.

Bunlardan birincisi, Kanunun 1. maddesinin son fıkrasında yer alan şu hükmüdür:

“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) işletme haklarının verilmesi veya kiralanması ile kamu iktisadî teşebbüsleri arasında yer alan ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede tanımlanmış bulunan "kamu iktisadî kuruluşları"nın ve bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ve varlıklarının, mülkiyetin devri dışında kalan yöntemler ile özelleştirilmesi bu Kanun hükümlerine tabidir. Ancak, bu kuruluşların mülkiyetinin devrine ilişkin hususlar, kuruluşların gördükleri kamu hizmetinin esaslarına ve özelliklerine göre ayrı kanunlarla düzenlenir.”

İkincisi ise Kanunun “Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesinin Özelleştirilmesi” başlıklı 15. maddesidir:

“Kamu hizmeti gören kuruluşların mülkiyet devri suretiyle özelleştirilmesine ilişkin konularda bu kanunun 1 inci maddesinde öngörülen ayrı kanunlarla düzenleme yapılmasına ilişkin şartlar saklı kalmak kaydıyla;

“a) 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),

“b) Bu Kanunun 35 inci maddesinin (B) bendinde belirtilen ve kamu hizmeti gören tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üreten kamu iktisadî kuruluşları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin,

“İşletme haklarının verilmesi veya kiralanması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilmesi bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapılır.

“Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadî kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri imtiyaz addolunur. Bunların dışındakiler imtiyaz sayılmaz. Bu madde gereğince imtiyaz sayılan faaliyetlerle ilgili olarak yapılacak anlaşma ve sözleşmeler imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri niteliğinde olup, diğer kanunların bu hususları düzenleyen özel hükümleri saklıdır.

5 İktisadî devlet teşekkülleri, bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ile varlıklarının ve iştiraklerindeki kamu payları; kamu iktisadî teşebbüsleri statüsü dışında kalmakla beraber sermayesinin tamamı veya yansından fazlası devlete ve/veya diğer kamu tüzelkişilerine ait olan ticarî amaçlı kuruluşlardaki kamu payları ile bu kuruluşlara ait müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ve varlıklarının, iştiraklerindeki kamu payları; Devletin diğer iştiraklerindeki kamu payları ile Hazineye ait paylar; genel ve katma bütçeli idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların ve kamu iktisadî teşebbüslerinden kamu iktisadî kuruluşlarının gördükleri kamu hizmetleri ile doğrudan doğruya ilgili olmayan varlıkları ve iştiraklerindeki paylar; belediye ve il özel idarelerine ait ticarî amaçlı kuruluşlar ile pay oranlarına bakılmaksızın her türlü iştiraklerindeki payları; genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların, mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıkları (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar ve benzeri diğer mal ve hizmet üretim birimleri) ile bu Kanunun 35 inci maddesinin (B) fıkrasında belirtilen kamu iktisadî kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim birimlerinin işletilmesi hakları.

6 Satış, kiralama, mülkiyetin gayri aynı hakların tesisi, gelir ortaklığı modeli ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruf.

“Bu madde gereğince işletme hakkı verilmesi, kiralama veya benzeri diğer yöntemlerle kullanma hakkının devri süresi 49 yılı geçemez.”

Altı çizilerek vurgulanan yerlerden anlaşılacağı üzere, Kanunda;

- (a) “kamu hizmetlerinin gördürülmesinin özelleştirilmesi” ve “diğer özelleştirmeler”
- (b) “kamu hizmeti gören kuruluşlar” ve “kamu hizmeti görmeyen kuruluşlar”,
- (c) “imtiyaz/tekel niteliğindeki faaliyetler” ve “imtiyaz/tekel niteliğinde olmayan faaliyetler” şeklinde ayrımlar yapılmıştır.

Bu ayrımlar çerçevesinde, hukuksal bakımdan özelleştirme kavramında “kamu hizmeti”, “imtiyaz” ve “tekel” kavramlarının ilk önemi kazandığı şeklinde bir ön tespit yapılabilir. Bunun ilk nedeni, sayılanlara ilişkin özelleştirmelerin Özelleştirme Kanununda ayrı ve özel düzenlemeye tâbi kılınmasıdır. Örneklersek, mülkiyetin devri yöntemi uygulanacaksa, ayrı yasal düzenleme gerekip gerekmediğinin tespiti için ilgili kuruluşun kamu hizmeti görüp görmediğinin tespit edilmesi gerekecektir. İkinci nedeni ise, bir özelleştirmenin hukuka uygun olup olmadığı tespit edilirken, hukuksal yöntem gereği “özelleştirmenin neden (hangi sebeple) yapıldığı” sorusunun yanıtlanması zorunluluğudur.⁷ Bir mal veya hizmet üretiminin “kamu hizmeti”, “imtiyaz” ve/veya “tekel” olmasının nedenleri olduğu gibi, bu üretimin kamunun elinde olmasının birbirinden çok farklı nedenleri (örn. tek elden sunmanın hizmete erişilebilirliği veya doğal tekel nedeniyle hizmetin daha ucuza üretilmesini sağlaması, özel sektör eliyle sunmanın rekabet ortamında sürdürülebilir olmaması, mal veya hizmete stratejik önem atfedilmesi, tarihsel veya güncel nedenlerle mal veya hizmet üretiminin özel sektöre yaptırılmasında sakınca görülmesi vb.) olabilir.⁸

Bir özelleştirme düzenlemesi veya işleminin hukuka uygunluğu denetlenirken, “kamu hizmeti”, “imtiyaz” ve/veya “tekel” olmanın nedenlerinin kalkıp kalkmadığının ve/veya yapılan özelleştirmenin bu nedenleri karşılayacak unsurlar içerip içermediğinin ve sonuçlar yaratıp yaratmadığının da denetlenmesi gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki; kamu hizmeti ve imtiyaz kurumları Anayasa'da öngörüldüğünden, Özelleştirme Kanunu'nda “*ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak*” olarak belirtilen özelleştirme amacı, kamu hizmeti ve imtiyaz kurumlarına karşı üstünlük kazanmamaktadır. Dolayısıyla bir özelleştirme işleminin hukuka uygunluğu incelenirken “kamu hizmeti”, “imtiyaz” ve “tekel” kavramlarına gerek duyulmaktadır. “Kamu hizmeti”, “imtiyaz” ve “tekel” gibi kavramların üstün ağırlığı kazanmadığı veya bu kavramlar tarafından kapsanmayan hallerde ise, özelleştirme bedelinin ağırlık kazanacağı açıktır. Örneklersek, bir elektrik dağıtım ağının özelleştirilmesinde “kamu hizmeti”, “imtiyaz” ve “tekel” gibi kavramlar ilk önemi kazanacak ve örneğin “en yüksek bedel” şeklindeki ekonomik değerlendirme bu kavramların ardından gelecek, buna karşılık kamu hizmetinde kullanılmayan bir arazinin özelleştirilmesinde ekonomik değerlendirme ağırlık kazanacaktır.

7 Karş. İdari Yargılama Usulü Kanunu 2. madde 1. fıkrası: “İdari dava türleri şunlardır: a) İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları (...)”.

8 Bu konularda iktisadi yaklaşımın neler söyleyebileceği aşağıda tartışılacaktır.

İmtiyaz ve tekel durumu hukuken daha kolay tespit edilebilmekte ve diğer disiplinlerce de kolay kavranabilmektedir. Buna karşılık kamu hizmeti karmaşık bir kavram olarak görünmektedir. Kamu hizmeti bakımından ön plana çıkan bir başka kavram ise “kamu yararı” kavramıdır. Kamu yararı kavramı, idari işlemlerin amaç unsurunun denetim kıstası olduğundan, özelleştirme işlemleri bakımından da önem kazanmaktadır. Bu nedenle önce kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları ile imtiyaz ve tekel kavramlarını irdelemek gereklidir.

2.1.1 Özelleştirme, Kamu Hizmeti ve Kamu Yararı

Hukuk öğretisinde kamu hizmeti, Prof. Dr. Sıddık Sami Onar tarafından yapılan “*Devlet ve diğer âmmе hükmî şahısları (kamu tüzel kişileri) tarafından veya bunların nezaret ve murakabaları, kontrolleri altında umumî ve kolektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, âmmе menfaatini sağlamak için icra edilen ve umuma arz edilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetlere âmmе (kamu) hizmeti denilmektedir*”⁹ şeklindeki tanımını izler şekilde tanımlanmakta veya açıklanmaktadır.¹⁰ Günümüz Türkçesine “Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim, denetim ve kontrolleri altında, genel ve kolektif gereksinimleri karşılamak ve tatmin etmek ve bu yolla kamu yararını sağlamak için toplumun geneline yöneltilen devamlı ve düzenli mal ve hizmet sunumları kamu hizmetidir.” şeklinde aktarılabilecek bu tanım Anayasa Mahkemesi¹¹ ve Danıştay tarafından da benimsenmiştir.

Ekleme gerekir ki; kamu hizmeti terimi, devletin/idarenin “mal veya hizmet sunumu” olarak görünüm kazanan bir faaliyetini ifade eden teknik bir terim olarak kullanılsa da, örneğin 1982 Anayasası'nın 128. maddesinin “*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*” şeklindeki 1. fıkrasında olduğu gibi Devletin/idarenin tüm faaliyetlerini kapsar şekilde de kullanılmaktadır. Dolayısıyla, kavram genişlemeye veya genişletilmeye uygun, yani esnekler.¹²

Kavramın bu esnekliği bir kenara bırakılırsa, mal veya hizmet sunumu olarak görünüm kazanan kamu hizmetinin konusu ve amacı bakımından (i) “genel ve kolektif gereksinimin karşılanması”, (ii) “kamu yararı” unsurları ve kim tarafından veya kimin gözetim ve denetiminde yürütüleceğinin tespiti bakımından “devlet/idare” unsuru belirleyici olmaktadır. Genel ve kolektif gereksinimin ve kamu yararının ne olduğu soruları bir kenara bırakılsa dahi, belirleyici unsurların birbirleriyle ilişkisi nedeniyle şu temel sorular daha ilk başta, teorik düzeyde ortaya çıkmaktadır:

9 Onar, S. S., İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt I, 3. Bası, İstanbul 1966, 13.

10 Örn. karş. Gözübüyük, A.Ş. / Tan, T., İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 4. Bası, 2006, s. 645 vd.

11 Anayasa Mahkemesi, E. 1994/43, K. 1994/42-2, Kt. 09.12.1994 (Resmî Gazete: 24 Ocak 1995/22181): “En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.”

12 Onar, kavramın bu özelliğine daha 1942’de işaret etmiştir: “Âmmе hizmeti tâbiri vazih bir tâbir değildir ve birtakım iltibaslara mahal verebilir. Acaba Devletin bütün teşebbüsleri, hattâ bir umumî menfaati temin, kolektif bir ihtiyacı tatmin için ifa ettiği tekmil faaliyetler âmmе hizmeti sayılabilir mi? Âmmе hizmetini bu kadar geniş bir manaya aldığımız zaman Devletin hükmi şahsiyeti dolayısıyla alelâde fertlerin salâhiyetlerine benzeyen haklarına istinaden meselâ hususî emlakını idare veya âdi alacaklarını tahsil için yapmış olduğu faaliyetleri de bu mahiyette saymış ve idare hukukunun mevzuuna ithal etmiş olacağız.”, Onar, S.S., İdare Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul, 1942, 174.

Genel ve kolektif gereksinimin karşılanması kamu yararını tek başına sağlar mı? Yoksa, kamu yararı genel ve kolektif gereksinimin devlet/idare tarafından karşılanmasını mı gerektirir? Yoksa, genel ve kolektif gereksinimin karşılanmasının kamu yararını tek başına sağladığı haller ile kamu yararının genel ve kolektif gereksinimin devlet/idare tarafından karşılanmasını gerektirdiği haller şeklinde ikili bir ayrım mı söz konusudur?

Bu sorulara verilecek cevapta kilit kavram “kamu yararı” kavramıdır. Yargısal uygulamaya bakıldığında da; çok esnek bir kavram olan “kamu yararı”nın değerlendirme kıstası olarak kullanıldığı görülmektedir. Bunda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun¹³ 2. maddesinde iptal davalarının “*İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları*” olarak tanımlanması ve öğreti ve yargısal uygulamada idari işlemlerin maksat (amaç) unsurunun “kamu yararı” olarak kabul edilmesinin büyük etkisi vardır. İdari işlemin amaç unsurunu oluşturan kamu yararı, idarenin, özelleştirme gibi, özelleştirme konusunun ve yönteminin seçiminden başlayıp uygulamaya yönelik şartnamenin hazırlanmasına ve teklifin kabulüne kadar birçok husustaki geniş seçim olanaklarının bulunduğu hallerde, işlemin şekil, sebep ve konu unsurları bakımından bir referans noktası oluşturmaktadır. Dolayısıyla, özelleştirme konusunda hukuksal alt yapının tam olduğu kabul edilse dahi, bir belirsizlik faktörü ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; bir yanda, kamu hizmeti tanımı uyarınca “genel ve kolektif gereksinimlerin karşılanması yoluyla kamu yararı sağlanacağından”, öte yanda, bir idari işlem olarak özelleştirme işleminin kamu yararına yönelik olması gerektiğinden, teorik düzlemde, “kamu yararının ne olduğu” sorusu yanında “kamu yararı bakımından belirleyici etmenin ne olduğu” sorusu önem kazanmaktadır: Özelleştirme öncesi durumda genel ve kolektif gereksinimin devlet/idare tarafından karşılanmakta ve kamu yararı sağlanmaktadır, ancak burada kamu yararı bakımından belirleyici etmen “genel ve kolektif gereksinimin karşılanması” mıdır, yoksa belirleyici etmen “genel ve kolektif gereksinimin Devlet/idare tarafından karşılanması” mıdır? Öte yandan, genel ve kolektif gereksinimin özel kişiler tarafından karşılanmasında, salt genel ve kolektif gereksinimin karşılanması dışında ayrıca bir kamu yararı olacak mıdır? Yargının, uygulamada karşı karşıya kaldığı sorulardan bir kısmı işte bu teorik sorulardır.

Ancak; anayasasında “idarenin kanuniliği”, yani idarenin görev ve yetkilerinin kanunla belirlenmesi ve hukukun üstünlüğü ilkeleri bulunan bir sistemde, kamu hizmetinin ne olduğu sorusunun öncelikle anayasa ve kanun esas alınarak belirlenmesi gerektiği açıktır. Dolayısıyla; belirleyici etmenin ne olduğu konusunu irdelemek için, 1982 Anayasası'nın 47. maddesinin yürürlükteki metnine bakmak yararlı olacaktır:

“Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kaldığı hallerde devletleştirilebilir.

“Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir.

“Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve

13 2577 sayılı ve 6 Ocak 1982 tarihli “İdari Yargılama Usulü Kanunu”.

varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.

“Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.”

Bu maddenin son iki fıkrası 4446 sayılı ve 13 Ağustos 1999 tarihli kanunla eklenmiş ve madde kenar başlığı da “Devletleştirme ve Özelleştirme” olarak değiştirilmiştir.¹⁴

Maddenin 1. fıkrası çok önemli iki veri sağlamaktadır: İlki, kamu hizmetinin özel teşebbüsler tarafından da görülebileceğidir. Yukarıda kamu hizmetine ilişkin olarak verilen “Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim, denetim ve kontrolleri altında, genel ve kolektif gereksinimleri karşılamak ve tatmin etmek ve bu yolla kamu yararını sağlamak için toplumun geneline yöneltilen devamlı ve düzenli mal ve hizmet sunumları” tanımı ve Anayasa Mahkemesi'nin bu tanımı izleyen “En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.” tanımı karşısında, bu verinin yeni veya şaşırtıcı olmadığı açıktır. İkinci önemli veri ise, kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin, “kamu yararının zorunlu kıldığı” hallerde devletleştirilebilecekleridir. Daha bu aşamada, kamu yararı açısından belirleyici ilk etmenin genel ve kolektif gereksinimin karşılanması olduğu tespiti yapılabilir. Ancak bu tespit, özelleştirmede başkaca bir kamu yararı bulunup bulunmadığı sorusunu tek başına yanıtlamamaktadır. Bu yanıtı ararken, 3082 sayılı ve 20 Kasım 1984 tarihli “Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul Ve Esasları Hakkında Kanun” (“Devletleştirme Kanunu”) yol göstericidir.

“Kamu yararının zorunlu kıldığı” haller, Devletleştirme Kanunu'nun 2. maddesinde, tümünün birlikte bulunması gereken üç unsurla ifade edilmiştir:

- (i) Devletleştirilecek özel teşebbüsün yaptığı hizmet veya üretiminin ülke çapında kamu ihtiyacına hitap etmesi;
- (ii) Bu hizmet veya üretimin, kontrol, rekabet, ikame veya başka yollardan sağlama imkanının bulunmaması ve
- (iii) Hizmet veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması halinde kamunun büyük zarar görmesi.

Bu üç unsur birlikte değerlendirildiğinde, devletleştirme açısından kamu hizmetinde belirleyici etmenin, “genel ve kolektif gereksinimin devlet tarafından karşılanması” değil, “genel ve kolektif gereksinimin karşılanması” olduğu yargısı doğrulanmaktadır. Öte yandan, “hizmet veya üretimin,

14 Anayasa Mahkemesi yukarıda da alıntılarımız ve Anayasa'nın 47. maddesinde 1999 yılındaki değişiklikten önce verdiği kararında (E. 1994/43, K. 1994/42-2, Kt. 09.12.1994, Resmi Gazete: 24 Ocak 1995/22181): “Anayasa'da özelleştirme konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmemesine karşın, devletleştirmeye ilişkin 47. maddeden, özelleştirme için de kimi ilkeler çıkarılabilir. Çünkü, devletleştirme, özelleştirmenin tersi bir işlemdir. Bu nedenle, devletleştirmeye yetkili organın özelleştirme konusunda da yetkili olduğunun kabulü gerekir. Nitekim öğretilerde, devletleştirme yapmaya yetkili olan organın “devletsizleştirme”ye de yetkili sayılması gerektiği görüşü çoğunluktadır.” (altı tarafımızdan çizilmiştir) demek suretiyle devletleştirme-özelleştirme kavramlarının karşılıklı niteliğini ve bu işlemlerin birbirlerinin tersine işlemler olduklarını vurgulamaktadır.

kontrol, rekabet, ikame veya başka yollardan sağlama imkanının bulunmaması” ve “hizmet veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması halinde kamunun büyük zarar görmesi” unsurları bir risk faktörüne işaret etmektedir.

Aynı dizge, özelleştirme için de uygulanırsa, şu sonuca varmak mümkündür: Bir özelleştirme işleminin hukuka uygunluğunu ölçmek için “özelleştirme sonrasında hizmet veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması halinde kamunun büyük zarar görme riski olup olmadığı” ve bununla bağlantılı olarak “riski engellemek için hangi önlemlerin alındığı ve bunların yeterli olup olmadığı” sorularına cevap vermek gerekir. Görüldüğü gibi; bir özelleştirme işleminin hukuka uygunluğu denetlenirken, sadece Özelleştirme Kanunu'nda öngörülen “ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma” amaçlarının gerçekleşmesi yeterli olmamaktadır.

Bu anlatılanlar çerçevesinde, “Özelleştirme öncesi durumda genel ve kolektif gereksinim devlet/idare tarafından karşılanmakta ve kamu yararı sağlanmaktadır, ancak burada kamu yararı bakımından belirleyici etmen genel ve kolektif gereksinimin karşılanması mı, yoksa genel ve kolektif gereksinimin Devlet/idare tarafından karşılanması mıdır? Genel ve kolektif gereksinimin özel kişiler tarafından karşılanmasında, salt genel ve kolektif gereksinimin karşılanması dışında ayrıca bir kamu yararı olacak mıdır?” şeklindeki kamu yararı sorusuna bakılırsa, sorunsalda üç boyut tespit edilebilmektedir:

- (i) Genel ve kolektif gereksinimin karşılanması Devletin/idarenin elindeyken, genel ve kolektif gereksinimler belirli nitelik ve nicelikte karşılanmakta ve kamu yararı sağlanmaktadır. Özelleştirme sonrasında bu mevcut kamu yararı durumunun korunması gereklidir. Bu, kamu yararı sorunsalının ilk boyutunu oluşturmaktadır. Buna “mevcut kamu yararı durumunun korunması gereği” veya kısa bir terim önerisi olarak “kamu yararı sorunsalının pasif boyutu” diyebiliriz.
- (ii) Özelleştirme, mevcut kamu yararı durumunun korunması dışında artı bir kamu yararı sağlayacak mıdır? Örneğin, kamu hizmetinin nitelik ve niceliği artırılacak mıdır veya Özelleştirme Kanunu göz önüne alınırsa, ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma olacak mıdır? Buna “özelleştirmede artı kamu yararı sağlama gereği” veya kısa bir terim önerisi olarak “kamu yararı sorunsalının aktif boyutu” diyebiliriz.
- (iii) Özelleştirme sonrasında hizmet veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması halinde kamunun büyük zarar görme riski var mıdır, bu riski engellemek için hangi önlemler alınmıştır ve bunlar yeterli midir? Buna “özelleştirmedeki risk faktörlerinden kaçınılması gereği” veya kısa bir terim önerisi olarak “kamu yararı sorunsalının negatif boyutu” diyebiliriz.

2.1.2 Özelleştirme ve İmtiyaz

Özelleştirme kavramına yeniden dönersek; Anayasa'nın 47. maddesine 4446 sayılı ve 13 Ağustos 1999 tarihli kanunla eklenmiş hükümlere bakıldığında, bu hükümlerin de açık bir özelleştirme tanımı getirmemiş oldukları görülmektedir.

Maddenin “özelleştirme”ye ve “yatırım ve hizmetlerin özel kişilere yaptırılması ve devri”ne ilişkin yasal düzenlemelere anayasal dayanak sağladığı açıktır. Ancak, madde metni “özelleştirme” ile “yatırım ve hizmetlerin özel kişilere yaptırılması ve devri” arasında ikili bir ayırım yapıldığı kanısını uyandırmaktadır:

Yöntem	Konu
Özelleştirme	İdarenin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıklar
Özel kişilere yaptırma ve devir	İdarenin yürüttüğü yatırım ve hizmetler

Buna karşılık, Anayasa değişikliğine ilişkin 4446 sayılı Kanun'un madde gerekçesine bakıldığında, kamu hizmetinin özel kişilere yaptırılması ve devrinin de özelleştirme kavramı içinde değerlendirildiği kanısı doğmaktadır.¹⁵

Özelleştirme kavramının, “idarenin yürüttüğü yatırım ve hizmetlerin özel kişilere yaptırılması”nı kapsayan bir kavram olup olmadığı, ilk bakışta teorik bir soru olarak görülebilir. Ancak, Anayasa'nın kamu hizmetlerinin gördürülmesi için imtiyaz usulünü öngörmüş olması¹⁶ ve Anayasa Mahkemesi'nin, 47. maddedeki değişiklikten önce, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmesiyle yaptırılmasına olanak tanıyan 3996 sayılı “Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun”a ilişkin iptal kararları¹⁷ karşısında, bu teorik sorunun pratikteki önemini ortaya koyan iki önemli soru doğmaktadır:

- (i) Kamu hizmetlerinin gördürülmesinde imtiyaz usulü anayasal asli usul müdür? Eğer öyleyse, bir kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülebileceği kanunda açık şekilde belirtilmemişse, yani tereddüt halinde, o kamu hizmetinin gördürülmesine ilişkin sözleşme imtiyaz sözleşmesi kabul edilecek ve kamu hukukuna tâbi olacaktır.
- (ii) “Özelleştirme”, “yatırım ve hizmetin özel kişilere yaptırılması”nı kapsamıyorsa, idarenin mülkiyetinde bulunan mevcut işletme ve varlıklar ile bu işletme ve varlıklarla yapılan mal ve hizmet üretimi ayrı şeyler olacak ve eğer o faaliyet özel kişilere açık değilse, işletme ve varlıkların mülkiyetinin devri veya kiralanması, bu işletme ve varlıklarla yapılan mal ve hizmet üretiminin özel kişi tarafından sürdürülmesine tek başına olanak tanımayacaktır. Öte yandan, (i) altında verilen soru “imtiyaz usulünün anayasal asli usul olduğu” şeklinde olumlu yanıtlanırsa, açık bir yasal temel olmadıkça da, faaliyetin yürütülmesine ilişkin olarak özel kişiyle özel hukuk sözleşmesi yapılamayacaktır.

İlk soruyu yanıtlamaya çalışırsak:

Anayasa'nın 47. maddesinin “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından

15 Anayasa değişikliği madde gerekçesi: “(...) Önerilen değişiklikte özelleştirme konusu, ilk kez Anayasal bir dayanağa kavuşturulmaktadır. 47 nci maddeye eklenen iki yeni fıkrada bir yandan kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usullerin kanunla gösterilmesi, öbür yandan kamu tüzelkişilerince yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceğinin kanunla belirlenmesi öngörülmektedir (...).”

16 Karş. Anayasa'nın 155. maddesinin 2. fıkrası “Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyumsuzlukları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.” (13 Ağustos 1999 tarihi ve 4446 sayılı Kanunla değişik).

17 Bu konuya Bölüm 3.9'da değinilecektir.

yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” şeklindeki 4. fıkrası ilk ağızda iki şeyi bir arada söylemektedir.

- İdare tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerin özel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği;
- İdare ile özel kişi arasındaki yaptırma ve devre ilişkin sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak akdedilmesine kanunla olanak tanınabileceğidir.

Ancak, bunlardan ikincisinden, yorumla (*e contrario*) bir üçüncü hususun çıkarılması olanaklıdır: Kanunla özel hukuk sözleşmesi akdedilmesine olanak tanınmadığı hallerde, idarenin yürüttüğü yatırım ve hizmetlerin özel kişilere yaptırılması ve devrine ilişkin sözleşmelerin kamu hukuku sözleşmeleri olacağı. Bu çıkarım, Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın kararları uyarınca, imtiyaz sözleşmelerinin kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesine yönelik kamu hukuku sözleşmeleri olduğu dikkate alındığında, anayasal asli usulün imtiyaz olduğu sonucunu doğurmaktadır.

İkinci soruya gelirse:

Anayasa'nın 47. maddesindeki “Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.” ve “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” hükümleri ayrı konuları düzenleyen hükümlerdir.

Bir işletmeyi (örn. elektrik santrali) örnek alırsak;

- “Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.” hükmü mülkiyet düzlemine (elektrik santralinin mülkiyetinin devri),
- “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” hükmü ise faaliyet düzlemine (elektrik santralinin elektrik üretmesi) ilişkindir.

Dolayısıyla, maddi bir varlık olarak işletmenin devri ile o işletmenin yürüttüğü faaliyetin devri birbirinden ayrı şeylerdir.

O zaman, bir kuruluşun veya işletmenin mülkiyetinin devredildiği hallerde, bu kuruluş veya işletmenin yürüttüğü faaliyetin, eğer ilgili faaliyet özel kişilere açık değilse, yaptırılması veya devri yasal bir düzenleme olmadıkça özel hukuk sözleşmesiyle yapılamayacaktır. Eklemek gerekir ki; kamu hizmetlerinin gördürülmesinin özelleştirilmesinden söz eden ve idarelerin tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetlerinin imtiyaz sayılacağı ve bu faaliyetlerle ilgili olarak yapılacak sözleşmelerin imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi niteliğinde olduğunu söyleyen Özelleştirme Kanunu'nun 15. maddesinde de aynı ayırım ve sistematik bulunmaktadır.

2.1.3 Özelleştirme ve Tekel

Son olarak, tekel kavramı ile kamu hizmeti ve kamu yararı kavramlarının ilişkisine bakarsak; Anayasa'nın 47. maddesi ne “tekel niteliğindeki üretimin kendiliğinden kamu hizmeti olup olmadığı” sorusunu ne de buna ilişkin bir yanıtı barındırmaktadır. Buna karşılık, Özelleştirme Kanunu'nun 15. maddesi bu soruyu doğurmaktadır.¹⁸

Bir mal veya hizmet üretiminin idarenin tekeli haline getirilmesinin tek nedeni kamu hizmeti değildir. Bizdeki gibi kamu hizmetinin özel kişiler tarafından görülebileceğinin kabul edildiği sistemlerde, bir mal veya hizmetin kamu hizmeti olmasının onun idarenin tekeli haline getirilmesinin tek nedeni olmayacağı da açıktır. Dolayısıyla, tekel niteliğinde bir faaliyetin özel kişilere devredilmesinin söz konusu olduğu bir özelleştirmenin hukuka uygunluğu değerlendirilirken;

- (i) Faaliyetin idarenin tekeli haline getirilmesindeki nedenlerin kalkıp kalkmadığı,
- (ii) Faaliyetin idarenin tekeli haline getirilmesindeki nedenlerin, faaliyetin özel kişilere devri halinde giderilip giderilmediği ve
- (iii) Tekel olan faaliyetin özel kişilere devrinin hangi artı kamu yararını sağladığı

soruları ortaya çıkmaktadır. Belirtelim ki, bu sorular, kamu yararı sorunsalının yukarıda belirttiğimiz sorularına koşut ve hatta onların kapsamına dahil sorulardır.

Özetlersek; özelleştirmenin hukuka uygunluğunda Anayasa'yla veya yasayla belirlenmiş usul ve esaslar dışındaki temel ilke, özelleştirmenin yukarıda belirtilen kamu yararı boyutlarını karşılayıp karşılamadığıdır.

2.2 Ekonomik yaklaşımda kamu yararı ve özelleştirme

Bu bölümün amacı, bir anlamda hukuk bağlamında yapılanı ekonomi bağlamında yapmaktır. Böylece özelleştirme konusunda hukuk yaklaşımı ile ekonomi yaklaşımının ne kadar birbirine denk düştüğü, birbirini nerelerde tamamlayabileceği, nerelerde birbirinden ayrıldığı veya ters düştüğü ortaya çıkacaktır.

2.2.1 Kamu yararı: etkinlik ve bölüşüm hedefleri

Kamu yararı kavramının Türkiye'de idare hukukunda çok açık bir tanımının yapılmadığı yukarıda belirtilmişti. Buna bağlı olarak kamu yararının nasıl ölçülebileceği de çok açık değildir. Ancak, uygulamaya, veya yüksek yargı kararlarına bakıldığında kamu yararı kavramının somut kullanımlarının bazı iktisadi kavramları içerdiği görülmektedir. Yukarıda “tekel” tartışmasında bunun bir örneği vardı, başka örneklerine bu çalışmanın ileriki bölümlerinde rastlanacaktır. O halde kamu

18 Karş. 15. maddedeki şu ibareler: “(...) kamu hizmeti gören tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üreten kamu iktisadî kuruluşları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin, işletme haklarının verilmesi veya kiralanması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilmesi bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapılır. Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadî kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri imtiyaz addolunur.”

yararı kavramının iktisat literatüründe nasıl tanımlandığını ve kullanıldığını gözden geçirmek faydalı olacaktır. Burada konu genel bir düzeyde ele alınacak, özellikle kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi bağlamında daha ayrıntılı bir tartışma ileride yapılacaktır (bölüm 2.4)

İktisatta kamu yararı kavramı bir toplumsal refah fonksiyonu ile özdeşleştirilir. Bir başka ifade ile alternatif politikaların veya çözümlerin değerlendirilmesi, toplumsal refah üzerindeki etkisine bakılarak yapılır. Toplumsal refah fonksiyonu, adı üstünde, o toplumun refahını temsil eder ve o toplumu oluşturan birey veya grupların refahlarının bir fonksiyonudur, onlardan türetilir. Aslında bu fonksiyonun ne tür özelliklere sahip olması gerektiği ve daha önemlisi böyle bir fonksiyonun var olup olmayacağı iktisat teorisinin tartışmalı ve henüz çözülememiş konularından biridir. İktisat politikası tartışmalarında, bu soruna genellikle ad-hoc bir çözüm bulunur ve bir toplumsal refah fonksiyonunun var olduğu varsayılır. Örneğin, toplumsal refahın, o birey veya grupların refahlarının ağırlıksız toplamından oluştuğu varsayılabılır. Gelir bölüşümüne ilişkin toplumsal hedeflerin önemli olmadığı durumlarda böylesi bir toplumsal refah ölçütü kullanmak makuldür; böyle bir refah ölçütü kullanmanın anlamı, iktisat politikasının sadece ekonomik etkinlik temelinde değerlendirilmesidir. Buna karşılık, toplumsal gruplar veya kişiler arası gelir bölüşümü önemli görülüyorsa, o zaman toplumu oluşturan birey ve grupların refahları farklı ağırlıklar ile toplanabilir.

Kavramları açmak için hukuk alanları arasında ekonomi disiplini ile en fazla etkileşimi olduğunu söyleyebileceğimiz rekabet hukuku ve politikası alanından örnek verilebilir. Bu alanda genellikle alternatif politikaların veya firma davranışlarının kamu yararına etkisini ölçmek için iki farklı ölçüt kullanılmıştır. Bunlardan birincisi tüketici artışı ile üretici artışının toplamıdır. Bu ölçüt, tüketicilere tahsis edilen bir birim refah ile üreticilere tahsis edilen bir birim refahın toplumsal refah açısından eşit olduğu varsayımına dayanır. Kullanılan bir başka ölçüt ise tüketici artışıdır, veya tüketici artışının daha fazla ağırlıklandırıldığı bir toplamdır. Gerçekten bazı ülkelerde rekabet kanununda veya bu kanunun uygulanma sürecinde esas hedefin tüketici refahı olduğu açık bir biçimde ifade edilir.¹⁹

Herhangi bir iktisat politikası alanında belirli toplumsal ve/veya bölüşüme ilişkin hedefler var ise, toplumsal refah ölçütü belirlenirken, bu hedefler de ölçüte dahil edilir. Örneğin telekomünikasyon sektöründe evrensel hizmet, yani bazı telekomünikasyon hizmetlerinin maliyetinden bağımsız olarak tüm yurttaşlar tarafından makul fiyata tüketilebilmesi zorunluluğu,²⁰ bu sektördeki farklı politikaları ölçmek için belirlenen toplumsal refah ölçütünün kapsamı içine açık bir biçimde alınır, ölçüt bu toplumsal hedefi içerecek bir biçimde belirlenir, veya optimal politika aranırken bu kısıt açık bir biçimde göz önünde bulundurulur. Bir başka ifade ile (ve belki de yaygın kanının aksine), belirlenen toplumsal refah ölçütü sadece etkinlik göstergelerini dikkate almaz, gelir

19 Örn. karş. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun 6. madde 2. fıkrası: "Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır: ... e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması." Bu konuda ayrıntılı bir tartışma için bakınız Gönenç Gürkaynak Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003.

20 Karş. 5369 sayılı Evrensel Hizmetin Sağlanması Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 2. madde: "Evrensel hizmet: Coğrafi konumlarından bağımsız olarak Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan, temel internet erişimi de dahil elektronik haberleşme hizmetlerini (ifade eder.)" Belirtmek gerekir ki evrensel hizmet kavramı bölüşüme ilişkin benzer fakat farklı başka türlü hedefler de içerebilir: örneğin, geliri belirli bir düzeyin altında olan vatandaşların asgari bir tüketim miktarına ulaşabilmesi.

dağılımı dahil olmak üzere bölüşüm ve ekonomik adalet kaygılarını veya çeşitli toplumsal hedefleri de kapsayacak bir biçimde belirlenebilir.²¹

Bir çok durumda toplumsal refah ölçütü tanımlanırken iki önemli boyut daha gözönüne alınır. Bu boyutlardan birincisi belirsizliktir. Toplumsal refahı etkileyen birçok etkeni önceden tam olarak kestirmek mümkün değildir; böyle durumlarda toplumsal refah bu etkenler hakkındaki beklentileri de içerecek şekilde tanımlanır. İkinci boyut ise gelecektir. Kuşkusuz toplumsal refah ölçütü onu oluşturan unsurların sadece bugünkü değerlerinden değil gelecekteki değerlerinden de etkilenecektir, yani dinamik bir şekilde tanımlanması gerekir. Gelecek ve belirsizlik konularına aşağıda (bkz. Bölüm 2.4.2 ve 2.4.4) daha ayrıntılı değineceğiz.

2.2.2 Özelleştirme konusu ve iki temel soru

Dar anlamıyla özelleştirme devlet mülkiyetinde olan varlıkların mülkiyetinin bir bölümünün veya tamamının devlet dışındaki aktörlere (buna özel sektör diyelim) aktarılması anlamında kullanılmaktadır. Bu çalışmada özelleştirme kavramı daha geniş ve kapsayıcı bir biçimde tanımlanmaktadır. Buna göre özelleştirme sadece varlık satışı değil, devlet tarafından üretilen/sunulan mal ve hizmetlerin (kısaca hizmetler) özel kesim aktörleri tarafından sunulmasını amaçlayan veya buna izin veren tüm sözleşme biçimlerini de kapsayacaktır. Bu tanım, yukarıda da görüldüğü gibi, 4046 sayılı Kanun'daki kullanım ile de uyumludur.²² Böylece, örneğin Yap-İşlet (Yİ), Yap-İşlet-Devret (YİD), İşletme Hakkı Devri (İHD) gibi sözleşmeler de bu tanımın kapsamı içindedir. Bu kavramsallaştırma içinde, hizmetlerin üretilmesinde kullanılan varlıkların özel kesime satılması söz konusu hizmetlerin özel kesim tarafından sunulmasını sağlamanın sadece bir biçimi olarak da algılanabilir.

Peki bu kavramsallaştırma içinde herhangi bir hizmetin devlet tarafından mı yoksa özel kesim tarafından mı sunulmasının daha doğru olduğuna nasıl karar verilebilir? Bu sorunun cevabı en azından ilkel olarak basittir: söz konusu hizmeti hangisi sununca üzerinde anlaşılmalı olan toplumsal refah ölçütü daha yüksek bir değere ulaşıyorsa, hizmeti o sunmalıdır. Daha genel olarak: herhangi bir hizmetin sunumunu düzenleyecek en uygun sözleşme biçimi, mümkün sözleşme biçimleri arasında toplumsal refahı en yüksek düzeye ulaştırabilen sözleşme biçimidir. Bir başka ifade ile bir hizmet sunumunun özelleştirilip özelleştirilmemesi konusu bir iktisadi tasarım konusudur.²³

21 Bu konuda bkz., örneğin, T. Besley, *Principled Agents: The Political Economy of Good Government*, Oxford University Press, 2007 ve H. Cremer, F. Gasmı, A. Grimaud ve J. J. Laffont "Universal Service: An Economic Perspective," *Annals of Public and Cooperative Economics*, 72:1, 5-43, 2001. İktisatta adalet kavramının ayrıntılı bir tartışması için bkz. Hasan Ersel "Rekabetçi Denge ve İktisadi Adalet", *İşletme ve Finans*, Yıl 19, No. 214 Ocak 2004, s.92-114. Gelir dağılımına ilişkin hedeflerin düzenleme politikalarına nasıl entegre edilebileceğine ilişkin önemli çalışmalardan biri için bkz. Robert D. Willig ve Elizabeth Bailey "Income Distribution Concerns in Regulatory Policymaking" Gary Fromm (ed.) *Studies in Public Regulation*, MIT Press, 1981 içinde.

22 Karş. 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu'nun "Kamu Hizmetlerinin Özelleştirilmesi" kenar başlıklı 15. maddesini 2. fıkrası: "Kamu hizmeti gören kuruluşların mülkiyet devri suretiyle özelleştirilmesine ilişkin konularda bu kanunun 1 inci maddesinde öngörülen ayrı kanunlarla düzenleme yapılmasına ilişkin şartlar saklı kalmak kaydıyla;

a) 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), b) Bu Kanunun 35 inci maddesinin (B) bendinde belirtilen ve kamu hizmeti gören tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üreten kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin, İşletme haklarının verilmesi veya kiralınması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilmesi bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapılır."

O zaman, buraya kadarki tartışma şu şekilde özetlenebilir: Özelleştirmenin kamu yararına etkisini tartışmak, iki farklı sorunun sorulması ve cevaplandırılmasını gerektirir:

1 numaralı soru: Toplumsal refah ölçütü nedir? Bu sorunun cevabı, bir toplumsal refah ölçütü üzerinde anlaşmaya varmayı gerektirir. Bu özünde salt iktisadi bir tartışma olamaz, aynı zamanda siyasi (hatta bazı hukuk rejimlerinde aynı zamanda hukuksal) bir tartışma olmak zorundadır. Ölçüt hem etkinlik hem bölüşüm ve adalete ilişkin cevaplar içerecektir.

2 numaralı soru: Bu refah ölçütünü maksimize edecek sözleşme biçimi hangisidir? Bu soru bir iktisadi tasarım sorusudur. Kuşkusuz bu soruya cevap vermek için söz konusu hizmetin özellikleri, piyasa yapısı v.s. gibi etkenler göz önüne alınmak zorunda kalınacaktır. Refah ölçütü verili iken, bu bir etkinlik/maliyet sorusu olarak düşünülebilir.

Özelleştirme tartışmalarında bu iki sorun birbirine karıştırılmamalıdır. Örneğin sağlık hizmetinin bedava olması gerektiğini söylemek, refah ölçütünün niteliği hakkında bir şey söylemek demektir. Sağlık hizmeti sunumunun rekabete açılıp açılmaması veya özel sektöre gördürülüp gördürülmemesi ise ikinci sorunun kapsamında tartışılacak bir meseledir. İkinci soruya cevap verilebilmesi için önce birinci sorunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Birinci sorunun cevabı ikinci sorunun cevabını doğrudan belirlemez. Örneğin sağlık hizmetleri bedava olsa da uygun bir mekanizma (bir sözleşme biçimi) bulunabilirse özel sektöre gördürülmesi toplumsal refahı arttırabilir. Aynı şekilde, sağlık hizmetleri paralı olsa da kamu tarafından sunulması optimal bulunabilir. İkinci sorunun cevabı, birinci soruda tanımlanan toplumsal refahın en etkin nasıl yerine getirilebileceği ile ilgili bir meseledir. Bu iki sorunun birbirinden ayrılması, en azından kamu hizmeti olarak belirlenen bir hizmetin sunumunun münhasıran devlet eliyle değil, çeşitli biçimlerde yapılabileceği görüşü, yukarıdaki hukuksal analizde ulaşılan sonuçla da uyumludur.²⁴

1 numaralı soruya yeterli bir cevap verdikten sonra, 2 numaralı soru özelleştirme işleminin odağından da sorulabilir. Söz konusu mal veya hizmetin şu anda devlet tarafından yerine getirildiği (veya söz konusu varlığın şu anda devlet mülkiyetinde olduğu) verili iken, şu veya bu biçimde özelleştirilmesi toplumsal refahı arttırır mı? Dikkat edilirse bu soru, yukarıda sıralanan kamu yararı sorunsalının pasif, aktif ve negatif boyutlarını içeren soruların tek bir soru haline indirgenmiş biçiminden ibarettir. Dolayısıyla en azından bu soyutlama düzeyinde hukuki yaklaşım ile ekonomik yaklaşım benzer sorulara yol açmaktadır. O halde iki numaralı soruyu şu şekilde yeniden formüle edebiliriz:

2 numaralı soru – alternatif formülasyon: Şu anda devlet kontrolünde olan herhangi bir faaliyet veya varlığın özelleştirilmesi toplumsal refahı arttırır mı? Veya, özelleştirme hangi şartlar altında kamu yararını arttırabilir?

23 Yine hatırlatalım: burada "sözleşme" kavramı oldukça geniş kullanılmakta, mülkiyet hakkı devrini de içermektedir.

24 Yani, kamu yararının sağlanması için genel ve kolektif gereksinimin karşılanması belirleyici unsur olması, bunun devlet tarafından karşılanmayı gerektirmemesi.

Kamu hizmetinin Türkiye'deki özelleştirme tartışmalarında merkezi bir önemi olduğu yukarıdaki hukuk tartışmasında vurgulanmıştı. Kamu hizmetlerinin nasıl belirlendiği, kamu hizmeti olarak tanımlanan bir mal ve hizmetin sunumunun ne tür ilkelere veya şartlara uyması gerektiği konularını ileride tartışacağız. Nasıl belirlenirse belirlensin, eğer soruna yukarıdaki temel soru açısından bakacak olursak neyin kamu hizmeti olduğu ve kamu hizmetinin ilkeleri özelleştirme tartışmasının birinci sorusuna ilişkin bir meseledir, yani toplumsal refah tanımının bir parçasıdır. Bu şekilde tanımlanmış bir kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesinin sonuçları ise ikinci sorunun kapsamında tartışılacak bir meseledir.

Kuşkusuz bizzat bu tanımın tesisi, neyin kamu hizmeti olarak belirleneceği bir ekonomik tartışmayı içerebilir. Örneğin kimileri herhangi bir hizmet paketinin kamu hizmeti olarak tanımlanmasına bunun devlete getireceği mali yükün çok yüksek olacağı nedeniyle itiraz edebilir. Ayrıca herhangi bir kamu hizmetinin maliyetini hesaplamak için, 2. sorunun da cevaplandırılmış olması gerekebilir (çünkü farklı cevaplar, farklı maliyetler içerecektir). Yani 1. soru ile 2. sorunun cevaplanma süreçleri etkileşim içinde olabilir.

2.2.3 Özelleştirmenin kamu yararına etkisi ve rekabetin rolü

2.2.3.1 Temel kavramsal çerçeve

Peki 2. soru bağlamında özelleştirmelerin kamu yararına etkisi konusunda öne sürülebilecek genel ilkeler var mıdır? Bunun için ekonominin bazı temel önermelerini gözden geçirmek yararlı olacaktır.

Ekonomi disiplininde iktisat politikalarına yaklaşımın temel çerçevesini iktisadın temel refah teoremi oluşturur. Buna göre, tam rekabet koşullarının var olduğu piyasalarda teşebbüsler arası rekabet, herhangi bir devlet müdahalesine gerek olmadan, etkin, yani tüketici artışı ile üretici artışı toplamını maksimize eden sonuçlar doğurur.²⁵ Dikkat edilirse, buradaki kamu yararı ilkesi, sadece ekonomik etkinliği vurgulayan bir refah ölçütüdür. Bu kısıt altında tam rekabet koşulları farklı politikaların refaha etkisini ölçmek için bir referans modeli oluşturur.

Bir çok piyasanın koşulları, tam rekabet şartını yerine getirmez. Tam rekabet şartlarının olmadığı, bir başka ifade ile piyasa aksaklıklarının olduğu durumlarda piyasa mekanizması etkin sonuçlar ortaya çıkarmaz. Bu gibi durumlarda devlet müdahalesi etkinlik düzeyini arttırabilir. İktisatta vurgulanan başlıca piyasa aksaklıkları arasında şunlar sayılabilir: Kamu mallarının varlığı, dışsallıklar, eksik bilgi, tekel gücü, ve teknolojinin artan getiri özelliği taşıması. Bu aksaklıkların bir bölümü aşağıdaki tartışmalarda önemli rol oynayacaklar ve ayrıntılı olarak irdelenecektir. Şimdilik vurgulanması gereken, bir çok şart altında devlet müdahalesinin ekonomik etkinliği (dolayısıyla kamu yararını) arttırabileceğidir.

25 Burada "devlet müdahalesine gerek duyulmadan" deyimi ile ne kastedildiğini açıklamak gerekir. Tam rekabet piyasası mülkiyet haklarının olduğunu ve korunduğunu varsayar. Dolayısıyla bir bakıma bu hakları koruyan bir devletin varlığı veri alınıp, devletin bu temel işlevinin dışında bir müdahalesinin olmadığı vurgulanmaktadır.

Kuşkusuz devlet müdahalesinin toplumsal refahı arttırabileceği durumlar sadece piyasa aksaklıklarının olduğu durumlar değildir. Toplumsal refah ölçütünün veya kamu yararı tanımının toplumsal veya gelir dağılımına ilişkin hedefler içerdiği durumlarda piyasa mekanizması toplumsal refahı maksimize eden sonuçlar üretmeyebilir. Örneğin, piyasa mekanizması, etkin, fakat gelir veya refah dağılımı açısından adil olmayan sonuçlar üretebilir. Daha somut bir örnek verilecek olursa, piyasa mekanizmasının ürettiği sonuçlar, dar iktisadi anlamda etkin olduğu halde, kamu hizmeti ve/veya evrensel hizmet gereklerini yerine getirmeyebilir. Bu durumlarda da, piyasa yapısı tam rekabet koşullarını yerine getirirse de, devlet müdahalesi toplumsal refahı yükseltebilir.

Yukarıdaki “yükseltebilir” kelimesinin altını çizmek gerekir: Bir piyasa aksaklığının varlığı, veya bir kamu hizmeti/evrensel hizmet hedefi, devlet müdahalesinin her zaman toplumsal refahı arttıracağı anlamına gelmez. Devlet müdahalesinde de aksaklıklar olabilir. Örneğin hesap verme/sorma mekanizmalarının zayıf, saydamlığın eksik olduğu durumlarda devlet müdahalesi kamu yararını değil, siyasetçilerin veya bürokratların kendi çıkarlarını koruyacak biçimde şekillenebilir. Devlet ve siyaset mekanizmasının kendisinin ne kadar kamu yararını korumaya yönelik çalıştığı, özelleştirme konusunun önemli tartışma alanlarından biridir.

2.2.3.2 Özelleştirmenin kamu yararına etkisi

Tekrar ikinci soruya dönecek olursak, bu soruya verilecek cevaplar genel olarak piyasa yapısına, piyasa aksaklıklarının niteliklerine, rekabet düzeyine, ve düzenleyici çerçevenin niteliğine bağlı olacaktır. Özetlersek, rekabet düzeyinin yüksek olduğu, ciddi dışsallıkların olmadığı²⁶ ve evrensel hizmet gibi toplumsal hedeflerin güdülmediği ortamlarda, herhangi bir işletmenin özelleştirilmesinin toplumsal refahı arttırması beklenir. Bu durumda özel üretim ve piyasa mekanizması, yukarıda sıralanan kamu yararının üç şartını kolaylıkla yerine getirecektir. Rekabet düzeyinin yüksek olduğu ve piyasa aksaklıklarının önemli olmadığı ortamlarda, bu yönelişin toplumsal refahı olumlu etkileyeceği günümüz ekonomi teorisinin temel ön kabullerinden biridir.

Bu ön kabulün nedeni şöyle açıklanabilir: Özelleştirmenin temel sonucu, işletmelerin daha güçlü bir biçimde kârlılığa ve verimliliğe yönelmesidir. Rekabet, şirketleri maliyetleri düşürmeye ve verimliliği arttırmaya iter. Oysa kamu işletmelerini rekabetten koruyan, rekabetin verimlilik üzerindeki olumlu etkisini azaltan birkaç önemli etken vardır. Birincisi, kamuya ait olan işletmelerin bütçe kısıtları özel teşebbüslere göre çok daha yumuşaktır. Zarar ettiklerinde saydam olmayan biçimlerde devletten yardım alabilirler. Bu da rekabetin verimliliği arttırıcı etkisini azaltır. İkincisi, son tahlilde siyasetçilerin kontrol ve denetiminde olmaları, işletmelerin siyasi rekabetin bir parçası olarak kullanılması olanağını yaratır. Kamusal varlıkların son tahlildeki denetçileri, siyasetçileri de oyları ile denetleyen vatandaşlardır. Ancak demokratik hesap verme/sorma mekanizmalarının şirket veya varlık yönetimini denetlemede, rekabet düzeyi yüksek olan bir piyasa mekanizmasının sağlayacağı denetimden daha az etkin olması beklenir.

26 Ekonomide dışsallık terimi, herhangi bir ekonomik birimin davranış veya seçimlerini sadece kendi refahını değil aynı zamanda başka birimlerin refahını da etkilediği durumları betimlemek için kullanılır. Böyle durumlarda tam rekabet koşulları altında bile piyasa mekanizması etkin sonuçlar doğurmaz.

Rekabetin etkisi doğrudandır: Fiyat rekabeti şirketlerin yüksek fiyat uygulamasını önler, şirketleri verimli çalışmaya iter. İyi yönetilmeyen bir şirket maliyetlerin yüksek olması, hizmet sunumunun etkin ve kaliteli olmaması gibi nedenlerle müşteri ve pazar kaybı kaybetme riski ile karşı karşıyadır. Bu riskler, şirketleri ya yönetimlerini iyileştirmeye iter, bunu yapamayan şirketler ise piyasadan çekilirler. Oysa kamu mülkiyetinde olan ve rekabetten korunan bir şirketin denetimi ancak çok daha dolaylı bir biçimde yapılabilir. Vatandaşların iyi yönetilmeyen bir şirketin yönetiminin değiştirilmesi için baskıda bulunma imkânları son derece kısıtlıdır, şirketlere doğrudan etkide bulunamazlar. Vatandaşların en etkin denetim aracı seçimlerdir bunlar da ancak belirli aralıklarla yapılır. Dolayısıyla, diğer şartlar verili iken, rekabet düzeyinin yüksek olduğu piyasalarda bir şirketin performansının rekabet yolu ile denetimi çok daha kolaydır. İşte bu nedenlerden dolayı, ortada devlet müdahalesini gerektiren açık bir neden olmadıkça, özelleştirmenin sonucunun toplumsal refah açısından olumlu olacağı söylenebilir. Bir başka ifade ile, özelleştirme şirketleri kârlılığa ve verimlilik artışına iter, rekabet de verimlilik artışının toplumsal refahı olumlu bir şekilde etkilemesini sağlar.

Ancak rekabet düzeyinin yüksek olmadığı, ciddi dışsallıkların (veya daha genel olarak, piyasa aksaklıklarının olduğu) olduğu veya evrensel hizmet gibi önemli toplumsal hedeflerin güdüldüğü ortamlarda tek başına mülkiyet devrinin toplumsal refahı olumlu etkileyeceği veri kabul edilemez. Dolayısıyla bu tür ortamlarda özelleştirmenin toplumsal refaha etkisi mülkiyet veya faaliyet devri kadar özelleştirmenin nasıl yapıldığına ve düzenleyici çerçevenin niteliğine bağlıdır. İleriki bölümlerde bu konular ayrıntılı bir biçimde tartışılacaktır.²⁷

2.2.3.3 Özelleştirmenin hedefleri

Aslında bu tartışma, özelleştirmenin muhtemel gerekçesi hakkında da önemli ipuçları verir. Eğer piyasa yapısının tam rekabete yakın olduğu durumlarda özelleştirmenin kamu yararına etkisi olumlu olursa, o zaman özelleştirmenin başlıca hedeflerinden birinin verimliliği arttırmak olduğu söylenebilir. Nitekim bu hedef, Türkiye'de özelleştirmelerin yasal çerçevesini oluşturan Özelleştirme Kanununda açıkça belirtilmiştir.

Genellikle özelleştirmelerin toplumsal refaha bir de kamu maliyesi yolu ile olumlu bir etkide bulunacağına inanılır. Burada ileri sürülen bir görüş, özelleştirmelerin kamu gelirlerini arttıracığıdır. Ancak bu görüş yanıltıcı olabilir. Özelleştirme geliri elde etmenin zamanlamasını değiştirebilir, ancak gelir artışına neden olması için mutlaka bir verimlilik artışının gerçekleşmesi gerekir. Şöyle ki: Bir özelleştirme işleminden elde edilecek gelir en fazla özelleştirilen varlıkların gelecekte yaratması beklenen gelirin o günkü değerine²⁸ eşit olabilir. Varlık devletin elinde kalınca elde edilecek gelirin o günkü değeri D olsun. Özelleştirme sonrası bir verimlilik artışı olmaz ise özel mülkiyet altında da o değer D olur, dolayısıyla özelleştirme fiyatı D 'yi geçemez. Sadece devlet geleceği beklemek yerine D 'yi hemen elde edebilir. Halbuki eğer yeni sahibin verimliliği arttırması beklenirse o zaman özelleştirme

27 Yakın geçmişte özelleştirmelerin toplumsal refaha etkisinin piyasa yapısına bağlı olduğu konusundaki ilk uyarılardan birini G. Yarrow Birleşik Krallık'taki özelleştirmeleri değerlendirdiği makalesinde yapmıştı. Bkz. Yarrow, G. "Privatization", *Economic Policy*, April 1986, s. 322-77.

28 Gelecekte beklenen değer o günkü değeri, yani gelecekteki gelirlerin uygun bir iskonto haddi kullanılarak indirgenmiş toplamı.

sonrası beklenen değer D'_{yi} geçebilir. Satış sırasında yeterli rekabet tesis edilirse, o zaman bu değer artışının bir bölümünün veya hepsinin satış bedeline yansması beklenebilir. Yani gerçek anlamda gelir artışı için muhakkak verimlilik artışının beklenmesi gerekir; yani kamu gelirlerinin artışı verimlilik artışı hedefinden bağımsız bir hedef teşkil etmez.

Kamu maliyesine ilişkin bir başka argüman ise özelleştirmenin kamunun yatırım yükünü azaltabileceği şeklindedir. Eğer kamu kesiminin borçlanma maliyeti çeşitli nedenlerden dolayı özel kesimin borçlanma maliyetinden yüksek ise, kamu hedeflerine uygun yatırımların özel kesim tarafından finanse edilmesi toplam yatırım maliyetini azaltabilir. Daha genel bir ifade ile, kamu kesimi fonlarının fırsat maliyeti özel kesim finansmanının fırsat maliyetinden yüksek ise o zaman özelleştirme toplumsal refahı olumlu bir biçimde etkiler. Örneğin kamu borcunun aşırı yüksek olduğu durumlarda risk algısı yükseldiğinden kamu kesimi kaynaklarının maliyeti özel kesim kaynaklarından daha yüksek olabilir.

Kimi zaman özelleştirmenin verimlilik artışı hedefi ile gelir hedefi birbiriyle çelişebilir. Örneğin telekomünikasyon sektöründe uzun dönemli verimlilik artışı, rekabetin artmasına bağlıdır. Hâlbuki rekabetin artması, birçok durumda, yerleşik işletmecinin (Türkiye örneğinde Türk Telekomünikasyon A.Ş.) özelleştirilmesinden elde edilecek geliri azaltır. Böylesi durumlarda kamu yararının gözetilmesi, verimlilik artışı hedefinin ve bunu gerçekleştirmenin yolu olan rekabetin tesis edilmesine yönelik adımların atılmasının gelir artışı hedefinin önüne geçmesini gerektirir.²⁹

2.2.4 İktisatta kamusal mal kavramı ve kamu hizmeti kavramından farkı

Piyasa mekanizmasının etkinlikten uzaklaştığı en çarpıcı örnek kamusal mallar örneğidir.³⁰

Kamusal mal ve hizmetlerin bazı özellikleri bunların piyasa mekanizması yolu ile sunulmasını olanaksız kılar. Peki nedir kamusal malların özellikleri? Bu özellikler, hizmetin tüketiminin ne kadar “dışlayıcı” (*exclusionary*) ve ne kadar rekabetçi (*rivalrous*) olduğu/olmadığıdır. Bir malın tüketiminin “dışlayıcı” olmaması şu demektir: O mal bir kez sunulunca, tekil tüketicilerin o malı tüketmesi önlenemez (dolayısıyla o malın tüketimi bir tarifeye/ödemeye bağlanamaz). Örneğin temiz havanın tüketimi bu anlamda dışlayıcı olmayan bir tüketimdir. Aynı şekilde, devlet bir kez ulusal güvenlik sağladığı zaman, bundan tekil tüketicilerin faydalanmasını önlemek mümkün değildir. Bir malın tüketiminin “rekabetçi olmaması” (*non-rival*) olması ise bir kişinin tüketiminin, tüketicilerin geri kalanına kalan miktarı azaltmaması anlamına gelir. Bir başka ifade ile, herhangi bir üretim düzeyinde,

29 Pratikte hükümetlerin sıklıkla bu ilkeyi göz ardı ettikleri görülmüştür. Örneğin Türkiye’de Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin özelleştirilmesi sırasında gelir hedefinin öncelik kazandığı kanısı yaygındır. Bkz. İzak Atiyas “Competition and Regulation in the Turkish Telecommunications Industry”, TEPAV Yayını, 2005, www.tepav.org.tr

30 Hemen vurgulamak gerekir ki, kamusal mal deyiminin ekonomideki anlamı ve kullanım biçimi, hukuktaki anlamı ve kullanım biçiminden çok farklıdır. Burada anlatıldığı gibi ekonomide kamusal mal deyimini söz konusu mal veya hizmetin özelliklerini anlatmaktadır. Halbuki hukukta kamu malı ve kamusal mal deyimleri kamunun uhdesinde (yani mülkiyetinde, hüküm ve tasarrufu altında veya mülkiyeti özel kişide olmakla birlikte kamunun kullanımında) olan malları ifade etmektedir. Örneğin, hukukta “yol” bir kamu malıdır (kamusal maldır); buna karşılık yol yapımı ve bakım-onarımı kamu hizmetidir. Halbuki iktisatta yol dışlayıcı olmadığından kamusal mal değildir. Yani “kamusal mal” deyimindeki “kamu” kelimesi iktisat ve hukukta malın farklı yönlerini tasvir etmek için kullanılmaktadır. Farkı daha açık görebilmek için deyimlerin İngilizce karşılıklarına başvurmak yararlı olabilir: İktisatta kullanılan “kamusal mal” deyiminin İngilizcesi “public goods”dur. Hukuktaki kamu malı deyiminin İngilizcesi ise “public property”dir.

o malın ek bir tüketici tarafından daha tüketilmesinin (marjinal) maliyeti sıfırdır (örneğin trafik sıkışıklığının olmadığı zamanlarda Boğaziçi köprüsünün tüketimi rekabetçi değildir; çünkü herhangi bir aracın köprüden geçmesi diğerlerini engellemez. Halbuki trafik sıkışık olunca köprüye bir aracın daha eklenmesi, bir başka aracın girmesini zorlaştırır. Aynı şekilde normal şartlar altında açık hava ortamında temiz havanın tüketimi rekabetçi değildir).³¹

Tüketimleri dışlayıcı ve rekabetçi olmayan malların tüketiminde bir bedavacılık sorunu ortaya çıkar: Hiçbir tüketicinin bu hizmetin sunulması için bir bedel ödeme özendirimi yoktur (hizmet bir kez sunulduğunda kendisi de bedavaya tüketebilir.) Fakat bu durumda söz konusu mal piyasa mekanizması tarafından üretilemez. Bu durumda söz konusu malın sunulabilmesi için muhakkak bir kolektif irade gerekir, yani hizmetin parası ve finansmanı bir kolektif idare tarafından karşılanmak zorunda kalınır. İşte iktisat disiplininde bu tür mallara kamusal mal denir. Adalet, ulusal güvenlik, akla ilk gelen kamusal mallardır. Piyasaların kamusal malların üretimini sağlayamadığı iktisadın en standart önermelerinden biridir. Dolayısı ile kamusal malların üretimi için piyasa dışı bir mekanizma, bir kolektif edim gerekir. Bu genellikle devlettir.

Kamusal mal kavramı ile altı çizilmeye çalışılan sorun şudur: Bir mal kamusal mal ise, o zaman kişilerin o malı tüketmekten aldıkları yarar malın maliyetinden yüksek olduğu halde piyasa mekanizması o malı üretmez, dolayısıyla kamusal mal üretimi konusunda bir piyasa aksaklığı vardır. Bu aksaklığın giderilmesi için piyasaya müdahale gerekir. Yani bu yönü ile kamusal mal kavramı bir piyasa aksaklığına veya etkinsizliğine işaret eder. Ekonomik anlamda bu çeşit bir piyasa aksaklığı veya etkinsizliği, hukuk bakımından ele alınırsa, üstün kamu gücünün doğrudan kullanımı olarak kendini gösteren yargı (adalet hizmetleri) ve kolluk faaliyetleri (örn. ulusal güvenlik, polis, jandarma, zabıta veya piyasa denetimi hizmetleri) ile belirli kamu hizmetlerinde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, ekonomik anlamda kamusal malların, hukuk bağlamında niteliğine göre kolluk veya kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi gereken mal ve hizmet türlerinin başında geldiği kanısındayız.

Özellikle vurgulamak gerekir ki; ekonomideki kamusal mal kavramı ile hukuktaki kolluk ve kamu hizmeti kavramları eşanlamlı kavramlar değildir. Kamu hizmeti bakımından örneklersek; bir kamu hizmeti sayılan elektrik hizmeti iktisadi anlamda bir kamusal mal niteliği taşımaz. Elektrik tüketimi hem dışlayıcıdır (tüketicilerin tükettikleri elektrik karşılığı bir bedel ödemesi sağlanabilir) hem de rekabetçidir (bir kişinin daha bir birim daha elektrik tüketmesinin ek maliyeti sıfırdan büyüktür). Elektrik hizmetinin kamu hizmeti olarak belirlenmesinin arkasında başka türlü bir mantık, bir evrensel hizmet mantığı yatar. Buna karşılık, 4. bölümde tartışılacağı gibi, ekonomik yaklaşıma göre kamusal mal özelliği gösteren mal ve hizmetlerin büyük bölümü, hukuken kolluk veya kamu hizmeti niteliğindedir.³²

31 Bazı mallar dışlayıcıdır ama rekabetçi değildir (örneğin trafik sıkışıklığının olmadığı zamanlarda köprü veya otoyol). Bu mallara kulüp malları denir. Bazı mallar dışlayıcı değildir ancak rekabetçidir (örneğin özel mülkiyet altında olmayan bir gölde balık avlamak). Bunlara da ortak havuz malları denir.

32 Bu çalışmada, 4. bölümde irdelenen "araç muayene istasyonları" vakası dışında kolluk hizmetlerinin özelleştirilmesi konusu ele alınmayacaktır. Eğer hapishaneler bir kolluk hizmeti olarak ele alınabilirse, bu tür hizmetlerin özelleştirilmesinde ortaya çıkabilecek sorunlar hakkında ilginç bir tartışma için bkz. Oliver Hart, Andrei Shleifer ve Robert W. Vishny "The Proper Scope of Government: Theory and an Application to Prisons", Quarterly Journal of Economics, November 1997, s. 1127-1161.

Kamusal malların sunumunu sağlamak için kolektif bir irade gerekir. Ancak bu, o malın kâr amacı güden bir özel kesim şirketi tarafından üretilmemesi gerektiğini ima etmez. Devlet, o malın üretilmesi işini herhangi bir sözleşme türü altında yaptırabilir. Yani, tekrar edecek olursak, bir kamusal malın da toplumsal refahı en çoklaştırmak için nasıl üretilmesi gerektiği ayrı bir sorudur (yukarıdaki 2 numaralı soru). Fakat sözleşme türü ne olursa olsun, kamusal malların finansmanının devlet tarafından yapılması gerektiği söylenebilir. Örneğin devlet malın üretilmesi için bir ihale açabilir, üretim işi mali en düşük fiyata üretmeyi taahhüt eden özel teşebbüse verilebilir; veya malı doğrudan bir kamu teşebbüsü üretebilir, vs.

2.2.5 Kamu yararı ile rekabet düzeyi arasındaki ilişki

Bu bölümü bitirmeden önce özelleştirmede piyasa yapısı (daha doğrudan bir ifade ile rekabet düzeyi) ile kamu yararı ve kamu hizmeti kavramları arasındaki ilişkiyi kısaca irdelemek yararlı olacaktır. Bir çok piyasada rekabet düzeyi tam rekabet koşullarına yakın değildir. Bundan da öte, bizzat işletmelerin davranışı piyasalarda rekabeti kısıtlayabilir. Çağdaş kapitalist ülkelerde rekabetin korunması amacıyla rekabet hukuku oluşturulmuş, bu hukuku uygulamak üzere rekabet otoriteleri kurulmuştur. Rekabet otoritelerinin etkin bir biçimde görevlerini yerine getirdiği ortamlarda, piyasa şartları tam rekabet koşullarından uzaklaşsa bile, toplum eksik rekabetin olumsuz sonuçlarından korunabilir. Özelleştirme bağlamında rekabet hukuku ve rekabet politikasının iki yönden önemi vardır. Birincisi, rekabet hukukunun varlığı, özelleştirme sonuçlarının eksik rekabet ortamında da kamu yararına uygun olmasını sağlayabilir. İkincisi, rekabet otoritesi özelleştirme işlemlerini rekabet açısından denetleyebilir; rekabeti önemli ölçüde bozma potansiyeli taşıyan işlemleri engeller veya şartlara bağlar. Nitekim aşağıdaki örneklerde görüleceği gibi Türkiye'de rekabet otoritesi özelleştirmelerde böyle bir denetim görevini yerine getirir.

Ancak bazı piyasa yapılarında rekabet hukukunun varlığı da kamu yararını tekeli davranışa karşı korumada yetersiz kalabilir. Bunların başında özelleştirilen şirketin doğal tekel olduğu durum gelir. Elektrik, telekomünikasyon, su ve demiryolu sektörlerindeki kimi hizmetlerin sunumunun maliyet yapıları öyledir ki, sadece bir işletme tarafından yerine getirildiğinde en düşük maliyet düzeylerine erişilir. Dolayısıyla bu hizmetlerin sunumunda rekabetin gelişmesi çok zordur veya mümkün değildir. Telekomünikasyon sektöründe teknolojik gelişmeler artık bir çok hizmette rekabeti mümkün kılmaya başlamıştır, ancak kimi hizmetler (özellikle sabit hatlarda yerel şebekeye erişim hizmetleri) hala fiili tekel durumundadır. Elektrik sektöründe ise dağıtım ve iletim doğal tekel özelliklerini korumaktadır.

Farklı ülkeler bu doğal tekel durumuna/sorununa farklı çözümler bulmuşlardır. Amerika Birleşik Devletleri'nde bu tür hizmetler çoğunlukla düzenleme altında olan özel şirketler tarafından sunulmuştur. Bu şirketlerin fiyatları, yatırımları ve, sundukları hizmetin kalitesi gibi konular, şirketlerin toplumsal refah kıstaslarına uygun davranmaları amacı ile devlet tarafından düzenlenmiştir. Buna karşılık Avrupa, Güney Amerika ve Türkiye gibi ülkelerde son 15-20 yıla kadar bu tür hizmetler doğrudan devlete ait çeşitli kamu kuruluşları aracılığı ile sunulmuştur. Son 15-20

içinde ise bir çok ülkede doğal tekel özelliği gösteren varlıklar özelleştirilmiş, ancak teknelci davranışı önlemek için düzenleme altına alınmıştır.

Doğal tekel kavramı Türkiye'deki özelleştirmeler bakımından önem taşımaktadır. Şöyle ki, idare hukukunun özelleştirme ve kamu hizmeti bakımından karşılaştığı örnekler genelde doğal tekellerdir. Her doğal tekel konusu hukuken kamu hizmeti, her kamu hizmeti de doğal tekel konusu olmamakla birlikte, devlet ve doğal tekel faktörlerinin bir araya gelmesi “kamu hizmeti mi” sorusunun daha güçlü şekilde sorulmasına neden olmaktadır.³³

Bu tür ciddi rekabet eksikliğinin çekildiği piyasalarda mal üretiminin hangi tür bir sözleşme ile hayata geçirilmesinin kamu yararına uygun olduğu (yani bu tür piyasalarda ikinci soruya ne tür cevaplar verilebileceği) hakkında ortak bir kanı henüz oluşmamıştır. Kamu işletmeciliği, düzenleme, imtiyaz ve benzeri sözleşmeler akla gelebilecek farklı çözümlerdir. Bu farklı çözümleri karşılaştırabilmek için aşağıdaki bölümde kamu hizmeti kavramı ayrıntılı bir biçimde tartışılacaktır. Daha sonra ise “kamu hizmetinin özelleştirilmesinde kamu yararının korunması” konusu irdelenecektir.

2.3 Kamu hizmeti kavramı

Kamu hizmeti kavramı gerek özelleştirmenin hukuksal altyapısının gelişmesinde, gerek (bir sonraki bölümde görüleceği gibi) yüksek yargının tekel özelleştirme işlemlerini denetlemesi sürecinde kritik rol oynamıştır. Bu rolü daha iyi anlamak için, kamu hizmeti kavramını uluslararası karşılaştırmalı bir perspektif içinde değerlendirmek yararlı olacaktır.

2.3.1 Farklı hukuk geleneklerinde kamu hizmeti kavramı ve yüksek yargının rolü

Kamu hizmeti konusunda iki farklı geleneğin varlığından söz edilebilir. Bu geleneklerden birincisinde, kamu hizmeti kaynağını anayasadan alan bir hukuk doktrini olarak şekillenmiştir. Bu Kıta Avrupası geleneğini en doğrudan temsil eden örnek muhtemelen Fransa'dır. Bu gelenek içinde toplumsal dayanışmayı sağlamak devletin temel görevlerinden biri olarak görülür ve kamu hizmeti bu görevin yerine getirilmesinde merkezi bir rol oynar. Bu öncüllerle anayasa mahkemesi, idare mahkemeleri ve akademik hukuk yazını geniş ve ayrıntılı bir doktrin oluşturmuştur. Kullanılan standart tanımlardan biri şöyledir: “Fransız kamu hukukunda kamu hizmeti bir kamu veya özel aktör tarafından yerine getirilen ve muamelede eşitlik, değişen ihtiyaçlara uyum ve arz güvenliği gerektiren özel bir yasal rejime tabi olan faaliyettir”.³⁴ Görüldüğü gibi, bu tanım kamu hizmetinin karşılamakta olduğu zorunlu özellikleri de barındırır. Yüksek mahkeme kararlarına göre, örneğin, özelleştirmelerden sonra da kamu hizmeti hedef veya yükümlülükleri devam etmek zorundadır.

33 Hukuksal alt yapı da buna uygundur. Örneğin 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesindeki Kamu İktisadi Kuruluşu tanımı: “...sermayesinin tamamı Devlete ait olup, tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsüdür.”

34 Debene ve Raymundie (1996); aktaran Prosser (2005b)

Bu konuda öteki uca bir örnek Birleşik Krallık'tır. Bu ülkede 1940'larda gerçekleşen devletleştirmelere kadar kamu hizmetini korumaya yönelik mahkeme kararları görülse de sistematik bir yasal çerçeve yoktur. Devletleştirmeler ile birlikte, yine bir kamu hizmeti hukuku veya genel ilkeleri yaratılması yoluna gidilmemiştir. Kuşkusuz bir ülkede kamu hizmeti hukuku geleneğinin olmaması bu ülkede devletin kamu hizmeti sunmadığı anlamına gelmez. Tersine, Birleşik Krallık örneğinde olduğu gibi başta eğitim ve sağlık olmak üzere bir çok hizmet merkezi devlet veya yerel yönetim tarafından ya sunulmuş ya da özel sektöre gördürülmüştür. Ancak, kamu hizmetlerinin kapsamı ve özellikleri gibi konuları çevreleyen genel bir hukuk altyapısı yoktur. Prosser'ın (2005a) deyişiyle “kamu hizmeti değerlerinin korunması siyasetin işiydi, hukukun değil” (s. 549). Aynı şekilde, ne tür hizmetlerin kamu hizmeti olacağı konusunda da yasa koyucu tek yetkili durumdadır, bu tanımlama sürecinde yüksek yargının ciddi bir katkısı yoktur. Bu durumun son yıllarda değişmeye başladığı ve evrensel hizmet bağlamında elektrik ve telekomünikasyon gibi sektörlerdeki evrensel hizmetin düzenleyici çerçevenin asli bir ögesi olmaya başlaması ile kamu hizmeti konusunda daha sürekli ve sistematik bir yasal çerçevenin oluşmaya başladığı söylenebilir.

Kuşkusuz kamu hizmeti hukuku geleneği olsun veya olmasın, yasa koyucunun her zaman belirli mal ve hizmetleri kamu hizmeti olarak tanımlama yetkisi vardır. Ancak kamu hizmeti hukuku geleneğinin olduğu sistemlerin bir önemli ve ayırt edici özelliği, kamu hizmeti kavramının anayasa ve vatandaşlık kavramlarından kaynaklanması ve bu arada hangi mal ve hizmetlerinin kamu hizmeti olduğuna yasa koyucunun yanı sıra yüksek yargının da karar vermesidir. Bu ülkelerde anayasa ve idare hukuku buna olanak tanımaktadır. Bu şekilde oluşan içtihat, bir anlamda o zamana kadar kamu hizmeti olarak tanımlanan mal ve hizmetlerin bir tür yasal güvenceye kavuşmasını sağlamıştır; bu hizmetleri sunmak devletin görevleri arasında sayılmaktadır.

Hangi hizmetlerin kamu hizmeti olacağı konusunda yüksek yargının rolü, Türkiye örneğinde açık bir biçimde görülebilir. Gerçekten yüksek yargı, bir dizi kararında bir çok mal ve hizmeti kamu hizmeti olarak tanımlamıştır. Örneğin:³⁵

- Kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması
- Elektrik üretim, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler
- Köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisleri, kanalizasyon, otoyol, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi

Yasa koyucunun hangi hizmetleri kamu hizmeti kabul ettiği de zaman içinde değişim gösterebilir. Örneğin telekomünikasyon sektöründe evrensel hizmet kapsamı yakın zamana kadar ses hizmetlerini içerirken, artık internet ve geniş bant hizmetleri de evrensel hizmet kapsamında düşünölmeye başlanmıştır. Türkiye'de de 5369 numaralı Evrensel Hizmet Kanunu³⁶ temel internet

35 Tan, Turgut, İdare Hukuku Cilt 1, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 647.

36 Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG. 25.06.2005.

hizmetlerini evrensel hizmet kapsamına almıştır.

Hangi mal ve hizmetlerin kamu hizmeti sayılabileceği idare hukukunda önemli tartışma konularından biridir. Literatürde bu konuda “objektif” ve “sübjektif” yaklaşımlardan söz edilmektedir.³⁷ Objektif kamu hizmeti anlayışına göre belirli mal ve hizmetler, objektif bazı özelliklerinden dolayı kamu hizmetidirler. Sübjektif kamu hizmeti anlayışına göre siyasi irade neyin kamu hizmeti olacağına karar verirse, o mal veya hizmet kamu hizmetidir. Özellikle Fransa'da ortaya çıkan bu tartışma Türkiye'de de sürmektedir. Sübjektif yaklaşımı savunan hukukçular, objektivist yaklaşımı neyin kamu hizmeti olacağını belirlenmesi sürecinde yasama organı ve siyaseti devre dışı bırakmakla eleştirmektedirler.³⁸ Objektivist tutuma yakın hukukçular ise T.C. Anayasası'ndaki sosyal devlet ilkesinin neyin kamu hizmeti olduğu konusunda bir anayasal denetimi gerekli kıldığını savunmaktadırlar. Her halükarda, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında objektivist bir yaklaşım içinde olduğu ve bazı hizmetlerin özelliklerinden kalkınarak kamu hizmeti olarak belirlenebileceğini belirtmiştir. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi burada kamu hizmeti hukuku geleneği olarak betimlenen geleneğe sadık kalmıştır.

İlginçtir ki, bu konudaki iktisadi perspektifi hukuki terimlerle betimlemeye kalkacak olsak, iktisadi perspektifin hem objektivist hem de sübjektivist yaklaşımın öğelerini taşıdığını söyleyebiliriz. Yukarıda tartışıldığı gibi iktisadi perspektife göre bazı mallar (kamusal mallar) *kendilerine özgü özelliklerinden dolayı* piyasa mekanizmasının kendi başına üretemeyeceği mallardır, bu mal ve hizmetlerin üretilmesi için bir kolektif irade gerekir. Dolayısıyla kamusal mallar özelinde iktisadi perspektifin oldukça “objektivist” olduğu söylenebilir. Öte yandan “evrensel hizmet” yaklaşımında böylesi bir objektivist tutumun var olduğu pek söylenemez.

Kanımızca buradaki esas tartışma veya anlaşmazlık noktası hangi mal ve hizmetlerin sunumunun devlet güvencesi altında olacağı konusunda karar verme yetkisinin kimde olacağı ve bu yetkinin siyasi irade ile yüksek yargı arasında nasıl paylaşılacağıdır (veya yüksek yargının bu konuda bir yetkiye sahip olmasının doğru olup olmadığıdır). Bu sorun, demokrasi, demokratik denetim, temel vatandaşlık hakları vb. derin konuları içeren önemli bir sorundur. Bu soruna cevap bulmak bu çalışmanın amaçları dışındadır. Ayrıca, bu çalışmanın amaçları açısından, bu sorun konusunda tavır almamak ciddi bir eksiklik oluşturmamaktadır. Çünkü: Birincisi bu çalışma bir yere kadar mevcut anayasa hukuku kültürünü veri almak zorundadır. İkincisi ve daha önemlisi, her ne kadar Anayasa Mahkemesi objektivist bir yaklaşım sergilese de, iktisadi açıdan bakıldığında, yüksek mahkemenin neyin kamu hizmeti olduğu hakkındaki kararları iktisadi ilkeler ile ciddi bir çatışma içinde değildir. Yukarıda sayılan örnekler (elektrik, telekomünikasyon, liman, su, kanalizasyon, vb) iktisadi açıdan ya kamusal mal, ya doğal tekel, ya da evrensel hizmet olarak sunulması konusunda yaygın bir kanının olduğu hizmetlerdir.

37 Ali Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004; Cem Çağatay Orak, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Dayınları Hukuk Yayınları, Ankara, 2006. Ayrıca bkz. Gözübüyük/ Tan, İdare Hukuku, s. 646 vd.

38 Bu ve başka eleştirilere örnek olarak bkz. Ali Ulusoy, a.g.e., s. 25 v.d.

2.3.2 Avrupa Birliği'ndeki gelişmeler: Genel Yarar Hizmetleri³⁹

Avrupa Birliği ve özellikle Avrupa Komisyonu'nun kamu hizmeti kavramına yaklaşımının son 10-15 yılda ciddi bir değişim geçirdiği söylenebilir. 1990'ların başlarında kamu hizmeti kavramı ağırlıklı iç pazarın oluşmasını sınırlayan bir konu olarak görülüyordu; bir başka ifade ile, kamu hizmeti kavramına bir yasal zemin yaratmaktan kaçınmak anlamında Anglo-Sakson bir yaklaşım hakim gibi gözükiyordu. Bu durum zaman içinde değişmeye başlamıştır.⁴⁰ Avrupa Komisyonu'nun 1996 tarihli Genel Yarar Hizmetleri Üzerine Duyuru'daki (*Communication*) yaklaşımı genel olarak sınırlı idi ve bildiri kamu hizmetlerinin sunumunda piyasa mekanizmasının daha etkin olduğunu bildirmekten çok öteye gitmiyordu. Prosser'e göre bu konudaki yaklaşımda esas değişiklik 1997'de imzalanan Amsterdam Antlaşması ile Avrupa Birliğini Oluşturan Antlaşma'ya eklenen 16. madde ile ortaya çıktı. 16. Madde genel yarar hizmetlerinin Birliğin ortak değerlerinde aldığı yerden ve toplumsal ve bölgesel (*territorial*) kaynaşmaya (*cohesion*) ulaşmadaki rolünden bahsetmekte ve üye devletlerin “bu hizmetlerin misyonlarını yerine getirmesine imkan verecek ilkeler ve koşullarda işlemlerini” sağlamaları gerektiğini belirtmektedir. Bunun tam olarak ne anlama geldiği konusunda farklı yorumlar yapılmıştır; kimi yorumcular bu değişikliğin bir göz boyamadan ibaret olduğunu belirtirken, kimileri de genel yarar hizmetlerince temsil edilen değerlerin Avrupa vatandaşlığı kavramının gelişmesine bir temel teşkil edebileceğini savunmuştur.⁴¹

Komisyon'un bunu takip eden 2000 tarihli Duyuru'sunda (*Communication*) genel yarar hizmetlerinin etkin bir biçimde geliştirilebilmesi için bir ilkeler dizisi ortaya konmuştur: Örneğin, kullanıcılar açısından evrensel erişim, kalite ve erişilebilirlik; ayrıca temel yükümlülüklerin açık bir biçimde tanımlanması, saydamlık, seçim hakkı, tedarikçiler arasında rekabet ve gerekli olan hallerde işletmecilerden bağımsız olan düzenleyici otoritelerin oluşturulması.

Komisyon'un 2003 yılında yayınladığı Yeşil Kitap'ta kamu hizmetlerine olumlu bir yaklaşım sergilenmiş, genel yarar hizmetlerinin vatandaşların yaşam kalitesini yükseltme ve toplumsal dışlanışlığı önlemedeki önemi vurgulanmıştır. Yeşil Kitap aynı zamanda genel yarar hizmetleri konusunda bir “Çerçeve Direktif” oluşturmak için tartışma sürecini başlatmıştır. Yeşil Kitap'ın sorduğu önemli sorulardan biri de genel yarar hizmetleri konusunda sektörlerarası bir ortak kavramsallaştırmanın mümkün olup olmadığıdır. Bu sorulara üye devletlerin verdiği cevaplar bir ortak görüş yansıtmaktan oldukça uzaktır. Belki de bu yüzden Yeşil Kitap'ı takip eden Beyaz Kitap'ta (2004) henüz bu konuda bir çerçeve önergesi önerilmemiştir.

Ancak bu arada evrensel hizmet konusunda özellikle elektronik haberleşme ve enerji sektörlerindeki serbestleşme süreçlerinde önemli adımlar atılmıştır: Elektronik haberleşmeye ilişkin

39 Bu bölümde özellikle şu kaynaklardan yararlanılmıştır: Prosser, T. “Competition Law and Public Services: From Single Market to Citizenship Rights?” *European Public Law*, Cilt 11, No 4, s. 543-563, 2005, ve Prosser, T. *The Limits of Competition Law: Markets and Public Services*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

40 Prosser'a göre bu değişikliğin temelinde muhtemelen hem iç pazar hedeflerine büyük ölçüde ulaşılmaya başlanması, hem de siyasi mücadele, özellikle Fransız ve Belçika hükümetlerinin tutumu ve kamu hizmet konusunu bayrak edinen sivil toplum kuruluşlarının baskısı vardı.

41 Prosser, T. *Limits of Competition Law*, s. 160-61.

yeni düzenleme çerçevesinde evrensel hizmetler konusunda bir yönerge (*directive*) yayınlanmış ve böylelikle evrensel hizmet hukuksal güvence altına alınmıştır. Enerji konusundaki yönergelerde ise üye devletlere açık bir biçimde bir dizi kamusal hizmet yükümlülüğü yükleme hakkı tanınmıştır.

2.3.3 Kamu hizmetinin ekonomik özellikleri

Kamu hizmeti kavramının önemli özelliklerinden biri, devletin bu hizmetin sunumunu sağlamakla görevlendirilmiş olmasıdır. Peki ekonomi disiplini ne tür mal veya hizmetlerin kamu hizmeti olması gerektiği konusunda ne tür öngörülerde bulunabilir? Bir kere, yukarıda tartışılan kamusal mallar hukuktaki kamu hizmeti kavrayışına uygun gözükmektedir. Ekonomi bilimindeki tanımıyla kamusal mallar, piyasa mekanizmasının sunmakta başarısız olacağı, dolayısıyla bir kolektif müdahale gerektiren mallar olmaları niteliği ile birer kamu hizmeti veya kolluk faaliyetidir.

Bunların yanı sıra akla gelen bir başka grup mal ve hizmet, yoğun dışsallıklara tabi olan hizmetlerdir. Bu gruba en iyi örnek eğitimidir. Pozitif dışsallıklar nedeniyle, piyasa mekanizmasına bırakılması halinde eğitim tüketimi, optimalin çok altında olacaktır. Dolayısıyla eğitim hizmetlerinin kamu hizmeti olarak kurgulanmasının ekonomik etkinliğe ilişkin bir temel ekonomik gerekçesinin olduğu söylenebilir.⁴²

Ancak, hemen tüm çağdaş ülkelerde özellikle temel eğitim hizmetinin devlet tarafından sunulması ve parasız olması, burada etkinlikten de öte bir eşitlik veya yeniden bölüşüm ilkesinin hedeflendiğini göstermektedir.⁴³ Aynı şey sağlık hizmetleri için de geçerlidir. Her ne kadar sağlık hizmetlerinde de bir dışsallıktan (örneğin herhangi bir vatandaşın sağlıklı olmasının, diğer vatandaşların refahlarına da olumlu bir etkide bulunması hali) söz edilebilse de, temel sağlık hizmetlerinin devlet tarafından karşılanmasında esas kaygının bir eşitlik veya adalet veya toplumsal dayanışma hedefi olduğu söylenebilir.⁴⁴ Yani burada esas amaç bu hizmetlerin tüm vatandaşların erişimine açık olması, hizmet fiyatlarının da bunu mümkün kılacak düzeylerde (gerekirse bedelsiz) olmasıdır denebilir.

Benzer şekilde hemen tüm çağdaş ülkelerde telekomünikasyon, elektrik, su, havagazı gibi hizmetler de birer kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir. Elektrik ve telekomünikasyon gibi sektörlerde serbestleşmenin gerçekleştiği birçok ülkede bu tür hizmetler evrensel hizmet kapsamına alınmıştır. Burada da temel hedef erişilebilirlik olarak gözükmektedir; yani, bu tür hizmetlere, sunum maliyetlerinden bağımsız olarak her vatandaşın makul fiyatlarda erişebiliyor olması.

42 Nitekim bir çok araştırmada uzun dönemli ekonomik büyüme ile eğitim arasında pozitif bir ilişkinin bulunmasının bu tür bir etkinlik gerekçesinin doğru olduğunu gösterdiği söylenebilir.

43 Aynısı Türkiye Anayasası bakımından da söz konusudur: Karş. 42. madde 5. fıkra: "İlköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır."

44 Karş. Anayasa 56. madde 3-4. fıkralar: "Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak (...) amacıyla sağlık kurumlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir."

Kamu hizmeti kavramı altında sınıflandırılabilir bir mal ve hizmet grubu daha vardır. Bu da herhangi bir nedenden dolayı tek bir tedarikçi tarafından sunulan hizmetlerdir. Hizmet sunumunda alternatif kaynakların olmaması, yani hizmet sunumunun herhangi bir ikamesinin olmaması durumunda söz konusu tedarikçinin sunumuna son vermesi veya herhangi bir nedenden dolayı piyasadan çekilmesi, bu hizmetin kullanıcılarının refahında ciddi bir kayba neden olur. Hatta böyle durumlarda hizmet sunumunun ekonomik olup olmaması (örneğin sunum fiyatının maliyetleri karşılayıp karşılamaması) bu hizmetin toplumsal değeri hakkında doğru bir gösterge oluşturmaz. Bu tür durumlarda da devlet bu hizmeti sürekliliğini sağlamak için önlemler almak zorunda kalabilir.⁴⁵ Kuşkusuz tek tedarikçinin bulunduğu durumlarda devletin müdahale etmesinin bir nedeni daha vardır, o da tedarikçinin tekel gücünü istismar etmesini önlemektir. Bu da bizi yeniden aşağıda daha ayrıntılı tartışılacak olan doğal tekel ve düzenleme konularına getirmektedir.

Bir de kamu hizmeti olarak belirlenmiş olan hizmetlerin sunulmasında ne tür ilkelere uyulması gerektiği ve bu ilkelerin ekonomik açıdan ne anlama geldiği konularını gözden geçirmekte yarar vardır. İdare hukukunda bu ilkeler süreklilik, eşitlik, değişkenlik ve uyarlanma olarak belirlenmiştir.⁴⁶ Bunlardan süreklilik hizmet sunumunun kesintiye uğramaması anlamına gelir. Bu ilkenin bazı önemli hukuksal sonuçları vardır. Örneğin, kamu hizmetlerinde grev yasağının en önemli gerekçesi süreklilik ilkesidir. Eşitlik ilkesine göre “İdare kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi, eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara da farklı biçimde sunmak zorundadır”.⁴⁷ Değişkenlik ve uyarlanma ilkesi ise hem kullanıcıların aldıkları hizmetin özelliklerinin değişen teknoloji ve ihtiyaçlara uyum sağlaması, hem de devletin hizmetleri değişen koşullara göre yeniden tanımlayabilmesi anlamına gelir.

Fransa'da da bu ilkelerin zaman içinde bazı değişimlere uğradığı söylenebilir. Örneğin 1996'da kamu hizmeti doktrininin rekabete dayalı Avrupa ekonomisinde nasıl bir şekil alabileceği konusunda yüksek idare mahkemesinin o dönemki başkan yardımcısının hazırladığı bir raporda kamu hizmetinin temel hedeflerinden birinin toplumsal dışlanmayı önleme olduğu vurgulanmıştır. Buna göre her kullanıcının eşit muameleye tabi olması, örneğin herhangi bir sektörde uygulanan bir sübvansiyonun herkese uygulanması gerekmemektedir. Bu desteğin sadece bu desteğe ihtiyaç duyan kesimlere uygulanması yeterlidir. Yine de süreklilik, eşitlik, ve uyarlanma ilkeleri özellikle telekomünikasyon, elektrik, gaz ve posta hizmetlerine ilişkin kanunlarda vurgulanmıştır.⁴⁸

Hukukta geliştiği biçimiyle kamu hizmeti kavramının özellikle eşitlik veya toplumsal dışlanmanın önlenmesi ilkesi, tarifelerin ülke çapında farklılık göstermeyen “ulusal tarife” olarak uygulanması sonucunu doğurabilmektedir. Bu da fiyatların kimi bölgelerde veya tüketici gruplarında

45 Dikkat edilirse 2. bölümde tartışılan Devletleştirme Kanunu'nda buradaki iktisadi mantığa çok yakın bir mantık kullanılmıştır. Buna göre “bu hizmet veya üretimin, kontrol, rekabet, ikame veya başka yollardan sağlama imkanının bulunmaması” kamu hizmeti özelliği taşıyan özel teşebbüslerin devletleştirilmesine yol açabilecek “kamu yararının zorunlu kıldığı haller”den biri olarak sayılmıştır.

46 Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku, s. 655 vd.

47 Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku, s. 660.

48 Geçirdiği değişim içinde kamu hizmeti kavramının Avrupa Birliği'nde gelişen evrensel hizmet ve genel yarar hizmetleri kavramları ile ne kadar uyduğu hala ciddi bir tartışma konusudur.

maliyetlerin altında kalmasına neden olabilir ve belirli destek (sübvansiyon) mekanizmalarının tasarlanmasını ve uygulanmasını gerektirebilir. Bir başka ifade ile kamu hizmeti hedeflerini hayata geçirmek, belirli ek maliyetlerin ortaya çıkması anlamına gelir. Bir anlamda söz konusu hizmetin kamu hizmeti olarak belirlenmesi, bu maliyetlerin kısmen veya tamamen toplum tarafından karşılanacağına karar verilmesi demektir.

Kamu hizmetinin yarattığı bu ek maliyeti karşılamamanın çok çeşitli biçimleri olabilir. Yaygın olarak kullanılan yöntemlerden biri çapraz sübvansiyon olmuştur. Bu yöntemin temelinde, kamu hizmeti sunumunda ortaya çıkan ek maliyetlerin, başka alanlardan elde edilen fazla gelirle karşılanması yatar. Bir başka yöntem, ek maliyetlerin ortaya çıkarılması ve devlet bütçesinden doğrudan karşılanmasıdır. Yine bir başka yöntem, sektör düzeyinde gelirlerin belirli bir oranının bir fonda toplanması ve bu fonun ortaya çıkan ek maliyetlerin finansmanında kullanılmasıdır.

Türkiye'den örnek vermek gerekirse, elektrik dağıtım sektöründe kayıp ve kaçak oranının bölgeler arası büyük farklılıklar göstermesi, dağıtım maliyetinin de bölgeler arasında farklılaşmasına yol açar. Bu durumda ulusal, yani bölgeler arası farklılaşmayan bir tarifenin uygulanması, maliyetlerin yüksek olduğu bölgelerde bir destek ihtiyacını doğurur. Türkiye'de bu sorunu çözmek için kullanılan yöntem sübvansiyon olmuştur. Dağıtım özelleştirmelerinden sonra da çapraz sübvansiyon yöntemi kullanılmaya devam edilecektir. Yeni sistemde çapraz sübvansiyon ulusal tarife uygulandığında daha yüksek kâr eden bölgelerden zarar eden bölgelere gelir transferi yapılması şeklinde uygulanacaktır.

Buna karşılık yine Türkiye'de telekomünikasyon sektöründe evrensel hizmet için farklı bir yöntem izlenmiştir.⁴⁹ Buna göre Türk Telekom ve GSM işletmecilerinden satış hasılatı, yetkilendirme gelirleri, para cezaları gibi unsurlar üzerinden yapılacak kesintilerden Ulaştırma Bakanlığı bünyesinde bir fon oluşturulacaktır. Bunun yanında, verilecek evrensel hizmet türleri Ulaştırma Bakanlığı tarafından belirlenir. Hizmeti verecek işletmeci, başvurular arasından ihale ile seçilir. Evrensel hizmet yükümlüsü bu şekilde belirlendikten sonra, hizmetin net maliyeti bakanlık bütçesinden karşılanır.

2.4 Kamu hizmetinin özelleştirilmesinde kamu yararının korunması ve/veya toplumsal refahın maksimizasyonu

Kamu yararı kavramının ekonomi yazınında bir toplumsal refah ölçütüne denk geldiği yukarıda belirtilmişti. Bu bölümde bu kavram daha derinlemesine tartışılacak ve uygulamada özelleştirme işlemlerinde ne tür kamu yararı sorunları ile karşılaşılacağı irdelenecektir.

Bu aşamada özelleştirme konusundaki iki temel sorudan birincisini yeniden sorabiliriz: Özelleştirme bağlamında, özellikle bir kamu hizmeti söz konusu olduğunda nasıl bir kamu yararı

49 Hukuk alanındaki "evrensel hizmet" ve "kamu hizmeti" kavramlarının birbirlerini ne ölçüde karşıladığı tartışılmaya muhtaç olduğu kadar, ekonomi alanındaki "evrensel hizmet" kavramı ile hukuk alanındaki "kamu hizmeti" kavramının birbirlerini ne ölçüde karşıladığı da tartışılmaya muhtaçtır. Bu tartışmaların çalışmanın amaç ve kapsamını saptıracağı kanısıyla, burada, temel özellik ve görüntülerinden hareketle ekonomi alanındaki "evrensel hizmet" kavramı ile hukuk alanındaki "kamu hizmeti" kavramının birbirlerini karşıladığı varsayımıyla hareket edilmiştir.

ölçütü göz önünde bulundurulmalıdır? Böyle bir ölçütün ne tür boyutları vardır? Bir an için evrensel hizmet boyutunu veya daha genel bir ifade ile yeniden bölüşüm hedeflerini bir kenara bırakalım ve toplumsal refah ölçütünü “tüketici artışı artı üretici artışı” şeklinde ifade edelim. Bu ölçüt temelde dar anlamda bir iktisadi etkinlik ölçütüdür. İktisat politikası tartışmalarında etkinliğin genel olarak üç boyutu olduğu varsayılır:⁵⁰

1) Tahsisat veya fiyatlama etkinliği: Bununla kastedilen, fiyatların marjinal maliyetlere eşit olmasıdır. Fiyatların marjinal maliyetten yüksek olması, o birim malın maliyetini karşılamaya hazır olan tüketiciler olduğu halde, o birimin üretilmemesi anlamına gelir, bu da bir etkinlik kaybıdır. Örneğin tekeli fiyatlamasının yarattığı etkinlik kaybı esas olarak tahsisat etkinliğine ilişkindir. Tam rekabet koşullarında kaynaklar tahsisat etkinliğini sağlayacak biçimde dağılırlar.

2) Maliyet veya üretim etkinliği: Bu, üretilen mal veya hizmetin, kalitesi verili iken, mümkün olan en az maliyetle üretilmesi anlamına gelir. Maliyet etkinliğinin sağlanmaması halinde söz konusu mal ve hizmetin üretimi için toplum gereğinden fazla maliyete katlanır. Rekabetin en önemli sonuçlarından birinin maliyet etkinliğini sağlamak olduğuna inanılır.

3) Dinamik etkinlik: Yukarıdaki boyutlar, statik etkinliğe ilişkin boyutlardır. Dinamik etkinlik, hem zaman içinde gerekli yatırımların optimal düzeyde yapılması, hem de gerek maliyetleri azaltmaya, gerek yeni ürünler ortaya çıkarmaya yönelik yeniliklerin meydana gelmesi anlamında kullanılır.

Altını çizmek gerekir ki bu çerçevede tekeli fiyatların neden olduğu etkinlik kaybı, tüketicilerin aşırı fiyat ödemesi değildir; yani bölüşüme ilişkin bir kaygıdan kaynaklanmaz. Kaybın nedeni, talep olduğu halde üretimin yeterince yapılmamasıdır. Refah ölçütü “tüketici artışı artı üretici artışı” biçiminde tanımlandığında üretim miktarını etkilemeyen toplumsal gruplar arası transferler toplumsal refah ölçütünü etkilemez. Yeniden bölüşüm hedeflerinin toplumsal refahın dördüncü boyutunu oluşturduğu söylenebilir.

4) Bölüşüm/evrensel hizmet boyutu: Toplumsal refah ölçütü bölüşüme ilişkin kaygıları çeşitli biçimlerde içerebilir. İkinci bölümde de söz edildiği gibi, toplumsal refah ölçütü esas olarak tüketici refahı şeklinde ifade edilebilir, nitekim bir çok ülkenin rekabet kanunları tüketici refahını öne çıkaran hükümler ve ifadeler taşırlar. Bundan öte, özellikle kamu hizmeti tartışmalarında görüldüğü biçimiyle bazı mal ve hizmetlerde belirli evrensel hizmet hedefleri de toplumsal refah ölçütüne katılır. Bu hedefler hem sunulan malın özelliklerine yönelik olarak belirlenebilir (hizmet sunumunda kalitenin ve sürekliliğin gözetilmesi, fiziki anlamda erişilebilir olması gibi) hem de malın fiyat ve maliyet anlamında erişilebilirliği (*affordability*) açısından. Bu durumda toplumsal refah ölçütünün dördüncü boyutunun da bölüşüm etkinliği olduğu söylenebilir.

Bu şekilde tanımlanmış olan bir toplumsal refah ölçütünün, hukukta kullanılan kamu yararı kavramına yakın olduğu ve özellikle de bir taraftan dinamik etkinlik boyutunun, bir taraftan da

50 İzak Atiyas, “Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler”, Rekabet Dergisi, Mart 2000, Cilt 1, sayı 1, 25-46.

belirlenmiş olan evrensel hizmet hedefinin, idare hukukunda kamu hizmetine ilişkin olarak vurgulanan süreklilik, eşitlik, değişkenlik ve uyum ilkelerini önemli ölçüde kapsadığı söylenebilir.

Vurgulamak gerekir ki, konuya özelleştirme sorunsalından bağımsız bir biçimde bakıldığında bile, toplumsal refahın bu farklı boyutları arasında çelişkiler veya gerilimler olabilir. Örneğin, tahsisat etkinliğini sağlamaya yönelik fiyat politikaları, dinamik etkinlik açısından yetersiz olabilir. Evrensel hizmet hedeflerini yerine getirmeye yönelik politikalar, tahsisat etkinliğine ulaşmayı güçleştirebilir. Bu gerilimler, söz konusu mal ve hizmet sunumu kamu kesiminin mülkiyet ve kontrolünde olsa da mevcut olabilir.

Kamu yararı veya toplumsal refah ölçütünü böylece belirledikten sonra ikinci soruya geçilebilir. Burada ikinci soru şu farklı biçimlerde sorulabilir: Herhangi bir özelleştirme işleminde kamu yararı açısından ne tür sorunlar ortaya çıkabilir? Özellikle bir kamu hizmetinin söz konusu olduğu durumlarda bir özelleştirme işleminin kamu yararını arttırması için ne tür koşulların yerine gelmesi gerekir?

2.4.1 Doğal tekeller, kamu yararı ve düzenleme gereği

Kamu yararına ilişkin sorunlar özellikle doğal tekel özelliği gösteren sektörlerde ortaya çıktığına göre tartışmaya bu sektörlerden başlanabilir. Hukukta kamu hizmeti olarak görülen, ekonomi yaklaşımında da evrensel hizmet kapsamında değerlendirilen hizmetler, tarihsel olarak dikey bütünlüklü tekeller tarafından sunulmuşlardır.⁵¹ Bu şirketlerin tekel olmasının temelinde teknolojik özellikler yatmıştır. Bu teknolojik özelliklerin iki yönü önemlidir. Birincisi, bu sektörlerde yapılan yatırımlar miktarca büyük ve uzun ömürlüdür; ayrıca bu yatırımların batık olma özelliği yüksektir. Yatırımların batık olması, bir kez yatırım yapıldıktan sonra, buraya bağlanan kaynakların başka faaliyet alanlarındaki değerlerinin düşük olması, yani yatırımların taşınmaz olmasıdır. İkincisi, bu sektörlerde maliyet yapılarına ölçek ve kapsam ekonomileri hakim olmuştur.⁵² Ölçek ve kapsam ekonomilerinin yüksek olduğu ortamlarda, sunulan mal ve hizmetlerin en ekonomik (maliyeti en düşük) sunumu, tek bir şirket tarafından sunulmasıdır. Şirket sayısının artması, maliyetleri yükseltir. Öte yandan yatırımların batık olması da bu sektörlerde vur-kaç rekabetinin mümkün olmaması anlamına gelir. Bu etkenler sonucu da bu sektörlerde rekabetin gelişmesi hem zor veya imkansız, hem de toplumsal refah açısından arzu edilmeyen bir durum olur. Bu tür tekellere doğal tekel adı verilir.

Kamu hizmeti üreten doğal tekeller, son 20-25 yıla kadar çoğu ülkede kamu mülkiyeti altında örgütlenmiştir. Doğal tekellerin kamu mülkiyeti altında örgütlenmiş olmasının çeşitli nedenleri vardı.⁵³ Belki en önemlisi, tekel gücünün yol açacağı zararları önlemektir. Bunun yanı sıra, kamu mülkiyeti

51 Karş. dipnot 49.

52 Maliyetlerin ölçek ekonomisine tabi olduğu durumlarda, üretim ölçeği arttıkça ortalama maliyet azalır. Kapsam ekonomileri kavramı da birden fazla ürünün üretildiği durumlar için geçerlidir (örneğin telekomünikasyonda şehir içi, şehirlerarası ve uluslararası telefon hizmetleri, rehberlik, uyandırma vb. hizmetler). Kapsam ekonomilerinin var olduğu ortamlarda, birden fazla malı tek bir üretim sürecinde üretmesinin maliyeti, ayrı ayrı üretilmelerinden daha düşük olur.

53 Gomez-Ibanez (2003) kamu mülkiyetinin de görece yeni olduğunu hatırlatıyor: Örneğin İngiltere'de 1980'lerde özelleştirilen varlıkların çoğu 1940'larda devletleştirilmişti.

altında evrensel hizmet hedeflerine daha rahat ulaşılacağına inanılmıştır. Çok az ülkede ise (başta ABD; Fransa'da su ve çöp gibi kimi hizmetler) bu tür hizmetler özel şirketler tarafından yerine getirilmiştir.

Son 20-25 yılda ise, özellikle teknolojideki gelişmeler sonucunda telekomünikasyon ve elektrik gibi sektörlerin bazı bölümlerinin rekabete açılması mümkün hale gelmiş, bu bölümler doğal tekel özelliklerini kaybetmeye başlamıştır. Ancak bu bölümlerde de rekabetin işleyebilmesi için piyasaya yeni giren işletmelerin doğal tekel özelliğini korumaya devam eden şebeke unsurlarına erişiminin garanti altına alınması gerekmiştir. Telekomünikasyonda yerel ağ, elektrikte iletim ve dağıtım şebekesi doğal tekel özelliğini koruyan şebeke unsurlarıdır. Rekabetin gelişmesi rakip işletmelerin bu şebeke unsurlarına erişimlerinin ne kadar mümkün olduğuna bağlıdır. Dolayısıyla rekabet potansiyeline rağmen doğal tekel özelliğinin ortaya çıkardığı kamu yararı sorunları devam etmektedir.

Doğal tekellerin özel mülkiyet altında olmasının doğurduğu sorunlar açıktır: Özel şirketlerin temel hedefi kâr maksimizasyonudur, tekeli piyasa yapısı altında kâr maksimizasyonu toplumsal refah açısından olumlu sonuçlar vermez. Tekelci fiyatlar aşırı yüksek olur, dolayısıyla tahsisat etkinliğinden uzaktır. Ayrıca genelde tekellerin maliyet etkinliği ve dinamik etkinliği sağlayamadıklarına da inanılır. Dolayısıyla doğal tekel özelliği olan sektörlerde özelleştirilen teşebbüslerin faaliyetlerinin kamu yararı gözetecek biçimde gözetim ve denetim altında tutulması gerekir. Bu gözetim ve denetime genel olarak düzenleme veya regülasyon adı verilmektedir.

Düzenlenecek alanların başında tarifeler gelir. Tarife düzenlemelerinin hedefi, bir taraftan tüketicileri korumak ve böylece tahsisat etkinliğini sağlamaya çalışmak, bir taraftan da işletmeleri yatırıma özendirerek kârlılığı sağlamaktır. Tarife düzenlemelerinde gözetilmesi gereken başka boyutlar da vardır. Bunlardan bir tanesi tarife düzenlemesinin işletmeleri maliyet etkinliğini sağlamaya ne kadar özendirdiğidir. Farklı tarife düzenleme biçimleri maliyetleri düşürme konusunda işletmelere farklı teşvikler sunarlar. Bir başka önemli boyut, risk paylaşımıdır. Kimi tarife düzenlemeleri talep veya maliyetteki olası riskleri düzenlenen işletmenin yüklenmesine yol açarken, kimileri bu risklerin tüketiciye veya devlete yansıtılmasına izin verir

Düzenleme ihtiyacı olabilecek bir başka alan ise yatırımlardır. Kamu hizmeti ilkeleri ışığında bakılacak olunursa süreklilik, değişiklik ve uyum ilkelerinin yerine getirilmesi, ekonomik terimlerle ifade edilecek olunursa dinamik etkinliğin sağlanması önemli ölçüde yeterli yatırımların yapılmasına bağlıdır. Öte yandan, düzenlemenin aşırı yatırımları da önlemesi ve böylece israfa meydan vermemesi gerekmektedir.

Sunulan mal ve hizmetin kalitesi de bir başka düzenleme alanıdır. Yine kamu hizmeti hukukunda sözü edilen süreklilik ilkesinin önemli bir boyutu da hizmet kalitesi ile ilgili olmaktadır. Kalitenin düzenlenmesi kalite standartlarının ve kriterlerinin belirlenmesini gerektirir.⁵⁴

54 Ekleme gerekir ki; hukuktaki "Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim, denetim ve kontrolleri altında, genel ve kolektif gereksinimleri karşılamak ve tatmin etmek ve bu yolla kamu yararını sağlamak için toplumun geneline yöneltilen devamlı ve düzenli mal ve hizmet sunumları kamu hizmetidir." şeklindeki klasik kamu hizmeti tanımında yer alan "genel ve kolektif gereksinimleri tatmin etmek" ibaresi hizmet kalitesine de işaret etmektedir.

Bu alanlar birbirinden bağımsız değildir. Örneğin; tarife düzenlemesi, riski önemli ölçüde tüketicilere veya devlete yüklüyorsa, bu durum işletmenin kaliteyi gözetmesini kolaylaştırır, yatırımları özendirir, ancak işletmeyi aşırı yatırım yapmaya da itebilir.

2.4.2 Düzenlemenin kurumsal biçimleri: Bağımsız düzenleyici otoriteler ve sözleşme yolu ile düzenleme

Bu tür düzenlemeler iki temel kurumsal biçim içinde hayata geçirilmiştir. Bunlardan birincisi düzenleme yapma yetkisi olan ve bu yetkiyi hükümetlerden bağımsız olarak ve belirli bir özerklik içinde kullanabilen “bağımsız düzenleyici otoriteler”dir. Buna “düzenleyici kuruluş yolu ile düzenleme” de denmektedir. Düzenlemenin ikinci yolu ise “sözleşme yolu ile düzenleme”dir. Sözleşme yolu ile düzenlemenin, imtiyaz sözleşmelerinde olduğu gibi, uzun bir geçmişi vardır. Gerçekte bu iki temel model büyük ölçüde birlikte kullanılmaktadır. Bu bölümde bu kurumsal biçimlerin özellikleri tartışılacaktır.

Bağımsız idari otoriteler, ABD dışında son 20 yıl içinde özellikle telekomünikasyon, elektrik, havagazı gibi sektörlerin serbestleşmesi ile gündeme gelmişlerdir ve uluslararası düzeyde bu sektörlerde en yaygın kurumsal biçim olarak ortaya çıkmışlardır.⁵⁵ Bağımsız idari otoritelerin işlerini yaparlarken karşı karşıya oldukları en önemli sorun, bilgi eksikliği, daha doğrusu talep, maliyet gibi kritik konulardaki bilgi düzeylerinin düzenledikleri işletmelerin bilgi düzeyine göre daha az olmasıdır. Düzenleyici otoriteler bilgi düzeyindeki bu dengesizliği gidermek için ciddi miktarda kaynak harcarlar. Düzenleyici otoritelerin çözmek zorunda olduğu bir başka soru düzenlemenin ne kadar ayrıntıda yapılacağı, düzenlenen işletmeye ne kadar özgürlük bırakılacağıdır.⁵⁶ Düzenleme ne kadar ayrıntıda yapılırsa bilgi gereksinimi o kadar yükselir, düzenleme ve yaptırım maliyeti o kadar artar, bürokratik süreçler o kadar karmaşıklaşır. Burada genel olarak kabul edilen yaklaşımın temel ilkesi şöyle özetlenebilir: Düzenlemelerin özellikle düzenlenen işletmenin kamu yararından uzaklaşma ihtimalinin yüksek olduğu alanlar üzerine odaklanması, buna karşılık işletmenin kâr maksimizasyonu hedefinin kamu yararı ile çelişmesi ihtimalinin düşük olduğu alanlardaki kararlarının daha yumuşak biçimde düzenlemeye tabi tutulması veya hiç tutulmamasıdır. Buna çok genel olarak özendirme düzenlemesi (*incentive regulation*) denmektedir. Burada amaç, bir anlamda düzenlenen işletmenin bilgi avantajını, sadece kritik alanlara müdahale ederek kamu yararına veya toplumsal refah ölçütüne uygun bir biçimde kullanmaya özendirme. Bu genel ilke somut durumlarda düzenlemenin nasıl şekillenmesi gerektiği sorusuna cevap bulmayı kolaylaştırır. Örneğin, tarife düzenlemelerinde belirli mal ve hizmetlerin sunumunda rekabet düzeyi arttıkça o alan daha hafif düzenlemeye tabi tutulur.

Bir başka örnek olarak, bu ilkeyi yatırımlar konusuna uygulayacak olursak, şöyle bir sonuç ortaya çıkar: Eğer işletmenin kâr maksimizasyon hedefi toplumsal açıdan gerekli görülen yatırımların

55 Belirtmek gerekir ki, ABD’nde bağımsız idari otoritelerin doğuşu ve gelişimi daha eskiye dayanmaktadır; bkz. Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, Second Edition, Boston and Toronto 1984, § 1.10, 20 vd.; a.g.y, *Administrative Law*, Third Edition, 1991, § 1.13, 28 vd.

56 Türkiye’den örnek vermek gerekirse, Türk Telekom’un perakende fiyatları tavan fiyat yöntemi ile düzenlenmektedir. Bu yöntemde işletmenin fiyatlarının ağırlıklı ortalaması üzerine bir tavan belirlenir ancak tekil fiyatlara karşılmaz. Buna karşılık Türk Telekom’un diğer işletmecilere sunduğu erişim hizmetleri maliyet bazında doğrudan düzenlenmektedir.

yapılmasını zaten sağlayacak ise işletmenin yatırım kararlarına mümkün olduğu kadar az karışacak bir düzenleme biçimi seçilir. Örneğin telekomünikasyon sektöründeki mevcut düzenleme çerçevesinde Türk Telekom'un yatırımlarına birkaç spesifik alan hariç karışılmamaktadır.⁵⁷ Buna karşılık özelleştirilecek elektrik dağıtım şirketleri üzerine örneğin kayıp kaçakları azaltmaya yönelik ciddi yatırım yükümlülükleri konmuştur. Yatırım yükümlülükleri konusu özelleştirme işlemlerinin yargısal denetiminde sık bir biçimde ortaya çıkmıştır ve aşağıda daha ayrıntılı bir biçimde ele alınacaktır.

Düzenleme işini yapmanın bir başka kurumsal yolu ise “sözleşme yolu ile düzenleme”dir. Aslında bugün literatürde sözleşme yolu ile düzenleme diye adlandırılan modelin bir çok ülkedeki geçmişi, bağımsız düzenleyici otoritelerden daha eskilere dayanmaktadır, ancak son 20-25 yılda kullanımının daha yaygın hale geldiği söylenebilir. Gerçekten son yıllarda özellikle yerel yönetimler düzeyinde kimi kamu hizmetlerinin sunumunun özel kesime sözleşme yolu ile havale edilmesi (*contracting out*) dünyada olduğu kadar Türkiye'de de yaygın hale gelmiştir.

Aslında sözleşme yolu ile düzenleme iki temel farklı biçim almaktadır: (i) Hizmet sunumunda kullanılan sabit varlıkların mülkiyetinin kamuda olduğu durumlar ve (ii) Mülkiyetin sözleşilen işletmeye ait olduğu durumlar. Özelleştirme bağlamında birincisinde “işletme hakkı devri” ikincisinde ise “mülkiyet devri” denmektedir. İkisi arasındaki fark özellikle yatırımlar açısından önemlidir. Bu konuyu irdelemek için sözleşmeye dayalı düzenlemenin teorik arka planını irdelemekte yarar vardır.

İmtiyaz sözleşmelerinin temel mantığı herhangi bir mal ve hizmeti sunmaya yönelik tekel hakkının bir işletmeciye belki de belirli bir süre için verilmesidir. Fikir eski olmasına rağmen ilk olarak Demsetz bu yöntemi doğal tekellerin düzenlenmesine veya devletleştirilmesine bir alternatif olarak sunmuştur.⁵⁸ Demsetz'in önerisi, *piyasa içinde* geliştirilmesi mümkün olmayan rekabetin *piyasa için* rekabet ile ikame edilmesidir. Demsetz'in önerisinde işletmeler tekel hakkını almak için ihaleye katılırlar ve sunum fiyatı üzerinden rekabet ederler, yani kalite verili iken en düşük fiyata sunum yapmayı taahhüt eden işletme tekel hakkını kazanır. Eğer ihale sırasında rekabet yeterince güçlü olursa, ihale sonucunda oluşacak fiyat, düzenlemenin hedefleyeceği yani kamu yararı açısından optimal olan fiyata eşit olacaktır. Bu yöntemin çekici tarafı, düzenleme bürokrasisine gerek duymadan tekeli fiyatlandırma sorununa yine rekabete dayalı bir çözüm bulunabilmesi ve düzenleme hedeflerine ulaşılabilmesidir.

Ancak aslında durum o kadar basit değildir. Eğer imtiyaz sözleşmesi uzun bir dönem için verilirse, o zaman çözülmesi gereken en önemli sorunlardan bir tanesi geleceğe ilişkin belirsizliklerdir. Örneğin talep ve maliyetler zaman içinde değişebilir. Bu değişikliklerin bir kısmı önceden kestirilip ihale şartnamesi (veya duruma göre imtiyaz sözleşmesi) bu muhtemel değişiklikleri öngörecektir.

57 Bu spesifik alanlar arasında Türk Telekom'un rakibi işletmelere erişim sağlamaya yönelik altyapının kurulmasına yönelik yatırımları vardır; Türk Telekom bu yatırımları yapma yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğün gerekli olmasının nedeni, aksi halde Türk Telekom'un bu tür yatırımları yapma özendiriminin olmamasıdır.

58 Demsetz (1968) "Why Regulate Utilities" *Journal of Law and Economics*, cilt 9, 55-65.

biçimde hazırlanabilir. Örneğin tarifeler mutlak olarak tespit edilmek yerine belirli formüllere bağlanabilir. Fakat sözleşme süresince ekonomik ve siyasi ortamda meydana gelebilecek tüm olası değişiklikleri önceden görmek ve sözleşmeleri bunlara esnek hale getirmek mümkün değildir (bu sorunun adına “öngörülmeleyen ihtimaller” sorunu diyelim). Bu durumda sözleşmeler kaçınılmaz olarak “eksik” olacaktır, yani ortaya çıkan bazı ihtimaller karşısında tarafların hak ve yükümlülüklerini açık bir şekilde belirlemeyecektir. Bu durumda pazarlık gücünün taraflar arasında nasıl dağıldığına bağlı olarak tarafların biri *ex-ante* makul gibi görünen bir sözleşmeden zarar görebilir.⁵⁹ Bu ise hem sözleşmelerin maliyetini arttırır, hem de yatırımların optimalden az olmasına neden olabilir. O yüzden uzun dönemli sözleşmeler yapmak kolay değildir.

Peki hizmet sunma hakkının sonsuza kadar değil de belirli süreler için verilmesi ve bu hakkın yeni ihaleler yolu yenilenmesi bir çözüm olur mu?⁶⁰ Yeni ihaleler sırasında ihaleye katılanlar değişen koşulları yansıtan yeni teklifler verir ve böylece öngörülmeleyen ihtimaller sorunu hallolur. Fakat bu da ancak yatırımların uzun ömürlü olmadığı ve taşınabilir olduğu (veya batık olmadığı) ortamlarda bir çözüm olabilir. Örneğin çöp toplama hizmetinde sözleşme yönteminin kolaylıkla kullanılabilmesinin nedeni budur. Halbuki bir çok kamu hizmeti sektöründe yatırımlar uzun ömürlüdür ve taşınabilir değildir. Yatırımların uzun ömürlü ve batık olduğu durumda yeniden ihaleye çıkmak, yerleşik (örneğin imtiyazı elinde bulunduran) işletmenin mevcut yatırımlarına değer biçilmesini gerektirir ki, bu da zordur, en azından düzenlemeden çok farklı değildir. Ayrıca varlıkların devri için yeniden yapılacak ihalede yerleşik işletmecilerin yeni girenlere göre ciddi bir bilgi avantajına sahip olma ihtimali ciddi bir biçimde yüksektir. Bu ise değer biçilmesi sorununun ihalede rekabet yolu ile çözülmesini zorlaştırır.⁶¹

Konuya yatırımlar açısından bakılırsa sözleşme yolu ile düzenlemenin sorunları daha iyi anlaşılabilir. Çöp toplama örneğine geri dönersek, herhangi bir mahallede birden fazla çöp toplama işletmesinin faaliyet göstermesi ekonomik açıdan çok anlamlı olmayacaktır (en azından araç ve ekipman gibi sabit maliyetlerin gereksiz yere duplikasyonuna yol açacaktır). Dolayısıyla çöp toplama faaliyetinin bölgesel doğal tekel özelliği gösterdiği söylenebilir. Fakat buradaki rekabet sorununu kısa dönemli sözleşmeler ile çözmek görece olarak kolaydır. Burada kullanılan sermaye batık olmadığından (başka alanlarda veya başka mahallelerde kullanılabilirdiğinden) şöyle bir çözüm optimal olabilir: İşletmeler çöp toplama faaliyetinde kullanılan araçlar ve ekipmanın mülkiyetine de sahip olurlar. Sözleşme süresi bitince bu ekipmanı başka faaliyetlerde kullanabilecekleri ve bu fiziksel sermayenin yaratacağı geliri temellük etmeye devam edebilecekleri için gerekli yatırımları yapmak için de yeterli özendirimleri olur. Benzer şekilde, sözleşmenin eksik olması da çok ciddi sorunlar yaratmaz. Öngörülmeleyen durumların ortaya çıkması halinde, sermayenin batık olmaması nedeniyle, tarafların birbirini istismar etme olasılığı da düşüktür.

59 Türkiye’de örnek vermek gerekirse, 1990’larda elektrik üretimi alanında Yap İşlet Devret sözleşmeleri yapmak enerji yatırımları sorununa bir çözüm gibi gelmişti. Oysa 2000’lerde YİD sözleşmeleri yolu ile elektrik üreten santraller 4628 numaralı Kanun’un öngördüğü piyasa yapısına uymadılar ve sorun teşkil ettiler. Bakınız Atiyas (2006) ve Güney (2005).

60 Bu önerinin literatürdeki en fazla bilinen örneği için bkz: R. A. Posner (1972) “The Appropriate Scope of Regulation in the Cable Television Industry”, *Bell Journal of Economics and Management Science*, Cilt 3, 98-129.

61 Bu tür “piyasa için rekabet” yöntemlerinin regülasyonu gereksiz kılabilirdiği iddialarına karşı en klasik yanıt için bkz. O. E. Williamson (1976) “Franchise Bidding for Natural Monopolies – in General and with Respect to CATV”, *Bell Journal of Economics*, Cilt 7, 73-104.,

Nitekim Türkiye'de de bu tür hizmetlerde, örneğin atık giderimi işlenmesi ve yönetimi gibi büyük yatırım gerektiren haller hariç olmak üzere, imtiyaz sözleşmesi veya benzeri sözleşmelerin yapılmasında gerek bulunmaz ve bunlar hizmet alım sözleşmeleriyle yapılabilir.

Oysa yatırımların batık ve uzun ömürlü olduğu bir sektörü sözleşme yolu ile düzenlemek daha zordur. Bir taraftan yatırım maliyetini karşılayacak geliri yaratmak için gerekli olan süre daha uzun olmak zorunda kalacak, bu ise sözleşmelerde eksik unsurların olma ihtimalini ve riski arttıracaktır. Belki daha önemlisi, sözleşmenin bitiş tarihi yaklaştıkça işletmecinin gerekli yatırımları yapma dürtüsü azalacaktır. Her ne kadar kısa dönemde gerekli yatırımların yapılması sözleşme hükümleri ile garanti edilebilse de uzun gelecekte ne tür yatırımların gerekli olacağını önceden görmek imkansız olacaktır.

Bağımsız idari otoriteler yolu ile düzenleme ile sözleşme yolu ile düzenleme arasındaki en önemli farklardan biri, ilkinin belirsizliklere ve öngörülmeyen durumlara karşı optimal yanıtlar verme esnekliğinin çok daha yüksek olmasıdır. Bir sözleşme, sözleşme süresi boyunca ortamda meydana gelebilecek değişiklikleri öngörmeye ve bunlara karşı gerekli önlemleri almaya çalışır. Halbuki düzenleyici otoritelerin geleceği öngörme gereksinimi daha azdır. Düzenleyici ilişki sürdükçe düzenleyici otorite öngörülmeyen durumlara yeni düzenlemelerle yanıt verebilir.

Kuşkusuz bağımsız idari otoritelerin karar ama ve düzenleme yapma konusunda sınırsız takdir yetkisi yoktur. Bu yetki, yasalarla ve mevcut düzenlemelerle sınırlıdır. Fakat bu yasalar ve düzenlemeler bazı genel ilkeler ortaya koyarlar, bu ilkeler içinde düzenleyici otoritelerin oldukça geniş bir yorum özgürlüğü ve hareket alanı bir başka deyişle takdir yetkisi vardır. Bu alanın sınırları yargısal denetimle belirlenir.

Dahası, düzenleyici otoritelerin takdir yetkisini sıkça kullanması yatırımlar üzerinde olumsuz bir etkide bulunur. Yatırımcılar, yatırım kararları alırken düzenleyici kuralların beklenmedik şekillerde değişmeyeceğinden emin olmak isterler; aksi, yatırım dürtülerini olumsuz etkiler. Bu soruna “düzenleyici taahhüt sorunu” denmektedir. Düzenleyici taahhüt sorunu özellikle tarifelerin belirlenmesinde ortaya çıkar: Yatırımcılar bir kez yatırımlarını yaptıktan sonra, düzenleyici otoriteler tüketiciyi korumak amacıyla tarifeleri beklenenden düşük belirlemek isteyebilirler. Düzenleyici çerçevenin bu ihtimale karşı yeterince taahhüt barındırmaması, yatırımları olumsuz etkiler ve yatırım düzeyi optimalin altında gerçekleşir. Örneğin, tarife düzenlemelerine ilişkin kuralların ve ilkelerin önceden açık bir biçimde belirlenmesi, tarife onay sürecinin saydam olması bu tür düzenleyici taahhütler arasında sayılabilir.

Türkiye'de elektrik sektöründe son 2-3 yılda gözlemlenen gelişmeler, düzenleyici belirsizliğin ve taahhüt eksikliğinin olumsuz sonuçlarına bir örnek teşkil edebilir. Bilindiği gibi 4628 numaralı Elektrik Piyasası Kanunu'nun kabulü ile birlikte, elektrik sektöründe yatırımların esas olarak özel sektör eliyle yapılmasının beklendiği bir rejim içine girilmiştir. Elektrik enerjisi talebinin artması ve mevcut kapasitenin birkaç yıl içinde yetersiz kalması beklendiği halde, özel sektör beklendiği kadar

yatırım yapmamış, sonuç olarak birkaç yıl içinde elektrik kesintilerinin ortaya çıkması ihtimali belirlemiştir. Gereken yatırım yanıtının ortaya çıkmamasının ardındaki en önemli nedenlerden biri, perakende tarifelerin nasıl belirleneceği konusunda yeterli berraklığın olmaması, hükümetin perakende fiyatları ne pahasına olursa olsun düşük tutacağı şeklinde bir beklentinin de ortaya çıkmış olmasıdır. Özel sektör, bu belirsizlik karşısında (belki de bu belirsizliği bahane ederek) sık sık alım garantileri istemiştir. Yani bir anlamda özel sektör sözleşme ile düzenleme talebinde bulunmuştur.

Özetlersek, sözleşme yolu ile düzenleme yaklaşımı ile düzenleyici otorite yolu ile düzenleme yaklaşımının güçlü ve zayıf yönleri vardır. Sözleşmeye dayalı düzenlemenin güçlü yanı, yatırımcıya daha güçlü taahhüt mekanizmaları sunması, buna karşılık değişen şartlara uyarlanmasında esneklik göstermemesi, özellikle batık yatırımların söz konusu olduğu durumlarda yetersiz kalmasıdır. Düzenleyici otorite yolu ile düzenlemenin güçlü yönü düzenlemeye esneklik tanınması ve böylece öngörülmeven durumlar karşısında düzenlemelerde gerekli değişikliklerin yapılabilme olanağının doğmasıdır. Buna karşılık zayıf yönü de yeterli taahhüt mekanizmasının olmadığı durumlarda düzenleyici belirsizliğin yatırımlar üzerindeki olumsuz etkisidir.

Bu nedenlerden dolayı, sözleşme yolu düzenleme ile düzenleyici otorite yolu ile düzenleme, giderek birbirini tamamlayan iki yöntem olarak görülmektedir. Bir anlamda, düzenleyici otoritenin varlığı, sözleşmelerin eksik olma sına *izin vermekte*, sözleşme eksikliğinin ciddi bir sorun olmasını önlemekte, düzenleyici otorite sözleşme eksiklikleri ortaya çıktıkça sözleşmenin yeniden müzakere edilmesinin aracı olmaktadır.⁶² Burada karar verilecek husus, hangi unsurların sözleşmeye dahil edileceği, hangi unsurların düzenleyici otoritenin ihtiyarına bırakılacağıdır, bu da somut durumların analizine bağlı olacaktır.⁶³

Bu bölümün temel mesajı şudur: Kamu hizmetlerinin önemli bir bölümü doğal tekel yapısının mevcut olduğu sektörlerde üretilmektedir. Bu sektörlerde kamu yararının korunması ve tekelci davranışların önlenmesi için özelleştirmenin bir gözetim ve denetim sistemi ile birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bu düzenleme sözleşmeler ve/veya bir düzenleyici çerçeveyi uygulamakla görevlendirilmiş düzenleyici otoriteler yolu ile hayata geçirilebilir. Vurgulamak gerekir ki; bu iki yöntem birbirinin ikamesi değil, tamamlayıcıdır.

2.4.3 Sözleşme süresi, yatırımlar ve geri verme sorunu

Türkiye'de telekomünikasyon ve elektrik gibi sektörlerde hizmet sunumu genellikle imtiyaz sözleşmeleri ve/veya lisanslar yolu ile yapılmaktadır veya yapılacaktır. Gerek imtiyaz sözleşmeleri gerek lisanslar sürelidir. Bu sözleşmelerin bir bölümü işletme hakkı biçimde olmakta (elektrik

62 Jon Stern "Regulation or Contract for Utility Services: Substitutes or Complements? Lessons from UK Railway and Electricity History", Policy Reform, 2003, Cilt 6, sayı 4, s. 192-215.

63 Örneğin Türkiye'de elektrik dağıtım özelleştirmelerinde iki yöntem birlikte kullanılmıştır. İlk tarife dönemi için tarifeler ağırlıkla önceden belirlenmiş, düzenleyici otoritenin bu konudaki ihtiyarı ciddi bir biçimde sınırlandırılmıştır.

dağıtım şirketlerinin özelleştirmesinde planlandığı gibi; bkz. Bölüm 4.8) bir bölümü ise mülkiyet devrini içermektedir (Türk Telekom özelleştirmesinde olduğu gibi). Sözleşmelerin süreli olması yatırım açısından önemli sonuçlar doğurmaktadır.

Örnek teşkil etmesi bakımından, Türk Telekom imtiyaz sözleşmesi incelenebilir. Bu örnekte imtiyaz sözleşmesi sona ermeden bir yıl önce Türk Telekom'un sözleşmenin yenilenmesini isteyebileceği hükme bağlanmıştır (Telekomünikasyon Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi, Md. 38). Telekomünikasyon Kurumu, sözleşmenin yenilenmesine karar verebilir. Sözleşmenin sona ermesi veya yenilenmemesi halinde, tüm altyapının Kurum'a veya Kurum'un göstereceği kuruluşa devredilmesi gerekir.

Burada iki sorun vardır. Birincisi, Türk Telekom altyapısının değerinin sözleşme süresi bittiği zamanki akıbetiyle ilgilidir. Türk Telekom'un altyapısının değeri, o tarihten itibaren elde edilecek kârların bu günkü değerine eşit olacaktır. Sözleşme yenilenirse, bu değer Türk Telekom hissedarlarının temellük edeceği bir değer olacaktır. Sözleşmenin yenilenmemesi halinde ise bu değer devlete transfer edilecektir. Dolayısıyla hissedarların çok ciddi bir ekonomik değere sahip olup olmadığı Kurum'un kararına bağlı olacaktır, Kurum'un bu kararı hangi kıstaslara göre vereceği ise açık değildir (sözleşmede “yeni koşullar da dikkate alınmak suretiyle mevzuat ve Kurum düzenlemeleri çerçevesinde değerlendirilerek,” denilmektedir ki bu ifade söz konusu belirsizliği giderecek nitelikte değildir). Bu kuşkusuz milyarlarca dolarlık bir değerın akıbeti açısından son derece gelişigüzel bir durum yaratmaktadır.

İkinci sonuç belki daha da önemlidir. Böyle bir belirsizlik karşısında işletmenin hissedarları ve yönetimi, imtiyaz sözleşmesinin son yıllarında uzun vadeli yatırımlar yapmaktan ciddi birimde kaçınacaklardır. Bu ise dinamik anlamda etkinsizliğe neden olacaktır. Burada ortaya çıkan yatırım sorununa mükemmel bir çözüm yoktur, ancak sözleşmede öngörülen çözüm özellikle etkinliği özendirilmeyen bir çözüm gibi gözükmektedir. Yatırım sorunu mülkiyet devri değil de sadece işletme hakkının söz konusu olduğu sözleşmelerde de geçerlidir. Bu sözleşmelerde de sürenin son yıllarında işletmecinin bakım ve onarım dahil gerekli yatırımları yapma dürtüsü azalır.

Her iki durumda da sözleşmede yatırım gereksinimlerini sözleşmeye koymanın bir çözüm olabileceği düşünülse de uzun vadeli sözleşmelerde bunu yapmak da mümkün değildir. Çünkü ne tür yatırımların gerekli olacağını kestirmek çok zordur. Bu zorluklar altyapının geri verilmesi sırasında uyulması gereken bazı şartlar belirlenerek aşılmaya çalışılmaktadır.

Türkiye'deki imtiyaz rejiminin de geri verme konusunda bazı güvenceler getirdiği söylenebilir. Bu açıdan geri verme hususunda Menafi Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun (“İmtiyazat Kanunu”) ile Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkından Kanun'a (“YİD Kanunu”) kısaca değinmekte yarar vardır.

Özel kanun hükümleri ve mahalli idarelerin imtiyaz sözleşmeleri saklı kalmak kaydıyla,⁶⁴ imtiyaz verilmesine ilişkin temel ilkeler İmtiyazat Kanununda düzenlenmiştir.⁶⁵ Ekleme gerekir ki; İmtiyazat Kanununda yer alan temel ilkeler, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarıyla, kanun kapsamında olmayan imtiyaz sözleşmelerine, aksine özel bir yasa hükmü bulunmadığı hallerde yansıtılmış ve imtiyaz sözleşmelerine ilişkin ilkeler doktrinin de katkısıyla İmtiyazat Kanunu'nun ötesine geçilerek geliştirilmiştir.⁶⁶

İmtiyazat Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca “İmtiyaz, sözleşme ve şartnamelerinde belirlenen süreler içinde her halde Osmanlı kanun ve tüzüklerine tabi Osmanlı anonim şirketlerine devredilecektir.” Bu hüküm çerçevesinde, imtiyaz konusu faaliyetin sürdürülmesi için elde bulundurulması gereken her türlü malın ve araç-gerecin devri de gerekmektedir. Ancak, imtiyazın sona ermesinden kısa süre önce imtiyaz sahibince edinilip henüz amorti edilmemiş mallar varsa, imtiyaz sahibinin bunların tazmini isteyebileceği doktrinde kabul edilmektedir.⁶⁷ Öte yandan, İmtiyazat Kanunu'nun 4. maddesinde yer alan “İmtiyaz süresinin bitiminde işletme işlerine ayrılmış olan aletler ile taşınır eşya ve gerekli araç-gerecin satın alınabileceği, sözleşmenin düzenlenmesi sırasında hükümetçe gerekli görüldüğü takdirde öngörülebilecektir.” hükmü çerçevesinde, aletler ile taşınır eşya ve gerekli araç-gerecin idare tarafından satın alınabilmesi imtiyaz sözleşmesinde öngörülebilir. Sözleşmede böyle bir satın alma klozu yoksa, imtiyaz konusu faaliyetin sürdürülmesi için elde bulundurulması gereken her alet, taşınır eşya ve araç-gerecin bedelsiz devri gerekmektedir. İmtiyazat Kanunu'nun 4. maddesinde yer alan satın alma klozu, 7. madde uyarınca yapılması gereken imtiyaz devrinin bedelsiz olacağına da dayanak oluşturacak niteliktedir. İmtiyazat Kanunu'nun yatırım ve bedelsiz devir konusunda değinilmesi gereken en önemli hususlardan biri İmtiyazat Kanunu'nun 5. maddesindeki “İmtiyaz şartnamesinde öngörülmediği halde imtiyazın en fazla son onbeş yılı içinde ilgili Bakanlığın izniyle yeni ve ek olarak yapılacak ve imtiyaz süresinin sonunda mevcut kalacak ürünler için imtiyaz sahibi tarafından bildirilerek usulünce ispatlanan giderlere eşit bir meblağın sözkonusu ürünlerinin her birinin tamamlanmasından itibaren her yıl için bedelinden 1/15 indirildikten sonra tazminat olarak hükümet tarafından imtiyaz sahibine ödeneceği, sözleşmenin düzenlenmesi sırasında hükümetçe gerekli görüldüğü takdirde öngörülebilecektir.” hükmüdür. Bu hükümle, imtiyaz sözleşmesinin son 15 yılı içinde yapılacak yatırımların imtiyaz alan bakımından amortismanı ve dolayısıyla yatırımın özendirilmesi için çok önemli bir olanak yaratılmıştır.

64 Karş. İmtiyazat Kanunu 10. madde: İl veya belediye daireleri teşkilatı hakkında yapılacak kanunlar ile yapılması yerel idarelerin yetkisine bırakılacak imtiyazlar hakkında söz konusu kanunların yayımlanmasına kadar merkezi hükümetçe eskisi gibi uygulama yapılacaktır. (Türkçeleştirilmiş metin); 5393 sayılı Belediye Kanunu, 15. madde: “e) Müktesep haklar saklı kalmak üzere; içme, kullanma ve endüstri suyu sağlamak; atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılmasını sağlamak; bunlar için gerekli tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek ve işletirmek; kaynak sularını işletmek veya işletirmek. f) Toplu taşıma yapmak; bu amaçla otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel, raylı sistem dahil her türlü toplu taşıma sistemlerini kurmak, kurdurmak, işletmek ve işletirmek. g) Katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetleri yapmak ve yaptırmak. (...) Belediye, (e), (f) ve (g) bentlerinde belirtilen hizmetleri Danıştayın görüşü ve İçişleri Bakanlığının kararıyla süresi kırkdokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebilir; (...)”; 5302 sayılı İl Özel İdareleri Kanunu, 10. madde: “İl genel meclisinin görev ve yetkileri şunlardır: (...) i) İl özel idaresi adına imtiyaz verilmesine ve il özel idaresi yatırımlarının yap-işlet veya yap-işlet-devret modeli ile yapılmasına, il özel idaresine ait şirket, işletme ve işbirliklerin özelleştirilmesine karar vermek. (...)”.

65 Bu Kanununun Türkçeleştirilmiş bir metni çalışmanın ekinde yer almaktadır.

66 Karş. Duran, L., İdare Hukuku (Ders Notları), İstanbul 1982, s. 329 vd.; Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku, s. 686 vd.; Onar, S. S., İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt I, 3. Baskı, İstanbul 1966, s. 536-540, s. 1627 vd.; Özey, İl Han, Gün Işığında Yönetim, İstanbul 2004, s. 250 vd.

67 Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku, s. 686 vd., s. 703.

YİD Kanunu'nun 9. maddesi uyarınca ise “*Bu Kanuna göre sermaye şirketi veya yabancı şirket tarafından yapılan yatırım ve hizmetler, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte her türlü borç ve taahhütlerden ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer.*”. 94/5907 sayılı Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında 3996 Sayılı Kanunun Uygulama Usul Ve Esaslarına İlişkin Karar'da da YİD Kanununa koşut hükümler yer almaktadır.⁶⁸ YİD Kanunu'nun 9. maddesindeki “*ber türlü borç ve taahhütlerden ari (...) bedelsiz olarak*” ibaresi, sözleşmede öngörülme hallerde, faaliyetin yürütülmesi veya değişen koşullara uyarlanması için yatırımcı tarafından YİD sözleşmesinin sona ermesinden önceki kısa ve orta vadeli dönemde yapılan yatırımların idare tarafından kısmen veya tamamen karşılanmasına ilişkin olarak sözleşmeye hüküm konulup konulmayacağı konusunda tereddüt uyandırmaktadır. Hatta, YİD Kanunu'nun söz konusu maddesi katı şekilde yorumlanırsa sözleşmeye bu tür yatırımların idare tarafından kısmen karşılanacağına dair hüküm dahi konulamayacağı sonucuna dahi ulaşılabilir. Halbuki, “değişkenlik ve uyarlanma” diye adlandırılan hizmetin nitelik ve nicelik bakımından değişen koşullara uyarlanması kamu hizmetine egemen olan ilkelere biridir (bkz. yukarıda Bölüm 2.3.3). Eklemek gerekir ki; teknolojik yönü ağır basan örneğin telekomünikasyon gibi hizmetlerde, “hizmetin yürütülmesi” şeklindeki asgari ve zorunlu bir gereğin ötesinde işletmenin rekabet edebilirliği, hizmet paketinin genişletilmesi, hizmet standardının yükseltilmesi, işletme değerinin artırılması gibi çeşitli etmenlerle yatırım yapılması cazip olabilir.

Sonuçta; İmtiyazat Kanunu ile YİD Kanunu arasında bir karşılaştırma yapılacaksa, imtiyaz sözleşmeleri YİD sözleşmesine nazaran idareye üstün ve dolayısıyla yatırımcı bakımından kaçınılan bir durum sağlasa da, İmtiyazat Kanunu sözleşmenin son dönemindeki yatırımlar bakımından YİD Kanunu'na göre daha güçlü ve emin bir alt yapı sağlamaktadır.

Öte yandan bu alt yapının bu bölümde irdelenen sözleşme süresi ve yatırım sorununu tam olarak çözemeyeceğini tahmin ediyoruz. Basit bir örnek vermek gerekirse: Yatırım kararının ciddi bir emek ve araştırma gerektirdiğini, bu anlamda ispat edilemeyecek (örneğin faturalandırılmayacak) maliyetler içerdiğini varsayalım. Yatırımın yapılması sadece yatırım maliyetinin değil aynı zamanda eksik bilgiye konu olan maliyetlerin karşılanmasını gerektirir. Bu durumda ekipman ve araç gereç anlamındaki maliyetler karşılanırsa da eksik bilgiye konu olan maliyetler karşılanmayacağından şirket meyvesini alamayacağı bir yatırım için ciddi bir çaba içine girmeyecektir.

2.4.4 Özelleştirmelerde yatırım şartları

4. bölümde görüleceği gibi Danıştay'ın özelleştirmeler hakkındaki kararlarında ihale şartnamelerinde veya sözleşmelerde yatırım hedeflerine yer verilip verilmemesi önemli bir rol

68 94/5907 sayılı Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında 3996 Sayılı Kanunun Uygulama Usul Ve Esaslarına İlişkin Karar, 27. madde: “Uygulama sözleşmesi sonunda yatırım ve hizmetler her türlü borç ve taahhütlerden ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer. Yatırım ve hizmetlerin devir aşamasında bu şartları ve uygulama sözleşmesinde yer alan diğer hususları haiz olup olmadığı oluşturulacak bir devir - teslim komisyonunca tespit edilir. Bu komisyonun oluşturulması, çalışma usul ve esasları, komisyonca tespit edilen eksiklik ve hataların giderilmesi ve onarımların yapılması ile ilgili hükümler uygulama sözleşmesinde yer alır.”, 29. madde: “Görevli şirket yatırım ve hizmeti belirlenen süre içerisinde projelendirmek, finansmanını sağlamak, tesisi yapmak ve işletmek, bakım ve onarımını sağlamak, süre sonunda tesisi her türlü borç ve taahhütlerden ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda idareye devretmekle yükümlüdür. Görevli şirket yatırım ve işletme döneminde üçüncü kişilere vereceği her türlü zarardan sorumludur. Görevli şirketin yükümlülüğüne, sorumluluğuna ve zararların tazminine ilişkin hükümler uygulama sözleşmesinde yer alır.”

oynamıştır. Danıştay bazı kararlarında (örneğin İskenderun Limanı, Seydişehir Eti Alüminyum) yatırım koşullarının olmamasından dolayı özelleştirme işlemini iptal etmiş, bazı durumlarda ise (örneğin TÜPRAŞ) yatırım koşullarının olmaması gerekçesiyle açılan iptal davalarını reddetmiştir.

Özelleştirmelerde yatırım hedefleri konusunu irdelemek için özendirme düzenlemesinin temel ilkelerini hatırlamakta yarar vardır. Buna göre, düzenleme düzenlenen şirketin kamu yararından sapma ihtimali yüksek olan davranışları üzerinde yoğunlaşmalıdır. Bunu değerlendirirken yukarıdaki (Bölüm 2.1.1) “mevcut kamu yararının korunması” ve “artı kamu yararının sağlanması” gerekleri referans oluşturabilir. Öte yandan aşırı düzenleme ise, özelleştirmenin temel hedefi olan verimlilik artışı hedefinin gerçekleşmesini zorlaştırabilir. Çünkü verimlilik artışı, o şirkete en uygun yatırımların yapılması ile olur, bunu da en iyi o şirketin sahipleri ve yöneticileri bilir. Dolayısıyla ciddi bir çıkar çelişkisi yoksa teknoloji seçimi, yatırım gibi konularda kararların yönetici ve sahiplere bırakılması daha doğru olur. Eğer istihdam gibi bazı toplumsal hedefler güdülecekse bunların doğrudan önlemlerle belirlenmesi daha doğru olur. Eğer özelleştirmenin esas hedefi şirketin tasfiye edilmemesi ise o zaman şirkete üretim hedeflerinin konulması, bu hedeflere nasıl ulaşacağı konusunda takdir yetkisinin ise şirkete bırakılması doğru olacaktır.

Bu genel ilkeye istisnalar olacaktır. Örneğin bir doğal tekelin fiyatları düzenleme altında ise ve bu düzenleme içinde fiyatlar “maliyet artı makul kâr oranı” şeklinde belirleniyorsa, o zaman düzenlenen şirketin eksik değil optimalden fazla yatırım yapma dürtüsü olabilir (çünkü yatırımlar arttıkça işletmenin kârı artar). Bu durumda şirketin yatırımlarının düzenleyici otorite tarafından denetlenmesi uygun olacaktır (pratikte de böyle olmuştur). Fakat bu denetimin hayata geçirilmesinin idari maliyeti yüksektir. Bu yüzden genellikle bu tür denetimlere gereksinim yaratmayan düzenleme biçimleri tercih edilmektedir.

Peki bu genel ilke kamu hizmetleri özel durumuna nasıl uygulanabilir? Örneğin kamu hizmetlerinin sürekliliği şartının yerine getirilmesinde yatırım koşullarının rolü ne olabilir? Burada yine somut durum üzerinden gitmek yararlı olacaktır. Örneğin elektrik ve telekomünikasyon hizmetleri özelinde evrensel hizmet hedeflerinin belirlenmesi, işletmeciye her türlü talebin karşılanması zorunluluğu getirilmesi, hizmet kalite standartları ve performans göstergelerinin belirlenmesi yatırım miktarlarının veya çeşidinin belirlenmesinden çoğu kez daha yararlı olacaktır. Buna karşılık yatırımların daha doğrudan denetlenmesinin gerekli olduğu durumlar da olabilir. Yukarıda sözü edilen fiyatların “maliyet artı kâr oranı” formülü ile belirlendiği durum buna bir örnektir. Bir başka örnek olarak Türkiye’de dağıtım şirketlerinin özelleştirmesinde yatırım miktarlarının 5 yıllık bir süre için belirlenmesi gösterilebilir. Burada da yatırım miktarlarının belirlenmesi makul gözükmemektedir, çünkü, (a) kayıp kaçak oranlarının düşürülmesi çok önemli bir hedeftir ve bunun için yatırım gereklidir, (b) tarifeler gelir tavanı esasına göre belirlenmektedir ve 5 yıl için belirlenmiştir, bu da yatırımların bir maliyet kalemi olarak 5 yıl için önceden belirlenmesi gereğini doğurmuştur.

Sonuç olarak, yatırım hedefleri konusunda dikkatli olunmalı, ve ancak şu sorular cevaplandıktan sonra uygulanmalıdır: İşletme toplumsal olarak gerekli yatırımı kendi kâr

maksimizasyon süreci içinde zaten yapar mı? Yapmaması için ciddi nedenler veya piyasa aksaklıkları var mıdır? Var ise bu aksaklıklara karşı ne tür önlemler alınırsa en iyi özendirim sağlanabilir? Yatırım değerinin belirlenmesi en etkin yöntem midir?

2.4.5 Değer tespit meselesi ve piyasa değeri konusu

Aşağıdaki bölümlerde görüleceği gibi, değer tespiti konusu Türkiye'de özelleştirme politikasının gelişiminde ve özelleştirme işlemlerinin hukuksal denetiminde önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Değer tespiti özelleştirme öncesinde, satılan varlıkların piyasa değerini ölçmeye yönelik kestirimlerden ibarettir. İdare, değer tespiti sayesinde satıştan elde edilecek gelir hakkında bir fikir sahibi olur. Değer tespiti, varlığın “gerçek değerinde” satılmasına yönelik bir önlem olarak görülebilir.

Öte yandan değer tespiti işleminin ciddi belirsizliklerle karşı karşıya olduğu da unutulmamalıdır. Nasıl ki herhangi bir varlık satışı ihalesine katılan her bir potansiyel alıcının satılan varlığın değeri hakkında farklı bir kestirimi varsa, değer tespit işlemi de satılan varlığın değerini kestirmeye yönelik çabalardan sadece bir tanesidir. Geleceğe ilişkin farklı varsayımlar, farklı sonuçlar üretir. Ayrıca, değer tespitinin yapıldığı zaman ile ihalenin yapıldığı zaman arasında tespit edilen değer “eskimesi” de kaçınılmazdır, çünkü bu zaman içinde değeri etkileyen birçok etkenin (makroekonomik değişkenler, piyasadaki gelişmeler, vs) değişmesi kaçınılmazdır. Bu belirsizlikler kaçınılmaz olarak değer tespitine yönelik kestirimlerin hata paylarının yüksek olması sonucunu doğurur.

Bir varlığın satış fiyatının “gerçek değerine” (veya satışta elde edilebilecek en yüksek değere) yakın olmasını sağlamanın en etkin yolu, ihalede yeterli rekabetin oluşmasını sağlamaktır. İhale sırasında yeterince rekabet oluşturulmuşsa, o zaman ihalede oluşan fiyatın söz konusu varlığın “gerçek değerini” yansıttığı söylenebilir. Bu değer yapılan değer tespiti sırasında belirlenen değer altında veya üstünde olabilir; ancak yeterince rekabet var ise varlığın “gerçek” değeri ihalede oluşan fiyattır.

Bu durum her zaman ihalede oluşan fiyatın herhangi bir varlığın toplumsal değerine yakın olacağı anlamına gelir mi? Hayır. İhalede oluşan fiyat piyasa değerine (bir başka ifade ile o varlıktan elde edilebilecek net gelirlerin bugünkü değerine) yakın olacaktır ama kuşkusuz bu değer toplumsal değerden saptığı durumlar olabilir. Örneğin, çevre düzenlemelerinin zayıf olduğu bir ülkede çevreyi kirleten bir santralin ihale (ve piyasa) değeri toplumsal değerinden yüksek olur, çünkü bu değer santralin çevreye verdiği zararı dikkate almaz. Dolayısıyla piyasa aksaklıklarının olduğu durumlarda kuşkusuz piyasa değeri toplumsal değerden farklı olacaktır. Ancak bu, yeterince rekabetin sağlandığı bir ortamda oluşan ihale değerinin piyasa değerini yansıtacağı gerçeğini değiştirmez. Toplumsal değer ile piyasa değerinin arasındaki fark, düzenlemelerin yetersiz olduğunu gösterir. Düzenleyici çerçevenin yeterli olduğu ortamlarda bu fark azalır veya yok olabilir.

3. Türkiye'de özelleştirme hukukunun gelişimi

Bu bölümde Türkiye'de özelleştirmelerin hukuksal altyapının gelişimi incelenecektir. Giriş bölümünde de belirtildiği gibi Türkiye'de özelleştirme hareketi 1980'lerden sonra gündeme gelen yapısal dönüşümün bir parçası olarak ortaya çıkmıştır. Buna karşılık özellikle 2000'li yıllara kadar hükümetlerin özelleştirme çabaları başarılı olmamıştır. Bunun çeşitli nedenleri olmuştur. Bunlardan en önemlisi, yeterli yasal çerçevenin oluşturulmamasıdır. Bu bölümde irdeleneceği gibi özelleştirme çabaları yeterli yasal altyapının oluşturulması yerine kısa yollar bulmak, yürütmenin yetkilerini arttırmak ve bu yolla yasama erkini devre dışı bırakmak biçiminde seyretmiştir. Çeşitli hükümetlerin bu yöntemlerde (başarılı olmamaları gerçeği karşısında şaşkıncu) ısrarı bir fayda vermemiş ve özelleştirme çabaları yargıdan geri dönmüştür. Her ne kadar yüksek yargının tutumu kimi değerlendirmelerde “yüksek yargının reforma ve/veya özelleştirmeye direnişi” veya “yüksek yargının devletçiliği” gibi nitelendirilse de, bu bölümde sunulan ayrıntılı inceleme bu değerlendirmenin genel olarak geçerli olmadığını göstermektedir.

3.1 Genel olarak

Yukarıda değinildiği üzere;

- Özelleştirme teriminin kullanıldığı ilk hukuksal metin ise 28 Mayıs 1986 tarihli ve 3291 sayılı “1211 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu, 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki Ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu, 07.11.1985 Tarihli Ve 3238 Sayılı Kanun, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Ve 1177 Sayılı Tütün Tekeli Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması Ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanun”;
- Özelleştirme konusundaki ilk genel kanun ise 4046 sayılı ve 24 Kasım 1994 tarihli “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” dur (“Özelleştirme Kanunu”).

Ancak, Özelleştirme Kanununda;

- a) Özelleştirme yöntemleri arasında “gelir ortaklığı modeli” ve “işletme hakkı verilmesi” sayıldığından, bu yöntemlerin ilk olarak öngörüldüğü Tasarrufların Teşviki Hk. Kanuna,
- b) Kamu iktisadi teşebbüslerinden söz edildiğinden, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye ve
- c) Kamu hizmetlerinin gördürülmesinin özelleştirilmesinden söz edildiğinden 3996 sayılı Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkından Kanun'a da değinmek gereklidir.

3.2 29 Şubat 1984 tarihli ve 2983 sayılı “Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun”⁶⁹

Tasarrufların Teşviki Hk. Kanunun amacı, “*istikrarlı ve güvenilir gelir verilmesi suretiyle tasarrufları teşvik ederek sağlanacak ek finansman kaynakları ile kamu yatırımlarını süratle gerçekleştirmek*” olarak tanımlanmıştır (1. madde).

Kanunun düzenleme konusu olarak ise “*Kamu Kurum ve Kuruluşlarına (Kamu İktisadi Kuruluşları ve İktisadi Devlet Teşekkülleri Dabil) ait ve 3 üncü maddede tanımlanan her nevi altyapı tesisi ile Kamu İktisadi kuruluşları ve İktisadi Devlet Teşekküllerine ait tesisler için münferit olarak veya bir grup halinde, “Gelir Ortaklığı Senedi” ile Kamu İktisadi Kuruluşları ve İktisadi Devlet Teşekkülleri için “Hisse Senedi” çıkarılması ve işletme hakkı verilmesi*” olarak ifade edilmiştir (2. madde).

Kanunda;

- a) Alt yapı tesisi, “*köprü, baraj, elektrik santrali, karayolu, demiryolu, telekomünikasyon sistemleri ile sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzerleri*”,
- b) Tesis, “*Kamu İktisadi Kuruluşları ve İktisadi Devlet Teşekküllerine (yurt dışındakiler de dâhil) ait müessese, işletme, bağlı ortaklık ve benzerleri*”,
- c) Müessese, “*Sermayesinin tamamı bir İktisadi Devlet Teşekkülüne veya Kamu İktisadi Kuruluşuna ait olup, ona bağlı işletme veya işletmeler topluluğu*”,
- d) Bağlı ortaklık, “*Sermayesinin % 50 veya daha fazlası İktisadi Devlet Teşekküllerine veya Kamu İktisadi Kuruluşlarına ait olan işletme ve işletmeler topluluğu*” ve
- e) İşletme, “*Müesseselerin ve bağlı ortaklıkların mal ve hizmet üretim birimleri*” olarak tanımlanmaktadır (3. madde).

Belirtmek gerekir ki; “müessese”, “bağlı ortaklık” ve “işletme”, Tasarrufların Teşviki Hk. Kanunun çıkarıldığı tarihte yürürlükte olan İktisadi Devlet Teşekkülleri ve Kamu İktisadi Kuruluşları Hakkında Kanun'da⁷⁰ (“İDT ve KİK Kanunu”) tanımlanmış ve düzenlenmiş olduğu gibi, daha sonra 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'yle de tanımlanmış ve düzenlenmiştir.

Tasarrufların Teşviki Hk. Kanunda üç yöntem öngörülmüştür:

- a) Gelir ortaklığı modeli,
- b) İşletme hakkı verilmesi ve
- c) Hisse senedi satışı.

Gelir ortaklığı senedi, “*Kamu kurum ve kuruluşlarına (Kamu İktisadi Kuruluşları ve İktisadi Devlet Teşekkülleri dabil) ait altyapı tesislerinin gelirlerine hakiki ve hükmi şabısların ortak olması için çıkarılacak*

69 Resmi Gazete: 17 Mart 1984 – 18344.

70 19 Ekim 1983 tarihli ve 2929 sayılı İktisadi Devlet Teşekkülleri ve Kamu İktisadi Kuruluşları Hakkında Kanun. Resmi Gazete: 22 Ekim 1983 – 18199.

senetler” olarak tanımlanmıştır (3. madde). Gelir ortaklığı modelinin konusu köprü, baraj, elektrik santrali, karayolu, demiryolu, telekomünikasyon sistemleri ile sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzerlerinin gelirleridir.

İşletme hakkı verilmesi, “*tesislerin belirli süre ve şartlar dahilinde hakiki ve hükmi şahıslar tarafından işletilmesi ve varsa mamullerinin pazarlama ve dağıtımını yapması*” olarak tanımlanmıştır (3. madde). İşletme hakkının konusu iktisadi devlet teşekküllerinin ve kamu iktisadi kuruluşlarının müessese, işletme ve bağlı ortaklıklardır. İşletme hakkı devri süresi ise 15 yıl olarak belirlenmiştir (11. madde).

Hisse senedi, “*Bu maddenin (b) bendinde tarif edilen tesislere hakiki ve hükmi şahısların ortak olması için çıkarılacak senetler*” olarak tanımlanmıştır (3. madde). Aynı maddede tesisler “*Kamu İktisadi Kuruluşları ve İktisadi Devlet Teşekküllerine (yurt dışındakiler de dahil) ait müessese, işletme, bağlı ortaklık ve benzerleri*” olarak tanımlanmıştır. Hisse senedi satışının nasıl yapılacağı Kanunda düzenlenmemiş, kurulan Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu hisse senedi ihracı konusunda yetkili kılınmıştır (10. madde).

Vurgulamak gerekir ki; Kanunun 2. maddesinde “*Kamu İktisadi Kuruluşları ve İktisadi Devlet Teşekkülleri için “Hisse Senedi” çıkarılması*”ndan söz edilmekle birlikte, 3. maddede sadece müessese, bağlı ortaklık ve işletmeleri için hisse senedi çıkarılabileceği öngörüldüğünden, hisse senedi ihracı kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekkülleri için değil, sadece bunların müessese, işletme, bağlı ortaklık ve benzerleri için olanaklıdır.

Kanunda müessese, “*Sermayesinin tamamı bir İktisadi Devlet Teşekkülüne veya Kamu İktisadi Kuruluşuna ait olup, ona bağlı işletme veya işletmeler topluluğu*”, bağlı ortaklık, “*Sermayesinin % 50 veya daha fazlası İktisadi Devlet Teşekküllerine veya Kamu İktisadi Kuruluşlarına ait olan işletme ve işletmeler topluluğu*”, işletme ise “*müesseselerin ve bağlı ortaklıkların mal ve hizmet üretim birimleri*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlar, Tasarrufların Teşviki Hk. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan İDT ve KİK Kanununda yer alan tanımlarla uyumludur. İDT ve KİK Kanununda ayrıca “iştirak” tanımı da bulunmaktadır: “*İktisadi devlet teşekküllerinin veya kamu iktisadi kuruluşlarının veya bağlı ortaklıklarının, sermayelerinin en az yüzde yirmi altısına en çok yüzde ellisine sahip buldukları anonim şirketlerdeki hisseleridir*”. Bu tanımlar çerçevesinde şöyle bir görünüm ortaya çıkmaktadır:

- a) Müesseselerde kamu payı %100'dür,
- b) Bağlı ortaklıklarda kamu payı asgari %50'dir ve teorik olarak %100'e kadar çıkabilir,
- c) İştiraklerde kamu payı asgari %26'dır.

Kamu payının elden çıkarılması açısından bakılırsa; bir müessesedeki kamu payı %100'ün altına düşerse, o müessese artık kanun gereği bağlı ortaklık, bir bağlı ortaklıktaki kamu payı %26'nın altına düşerse o bağlı ortaklık artık kanun gereği iştirak olacaktır.

İDT ve KİK Kanunu uyarınca bir iktisadi devlet teşekkülünün müessesesinin bağlı ortaklık haline getirilmesi için; (i) teşekkül yönetim kurulunun kararı, (ii) ilgili bakanlığın önerisi ve (iii)

Bakanlar Kurulu kararı gereklidir (15. madde 5. fıkra). Aynı Kanun uyarınca, iktisadi devlet teşekküllerine ilişkin hükümler kamu iktisadi kuruluşların tasfiyesi hakkında da uygulanacaktır (55. madde 5. fıkra). Ayrıca, teşekküllerin bağlı ortaklıklardaki hisse senetlerinin devrine Bakanlar Kurulu'nca, iştiraklerdeki hisselerin devrine ise Ekonomik İşler Koordinasyon Kurulu'nca karar verilecektir (37. madde).

Dolayısıyla, Tasarrufların Teşviki Hk. Kanun doğrultusunda Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu tarafından hisse senedi ihracına karar verilebilmesi için, önce İDT ve KİK Kanunu uyarınca (i) müesseselerin bağlı ortaklık haline getirilmesi ve hisselerin devrine, (ii) bağlı ortaklıklardaki hisselerin devrine Bakanlar Kurulunca, (iii) iştiraklerdeki hisselerin devrine ise Ekonomik İşler Koordinasyon Kurulu tarafından karar verilmesi gereklidir.

Ekleme gerekir ki, Tasarrufların Teşviki Hk. Kanunda işletmeler için hisse senedi ihracı öngörülmüşse de, işletmeler müesseselerin ve bağlı ortaklıkların mal ve hizmet üretim birimleri olduklarından, önce bunların bağlı ortaklık haline getirilmeleri gerekecektir. Bunun için de, yine İDT ve KİK Kanunu uyarınca Bakanlar Kurulu kararı gereklidir (22. madde).

İDT ve KİK Kanununda yer alan düzenlemelerin yarattığı bu uzun ve karmaşık prosedürü yeniden yaratmamak amacıyla, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kararname'ye ("KİTler Hk. KHK")⁷¹ "Bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamındaki teşebbüs, müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimlerinin ve iştiraklerinin tasfiye, devir, satış ve işletme haklarının verilme kararı Koordinasyon Kurulu tarafından alınır. Tasfiye, devir, satış veya işletme hakkının verilmesi, 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkındaki Kanun'un öngördüğü esaslara göre Kamu Ortaklığı Kurulu tarafından yürütülür." (38. madde) ve "Müesseseler, teşebbüs yönetim kurulunun görüşü alınarak ilgili bakanlığın teklifi üzerine Koordinasyon Kurulu kararı ile bağlı ortaklık veya iştirak haline getirilebilir." (15. madde 7. fıkra) hükümleri konmuştur.⁷²

Ancak, KİTler Hk. KHK'dan önce yayımlanarak yürürlüğe giren 3291 sayılı Kanunda da⁷³ kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesine ilişkin olarak hükümler getirilmiştir (13 ve devamı maddeler). Öte yandan 3291 sayılı Kanunda yer alan "233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 38 inci maddesi ile diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz." şeklindeki hüküm (17. madde 1. fıkra), KİTler Hk. KHK'nın 38. maddesinin uygulanabilirliği konusunda tereddüt yaratmıştır.⁷⁴

Tasarrufların Teşvik Hk. Kanundaki önemli değişikliklere bakıldığında:

71 8 Haziran 1984 tarihli ve 233 sayılı "Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kararname". Resmi Gazete: 18 Haziran 1984 - Sayı: 18435 (1. mükerrer).

72 KİTler Hk. KHK'nın 2. maddesinin 1. fıkrası uyarınca "Kamu iktisadi teşebbüsü "Teşebbüs"; iktisadi devlet teşekkülü ile kamu iktisadi kuruluşunun ortak adıdır."

73 28 Mayıs 1986 tarihli ve 3291 sayılı "1211 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu, 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki Ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu, 07.11.1985 Tarihli Ve 3238 Sayılı Kanun, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Ve 1177 Sayılı Tütün Tekeli Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması Ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanun". Resmi Gazete: 3 Haziran 1986 - 19126.

74 Bir kanunun henüz yayımlanmamış bir kanunun veya kanun hükmünde karamamenin bir maddesini, adını ve madde numarasını belirterek uygulanmaz kılması hukuksal açıdan ilginç bir örnek oluşturmaktadır.

- 3188 sayılı Kanunla,⁷⁵ hisse senedi tanımı “*Hisse senedi: Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile bunlara ait tesislere hakiki ve hükmi şahısların ortak olması için çıkarılacak senetler*” şeklinde değiştirilerek kamu iktisadi teşebbüslerinin hisse senetlerinin çıkarılmasına olanak tanınmıştır.
- 3701 sayılı Kanunla,⁷⁶ “Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu” deyimini “Yüksek Planlama Kurulu” olarak değiştirilmiş ve Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'nun oluşumuna ilişkin hükümler yürürlükten kaldırılmıştır.
- 530 sayılı KHK'yla,⁷⁷ kapsamlı değişiklikler yapılarak “Özelleştirme Fonu”, “Özelleştirme Yüksek Kurulu” ve “Özelleştirme İdaresi Başkanlığı” kurulmuştur. Ancak bu KHK, anamuhalefet partisi (Anavatan Partisi) tarafından açılan davada, dayandığı yetki kanununun⁷⁸ iptal edilmiş olması⁷⁹ nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından yürürlüğü durdurularak iptal edilmiştir.⁸⁰ Özellikle vurgulamak gerekir ki; Anayasa Mahkemesi'nin kararı özelleştirmeye ilişkin değil, Anayasa Hukuku bakımından KHK çıkarılmasının teknik kural ve koşullarına ilişkindir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararıyla, belirtilen idare ve kuruluşların hukuksal temeli ortadan kalkmıştır.
- Özelleştirme Kanunuyla,⁸¹ Kamu Ortaklığı Fonu'na ilişkin hükümler yeniden düzenlenmiştir.
- 4568 sayılı Kanunla,⁸² Kamu Ortaklığı Fonuna ilişkin hükümler ile gelir ortaklığı senedi ve işletme hakkı devrini düzenleyen hükümler kaldırılmıştır. Böylece, Tasarrufların Teşviki Hk. Kanunda gelir ortaklığı modeli ve işletme hakkı verilmesi konusundaki yetkiler korunmuş, ancak bu yetkilerin kullanımında uyulacak usuller Özelleştirme Kanunu'na tâbi olmuştur.

Konumuz bakımından, Tasarrufların Teşviki Hk. Kanuna ilişkin olarak söylenmesi yararlı olacak son husus 2. (“Kapsam”), 4. (“Kamu Ortaklığı Fonu”), 13. (“Uygulanmayacak kanunlar”) ve 15. (“Kamu Ortaklığı Fonunun denetimi”) maddeleriyle 8. maddenin (“Personel rejimi”) son fıkrasının ve 10. maddesinin (Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulunun görevleri”) a, e, f, g ve h bentlerinin Anayasaya aykırılığı nedeniyle dönemin ana muhalefet partisi Halkçı Parti tarafından iptal davası açıldığı ve Anayasa Mahkemesi'nin belirtilen hükümleri Anayasa'ya aykırı bulmadığıdır.⁸³ Bu kararın en önemli sonucu, Anayasa Mahkemesi'nin, kamu iktisadi teşebbüsleri bakımından gelir ortaklığı modelinin uygulanmasını, hisse devri yapılmasını ve işletme hakkı verilmesini Anayasa'ya

75 1 Mayıs 1985 tarihli ve 3188 sayılı “2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun”, Resmi Gazete: 18 Mayıs 1985 – 18748.

76 22 Mart 1991 tarihli ve 3701 sayılı “Devlet Planlama Teşkilatı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun”, Resmi Gazete: 22 Mart 1991 – 20822.

77 30 Mayıs 1994 tarihli ve 530 sayılı “Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde ve 190 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname”, Resmi Gazete: 6 Haziran 1994-21952.

78 5 Mayıs 1994 tarihli ve 3987 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ile Özelleştirme Sonucunda Doğabilecek İstihdamla İlgili Sorunların Çözülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameler Çıkarılması Amacıyla Yetki Verilmesine Dair Kanun”, Resmi Gazete: 5 Mayıs 1994 – 21931 (mükerrer).

79 AMK E. 1994/49, K. 1994/45-2, Kt. 07.07.1994. Davacılar: Mümtaz Soysal, Nami Çağan ve 89 milletvekili.

80 AMK E. 1994/63, K. 1994/60-1, Kt. 21.07.1994 (Yürürlüğü durdurma), AMK E. 1994/63, K. 1994/60-2, Kt. 21.07.1994 (iptal). Davacılar: Mümtaz Soysal, Nami Çağan ve 89 milletvekili.

81 24 Kasım 1994 tarihli ve 4046 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, Resmi Gazete: 27 Kasım 1994 - 22124.

82 23 Mayıs 2000 tarihli ve 4568 sayılı “Bazı Fonların Tasfiyesine İlişkin Kanun”, Resmi Gazete: 26 Mayıs 2000 – 24060.

83 AMK E. 1984/9, K. 1985/4, Kt. 18.02.1985. Davacı: Anamuhalefet partisi (Halkçı Parti).

aykırı bulmadığı ve dolayısıyla Kanunda “özelleştirme” den söz edilmese de, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'yı özelleştirmeye engel görmediğidir.

3.3 8 Haziran 1984 tarihli ve 233 sayılı “Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”⁸⁴

KİTler Hk. KHK, İDT ve KİK Kanunu'nun yerini almıştır.

KHK'nın özelleştirme bakımından göze en çok çarpan hükümleri 38. maddesi ile 15. maddesinin 7. fıkrasıdır. 38. maddedeki “*Bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamındaki teşebbüs, müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimlerinin ve iştiraklerinin tasfiye, devir, satış ve işletme haklarının verilme kararı Koordinasyon Kurulu tarafından alınır. Tasfiye, devir, satış veya işletme hakkının verilmesi, 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkındaki Kanun'un öngördüğü esaslara göre Kamu Ortaklığı Kurulu tarafından yürütülür.*” hükmüyle tasfiye, devir, satış ve işletme haklarının tasfiye, devir, satış ve işletme haklarının verilmesine karar verme yetkisi Ekonomik İşler Yüksek Koordinasyon Kurulu'na verilmiş ve kararın yürütülmesi konusunda ise Kamu Ortaklığı Kurulu açık şekilde yetkili kılınmıştır. 15. maddesinin 7. fıkrasındaki “*Müesseseler, teşebbüs yönetim kurulunun görüşü alınarak ilgili bakanlığın teklifi üzerine Koordinasyon Kurulu kararı ile bağlı ortaklık veya iştirak haline getirilebilir.*” hükmüyle de, müesseselerin bağlı ortaklık haline getirilmesi konusunda yine Ekonomik İşler Yüksek Koordinasyon Kurulu yetkili kılınmıştır. Böylelikle, İDT ve KİK Kanunundaki prosedürün Tasarrufların Teşviki Hk. Kanununun uygulanmasında yarattığı zorluklar aşılmaya çalışılmıştır.⁸⁵

KİTler Hk. KHK'nın tanımlara bakıldığında (2. madde);

- a) Kamu iktisadi teşebbüsü (“Teşebbüs”); iktisadi devlet teşekkülü ile kamu iktisadi kuruluşunun ortak adıdır,
- b) İktisadi devlet teşekkülü (“Teşekkül”); sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan kamu iktisadi teşebbüsüdür,
- c) Kamu iktisadi kuruluşu (“Kuruluş”), sermayesinin tamamı Devlete ait olup, tekel niteliğindeki mallar ile temel mal ve hizmetleri üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve kamu hizmeti niteliği ağır basan kamu iktisadi teşebbüsüdür,
- d) Müessese, sermayesinin tamamı bir teşebbüse ait ve ona bağlı olan işletme veya işletmeler topluluğudur,
- e) Bağlı ortaklık, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası teşebbüslere ait olan ve işletme veya işletmeler topluluğundan oluşan anonim şirketlerdir,
- f) İştirak, teşebbüslerin veya bağlı ortaklıklarının, sermayelerinin en az % 15'ine, en çok yüzde %50'sine sahip buldukları anonim şirketlerdir,
- g) İşletme, müesseselerin ve bağlı ortaklıkların mal ve hizmet üreten fabrika ve diğer birimleridir.

84 Resmi Gazete: 18 Haziran 1984 - Sayı: 18435 (1. Mükerrer)

85 Ancak, 233 sayılı HKH'dan önce yürürlüğe giren 3291 sayılı kanunun 17. maddesinin 1. fıkrasının, 233 sayılı KHK'nın 38. maddesinin uygulanabilirliği konusunda arattığı tereddüt sürmektedir.

Kamunun sermaye payını esas alan bu tasnife ek olarak Geçici 1. maddede, kapsam dışında kalan teşebbüsler ve kurumların, kuruluş ve işleyişleri ile ilgili yeni bir düzenleme yapılmaya kadar, kendi mevzuatlarına göre yönetileceği öngörülmüştür.

KHK'daki, kamu iktisadi kuruluşu tanımı, Özelleştirme Kanunuyla,⁸⁶ “*Kamu İktisadî Kuruluşu* “*Kuruluş*”; *sermayesinin tamamı Devlete ait olup, tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadî teşebbüsüdür.*” şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklikte dikkati çeken hususlar; (i) tanımdan “temel mal ve hizmetleri” ve “kamu hizmeti niteliği ağır basan” ibarelerinin çıkarılarak faaliyetin “tekel niteliğindeki mal ve hizmetler”le ifade edilmesi ve (ii) tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretiminin kamu hizmeti kabul edilerek imtiyaz olarak nitelenmesidir. Belirtmek gerekir ki; bu durum, Özelleştirme Kanunu'nun “Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesinin Özelleştirilmesi” kenar başlıklı 15. maddesinde yer alan “*kamu hizmeti gören tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üreten kamu iktisadî kuruluşları*” ve “*kamu iktisadî kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri imtiyaz addolunur*” ibareleri de göz önünde tutulduğunda, kamu hizmeti, tekel ve imtiyaz arasındaki ilişki bakımından tereddüt yaratacak niteliktedir. Örnekleme gerekirse; KİTler Hk. KHK'da yapılan değişiklikte “tekel kamu hizmeti imtiyaz” şeklinde bir dizge kurulmuşken, Özelleştirme Kanunu'nda “kamu hizmeti + tekel” şeklinde kamu hizmeti ve tekeli birbirinden ayıran bir dizge ve “temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri imtiyaz” şeklinde bir başka dizge kurulmuştur. Ama kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amacı da “tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üretmek” tir. Bu, haklı olarak, “tekel olan mal veya hizmet üretimi, sırf tekel olmasından dolayı kamu hizmeti midir” sorusunu sordurmaktadır. Söz konusu sorunun yanıtını şu şekilde verilerek tereddüdün giderilmesi olanaklıdır: (i) Kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amacı tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üretmektir. (ii) Kamu iktisadi kuruluşları tarafından tekel niteliğinde üretilen mal ve hizmetler kamu hizmeti kabul edilir. (iii) Kamu iktisadi kuruluşları tarafından tekel niteliğindeki ve kamu hizmeti olarak kabul edilen mal ve hizmet üretimi imtiyaz kabul edilir. (iv) Her tekel kamu hizmeti değildir, kamu hizmeti olması kamu iktisadi kuruluşuna verilmesi (organik koşul) veya niteliği itibarıyla kamu hizmeti olması (maddi koşul) şeklinde birbirinden ayrı olarak yeterli olan iki ayrı koşula bağlıdır. (v) Her kamu hizmeti tekel değildir, tekel olması anayasal veya yasal olarak Devletin tekelinde olması veya idarenin tekeline bırakılmasına bağlıdır. Bu husus önemlidir çünkü yukarıda değinildiği üzere devlet ve doğal tekel faktörlerinin bir araya gelmesi “doğal tekel konusu mal veya hizmet, kamu hizmeti midir?” sorusunun sorulmasına ve bağlantılı olarak “doğal tekel durumu, genel ve kolektif gereksinime işaret etmektedir” şeklinde bir yanlış çıkarımının yapılması riskine neden olmaktadır. Örneklesek, sigara üretimi tekel haline getirilebilir, ama kamu hizmeti veya doğal tekel değildir. Elektrik dağıtım ağı doğal tekeldir ama elektrik dağıtımı doğal tekel vasfından bağımsız olarak kamu hizmetidir.⁸⁷ Limanlar doğal tekeldir ama liman işletmeciliği kamu hizmeti değildir; ancak diğer mal ve hizmetlerin sunumundaki fonksiyonu onun kamu hizmeti olarak tasnifine olanak yaratmakta ve doğal tekel durumu bu olanağı güçlendirmektedir.

86 4046 sayılı ve 24 Kasım 1994 tarihli “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, Resmi Gazete: 27 Kasım 1994 - 22124.

87 En azından bu Türk (ve, örneğin, Fransız) anayasa ve idare hukukunda böyledir. Bkz. ileride bölüm 4.1.

KİTler Hk. KHK'daki tanımlara ve pay devrine ilişkin olarak hukuk tekniği bakımından değinmekte yarar olan bir başka husus şudur: KİTler Hk. KHK'da kamu iktisadi teşebbüslerinin “sermayesinin tamamının” devlete ait olması öngörülmüştür. Devlete ait paydan herhangi bir devir, ilgili kamu iktisadi teşebbüsünü bu statüsünden çıkaracak ve teşebbüsü, pay devri oranına göre, bağlı ortaklık, iştirak veya KHK'ya tâbi olmayan bir şirket haline getirecektir. Dolayısıyla, bir kamu iktisadi teşebbüsündeki payın devri, pay devri oranına göre, onu bağlı ortaklık veya iştirak haline getirmek veya KİTler Hk. KHK kapsamı dışına çıkarmakla bağlantılıdır. Öte yandan, KİTler Hk. KHK'da yer alan “Teşebbüslerden iktisadi devlet teşekkülü olanlar, bankacılık alanında, sermayelerinin en az %91'inin Devlete ait olması şartıyla anonim şirket şeklinde de kurulabilirler.” hükmü (3. madde 3. fıkra), daha önce anonim şirket olarak kurulmuş olanlar dışındaki kamu iktisadi teşebbüslerinin Bakanlar Kurulu kararıyla anonim şirket halinde örgütlenmesini ve dolayısıyla bağlı ortaklık veya iştirak haline getirilmesini engelleyecek niteliktedir. Hukuksal bakımdan ortaya çıkacak bu sorunlar, KİTler Hk. KHK'dan beş gün önce Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 3291 sayılı Kanunla,⁸⁸ deyim yerindeyse daha doğmadan çözümlenmiştir.

KİTler Hk. KHK'nın 3. maddesinin 3. fıkrası, 615 sayılı KHK'yla,⁸⁹ “Teşebbüslerden iktisadi devlet teşekkülü olanlar anonim şirket şeklinde de kurulabilir. Ancak bankacılık alanında faaliyet gösteren iktisadi devlet teşekküllerinin anonim şirket şeklinde kurulabilmeleri için sermayelerinin en az % 91'inin Devlete ait olması şarttır. Anonim şirket şeklinde kurulan iktisadi devlet teşekküllerinde Türk Ticaret Kanununun 277 nci maddesinde sözü edilen 5 kurucunun bulunması şartı aranmaz, genel kurul ve denetçileri bulunmaz.” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak, 615 sayılı KHK, anamuhalefet partisi (Fazilet Partisi) tarafından açılan davada, dayandığı yetki kanununun⁹⁰ daha önce iptal edilmiş olması⁹¹ nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.⁹²

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı üzerine, 4622 sayılı Kanunla,⁹³ fıkra “3. Teşebbüslerden iktisadi devlet teşekkülü olanlar, anonim şirket şeklinde de kurulabilir. Anonim şirket şeklinde kurulan iktisadi devlet teşekküllerinde Türk Ticaret Kanununun 277 nci maddesinde sözü edilen beş kurucunun bulunması şartı aranmaz, genel kurul ve denetçiler bulunmaz.” şeklinde değiştirilmiştir.

88 28 Mayıs 1986 tarihli ve 3291 sayılı “1211 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu, 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu, 07.11.1985 Tarihli Ve 3238 Sayılı Kanun, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve 1177 Sayılı Tütün Tekeli Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanun”. Resmi Gazete: 3 Haziran 1986 – 19126.

89 24 Temmuz 2000 tarihli ve 615 sayılı “Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Karamamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname”, Resmi Gazete: 15 Eylül 2000 – 24171.

90 29 Haziran 2000 tarihli ve 4588 sayılı “Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkilerine İlişkin Konularla Kamu Personeli Arasındaki Ücret Dengesizliklerinin Giderilmesi ve Kamu Mali Yönetiminde Disiplinin Sağlanması İçin Yapılacak Düzenlemeler Hakkında Yetki Kanunu”, Resmi Gazete: 6 Temmuz 2000 - 24101 (1. Mükerrer).

91 AMK E. 2000/45, K. 2000/27, Kt. 05.10.2000. Davacı: Anamuhalefet partisi (Fazilet Partisi).

92 AMK E. 2000/72, K. 2000/46, Kt. 02.11.2000. Davacı: Anamuhalefet partisi (Fazilet Partisi).

93 25 Ocak 2001 tarihli ve 4622 sayılı “Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Karamamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, Resmi Gazete: 3 Şubat 2001 – 24307.

3.4 28 Mayıs 1986 tarihli ve 3291 sayılı “1211 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu, 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki Ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu, 07.11.1985 Tarihli Ve 3238 Sayılı Kanun, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Ve 1177 Sayılı Tütün Tekeli Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması Ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanun”⁹⁴

3291 sayılı Kanun, “özelleştirme” teriminin kullanıldığı ilk kanundur. Ancak özelleştirmeye ilişkin düzenlemeler kamu iktisadi teşebbüslerine münhasır şekilde yapılmıştır ve dolayısıyla Kanun özelleştirme konusunda genel bir kanun değildir. Öte yandan, bu kanun, birçok kanunda değişiklik yaptığından “*müstakil bir özelleştirme mevzuatı*” niteliğinde de değildir.⁹⁵

3291 sayılı Kanunu özelleştirme mevzuatı sistematüğinde bir yere yerleştirmek gerekirse, Tasarrufların Teşviki Hk. Kanununun⁹⁶ İDT ve KİK Kanunu⁹⁷ ile sonradan onun yerini alacak KİTler Hk. KHK'nın⁹⁸ yarattığı sorunları gidermek ve kamu iktisadi teşebbüslerin özelleştirilmesine ilişkin boşlukları doldurmak için çıkarıldığı söylenebilir.

3291 sayılı Kanunun kapsamına kamu iktisadi teşebbüsleri, müesseseler, bağlı ortaklıklar, işletmeler, işletme birimleri ve iştirakler girmektedir (13. madde). Bu kapsam, Tasarrufların Teşviki Hk. Kanunun kapsamıyla karşılaştırıldığında;

- a) Tasarrufların Teşviki Hk. Kanunda “köprü, baraj, elektrik santrali, karayolu, demiryolu, telekomünikasyon sistemleri ile sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzerleri” olarak tarif edilen “alt yapı tesisleri” hakkında Tasarrufların Teşviki Hk. Kanun,
- b) Tasarrufların Teşviki Hk. Kanunda “Kamu İktisadi Kuruluşları ve İktisadi Devlet Teşekküllerine (yurt dışındakiler de dâhil) ait müessese, işletme, bağlı ortaklık ve benzerleri” olarak tarif edilen tesisler hakkında ise 3291 sayılı Kanun uygulanacaktır.

3291 sayılı Kanunda; kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirmesine karar verme yetkisi Bakanlar Kurulu'na; müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin özelleştirilmesine karar verme yetkisi Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'na (Kamu Ortaklığı Kurulu) verilmiştir (13. madde).

3291 sayılı Kanun uyarınca; özelleştirme kararıyla birlikte, özelleştirmesine karar verilen

94 Resmi Gazete: 3 Haziran 1986 – 19126.

95 Baytan, İlhan, Özelleştirme, Ankara, 1999, 29.

96 29 Şubat 1984 tarihli ve 2983 sayılı “Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun”, Resmi Gazete: 17 Mart 1984 – 18344.

97 19 Ekim 1983 tarihli ve 2929 sayılı İktisadi Devlet Teşekkülleri ve Kamu İktisadi Kuruluşları Hakkında Kanun. Resmi Gazete: 22 Ekim 1983 – 18199.

98 8 Haziran 1984 tarihli ve 233 sayılı “Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kararname”. Resmi Gazete: 18 Haziran 1984 - Sayı: 18435 (1. mükerrer).

teşebbüs, müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimleri anonim şirkete dönüşecek ve kamu payları bedelsiz olarak Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi'ne devredilmiş olacaktır (14. madde (a) bendi). Böylelikle, İDT ve KİK Kanunu'nun ve KİTler Hk. KHK'nin tanımları ve prosedürleri nedeniyle ortaya çıkan, özelleştirilecek teşebbüslerin anonim şirket halinde örgütlenmesi veya bağlı ortaklık haline getirilmesi sorunu çözümlenmiş olmaktadır.

Özelleştirilmesine karar verilen teşebbüs, müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerindeki paylar ile iştiraklerdeki kamu paylarının karşılığı olan hisse senetlerinin satışı ve devri konularında ise Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu yetkili kılınmıştır.

Öte yandan, hakkında özelleştirme kararı verilen teşebbüs, müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimlerinin varlıklarının satılmasına, bunların veya varlıklarının kiralınmasına veya devredilmesine, bunlara ilişkin işletme hakkı verilmesine karar verme yetkisi ve bu konularda düzenleme yapma yetkisi Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'na tanınmıştır. Böylece, Tasarrufların Teşviki Hk. Kanuna paralellik sağlanmıştır.

3291 sayılı Kanunda dikkat çeken bir husus, İDT ve KİK Kanununda ve sonradan onun yerini alan KİTler Hk. KHK'de öngörülen “bakanlığa bağlılık” esasının, özelleştirme işlemlerinde ilgili bakanlığı da inisiyatif sahibi yapması nedeniyle doğacak sorunların giderilmesidir: Hakkında özelleştirme kararı alınan kamu iktisadi teşebbüsü bu kararla birlikte doğrudan, diğerleri ise anonim şirket haline gelme işlemleri tamamlandıktan sonra ilgili bakanlıkla ilişkisi kesilerek Başbakanlığa bağlanmaktadır.

3291 sayılı Kanunda yapılan önemli değişikliklere bakıldığında:

- 3974 sayılı Kanunla,⁹⁹ “Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadî Devlet Teşekküllerinin bu Kanuna dayanarak veya diğer kanunların özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutların işletme haklarını devir almalarını öngören hükümlerine göre üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olup, imtiyaz teşkil etmezler.” şeklinde bir madde getirilmiştir (Ek 5. madde). Ancak, milletvekilleri tarafından açılan iptal davasında, bu hüküm hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından önce yürürlüğü durdurma, ardından iptal kararı verilmiştir.¹⁰⁰
- 531 sayılı KHK'yla¹⁰¹ kapsamlı şekilde değişiklik yapılarak 3291 sayılı Kanun genel bir özelleştirme kanunu haline getirilmeye çalışılmıştır. Bu KHK'ya karşı anamuhalefet partisi

99 22 Şubat 1994 tarihli ve 3974 sayılı “1211 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu, 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu, 7.11.1985 Tarihli ve 3238 Sayılı Kanun, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve 1177 Sayılı Tütün Tekeli Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanuna Ek Maddeler Ekleneğine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun”, Resmi Gazete: 1 Mart 1994 – 21864.

100 AMK E. 1994/43, K. 1994/42-1, Kt. 11.04.1994 (Yürürlüğü durdurma); AMK E. 1994/43, K. 1994/42-2, Kt. 09.12.1994 (İptal). Davacılar: Mümtaz Soysal, Nami Çağan ve 88 milletvekili. Bu kararın gerekçesine aşağıda 4 Aralık 1984 tarihli ve 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı Ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun” ele alınırken değinilecektir.

101 3291 sayılı Kanunun Beşinci Bölümünün başlığı (“Kamu İktisadi Teşebbüslerinin özelleştirilmesi ile ilgili hükümler”) ve bu bölümdeki 13 ilâ 16. maddeler 30 Mayıs 1994 tarihli ve 531 sayılı “28/5/1986 Tarihli ve 3291 Sayılı Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname”, Resmi Gazete: 6 Haziran 1994 – 21952 (2. mükerrer).

(Anavatan Partisi) tarafından iptal davasında, Anayasa Mahkemesi, KHK'nın dayandığı yetki kanununun¹⁰² daha önce iptal edilmiş olması¹⁰³ nedeniyle KHK hakkında yürürlüğü durdurma kararı ve iptal kararı vermiştir.¹⁰⁴ Bu iptal kararıyla birlikte, 3291 sayılı Kanunun eski adıyla “Kamu İktisadi Teşebbüslerinin özelleştirilmesi ile ilgili hükümler” başlıklı Beşinci Bölümü'nden geriye, “*Özelleştirme ile ilgili işlemler her türlü vergi, resim ve harçtan muaftır.*” (14. madde 1. fıkra), “*Gerçek ve tüzel kişilerin Türk Ticaret Kanunundan doğan ortaklık hakları saklıdır.*” (14. madde 4. fıkra) ve “*233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 38 inci maddesi ile diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz.*” (17. madde 1. fıkra) hükümleriyle tütün ve tütün mamullerine ilişkin düzenlemeler (17. madde 2. fıkra) kalmıştır. Bu hükümler de, Özelleştirme Kanunu,¹⁰⁵ 4629 sayılı Kanun¹⁰⁶ ve 4733 sayılı Kanunla¹⁰⁷ kaldırılarak 3291 sayılı Kanunun özelleştirme mevzuatı içindeki varlığı sona erdirilmiştir.

3.5 5 Mayıs 1994 tarihli ve 3987 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ile Özelleştirme Sonucunda Doğabilecek İstihdamla İlgili Sorunların Çözümlemesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameler Çıkarılması Amacıyla Yetki Verilmesine Dair Kanun”¹⁰⁸

3987 sayılı Yetki Kanunu, doğrudan özelleştirmeleri düzenleyen bir kanun değil, özelleştirmeye ilişkin hususlarda kanun hükmünde kararname çıkarılarak düzenleme yapılması konusunda Bakanlar Kurulu'na geniş yetki veren bir kanundur.

Kanunun “Amaç” kenar başlıklı 1. maddesi ile “Kapsam” kenar başlıklı 2. maddesinde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilen konular düzenlenmiştir. Bu düzenleme yapılırken, sadece kamu iktisadi teşebbüslerinin değil;

- Sermayesinin tamamı veya yarısından fazlası Devlete ve/veya diğer kamu tüzel kişilerine ait kuruluşlardaki payların,
- Bunların iştiraklerindeki payların, varlıklarının ve Devlet iştiraklerinin,
- Genel ve katma bütçeli idarelerin, kamu iktisadi teşebbüslerinin, özelleştirme kapsamına alınması mümkün olan sair kurum, kuruluş ve teşebbüsler diğer kamu tüzel kişilerinin, gördükleri kamu hizmetleriyle doğrudan doğruya ilgili olmayan varlıklarının ve
- Hazineye ait kamu paylarının özelleştirilmesi de kapsama alınmıştır.

102 5 Mayıs 1994 tarihli ve 3987 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ile Özelleştirme Sonucunda Doğabilecek İstihdamla İlgili Sorunların Çözümlemesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameler Çıkarılması Amacıyla Yetki Verilmesine Dair Kanun”, Resmi Gazete: 5 Mayıs 1994 – 21931 (mükerrer).

103 AMK E. 1994/49, K. 1994/45-2, Kt. 07.07.1994. Davacılar: Mümtaz Soysal, Nami Çağan ve 89 milletvekili.

104 AMK E. 1994/64, K. 1994/61-1, Kt. 21.07.1994 (Yürürlüğü durdurma), AMK E. 1994/64, K. 1994/61-2, Kt. 21.07.1994 (İptal). Davacı: Anavatahalefet partisi (Anavatan Partisi).

105 24 Kasım 1994 tarihli ve 4046 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, Resmi Gazete: 27 Kasım 1994 - 22124.

106 17. maddesinin 4. fıkrası ise 21 Şubat 2001 tarihli ve 4629 sayılı “Bazı Fonların Tasfiyesi Hakkında Kanun”, Resmi Gazete: 3 Mart 2001 - 24335 (1. mükerrer).

107 3 Ocak 2002 tarihli ve 4733 sayılı “Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz Ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün Yeniden Yapılandırılması İle Tütün Ve Tütün Mamullerinin Üretimine, İç Ve Dış Alım Ve Satımına, 4046 Sayılı Kanunda Ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, Resmi Gazete: 9 Ocak 2002 – 24635.

108 Resmi Gazete: 11 Mayıs 1994 – 21931 (mükerrer).

Öte yandan;

- Özelleştirme konusunda görevli idarelerin ve ilgili fonların düzenlenmesi;
- Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan veya Hazinesinin mülkiyetinde olup özelleştirme kapsamına alınan kuruluşların kullanımında bulunan taşınmaz malların mülkiyetinin bu kuruluşlara devri ve/veya bunlar üzerinde bu kuruluşlar lehine mülkiyetin gayri aynî haklar tesisi;
- Özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda çalışan kamu personelinin özlük ve sosyal haklarının düzenlenmesi, nakilleri ve hizmet akdiyle çalışanlardan özelleştirme veya yeniden yapılandırma sonucunda işsiz kalanlara mali ve sosyal haklar sağlanması;
- Petrol Kanunu'nda değişiklik yapılması konularında da yetki verilmiştir.

Kanunda, kanun hükmünde kararname çıkarılırken uyulacak ilkeler;

- Özelleştirmenin toplumun iktisadî, sosyal ve kültürel kalkınmasına katkıda bulunması;
- Rekabetin tesisi ve korunması;
- Özelleştirme uygulamalarının yol açabileceği istihdama yönelik sorunların, oluşturulacak sosyal güvenlik sistemi içinde çözümlenmesine çalışılması;
- Kamu açıklarının millî ekonominin kapsamlı dengeleri üzerinde yarattığı olumsuz etkilerin giderilmesine katkıda bulunulması;
- Millî güvenliğin gereklerinin göz önünde bulundurulması ve
- Özelleştirme sözleşmelerinin uygulanması sırasında çıkabilecek hukukî anlaşmazlıkların yürürlükteki kanunlara göre Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerince yahut uluslararası tahkim de dahil olmak üzere tahkim yollarına başvurularak çözülmesi olarak belirlenmiştir (3. maddesi).

Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi ise 4 ay olarak belirlenmiştir.

Kanuna karşı milletvekilleri tarafından iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi kanun hakkında yürürlüğü durdurma kararı vermemiş,¹⁰⁹ ancak daha sonra kanunu iptal etmiştir.¹¹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının gerekçeleri özetle şöyledir:

- a) Bazı özelleştirme türlerinde kamu mülkiyetine sınırlama getirilmekte ve hatta kamu mülkiyeti sona erdirilmektedir. Anayasa'nın mülkiyet hakkını güvenceye alan ve kanunla sınırlanabileceği söyleyen 35. maddesi kamu mülkiyeti bakımından da geçerlidir. Anayasa'nın 91. maddesinin 1. fıkrası uyarınca mülkiyet hakkı kanun hükmünde kararnameyle düzenlenemeyecek hususlardan olduğundan özelleştirmeye ilişkin düzenlemenin kanunla yapılması zorunludur.
- b) Verilen yetkilerin kapsamı çok geniş olduğundan, kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetiminde de ölçüt olarak kullanılacak olan ilkeler somut olmayan genel anlatımlardan oluştuğundan, uygulanacak özelleştirme (satış, kiralama, işletme hakkı devri

109 AMK E. 1994/49, K. 1994/45-1, Kt. 15.06.1994. Davacılar: Mümtaz Soysal, Nami Çağan ve 89 milletvekili.

110 AMK E. 1994/49, K. 1994/45-2, Kt. 07.07.1994. Davacılar: Mümtaz Soysal, Nami Çağan ve 89 milletvekili.

- gibi yöntemlerine uygun ilkeler (satış yönteminde uygulanacak esaslar, kamu varlığının değerini belirleme biçimi, ihale yöntemleri gibi) ayrı ayrı ve açık şekilde belirtilmediğinden; verilen kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi yasama yetkisinin devri niteliğindedir ve dolayısıyla yasama yetkisinin devredilemezliğine ilişkin anayasal kurallara aykırıdır.
- c) Telekomünikasyon ve elektrik gibi stratejik öneme sahip kamu hizmetlerinin yabancılaşması, ülke savunması, güvenliği ve bağımsızlığı yönünden sakıncalı olduğundan, herhangi bir sınır getirilmeden yabancılara satış yapılmasına olanak sağlayan bu kanun, Anayasa'nın Başlangıç'ının yedinci paragrafındaki “Türk Millî Menfaatleri”nin korunması ve 5. maddesindeki devletin, “Türk Milletinin Bağımsızlığı”nı ve “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğu”nu sağlama ilkelerine aykırıdır.¹¹¹
- d) Anayasa'nın 167. maddesi uyarınca “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.” ve 172. maddesiyle de Devlet'e “tüketicileri koruyucu önlemleri almak” görevi verilmiştir. Özelleştirilecek kuruluş tekel konumunda ise, kamu tekelinin yerini özel tekelin alması kaçınılmazdır. Kamu tekeli durumunda, mal veya hizmet üretimine Devlet'in doğrudan karışması olanağı varken özel tekel durumunda, bu olanak söz konusu olmayacak, mal ve hizmet fiyatları kamu tekeline olduğundan daha yüksekte belirleneceği gibi kalite de olumsuz etkilenecektir. Elektrik, su, telekomünikasyon gibi temel kamu hizmeti üreten ve doğal tekel niteliği taşıyan ve stratejik yönden önemli olan kamu iktisadî teşebbüslerinin özelleştirilmesi önlem alınmadığında özel tekelleşme olanağı sağlanması halinde gerçek ve tüzelkişilerin uyacağı koşullar ile devletçe yapılacak gözetim ve denetimin ilke ve yöntemleriyle uygulanacak yaptırımların gösterilmesi zorunludur. Mal veya hizmet üretiminin belirli sermaye gruplarının elinde toplanmasını, tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önleyecek önlemlerin alınması gerekir.
- e) Anayasa'nın 168. maddesinde “Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzel kişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir.” denilmektedir. Kamu iktisadi teşebbüslerinin yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların satış veya işletme hakkının süresiz devri yoluyla özelleştirilmeleri Anayasa'nın 168. maddesine aykırı düşer. Kanun doğal zenginlik ve kaynaklarla ilgili kamu iktisadi teşebbüslerinin satışına ve bunların işletme hakkının süresiz devredilmesine olanak verdiğiğinden Anayasa'nın 168. maddesine aykırıdır.
- f) Anayasa'nın 160. maddesinde, genel ve katma bütçeli dairelerin tüm gelir ve giderlerinin denetiminin Türkiye Büyük Millet Meclisi adına görev yapan Sayıştay'ca yapılması, 165. maddesinde ise sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete

111 Uygulamada “altın hisse” olarak bilinen imtiyazlı pay 2001'de çıkarılan 4673 sayılı kanunla getirilmiştir. Kanunun gerekçesinde yer alan “telekomünikasyon hizmetlerinin millî güvenlik ve ulusal bağımsızlık hususlarındaki endişeler doğrultusunda Devlet tarafından tekel olarak yürütülmesi gerekliliği ortadan kalkmış, anılan hususların imtiyazlı hisse teşkilii ile garanti altına alınması yeterli hale gelmiştir” açıklamasından anlaşılacağı üzere imtiyazlı hisse bu Anayasa Mahkemesi kararında dile getirilen endişeleri bertaraf etmeye yöneliktir.

ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce denetlenmesinin kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın kurulmasına yetki veren 3291 sayılı Yetki Kanunu, denetimin Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'nca yapılmasına olanak sağlamaktadır. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın, Anayasa'nın 165. maddesinde belirtilen kamu kurum ve kuruluşları içinde değerlendirilmesi mümkün olmadığından denetimin 160. maddede öngörüldüğü şekilde Sayıştay'ca yapılması zorunludur. Dolayısıyla, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın denetim yöntemlerine ilişkin düzenlemeler yapmak üzere verilen yetki, Anayasa'nın 160. maddesine aykırıdır.

- g) Özelleştirme Fonu Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'nun denetim alanı içine alınmıştır. Fonların Anayasa'nın 165. maddesi içinde sayılan kamu kuruluşu olarak değerlendirilmesi zorunludur. Anayasa'nın 165. maddesi “Kamu İktisadi Teşebbüsleri denetimi” başlığını taşıyorsa da, bütçe içi veya bütçe dışı kamu kaynaklarından oluşan, tüzel kişiliğe sahip ve bir kamu hizmeti yapmak üzere bir amaca tahsis edilen fonların, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce denetlenmesi gereken kamu kuruluşları niteliğindedir. Özelleştirme Fonu'nun tek başına Yüksek Denetleme Kurulu'nun denetim alanı içine alınmak üzere düzenleme yapma yetkisi verilmesi Anayasa'nın 165. maddesine aykırılık oluşturur.

3987 sayılı Yetki Kanununun iptalinden sonra, bu yetki kanununa dayanılarak çıkarılan;

- a) 30 Mayıs 1994 tarihli ve 530 sayılı “Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde ve 190 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname”,¹¹²
- b) 30 Mayıs 1994 tarihli ve 531 sayılı “28/5/1986 Tarihli ve 3291 Sayılı Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname”,¹¹³
- c) 30 Mayıs 1994 tarihli ve 532 sayılı “Özelleştirmeye Bağlı İş Kaybı Tazminatı ve Yeni Bir İş Bulma, Meslek Geliştirme, Edindirme ve Yetiştirme Eğitimi ile ilgili Hizmetlerin Verilmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”,¹¹⁴
- d) 30 Mayıs 1994 tarihli ve 533 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname”,¹¹⁵
- e) 13 Haziran 1994 tarihli ve 546 sayılı “5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu, 29/2/1984 Tarihli ve 2983 Sayılı, 28/5/1986 Tarihli ve 3291 Sayılı Kanunlar ile 190 Sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması ve 30/5/1994 Tarihli ve 531 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname”,¹¹⁶

yasal dayanaklarının kalmadığı nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir.

112 AMK E. 1994/63, K. 1994/60-1, Kt. 21.07.1994 (Yürürlüğü durdurma), AMK E. 1994/63, K. 1994/60-2, Kt. 21.07.1994 (İptal). Davacı: Anamuhalefet partisi (Anavatan) Partisi.

113 AMK E. 1994/64, K. 1994/61-1, Kt. 21.07.1994 (Yürürlüğü durdurma), AMK E. 1994/64, K. 1994/61-2, Kt. 21.07.1994 (İptal). Anamuhalefet partisi (Anavatan) Partisi.

114 AMK E. 1994/65, K. 1994/62, Kt. 21.07.1994. Davacı: Anamuhalefet partisi (Anavatan Partisi).

115 AMK E. 1994/66, K. 1994/63-2, Kt. 21.07.1994. Davacı: Anamuhalefet partisi (Anavatan Partisi).

116 AMK E. 1994/67, K. 1994/64-1, Kt. 21.07.1994 (Yürürlüğü durdurma); AMK E. 1994/67, K. 1994/64-1, Kt. 21.07.1994 (İptal). Davacı: Anamuhalefet partisi (Anavatan Partisi).

3.6 24 Kasım 1994 tarihli ve 4046 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”¹¹⁷

3987 sayılı Yetki Kanunu ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan kanun hükmünde kararnemelerin iptal edilmesi, bu kanun hükmünde kararnemelerle önceki kanunlarda da değişiklikler yapıldığı dikkate alındığında, özelleştirmelerin hukuksal alt yapısını ciddi şekilde ortadan kaldırmıştır.

3987 sayılı Yetki Kanunu ile ona dayanılarak çıkarılan kanun hükmünde kararnemelerin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesindeki temel gerekçe özelleştirmeye ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılması gereği olduğundan, bu sefer konunun kanunla düzenlenmesi yoluna gidilmiş ve “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” çıkarılmıştır. Kanunun adı daha sonra “Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun” olarak değiştirilmiştir.¹¹⁸

Genel olarak bir değerlendirme yapmak gerekirse, Özelleştirme Kanunu özelleştirmeye ilişkin hususları bütüncül olarak düzenlemeyi hedefleyen genel bir kanun niteliğindedir. Bu Kanunla özelleştirme alanında o güne kadar karşılaşılan sorunlara çözüm getirilmeye çalışılmıştır. Kanunda, Anayasa Mahkemesi'nin 3987 sayılı Yetki Kanunu'nun iptaline ilişkin kararında yer alan gerekçeleri mümkün olduğunca dikkate alma kaygısının da görüldüğüne işaret etmekte yarar vardır.

Kanunun “Amaç ve Kapsam” kenar başlıklı 1. maddesiyle;

- a) İktisadi devlet teşekküllerinin ve bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ile varlıklarının ve iştiraklerindeki kamu payları,
- b) Kamu iktisadi teşebbüsleri statüsü dışında kalmakla beraber sermayesinin tamamı veya yarısından fazlası devlete ve/veya diğer kamu tüzelkişilerine ait olan ticari amaçlı kuruluşlardaki kamu payları ile bu kuruluşlara ait müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ve varlıklarının, iştiraklerindeki kamu payları,
- c) Devletin diğer iştiraklerindeki kamu payları ile Hazineye ait payları,
- d) Genel ve katma bütçeli idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların ve kamu iktisadî teşebbüslerinden kamu iktisadî kuruluşlarının gördükleri kamu hizmetleri ile doğrudan doğruya ilgili olmayan varlıklarının ve iştiraklerindeki payları,
- e) Belediye ve il özel idarelerine ait ticari amaçlı kuruluşlar ile pay oranlarına bakılmaksızın her türlü iştiraklerindeki payları,
- f) Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların, mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıkları (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar ve benzeri diğer mal ve hizmet üretim birimleri),

117 Resmi Gazete: 27 Kasım 1994 - Sayı: 22124

118 3 Temmuz 2005 tarihli ve 5398 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine Ve Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, Resmi Gazete: 21 Temmuz.2005 – 25882.

- g) Kamu iktisadî kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim birimlerinin işletilmesi hakları,
özelleştirmenin konusu olarak belirlenmiştir.

Özelleştirmenin amacı ise, “*Ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak*” olarak belirlenmiştir (1. madde).

Özelleştirme yöntemleri olarak;

- a) Satış,
- b) Kiralama,
- c) İşletme hakkının verilmesi,
- d) Mülkiyetin gayri aynî hakların tesisi,
- e) Gelir ortaklığı modeli ve
- f) İşin gereğine uygun sair hukukî tasarruflar

belirlenmiş ve bunlardan satış, kiralama, işletme hakkının verilmesi ve mülkiyetin gayri aynî hakların tesisi tanımlanmıştır.

Anımsanacağı üzere; gelir ortaklığı modeli Tasarrufların Teşviki Hk. Kanunda¹¹⁹ tanımlanmış bir modeldir.

İşin gereğine uygun sair hukukî tasarruflar ise, idareye, Özelleştirme Kanununda tanımlanan yöntemler dışında yöntemlerin uygulanması konusunda yetki vermektedir.

Kanunun “Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesinin Özelleştirilmesi” kenar başlıklı 15. maddesiyle;

a) 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),

b) Kamu hizmeti gören tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üreten kamu iktisadî kuruluşları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin özelleştirilmesinde mülkiyetin devri dışındaki yöntemlerin uygulanması öngörülmüştür.

Özelleştirme Kanunu'nun, KİTler Hk. KHK'da¹²⁰ değişiklik yaparak getirdiği “*Kamu İktisadî Kuruluşu “Kuruluş”; sermayesinin tamamı Devlete ait olup, tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadî teşebbüsüdür.*” şeklindeki tanım dikkate alındığında, kamu iktisadî kuruluşları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin “tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri”, onların “temel kuruluş amaçlarına uygun olarak üretilen mal ve hizmetler”dir.

119 29 Şubat 1984 tarihli ve 2983 sayılı “Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun”, Resmi Gazete: 17 Mart 1984 – 18344.

120 8 Haziran 1984 tarihli ve 233 sayılı “Kamu İktisadî Teşebbüsleri Hakkında Kararname”. Resmi Gazete: 18 Haziran 1984 - Sayı: 18435 (1. mükerrer).

Bu kuruluşlar hakkında bir yandan özelleştirilmelerinde mülkiyetin devri dışındaki yöntemlerin uygulanması, öte yandan bunların tekel niteliğindeki faaliyetlerinin imtiyaz kabul edileceği ve imtiyaz sayılan faaliyetlerle ilgili olarak yapılacak anlaşma ve sözleşmelerin imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri niteliğinde olduğu düzenlemesi getirilmiştir. Böylelikle, imtiyaz ve imtiyaz sözleşmesi kavramları tekel durumuyla sınırlandırılmaya çalışılmış, idari yargının özel hukuk sözleşmeleriyle yapılacak özelleştirmelere, imtiyaz sözleşmesi imzalanması gerektiğinden bahisle müdahale etmesi engellenmeye çalışılmıştır.¹²¹ Özelleştirme Kanunundaki bu düzenleme iki kez Anayasa Mahkemesi'nin önüne gitmiştir. İlkinde, milletvekilleri tarafından 4107 sayılı Kanuna¹²² karşı iptal davası açılmış ve bu davada Özelleştirme Kanunundaki düzenlemenin de iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi, 4107 sayılı Kanundaki kurallarla Özelleştirme Kanunu'nun 15. maddesine gönderme yapılmadığı gerekçesiyle bu istemi reddetmiştir.¹²³ İkincisinde, Danıştay 10. Daire Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur. Bu itiraz ise, Anayasa'nın 47. maddesine 1999 yılında eklenen “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” hükmüne dayanılarak reddedilmiştir.¹²⁴

Kanunda, stratejik sayılacak konu ve kuruluşların tespit edilmesi ve bununla bağlantılı olarak, özelleştirilecek kuruluşlardaki kamu payının %50'nin altına düşürülmesi, imtiyazlı hakların belirlenmesi ve imtiyazlı hisse ihdası öngörülmüş, bazı kuruluşlar bakımından ise imtiyazlı hisse ihdası zorunlu kılınmıştır (13. madde).

Ayrıca, özelleştirme uygulamaları çerçevesinde yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilere gayrimenkul satış ve devrinin, karşılıklılık esasları dikkate alınarak yürürlükteki mevzuat hükümleri uyarınca yürütüleceği öngörülmüştür (14. madde).

Kanunda değer tespiti ve ihale usulleri belirtilmiş, ancak ihale usulleri ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir.

Özelleştirilecek kuruluşlardaki personelin özlük hakları ve nakli ise yargıyı tatmin edecek ölçüde düzenlenmiştir.

121 Belirtmek gerekir ki; Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla Anayasa Mahkemesi, 22 Şubat 1994 tarihli ve 3974 sayılı Kanunla 3291 sayılı Kanuna eklenen “Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadi Devlet Teşekküllerinin bu kanuna dayanarak veya diğer kanunların özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutların işletme haklarını devir almalarını öngören hükümlerine göre üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olup, imtiyaz teşkil etmezler.” şeklindeki Ek 5. madde hakkında “Yasa'nın EK 5. maddesinde de, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadi Devlet Teşekküllerinin bu Yasa'ya veya diğer yasalara dayanarak üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine bağlı oldukları ve imtiyaz sayılmayacakları kurala bağlanmıştır. Bu düzenleme anılan sözleşmeleri, idari yargının yargısal denetimi kapsamı dışına çıkarmaktadır.” gerekçesiyle yürürlüğü durdurma (AMK E. 1994/43, K. 1994/42-1, Kt. 11.04.1994), ardından Kanunun yayımlanmasından hemen sonra “ek 5. madde, özelleştirme ile ilgili idari nitelikteki sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine bağlı tutarak idari yargı denetimi dışına çıkaran içeriğiyle Anayasa'nın 2., 11., 37. ve 125. maddelerine aykırıdır.” ve “sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olmadığını belirterek Danıştay ödenetimi dışına çıkaran içeriği nedeniyle ek 5. madde Anayasa'nın 155. maddesine aykırıdır” gerekçeleriyle iptal kararı vermiştir (AMK E. 1994/43, K. 1994/42-2, Kt. 09.12.1994. Davacılar: Mümtaz Soysal, Nami Çağan ve 88 milletvekili). Dolayısıyla, daha Özelleştirme Kanunu'nun çıktığı tarihte, özel hukuk sözleşmelerine olanak tanımak için yapılan düzenlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunacağını tahmin etmek güç değildir.

122 3 Mayıs 1995 tarihli ve 4107 sayılı “Telgraf ve Telefon Kanununa Bazı Ek Maddeler Eklenmesine, Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde, Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, (Resmi Gazete: 6 Mayıs 1995 – 22279.

123 AMK E. 1995/38, K. 1996/7, Kt. 28.02.1996. Davacılar: Mümtaz Soysal, Adnan Keskin ve 88 milletvekili.

124 AMK E. 2002/47, K. 2006/1, Kt. 05.01.2006. İtiraz yoluna başvuran: Danıştay 10. Daire.

Kanunla özelleştirme konusunda yetkili olacak Özelleştirme Yüksek Kurulu ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığı kurularak bunların yetki ve görevleri belirlenmiştir.

Özelleştirme Kanunu'nun ilk metninin karşılaştığı önemli iptal kararlarından ilki “*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte özelleştirme kapsamında bulunan kuruluşlar ile bundan sonra özelleştirme kapsamına alınacak kuruluşların taşınır ve taşınmaz her türlü mal, hak ve alacakları, bu kuruluşlar özelleştirme kapsamında kaldığı sürece haczedilemez. Konulmuş olan hacizler kalkar ve takipler düşer. Bu kuruluşların doğmuş veya doğacak borçlarından dolayı uygulanacak faiz oranı, T.C. Merkez Bankası'nca belirlenen (vade tarihindeki) reeskont faiz oranlarını geçemez.*” şeklindeki Geçici 15. maddesine ilişkindir.¹²⁵ Anayasa Mahkemesi, maddeyi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğüne, 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine, 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine, sosyal güvenlik kuruluşlarının özelleştirme kapsamındaki kuruluşlardan alacaklarını tahsil etmesine engel olduğu nedeniyle Anayasa'nın 60. maddesinde güvence altına alınan sosyal güvenlik hakkına ve 48. maddesinde güvence altına alınan sözleşme özgürlüğüne aykırı bulmuştur.

İkinci önemli iptal kararı ise, değer tespit ve ihale usulleri ile bu konuda görev yapacak komisyonların oluşumuna ilişkin 18. maddenin (B) ve (C) bentlerine ilişkindir.¹²⁶ Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının temel gerekçesi, ihale usulleri ile değer tespit usullerinin ve bu konuda görev yapacak komisyonların oluşumunun ayrıntılı olarak yasayla belirlenmesi gerektiği, bu konuda idareye yetki verilmesinin yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğudur.¹²⁷

Özelleştirme Kanununda yapılan önemli değişikliklere baktığımızda:

- Anayasa Mahkemesi'nin ihale usulleri ile değer tespit usullerinin ve bu konuda görev yapacak komisyonların oluşumuna ilişkin iptal kararını vermesinden bir gün önce Resmi Gazete'de yayımlanan 4232 sayılı Kanunla,¹²⁸ değer tespit komisyonlarının oluşumunu ve değer tespit usulleri, ihale komisyonlarının oluşumu ve ihale usulleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.¹²⁹
- 4971 sayılı Kanunla,¹³⁰ Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun yapısının ve nihai devir işlemlerini onaylamak görevi, yapılan ihaleler sonucunda ihale komisyonlarınca verilen nihai kararları onaylamak şeklinde değiştirilmiş, ayrıca Başbakan'ın Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na ilişkin

125 AMK E. 1996/66, K. 1997/7, Kt. 31.01.1997. İtiraz yoluna başvuran: Yargıtay 10. Hukuk Dairesi.

126 AMK E. 1997/35, K. 1997/45, Kt. 09.04.1997. İtiraz yoluna başvuran: Kayseri İdare Mahkemesi.

127 Anayasa Mahkemesi, daha önce, 3 Mayıs 1995 tarihli ve 4107 sayılı “Telgraf ve Telefon Kanununa Bazı Ek Maddeler Eklenmesine, Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” hakkında vermiş olduğu iptal kararlarının gerekçesinde (AMK E. 1995/38, K. 1996/7, Kt. 28.02.1996. Davacılar: Mümtaz Soysal ve 89 milletvekili.) Özelleştirme Kanunu'nun ihale usullerine ilişkin (C) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğunu tespit etmiştir. 4107 sayılı Kanuna ilişkin iptal kararı ise 24 Mayıs 1996 tarihli ve 22645 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmasına rağmen, anılan kanunla atfı yapılan Özelleştirme Kanunu'nun 18. maddesinin (C) bendi 10 ay süreyle değiştirilmemiştir. 4107 sayılı Kanuna ilişkin olarak bkz. aşağıda Bölüm “3.7.3”.

128 3 Nisan 1997 tarihli ve 4232 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile İmar Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, Resmi Gazete: 8 Nisan 1997 - 22958 (1. mükerrer).

129 Bu düzenlemeye hakkında Erzurum İdare Mahkemesi'nin ve Edirne İdare Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırılık itirazı Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir; AMK E. 1998/43, K. 1999/44, Kt. 25.11.1999 (İtiraz yoluna başvuran: Erzurum İdare Mahkemesi); AMK. 1999/38, K. K. 1999/45, Kt. 25.11.1999 (İtiraz yoluna başvuran: Erzurum İdare Mahkemesi).

130 1 Ağustos 2003 tarihli ve 4971 sayılı “Bazı Kanunlarda Ve Millî Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Resmi Gazete: 15 Ağustos 2003 – 25200.

olarak kendisine verilen görevleri bir bakan vasıtasıyla kullanmasına olanak tanınmıştır.

- 5398 sayılı Kanunla,¹³¹ Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na, özelleştirme kapsamındaki kuruluşların Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesinde düzenlenen idareler arası mal devri yöntemiyle taşınmaz mal edinmeleri veya devredebilmeleri işlemlerine izin verme yetkisi tanınmış; belirli istekliler arasında kapalı teklif usulü belirli istekliler arasında ihale usulü olarak değiştirilmiş; anonim şirket statüsünde olmayan kuruluşların varlıklarının tamamının veya bir kısmının özelleştirme programında bulunan başka bir anonim şirkete veya kuruluşa, sermayesinin tamamının ise Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na ait başka bir anonim şirkete veya kuruluşa bedelli veya bedelsiz olarak devrine olanak tanınmış; özelleştirme kapsamındaki kuruluşların personeline iş kaybı tazminatı ödenmesine, diğer hizmetlerin verilmesine ve kuruluşlardaki personelin nakline ilişkin hükümler yeniden düzenlenmiştir.

3.7 Türk Telekomünikasyon A.Ş. özelleştirmesinin hukuksal altyapısı

3.7.1 20 Ağustos 1993 tarihli ve 509 sayılı “Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”¹³²

509 sayılı KHK'yla, Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi kurularak, Türkiye Cumhuriyeti Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesi Genel Müdürlüğü tarafından yürütülen “posta ve telgraf hizmetleri dışındaki haberleşme hizmetleri” bu şirkete verilmiştir.

KHK'yla;

- a) Şirketin, sahip olduğu telekomünikasyon tesislerine ilişkin işletme hakkını belli süre ve şartlarla kısmen veya tamamen yerli veya yabancı sermaye şirketlerine vermesine;
- b) Şirketin, Ulaştırma Bakanlığı'nın onayıyla nama yazılı hisse senetleri ve tahvil ihraç etmesine; Şirket Yönetim Kurulunun kararı ve Ulaştırma Bakanı'nın onayıyla Şirket sermayesinin azami %49'una kadar sermaye paylarını gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine devretmesine;
- c) Ulaştırma Bakanlığı'nın, Telgraf Ve Telefon Kanununda¹³³ yer alan hükümleri gözetmek suretiyle, telekomünikasyon hizmetlerini, yerli veya yabancı sermaye şirketlerine lisans vermek suretiyle yürütmesine de olanak tanınmıştır.

Ancak, milletvekilleri tarafından açılan davada Anayasa Mahkemesi 509 sayılı KHK hakkında, dayandığı yetki kanununun¹³⁴ iptal edilmiş olması¹³⁵ nedeniyle yürürlüğü durdurma ve iptal kararı vermiştir.¹³⁶

131 3 Temmuz 2005 ve 5398 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine Ve Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, Resmi Gazete: 21 Temmuz 2005 – 25882.

132 Resmi Gazete: 14 Eylül 1993 – 21698.

133 4 Şubat 1340 (28 Cemaziyelâhır 1342) tarihli ve 406 sayılı “Telgraf Ve Telefon Kanunu”.

134 24 Haziran 1993 günlü 3911 sayılı “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkındaki Bazı Kanunlar ile Teşkilat Kanunlarında Değişiklik Yapılmasına Dair Yetki Kanunu”, Resmi Gazete: 27 Haziran 1993 – 21620.

135 AMK E. 1993/26, K. 1993/28, Kt. 16.09.1993. Davacı: Anamuhalefet partisi (Anavatan Partisi).

136 AMK E. 1993/33, K. 1993/40-1, Kt. 21.10.1993 (Yürürlüğü durdurma); AMK E. 1993/33, K. 1993/40-2, Kt. 21.10.1993 (İptal). Davacılar: Mümtaz Soysal ve 92 milletvekili.

3.7.2 10 Haziran 1994 tarihli ve 4000 sayılı “Telgraf ve Telefon Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Ek ve Geçici Maddeler Eklemesine Dair Kanun”¹³⁷

509 sayılı KHK'nın, dayandığı yetki kanunun iptal edilmiş olması nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden sonra, bu KHK'yla amaçlanan düzenleme için 4000 sayılı Kanun çıkarılmıştır.

4000 sayılı Kanunda şu düzenlemeler yapılmıştır:

- a) Posta ve telgraf tesis ve işletmesine ilişkin hizmetler T.C. Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü'nce, telekomünikasyon hizmetleri ise Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi'nce (Şirket) yürütülecektir (Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 1. maddesinde değişiklik).
- b) Ulaştırma Bakanlığı mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım ve benzeri katma değerli hizmetler konularında, sermaye şirketlerine tek oluşturmayacak koşulları da dikkate almak suretiyle işletme lisans ve ruhsatı (sermaye şirketlerinin devralacakları ve bizzat kuracakları tesislerin işletilmesine yönelik olarak) verebilecektir (Telgraf ve Telefon Kanunu'na ek 18. madde).
- c) Şirketin hisselerinin % 49'unun satılmasına ve satışa ilişkin usul ve esasların belirlenmesine Ulaştırma Bakanı'nca karar verilecektir (Telgraf ve Telefon Kanunu'na ek 17. madde).
- d) Şirketin satışa arz edilecek hisselerinden Posta İşletmesi Genel Müdürlüğüne ayrılacak pay Ulaştırma Bakanı tarafından belirlenecektir (Telgraf ve Telefon Kanunu'na ek 17. madde).
- e) İşletme lisans ve ruhsatlarından alınacak ücretler ile sermaye şirketlerinin işletme hâsulatından Şirkete ayrılacak pay Ulaştırma Bakanı'nın onayıyla belirlenecektir (Telgraf ve Telefon Kanunu'na ek 18. madde).
- f) Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesi Genel Müdürlüğü'nün telekomünikasyonla ilgili hizmetleri yürüten personeli ile taşınır ve taşınmaz mallarının, hak ve alacakları ile borçlarının Şirkete devrine olanak tanınmıştır (Telgraf ve Telefon Kanunu'na ek Geçici 1. madde).
- g) Devredilen personelin mevcut statüleri ve özlük haklarıyla istihdamlarının devam edeceği öngörülmüştür (Telgraf ve Telefon Kanunu'na ek Geçici 2. madde).
- h) Mevzuatta Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesi Genel Müdürlüğü'ne yapılan atıfların, hizmet alanları itibariyle Şirkete veya Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü'ne yapılmış sayılacaktır (Telgraf ve Telefon Kanunu'na ek Geçici 2. madde).

Ancak Anayasa Mahkemesi, milletvekilleri tarafından açılan davada, yukarıda (c) ilâ (e) altında belirtilen hususlara ilişkin hükümlerin iptaline karar vermiştir.¹³⁸ Anayasa Mahkemesi'nin temel

137 Resmi Gazete: 18 Haziran 1994 – 21964.

138 AMK E. 1994/70, K. 1994/65-1, Kt. 16.08.1994 (Yürürlüğü durdurma), AMK E. 1994/70, K 1994/65-2, Kt. 22.12.1994 (İptal). Davacılar: Nami Çağan ve 89 milletvekili.

gerekçesi, belirtilen hususlarda Ulaştırma Bakanı'na yetki verilmesinin yasama yetkisinin devri olduğu ve bu hususların açık şekilde kanunda düzenlenmesi gerektiğidir.

3.7.3 3 Mayıs 1995 tarihli ve 4107 sayılı “Telgraf ve Telefon Kanununa Bazı Ek Maddeler Eklenmesine, Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”¹³⁹

4107 sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesi'nin 4000 sayılı Kanuna ilişkin iptal kararının gerekçesini karşılamak amacıyla çıkarılmıştır.

4107 sayılı Kanunda;

- a) Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi'nin (Şirket) hisselerinin en çok %49'unun devredilmesi, bu %49'luk kısım içinde %10 payın bedelsiz olarak Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü'ne, %5 payın küçük tasarruf sahiplerine, %34 payın ise gerçek ve tüzel kişilere ayrılması (Telgraf ve Telefon Kanunu'na ek 17. madde);
- b) Hisselerin devir ve satış esas ve usullerini belirleme ve nihai devir işlemlerini onaylama konusunda Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun yetkili olması (Telgraf ve Telefon Kanunu'na ek 17. madde);
- c) Hisselerin değerinin tespiti ve satış işlemlerini, Özelleştirme Kanunu çerçevesinde yürütme ve sonuçlandırma konusunda Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın yetkili olması (Telgraf ve Telefon Kanunu'na ek 17. madde);
- d) Sadece işletme lisans ve ruhsatına ilişkin hizmet vermek üzere kurulmuş sermaye şirketlerine hizmetin tanımı ve yeri belirlenmek suretiyle en fazla 49 yıllığına tesis ve işletme izni verilmesi (Telgraf ve Telefon Kanunu'na ek 18. madde);
- e) İşletme lisans ve ruhsatına ilişkin değer tespit ve ihale işlemlerinin Özelleştirme Kanunu çerçevesinde Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yürütülmesi ve sonuçlandırılması (Telgraf ve Telefon Kanunu'na ek 18. madde);
- f) Hisse satışından elde edilen gelirlerin, her biri için %20 olmak üzere posta, telekomünikasyon hizmetleri için, lisans ücretlerinin %20'sinin telekomünikasyon hizmetlerinin geliştirilmesinde kullanılması, kalan kısmın öncelikle borç ödemelerinde kullanılmak üzere Hazineye devredilmesi (Telgraf ve Telefon Kanunu'na ek 19. madde) öngörülmüştür.

Ancak Anayasa Mahkemesi yukarıda (b), (c) ve (e) altında belirtilen hususlara ilişkin olarak yürürlüğün durdurulması ve iptal kararı vermiştir.¹⁴⁰ Anayasa Mahkemesi'nin temel gerekçesi, ihale usullerinin ayrıntılı olarak yasayla belirlenmesi gerektiği, bu konuda idareye yetki verilmesinin yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğudur. Yukarıda belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesi'nin bu gerekçesi, Özelleştirme Kanunu'nun ihale usullerine hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğunun da tespiti.

139 Resmi Gazete: 6 Mayıs 1995 – 22279.

140 AMK E. 1995/38, K. 1996/1 (Yürürlüğü Durdurma), Kt. 28.02.1996; AMK E. 1995/38, K. 1996/7, Kt. 28.02.1996 (iptal). Davacılar: Mümtaz Soysal ve 89 milletvekili.

3.7.4 1 Ağustos 1996 tarihli ve 4161 sayılı “Telgraf ve Telefon Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”¹⁴¹

4161 sayılı Kanun Anayasa Mahkemesi'nin 4107 sayılı Kanuna ilişkin olarak vermiş olduğu iptal kararının gerekçelerini karşılamak amacıyla çıkarılmıştır.

4161 sayılı Kanunla;

a) Hisselerin satışına ilişkin usuli işlemlerin Özelleştirme Kanunu hükümlerine göre Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yürütüleceği, ancak hisselerin değerinin günün ekonomik koşulları göz önünde bulundurularak uluslararası finans ve sermaye piyasalarında kabul görmüş değerlendirme yöntemleri kullanılmak suretiyle değer tespit komisyonlarınca tespit edileceği ve değere ilişkin nihai kararın Bakanlar Kurulu'nca verileceği;

b) Hisse satışının; halka arz, blok satış, yurt içi ve/veya yurt dışı sermaye piyasalarında satış, borsada borsa usul ve esasları çerçevesinde satış, menkul kıymetler yatırım fonları ve/veya menkul kıymetler yatırım ortaklıklarına satış suretiyle yapılacağı ve satılacak hisse oranı ile uygulanacak yöntemi belirleme konusunda nihai kararın Bakanlar Kurulu'nca verileceği;

c) Blok satış yönteminde uygulanacak ilan kuralları, ihalede kapalı teklif usulünün uygulanacağı ve nihai devir işleminin Bakanlar Kurulu'nca onaylanacağı;

d) Katma değerli telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin lisans değerlerinin Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından ve yurt dışı emsal lisans satışlarında kullanılan yöntemler esas alınarak tespit komisyonlarınca belirleneceği, ancak değere ilişkin nihai kararın Bakanlar Kurulu'nca verileceği;

e) Lisans satışının 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre yapılacağı;

f) Lisans sözleşmesinin Danıştay'ın incelemesinden geçirildikten sonra Ulaştırma Bakanlığı'nca akdedileceği;

g) Katma değerli telekomünikasyon hizmetleri kapsamında PTT İşletmesi Genel Müdürlüğü ile imzalanmış ve lisans sözleşmesine dönüştürülmesi öngörülmüş gelir paylaşımı esasına dayalı sözleşmelerin lisans sözleşmelerine dönüştürülmesine -bu sözleşmelerdeki lisans esasına geçişle ilgili hükümler saklı kalmak üzere- Bakanlar Kurulu'nca karar verilebileceği ve lisans sözleşmesinin Danıştay'ın incelemesinden geçirildikten sonra Bakanlık tarafından akdedileceği hususları düzenlenmiştir.

Kanuna karşı milletvekilleri tarafından açılan iptal davasında, Anayasa Mahkemesi önce yürürlüğün durdurulması talebini reddetmiş,¹⁴² ardından sadece, yukarıda (g) altında belirtilen lisans esasına dönüşüm sırasında uygulanacak “*bu sözleşmelerdeki lisans esasına geçişle ilgili hükümler saklı kalmak*” kaydının iptaline karar vermiştir.¹⁴³

141 Resmi Gazete: 5 Ağustos 1996 – 22718 (mükerrer).

142 AMK 1996/57, K. 1997/1, Kt. 23.01.1997. Davacılar: Mümtaz Soysal ve 114 milletvekili.

143 AMK E. 1996/57, K. 1997/3, Kt. 23.01.1997.

3.8 4 Aralık 1984 tarihli ve 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım Ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun”¹⁴⁴

3096 sayılı Kanunu incelemeyen önce, elektrik sektörüne ilişkin önceki düzenlemelere kısaca değinmekte yarar vardır.

Türkiye Elektrik Kurumu'nun (“TEK”) kurulduğu 1970 yılına kadar, Osmanlı Döneminde çıkarılmış 10 Haziran 1926 tarihli “Menafii Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun” (“Genel Yarara Yönelik İmtiyazlar Hakkında Kanun”) uyarınca elektrik üretim ve dağıtım konusunda imtiyaz verilebilmekteydi.

1970 yılında, 15 Temmuz 1970 tarihli ve 1312 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Kanunu”yla TEK kurulmuş ve elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaretinin yapılması tekel olarak TEK'e verilmiştir.¹⁴⁵

1982 yılında çıkarılan 2705 sayılı Kanunla,¹⁴⁶ bir yandan il merkezleri dışındaki enterkonnekte sisteme bağlı olan belediye ve köylerle bunların birliklerinin ve elektrik hizmeti için kurulmuş diğer birliklerin mal varlıklarından elektrik hizmetleri ile ilgili bölümleri TEK'e devredilmiş, öte yandan TEK ve Devlet Su İşleri'nin elektrik santrali kurma konusundaki tekelleri kaldırılmıştır.

1984'te çıkarılan 3096 sayılı Kanunla da elektrik sektöründeki tekel tümüyle kaldırılarak özel hukuk kişilerinin elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaretiyle görevlendirilmesine olanak tanınmıştır.

3096 sayılı Kanun uyarınca, özel hukuk hükümlerine tabi olarak ve elektrikle ilgili hizmet vermek üzere kurulmuş yerli ve yabancı sermaye şirketler elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaret konusunda görevlendirilebilecektir. Görevlendirme, Devlet Planlama Teşkilatı'nın görüşü, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın (“ETB”) teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından verilecektir. Görevlendirme, önceden Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikle belirlenmiş görev bölgelerinde yapılacaktır. Görevlendirme sonrasında, ETB ile görevlendirilen şirketle sözleşme akdedilecektir.

Ayrıca, sadece elektrik üretmek üzere ETB tarafından da “elektrik üretim müsaadesi” verilebilecektir ve üretilecek elektrik ETB tarafından belirlenen tarifeyle TEK'e veya o bölgede görevli şirkete satılacaktır.

Kanunda, kamu iktisadi teşebbüsleri dâhil olmak üzere kamu kurum ve kuruluşları tarafından

144 Resmi Gazete: 19 Aralık 1984 – 18610.

145 Resmi Gazete: 25 Temmuz 1970 – 13559.

146 2705 sayılı “1312 Sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, İki Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması, Bazı Madde, Bent ve Fıkra Eklennesi Hakkında Kanun”, Resmi Gazete: 11 Eylül 1982 – 17809.

yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının, Bakanlar Kurulu kararıyla, görevli şirketlere verilebilmesine de olanak tanınmıştır. İşletme hakkının devri Tasarrufların Teşviki Hk. Kanun¹⁴⁷ hükümlerine göre yapılacaktır.

Görevlendirme, üretim izni ve işletme hakkı devri konusundaki süreler azami 99 yıl olarak belirlenmiş, ancak süre uzatımına olanak tanınmıştır.

Görevlendirme sonunda, tüm tesisler ile tüm taşınır ve taşınmaz mallar her türlü borç ve taahhütlerden arınmış olarak Devlete bedelsiz olarak geçecektir.

Görevli şirketin acze düşmesi veya sözleşme şartlarını ihlal etmesi halinde sözleşme süresinden önce feshedilebilecektir.

Kanunun Geçici 1. maddesiyle, mevcut elektrik üretim, iletim ve dağıtım ve ticareti imtiyazına sahip şirketlerin, kurmuş ve işletmekte oldukları ve fakat imtiyaz kapsamına alınmamış üretim, iletim ve dağıtım tesisleri ile bu tesislerin bulunduğu iller imtiyaz sözleşmesi kapsamına alınmış ve sözleşme değişikliğinin Kanunun yayımını takip eden 3 ay içinde ETB ile ilgili şirket arasında imzalanması öngörülmüştür.

Öte yandan; Geçici 2. maddeyle, Kanunun yayımı tarihinde mevcut elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaret imtiyazına sahip şirketlerin, görevli şirkete dönüşmek talebiyle Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl içerisinde ETB'ye başvurabilmelerine ve Bakanlar Kurulu Kararı'yla 99 yıla kadar görevlendirilebilmelerine de olanak tanınmıştır.

Ayrıca; Geçici 3. maddeyle, 1312 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti faaliyeti devam eden, ancak 3096 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte imtiyazı sona ermiş olan şirketlerin yeniden görevlendirilebilmesi konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki verilmiştir.

3096 sayılı Kanunun özelleştirme hukuku bakımından önemi; yapılan tesis, işletme hakkı devri ve görevlendirme sözleşmelerinin niteliği konusunda yarattığı tartışmadadır. 1982 Anayasası'nın o tarihte yürürlükte bulunan 155. maddesinin 2. fıkrasındaki “*Danıştay (...)* imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek(le...) görevlidir.” hükmü nedeniyle “üretim ve görevlendirme sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmesi olup olmadığı” sorusu ortaya çıkmıştır. 1992 yılında, ETB'nin talebi üzerine Başbakanlık bu soru hakkında Danıştay'dan görüş istemiş, Danıştay 1. Dairesi de 3096 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde yapılan üretim ve görev şirketi sözleşmelerinin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığını ve Anayasa uyarınca Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi gerektiğine karar vermiştir.¹⁴⁸ 1993 yılında ise Danıştay 10. Dairesi, TEK ile Aktaş Elektrik Ticaret A.Ş. arasında

147 29 Şubat 1984 tarihli ve 2983 sayılı “Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun”, Resmi Gazete: 17 Mart 1984 – 18344.

148 Danıştay 1. Daire, E. 1992/232, K. 1992/294, Kt. 24.09.1992.

imzalanan işletme hakkı devri sözleşmesini, imtiyaz sözleşmesi olmasına rağmen Danıştay'ın incelemesinden geçirilmediği gerekçesiyle iptal etmiştir.¹⁴⁹

Bu sorun, 3974 sayılı Kanunla¹⁵⁰ “Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadî Devlet Teşekküllerinin bu Kanuna dayanarak veya diğer kanunların özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutların işletme haklarını devir almalarını öngören hükümlerine göre üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olup, imtiyaz teşkil etmezler.” şeklindeki bir maddenin (Ek 5. madde) 3291 sayılı Kanuna¹⁵¹ eklenmesi yoluyla aşılmaya çalışılmıştır.¹⁵² Ancak, Anayasa Mahkemesi, milletvekilleri tarafından açılan davada, önce “Yasa'nın Ek 5. maddesinde de, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadî Devlet Teşekkülleri'nin bu Yasa'ya veya diğer yasalara dayanarak üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine bağlı oldukları ve imtiyaz sayılmayacakları kurala bağlanmıştır. Bu düzenleme anılan sözleşmeleri, idarî yargının yargısal denetimi kapsamı dışına çıkarmaktadır.” gerekçesiyle yürürlüğü durdurma,¹⁵³ ardından “ek 5. madde, özelleştirme ile ilgili idarî nitelikteki sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine bağlı tutarak idarî yargı denetimi dışına çıkaran içeriğiyle Anayasa'nın 2., 11., 37. ve 125. maddelerine aykırıdır.” ve “sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olmadığını belirterek Danıştay öndenetimi dışına çıkaran içeriği nedeniyle ek 5. madde Anayasa'nın 155. maddesine aykırıdır” gerekçeleriyle iptal kararı vermiştir.¹⁵⁴

3.9 8 Haziran 1994 tarihli ve 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun”¹⁵⁵

YİD Kanunu'nun amacı “kamu kurum ve kuruluşlarınca (kamu iktisadî teşebbüsleri dahil) ifa edilen, ileri teknoloji ve yüksek maddî kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılmasını sağlamak” olarak belirlenmiştir (1. madde). Kapsamı ise “köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, iletimi, dağıtım, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesi” dir (2. madde).

149 Danıştay 10. Daire, E. 1991/1, K. 1993/1752, Kt. 29.04.1993.

150 22 Şubat 1994 tarihli ve 3974 sayılı “1211 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu, 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu, 7.11.1985 Tarihli ve 3238 Sayılı Kanun, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve 1177 Sayılı Tütün Tekeli Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Kamu İktisadî Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanuna Ek Maddeler Eklenmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun”, Resmi Gazete: 1 Mart 1994 – 21864.

151 28 Mayıs 1986 tarihli ve 3291 sayılı “1211 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu, 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu, 07.11.1985 Tarihli ve 3238 Sayılı Kanun, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve 1177 Sayılı Tütün Tekeli Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Kamu İktisadî Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanun”, Resmi Gazete: 3 Haziran 1986 – 19126.

152 22 Şubat 1994 tarihli ve 3974 sayılı “1211 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu, 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu, 7.11.1985 Tarihli ve 3238 Sayılı Kanun, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve 1177 Sayılı Tütün Tekeli Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Kamu İktisadî Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanuna Ek Maddeler Eklenmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun”, Resmi Gazete: 1 Mart 1994 – 21864.

153 AMK E. 1994/43, K. 1994/42-1, Kt. 11.04.1994. Davacılar: Mümtaz Soysal, Nami Çağan ve 88 milletvekili.

154 AMK E. 1994/43, K. 1994/42-2, Kt. 09.12.1994. Davacılar: Mümtaz Soysal, Nami Çağan ve 88 milletvekili.

155 Resmi Gazete: 13 Haziran 1994 – 21959.

Kanunun yürürlüğe konmasından kısa bir süre sonra, 24 Kasım 1994 tarihli ve 4047 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”la¹⁵⁶ 2. madde değiştirilerek “enerji üretimi, iletimi, dağıtımı” YİD Kanunu kapsamından çıkarılmıştır.

1999 yılında, 20 Aralık 1999 tarihli ve 4493 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”la, bu sefer “elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti” YİD Kanunu kapsamına alınmıştır. Bu değişikliğin temel nedeni, aşağıda anlatılacağı üzere, YİD sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak yapılmasına Anayasal dayanak sağlanmasıdır. 4493 sayılı Kanunda, YİD sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak yapılması da öngörülmüştür.

Ancak, YİD Kanunu, 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı Ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun” ve 3465 sayılı “Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı Ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun” hükümlerini saklı tutulmuştur.

YİD Kanunu'nun 2. maddesinde “*bu kanuna göre sermaye şirketleri veya yabancı şirketler eli ile gerçekleştirilmesi bu yatırım ve hizmetlerin, ilgili kamu kurum ve kuruluşları (kamu iktisadî teşebbüsleri dahil) tarafından görülmesine ilişkin kanunların istisnasını teşkil eder.*” hükmü bulunmaktadır. Bu hükümle, kamusal tekellere Kanun kapsamındaki yatırım ve hizmetler bakımından genel bir istisna getirilmiştir.

Kanunun 3. maddesinde YİD Modeli “*İleri teknoloji ve yüksek maddî kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi*” olarak tanımlanmıştır.

Yüksek Planlama Kurulu'nun izniyle ilgili idare tarafından imzalanacak YİD sözleşmelerinin süresi azami 49 yıl olarak sınırlandırılmıştır. Sürenin belirlenmesinde yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dâhil) ve yatırım için sağlanan kredilerin geri ödeme süresi ile projenin mahiyeti, sermayenin miktarı ve işletme esasları esas alınacaktır. Sözleşmenin sona ermesiyle birlikte de, yapılan yatırım ve hizmetler her türlü borç ve taahhütlerden arınmış, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçecektir.

Özellikle vurgulamak gerekir ki; YİD modelinin “*yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi*” özelliği, Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun'la düzenlenen ve Anayasa'da adı geçen “*imtiyaz*”la aynıdır. Bu özellik nedeniyle, YİD modeli sözleşmelerinde Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun'un da uygulanması gerekeceğinden, bundan kaçınmak için, YİD Kanunu'nun 14. maddesine “*Bu Kanuna*

göre yapılacak yatırım ve hizmetler hakkında 10 Haziran 1326 tarihli Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun (...) hükümleri uygulanmaz.” hükmü konmuştur.¹⁵⁷

Öte yandan; imtiyaz sözleşmelerinin idari sözleşmeler olarak idare hukukuna tabi olması olgusundan ve Anayasa uyarınca Danıştay incelemesinden geçirilmesi gereğinden kaçınmak için, Kanunun 5. maddesinde “Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir.” hükmü getirilmiştir.

Ancak, milletvekilleri tarafından açılan davada Anayasa Mahkemesi, “imtiyaz teşkil etmeyecek” ibaresini, imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay incelemesinden geçirilmesini zorunlu kılan 155. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.¹⁵⁸

“Anayasa yargısı alanında bir hizmetin “kamu hizmeti”, bir sözleşmenin de “imtiyaz sözleşmesi” olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir. Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Yasal düzenlemeler bu niteliği değiştirici etki yapamaz. Ters durum, Anayasa'nın yargıya ve ödenetime ilişkin kurallarıyla bağdaşmaz. Öte yandan, hukuk devleti ilkesi, yürütmenin ve yasamanın tüm işlemlerinin yargısal denetime bağlı tutulmasını gerektirir ki, idarî yargı ve Anayasa yargısı bunun için öngörülmüştür. Kuşkusuz, düzenleme yetkisi yasama organındır. Ancak, bu yetkinin kullanılması anayasal ilke ve kurullarla sınırlıdır. (...)

“Bu nedenlerle, yönetim ile sermaye şirketleri arasında yapılacak sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte olması öngörülmüş, Danıştay'ın ödenetimi dışına çıkararak içeriği nedeniyle 5. maddenin birinci tümcesi Anayasa'nın 155. maddesine aykırıdır. Tümcedeki “imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte” sözcüklerinin iptali gerekir.”

Anayasa Mahkemesi aynı kararlar, YİD sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi kılınmasına ilişkin düzenlemeyi de;

- YİD Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilen yatırım hizmetlerin, toplumun ortak gereksinmelerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinlikler olmaları nedeniyle kamu hizmeti olduğu;
- YİD Kanununda, idareye yatırım ve hizmete ilişkin usul ve esaslar ile üretilen mal veya hizmetin ücretini belirleme gibi üstün yetkiler verildiği ve bu yatırım ve hizmetler için kamulaştırma yapılmasının öngörüldüğü,¹⁵⁹ dolayısıyla YİD sözleşmelerinin idari sözleşmeler olduğu;

156 Resmi Gazete: 3 Aralık 1994 – 22130.

157 Aynı hükümlerle, Kanun kapsamındaki yatırım ve hizmetlere ilişkin olarak 25 Haziran 1932 tarihli ve 2025 sayılı “Ecnebi Anonim Ve Sermayesi Eshama Münkasim Şirketlerle Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkında Kanunu Muvakkat”ın uygulanmaması da öngörülmüştür.

158 AMK E. 1994/71, K. 1995/23, Kt. 28.06.1995. Davacılar: Mümtaz Soysal, Nami Çağan ve 88 milletvekili.

159 Karş. 1982 Anayasası 46. madde 1. fıkrası (“Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.”) ile Kamulaştırma Kanunu 3. madde 1. fıkrası “İdareler, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde buldukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları, kaynakları ve irtifak haklarını; bedellerini nakden ve peşin olarak veya aşağıda belirtilen hallerde eşit taksitlerle ödemek suretiyle kamulaştırma yapabilirler.” ve 5. maddesinin (c) bendi “Gerçek kişiler yararına kamulaştırmalarda bu kişilerin, özel hukuk tüzel kişileri yararına kamulaştırmalarda ise; yönetim kurulları veya idare meclislerinin, yoksa yetkili yönetim organlarının başvuru üzerine gördükleri hizmet bakımından denetimine bağlı oldukları köy, belediye, özel idare veya bakanlık.”

- İdari sözleşmelerin yargısal denetiminin Anayasa uyarınca idarî yargı tarafından yapılmasının zorunlu olduğu;
- YİD sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmeleri olmasının onları idarî yargı denetimi dışına çıkardığı gerekçeleriyle iptal etmiştir.

Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun'un uygulanmayacağına ilişkin istisna ise, yukarıda belirtilen iptaller nedeniyle uygulanamaz hale geldiği gerekçesiyle iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararının 20 Mart 1996 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesinden sonra, YİD Kanunu'nun 11. maddesi değiştirilmiştir. Maddedeki değişiklikler garantilere yönelik olmakla birlikte, 11. maddenin eski metnindeki “4 üncü maddeye göre yürürlüğe konulacak Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca aktedilen sözleşmeler gereği” ibaresi de “Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca aktedilen sözleşmeler gereği” olarak değiştirilmiştir.¹⁶⁰ İlgili Bakanlar Kurulu Kararında¹⁶¹ ise “Uygulama sözleşmesi: Yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesiyle ilgili olarak, idare ile görevli şirket arasında özel hukuk hükümlerine göre akdedilen ve imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikteki sözleşmeyi, (ifade eder.)” hükmü bulunmaktadır (3. madde (f) bendi).

Değişikliğe karşı milletvekilleri tarafından açılan davada, Anayasa Mahkemesi, “Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca aktedilen sözleşmeler gereği” ibaresi hakkında yürürlüğü durdurma ve iptal kararı vermiştir.¹⁶² İptal kararının temel gerekçesi, “(...) sözleşmeye konu edilen hizmetin niteliği gözardı edilerek bunların, imtiyaz teşkil etmeyecek biçimde yapılmasını ve özel hukuk hükümlerine bağlı tutulmasını öngören 3996 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin ilgili kuralları, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Ancak, dava konusu yasa kuralı ile iptal edilen kurallara koşut düzenleme içeren bir Bakanlar Kurulu Kararına gönderme yapılarak aynı kurallar dolaylı yoldan aynen yasalaştırılmıştır.” şeklindedir.

1999 yılında Anayasa'nın 47. maddesine “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” hükmü eklenerek, YİD sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak yapılabilmesine anayasal dayanak sağlanmıştır.¹⁶³

Ardından YİD Kanunu'nun 5. maddesi, “Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir.” şeklinde değiştirilmiştir.¹⁶⁴

160 30 Ağustos 1996 tarihli ve 4180 sayılı Kanun, Resmi Gazete: 4 Eylül 1996 – 22747.

161 6 Ağustos 1994 tarihli ve 94/5907 sayılı “Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında 3996 Sayılı Kanunun Uygulama Usul Ve Esaslarına İlişkin Karar Hakkında Karar”, Resmi Gazete: 1 Ekim 1994 – 22068.

162 AMK E. 1996/63, K. 1997/3, Kt. 26.03.1997 (Yürürlüğü Durdurma); 1996/63, K.1997/40, Kt. 26.03.1997 (İptal). Davacılar: Mümtaz Soysal ve 112 milletvekili.

163 13 Ağustos 1999 tarihi ve 4446 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”, Resmi Gazete: 14 Ağustos 1999 – 23786.

164 20 Aralık 1999 tarihi ve 4493 sayılı “Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”, Resmi Gazete: 22 Aralık 1999 – 23914.

Çok kısa bir süre sonra YİD Kanununun Geçici 1. maddesinin 2. fıkrası da değiştirilerek, YİD Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce YİD modeline göre başlatılmış proje ve işler ile 3096 sayılı Kanuna¹⁶⁵ ve 3465 sayılı Kanuna¹⁶⁶ tabi proje ve işlere ilişkin sözleşmelerin de ilgili şirketin başvurusu üzerine özel hukuk sözleşmesi olarak düzenlenebilmesine olanak tanınmıştır.¹⁶⁷ Bu değişikliğe karşı da, ana muhalefet partisi olan Fazilet Partisi tarafından dava açılmış, ancak Anayasa Mahkemesi değişikliği Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.¹⁶⁸

3.10 Değerlendirme

Özelleştirmenin hukuki altyapısının yukarıda özetlenen evrimi üzerine şu değerlendirmeleri yapmak mümkündür.

Her ne kadar özelleştirme konusu Türkiye'nin gündemine 1980'lerin ortasında girmişse de, bu konuda bütünlüklü veya ciddi bir politikanın oluşması oldukça uzun bir zaman almıştır. Özelleştirmeye yönelik çabalar, 4046 numaralı Özelleştirme Kanunu'nun kabul edilmesine kadar oldukça bölük pörçük, iç tutarlılığı zayıf ve *ad-hoc* nitelikte olmuştur.

1990'lardaki özelleştirme çabalarının önemli bir özelliği kamu yararının veya ekonomik deyimıyla toplumsal refahın rekabet boyutunun gözetilmemesi, tekel konumundaki kuruluşların özelleştirilmesinin yaratacağı rekabet sorunlarının göz ardı edilmesi olmuştur. Bu çabalar başarılı olmuş olsa idi özellikle telekomünikasyon ve elektrik sektöründe şimdiki serbestleşme çabalarının önünü tıkayacak tekelci oluşumların meydana gelmesi kaçınılmaz olacaktı. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin özellikle 3987 sayılı Yetki Kanunu'nu iptal eden kararının gerekçesinde ortaya koyduğu doğal tekellerin özelleştirilmesi halinde uyulması gereken koşulların ve devletçe yapılacak gözetim ve denetimin ilke ve yöntemlerinin belirlenmesi gerektiği vurgusu, bir temel ekonomi dersi niteliğindedir. Mahkeme burada açıkça telekomünikasyon, elektrik gibi doğal tekel durumunun mevcut olduğu sektörlerde özelleştirmenin bir düzenleyici çerçeve içinde yapılması gerektiğini söylemektedir. Buna rağmen bu sektörlerde bir düzenleyici çerçevenin oluşturulması ancak 2000'li yılların başlarında gerçekleşebilmiştir.

Özelleştirme çabalarının bir başka önemli özelliği, bunların yasa ile değil de yürütmeye geniş yetkiler tanıyan yetki kanunları ile yapılmaya çalışılmış olmasıdır.¹⁶⁹ Bu anlamda siyasi iktidarlarca

165 4 Aralık 1984 tarihli ve 3096 sayılı "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun".

166 28 Mayıs 1988 tarihli ve 3465 sayılı "Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun".

167 21 Ocak 2000 tarihli ve 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma Ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun", Resmi Gazete: 22 Ocak 2000 – 23941.

168 AMK E. 2000/16, K. 2000/17, Kt. 20.07.2000. Davacı: Ana muhalefet partisi (Fazilet Partisi).

169 Yasama yetkisinin devri ve yürütmenin/idarenin düzenleme yetkisi konuları Türk Hukuku'nun eskiden beri en çok tartışılan konularındandır. Bu konularda bkz. Gözler, Kemal, İdare Hukuku, Cilt I, Bursa 2003, s. 1017 vd.; Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku, s. 111 vd.; Onar, S. S., İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt I, 3. Baskı, İstanbul 1966, s. 370 vd.; Tanör, B. / Yüzbaşıoğlu, N., 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2004, s. 261 vd.; Teziç, E., Anayasa Hukuku, İstanbul 2004, s. 16 vd. Bu konuları ekonomik düzeni de dikkate alarak inceleyen bir çalışma için bkz. Tan, T., "Ekonomik Düzen ve Anayasa", in: Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Türkiye Barolar Birliği Yayını (No. 12) Ankara 2001, s. 857 vd.

yasama devre dışı bırakılmaya çalışılmış, bu çaba ise Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarıyla karşılaşmıştır. Bu iptal kararlarında Anayasa Mahkemesi değer tespiti yöntemleri, ihale usulleri gibi konuların belirlenmesinde idareye yetki devredilemeyeceğini, bu konuların yasa ile belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Yürütmenin bu tutumunun aslında 1980'lerde Özal hükümetleri ile başlayan ve 1990'larda da devam eden ve bürokratik engelleri aşabilmek için reform yapmak adına yetkilerin merkezleştirilmesini içeren bir yönetim tarzının özelleştirme çalışmalarına yansımaları olduğu düşünülebilir.¹⁷⁰

Özelleştirme çabalarının bir başka sancılı yönü, kamu hizmetinin özel kesime nasıl gördürülebileceğine ilişkin hükümlerde ortaya çıkmıştır. Hükümetler idare hukukunda kamu hizmeti olarak belirlenen hizmetlerin imtiyaz sayılmayacak sözleşmeler yolu ile özel kesim şirketlerine görülmesinin önünü açmaya çalışmışlardır. Bu çabanın gerisinde bu sözleşmeleri özel hukuk kurallarına tabi kılmak, böylece uluslararası tahkimi mümkün kılmak, uzun ve maliyetli olduğuna inanılan Danıştay ön denetiminden kurtulmak, böylece bu tür sözleşmeleri özel kesime ve de özellikle yabancı sermayeye daha çekici kılmak şeklinde bir hedefin olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesi ise, kararlarında, idare ile özel kesim arasında kamu hizmeti gördürmeye yönelik sözleşmelerin idare hukukuna tabi olduğunu, imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığını ve dolayısıyla Danıştay denetimine tabi olduğunu vurgulamıştır. Nihayet 1999 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gördürülmesi mümkün hale getirilmiştir.

Bu evrim içinde yüksek yargının tutumu betimlenecek olsa, yüksek yargının “özelleştirme karşıtı” bir tutum içinde olmadığı, yasal belirlilik konusunda standardını yüksek tuttuğu ve iptal kararlarında da yasal alt yapının nasıl olması gerektiği konusunda idareye sürekli yol gösterdiği söylenebilir. İptal davası açanların bir bölümü içten bir biçimde özelleştirme karşıtı olmuş olabilir, Anayasa Mahkemesi'nin de birçok kez bu itirazları haklı görmesi Mahkeme'nin de özelleştirme karşıtı olduğu izlenimini yaratmış gibidir.

Bu durumda akla özelleştirmenin hukuksal altyapısını oluşturma sürecinde yaşanan başarısızlıkların siyasi düzeydeki nedenlerinin neler olabileceği sorusu gelmektedir. Bu soruya cevap bulma çabası bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Yine de 1980'ler ve 1990'lardaki başarısızlıkta siyasi yapının veya siyasi rekabet biçimlerinin de rol oynadığını söylemek mümkün görünmektedir. 1980 ve 1990'larda siyaset yapma biçimine ağırlıklı rant kollama kaygılarının hakim olması, siyasi parçalanmışlık ve koalisyon hükümetlerinin yaygınlığı etkin politika üretmeyi hem zorlaştırmış hem de siyasi rekabette ikinci plana itmiştir.¹⁷¹

170 Özal döneminde yönetimin yürütmenin lehine ve yasam organının aleyhine merkezleşmesi konusunda bkz. Ziya Öniş ve Steven B. Webb (1994) "Turkey: Democratization and Adjustment from Above", Stephen Haggard ve Steven B. Webb (Ed), Voting for Reform: Democracy, Political Liberalization and Economic Adjustment, Oxford University Press, Washington D.C. içinde.

171 İzak Atiyas ve Şerif Sayın "A Political Economy Perspective on Turkish Budget Deficits" Boğaziçi Journal – Review of Social, Economic and Administrative Studies, vol. 12 no 1, 55-79, 1998; OECD OECD Reviews of Regulatory Reform: Turkey, Critical Support for Economic Recovery, Paris 2003.

4. Özelleştirmelerde yargısal denetim: İdari yargının özelleştirme işlemlerine yaklaşımına örnekler

Bu bölümün temel amacı, özelleştirmelerin yargısal denetiminden örnekler vermek, böylece, Özelleştirme Kanunu verili iken, yargının özelleştirme işlemlerine yaklaşımını ayrıntılı bir biçimde incelemektir. Aşağıda seçilmiş olan özelleştirme işlemlerinin bir bölümü varlık veya hisse satışı, bir bölümü de özel kesim şirketleri ile yapılan sözleşmeleri içermektedir. Seçilen örneklerin önemli bir bölümü iptal ile sonuçlanmış olan özelleştirme işlemleridir, ancak kamuoyunda yaygın olarak tartışılmış ve yargısal denetimde kullanılan muhakeme biçimi hakkında fikir verdiğine inandığımız başarılı örnekler de vardır.

Aşağıdaki incelemede özellikle şu tür sorulara cevap bulunmaya çalışılmaktadır:

- Danıştay özelleştirme işlemlerinde ne tür hususlara dikkat etmektedir? İptal kararlarının gerekçeleri nelerdir?
- Danıştay denetiminde kamu yararı ve kamu hizmeti kavramları ne şekilde kullanılmaktadır?
- Özellikle ekonomik konularda Danıştay'ın yaklaşımı ile ekonomi biliminin önermeleri ne kadar bağdaşmaktadır?

4.1 Aktaş

4.1.1 Aktaş I davası

1989 yılında, “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Görevlendirilecekleri Bölgeleri Gösterir Yönetmelik”te¹⁷² değişiklik yapılarak İstanbul'da 16. görev bölgesi¹⁷³ oluşturulmuştur.¹⁷⁴

Bu değişikliğin Resmi Gazete'de yayımlanmasının ertesi günü Resmi Gazete'de yayımlanan bir Bakanlar Kurulu kararıyla, Aktaş Elektrik Ticaret A.Ş. (“AKTAŞ”), 16. görev bölgesinde elektrik üretimi, dağıtım ve ticaretiyle görevlendirilmiştir.¹⁷⁵

Bu Bakanlar Kurulu kararına dayanılarak;

- 24 Kasım 1989 tarihinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (“Bakanlık”) ile AKTAŞ arasında “Görev Verme Sözleşmesi”,

172 Resmi Gazete: 4 Eylül 1985 – 18858, 16 Ağustos 1985 tarihli ve 85/9800 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konmuştur.

173 İstanbul ili Anadolu yakasında; batıda İstanbul Boğazı, kuzeyde Karadeniz, doğuda İstanbul - İzmit il sınırı, güneyde Marmara Denizi sahilleri ve Büyükdada ile Heybeli, Burgaz, Kınalı ve Sedef adaları sınırları içinde kalan bölge.

174 89/14345 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, Resmi Gazete: 6 Eylül 1989 – 20274.

175 24 Ağustos 1989 tarihli ve 89/14393 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, Resmi Gazete: 7 Eylül 1989 – 20275 (mükerrer).

• 30 Mart 1990 tarihinde de Türkiye Elektrik Kurumu (“TEK”) ile AKTAŞ arasında “İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi” imzalanmıştır.¹⁷⁶

16. Bölgedeki TEK tesislerinde çalışan bir kişi tarafından İşletme Hakkı Devir Sözleşmesine karşı Danıştay'da iptal davası açılmış ve Danıştay 10. Daire, Danıştay incelemesinden geçirilmeyen İşletme Hakkı Devir Sözleşmesini aşağıdaki gerekçelerle iptal etmiştir:

- İdari sözleşmeler, (i) taraflarından biri idare olan, (ii) kamu hizmetine ilişkin bulunan ve (iii) idareye ayrıcalık ve üstünlük tanıyan sözleşmelerdir.
- Kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi idari sözleşmeyle özel girişimciye devredilmişse, kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesi söz konusudur.
- TEK bir kamu iktisadi kuruluşudur ve TEK tarafından veya onun gözetimi altında olan bir özel girişimci tarafından elektrik üretimi, iletimi ve dağıtım tesislerinin kurulması ve işletilmesi bir kamu hizmetidir.
- Dolayısıyla, TEK ile AKTAŞ arasındaki İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi bir imtiyaz sözleşmesidir.
- İmtiyaz sözleşmelerinin Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi Anayasal ve yasal bir gerektir.

4.1.2 Aktaş II davası

Danıştay'ın iptal kararı üzerine 3096 sayılı Kanunun¹⁷⁷ 5. maddesindeki “*Görev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınınca (Kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilebilir.*” hükmüne dayanılarak 1994 yılında alınan bir Bakanlar Kurulu kararıyla 16. görev bölgesinde bulunan TEK dağıtım tesislerinin işletme hakkı AKTAŞ'a verilmiştir.¹⁷⁸

Belirtmek gerekir ki; bundan önce 1993 yılında TEK yeniden yapılandırılarak, Türkiye Elektrik Üretim-İletim A.Ş. (“TEAŞ”) ve Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. (“TEDAŞ”) adı altında iki ayrı iktisadi devlet teşekkülü oluşturulmuştur.¹⁷⁹

İlgili sözleşme Danıştay incelemesinden geçirildikten sonra,¹⁸⁰ 2 Aralık 1997 tarihinde, Bakanlık ile AKTAŞ arasında bir imtiyaz sözleşmesi imzalanmıştır.

Elektrik Mühendisleri Odası (“EMO”), (i) imtiyaz sözleşmesine, (ii) Aktaş ile TEDAŞ arasında imzalanan “İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi”ne ve (iii) Aktaş ile TEAŞ arasında imzalanan “Elektrik Satış Anlaşması”na karşı Danıştay'da iptal davası açmıştır.

176 Danıştay 10. Daire, E. 1991/1, K. 1993/1752, Kt. 29.04.1993.

177 4 Aralık 1984 tarihli ve 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım Ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun”, Resmi Gazete: 19 Aralık 1984 – 18610.

178 28 Aralık 1994 tarihli ve 1994/6544 sayılı Bakanlar Kurulu kararı, Resmi Gazete: 22 Mart 1995 – 22235.

179 12 Ağustos 1993 tarihli ve 93/4789 sayılı Bakanlar Kurulu kararı.

180 Danıştay 1. Daire, E. 1997/66, K. 1997/72.

Danıştay 10. Daire hukuka aykırılık görmeyerek yürütmenin durdurulması talebini reddetmiştir.¹⁸¹

Davacı EMO'nun karara itirazı üzerine, itiraz mercii olan Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu ("İDDGK"), aşağıdaki gerekçelerle eksik inceleme yapıldığı sonucuna vararak kararı bozmuş ve dosyayı yürütmenin durdurulması istemi hakkında yeniden karar verilmek üzere Danıştay 10. Dairesi'ne göndermiştir:¹⁸²

- İmtiyaz sözleşmesinin imzalandığı 2 Aralık 1997 tarihine kadar Aktaş'ın 16. bölgede fiili durum nedeniyle elektrik iletim ve dağıtımını yapmıştır ve bu süre içinde davalı idarelerle Aktaş arasında birçok hukuksal sorun çıkmıştır.
- Aktaş'ın uygulamaları nedeniyle (i) 24 Mart 1992 tarihli Yüksek Denetleme Kurulu raporunun, (ii) 25 Temmuz 1994 tarihli Başbakanlık Teftiş Kurulu raporunun, (iii) 21 Kasım 1994 ve 26 Haziran 1995 tarihli Sermaye Piyasası Denetleme Kurulu raporlarının ve (iv) 8 Ağustos 1997 tarihli Başbakanlık Teftiş Kurulu raporları düzenlenmiştir. Bu raporlarda şu tespitler yapılmıştır:
 - Aktaş, şartname hazırlanmadan, ihale yapılmadan, açıklık ve rekabet sağlanmadan görevlendirilmiştir.
 - Aktaş'la 1997 yılına kadar mahsuplaşma yapılamamıştır. Bu nedenle idare tarafından alacak davaları açılmıştır. 1997 yılı itibarıyla alacak 23 trilyon Türk Lirasıdır.¹⁸³
 - 1997 yılında yapılan mahsuplaşma da usulsüzdür. 1994 yılına ilişkin kesin ibralaşma tamamlanmamıştır. Ayrıca repo ve gecikme zammı gelirleri mahsuplaşma dışında tutulmuştur.
 - Aktaş 1994 yılında TEDAŞ'tan elektriği 1,165 TL/KWh fiyatla satın almış, ancak TEDAŞ'a 1,196 TL/KWh fiyatla elektrik satmıştır.
 - Aktaş, 1994'te kâr etmesine rağmen, zarar göstererek kârını sonraki yıla aktarmıştır.
 - Aktaş tarafından yapılan bir ödeme ilgili bankanın kapatılması nedeniyle tahsil edilememesine rağmen, ödeme yapılmış gibi işlem yapılmıştır.
 - Aktaş tarafından taahhüt edilenin üstünde bir kayıp kaçak oranı kabul edilmiştir.
 - Aktaş'ın yan şirketlerine yaptırdığı işlerin piyasa değerinde olup olmadığı şüphelidir.
 - Aktaş TEDAŞ'la karşılaştırıldığında iktisadi çalışmamaktadır.
 - Çıkan sorunlar özelleştirme mantığıyla bağdaşmamaktadır ve uygulama Aktaş'a haksız kazanç sağlamaya yönelik bir organizasyona dönüşmüştür.
- Bu hususlar karşısında, görev/imtiyaz sözleşmesi imzalanmasına ilişkin işlemlerin amaç unsuru bakımından kamu yararına uygun olup olmadığının ve idarenin hizmeti gördüreceği kişiyi seçerken takdir yetkisini kamu hizmetinin en verimli ve etkin biçimde

181 Danıştay 10. Daire, E. 1998/6434, Kt. 10.03.1999.

182 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, Y.D. İtiraz No. 1999/226, Kt. 07.05.1999.

183 Karşılaştırmaya olanak vermek amacıyla, raporun düzenlendiği 8 Ağustos 1997 tarihi itibarıyla yaklaşık 141.790.000 ABD Dolarına karşılık geldiğini belirtmek doğru olacaktır.

işletilmesi gereğinden hareket ederek mali ve teknolojik olanakları, güvenilirlik ve deneyim gibi bazı nitelikleri ön planda tutarak kullanıp kullanmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Danıştay 10. Dairesi, yeniden incelemesinde, İDDGK'nın bozma kararına rağmen, yürütmenin durdurulması talebini, İDDGK'nın gerekçelerini irdelemeden reddetmiştir.¹⁸⁴

Davacı EMO bu red kararına karşı da itirazda bulunmuştur. İtiraz mercii olan İDDGK, bu sefer işin esasına girerek, daha önceki bozma kararında belirttiği hususlar karşısında Aktaş ile görev/imtiyaz sözleşmesi imzalanmasına ilişkin işlemlerde kamu yararının gözetilmediği gerekçesiyle dava konusu işlemler hakkında yürütmenin durdurulması kararı vermiştir.¹⁸⁵

Dava sonunda, Danıştay 10. Dairesi davacı EMO'nun 3096 sayılı Kanuna ilişkin Anayasa'ya aykırılık iddialarını ve davayı aşağıdaki gerekçelerle reddetmiştir:¹⁸⁶

- Anayasa'ya aykırılık iddiası hakkında:
 - Anayasa Mahkemesi'nin içtihadına göre, bir sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı yasaya değil sözleşmenin niteliğine bakılarak belirlenir ve yasal düzenlemenin bu niteliği değiştirici etkisi yoktur.
 - 3096 sayılı Kanunla düzenlenen yap-işlet-devret modeli kamu hizmeti imtiyazı, bu model çerçevesinde yapılan sözleşmeler de imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir.
 - İmtiyaz sözleşmelerinin Danıştay incelemesinden geçirilmesi Anayasa'nın 155. maddesinden doğan bir gerektir, dolayısıyla bu hususun yasada belirtilmesine gerek yoktur.
- Davanın esası hakkında:
 - Dava konusu işlemler 3096 sayılı Kanunda öngörülen yetki ve şekil kurallarına uygun olarak yapılmıştır.
 - Aktaş hakkında düzenlenen raporlarda belirtilen hususlar ile davalı idarelerle Aktaş arasında çıkan sorunlar ticari ve mali konulara ilişkindir. İdarenin etkin denetim eksikliğinden de kaynaklanan bu sorunların idarelerce veya mahkemelerce çözümlenmesi gerekmektedir. Bunlar sözleşmenin imzalanmasına engel olacak nitelikte değildir.
 - Mali hususlar haricinde, Aktaş'ın elektrik iletim ve dağıtımına ilişkin hizmetlerin yürütülmesinde bir aksaklık saptanamamaktadır. Kayıp-kaçak oranlarında yükselme olmakla birlikte, bu oranlar idarenin görevli olduğu bölgelerdekenden düşüktür.

EMO, Danıştay 10. Daire'nin bu kararını temyiz etmiştir. Temyiz mercii olan İDDGK Aktaş'la imtiyaz/görev sözleşmesi imzalanmasını, yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarındaki

184 Danıştay 10. Daire, E. 1998/6434, Kt. 15.06.1999.

185 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, Y.D. İtiraz No. 1999/226, Kt. 24.08.1999. Davalı idarelerin bu karara karşı itirazları, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, yürütmenin durdurulması talebine ilişkin kararlara itiraz edilmesi üzerine verilen kararların kesin olması ve bu sonucuya karşı itiraz etmeye olanak bulunmadığı gerekçesiyle usulden reddedilmiştir; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, Y.D. İtiraz No. 1999/570, Kt. 08.10.1999.

186 Danıştay 10. Daire, E. 1998/6434, K. 1999/6047, Kt. 16.11.1999.

gerekçeler yanında aşağıdaki gerekçelerle kamu yararına uygun bulmamış ve Danıştay 10. Daire'nin kararını bozmuştur:

- Aktaş'la ilgili soruşturma raporlarının incelenmesinden, Aktaş'ın mevzuattaki çelişkileri ve belirsizlikleri kullanarak her kalem iş ve işlemi kendi menfaatine ve idare zararına istismar ettiği, 23 trilyon TL'lik alacak davalarının açılmasına neden olduğu, görev ve ticarete esas olan iyi niyet ve sorumluluk değerini kaybettiği sonucuna varılmaktadır. Bu geçmiş dikkate alındığında, ibralaşma yapılmadan yeniden sözleşme imzalanmasında kamu yararına uygunluk yoktur.
- Davalılardan Bakanlık, sözleşmeyi feshetme yetkisine sahip olduğundan, sözleşme imzalamama yetkisine de sahiptir. Ayrıca Aktaş'ın görevlendirilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararının iptali için teklifte de bulunabilir. Dolayısıyla, Bakanlar Kurulu kararı uyarınca Aktaş'la sözleşme yapılması zorunluluğu bulunduğundan söz edilemez.
- Aktaş'la mahsuplaşma, incelemeye konu dava açıldıktan sonra tamamlanmıştır. Sözleşme imzalanması aşamasında olmayan kamu yararına uygunluğun sonradan giderildiği kabul edilemez.
- Sözleşmede kayıp-kaçak oranlarına ilişkin bir taahhüt bulunmamaktadır ve Aktaş'ın faaliyet döneminde ilgili görev bölgesindeki kayıp-kaçak oranları azalmamıştır. Ayrıca; sözleşmede işletme hakkı devir bedeli belirlenmemiş, bu bedelin belirlenmesi sözleşmede belirtilen devir kuruluna bırakılmış ve kurul tarafından belirlenen bedel de ihaleyle yapılan işletme hakkı devirlerinde elde edilen tutarlardan düşük olmuştur. Bu nedenle, 3096 sayılı Kanunun uygulanmasıyla dağıtım tesislerinin daha verimli ve etkin işletilmesinin sağlanması, kayıp-kaçakların önlenmesi işletme hakkının devriyle önemli kazançların elde edilmesi bakımından kamu yararına uygunluk bulunmamaktadır.

İDDGK, bu karara karşı yapılan, karar düzeltme başvurusunu da reddetmiştir.¹⁸⁸

İDDGK'nın kararı üzerine, Danıştay 10. Dairesi, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 2. fıkrası uyarınca İDDGK'nun temyiz başvurusu üzerine verdiği bozma kararları sonrasında, Danıştay dava dairelerinin bozulan kararlarında ısrar etmelerine olanak bulunmadığını belirterek, İDDGK'nın kararındaki gerekçelerle Aktaş'la yapılan imtiyaz sözleşmesini iptal etmiştir.¹⁸⁹

Danıştay'ın bu kararları sonrasında, 1 Nisan 2002 tarihinde, Bakanlık sözleşme kapsamındaki elektrik dağıtım ve ticari faaliyetlerinin durdurulması ve faaliyetlerin TEDAŞ tarafından devralınması yolunda işlem yapmıştır.

Ardından Bakanlar Kurulu 15 Nisan 2002 tarihli bir kararla Aktaş'ın görevlendirilmesine ve işletme hakkının devrine ilişkin kararları yürürlükten kaldırarak, bu görev bölgesindeki elektrik dağıtım ve ticaretini TEDAŞ'a vermiştir.¹⁹⁰

187 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 1999/1260, K. 2001/157, Kt. 16.02.2001.

188 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2001/554, K. 2001/617, Kt. 12.07.2001.

189 Danıştay 10. Daire, E. 2001/2745, K. 2002/855, Kt. 27.03.2002.

190 2002/3932 sayılı ve 15 Nisan 2002 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı, Resmi Gazete: 21 Nisan 2002 – 24733.

Aktaş'ın Bakanlığın işlem yaptığı tarihte ilgili Bakanlar Kurulu kararlarının yürürlükte olduğu iddiasıyla açmış olduğu iptal davası ise, işlemin yasa uyarınca uygulanması zorunlu olan yargı kararının gereğinin yerine getirilmesine yönelik olduğu ve Bakanlar Kurulu kararının sonradan alınmasının hukuka aykırılık oluşturmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.¹⁹¹

4.1.3 Değerlendirme

Aktaş olayına ilişkin genel bir değerlendirme yapılırsa; Aktaş I davası, yapılan sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olup olmadığı ve dolayısıyla Danıştay incelemesinden geçirilip geçirilmediği şeklinde hukuksal bir soruna ilişkindir. Sözleşme ve dava tarihi itibarıyla, önceki Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları karşısında sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edileceği ve Danıştay incelemesinden geçirilmesi gerektiği açıktır.

Buna karşılık, Aktaş II davası, rekabetin olmadığı, buna rağmen yeterli denetim ve düzenleme mekanizmaları kurulmaksızın mal ve hizmet üretiminin özel kesim tekellerine devredilmesinin yarattığı sorunlara çarpıcı bir örnek teşkil etmektedir. Bu olayda şirketin hizmet sunumunu etkin bir biçimde yapması için gerekli önlemlerin alınmaması, kayıp kaçak oranları dâhil performans kriterlerinin belirlenmemesi, gerekli yatırımların yapılmasını öngören, yapılan yatırımların gerçekten gerekli olup olmadığını denetleyen bir mekanizmanın kurulmaması ve görevlendirilecek veya sözleşme imzalanacak şirkette aranacak koşulların belirlenmemesi şeklindeki zafiyetler ön plana çıkmaktadır. Daha da önemlisi, hizmeti sunacak şirketin seçimi de herhangi bir rekabet ortamı yaratılmadan gerçekleştirilmiştir. Öte yandan, Aktaş II olayını sonuca bağlayan kararlar, yargının, özelleştirme sonucunda elde edilmesi amaçlanan faydaları kamu yararı içinde gördüğünü açık şekilde ortaya koymaktadır.

4.2 Limanlar

4.2.1 İskenderun Limanı

4.2.1.1 Limanın özelleştirme programına alınmasına karşı açılan dava

Bir kamu iktisadi kuruluşu olan T.C. Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü'ne ("TCDD") ait olan Bandırma, İzmir, Samsun Derince, Mersin ve İskenderun limanları, Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun ("ÖYK") 30 Aralık 2004 tarihli ve 2004/128 sayılı kararıyla özelleştirme programına alınmıştır.¹⁹² Özelleştirme yöntemleri ise işletme hakkı verilmesi, kiralama ve/veya mülkiyetin devri dışındaki diğer yöntemler olarak belirlenmiştir.

İskenderun Limanı'nın ("Liman") özelleştirme programına alınmasına ve özelleştirme yönteminin belirlenmesine karşı Liman İş Sendikası ("Sendika") tarafından iptal davası açılmıştır.

191 Ankara 5. İdare Mahkemesi, E. 2002/535, K. 2002/1583, Kt. 29.11.2002.

192 Resmi Gazete: 6 Ocak 2005-25692.

Sendika'nın temel iddiaları; Limanın stratejik ve verimli limanlar arasında olduğu, ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak amacına aykırı olarak özelleştirme kapsamına alındığı, özelleştirme yönteminin muğlak şekilde belirlendiği, ÖYK kararında yer alan “*elde edilecek gelirlerin, Bakanlar Kurulu Kararıyla belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde TCDD Genel Müdürlüğü'ne devredilmesini teminen Hazineye aktarılması*” şeklindeki ifadenin Özelleştirme Kanunu'ndaki özelleştirme gelirlerinin Özelleştirme Fonu'nda toplanmasına ve bu fonun harcamalarına ilişkin düzenlemelere aykırı olduğudur.¹⁹³

Danıştay 13. Daire, Limanın özelleştirme kapsamına alınmasına ve özelleştirme yönteminin belirlenmesine ilişkin bu davayı aşağıdaki gerekçelerle reddetmiştir:

- Özelleştirme Kanunu'nun 37. maddesinin (a) bendi uyarınca limanlar mülkiyetin devri yöntemiyle özelleştirilemezler. Ancak işletme hakkı verilmesi, kiralama veya mülkiyetin devri dışındaki diğer yöntemlerin uygulanması yasal olarak olanaklıdır.
- ÖYK kararının ülke ithalatının yaklaşık %90'ının, ihracatın ise %73'ünün limanlar yoluyla yapılması; dünyada değişen ekonomik şartlar, siyasi olaylar ve teknolojik gelişmelere paralel olarak dünya ticaretinin ve ulaştırma sektörünün rekabetçi bir Pazar içinde olması nedeniyle limanlarda verilen hizmetlerin etkinlik ve verimliliğini artırmak ve dünya limanlarıyla rekabet edebilecek şekilde rasyonel ve çağdaş işletmecilik esasları içinde çalışma gereği; konteyner taşımacılığının 1990'dan bu yana 2,5 kat artması ve konteyner trafiğinin %25'inin Akdeniz koridorunu kullanması; Doğu Akdeniz'deki çeşitli limanların dağıtım merkezi olarak hizmet verip konteyner taşımacılığında büyük kazanç sağlamaları; Türk limanlarının daha da artması muhtemel konteyner trafiğine cevap verecek alt ve üst yapıya sahip olmaması ve rasyonel ve çağdaş işletmecilik esasları içinde etkin ve verimli olarak çalıştırılmaması, bunun rekabet şansını düşürdüğü; limanların geliştirilerek, modernleştirilerek ve kapasiteleri artırılarak transit taşımacılıkta geçiş koridoru özelliği kazandırılması gereği; özelleştirme sonrasında liman operasyonlarının etkinlik ve verimliliğinin artacak, limanların üst ve alt yapı gereksinimlerinin karşılanacak, çağdaş işletmecilik anlayışı ve ticari esaslara göre işletilecek ve bunun sonucunda da rekabet şansının artacak ve ulusal ekonomiye daha fazla katkı sağlayacak olması şeklindeki gerekçeleri ve değer tespiti yaptırılan Türkiye Sınai Kalınma Bankası A.Ş.'nin değerlendirme raporunda yer alan Limanın potansiyelinin çok altında bir verimlilik ve katma değer düzeyinde çalışması; alt yapı, teknoloji ve yönetim sorunlarının olması; bu sorunların ertelenmesi veya çözülmez ve gerekli yatırımlar yapılmazsa Limanın ekonomik öneminin giderek azalacak olması şeklindeki tespitler, Limanın özelleştirme programına alınmasında ve özelleştirme yönteminin belirlenmesinde ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma amacına ve özelleştirme ilkesine uygun olduğunu göstermektedir.
- Mülkiyetin devri dışındaki yöntemler kullanıldığından, Limanın mülkiyeti TCDD'de kalmaktadır ve belirlenecek süre sonunda Liman tekrar TCDD'nin yönetimine girecektir. Öte yandan, Özelleştirme Kanunu'nun 10. maddesinin 3. fıkrasında Özelleştirme Fonu'na

193 Danıştay 13. Daire, E. 2005/10145, K. 2006/4379, Kt. 20.11.2006.

ilişkin olarak “*Özelleştirme Fonunun nakit fazlası, Hazinesinin iç ve dış borç ödemelerinde kullanılmak üzere Hazine hesaplarına intikal ettirilir.*” hükmü bulunmaktadır. Bu iki husus birlikte değerlendirildiğinde Limanın özelleştirilmesinden elde edilecek gelirin, Bakanlar Kurulu Kararıyla belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde TCDD Genel Müdürlüğü'ne devredilmek üzere Hazineye aktarılmasında hukuka aykırılık yoktur.

4.2.1.2 İhaleye çıkma kararına karşı açılan dava

Yukarıda incelenen, Limanın özelleştirme kapsamına alınmasına ve özelleştirme yönteminin belirlenmesine ilişkin dava karara bağlanmadan önce, ilan yapılarak 36 yıl süreyle işletme hakkı verilmesi için ihaleye çıkmıştır.¹⁹⁴

Sendika, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın 8 Temmuz 2005 tarihli ve 1002 sayılı ihaleye çıkma kararına karşı iptal davası açmıştır. Sendikanın bu davadaki temel iddiaları, Limanın özelleştirilmesinin hukuka aykırı olduğu, işletme hakkının devredilmesiyle çalışanların sosyal güvenlik ve sosyal haklarından mahrum bırakılacakları, ihale şartlarının sözleşmeyle değiştirilmesine olanak tanıyan bir şartnameyle ihaleye çıktığı ve bunun ihale prosedürüne ve Kamu İhale Kanunu'na aykırı olduğudur.

Aynı tarihte verdiği kararla Limanın özelleştirme programına alınmasını ve özelleştirme yönteminin belirlenmesini hukuka uygun bulan Danıştay 13. Daire, ihaleye çıkılmasına ilişkin kararı aşağıdaki gerekçelerle iptal etmiştir:¹⁹⁵

- Limanın özelleştirme kapsamına alınmasına ve özelleştirme yönteminin belirlenmesine ilişkin davada, işletme hakkı verilmesi yönteminin hukuka uygunluğu karara bağlandığından, ihaleye çıkılmasına ilişkin bu davada ihale şartnamesinin hukuka uygunluğu incelenmelidir.
- Özelleştirme Kanunu'nun 15. maddesi, sermayesinin tamamı Devlete ait olup, tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi kuruluşlarının mülkiyetinin devrine sınırlama getirmiştir. Bu kuruluşlar için Özelleştirme Kanunu çerçevesinde kullanılacak işletme hakkı devri yönteminde kuruluşun üretim ve yatırımını gözetilen şartların idarece belirlenmesi kuruluşun devamlılığını sağlamak bakımından bir zorunluluktur.
- Limanın özelleştirme programına alınmasına ilişkin ÖYK kararının gerekçesinden ve Türkiye Sınai Kalkınma Bankası A.Ş.'ye hazırlanan değerlendirme raporundan, son yıllarda mevcut kapasitenin altında çalışan, gerekli yatırımların yapılmamasından dolayı gelişen teknolojinin gerisinde kalan, potansiyelinin çok altında bir verimlilik ve katma değer düzeyi ile faaliyet gösteren Limanın piyasada rekabet edebilmesi ve gelişen teknoloji ve

194 Resmi Gazete: 13 Temmuz 2005-25874.

195 Danıştay 13. Daire, E. 2005/7997, K. 2006/4380, Kt. 20.11.2006.

taşıma şekillerine ayak uydurarak ülke ekonomisine daha fazla katkı sağlaması için modernizasyon ve kapasite artırımına gerek olduğu ve yapılması gereken modernizasyon ve yenileme çalışmaları ile teknolojinin kurulması maliyetlerinin özel sektör aracılığıyla karşılanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

- Türkiye Sınai Bankası A.Ş.'nin hazırladığı değerlendirme raporunda, yapılması öngörülen yatırımlar ve yeni kapasite değerleri altında 2013 ve sonrası için 8.030.000 ton/yıl elleçleme kapasitesi ile römorkaj ve çekici hizmeti, bilgi işlem donanım ve yazılım, sintine toplama tesisi yatırımları öngörülmüş, gerekli yatırım olarak da 2006 yılında 10,4 milyon ABD Doları, 2007 yılında 2,8 milyon ABD Doları, 2012-2016 dönemi ile 2036 ve 2041 yıllarında olmak üzere 66,3 milyon ABD Doları belirlenmiştir. Hâlbuki ihale şartnamesi uyarınca işletme süresinin sona ermesi veya sözleşmenin feshi halinde işleticiye sadece 7.500.000 ton/yıl elleçleme kapasitesine olanak tanıyan taşınır malları idareye bırakma yükümlülüğü getirilmiştir. Dolayısıyla, değerlendirme raporunda gerekli olduğu saptanan 8.030.000 ton/yıl elleçleme kapasitesi ve diğer somut yatırım konularının tümünü kapsayan koşul ve taahhütler getirilmeyerek bunlar işletmecinin iradesine bırakılmıştır. Öte yandan, işletmeci sadece bakım ve onarım ile doğal afetler sonucu oluşabilecek hasarlardan sorumlu tutulmuştur. İhale şartnamesi bu haliyle, işletme hakkının verilmesi yoluyla özelleştirmeden elde edilecek yararları sağlayıcı taahhütler içermediğinden ihaleye çıkılmasına ilişkin karar hukuka uygun değildir.

Bu karara ilişkin genel bir tespit yapmak gerekirse: Limanın özelleştirilmesinin nedeni kapasite yetersizliği ve yatırım gerekliliği, özelleştirme amacı ise belirli bir kapasitenin (8.030.000 ton/yıl) sağlanması için gerekli yatırımların yapılmasıdır. Ancak işletme hakkı süresinin sonunda özelleştirmeyle amaçlanandan daha düşük bir kapasite (7.500.000 ton/yıl) idareye geri verilecek ve dolayısıyla idarenin Limanı geri aldığından ihtiyaçları karşılamak için yeniden yatırım yapması gerekecektir. Danıştay kararında hukuka aykırılık olarak ön plana çıkan ilk husus budur. Kararda hukuka aykırılık olarak ön plana çıkan ikinci husus ise, işletmecinin sadece bakım ve onarımdan ve doğal afetler sonucu oluşabilecek hasarlardan sorumlu tutulması, bir başka deyişle, doğal afet dışında, örneğin kaza sonucu doğacak zararların işletmecinin sorumluluğunda olmamasıdır. İlk husus, yukarıda “özelleştirmede artı kamu yararı sağlama gereği” olarak ifade ettiğimiz hale, ikinci husus ise “mevcut kamu yararı durumunun korunması gereği” olarak ifade ettiğimiz hale karşılık gelmektedir.

Kararın gerekçelendirilmesine bakıldığında, Türkiye Sınai Kalkınma Bankası'na hazırlanan raporun kesin bir veri olarak alınması ilk bakışta tereddüt doğuracak niteliktedir. Şöyle ki; özelleştirmenin nedeni ve amacı bu raporun kesin veri olarak alınmasıyla sabitlenmektedir. Hâlbuki böyle bir rapor belirli veri ve öngörülere dayanmaktadır ve bu veri ve öngörüler değiştikçe doğal olarak sonuç ve tespitler de değişecektir. Kaldı ki söz konusu rapor belirsizlik ortamı altında hazırlanan ve geleceğe ilişkin öngörüler içeren bir rapordur; bir başka danışmanlık şirketinin hazırlayacağı rapor limanın etkin çalışması için farklı önerilerde bulunabilirdi. Dolayısıyla raporun kesin veri olarak kabul edilmesi kimi hallerde ekonomik tercihler bakımından yanıltıcı, hatta özelleştirme amaçlarından saptırıcı olabilecektir. Öte yandan, rapor esas alınarak yargısal denetim

yapılması idarenin özellikle ekonomik bakımdan sahip olması gereken takdir yetkisini de kaldırmaktadır. Ancak bu duruma yol açan Danıştay'ın yaklaşımı değil, idarenin daha idari aşamada özelleştirmenin neden ve amacını bu rapora dayanarak kurgulamasıdır. Yani, aslında hukuk tekniği bakımından genel nitelikli bir ilkenin yansıması söz konusudur: İdare bir işlemi hangi neden ve amaçlarla yapıyorsa, o neden ve amaçlara uygun işlem yapmalıdır. Özelleştirme hangi neden ve amaçlarla yapıyorsa, o neden ve amaçlara uygun şekilde ve önlemlerle özelleştirme yapılmalıdır. Bu çerçevede eklemek gerekir ki, rapor bir hazırlık işlemi niteliğindedir ve idare için kesin bağlayıcılığı yoktur, ancak idare bu raporu uzman olduğunu kabul ettiği için Türkiye Sınai Kalkınma Bankası'na hazırlatmıştır ve özelleştirme işleminin neden ve amacını bu raporu da dikkate alarak belirlemektedir. Dolayısıyla idarenin raporda yapılan tespitlerden uzaklaştığında, bunun nedenlerini benzer nitelikteki çalışmalarla veya objektif gerekçelerle ortaya koyması gereklidir. Örneklemek gerekirse, örneğin alınan raporda yatırım ve kapasite artırımı gereğinden hareket edilmişse, bu hususlarda alıcıya yükümlülük getirilmesinin gerekip gerekmediği de incelenmeli veya sonradan benzer nitelikli bir çalışmayla veya objektif gerekçelerle ortaya konmalıdır.

4.2.1.3 İhalenin karara bağlanmasına karşı açılan dava

Danıştay 13. Daire'nin yukarıda özetlenen kararları vermesinden önce, 29 Ağustos 2005 tarihinde yapılan ihalede en yüksek teklifi PSA-Akfen Ortak Girişim Grubu, ikinci en yüksek teklifi ise Limar Liman ve Gemi İşletmeleri A.Ş. vermiştir. İhale komisyonu bu teklif çerçevesinden ihaleyi karara bağlamıştır.

Sendika ihale komisyonunun bu kararına karşı da iptal davası açmıştır.

Davada Danıştay 13. Daire, yürütmenin durdurulması kararı vermiş, ancak bu karar Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın itirazı üzerine, itiraz mercii olan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından bozulmuştur. Ancak, Danıştay 13. Daire, ihaleye çıkma kararını iptal ettiği tarihten bir hafta sonra, ihale komisyonunun ihaleyi sonuca bağlayan kararını, ihaleye çıkma kararının iptal edilmiş olması nedeniyle iptal etmiştir.

Kararlar üzerine, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ihaleyi 6 Şubat 2007'de iptal etmiştir.

4.2.2 Mersin Limanı

Yukarıda değinildiği üzere Mersin Limanı da ("Liman"), ÖYK'nın 30 Aralık 2004 tarihli ve 2004/128 sayılı kararıyla, özelleştirme programına alınmış ve özelleştirme yöntemi işletme hakkı verilmesi, kiralama ve/veya mülkiyetin devri dışındaki diğer yöntemler olarak belirlenmiştir.

Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, Rekabet Kanunu'nun 7. maddesi ile 1998/4 sayılı "Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ"

uyarınca Rekabet Kurulu'ndan görüş istemiştir. Rekabet Kurulu 6 Mayıs 2005 tarihli ve 05-31 sayılı kararıyla, Limanın tek teşebbüs hakimiyetinde olmamasını temin amacıyla ikiye bölünerek özelleştirilmesinin uygun olacağı ve alıcı adayları belirlendikten sonra konunun yeniden değerlendirileceği şeklinde görüş bildirmiştir.

ÖİB, 2 Haziran 2005 tarihli ve 2005/54 sayılı kararıyla, özelleştirme yöntemini işletme hakkı verilmesi, işletme süresini ise 36 yıl olarak belirleyerek Limanın tamamı için ihaleye çıkılmasına karar vermiştir. İhale ilanı 9 Haziran 2005 tarihinde yapılmış ve bu ilan 12 Haziran 2005 tarihli ve 25843 sayılı Resmi Gazete'de de yayınlanmıştır.

12 Ağustos 2005 tarihinde yapılan ihalede en yüksek teklifi PSA-Akfen Ortak Girişim Grubu, ikinci en yüksek teklifi ise Dubai Ports Authority vermiştir.

Devralma izni için başvurulmuş Rekabet Kurulu, ilk başta Limanın bölünerek özelleştirilmesi yönünde görüş vermesine karşın, bu sefer 15 Eylül 2005 tarihli ve 05-58/855-231 sayılı kararıyla devralmaya izin vermiştir.

Bu izin üzerine ÖYK da 7 Kasım 2005 tarihinde işletme hakkının İhale Şartları Belgesi çerçevesinde devredilmesine karar vermiştir.

Liman İş Sendikası (“Sendika”); (i) Limanın özelleştirme programına alınmasına ilişkin ÖYK kararına; (ii) ÖİB'nin özelleştirme yöntemini işletme hakkı verilmesi ve işletme süresini 36 yıl olarak belirleyerek ihaleye çıkılmasına ilişkin kararına; (iii) ihale komisyonunun ihaleyi sonuca bağlayan 12 Ağustos 2005 tarihli kararına ve (iv) işletme hakkının devrine ilişkin ÖYK kararına karşı olmak üzere dört ayrı dava açmıştır.

Davalara bakan Danıştay 13. Dairesi bu davaların tümünü reddetmiştir.¹⁹⁶

Mersin Limanının özelleştirme programına alınmasına ilişkin dava, yukarıda incelenen İskenderun Limanının özelleştirme programına alınmasına karşı açılan davadaki gerekçelere koşut gerekçelerle reddedilmiştir.

İhaleye çıkma kararına karşı açılan dava, hem diğer davalarda da dile getirilen iddialar bakımından hem de rekabetle ilgili hususları içermektedir ve dolayısıyla olay bakımından temel dava niteliğinde olduğundan bu davada verilen kararın incelenmesi yeterli olacaktır.

Sendika, ÖİB'nin özelleştirme yöntemini işletme hakkı verilmesi, bunun süresini ise 36 yıl olarak belirleyerek ihaleye çıkılmasına ilişkin kararına karşı açtığı davada iki temel iddiayı ileri sürmüştür: (i) Rekabet Kurulu'nun görüşü uyarınca tek teşebbüs hâkimiyetinin önlenmesi için

196 Danıştay 13. Daire, E. 2005/363, K. 2006/4219, Kt. 01.11.2006.

Limanın iki parça halinde özelleştirilmesi gereklidir, (ii) ihale şartlarının sözleşmeyle değiştirilmesine izin veren bir ihale şartnamesiyle ihaleye çıkmıştır.

Danıştay 13. Dairesi davayı aşağıdaki gerekçelerle reddetmiştir:¹⁹⁷

- Rekabet hukuku düzenlemelerinde özelleştirmeye ilişkin olarak “görüş” ve “izin” şeklinde iki ayrı koşul öngörülmüştür. Görüş, ileride izin aşamasında ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının önceden giderilmesi için öngörülmüş bir yoldur. Ancak her halde devralma için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gereklidir. Bu durumda Rekabet Kurulu'nun görüşü bir hazırlık işlemi olup kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem değildir.
- Rekabet Kurulu'nun görüşünün gerekçeleri, Limanın bulunduğu bölgede tam ikamenin olmaması, işletme hakkının devrinden sonra limanlara ilişkin düzenleyici yapılanmanın ÖİB tarafından tam açıklığa kavuşturulmamış olmaması, özelleştirme sonrası ilgili pazarda doğacak denetim ve regülasyon boşluklarının bulunması (liman otoritesinin olmaması) ve Liman içi rekabetin tercih edilmesi nedeniyle aynı hinterlanda limanlar arası rekabetin dikkate alınmamasıdır. Bu gerekçeler çerçevesinde Rekabet Kurulu Limanın bölünerek özelleştirilmesi yolunda görüş bildirmiştir.
- Rekabet Kurulu'nun bu görüşü, özelleştirmenin hakim durum yaratması veya hakim durumun daha da güçlendirilmesi sonucunu doğurup doğurmadığının değerlendirilmesinden çok, ilgili pazardaki denetim ve regülasyon eksikliği sebebiyle ortaya çıkması olası düzensizlikler dikkate alınarak yapılmış bir öneridir.
- ÖİB; izin sürecinde rekabete zarar verecek tüm olumsuzluklara karşı işletme hakkı devir sözleşmesinde gerekli tedbirlerin alındığını, işleticiye sözleşmeyle sınırlamalar getirildiğini, ilk beş sene yatırım zorunluluğu olarak konteyner elleçleme hizmetleri bakımından mevcut performansın 2,25-3,20 kat arasında artırılmasının öngörüldüğünü, bu kapasiteye erişimi kontrol için performans değerlendirme kriterinin getirildiğini, Rekabet Kanunu uyarınca hakim durumun kötüye kullanılması fiiline araç olacak her türlü uygulamanın (ayrımcılık, aşırı fiyat, arzın kısıtlanması) yasaklandığını, maliyet ayrıştırmasının zorunlu tutularak senelik olarak Liman faaliyetlerinin raporlanması yükümlülüğü getirildiğini, denetim yetkisi idareye ve ağırlıklı olarak TCDD'ye verildiğini ve bu suretle bölerek özelleştirmeye ilişkin gerekçelerin karşılandığını bildirmiştir. Rekabet Kurulu da en yüksek teklifleri veren her iki istekliden birine devir yapılmasında sakınca görmeyerek devre izin vermiştir.
- Özelleştirmede uygulanacak ihale usulleri Özelleştirme Kanununda, ihale şartnamesinde ve ilanda yer alması zorunlu hususlar ise Özelleştirme Uygulamalarında Değer Tespiti ve İhale Yönetmeliği'nde belirlenmiştir. Şartname ve ilanda zorunlu hususlar yer almaktadır. Şartnamede sözleşmenin ihale süreci içinde teklif sahipleriyle yapılacak görüşmeler sonucunda kesinleşeceği kuralı yer almakta ise de, İhale Şartları Belgesinde özelleştirme yöntemi ile ihale usulü Özelleştirme Kanunu'na uygun şekilde belirlenmiş ve kuruluşun hizmet sunumunun devamını sağlayacak üretim ve yatırım koşulları getirilmiştir.

197 Danıştay 13. Daire, E. 2006/265, K. 2006/4220, Kt. 07.11.2006.

İhale komisyonunun ihaleyi sonuca bağlayan kararına karşı açılan davada ise; Danıştay 13. Daire, Limanın özelleştirme programına alınmasına ve ihaleye çıkma kararına karşı açılan davalarda verdiği red kararlarına işaret ederek bu davalarda bir hukuka aykırılık tespit edilmediğini belirtmiş ve ihalenin mevzuatta öngörülen usul ve esaslara uygun yapılarak sonuçlandırıldığını karara bağlamıştır.¹⁹⁸

Burada ilginç olan şudur: Özelleştirme sonrası ortaya çıkabilecek rekabet sorunları, Rekabet Kurulu görüşünde belirtildiği gibi limanın iki parçaya bölünmesi ile değil, rekabeti bozacak davranışların sözleşmede belirlenmesi ve bu davranışlara karşı önlem alınması yoluyla önlenmeye çalışılmıştır. Yani bir anlamda sözleşme yolu ile düzenleme yöntemi seçilmiştir. Bunun denetimi de (limanlar konusunda uzmanlaşmış bir düzenleyici otoritenin olmadığı bir ortamda) ağırlıklı olarak TCDD'ye verilmiştir. Rekabet Kurulu bu önlemleri yeterli bulmuştur.

4.2.3 Çeşme Limanı

Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun ("ÖYK") 30.10.1995 tarihli ve 95/81 sayılı kararı çerçevesinde Türkiye Denizcilik İşletmesi'ne ("TDİ") ait Kuşadası, Çeşme, Trabzon ve Dikili limanları için 30 yıl süreyle işletme hakkı verilmesi ve liman envanterinin satış yöntemiyle özelleştirilmesi için ihaleye çıkılmış ve ihale ilanı 16 Eylül 2002 tarihli ve 24878 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

İhale 11 Kasım 2002'de yapılmış ve ÖYK'nın 28 Nisan 2003 tarihli ve 2003/17 sayılı kararıyla, Çeşme Limanı'nın işletme hakkının, liman envanteri de dâhil olmak üzere, Ulusoy Ortak Girişim Grubu'nun kuracağı anonim şirkete verilmesine karar verilmiş ve ÖYK kararı 1 Mayıs 2003 tarihli ve 25095 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. 28 Mayıs 2003 tarihinde de İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi imzalanmıştır.

ÖYK kararına Uluslararası Nakliyeciler Derneği ("Dernek") tarafından 30 Haziran 2003 tarihinde itiraz edilmiş, ancak itiraz Özelleştirme İdaresi'nin 15 Temmuz 2003 tarihli kararıyla reddedilmiştir.¹⁹⁹ Bunun üzerine Dernek tarafından 29 Temmuz 2003 tarihinde (i) ÖYK kararına, (ii) bu karara dayanılarak yapılan işlemlere ve (iii) İşletme Hakkı Devir Sözleşmesine karşı iptal davası açılmıştır. Davacının temel iddiaları, tekel niteliğinde bir imtiyaz söz konusu olduğundan Danıştay'ın, fiili ve hukuki imtiyaz olduğundan dolayı da Rekabet Kurulu'nun görüşünün alınmasının gerektiği, değer tespiti yapılmadığı ve devir bedelinde indirim yapıldığıdır.

Davaya ilk derece mahkemesi olarak bakan İzmir 4. İdare Mahkemesi, davayı aşağıdaki gerekçelerle reddetmiştir:²⁰⁰

198 Danıştay 13. Daire, E. 2005/9308, K. 2006/4221, Kt. 07.11.2006.

199 Bu davada gündeme gelen davanın süresinde açılıp açılmadığı sorunu için bkz. aşağıda "4.12.2. Dava açma süresi".

200 İzmir 1. İdare Mahkemesi, E. 2003/1500, K. 2004/1486, Kt. 03.12.2004.

- 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de kamu iktisadi kuruluşu, “sermayesinin tamamı Devlete ait olup tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsü” olarak tanımlanmış ve Kararname'ye ek çizelgede kamu iktisadi kuruluşları belirlenmiştir. TDİ bu kuruluşlar arasında sayılmamıştır. 117 sayılı Denizcilik Kurumu Kuruluşu Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'yle TDİ'ye tekel hakkı tanınmışsa da bu KHK 20 Mayıs 1991 tarihli ve 20876 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 3743 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla TDİ kamu iktisadi kuruluşu olmadığı gibi, mal ve hizmet üretimi de tekel ve imtiyaz niteliğinde değildir ve Danıştay'ın görüşünün alınmasına gerek yoktur.
- Limanın pazar payı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde Ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ'de (“1998/4 sayılı Tebliğ”) belirtilen eşik değerleri aşmadığından Rekabet Kurulu'nun görüşünün alınmasına gerek yoktur.
- Değer tespiti yapılmış ve ÖYK'ya sunulmuştur.
- Devir bedelinde yapılan indirim, şartname uyarınca peşin ödeme halinde yapılan indirimdir.

Davacı tarafından temyiz edilen bu karar, temyiz mercii olan Danıştay 13. Dairesi tarafından aşağıdaki gerekçelerle bozulmuştur:²⁰¹

- 1998/4 sayılı Tebliğ uyarınca, pazar payının belirlenen eşikleri aşmadığı hallerde dahi, özelleştirilecek teşebbüsün hukuki ve fiili imtiyazlara sahip olması halinde Rekabet Kurulu'nun görüşünün alınması zorunludur.
- Davacının Çeşme Limanı'nın, coğrafi konumu, otoyol bağlantısının bulunması ve üzerinde Gümrük İdaresi'nin mevcut olması nedeniyle, Ro-Ro gemileriyle yapılan kombine taşımacılık açısından bu üstünlükten doğan fiili tekel konumu olduğu; Ege ve Akdeniz'de bulunan diğer Türk Limanlarında Ro-Ro taşımacılığının yapılamadığı; Çeşme Gümrük Müdürlüğü'nün Ege'deki her türlü ithalat, ihracat ve transit işlemleri konusunda yetkili olan tek gümrük idaresi olmasından dolayı Limanın Ege'de Ro-Ro gemilerinin yaşanabileceği tek liman konumunda olduğu; limandan yapılan liman hizmetlerinin %90'ının tekel halinde Ulusoy Grubuna ait olduğu iddiaları karşısında 1998/4 sayılı Tebliğ uyarınca Rekabet Kurumu'na ön bildirimde bulunularak görüşünün alınması gereklidir.
- Davacı İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi'ni de dava etmiştir, ancak ilk derece mahkemesi bunu karara bağlamamıştır.

Bozma kararı üzerine yeniden yargılama yapan İzmir 1. İdare Mahkemesi ÖYK kararını Danıştay'ın bozma gerekçelerine dayanarak iptal etmiştir. İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi ise, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu ve dolayısıyla üçüncü

201 Danıştay 13. Daire, E. 2005/7150, K. 2006/1231, Kt. 28.02.2006. Bozma kararına karşı davalı Özelleştirme İdaresi tarafından yapılan karar düzeltme başvurusu da reddedilmiştir. Danıştay 13. Daire, E. 2006/4580, K. 2006/4962, Kt. 27.12.2006.

kişiler tarafından idari yargıda dava edilmeyeceği itirazına rağmen, sözleşmenin idari usul kuralları çerçevesinde yapılan işlemlere dayalı olarak yapıldığı ve sözleşmenin yapılmasına ilişkin iradeyi oluşturan ÖYK kararının iptal edildiği gerekçeleriyle iptal edilmiştir.²⁰²

İzmir 4. İdare Mahkemesi'nin bu kararına karşı Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından temyiz başvurusunda bulunulmuştur. 11 Mart 2008 tarihi itibarıyla Danıştay Bilgi Bankası verilerine göre, bu temyiz başvurusu 13. Daire'de incelenme sırasını beklemektedir (D.13.D., E. 2007/9874).

4.2.4 Düzenleyici çerçeve eksikliği

Liman özelleştirmeleri konusunda şu hususu belirtmekte fayda vardır. Limanlar rekabet sorunlarının bulunduğu tipik altyapı sektörlerinden biridir. Türkiye'de liman özelleştirmelerinin önemli özelliklerinden biri, bu özelleştirmelerin bir düzenleyici çerçeve olmadan gerçekleştirilmesidir. Bu çalışmada bu konunun ayrıntılı olarak ele alınması mümkün değildir, ancak kanımızca liman özelleştirmelerinin eksik yönü, bir politika çerçevesinin olmamasıdır. Örneğin birçok ülkede limanların faaliyetlerini denetleyen liman otoriteleri bulunmaktadır. Bazı ülkeler ise bir düzenleyici otoriteyi gerekli görmemiş, ancak yeterli bir yasal çerçevenin oluşturulmasına özen göstermişlerdir. Türkiye'de liman özelleştirmelerinin karşı karşıya kaldığı sorunlar, biraz da bu tür bir düzenleyici çerçevenin olmamasına, bunun sonucunda kamu yararını korumaya yönelik önlemlerin alınması için tek olanak olarak ihale dokümanları ile imtiyaz sözleşmelerinin kalmasına ve dolayısıyla bu yolla alınan önlemlerin ister istemez özelleştirme işlemleri kapsamında denetlenmesine bağlanabilir.

4.3 Seydişehir Eti Alüminyum

Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun ("ÖYK") 13 Ağustos 2003 tarihli ve 2003/49 sayılı kararıyla Eti Holding A.Ş.'nin bağlı ortaklıklarından olan Eti Alüminyum A.Ş. ("Eti Alüminyum"), Eti Holding A.Ş.'ye olan borçlarından arındırıldıktan sonra, kullanımında bulunan maden ruhsatları da dâhil olmak üzere tüm hak ve yükümlülükleriyle birlikte özelleştirme kapsam ve programına alınmıştır.²⁰³

Kısa bir süre sonra, ÖYK'nın 8 Eylül 2003 tarihli ve 2003/53 sayılı kararıyla Oymapınar Barajı Hidroelektrik Üretim Tesisleri ("Oymapınar Hidroelektrik") özelleştirme kapsam ve programına alınmış ve Eti Alüminyum'a devredilmiştir.²⁰⁴

ÖYK'nın 6 Nisan 2005 tarihli ve 2005/45 sayılı kararıyla Eti Alüminyum'daki %100 oranındaki kamu payının blok satış yöntemiyle özelleştirilmesine karar verilerek, 11 Nisan 2005 tarihinde ihale ilanı duyurulmuş ve yayınlanmıştır.²⁰⁵

202 İzmir 1. İdare Mahkemesi, E. 2007/247, K. 2007/422, Kt. 12.04.2007.

203 Resmi Gazete: 14 Ağustos 2003-25199.

204 Resmi Gazete: 12 Eylül 2003-25227.

205 Resmi Gazete: 12 Nisan 2005-25784.

İhale 17 Haziran 2005 tarihinde yapılmış ve 305.000.000 Amerikan Dolarla en yüksek bedeli Ce-Ka İnşaat Makine Madencilik Petrolcülük Turizm Nakliyat ve Ticaret A.Ş. vermiştir. ÖYK'nın 25 Temmuz 2005 tarihli ve 2005/84 sayılı kararıyla da satışın Ce-Ka İnşaat Makine Madencilik Petrolcülük Turizm Nakliyat ve Ticaret A.Ş.'ye yapılmasına karar verilmiştir.²⁰⁶

Tes-İş Sendikası tarafından ihale komisyonunun 17 Haziran 2005 tarihli kararına karşı iptal davası açılmıştır. Danıştay 13. Daire, aşağıdaki gerekçelerle ihale komisyonu kararı hakkında yürütmenin durdurulması kararı vermiştir:²⁰⁷

- Özelleştirme Kanunu'nun 15. maddesi, sermayesinin tamamı Devlete ait olup, tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi kuruluşlarının mülkiyetinin devrine sınırlama getirmiştir. Bu kuruluşlar için Özelleştirme Kanunu çerçevesinde kullanılacak işletme hakkı devri yönteminde kuruluşun üretim ve yatırımını gözetten şartların idarece belirlenmesi kuruluşun devamlılığını sağlamak bakımından bir zorunluluktur. Buna karşılık; mülkiyet hakkının devrinin olanaklı olduğu hallerde, özelleştirilecek kuruluşun üretim ve yatırımını gözetten şartlar o kuruluşun özelliği ve içinde bulunduğu sektör dikkate alınarak belirlenecektir.
- Kamu iktisadi kuruluşu değil de, bir iktisadi devlet teşekkülü olduğundan, Eti Alüminyum'un üretim ve yatırımını gözetten şartların onun özelliği ve içinde bulunduğu sektör dikkate alınarak belirlenmesi gereklidir.
- Eti Alüminyum, Dünya'da boksitten uç ürüne (folyo, profil vb.) kadar üretim yapan birkaç entegre tesisten biridir. Öte yandan, ulusal sektördeki tek üreticidir. Yıllık ortalama 60.000 ton alüminyum üretimiyle Türkiye'nin toplam alüminyum ihtiyacının 2000 yılında %24'ünü, 2001'de %27'sini, 2003'te %15'ini karşılamıştır. Kalan kısım ithalat ile karşılanmaktadır.
- ÖYK'nın Eti Alüminyum'u özelleştirme gerekçesi, Seydişehir Alüminyum tesislerinin ekonomik ömrünü yitirmesi nedeniyle gerekli olan yatırımların yapılmasının modernizasyon ve kapasite artırımı gereğini karşılayacağıdır. Dolayısıyla ihale şartnamesinde modernizasyon ve kapasite artırımı gereğini karşılayacak, Türk alüminyum sektörünün tamamen dışa bağımlı hale gelmesini önleyecek ve kısıtlı kamu olanaklarıyla yapılması güç olan yatırımların özel sektör tarafından yapılmasını sağlayacak şartların bulunması gereklidir.
- Ancak ihale şartnamesinde alıcıya 49 yıl için en az 2.940.000 ton (3 yıllık ortalama asgari 60.000 ton, yıllık ortalama 60.000 ton) üretim şartı getirilmiştir. Hâlbuki Eti Alüminyum'un mevcut üretimi yıllık 60.000 tondur ve mevcut üretim sistemi ve kapasiteyle üretim şartı getirilmesi Özelleştirme Kanunu'nda öngörülen ekonomide verimlilik artışı amacını karşılamamaktadır.
- Öte yandan, ihale komisyonu, Oymapınar Hidroelektrik dâhil olmak üzere Eti

206 Resmi Gazete: 27 Temmuz 2005-25888.

207 Danıştay 13. Daire, E. 2005/7873, Kt. 29.05.2006.

Alüminyum'un değerinin belirlenmesine ilişkin iki alternatiften, mevcut kapasiteyle üretime devam edilmesini varsayan alternatifle hesaplanan değeri referans değer olarak almıştır. Dolayısıyla, ihale teknolojinin geliştirilmesi ve kapasite artışının sağlanmasına değil, mevcut üretim teknolojisi ve kapasitesinin korunmasına yönelik olarak yapılmıştır.

- Oymapınar Hidroelektrik'in işletme hakkının Eti Alüminyum'a devredilmesinin Eti Alüminyum'un değerine katkısı net olarak hesaplanmadan ihale sonuçlandırılmıştır.
- Bu itibarla, ihale kararı ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlayacak nitelikte değildir ve Özelleştirme Kanunu'na aykırıdır.

Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın yürütmenin durdurulması kararına karşı yaptığı itiraz, itiraz mercii olan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından Danıştay 13. Daire'nin gerekçesi esas alınarak reddedilmiştir.²⁰⁸

11 Mart 2008 tarihi itibarıyla Danıştay Bilgi Bankası verilerine göre, dava iptal kararıyla sonuçlanmıştır (D.13.D., K. 2007/7894, Kt. 27.11.2007), ancak karar yayınlanmamıştır.

Danıştay kararları hakkında genel bir değerlendirme yapılırsa; iki husus ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki, 4046 sayılı Kanun'da belirtilen “ekonomide verimlilik artışı” hedefinin gerçekleşip gerçekleşmediği; ikincisi ise Oymapınar'ın Eti Alüminyum'un değerine net katkısının hesaplanmamış olmasıdır.

Ekonomide verimlilik artışı hususuna bakıldığında, Danıştay'a göre;

- Özelleştirme yapılırken, ilgili kuruluşun üretim ve yatırımını gözeten şartların getirilip getirilmeyeceği ve getirilecekse neler olacağı o kuruluşun özelliği ve içinde bulunduğu sektör dikkate alınarak belirlenmesi gereklidir.
- İhtiyacın ağırlıklı olarak ithalatla karşılandığı hallerde, tek üretici olan bir kuruluşun sadece mevcut üretimini sürdürülmesinin güvence altına alınması yeterli değildir ve Özelleştirme Kanunu'nda “ekonomide verimlilik artışı” olarak belirlenen özelleştirme amacını karşılamamaktadır.

Ekonomide verimlilik artışı olarak ön plana çıkan kaygının gerisinde aslında alüminyumda “dışa bağımlılık” olduğu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu husus, yukarıda “özelleştirmedeki risk faktörlerinden kaçınılması gereği” olarak ifade edilen hale karşılık gelmektedir. Öte yandan, kararda yatırım gereklerinin belirlenmemiş olduğu ve üretim hedeflerinin belirlenmesinin gerekli verimlilik artışını sağlamakta yeterli güvence olmadığı vurgulanmaktadır ki, bu da yukarıda “özelleştirmede artı kamu yararı sağlama gereği” olarak ifade ettiğimiz hale karşılık gelmektedir. Ancak, her ne kadar dosyanın bütünü hakkında bilgi sahibi olmadan bir değerlendirme yapmak güç olsa da, Danıştay'ın yatırım hedeflerinin gerekliliği konusundaki gerekçesi tartışılır niteliktedir. Burada toplumsal hedefler ile şirket hedefleri arasında ciddi ayrılıklara yol açacak bir dışsallık yok gibidir, en azından

208 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Y.D. İtiraz No: 2006/1048, Kt. 28.09.2006.

Danıştay kararı bu tür bir dışsallıktan söz etmemektedir. Bu durumda eğer kârlılığı arttıracaksa şirketin gerekli yatırımı yapması beklenir. Bir başka ifade ile üretim hedefi verili iken, bu üretimin en kârlı biçimde nasıl yerine getirileceği konusunda en bilgili/yetkili kişiler şirketi satın alan ve yöneten kişiler olacaktır. Öte yandan, Danıştay, Türkiye Kalkınma Bankası tarafından hazırlanan bir rapora gönderme yapmaktadır ve karardan, bu raporda belirlenen türde bir yeniden yapılandırma projesinin gerçekleştirileceğine yönelik güvenceler istendiği anlaşılmaktadır. Raporun mahkeme kararının gerekçelendirilmesinde kullanılmasına ilişkin olarak, yukarıda İskenderun Limanı özelleştirmesinde (4.2.1.2.) söylenenler burada da geçerlidir. Ancak eklemek gerekir ki; liman işletmeciliği kamu hizmeti niteliğini taşıyan bir faaliyet olarak kabul edilebilirken, alüminyum üretiminin kamu hizmeti niteliği taşımadığı açıktır. Dolayısıyla, idarenin, yatırım ve kapasite artırımı gereğini ve verimlilik amacını karşılayacak önlemler konusunda özelleştirme sonrasında şirketi yönetecek kişilere olanak tanıyacak bir düzenleme yapmakta takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmesi ekonomi kuralları bakımından doğru olmalıdır. Ancak işte bu noktada, Özelleştirme Kanunu'nun özelleştirme amacını “ekonomide verimlilik artışı” olarak belirleyen gerekçesi devreye girmekte ve verimlilik artışının özelleştirme sonrasında şirketi yönetecek kişilere olanak tanınmasıyla sağlanacağını objektif olarak ve açık şekilde ortaya konması gerekmektedir.

Oymapınar'ın Eti Alüminyum'un değerine net katkısının hesaplanmamış olmasına bakıldığında, Danıştay'a göre Eti Alüminyum'un negatif değerde olması tek başına yeterli değildir, Oymapınar Hidroelektriğin işletme hakkının kattığı değer ayrıca ele alınmalıdır. Belirtmek gerekir ki; Danıştay'ın kastettiği, büyük olasılıkla, değerlemedeki şekli bir eksiklik, daha açık bir söyleyişle Oymapınar Hidroelektriğin işletme hakkının kattığı değer dikkate alındığında dahi Eti Alüminyum'un değeri negatif çıkacak olsa da bu husus değerlemede dikkate alınmalıdır.

4.4 TÜPRAŞ özelleştirmesi

4.4.1 %65,76 oranındaki kamu payının özelleştirilmesi

4.4.1.1 İhale komisyonu kararına karşı açılan iptal davası

Türkiye Petrol Rafineleri A.Ş. (“TÜPRAŞ”), Kamu Ortalığı İdaresi Başkanlığı'nın 10 Temmuz 1990 tarih ve 90/3 sayılı kararı ile özelleştirme kapsamına alınmıştır.

Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun (“ÖYK”) özelleştirme stratejisini belirleyen 3 Temmuz 1995 tarih ve 95/50 sayılı kararı ile 12 Ekim 1999 tarih ve 99/68 sayılı kararı çerçevesinde, TÜPRAŞ'ın %65,76 oranındaki kamu payının blok olarak satış yöntemiyle özelleştirilebilmesi için 7 Haziran 2003 tarihinde ihaleye çıkmıştır. İhaleye ilişkin koşullar aynı tarihli İhale Şartnamesi ile belirlenmiştir.

Yapılan ihaleye, Efremov Kautschuk GmbH şirketi (“Efremov”) ve Anadolu Ortak Girişim Gurubu katılarak teklif vermiş; ihale komisyonu tarafından teklif sahipleriyle yapılan pazarlık görüşmeleri sonucunda da, %65,76 kamu payının en yüksek bedeli veren Efremov'a 1.302.000.000

ABD Doları karşılığında satılmasına karar verilmiştir. İhale komisyonu ihaleyi 13 Ocak 2004 tarihli kararıyla sonuçlandırmıştır.

Petrol-İş Sendikası tarafından ihale komisyonun kararına karşı iptal davası açılmıştır.

Davaya bakan Ankara 10. İdare Mahkemesi aşağıdaki gerekçelerle yürütmenin durdurulması kararı vermiştir:²⁰⁹

- İhale Şartnamesinde, verilecek tekliflerin hangi belgeleri ve hangi şartları taşıması gerektiği düzenlenirken tekliflerin süresiz ve şartsız olacağı belirtilmiş ve ilan metni ve ihale şartnamesinde belirtilen hususlara uygun olmayan tekliflerin değerlendirmeye alınmayacağı kuralı getirilmiştir. Efremov'un teklif mektubunda, söz konusu ihaleyi kazanmaları halinde, hisse satış sözleşmesinin imzalanacağı tarihte 600.000.000 ABD Dolarının peşin olarak yatırılacağı kabul edilmiş, ancak bu fiyat (i) kârın ihale şartnamesinde öngörülen şekilde dağıtılmasından sonra TÜPRAŞ'ın hisse satış sözleşmesinin tamamlanma tarihinde nakitsiz ve borçsuz olarak satın alınacağı ve (ii) taslak Petrol Piyasası Kanunu'nun Bakanlar Kurulu tarafından TBMM'ye sunulmuş olduğu şekliyle yasalaşacağı varsayımlarına tâbi kılınmıştır. Öte yandan, kısa listeye dahil edilmesi halinde teklif ettiği fiyatın şu şartlardan herhangi birinin gerçekleşmesi halinde iyileştirilebileceği belirtilmiştir: (i) Teklif sunmamış taraflar ile idarenin de onaylayacağı bir konsorsiyum oluşturulması, (ii) Diğer hususlar yanında çevre, izin ve lisans konularına ilişkin ve sonuçların Efremov'u tatmin edecek ilave bir inceleme yapılması, (iii) TÜPRAŞ'a ilişkin çeşitli beyan ve tekeffüllerin verildiği bir satış sözleşmesi imzalanması, (iv) TÜPRAŞ ile Efremov'un, TÜPRAŞ'ın tüm azınlık hisselerinin alınması zorunluluğu olmadan birleşebileceğine dair ilgili makamlardan makul düzeyde bir güvence temin edilmesi. Teklif mektubundaki bu hususlar, teklifin şartlı olduğunu göstermektedir ve dolayısıyla teklifin İhale Şartnamesi uyarınca değerlendirmeye alınmaması gerekmektedir.
- İhale pazarlık usulüyle yapılmaktadır ve Özelleştirme Kanunu'nun 18. maddesinin (C/c) bendine göre, pazarlık usulünde “Komisyonca gerekli görüldüğü takdirde ihale, pazarlık görüşmesine devam edilen teklif sahiplerinin katılımı ile açık artırma suretiyle sonuçlandırılabilir”. İdare, açık artırma yapılmamasını şu gerekçeye dayandırmaktadır: Yabancı yatırımcıların temsilcileri, özelleştirme ihalelerine şirket yönetim kurullarından belli bir fiyat aralığı için almış oldukları yetkiyle katılmaktadırlar ve bundan dolayı, açık artırma yapılması durumunda yetki limiti üzerindeki her artırım sonucunda yeniden yetki almak zorunda kalacaklardır, dolayısıyla açık artırma yapılması fiilen mümkün değildir. Ancak özelleştirme amacıyla yapılan ihalelerin, ihaleye katılacak olanların belli bir fiyat aralığı için aldıkları yetki limitlerine ve durumlarına göre değil, ihale yoluyla özelleştirilecek kamu varlığının en yüksek bedelle satışını sağlamak amacıyla ve kamu yararı ve ülke çıkarları gözetilmek suretiyle gerçekleştirmesi gerekmektedir. Buna karşılık söz konusu ihale, pazarlık görüşmesine devam edilen teklif sahiplerinin katılımıyla açık artırma yoluna

209 Ankara 10. İdare Mahkemesi, E. 2004/293, Kt. 21.05.2004.

gidilerek yapılması mümkünken, nihai yazılı teklif almak suretiyle sonuçlandırılmıştır. Dolayısıyla, özelleştirme işlemlerinde kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılması ilkesi gözetilmeksizin işlem tesis edilmiştir.

- Nihai teklif mektuplarındaki bedellerinin peşin mi yoksa vadeli mi olduğuna ilişkin bir açıklama getirilmeden satış kararı verilmiştir. İhale komisyonu kararı, bu yönüyle eksik ve ihale işlemlerindeki açıklık ilkesinden yoksundur.
- İhaleye yalnız iki teklif sahibi katılmıştır. Bu sayı rekabet ortamını sağlayacak bir çoğunluk değildir. Davalı idarenin, ihaleye iki teklif sahibi katılmış olduğundan açık artırma yapılması durumunda rekabet ortamı oluşumuna engel teşkil edileceği savunması da gerekli rekabet ortamının sağlanmadığını ortaya koymaktadır.

Davalı Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın (“ÖİB”) itirazı üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesi bu kararı kaldırmıştır.²¹⁰ Bölge İdare Mahkemesi'nin gerekçeleri şunlardır:

- Efremov'un teklif mektubunda yer alan hususlar şart değil, bilgi notudur.
- Özelleştirme Kanunu'nun 18. maddesinin (C/c) bendindeki “*Komisyonca gerekli görüldüğü takdirde ihale, pazarlık görüşmesine devam edilen teklif sahiplerinin katılımı ile açık artırma suretiyle sonuçlandırılabilir.*” hükmü idareye takdir yetkisi vermektedir ve takdir yetkisi verilen hallerde idarenin yargı kararıyla zorlanması mümkün değildir. Öte yandan, idarenin gerekçeleri dikkate alındığında takdir yetkisi hukuka uygun şekilde kullanılmıştır.
- Nihai teklif mektuplarındaki bedellerinin peşin mi yoksa vadeli mi olduğuna ilişkin bir açıklama getirilmemesi ihale komisyonu kararının iptalini gerektirecek nitelik ve ağırlıkta bir sakatlık değildir.

Dava sonunda Ankara 10. İdare Mahkemesi, Bölge İdare Mahkemesi tarafından kaldırılan yürütmenin durdurulması kararındaki gerekçeleri yanında, şu gerekçeyi de göstererek iptal kararı vermiştir:²¹¹ İhale Şartnamesi uyarınca, teklif sahibinin tüzel kişi olması halinde geçmiş ve mevcut faaliyetleri ile son üç aya ilişkin denetlenmiş mali tablolar ile son üç mali yıla ait (tercihen uluslararası denetim kuruluşlarınca Uluslararası Muhasebe Standartları prensiplerine göre hazırlanmış) denetlenmiş mali tablolar da dahil olmak üzere mali bilgiler ve ilgili açıklamalar, ihaleye katılabilmek için verilmesi gereken belgelerdir. Ancak Efremov, sadece kendisine ortak olan ESRE'nin (Efremov Synthetic Rubber Enterprise) %71,9'una sahip olan TAFTNET'e ilişkin belgeleri ibraz etmiştir. TAFTNET'e ait bu belgeler, ihaleye katılan Efremov'un ciro, kapasite, üretim, sermaye ve mali yapısını ortaya koymamaktadır. Öte yandan, mevcut mali bilgiler yeterli ve güncel değildir. Dolayısıyla, ihale şartnamesi uyarınca ihaleye katılım için gerekli belge ve bilgiler sağlanmamıştır.

Davalı ÖİB bu karara karşı temyiz başvurusunda bulunmuş ve Ankara 10. İdare Mahkemesi kararının yürütülmesinin durdurulmasını talep etmiştir.

210 Ankara Bölge İdare Mahkemesi, E. 2004/1478, Kt. 31.05.2004.

211 Ankara 10. İdare Mahkemesi, E. 2004/293, K. 2004/1192, Kt. 02.06.1994.

Danıştay 10. Daire, önce mahkeme kararının yürütmesinin durdurulması talebini reddetmiş,²¹² ardından Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin gerekçelerini değerlendirerek bunları hukuka uygun bulmuş ve temyiz talebini reddederek kararı onamıştır.²¹³

Bu davaya ilişkin genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, ihalenin iptaline ilişkin temel gerekçe ihalenin ihale şartnamesine aykırı olarak yürütülmesi ve karara bağlanmasıdır.

4.4.1.2 Özelleştirme Yüksek Kurulu kararına karşı açılan iptal davası

İhale komisyonu kararı, ÖYK'nın 9 Şubat 2004 tarih ve 2004/10 sayılı kararıyla onaylanmıştır.

Petrol-İş Sendikası bu karara karşı da iptal davası açmıştır.

Ankara 10. İdare Mahkemesi, ÖYK kararı hakkında, ihale komisyonu kararının iptal edildiği gerekçesiyle önce yürütmenin durdurulması kararı,²¹⁴ ardından iptal kararı vermiştir.²¹⁵

ÖYK kararının iptaline ilişkin temel gerekçe, ihale şartnamesine aykırı olarak yürütülen ve karara bağlanan ihaleye ilişkin komisyon kararını onaylayan işlemin de hukuka aykırı olduğudur.

4.4.2 %14,76 oranındaki kamu payının özelleştirilmesi

TÜPRAŞ'daki %65,74 oranındaki kamu payının satışına ilişkin olarak yargı tarafından iptal kararı verilmesi sonrasında, ÖYK 7 Ocak 2005 tarihli ve 2005/2 sayılı kararıyla bu sefer TÜPRAŞ'taki %14,76 oranındaki kamu payının İstanbul Menkul Kıymetler Borsası ("İMKB") Toptan Satışlar Pazarı'nda satışa sunulmasına karar vermiştir.

Global Menkul Değerler A.Ş. ("Global") 28 Şubat 2005'te ÖİB'ye başvurarak, hisseleri yurtdışında yerleşik kurumsal yatırımcılara satmak üzere beher hisse başına 15,40 YTL fiyat teklif etmiştir. Bu teklif ÖİB tarafından 28 Şubat 2005 tarihli ve 286 sayılı yazıyla uygun bulunmuştur. Gerekli prosedür tamamlandıktan sonra, 1 Mart 2005 tarihli İMKB Günlük Bülteni Takasbank A.Ş. Haberleri sayfasında hisse senetlerinin Takasbank'a depo edildiği, 3 Mart 2005 tarihinde de İMKB Günlük Bülteni Borsa Başkanlığı Duyuruları sayfasında İMKB Başkanlığı'nın onayı duyurulmuştur. Hisse satışı 4 Mart 2005'te gerçekleştirilmiştir.

Petrol-İş Sendikası, 3 Mart 2005 tarihli duyuru üzerine, ÖİB'nin 3 Mart 2005 tarihli satışa sunma işlemi hakkında iptal davası açmıştır.

212 Danıştay 10. Daire, E. 2004/8257, Kt. 22.06.2004.

213 Danıştay 10. Daire, E. 2004/8257, K. 2004/7618, Kt. 26.11.2004.

214 Ankara 10. İdare Mahkemesi, E. 2004/1700, Kt. 24.06.2004.

215 Ankara 10. İdare Mahkemesi, E. 2004/1700, K. 2004/2370, Kt. 29.12.2004.

Ankara 12. İdare Mahkemesi satışa sunma işlemini aşağıdaki gerekçelerle iptal etmiştir:²¹⁶

- ÖYK'nın TÜPRAŞ'taki %14,76 oranındaki kamu payının İMKB Toptan Satışlar Pazarı'nda satışına ilişkin 7 Ocak 2005 tarihli ve 2005/2 sayılı kararı basın veya yayın kuruluşlarında yayınlanarak kamuoyuna duyurulmadığından hisselerin satışa sunulması sırasında aleniyet ilkesine ve rekabetin sağlanması esasına uygun davranılmamıştır.
- İlgili hisselerin Toptan Satışlar Pazarı Kuruluş ve İşleyiş Esasları uyarınca tespit edilen ağırlıklı ortalama fiyatları ortalaması 16,74 YTL, bunun (+) ve (-) %20'si olarak bulunan fiyat aralığı ise 13,39 YTL ve 20,09 YTL'dir. Global'in teklifi, bu aralıktadır. Ancak, özelleştirilmesine karar verilen kamu varlıklarının kamu yararı gereğince olabilecek en yüksek fiyattan satılması gereklidir. Dolayısıyla; hisse senetlerinin gerekli rekabet ortamı oluşturularak başka aracı kuruluşlardan teklif alınmadan Toptan Satışlar Pazarı Kuruluş ve İşleyiş Esasları çerçevesinde belirlenen fiyat aralığının alt sınırına yakın ve son bir aylık işlem fiyatının altında bir fiyat olan 15,40 YTL'ye satılması kamu yararına uygun değildir.

Davalı ÖİB bu karara karşı temyiz başvurusunda bulunmuştur.

Danıştay 13. Dairesi, Ankara 12. İdare Mahkemesi'nin iptal kararını, kararın gerekçelerini değerlendirmeden farklı gerekçelerle onamıştır:²¹⁷

- Satış, ÖYK tarafından ÖİB'ye verilen yetki çerçevesinde belirlenen özelleştirme yöntemiyle gerçekleştirilmiştir. Özelleştirme Kanunu'nun ÖYK'nın yetkilerine ilişkin 3. maddesinin son fıkrası uyarınca “*Kurul, hizmetin ifası için yarar gördüğü hallerde, parasal sınırları ile usul ve esaslarını açıkça belirlemek kaydıyla bu maddenin (d) ve (g) bentlerinde yazılı konularda Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na yetki verebilir.*”. Özelleştirme yöntemini belirleme yetkisi ise aynı maddenin “*Kuruluşların; satış, kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri aynî hakların tesisi ve işin gereğine uygun sair hukukî tasarruflar ile devredilmelerine ilişkin özelleştirme yöntemlerinden hangisi ile özelleştirileceğini belirlemek,*” şeklindeki (c) bendinde düzenlenmiştir. Kanunun özelleştirme yöntemlerine ilişkin 18. maddesinin (A/a) bendinin son paragrafında da “*İşin gereğine göre yukarıda belirtilen özelleştirme yöntemlerinden hangilerinin uygulanacağına Kurulca karar verilir.*” hükmü bulunmaktadır. Dolayısıyla özelleştirme yöntemini belirleme konusunda tek yetkili ÖYK'dır ve bu hususta ÖİB'ye yetki verilmesi Özelleştirme Kanunu hükümlerine aykırıdır.
- Özelleştirme Kanunu'nun ÖYK'nın yetkilerine ilişkin 3. maddesinin (g) bendinde “*Gerekli görülen hallerde, Özelleştirme programındaki kuruluşların hisse senetleri ile bu kuruluşlara ait her türlü menkul kıymet ve diğer kıymetli evrakın satın alınmasına ve tekrar satılmasına karar vermek,*” hükmü bulunmaktadır ve bu hususta ÖİB'ye yetki verilebilir. Ancak bu madde “satın alma ve tekrar satmaya” ilişkindir. Somut olayda tekrar satış olmadığından bu hüküm dava konusu işleme dayanak oluşturamaz.

216 Ankara 12. İdare Mahkemesi, E. 2005/465, K. 2005/2019, Kt. 30.12.2005.

217 Danıştay 13. Daire, E. 2006/2885, K. 2004/4526, Kt. 29.11.2006.

Bu davaya ilişkin genel bir değerlendirme yapmak gerekirse:

- a) İdare Mahkemesi satış işlemini, ilgili karar kamuoyuna duyurulmadığından aleniyet ilkesine ve rekabetin sağlanması esasına aykırı, hisselerin gerekli rekabet ortamı oluşturularak başka aracı kuruluşlardan teklif alınmadan son bir aylık işlem fiyatının altında bir fiyata satılmasını ise kamu yararına aykırı bulmuştur.
- b) Buna karşılık, Danıştay bu gerekçeleri hiç değerlendirmeden, ÖYK tarafından ÖİB'ye verilen yetkiyi Özelleştirme Kanununa aykırı bulmuştur.

4.4.3 %51 oranındaki kamu payının özelleştirilmesi

4.4.3.1 Özelleştirme Yüksek Kurulu kararına karşı açılan iptal davası

TÜPRAŞ'daki %65,74 oranındaki kamu payının satışına ilişkin olarak yargı tarafından iptal kararı verilmesi sonrasında, ÖYK 6 Nisan 2005 tarihli ve 2005/37 sayılı kararıyla TÜPRAŞ'daki %51 oranındaki kamu payının blok satış yoluyla özelleştirilmesine karar vermiştir.

Petrol-İş Sendikası bu karara karşı da iptal davası açmıştır.

Danıştay 13. Dairesi, davacının işlem hakkındaki yürütmenin durdurulması talebini şu gerekçelerle reddetmiştir:²¹⁸

- a) Özelleştirme Kanunu'nun 2. maddesinde özelleştirme uygulamalarındaki ilkeler belirlenmiş ve bu ilkeler arasında özelleştirme yöntemlerinin kuruluşların özelliklerine ve içinde buldukları şartlara göre belirlenmesi, oluşabilecek teknelci bir yapının olumsuz etkilerinin önlenmesi, stratejik konularda devletin sahip olacağı imtiyazlı hisse oluşturulması ve özelleştirme işlemlerinin aleniyet içinde yürütülmesi sayılmıştır. Kanunun 13. maddesinde de, stratejik sayılacak konu ve kuruluşları tespit etme ve tekelleşmenin önlenmesi de dahil, ekonomi ve güvenlik ile ilgili olarak millî yararın korunması amacıyla, stratejik kuruluşlardaki kamu payının, % 50'nin altına düşmesi durumunda bu kuruluşların yetkili kurullarında alınacak kararlarda söz ve onay hakkı verecek imtiyazlı hisselerin miktarını ve bu paylara dayanarak Devletin sahip olacağı imtiyazlı hakları belirleme konusunda ÖYK'ya yetki tanınmıştır. TÜPRAŞ Ana Sözleşmesi'nde imtiyazlı hisseye ait hakları ve Türk Silahlı Kuvvetleri'nin akaryakıt ihtiyacının öncelikle karşılanmasına yönelik yükümlülükleri etkileyecek değişiklikler ile şirketin bölünmesi, başka şirketle birleşmesi veya tasfiyesine ilişkin kararların yönetim kuruluna imtiyazlı hissedar tarafından seçilen üyenin olumlu oyuna bağlanmıştır. Dolayısıyla, karar devletin sahip olacağı imtiyazlı haklar belirlenerek alındığından hukuka uygundur.

218 Danıştay 13. Daire, E. 2005/9060, Kt. 07.12.2005.

- b) Dava konusu kararın gerekçesinde; şirkette kontrol boşluğu yaratılmaması için kontrole sahip hisselerin blok olarak satışa sunulması; rafineri sektörünün yüksek teknik bilgi, know-how ve işletim tecrübesi gerektirdiği ve dolayısıyla teknolojik açıdan üstün ve finansal bakımdan güçlü çekirdek yatırımcının varlığını gerektirdiği, bunun da blok satış yöntemiyle sağlanabileceği; Türk rafinaj sektöründe rekabet yaratılmasının gerekliliği karşısında blok satış yönteminin uygun olduğu; devletin rafinaj sektöründen çekildikten sonra muhtemel haksız uygulamalara karşı tüketicileri koruyacak bir ortam yaratmaya yöneleceği ve ürün spesifikasyonları konusunda gerekli düzenlemeleri yaparak daha yüksek ürün standartlarını sağlayacağı hususları yer almaktadır. Dolayısıyla, karar, Özelleştirme Kanunu'nda belirlenen ilkelere ve ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma amacına uygun şekilde alındığından hukuka uygundur.

Danıştay 13. Dairesi, daha sonra iptal davasını, yukarıda yer alan gerekçeler yanında aşağıdaki gerekçeleri de ekleyerek reddetmiştir:²¹⁹

- a) Danışmanlık firması tarafından hazırlanan değerlendirme raporunda yer alan; (i) TÜPRAŞ'ın Türkiye'nin tek rafinerisi olduğu için petrol arz güvenliğinin korunması için TÜPRAŞ'ın sektör uzmanları yönetiminde olmasının gerektiği, (ii) Türk piyasasının derinliği dikkate alındığında bu büyüklükte bir halka arzın hisse fiyatlarını belirgin şekilde düşüreceği, bunun önlenmesi için dilimler halinde satış yapılması halinde ise piyasa imkanlarının kaybolabileceği hususları blok satış yönteminin gerekçelerini teyit etmektedir.
- b) ÖYK'nın blok satış yöntemiyle özelleştirme için ihaleye çıkılmasına ilişkin kararının Resmi Gazete'de yayımlanması kanunen gerekli değildir. Karar İMKB Başkanlığı'na yazılı olarak bildirilmiştir. Dolayısıyla, bu hususta da bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Davacı Petrol-İş Sendikası bu karara karşı temyiz başvurusunda bulunmuştur.

Temyiz mercii olan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ("İDDK"), davacının, Danıştay 13. Dairesi'nin davayı red kararının yürütmesinin durdurulmasına ilişkin talebini reddetmiş,²²⁰ ardından temyiz konusu kararda hukuka aykırılık görmeyerek, ayrıntılı gerekçe vermeden kararı onamıştır.²²¹

Bu davaya ilişkin genel bir değerlendirme yapmak gerekirse:

- a) TÜPRAŞ'ın sektördeki stratejik durumunun gerektirdiği tedbirler alınmış ve
- b) Blok satış yönteminin uygulanmasını haklı kılan veri ve tespitler bulunduğundan ilgili karar hukuka uygun bulunmuştur.

219 Danıştay 13. Daire, E. 2005/9060, K. 2006/1970, Kt. 26.04.2006.

220 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Y.D. İtiraz No: 2005/863, Kt. 02.02.2006.

221 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2006/1049, K. 2006/781, Kt. 13.07.2006.

4.4.3.2 İhale ilanına karşı açılan iptal davası

TÜPRAŞ'daki %51 oranındaki kamu payının blok satış yoluyla özelleştirilmesine ilişkin ihale ilanı 29 Nisan 2005 tarihinde yapılmış, ilan 1 Mayıs 2005 tarihli ve 25802 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

Petrol-İş Sendikası bu ilana karşı da iptal davası açmıştır.

Danıştay 13. Dairesi, iptal davasını şu gerekçeyle reddetmiştir:²²² Özelleştirme Uygulamalarında Değer Tespiti ve İhale Yönetmeliği'nde²²³ ilanda yer alması gereken hususlar ile ilanın nasıl yapılacağı düzenlenmiştir. İhale ilanında öngörülen hususlara yer verilerek, ilan belirlenen usulle yayınlandığından ve ihale şartnamesi de kamuoyuna açıklandığından ihale ilanına ilişkin olarak mevzuat hükümlerine aykırılık bulunmamaktadır.

Petrol-İş Sendikası bu karar karşı temyiz başvurusunda bulunmuştur.

Temyiz mercii olan İDDK, Danıştay 13. Dairesi'nin davayı red kararını, kararda hukuka aykırılık görmeyerek, ayrıntılı gerekçe vermeden onamıştır.²²⁴

4.4.3.3 İhale şartnamesine karşı açılan iptal davası

Petrol-İş Sendikası, TÜPRAŞ'daki %51 kamu payının blok satış yöntemiyle özelleştirilmesine ilişkin ihale şartnamesine karşı da iptal davası açmıştır.

Danıştay 13. Dairesi, davacının ihale şartnamesinin yürütülmesinin durdurulmasına ilişkin talebini, ihale şartnamesini hukuka aykırı bulmayarak, ayrıntılı gerekçe vermeden reddetmiştir.²²⁵

Davacı Petrol İş Sendikası bu karara karşı itiraz yoluna başvurmuştur.

İtiraz mercii olan İDDK itirazı aşağıdaki gerekçelerle kabul ederek ihale şartnamesi hakkında yürütmenin durdurulması kararı vermiştir:²²⁶

- TÜPRAŞ, sektörün kurulu kapasitesinin tamamına sahiptir ve Türkiye'nin ihtiyacı olan işlenmiş petrolün %86'sını karşılamaktadır. Geri kalan kısım ithalat yoluyla sağlanmaktadır. Ayrıca TÜPRAŞ'ın dört adet rafinerisi ve bir petrokimya tesisi vardır. TÜPRAŞ bu haliyle bir devlet tekeli gibi faaliyet göstermektedir ve hakim piyasa payına

222 Danıştay 13. Daire, E. 2005/9824, K. 2006/1972, Kt. 26.04.2006.

223 Resmi Gazete: 29 Kasım 2003 – 25301.

224 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2006/1050, K. 2006/782, Kt. 13.07.2006.

225 Danıştay 13. Daire, E. 2005/8007, Kt. 07.12.2005.

226 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2005/864, Kt. 22.02.2006.

sahiptir. Ayrıca 1998 yılından itibaren, fiyat mekanizmasının etkisiyle kârlılığı da artmıştır. Bu durum karşısında ihale şartnamesinde, sadece bir rafinerinin üç yıl süreyle işletmeye devam edeceğinin taahhüt altına alınması, üretimin sürekliliği ve yeni şartlara bağlı olarak yapılacak yatırımlara ilişkin düzenleme yapılmaması, üretimin sürekliliği ve yeni şartlara bağlı olarak yapılacak yatırımlara ilişkin bir taahhüdün öngörülmemesi ve denetim mekanizmalarının getirilmemiş olması kamu yararı bakımından değerlendirildiğinde bir eksikliklerdir.

- Şirketin kontrolünün el değiştirmesini sağlayacak hisse devirlerinin sadece üç yıl için ÖİB'nin iznine tâbi kılınması ve sonrasında hisselerin hiçbir onaya gerek kalmaksızın el değiştirmesinin olanaklı olması karşısında, üretim ve yatırım sürekliliğinin sağlanmasına yönelik bir taahhüdün alınmamasının yarattığı eksiklik daha da çok önem kazanmaktadır.
- Üretim ve yatırım yapılmaması haline ilişkin düzenlemeler içermediklerinden petrol Piyasası Kanunu'nun ve enerji piyasalarına ilişkin kanunlar da özelleştirme sonrasında üretim ve yatırımın devam ettirileceği hususunda gerekçe oluşturmamaktadır.
- Yukarıda belirtilenler, şirketin özelleştirme sonrasında mevcut kapasitesinin altında üretim yapması halinde işlenmiş petrol ihtiyacının büyük kısmının ithalat yoluyla karşılanmasına yol açabilecektir.

İDDK'nın bu kararına rağmen, Danıştay 13. Dairesi iptal davasını aşağıdaki gerekçelerle reddetmiştir:²²⁷

- İhale şartnamesinde, Özelleştirme Kanunu'nun 22. maddesine uygun şekilde çalışanların haklarını koruyucu düzenlemeler getirilmiştir.
- İhale usulüne ilişkin olarak, Özelleştirme Kanunu'nun 18. maddesinin (C/c) bendinde düzenlenen pazarlık usulüne uygun düzenlemeler yapılmıştır.
- İhaleyi kazanan ve kendisine satış yapılmasına karar verilen şirketin veya ortak girişim grubunun hisseleri almak üzere %51'ine sahip oldukları bir anonim şirket kurmalarına olanak tanınması, şartnamede öngörülen yükümlülüklerin ve sözleşmenin yerine getirilmesini zaafa uğratacak ve kamu zararına yol açacak bir düzenleme değildir.
- İşletme hakkının devrinde, Devletin mülkiyet hakkına bağlı olarak, kuruluşu, üretimini, yatırımını gözeterek şartların belirlenmesi kuruluşun devamlılığını sağlamak bakımından bir zorunluluktur. Mülkiyetin devrinde de, özelleştirilecek kuruluşun özelliği ve içinde bulunduğu sektörün şartları dikkate alınarak aynı nitelikte şartlar getirmek olanaklıdır. Ancak mülkiyet hakkının tasarruf imkanını bünyesinde taşıması karşısında bunu mutlak bir zorunluluk olarak görmeye olanak yoktur. TÜPRAŞ bir iktisadi devlet teşekkülüdür ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu uyarınca serbest ekonomi kuralları içinde işleyen petrol piyasasında rafinerici lisansı ile faaliyette bulunmaktadır. Yürüttüğü hizmetler yasal bir tekel değildir, sektör tüm girişimcilere açıktır, petrol işleme arama ve üretimin aksine ikamesi mümkün olmayan bir faaliyet değildir, rafinaj hizmetleri de imtiyaza konu bir

227 Danıştay 13. Daire, E. 2005/8007, K. 2006/1971, Kt. 26.04.2006.

kamu hizmeti olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla TÜPRAŞ'ın faaliyetlerinin Devletin yakın gözetim ve denetiminde sürdürülmesi gerekliliği bulunmamaktadır.

- Devletin iktisadi faaliyetlerinden çekildiği dikkate alındığında, TÜPRAŞ'ın üretim ve yatırımlarının piyasa ekonomisi kuralları çerçevesinde gerçekleşeceği açıktır ve dolayısıyla şartnamede üretimin sürdürülme şekli ve gereken yatırımların yapılması konusunda hüküm bulunmaması özelleştirmeyi hukuka aykırı kılmamaktadır. Ayrıca, TÜPRAŞ'ın Yatırım Master Planı bulunmakta ve bu Plana göre 874 milyon ABD Doları tutarında yatırım devam etmektedir. Alıcı ihale şartnamesinde bu yatırımlara ilişkin borçları kayıtsız olarak üstlenmeyi de taahhüt etmektedir.

Davacı Petrol-İş Sendikası bu karara karşı temyiz başvurusunda bulunmuştur.

Temyiz mercii olan İDDK, Danıştay 13. Dairesi'nin davayı red kararını, temyiz konusu kararda hukuka aykırılık görmeyerek, ayrıntılı gerekçe vermeden onamıştır.²²⁸

Bu davaya ilişkin genel bir değerlendirme yapmak gerekirse:

- a) Mülkiyetin devri yönteminde, özelleştirilen kuruluşun özelliği ve içinde bulunduğu sektörün şartları dikkate alınarak üretim ve yatırımını gözeten şartların belirlenmesi olanaklıdır, ancak zorunlu değildir.
- b) Yasal olarak serbest ekonomi kuralları içinde işleyen petrol piyasasındaki, girişimcilere açık rafinericilik faaliyeti petrol işleme arama ve üretimin aksine ikamesi mümkün olmayan bir faaliyet olmadığı gibi, rafinaj hizmetleri de imtiyaza konu bir kamu hizmeti olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla TÜPRAŞ'ın faaliyetlerinin Devletin yakın gözetim ve denetiminde sürdürülmesi gerekliliği bulunmamaktadır.
- c) Ancak, İDDK'nın yürütmenin durdurulması kararındaki gerekçeler dikkate alındığında, piyasadaki fiili tekel veya ona yaklaşan durumlarda, yargının ilgili mal veya hizmetin temininin sürdürülmesi için idare tarafından gerekli tedbirlerin alınması gerektiğine karar vermesi riski veya olasılığı bulunmaktadır.

4.4.3.4 İhale komisyonu kararına karşı açılan iptal davası

TÜPRAŞ'daki %51 oranındaki kamu payının blok satış yoluyla özelleştirilmesine ilişkin ihale sonrasında, Petrol-İş Sendikası ihale komisyonunun ihaleyi karar bağlayan 12 Eylül 2005 tarihli kararına karşı iptal davası açmıştır.

Danıştay 13. Dairesi, davacının ihale komisyonu kararının yürütülmesinin durdurulmasına ilişkin talebini, dava konusu işlemi aşağıdaki gerekçelerle hukuka uygun bularak, reddetmiştir:²²⁹

228 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2006/1047, K. 2006/783, Kt. 13.07.2006.

229 Danıştay 13. Daire, E. 2005/8980, Kt. 07.12.2005.

- İhale, şartnamede belirtilen usul ve koşullara uygun olarak yapılmıştır.
- Değer tespit komisyonu ve ihale komisyonu Özelleştirme Kanununa uygun şekilde oluşturulmuştur.
- Şirketin %51 oranındaki hisselerinin değeri 1.686.316.000 ABD Doları olarak tespit edilmiş, ancak ihalede uygulanan pazarlık usulü çerçevesinde yapılan açık artırmada 4.140.000.000 ABD Doları bedele ulaşılmıştır. Bu bedel peşin fiyat esasına göre nihai ve kesin tekliftir. Bedelin ihale şartnamesinde belirlenmiş ödeme koşullarına göre ödeneceği de tutanakla tespit edilmiştir.

Davacı Petrol-İş Sendikası bu karara karşı itiraz yoluna başvurmuştur.

Yürütmenin durdurulmasına ilişkin kabul ve red kararlarına karşı itiraz mercii olan İDDK, davacının talebini şu gerekçeyle kabul ederek ihale komisyonu kararının yürütülmesini durdurmuştur:²³⁰ Daha önce, ihale şartnamesine karşı açılan davada, Danıştay 13. Dairesi'nin ihale şartnamesinin yürütmesinin durdurulması talebine ilişkin olarak verdiği red kararı hakkında İDDK tarafından yürütmenin durdurulması kararı verilmiştir. İDDK'nın bu kararı nedeniyle ihaleyi sonuca bağlayan ihale komisyonu kararı dayanaksız kalmıştır. Belirtmek gerekir ki; İDDK'nın bu kararı, Danıştay 13. Dairesi'nin yürütmenin durdurulması talebinin reddine ilişkin gerekçelerini değerlendiren bir karar değildir ve İDDK bu kararını hukuksal gereklilik ve tutarlılık doğrultusunda vermiştir.

Danıştay 13. Dairesi, esasa ilişkin kararında, yürütmenin durdurulması talebinin reddine ilişkin kararının gerekçesine, ihalenin kanunda ve şartnamede öngörülen usul ve kurallara uygun yapıldığı tespitini de ekleyerek iptal davasını reddetmiştir.²³¹

Davacı Petrol İş Sendikası Danıştay 13. Dairesi'nin davayı red kararına karşı temyiz yoluna başvurmuştur.

Temyiz mercii olan İDDK, Danıştay 13. Dairesi'nin davayı red kararını, temyiz konusu kararda hukuka aykırılık görmeyerek, ayrıntılı gerekçe vermeden onamıştır.²³²

Bu davaya ilişkin genel bir değerlendirme yapmak gerekirse; ihale işlemleri şartnameye uygun şekilde yürütülerek ve karara bağlandığı için, ihale komisyonu kararı hukuka uygun bulunmuştur.

4.4.3.5 Rekabet Kurulu kararına karşı açılan iptal davası

7 Aralık 1994 tarihli ve 4054 sayılı “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”un²³³ 7. maddesinde “Bir ya da birden fazla teşebbüsün bakım durum yaratmaya veya bakım durumlarını daha da

230 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, YD. İtiraz No: 2005/862, Kt. 02.02.2006.

231 Danıştay 13. Daire, E. 2005/8980, E. 2006/1973, Kt. 26.04.2006.

232 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2006/1048, K. 2006/784, Kt. 13.07.2006.

233 Resmî Gazete: 13 Aralık 1994 – 22140.

güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır. Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder.” hükmü bulunmaktadır.

Rekabet Kurumu bu hükme dayanarak 1998/4 sayılı “Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde Ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ”i²³⁴ (“Tebliğ”) çıkarmıştır.

Pazar payı ve cirosu dikkate alındığında TÜPRAŞ'ın özelleştirilmesinde hisselerin devralınması, Tebliğ uyarınca ön bildirim ve Rekabet Kurulu'nun iznine tâbidir.

ÖİB, özelleştirmeye ilişkin olarak ihaleye çıkmadan önce 11 Ocak 2005 tarihinde ön bildirimde bulunmuş, Rekabet Kurulu da 3 Mart 2005 tarihli ve 05-12 sayıyla karara bağlanan görüşünü 7 Mart 2005'te ÖİB'ye bildirmiştir.

İhale sonrasında, 13 Eylül 2005'te ÖİB ihale sonucunu bildirerek hisselerin devrine izin verilmesi için başvuruda bulunmuştur. Rekabet Kurulu da 21 Ekim 2005 tarihli ve 05-71/981-270 sayılı kararıyla hisselerin devrine izin vermiştir.

Petrol-İş Sendikası Rekabet Kurulu'nun iznine karşı iptal davası açmıştır.

Bu dava, Rekabet Kurulu'nun, ihaleyi kazanan Koç-Shell Ortak Girişim Grubu'nun oluşturacağı anonim şirketin yapısından hareketle TÜPRAŞ'ın devrini Koç-TÜPRAŞ bütünleşmesi olarak incelemesi üzerine yoğunlaşmıştır. Kuşkusuz, konu Koç-TÜPRAŞ bütünleşmesi şeklinde değil de Shell-TÜPRAŞ bütünleşmesi şeklinde ele alınsa, hisselerin devri hakim durumdaki bir rafineri ile perakende piyasasında yüksek payı olan bir perakende şirket arasında dikey bütünleşme anlamına geleceğinden rekabet açısından daha sorunlu bulunabilir.

Danıştay 13. Dairesi, Rekabet Kurulu'nun karar gerekçelerine paralel olarak, aşağıdaki gerekçelerle devrin Koç-TÜPRAŞ bütünleşmesi olarak incelemiş olmasını hukuka uygun bulmuş ve yürütmenin durdurulması talebini reddetmiştir:²³⁵

- Kurulacak anonim şirketin hisselerinin %90'una Koç, % 10'una Shell sahip olacaktır ve dolayısıyla anonim şirkette ortak kontrol bulunmayacaktır.
- Shell'e azınlık payına bağlı olarak tanınan, yönetim kurulunda en az bir üyeye temsil edilme, Shell'in onayı olmadan temettü politikasının değiştirilememesi, anonim şirketin ve

234 Resmi Gazete: 12 Eylül 1998 – 23461.

235 Danıştay 13. Daire, E. 2005/9936, Kt. 16.10.2005.

TÜPRAŞ Koç tarafından yönetilecek olmakla birlikte TÜPRAŞ'ın üst yönetimi belirlenirken Shell'e danışılması şeklindeki “azınlık menfaatleri” ortak kontrol yetkisi anlamına gelmemektedir.

- Devir sonrasında TÜPRAŞ Koç'un kontrolü altında olacak, Shell ise TÜPRAŞ'ta yatırımcı olarak bulunacaktır.
- Ortaklar arasında ve ortaklarla TÜPRAŞ arasında akdedilmesi düşünülen sözleşmelerin rekabet bakımından yapılacak yoğunlaşma değerlendirmesiyle bağlantısı yoktur.

Daha sonra dava aynı gerekçelerle reddedilmiş, red kararına karşı temyiz başvurusunda da bulunulmamıştır.²³⁶

4.4.3.6 Hisse devir sözleşmesinin imzalanmasına ilişkin sürenin uzatılmasına karşı açılan iptal davası

Hisse devir sözleşmesinin imzalanmasına ilişkin olarak belirlenen son tarih 22 Aralık 2005'tir. Ancak, Koç-Shell Ortak Girişim Grubunun yazılı başvurusu üzerine, ÖİB 20 Kasım 2005 tarihli kararıyla süreyi 3 Şubat 2006 tarihine uzatmıştır.

Petrol-İş Sendikası bu karara karşı iptal davası açmış, aynı davada “Özelleştirme Uygulamalarında Değer Tespiti Ve İhale Yönetmeliği”nin²³⁷ süre uzatımına olanak tanıyan 19. maddesinin iptalini de istemiştir.

Danıştay 13. Dairesi, davayı, ilgili kararın davacı sendikaya üye işçilerin genel ekonomik yararlarını ve çalışma koşullarını ilgilendiren konulardan olmadığı ve dolayısıyla sendikanın ilgili kararlar menfaat ilişkisi bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.²³⁸

Petrol-İş Sendikası bu karara karşı temyiz başvurusunda bulunmuştur. 11 Mart 2008 tarihi itibarıyla Danıştay Bilgi Bankası verilerine göre, bu temyiz başvurusu İdari Dava Daireleri Kurulu'nda incelenme sırasını beklemektedir (İDDK, E. 2006/1407).

4.4.3.7 Hisse devir sözleşmesinin imzalanarak devir yapılmasına karşı açılan iptal davası

Petrol-İş Sendikası tarafından hisse devir sözleşmesinin imzalanarak devri yapılmasına karşı da iptal davası açılmıştır.

Danıştay 13. Dairesi, davacının yürütmenin durdurulması talebini, yürütmenin durdurulması için aranan koşulların bulunmadığını belirterek, ayrıntılı gerekçe vermeden reddetmiştir.²³⁹

236 Danıştay 13. Daire, E. 2005/9936, K. 2007/4097, Kt. 25.06.2007.

237 Resmi Gazete: 29 Kasım 2003 – 25301.

238 Danıştay 13. Daire, E. 2005/10137, K. 2006/483, Kt. 25.01.2006.

239 Danıştay 13. Daire, E. 2006/1437, Kt. 21.06.2006.

Daha sonra dava esas bakımından da reddedilmiştir.²⁴⁰

4.5 Araç muayene istasyonları özelleştirilmesi

4.5.1 İhalelere ilişkin iptal davaları

Karayolları Genel Müdürlüğü (“KGM”) , 2002 yılında,86 ilde 233, 9 ilçede 9 sabit ve her Karayolları Bölgesi için bir adet olmak üzere toplam 16 seyyar araç muayene istasyonu açılması ve işletme yetkisi vermek üzere ihale ilanını yapmıştır.²⁴¹

Bu ihale, “Karayolları Trafik Kanunu”nun²⁴² KGM'nin görevlerine ilişkin 7. maddesinin “Tescile bağlı araçların muayenelerini yapmak veya yaptırmak” şeklindeki (j) bendine ve 35. maddesinin “Araçların muayeneleri, Karayolları Genel Müdürlüğüne ait muayene istasyonlarında veya bu kuruluş tarafından işletme belgesi ile yetki verilen gerçek veya tüzelkişilere ait muayene istasyonlarında yeterli makine ve gereçlerle ve yetkili kılınan görevlilerce yapılır.” şeklindeki 4. fıkrasına ve ihale ilanından kısa bir süre önce çıkarılan 11 Temmuz 2002 tarihli “Araç Muayene İstasyonlarının Açılması, İşletilmesi Ve Araç Muayenesi Hakkında Yönetmelik”in²⁴³ (“Yönetmelik”) 4-9. maddelerine dayanılarak açılmıştır.

Yönetmeliğe karşı TMMOB Makine Mühendisleri Odası tarafından iptal davası açılmış, ancak dava reddedilmiştir.²⁴⁴

KGM, 15 Kasım 2002 tarihli işlemiyle Mapa İnşaat ve Ticaret A.Ş. (“Mapa”), Ahşel İnşaat ve Ticaret A.Ş. (“Ahşel”) ve Cartec GmbH ortak girişimine tekliflerinin uygun teklif olarak değerlendirildiğini bildirmiştir. Ancak işletme belgesi ve yetki verilmesine ilişkin işlemler KGM'nin 26 Kasım 2002 tarihli işlemiyle, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı (“Bakanlık”) müfettişlerinin incelemesi sonuçlanıncaya kadar durdurulmuştur.

Bakanlık müfettişlerinin 2 Aralık 2002 tarihli raporunda, yabancı ortakların muayene istasyonu işletmesini yapacak şirkette asgari hissesinin, yetki ve sorumluluklarının yönetmelikte ve konuya ilişkin şartnamelerde belirlenmemesinin yabancı ortaklı teklifçiye diğerine göre üstünlük sağladığı ve ortak girişimin de böyle bir üstünlükten yararlandığı, bu nedenle şartnamenin tam rekabeti sağlamadığı, rekabeti sağlamak için Yönetmeliğin 8. maddesinde yer alan cihaz üretici olma koşulunun yönetmelik metninden çıkarılması gerektiği, şartnamenin iptal edilerek tam rekabeti sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği, şartnameye dayanılarak verilen değerlendirme komisyonu kararının ve 15 Kasım 2002 tarihli işlemin iptalinin gerektiği belirtilmiştir. Müfettiş raporunun bu gerekçesi, yönetmelik ve şartnamede ihaleye ilişkin olarak belirlenen koşullardan

240 Danıştay 13. Daire, E. 2006/1437, K. 2007/1705, Kt. 27.03.2007.

241 Resmi Gazete: 21 Temmuz 2007 – 24822.

242 13 Ekim 1983 tarih ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, Resmi Gazete: 18 Ekim 1983 – 18195.

243 Resmi Gazete: 11 Temmuz 2002 – 24812.

bazılarının (özellikle cihaz üretici olma koşulunun) rekabeti olumsuz etkilediği ve belirli katılımcılara avantaj sağlandığı kaygısına işaret etmektedir.

KGM 14 Nisan 2003 tarihli işlemiyle yetki verilmesi iznini, 22 Nisan 2003 tarihli işlemiyle de şartnameyi iptal etmiştir.

Bu karara karşı, ortak girişim üyelerinden Mapa ve Ahsel iptal davası açmışlar, ancak bu dava Ankara 2. İdare Mahkemesi tarafından 19 Şubat 2004 tarihinde reddedilmiştir.²⁴⁵ Davacılar bu karara karşı temyiz başvurusunda bulunmuşlardır. (Bu davayı “Mapa Davası” olarak adlandıracağız.)

Mapa Davası görülürken, Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 4 Haziran 2003 tarihli ve 2003/36 sayılı kararıyla araç muayene istasyonları özelleştirme kapsamına alınmış ve hazırlık işlemlerinin yapılması öngörülmüştür.²⁴⁶ Hazırlık işlemleri tamamlanarak, Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 22 Eylül 2003 tarihli ve 2003/64 sayılı kararıyla araç muayene istasyonlarının ve hizmetinin mülkiyetin devri hariç olmak üzere kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni haklarının tesisi ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar yöntemlerinden biri veya birkaçının birlikte veya ayrı ayrı uygulanması suretiyle özelleştirilmesine karar verilmiştir.²⁴⁷

Mapa Davasının temyiz aşaması sürerken Karayolları Trafik Kanunu'nun 35. maddesi 31 Temmuz 2004'te 5228 numaralı kanunla değiştirilerek araç muayene istasyonu işletme belgesi verme konusunda Ulaştırma Bakanlığı, istasyonların özelleştirilmesi konusunda ise Özelleştirme İdaresi Başkanlığı (“ÖİB”) yetkili kılınmıştır: “*Araçların muayeneleri, yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılır. Yetki verilen gerçek veya tüzel kişiler, bu yetkilerini alt işleticilere aynı standartları sağlamak koşulu ile devredebilirler. Bu devir, yetki verilen gerçek ve tüzel kişilerin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Bu istasyonların yönetmelikler doğrultusunda aranan nitelik ve şartlara uygunluğunun saptanması sonucunda işletme belgesi Ulaştırma Bakanlığı tarafından verilir.*”; “*Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından yürütülmekte olan Araç Muayene İstasyonları/ Hizmetinin özelleştirilmesinde değer tespit işlemleri indirgenmiş nakit akımları (net bugünkü değer) yöntemine göre yürütülür.*”²⁴⁸

23 Eylül 2004'te ise 2002 tarihli Yönetmelik yürürlükten kaldırılarak yeni yönetmelik yürürlüğe konmuştur.²⁴⁹

ÖİB, 25 Eylül 2004 tarihinde özelleştirme ihalesi ilanını yapmıştır.²⁵⁰

TMMOB Makine Mühendisleri Odası bu ilana ve dayanak işleme karşı Ankara 11. İdare

245 Ankara 2. İdare Mahkemesi, E. 2005/879, K. 2005/1019, Kt. 19.02.2004.

246 Resmi Gazete: 7 Haziran 2003 – 25131.

247 Resmi Gazete: 25 Eylül 2003 – 25240.

248 16 Temmuz 2004 tarihli ve 5228 sayılı “Bazı Kanunlarda Ve 178 Sayılı Kanun Hükmünde Kararıyla Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, Resmi Gazete: 31 Temmuz 2004 - Sayı: 25539.

249 Resmi Gazete: 23 Eylül 2004 – 25592.

250 Resmi Gazete: 25 Eylül 2004 – 25594.

Mahkemesi önünde iptal davası açmıştır. (Bu davayı “MMO Davası” olarak adlandıracaktır.)

Mapa Davasında, Danıştay 8. Daire 10 Aralık 2004 tarihinde Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin kararını bozmuştur.

Özelleştirme ihalesi ise tamamlanarak 14 Şubat 2005 tarihli ve 2005/26 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararıyla, en yüksek teklifi veren Akfen-Doğuş-TÜV Süd Ortak Girişim Grubu ile sözleşme imzalanmasına karar verilmiştir.

Danıştay'ın bozma kararı üzerine Ankara 2. İdare Mahkemesi Mapa Davasında 30 Haziran 2005 tarihinde KGM'nin yetki verilmesinin iptaline ilişkin kararını iptal etmiştir.²⁵¹

Bu arada, Karayolları Trafik Kanunu'nun 35. maddesinin 4. fıkrası 5398 numaralı kanunla yeniden değiştirilmiş ve altı çizilerek gösterilen yerler eklenerek hüküm şu şekli almıştır: “*Araçların muayeneleri Ulaştırma Bakanlığına ait muayene istasyonlarında veya bu Bakanlık tarafından işletme yetki belgesi ile yetki verilmesi halinde ise, yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılır. Yetki verilen gerçek veya tüzel kişiler, bu yetkilerini Ulaştırma Bakanlığının onayı ile alt işleticilere aynı standartları sağlamak koşulu ile devredebilirler. Bu devir, yetki verilen gerçek ve tüzel kişilerin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Bu istasyonların yönetmelikler doğrultusunda aranan nitelik ve şartlara uygunluğunun sağlanması sonucunda işletme belgesi Ulaştırma Bakanlığı tarafından verilir.*”²⁵² Bu değişikliğin iki temel nedeni vardır. İlki Karayolları Trafik Kanunu'nun 35. maddesinde daha önce yapılan değişikliğin Ulaştırma Bakanlığının araç muayene istasyonu kurma imkânını ortadan kaldırmış olmasıdır. Öteki ise, 35. maddenin mevcut olan ve idarenin elinde bulunan araç muayene istasyonlarının faaliyetlerinin sürdürülüp sürdürülemediği hususunda tereddüt yaratmasıdır. Şöyle ki; eskiden KGM elinde olup özelleştirilmesi ÖİB'ye verilen istasyonlar daha önceden kanunda ve yönetmelikte yer alan hükümler nedeniyle işletilmektedir, , ancak 35. maddedeki “*Araçların muayeneleri, yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılır*” hükmü karşısında bunlar için yetki verilmesinin gerekip gerekmediği tereddüt yaratmaktadır..

KGM, mevzuatın değişmiş olmasından dolayı Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin kararının uygulanmasının hukuken ve fiilen imkânsız olduğu (yani istasyonlara ilişkin tasarruf yetkisinin ÖİB'nde olması ve ihale yapılarak sözleşme imzalanmasına karar verilmiş olması) gerekçesiyle 13 Eylül 2005 tarihli Bakan oluruyla kendi ihalesini iptal etmiştir.

MMO Davasında ise Ankara 11. İdare Mahkemesi, Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin iptal kararına atıf yaparak, aynı hizmetle ilgili olarak hukuki süreci devam eden ihale nihai karara

251 Ankara 2. İdare Mahkemesi, E. 2005/879, K. 2005/1019, Kt. 30.06.2005.

252 3 Temmuz 2005 tarihli ve 5398 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine Ve Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, Resmi Gazete: 21 Temmuz 2005 – 25882. Bu değişikliğe karşı Anayasa Mahkemesi'nde açılan iptal davasında verilen karar aşağıda incelenecektir.

bağlanmadan ihale yapılmasını hukuka aykırı bulmuş ve ÖİB'nin ihale ilanını ve buna dayanak olan işlemi 30 Eylül 2005 tarihinde iptal etmiştir.²⁵³

ÖİB bu karara karşı temyiz başvurusunda bulunmuştur. Danıştay 13. Dairesi, önceki ihaleden vazgeçildiği, dolayısıyla aynı hizmetle ilgili olarak hukuki süreci devam eden iki ayrı ihale bulunmadığı gerekçesiyle Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin kararını 13 Kasım 2006 tarihinde bozmuştur.²⁵⁴ Böylece özelleştirme sürecinin devam ettirilmesi olanağı doğmuştur. 15 Ağustos 2007 tarihinde de bir yanda Akfen-Doğuş-TÜV Süd Ortak Girişim Grubu'nun kurmuş olduğu TuvTurk Kuzey Taşıt Muayene İstasyonları Yapım ve İşletim A.Ş. ve TuvTurk Güney Taşıt Muayene İstasyonları Yapım ve İşletim A.Ş., karşı yanda Ulaştırma Bakanlığı ve ÖİB olmak üzere imtiyaz sözleşmesi imzalanmıştır.²⁵⁵

4.5.2 Danıştay 8. Dairesi'nin 11 Temmuz 2002 tarihli “Araç Muayene İstasyonlarının Açılması, İşletilmesi Ve Araç Muayenesi Hakkında Yönetmelik”e ilişkin kararı

Yukarıda belirtildiği üzere, 11 Temmuz 2002 tarihli ve 24812 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan bu Yönetmeliğe karşı TMMOB Makine Mühendisleri Odası tarafından iptal davası açılmıştır.

Davada, Karayolları Trafik Kanunu'nun KGM'nin özel hukuk kişilerine muayene istasyonu için işletme belgesiyle yetki vermesine olanak tanıyan 35. maddesinin Anayasa'nın “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” hükmüne aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Danıştay 8. Dairesi;

- a) Anayasa'ya aykırılık iddiasını, Karayolları Trafik Kanunu'nun 7. maddesinin (j) bendinde, araç muayene istasyonlarının personel, işletme, çalışma ve denetleme usulleri ile alınacak muayene ücretinin kamu idarelerince belirleneceğinin öngörüldüğü, dolayısıyla denetim KGM'ye ait olduğundan kamu hizmetinin özel sektöre devredildiği sonucunun doğmadığı gerekçesiyle,
- b) Yönetmeliğin hukuka aykırılığı iddiasını ise, kanunda denetimin KGM tarafından yapılmasının öngörüldüğü, Yönetmelikte de istasyonların işletme şartları ve muayene esasları, çalıştırılacak personelde aranacak koşullar, istasyonda bulundurulacak araç ve gereçlerin belirlendiği ve KGM'ye gerektiğinde verilen yetkiyi iptal yetkisinin tanındığı gerekçesiyle reddetmiştir.²⁵⁶

253 Ankara 2. İdare Mahkemesi, E. 2004/3102, K. 2005/1994, Kt. 30.11.2005.

254 Danıştay 13. Daire, E. 2006/1794, K. 2006/4309, Kt. 13.11.2006.

255 Aşağıda inceleneceği üzere, Danıştay 1. Daire ilgili sözleşme kendisine ilk gönderildiğinde, sözleşmenin bir imtiyaz sözleşmesinin özellik ve unsurlarını taşımadığı gerekçesiyle görüş talebini reddetmiştir. Daha sonra düzeltilen sözleşme hakkında olumlu görüş bildirmiştir.

256 8. Daire, E. 2002/3788, K. 2004/2452, Kt. 26.05.2004.

4.5.3 Anayasa Mahkemesi'nin Karayolları Trafik Kanunu'nun 35. maddesinde yapılan değişikliğe ilişkin kararı

Yukarıda belirtildiği üzere; Karayolları Trafik Kanunu'nun 35. maddesinin 1. fıkrası, önce 5228 sayılı Kanunla,²⁵⁷ daha sonra da 5398 sayılı Kanunla²⁵⁸ değiştirilmiş ve altı çizilerek gösterilen yerler eklenerek şu şekli almıştır: “Araçların muayeneleri Ulaştırma Bakanlığına ait muayene istasyonlarında veya bu Bakanlık tarafından işletme yetki belgesi ile yetki verilmesi halinde ise, yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılır. Yetki verilen gerçek veya tüzel kişiler, bu yetkilerini Ulaştırma Bakanlığının onayı ile alt işleticilere aynı standartları sağlamak koşulu ile devredebilirler. Bu devir, yetki verilen gerçek ve tüzel kişilerin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Bu istasyonların yönetmelikler doğrultusunda aranan nitelik ve şartlara uygunluğunun saptanması sonucunda işletme belgesi Ulaştırma Bakanlığı tarafından verilir.”.

5398 sayılı Kanuna karşı milletvekilleri tarafından Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmıştır. İptal talebinin gerekçesi, bu hükümlerle bir kamu hizmetinin özelleştirilmesine olanak tanındığı, özelleştirmenin ancak işletme ve varlıklar için sözkonusu olduğu, Anayasa'nın 47. maddesinin 4. fıkrasının kamu hizmetinin ancak özel hukuk sözleşmeleriyle yaptırılmasına ve devredilmesine olanak tanıdığı, aynı fıkranın özel hukuk sözleşmeleriyle kendisine kamu hizmeti gördürülen veya devredilenlerin bu hizmeti alt işleticilere devrine olanak tanımadığıdır.

Anayasa Mahkemesi, Karayolları Trafik Kanunu'nun 35. maddesinde yapılan değişikliğe ilişkin iptal talebini aşağıdaki gerekçelerle reddetmiştir:²⁵⁹

- Anayasa'nın 47. maddesine eklenen 4. fıkrada, Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği hükme bağlanmıştır. Karayolları Trafik Kanunu'nda araç muayene hizmetinin, özel hukuk kişilerine gördürülmesine ilişkin sözleşmenin niteliği belirlenmemiştir. Kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idareler veya kamu kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır. Ancak, bu hizmet ve faaliyetlerden özel yönetim biçimiyle gerçekleştirilmeye elverişli bulunanların, tüm sorumluluk ilgili idare üzerinde kalmak kaydıyla, onun sürekli gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilmesi olanaklıdır. Trafiğe çıkarılacak motorlu araçların teknik şartlara uyup uymadığının belirli zaman aralıkları ile muayene edilerek tespit edilmesini ifade eden araç muayene hizmeti, kamu hizmeti niteliği taşımaktadır. Yapılan değişiklikle araç muayene hizmetinin Ulaştırma Bakanlığı'na ait muayene istasyonlarında veya

257 16 Temmuz 2004 tarihli ve 5228 sayılı “Bazı Kanunlarda Ve 178 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, Resmi Gazete: 31 Temmuz 2004 - Sayı: 25539.

258 3 Temmuz 2005 tarihli ve 5398 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine Ve Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, Resmi Gazete: 21 Temmuz 2005 – 25882.

259 AMK E. 2005/110, K. 2005/111, Kt. 29.12.2005. Davacılar: Haluk Koç, Kemal Anadol ve 113 milletvekili.

Ulaştırma Bakanlığı'nca yetki verilen kişilere ait muayene istasyonlarında yapılacağı hükme bağlanmış ve bu suretle araç muayene hizmetinin yürütülmesi bakımından Ulaştırma Bakanlığı görevli kılınmış, gerçek veya tüzel kişilere işletme yetkisinin verilmediği veya işletme belgelerinin iptali durumlarında da hizmetin adı geçen Bakanlık tarafından yürütülmesi öngörülmüştür. Öte yandan, araç muayene hizmetini yürütmekle görevli kılınan Ulaştırma Bakanlığı'nın gerçek veya tüzel kişilere bu konuda yetki vermesi halinde dahi, Bakanlığın ilgili gerçek veya tüzel kişilerce yürütülen araç muayene hizmetini denetim ve gözetim görevi devam etmektedir. Bu durumda, bir kamu hizmeti olan araç muayene hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla idare ile gerçek veya tüzel kişiler arasında akdedilecek sözleşmenin, “idari sözleşme” niteliğini taşıyacağı açıktır. Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan, Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredileceğinin kanunla belirleneceği yolundaki hüküm, söz konusu hizmetlerin özel hukuk sözleşmelerinin yanı sıra idari sözleşmelerle gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilmesi veya devredilebilmesine de olanak tanımaktadır.

- Araç muayene hizmetinin Ulaştırma Bakanlığı'nca yetki verilen gerçek veya tüzel kişilerce yürütülebilmesi, bu konuda akdedilen bir idari sözleşmenin varlığına bağlıdır. Yetki verilen kişinin bu yetkisini alt işleticilere devretmesi, söz konusu hizmetin gerçek veya tüzel kişilerce yürütülebilmesinin dayanağını oluşturan idari sözleşmenin ortadan kalkması sonucuna yol açmamaktadır, çünkü alt işleticiler tarafından araç muayene hizmetinin yürütülebilmesinin bu konudaki idari sözleşmenin yürürlükte bulunmasına bağlı olduğu kuşkusuzdur. Alt işleticilere yetki devrinin hukuki sonuç doğurabilmesi için Ulaştırma Bakanlığı'nın buna onay vermesine bağlı olması da, idare ile hizmet arasındaki bağın devam ettiğini göstermektedir. Alt işleticilere Ulaştırma Bakanlığı'nın onayıyla yetki devredilmesi, idarenin gözetim ve denetim yetkisini de kaldırmamaktadır. Yetki devrinin, yetki verilen gerçek ve tüzel kişilerin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı yolundaki düzenleme de idari sözleşmenin ve idarenin bu sözleşmeye dayalı yetkilerinin devam ettiğine işaret etmektedir. Bu durumda, Ulaştırma Bakanlığı'nca onaylanan yetki devrine dayalı olarak alt işleticiler tarafından araç muayene hizmetinin yürütülmesinin, idarenin taraf olmadığı bir özel hukuk sözleşmesi ile araç muayene hizmetinin özelleştirilmesi olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir.

Bu karara ilişkin genel bir değerlendirme yapmak gerekirse:

- a) Anayasa Mahkemesi araç muayene hizmetini bir kamu hizmeti olarak görmektedir.
- b) Anayasa'nın 47. maddesinin hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülebilmesi konusunda yasayla düzenleme yapılmasına olanak tanıyan hükmü, davacıların iddiasının aksine kamu hizmetlerinin idari sözleşmelerle gördürülmesi konusundaki genel yetkiyi kaldırmamaktadır.

- c) Yasayla özel hukuk sözleşmesi akdedileceğinin öngörülmediği hallerde, kamusal bir hizmetin gördürülmesine ilişkin sözleşme idari sözleşme olacaktır.

4.5.4 Danıştay'ın özelleştirme ihalesi sonrasında imzalanacak sözleşmelere ilişkin görüşü

Araç muayene istasyonlarının özelleştirilmesinden sonra yapılacak sözleşmenin imtiyaz sözleşmeleri oldukları kanısıyla Danıştay'dan görüş istenmiştir.

Bunların ilkinde Danıştay, araç muayene istasyonlarının işletilmesinin kamu hizmeti niteliği taşımasına rağmen, Karayolları Trafik Kanunu'nda 5228 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucunda yasal olarak tekel olmadığı gibi, idarelerin görev ve faaliyetleri arasında olmadığı gerekçesiyle sözleşmenin imtiyaz sayılamayacağına karar vermiştir. Bu karar, bir idarenin tekeli veya görevi olmadıkça kamu hizmetinin imtiyaz sözleşmesiyle gördürülmesinin bir zorunluluk olmadığına ortaya konması bakımından önemlidir.

İkincisinde, Danıştay hakkında görüş istenen sözleşmenin imtiyaz sözleşmesinin özellik ve unsurlarını içermediği gerekçesiyle görüş bildirmeyi reddetmiştir. Bu karar, bir imtiyaz sözleşmesinde bulunması gerekli kabul edilen özellik ve unsurların neler olduğunun ortaya konması bakımından önemlidir.

Üçüncüsünde ise Danıştay görüş için sunulan sözleşme hakkında olumlu görüş bildirmiştir.

Burada, yukarıda belirtilen önemleri dikkate alınarak ilk iki görüş incelenecektir.²⁶⁰

4.5.4.1 Karayolları Trafik Kanunu'nda 5228 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra

Yukarıda belirtildiği üzere, ÖİB tarafından 25 Eylül 2004 tarihinde ilanı yapılan ihale sonrasında 14 Şubat 2005 tarihli ve 2005/26 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararıyla, en yüksek teklifi veren Akfen-Doğuş-TÜV Súd Ortak Girişim Grubu ile sözleşme imzalanmasına karar verilmiştir.

Rekabet Kurumu'nun, Karayolları Trafik Kanunu'nun 35. maddesinde 16 Temmuz 2004 tarihli ve 5228 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce, 4 Mayıs 2004 tarihli görüşünde araç muayene hizmetinin tekel olduğu ve bu nedenle imtiyaz niteliği taşıdığını belirtmesi nedeniyle, ÖİB sözleşme taslağını 23 Mart 2005 tarihli bir yazıyla Danıştay'a göndererek görüş istemiştir.

Rekabet Kurumu'nun görüş bildirdiği tarihte Karayolları Trafik Kanunu'nun;

- KGM'nin görevlerine ilişkin 7. maddesinin (j) bendi “*Tescile bağı araçların muayenelerini yapmak veya yaptırmak*”,

260 Her iki görüş Danıştay'ın resmi web sitesinde yayımlanmıştır.

- 35. maddesinin 1. fıkrası ise “*Araçların muayeneleri, Karayolları Genel Müdürlüğüne ait muayene istasyonlarında veya bu kuruluş tarafından işletme belgesi ile yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yeterli makine ve gereçlerle ve yetkili kalınan görevlilerce yapılır.*” şeklindedir.

ÖİB'nin görüş için Danıştay'a başvurduğu tarihten önceyse 5228 sayılı Kanunla;²⁶¹

- 7. maddenin (j) bendi kaldırılmış,
- 35. maddesinin 1. fıkrası ise “*Araçların muayeneleri, yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılır. Yetki verilen gerçek veya tüzel kişiler, bu yetkilerini alt işletmecilere aynı standartları sağlamak koşulu ile devredebilirler. Bu devir, yetki verilen gerçek ve tüzel kişilerin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Bu istasyonların yönetmelikler doğrultusunda aranan nitelik ve şartlara uygunluğunun saptanması sonucunda işletme belgesi Ulaştırma Bakanlığı tarafından verilir.*” şeklini almıştır.

İmtiyaz sözleşmeleri hakkında görüş bildirmekle görevli olan Danıştay 1. Daire, aşağıdaki gerekçelerle, yetki verme ve işletme belgesiyle bu hizmetin devredilmesi hususlarını içeren sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak değerlendirilmesi olanağı bulunmadığına ve dolayısıyla sözleşme hakkında görüş bildirilmesine yer olmadığına karar vermiştir.²⁶²

- Karayollarında trafiğe çıkacak motorlu araçların teknik koşullara uyup uymadığının belirli aralıklarla denetlenerek durumlarının saptanması ve böylece karayollarında can, mal ve trafik güvenliğinin sağlanması işi, kamu güvenliği ve esenliğini, dolayısıyla kamu yararını amaçlamaktadır ve kamu hizmeti niteliği taşımaktadır.
- Kamu hizmetinin kurulması veya işletilmesi işi, imtiyaz usulüyle ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile gördürülmek isteniyorsa bu işi yapmakla görevlendirilmiş bir kamu idaresinin var olması gereklidir. Ancak, Karayolları Kanunu'nda 5228 sayılı kanunla yapılan değişiklikte, KGM'ye tanınmış bulunan tescile bağlı araçların muayenelerini yapmak ve yaptırmak görevi kaldırılmış ve araç muayenelerinin sadece yetki verilen gerçek ve tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılacağı belirtilmiştir. Bu durumda, araç muayene hizmeti, kamu hizmeti niteliğinde olmakla birlikte, herhangi bir kamu kuruluşunun asli görev ve faaliyeti içindeki tekel niteliğinde bir hizmet üretimi olmaktan çıkarılmıştır.
- Özelleştirme Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri imtiyaz kabul edilmiş ve genel ve katma bütçeli idarelerle bu idarelerin tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri arasındaki organik ve işlevsel bağlılığa açıkça vurgu yapılmıştır.

261 16 Temmuz 2004 tarihli ve 5228 sayılı “Bazı Kanunlarda Ve 178 Sayılı Kanun Hükmünde Karamamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, Resmi Gazete: 31 Temmuz 2004 - Sayı: 25539.

262 Danıştay 1. Daire, E. 2005/307, K. 2005/668, Kt. 18.05.2005.

- Kamusal bir hizmet, hem tekel olmaktan hem de genel ve katma bütçeli idarelerin görev ve faaliyetleri olmaktan da çıkarılmış ise, kamu hizmeti niteliğini taşısa bile imtiyaz sayılamaz.²⁶³

Danıştay 1. Daire'nin bu görüşü Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından da kabul edilmiştir.²⁶⁴

4.5.4.2 Karayolları Trafik Kanunu'nda 5398 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra

Yukarıda belirtildiği üzere; Karayolları Trafik Kanunu'nun 35. maddesinin 1. fıkrası, 5398 sayılı Kanunla²⁶⁵ değiştirilmiş ve altı çizilerek gösterilen yerler eklenerek hüküm şu şekli almıştır: “*Araçların muayeneleri Ulaştırma Bakanlığına ait muayene istasyonlarında veya bu Bakanlık tarafından işletme yetki belgesi ile yetki verilmesi halinde ise, yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılır. Yetki verilen gerçek veya tüzel kişiler, bu yetkilerini Ulaştırma Bakanlığının onayı ile alt işleticilere aynı standartları sağlamak koşulu ile devredebilirler. Bu devir, yetki verilen gerçek ve tüzel kişilerin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Bu istasyonların yönetmelikler doğrultusunda aranan nitelik ve şartlara uygunluğunun saptanması sonucunda işletme belgesi Ulaştırma Bakanlığı tarafından verilir.*”.

Bu değişiklikten sonra, ÖİB, 26 Temmuz 2005 tarihli yazısıyla Danıştay'a başvurarak yapılan değişiklik çerçevesinde yeniden görüş istemiştir.

Danıştay 1. Dairesi, bu sefer, yapılması gereken sözleşmeyi bir imtiyaz sözleşmesi olarak kabul etmiş, ancak gönderilen sözleşmenin bir imtiyaz sözleşmesinin özellik ve unsurlarını taşımadığı şeklinde özetlenebilecek aşağıdaki gerekçeyle görüş talebini reddetmiştir:²⁶⁶

“(…) Araç Muayene Hizmetinin Görülmesi İşinin devredilmesine yönelik olarak imtiyaz verilebilmesi için, işi üstlenen şirket ile hizmetin asıl sahibi olan Ulaştırma Bakanlığı arasında imzalanacak olan imtiyaz sözleşmesinin, kaide tasarruf, şart tasarruf ve sübjektif tasarruf hükümlerini taşıyan bir nitelikte hazırlanması, örnek olarak belirtmek gerekirse, sözleşmenin tarafları, konusu, süresi, tasarım, yatırım ve inşaat ile ilgili ilkeler, finansman, kredi, iş programı ve faaliyet raporları, işin tamamlanmasındaki gecikmeler, işletmeye başlama, denetim, güvenlik önlemleri, kamu hizmetinin aksamaması halinde idarenin uygulayacağı yaptırımlar ve gerektiğinde hizmetin resen idare tarafından yapılması, teminat, bakım ve onarım, sözleşmenin feshi, devir ve temlik, sözleşme süresinin uzatılması, sözleşmenin sona ermesi veya feshi halinde yapılan yatırımların kime ait olacağı, eğitim, uyumsuzlukların çözümü, sözleşmenin yürürlük tarihi gibi bulunması gerekli tüm düzenlemeleri kapsayacak şekilde bir imtiyaz

263 Hemen belirtmek gerekir ki; buradaki tartışma konusu, özel kişiye bir imtiyazın tanınıp tanınmadığıdır. Kamu hizmetlerinin özel kişiye gördürülmesinde imtiyaz, yap-işlet-devret ve yap-işlet modellerinin yanında örneğin ruhsatla gördürme de söz konusudur. Dolayısıyla, bir mal veya hizmet üretiminin hukuken kamu hizmeti olduğu hallerde dahi, o kamu hizmeti sadece idarenin görevi veya tekel değilse, özel kişiye imtiyaz verilmesi söz konusu değildir. Örneklersek, ilk ve ortaöğretim devletin görevidir, ama sadece devletin görevi olmayıp özel kişilerce de görülebilir. Dolayısıyla özel okulların faaliyetleri hukuken bir imtiyaz niteliğinde değildir.

264 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2005/1, K. 2005/1, Kt. 15.06.2005.

265 3 Temmuz 2005 tarihli ve 5398 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine Ve Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununda Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, Resmi Gazete: 21 Temmuz 2005 – 25882.

266 Danıştay 1. Daire, E. 2005/754, K. 2005/1075, Kt. 26.09.2005. Daha sonra, Danıştay düzeltilen sözleşme hakkında olumlu görüş bildirilmiştir, Danıştay 1. Daire, E. 2006/1611; K. 2007/528, Kt. 02.05.2007; İdari İşler Kurulu, İd.İşl.Krl. 2007/8-7, 06.07.2007.

sözleşmesi taslağının hazırlanarak Danıştay'a gönderilmesi gerekirken bu konularda hüküm içermeyen, adı imtiyaz sözleşmesi olarak dahi düzeltilmemiş, eksik ve yetersiz sözleşme tasarısı hakkında görüş istemi konusunda yukarıda açıklanan nedenlerle bu baliyle görüş bildirilmesi mümkün bulunmadığından dosyanın iadesine (...) oybirliğiyle karar verildi.”.

4.6 SEKA Özelleştirilmesi

Türkiye Selüloz ve Kâğıt Fabrikaları A.Ş. (“SEKA”), 1997 yılında Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun (“ÖYK”) 6 Aralık 1997 tarihli ve 97/54 sayılı kararıyla özelleştirme kapsamına alınmıştır.

Daha sonra 1998 yılında, ÖYK 15 Temmuz 1998 tarihli ve 98/51 sayılı kararıyla SEKA'nın özelleştirme programına alınarak satış, kiralama, işletme hakkı devri ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar yöntemlerinden biri ve/veya birkaçının birlikte veya ayrı ayrı uygulanması suretiyle özelleştirilmesine karar vermiştir.²⁶⁷

4.6.1 SEKA Balıkesir İşletmesi

1999-2002 yıllarında zarar eden SEKA Balıkesir İşletmesi (“İşletme”) için, 2000 yılında ilkinde “blok satış/varlık satışı”, ikincisinde “varlık satışı” yoluyla iki kez,²⁶⁸ 2002 yılında da “varlık satışı” yoluyla bir kez²⁶⁹ olmak üzere toplam üç kez ihaleye çıkılmış, fakat ihalelerde teklif verilmemiştir. Bunun üzerine ÖYK 3 Ocak 2003 tarihli ve 2003/1 sayılı kararıyla, en az iki ihale sonucunda uygulanan ihale usulleriyle sonuç alınmadığı gerekçesiyle, Özelleştirme Kanunu'nun 18. maddesinin (C/c) fıkrası uyarınca “belirli istekliler arasında kapalı teklif usulü” ile ihaleye çıkılmasına karar vermiştir. Ardından Özelleştirme İdaresi Başkanlığı (“ÖİB”) “varlık satışı” yoluyla yeniden ihaleye çıkmıştır.²⁷⁰

Yapılan ihalede tek istekliden teklif gelmesi üzerine pazarlık usulüyle görüşmeye devam edilmiş ve istekli şirket pazarlık görüşmesinde 1,1 milyon ABD doları teklif vermiştir. Rekabet Kurulu'nun olumlu görüşü de alındıktan sonra²⁷¹ ÖYK'nın 13 Mayıs 2005 tarihli ve 2003/25 sayılı kararıyla SEKA Balıkesir İşletmesinin teklif sahibine satılmasına karar verilmiştir.²⁷² ÖYK kararında; İşletmenin 2002 yılında 20.175.979.000 TL olmak üzere yıllardır zarar ettiği; 2002 yılında İşletme'ye 9.370.000.000 TL kaynak aktarıldığı; alıcıya bir yıl süreyle İşletmenin son üç yıllık ortalama üretim miktarının yarısı kadar üretim ve 15-20 milyon Dolar civarında olan gerekli yatırımın yapılması şartları getirildiği; yeni bir sistem kurulacağı ve kalitenin arttırılacağı belirtilmiş ve İşletmenin ekonomiye katkısı, istihdamın arttırılması, teknolojik yenilik ve yatırım hususları vurgulanmıştır.

267 Resmi Gazete: 18 Temmuz 1998-23406.

268 Resmi Gazete: 13 Mart 2000-23992, 30 Mayıs 2000-24064.

269 Resmi Gazete: 16 Eylül 2002-24878.

270 Resmi Gazete: 3 Şubat 2003-25013.

271 Rekabet Kurulu'nun 8 Mayıs 2003 tarihli ve (03-31/378-165) sayılı kararı, Resmi Gazete: 17 Kasım 2002-25292.

272 Resmi Gazete: 17 Mayıs 2005-25111.

Selüloz-İş Sendikası ÖYK kararına karşı iptal davası açmış, davada Bursa 2. İdare Mahkemesi aşağıdaki gerekçelerle iptal kararı vermiştir:²⁷³

- Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca özelleştirmede gerçek değerın gözetilmesi, en az kaybı ve en yararlı düzeyi sağlayacak biçimde rayiç değerin aranması, gerçek değere en yakın olanının bulunması, özelleştirme nedeniyle tekel oluşmaması ve özelleştirmenin kamu yararı açısından zorunlu olması gereklidir.
- ÖYK kararının gerekçesinde yer alan hususlar karşısında, İşletmenin özelleştirilmesinde kamu yararı bakımından zorunluluk bulunduğu kuşkusuzdur.
- Ancak, satış bedeli olan 1,1 milyon ABD Doları, İşletme'nin Değer Tespit Komisyonu kararıyla kapitalizasyon değeri olarak belirlenen 51,2 milyon ABD Dolarının çok altındadır. Bu durum kamunun zarara uğramasına yol açmaktadır.
- Öte yandan bu değer farkının kamuoyunda oluşturacağı yorum ve kanaatlerin özelleştirme uygulamalarını olumsuz yönde etkileyebileceği açıktır.

ÖİB bu kararı temyiz etmiştir. Temyiz mercii olan Danıştay 13. Daire Bursa 2. İdare Mahkemesi'nin kararını aşağıdaki gerekçelerle onamıştır:²⁷⁴

- Özelleştirme Kanunu'nun 18. maddesinde değerlendirme metotları indirgenmiş nakit akımları, temettü verimi, defter değeri, net aktif değeri, amortize edilmiş yenileme değeri, tasfiye değeri, fiyat/kazanç oranı değeri, piyasada kapitalizasyon değeri, piyasa değeri/defter değeri, ekspertiz değeri ve fiyat/nakit akım oranı olarak belirlenmiş ve değerlemede bunlardan en az üçünün kullanılacağı belirtilmiştir.
- Değerlemede kullanılacak yöntemlerin seçiminde işletmenin, sektörün ve özelleştirme yöntemlerinin özellikleri birlikte dikkate alınmalı ve işletme bakımından güvenilir olan bir yöntem seçilmelidir.
- Özelleştirme uygulamalarında kullanılacak yöntemlerin güvenilirliğine bakıldığında; kârlı olan firmalar ve blok satışlar için “indirgenmiş nakit akımı” yöntemi, zarar eden, rantabl çalışması zor olan ve arsa/arazi değerleri yüksek olan firmalar için ise tasfiye veya net aktif değer yöntemlerinin kullanılması esas kabul edilmektedir.
- Değerlemeden amaç gelir maksimizasyonu değil, toplum refahının artırılması olmalıdır. Firma değeri tespit edilirken ticari kârlılık yanında toplumsal kârlılık analizinin de yapılması gerekir. Özelleştirmenin sosyal boyutu dikkate alınarak özelleştirme sonrası düzenlemelerinin iyi yapılması, özelleştirmenin başarılı olmasında en önemli faktördür.
- Değer Tespit Komisyonu tarafından 1999 ve 2002 yıllarında bağımsız uzman kuruluşlara yaptırılan değerlendirme çalışmalarını içeren üç ayrı değerlendirme raporundan, yıllar itibarıyla zarar eden dava konusu işletmenin arsa ve arazilerinin değerinin tesislerden daha yüksek olduğu anlaşılmaktadır. Bu tip işletmeler için uygun görülen değerlendirme yöntemlerinden biri işletmenin gayrimenkullerinin değerini gösteren tasfiye değeri yöntemidir.

273 Bursa 2. İdare Mahkemesi, E. 2003/791, K. 2003/1250, Kt. 15.10.2003.

274 Danıştay 13. Daire, E. 2005/1300, K. 2005/2986, Kt. 06.06.2005.

- İşletme'nin tasfiye değeri (4,661 milyon ABD Doları) satış fiyatının (1,1 milyon ABD Doları) çok üstündedir.
- Özelleştirme Kanunu'nun değerlendirme yöntemlerine ilişkin gerekçesi, satış konusu kuruluşların değerinin daha etkin ve sağlıklı bir şekilde belirlenmesi ve kamu mallarının gerçek değerinin üzerinde özelleştirilmesinin sağlanmasıdır. İşletme'nin satışında, kârlı olan firmalar için uygun görülen indirgenmiş nakit akım yönteminin esas alınarak İşletme için bulunan eksi değer referans alınması, Özelleştirme Kanunu'nun değerlendirme yöntemlerine ilişkin gerekçesiyle bağdaşmamaktadır.
- Bu itibarla, dava konusu işlemde kamu yararına ve özelleştirmenin amacına uygunluk bulunmamaktadır.

Bu kararlara ilişkin genel bir değerlendirme yapılırsa:

- Bursa 2. İdare Mahkemesi, İşletme'nin özelleştirilmesinde kamu yararı bakımından zorunluluk bulunduğunu kabul etmesine rağmen, İşletme'nin kapitalizasyon değerini esas alarak kamunun zarara uğradığı sonucuna varmıştır. Mahkemenin vurguladığı ilginç husus ise değer farkının kamuoyunda oluşturacağı yorum ve kanaatlerin özelleştirme uygulamalarını olumsuz yönde etkileyebileceğidir.
- Danıştay 13. Daire ise, İşletmenin değerlendirilmesi yapılırken ve satış bedeli değerlendirilirken kârlı şirketler için kullanılması uygun kabul edilen indirgenmiş nakit akışı yönteminin değil, zarar eden, rantabl çalışması zor olan ve arsa/arazi değerleri yüksek olan firmalar için kullanılması uygun kabul edilen tasfiye veya net aktif değer yönteminin kullanılmasının doğru olacağından hareket etmiştir. Tasfiye değeri dikkate alındığında, İşletmenin satış bedeli tasfiye değerinin altındadır. Danıştay'a göre bu durum, Özelleştirme Kanunu'nun değerlendirme yöntemlerine ilişkin satış konusu kuruluşların değerinin daha etkin ve sağlıklı bir şekilde belirlenmesi ve kamu mallarının gerçek değerinin üzerinde özelleştirilmesinin sağlanması yolundaki gerekçesiyle bağdaşmamaktadır. Bir başka deyişle, Danıştay'a göre yanlış değerlendirme yöntemi uygulanmıştır.
- Danıştay 13. Daire, özelleştirmede “toplumsal kârlılık” analizinin de yapılması gerektiğinden söz etmekle beraber, bu saptamanın kararı nasıl etkilediği açık değildir.
- Kararlarda değerlendirme yöntemlerine ilişkin olarak yapılan tespitler ve özellikle Danıştay'ın yanlış değerlendirme yöntemi kullanıldığına ilişkin kararı hukuksal açıdan doğrudur. Özellikle belirtmek gerekir ki, Danıştay'ın kararının gerisinde, Özelleştirme Kanunu'nun, Danıştay kararında da vurgulanan değerlendirme yöntemlerine ilişkin kamu mallarının gerçek değerinin üzerinde özelleştirilmesinin sağlanması yolundaki gerekçesi bulunmaktadır.

İhalede oluşan fiyatlar ve değerlendirme yöntemleri sorunsalı özelleştirme bakımından genel olarak değerlendirilirse:

- Değerlendirme yöntemleri ve Özelleştirme Kanunu'nun bunlara ilişkin kamu mallarının gerçek değerinin üzerinde özelleştirilmesinin sağlanması yolundaki gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, işletmenin tasfiyeye yönelik olarak satılmasının daha yüksek gelir

getireceği ve işletmenin faaliyetinin devamına dönük bir stratejinin gelir getirme bakımından yanlış olacağı varsayımı söz konusudur. Özellikle vurgulanmalıdır ki; bu varsayımı doğuran Özelleştirme Kanunu'nun değerlendirme yöntemlerine ilişkin kamu mallarının gerçek değerinin üzerinde özelleştirilmesinin sağlanması yolundaki gerekçesidir.

- Ancak değer tespitleri, ne kadar doğru olsalar da, bir malın piyasada elde edebileceği fiyat bakımından her zaman belirsizlik taşır. Dolayısıyla hukuksal düzenlemelerin bu belirsizlikler dikkate alınarak yapılması ve yargı yerlerine belirsizlik hallerinde uygulanabilecek açık kıstaslar verilmesi gereklidir.
- Belirtmek gerekir ki; ihalede oluşan piyasa değerinin toplumsal değerden veya işletmenin mevcut faaliyetteki değerinden daha düşük olabileceği durumlar olabilir. Örneğin ciddi dışsallıkların olduğu durumlarda veya mevcut faaliyetinin ithalat dahil hiçbir ikamesinin olmadığı durumlarda kâr, varlığın toplumsal değerinin tümünü yansıtmaz (çünkü faaliyetin durması halinde kaybolacak tüketici artığını içermez). Veya, bir başka bağlamda, yatırımların mevcut faaliyete özgü (“spesifik”) değer yarattığı buna karşılık başka kullanımlarda değerinin düşük olduğu (yani fırsat maliyetinin düşük olduğu) durumlar olabilir, böyle durumlarda da piyasa değeri yeterli bir ölçüt olamayacaktır. Ancak SEKA özelinde böyle bir durumun var olduğu kuşkuludur.
- Dolayısıyla, değer tespitinin bu tür belirsizlikler taşıdığı (veya ihalede oluşan fiyatların tespit edilen değer altında olduğu) durumlarda, hukuksal düzenlemelerde SEKA gibi işletmeler için hukuksal ve ekonomik açıdan anlamlı olabilecek iki yol seçilebilir. Birincisi, yukarıda belirtilen ve ilgili diğer hususlar dikkate alınarak kriterleri belirlenerek, birkaç denemeden sonra ihalelerde oluşan fiyatın o varlığın piyasa değerini yansıttığının kabulüne izin verilmesi gerekebilir. Bu bir anlamda ihalede oluşan fiyatın gerçek veya toplumsal değer gibi kabul edilmesi anlamına gelir. Bu yeterince açık bir kıstastır. Bir başka yol ise piyasa değerinin toplumsal değerden veya işletmenin mevcut faaliyetteki değerinden daha düşük olduğu hallerde idareye, özelleştirmeden önce işletmeye yeniden yapılandırmaya yönelik yatırım zorunluluğunun getirilmesidir. Bu genelde riskli bir yoldur ve zarar eden bir faaliyete geri dönüşü olmayan bir biçimde daha fazla yatırım yapılması tehlikesini içerir; dolayısıyla nadiren, bu yatırımın toplumsal açıdan gerçekten verimli olduğundan emin olunan şartlarda kullanılması gerekir.

4.6.2 SEKA Aksu İşletmesi

SEKA Aksu İşletmesi'nin (“Aksu İşletmesi”) varlık satışı yöntemiyle özelleştirilmesi için ihaleye çıkılmış ve ihale ilanı 3 Şubat 2003 tarihli ve 25013 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

İhale 9 Mart 2003'te yapılmış ve ÖYK'nın 12 Eylül 2003 tarihli ve 2003/63 sayılı kararıyla, İşletmenin 3,5 milyon ABD Doları olan en yüksek teklifi veren Milda Mecmua Gazete Dağıtım Pazarlama Sanayii ve Ticaret Limited Şirketi'ne (“Milda”) satılmasına karar verilmiştir. ÖYK kararı 17 Eylül 2003 tarihli ve 25232 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

ÖYK kararına karşı Selüloz-İş Sendikası tarafından iptal davası açılmıştır. Davacının temel iddiaları işletmenin değerinin çok altında satıldığı ve işletmeyi devralan firmanın ülke içerisinde tekel konumuna geleceğidir.

Davaya ilk derece mahkemesi olarak bakan Ordu İdare Mahkemesi, davayı aşağıdaki gerekçelerle reddetmiştir:²⁷⁵

- İhale kararı, Aksu İşletmesi yanında Balıkesir İşletmesi'nde de gazete kâğıdı üretildiği; talep yetersizliği bulunduğundan işletmelerin dönüşümlü olarak çalıştığı, işletmelerin çoğu zaman üretime ara vererek stok erittikleri ve kapasite kullanımlarının %50'yi bulmadığı; Aksu İşletmesinin yıllardır zarar ettiği; rekabet edebilirliği için yaklaşık 10 milyon ABD Doları yatırıma ihtiyaç olduğu; daha önce yapılan ihalelerde hiç teklif verilmediği; Aksu İşletmesinin kapitalizasyon değerinin 40 milyon ABD Doları olduğu, ancak şartnamede işletmenin en az üç yıl süreyle üretim yapma zorunluluğunun getirildiği; bu üretimden elde edilecek net satış hasılatı ve mamul madde stokunun üç yıl için asgari 40 milyon ABD Doları olacağı; bunu güvencelemek için 2,8 milyon ABD Doları teminat alındığı; üretim zorunluluğunun Aksu İşletmesinde yatırım yapılmasına, istihdam yaratılmasına ve böylelikle işletmenin ekonomiyeye kazandırılmasına neden olacağı dikkate alınarak verilmiştir.
- Her geçen yıl zarar eden ve kamusal kaynaklarla rekabet edebilir duruma getirilmesi önemli miktarda yatırım yapılmasını gerektiren ve olası görülmeyen Aksu İşletmesinin ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlanması amacına yönelik olarak 3,5 milyon ABD Doları bedelle satılmasında kamu yararına ve hukuka aykırılık yoktur.

Davacı tarafından temyiz edilen bu karar, temyiz mercii olan Danıştay 13. Dairesi tarafından ilk derece mahkemesinin gerekçesi benimsenerek onanmıştır.²⁷⁶

4.6.3 Karşılaştırma

Yukarıdaki özetlerden anlaşıldığı gibi, Danıştay, aynı şirketin iki farklı işletmesinin özelleştirmelerine karşı açılan davaların birinde özelleştirme işlemini iptal etmiş, diğerinde ise özelleştirme işleminde bir hukuka aykırılık bulmamıştır. Her ne kadar dosyaların ayrıntıları hakkındaki bilgi eksik olsa da, Aksu İşletmesi'nin Balıkesir İşletmesi'ne göre “daha kolay satılabilir” bir işletme olduğu görünümü ortaya çıkmaktadır. Balıkesir İşletmesinin satışındaki esas sorun bu işletmenin kolay alıcı bulamamış olması, sonra da tespit edilmiş olan tasfiye değerinin altında satılmasına karar verilmesidir. Aksu İşletmesinin satışında ise böyle bir sorun ile karşılaşılmamıştır.

Tekrar etmek gerekirse, kanımızca Balıkesir İşletmesi'nin özelleştirmesinde karşılaşılan sorun, temelde özelleştirme öncesindeki tasfiye değeri ile satış değeri arasındaki farktan ortaya çıkmaktadır.

275 Ordu İdare Mahkemesi, E. 2003/1003, K. 2004/383, Kt. 18.05.2004.

276 Danıştay 13. Daire, E. 2005/4483, K. 2005/2777, Kt. 27.05.2005.

Danıştay, böyle bir fark ortaya çıktığında bu durumun Özelleştirme Kanunu'nun gerekçesinde ifade edilen “gerçek değerinin üzerinde satılması” gereğine ters düştüğü kanısındadır. Kanunun gerekçesinden kaynaklanan bu durum, bazı şartlar altında idarenin elini aşırı bir biçimde kısıtlamaktadır.

4.7 Çitosan özelleştirmesi

Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'nun (“TKKO”) 30 Nisan 1987 tarihli ve 54 sayılı kararıyla (“87/54 sayılı Karar”) Türkiye Çimento ve Toprak Sanayi T.A.Ş.'nin (“ÇİTOSAN”) bağlı ortaklıklarından olan Söke, Balıkesir, Pınarhisar ve Ankara Çimento Sanayi A.Ş.'nin özelleştirilmesine karar verilmiş ve özelleştirme yöntemleri belirlenmiştir.

28 Mayıs 1986 tarihli ve 3291 sayılı Kanunun,²⁷⁷ 87/54 sayılı Kararın alındığı tarihte yürürlükte olan 13. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*Kamu iktisadî teşebbüslerinin özelleştirilmesine Bakanlar Kurulu'nca, müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin özelleştirilmesine ise Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu (Kamu Ortaklığı Kurulu)nca karar verilir. (...)*” hükmü uyarınca bağlı ortaklıkların özelleştirilmesine karar verme yetkisi TKKO'nundur.

87/54 sayılı Kararda, belirtilen kuruluşlarının hisselerinin öncelikle çalışanlarına, yöre halkına, küçük tasarruf sahiplerine, yurt dışındaki işçilerimize ve halka satılması esaslı öngörülmüştür. Eklemek gerekir ki; 27 Ağustos 1984 tarihli “Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği”nin²⁷⁸ 18. maddesinin “*Hisse senedi satışlarında tesiste çalışanlara öncelik ve özel şartlar getirilmesine Kurul karar verebilir. Yöre halkına da buna benzer kolaylıklar tanınabilir.*” şeklindeki 2. fıkrası uyarınca TKKO'nun böyle bir yetkisi de bulunmaktadır.

31 Aralık 1987'de yayımlanan 304 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'yle, 3291 sayılı Kanunda geçen “Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu” ibaresi “Yüksek Planlama Kurulu” olarak değiştirilmiş ve böylelikle TKKO'nun sahip olduğu yetkiler Yüksek Planlama Kurulu'na (“YPK”) aktarılmıştır.²⁷⁹

YPK, 6 Eylül 1989 tarihli ve 89/24 sayılı kararıyla (“89/24 sayılı Karar”) belirtilen bağlı ortaklıklar ile Afyon Çimento Sanayi T.A.Ş.'ndeki bir kısım hissenin “Société Ciment Français” e (“SCC”) satılmasına karar vermiştir.

277 28 Mayıs 1986 tarihli ve 3291 sayılı “1211 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu, 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki Ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu, 07.11.1985 Tarihli Ve 3238 Sayılı Kanun, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Ve 1177 Sayılı Tütün Tekeli Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması Ve Kamu İktisadî Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanun”, Resmi Gazete: 3 Haziran 1986 – 19126.

278 “Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği”, Yürürlüğe koyan Bakanlar Kurulu kararı: 84/8495 - 27.8.1984, Resmi Gazete: 13 Eylül 1984 – 18514.

279 304 sayılı “Devlet Planlama Teşkilatı ve Görevleri Hakkında 223 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname”, Resmi Gazete: 31 Aralık 1987 – 19681. 2983 sayılı “Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun”un 6. maddesine göre TKKO Kurulu Başbakanın veya görevlendireceği bir bakanın başkanlığında, Başbakan tarafından seçilecek Devlet Bakanları, Maliye ve Gümrük Bakanı, Bayındırlık ve İskan Bakanı, Ulaştırma Bakanı, Tarım Orman ve Köy İşleri Bakanı, Sanayi ve Ticaret Bakanı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı ile Kültür ve Turizm Bakanından oluşmaktadır. 304 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 4. maddesine göre YPK Başbakan'ın başkanlığında Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı, Başbakan'ın belirleyeceği en çok üç Devlet Bakanı ile Maliye ve Gümrük Bakanı, Tarım Orman ve Köy İşleri Bakanı, Sanayi ve Ticaret Bakanı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı, Bayındırlık ve İskan Bakanı ve Ulaştırma Bakanı'ndan oluşmaktadır. Devlet bakanları bir kenara bırakılırsa, 304 sayılı KHK ile yapılan değişikliklerle artık özelleştirmeye ilişkin kararlar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı ile Kültür ve Turizm Bakanı'nin bulunmadığı bir kurul tarafından alınacaktır.

SCC'ye satış kararına karşı milletvekilleri tarafından iptal davası açılmıştır.

İptal davası sırasında YPK 7 Mart 1990 tarihli ve 90/2 sayılı kararıyla TKKO'nun 1987/54 sayılı Kararını kaldırmıştır.²⁸⁰

İptal davasına bakan Ankara 1. İdare Mahkemesi, şu gerekçeyle iptal kararı vermiştir:

- TKKO tarafından alınan 1987/54 sayılı Karar, satış işlemine ilişkin 89/24 sayılı Kararın alındığı 6 Eylül 1989 tarihinde yürürlükte dir.
- YPK'nın, TKKO tarafından alınan 89/24 sayılı Kararın kaldırılmasına ilişkin 90/2 sayılı işlemi ancak yapıldığı tarih olan 7 Mart 1990 tarihi ve sonrasında hüküm ifade eder. Dolayısıyla 6 Eylül 1989 tarihli ve 89/24 sayılı Kararın hukuksal durumuna etkili değildir.
- TKKO tarafından alınan 87/54 sayılı Karar, satış işlemine ilişkin 89/24 sayılı Kararın alındığı tarihte yürürlükte olduğundan, satış işlemine ilişkin 89/24 sayılı Kararın TKKO tarafından alınan 87/54 sayılı Karara uygun olması gereklidir.
- TKKO tarafından alınan 87/54 sayılı Kararda, belirtilen kuruluşlarının hisselerinin öncelikle çalışanlarına, yöre halkına, küçük tasarruf sahiplerine, yurt dışındaki işçilerimize ve halka satılması esaslı öngörülmüş, ancak 89/24 sayılı Kararla yabancı şirkete satış yapılmıştır. Dolayısıyla satış kararı hukuka aykırıdır.

Başbakanlık Kamu Ortaklığı İdaresi ve SCC bu karara temyiz başvurusunda bulunmuştur.

Temyiz mercii olan Danıştay 10. Daire, Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin kararını hukuka uygun bularak onamıştır.²⁸¹ İdari işlem teorisi bakımından akla gelebilecek soruları yanıtlamak için, Danıştay 10. Daire'nin, kararında “(...) *Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresinin 54 sayılı kararı, belli objelere sınırlı olsa bile kurallar koyan bir düzenleyici işlemdir. (...) yapıldığı tarihte, dayandığı düzenleyici işleme aykırı olan bir uygulama işlemine, düzenleyici işlemin geri alınması yoluyla hukuksallık kazandırabileceği kabul edildiği takdirde normlar hiyerarşisinin alt üst olacağı açıktır. (...) Kuşkusuz, idarenin 54 sayılı kararı geri almasıyla yaptığı yeni düzenlemeye göre yeni uygulama işlemleri kurması da mümkün bulunmaktadır.*” açıklamasını getirdiğini belirtmekte yarar vardır.

İptal kararıyla birlikte, imzalanmış olan sözleşmenin akıbetinin ne olacağı sorusu doğmuştur.

Bakanlar Kurulu, 27 Nisan 1992 tarihli Prensip Kararı'yla,²⁸² konunun uluslararası hukuku da ilgilendirdiği, kararın uygulanması halinde Türkiye ile yabancı şirketler ve yabancı devletler arasında hukuksal sorunların doğmasının büyük olasılık olduğu, dolayısıyla durumun Türkiye'nin diğer devletler ve uluslararası kamuoyu nezdindeki itibarı ve çıkarları ile uluslararası çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, devletlerin imzaladıklarını uluslararası sözleşmelere uyma zorunluluğunu getiren ve

280 Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 1989/3352, K. 1990/977, Kt. 30.03.2990.

281 Danıştay 10. Daire, E. 1990/1742, K. 1991/2328, Kt. 19.06.1991.

282 Yayımlanmayan bu kararın metni için bkz. Altay, Evren, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, Ankara, 2004, 219 vd.

uluslararası camiada genel kabul görmüş “ahde vefa” ilkesinin iptal kararı nedeniyle göz ardı edilemeyeceği, uluslararası hukukun iç hukuka üstün olduğu, yargı kararlarında uluslararası hukukun ilke ve temüllerine değer verildiği, Anayasa’da uluslararası anlaşmalara kanunlardan farklı bir yer ve değer tanınmış olduğu, böylelikle devletlerin ortak iradelerinin ürünü olan bir tasarrufun bir iç hukuk organı tarafından iptal edilemeyeceğinin zımnen kabul edildiği şeklindeki gerekçelerle satış işlemleri konusunda geriye veya ileriye yönelik şekilde yeniden işlem yapılmasına hukuken imkan olmadığına karar vermiştir.

ÇİTOSAN özelleştirmesine ilişkin yargı kararlarına ilişkin genel bir değerlendirme yapmak gerekirse; bu kararlar aslında özelleştirmenin esas ve yöntemlerine değil idari işlem teorisine ilişkindir ve temel sorunsal, geçmişte yapılan işlemin niteliği, bu niteliğe bağlı olarak geçmişte yapılan işlem kaldırılmadan ona aykırı işlemler yapılıp yapılamayacağı ve geçmişte yapılan işlemin geçmişe etkili olarak geri alınmasının sonraki işlemin hukukiliğine etkisidir.

4.8 Elektrik Sektöründe Özelleştirme Yöntemi Hakkında Danıştay'ın Görüşü

4.8.1 Genel bilgi

Özelleştirme, özellikle de dağıtım varlıklarının özelleştirilmesi, Türkiye’de elektrik sektörünün yeniden yapılanma stratejisinde kritik bir adım olarak belirlenmiştir. Yüksek Planlama Kurulu’nun 17 Mart tarihli ve 2004/3 sayılı kararıyla kabul edilen “Elektrik Enerjisi Sektörü Reformu ve Özelleştirme Strateji Belgesi” ne (“Strateji Belgesi”) göre, özelleştirmeye önce yeni oluşturulmuş olan 21 dağıtım bölgesindeki dağıtım şirketlerinden başlanacak, bu arada özelleştirilecek üretim tesislerinden portföy üretim şirketleri yaratılacak ve bunların özelleştirmelerine dağıtım şirketi özelleştirmelerinin büyük ölçüde gerçekleştirilmesinden sonra başlanacaktır.

Strateji Belgesindeki hedefler doğrultusunda Özelleştirme Yüksek Kurulu (“ÖYK”) tarafından alınan 30 Mayıs 2003 tarihli ve 2003/34 sayılı kararlar²⁸³

- Elektrik Üretim A.Ş.’nin (“EÜAŞ”) bağlı ortaklıkları ve 11 adet termik üretim tesisi,
- EÜAŞ’ın ve Devlet Su İşleri’nin 16 adet hidroelektrik üretim tesisi,
- Akarsu santralleri ve
- Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.’nin (“TEDAŞ”) 21 dağıtım bölgesi özelleştirme kapsamına alınmıştır.

Ardından ÖYK’nın 2 Nisan 2004 tarihli ve 2004/22 sayılı kararıyla TEDAŞ da özelleştirme kapsamına alınmış ve özelleştirmenin satış, kiralama, işletme hakkı devri ve işin gereğince uygun sair hukuki tasarruflar yöntemlerinden biri veya birkaçının birlikte ve/veya ayrı ayrı uygulanması suretiyle gerçekleştirilmesi öngörülmüştür.²⁸⁴

283 Resmi Gazete: 19 Haziran 2003 – 25413.

284 Resmi Gazete: 3 Nisan 2004 – 25422.

Ancak özelleştirme çalışmaları sırasında varlık ve tesislerin hangi yöntemlerle özelleştirilebileceği hususunda ÖİB'de tereddüt oluşmuştur. Bu tereddütlerin giderilmesi amacıyla ÖİB tarafından yapılan talep üzerine Başbakanlık tarafından, görüş bildirmesi için Danıştay'a başvurulmuştur.²⁸⁵

4.8.2 Danıştay 1. Daire'nin E. 2004/17, K. 2004/24 sayılı kararı

ÖİB'nin 29 Aralık 2003 tarihli yazısında dile getirilen sorular şunlardır:

- (1) Elektrik üretim tesisleri bakımından;
 - (a) Hidroelektrik santrallerinin mülkiyetinin devri suretiyle özelleştirilmesi hukuken mümkün müdür?
 - (b) Termik santrallerin bu tesislerde kullanılan doğal kaynağın elektrik üretim tesisinden ayrılabilirdiği durumlar da dikkate alınarak mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilmesi hukuken mümkün müdür?
 - (c) Akarsu santrallerinin mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilmesi hukuken mümkün müdür?,
- (2) Elektrik dağıtım tesisleri bakımından; TEDAŞ'a ait dağıtım bölgelerinin mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilmesi hukuken mümkün müdür?

ÖİB'nin yazısında şu saptamalar da yer almaktadır: Bir taraftan, Anayasa Mahkemesi, yine elektrik özelleştirmesi ile ilgili bir kanun maddesinin²⁸⁶ iptal gerekçesinde, Anayasa'nın 168. maddesi gereğince TEK'in doğal zenginlik ve kaynaklardan yararlanarak elektrik üreten teşekkül ve birimlerinin özelleştirilmesinin bunların yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların işletme haklarının ancak belli bir süre devrini içerebileceği, bu kaynakların işletme haklarının süresiz devredilemeyeceğini hükme bağlamıştır.²⁸⁷ Öte yandan 2001 yılında yürürlüğe giren ve elektrik sektöründe yeniden yapılanmanın yasal çerçevesini oluşturan 4628 numaralı Enerji Piyasası Kanunu'nda ise Özel Sektör Üretim Şirketleri "*sahip oldukları, finansal kiralama yoluyla edindikleri veya işletme hakkını devr oldukları üretim tesisi ya da tesislerinde elektrik enerjisi üretimi ve satışı ile işgal eden özel hukuk hükümlerine tâbi tüzel kişiler*" şeklinde tanımlanmış ve böylece özel sektör tarafından kurulacak elektrik üretim şirketlerinin hidroelektrik veya termik santral ayırımına gidilmeksizin elektrik üretim tesislerine sahip olabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Bu durumda hidroelektrik ve termik santrallerin mülkiyet devri yoluyla özelleştirilip özelleştirilmeyeceği hususu açık değildir.

285 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 23. maddesinin (e) bendi uyarınca Cumhurbaşkanlığı ve Başbakanlık tarafından gönderilen işler hakkında görüş bildirmek Danıştay'ın görevleri arasındadır.

286 3291 sayılı kanuna 3874 sayılı kanunun 1. maddesi ile eklenen Ek 1. madde: "Türkiye Elektrik Kurumunun mevcut veya yeniden yapılanma sonucu oluşacak teşebbüslerinin özelleştirilmesine Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının önerisi ile Bakanlar Kurulunca; Kurumun mevcut veya yeniden yapılanma sonucu oluşacak müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimlerinin özelleştirilmesine ise yine Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının önerisi ile Yüksek Planlama Kurulunca karar verilir.

"Bu şekilde özelleştirilmesine karar verilen teşekkül, kuruluş, müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri tamamen özelleştirilinceye kadar 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ilgileri devam eder.

"Bunların hisse ve varlıklarının satılmasına ilişkin işlemler 3291 sayılı Kanun Hükmüne göre Kamu Ortaklığı İdaresince yapılır."

287 AMK E. 1994/43, E. 1994/42-2, Kt. 09.12.1994. Anayasa'nın 168. maddesinde şu düzenleme yer almaktadır: "Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzel kişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletilmesinin Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir."

Danıştay 1. Dairesi, özet olarak şu görüşleri bildirmiştir:²⁸⁸

1) Hidroelektrik ve akarsu santrallerinin mülkiyetin yoluyla özelleştirmesi mümkün değildir.

Bunun gerekçesi şudur: Anayasa'nın 168. maddesine göre devletin hüküm ve tasarrufu altında olan doğal servetler ve kaynakların mülkiyetleri devredilemez. Hidroelektrik ve akarsu santrallerinin elektrik üretiminde yararlandıkları doğal servet ve kaynaklardan, yani su kaynaklarından, ayrı düşünülmesi olanaksızdır. Dolayısıyla bu santrallerin mülkiyetin devri yoluyla özelleştirilmeleri mümkün değildir.

2) Buna karşılık termik santrallerin mülkiyet devri yolu ile özelleştirilmesinde hukuki bir sorun yoktur.

Bunun gerekçesi şudur: Termik santrallerin kullandıkları madenler de Anayasa'nın 168. maddesi kapsamındadır. Bu madenler 3213 sayılı Maden Kanunu hükümlerine göre işletilebilir. Madenlerin Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunu yineleyen Maden Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca madenler, çinde buldukları arzın mülkiyetine de tâbi değildir. 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. Dolayısıyla termik santral ile kullandığı doğal kaynağın, yani madenin mülkiyetlerinin birbirleriyle ilgisi yoktur. Bu yüzden termik santrallerin (doğal kaynaktan ayrı olarak) mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilmelerinde hukuka aykırılık olmayacaktır.

3) Dağıtım varlıklarının özelleştirilmesi mülkiyet devri yolu ile yapılamaz, ancak dağıtım bölgesinde işletme hakkı verilebilir.

Tartışılmaya muhtaç olduğundan bu görüşün gerekçesini alıntulamakta yarar vardır:

“3096 sayılı Kanunla elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımına ilişkin hizmetlerin Bakanlar Kurulunca önceden belirlenen bölgelerde görevlendirilen şirketlerce yürütüleceği öngörülmüştür. 4628 sayılı Kanununun 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 Kanununun 18 inci maddesi uyarınca TEDAŞ'a ait dağıtım bölgelerinde işletme hakkının verilmesi suretiyle dağıtım hizmeti yapma hakkının özelleştirilmesinin mümkün olduğu”.

Karara bakıldığında, hidroelektrik santralleri ile termik santraller arasındaki ayrımın, bunlar ile kullandıkları kaynaklar arasındaki ilişkiyle kullanılan kaynakların nitelik ve özelliklerinden hareket edilerek yapıldığı görülmektedir. Hidroelektrik santraller, elektrik üretimi için kullandıkları su kaynağına bağımlıdır ve bu nedenle santral ile kaynak birbirinden ayrı düşünülemez. Su kaynağı bir doğal servet ve kaynak olması nedeniyle devletin hüküm ve tasarrufu altındadır ve mülkiyeti devredilemez. Santralin ve su kaynağının ayrıştırılarak santralin mülkiyetinin devredilmesi, su kaynağı üzerinde kullanım hakkı verilmesi düşünülebilirse de, bu halde üretimin sürdürülebilmesi için kullanım hakkının süresiz hale getirilmesi veya sürekli yenilenmesi gerekecektir. Devletin hüküm ve tasarruf yetkisinin devri anlamına gelecek böyle bir yasal düzenlemenin Anayasa'nın 168. maddesiyle bağdaşmayacağı açıktır. Dikkat edilirse, sorun santralde değil, su kaynağı üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Dağıtım varlıklarının mülkiyetin devri yöntemiyle yapılamayacağına ilişkin gerekçeye bakıldığında, mülkiyetin devri yöntemi iki nedenden dolayı uygulanamayacaktır:

- (i) Dağıtım bölgesinin mülkiyete konu olabilecek bir mal olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.
- (ii) Dağıtım lisansı sadece 49 yıl için verilebilmektedir, buna karşılık mülkiyet herhangi bir süre kısıtlaması içermeden her türlü tasarruf hakkını vermektedir.

Bu gerekçelerden ilki karşısında, Danıştay 1. Daire'nin, dağıtım ağı ile dağıtım bölgesi kavramlarının mevzuatta yeterli ölçüde ayrıştırılmamış olduğu kanısında olduğu sonucuna varmak olanaklıdır.

İkinci gerekçeye bakıldığında ise; mülkiyet hakkının niteliği nedeniyle ortaya çıkacak bir sorun söz konusudur. Şöyle ki; mülkiyet hakkı sınırsız bir tasarruf imkânı vermektedir ve mülkiyet hakkının kısıtlanması ancak kanunla olanaklıdır. Halbuki dağıtım lisansı sürelidir ve sona erdiğinde, ağın sahibinin ağı kullandırma yükümlülüğü doğacağını veya ağın onun nam ve hesabına satılmasını hükme bağlayan yasal bir düzenleme yoktur.²⁸⁹ Bu durumda, dağıtım ağı ve dağıtım bölgesi ayrıştırılmasının da yapılmadığı dikkate alınınca, ağa sahip olmak süresiz veya sonsuz kısmen veya tamamen bir işletme hakkına sahip olmak anlamına gelecektir. Bu durumda tek çözüm ise, ağın yeniden devletleştirilmesi ve/veya kamulaştırılması olacaktır. Danıştay, bu sorunların ortaya çıkmaması için, işletme hakkı devri yönteminin uygulanması gerektiğini söylemiştir. Baştan mülkiyet devrini öngören bir çözüm düşünülecek olsa idi, bu durumun ortaya çıkmasını önlemek için, hem yasada dağıtım ağı ve bölgesinin açık ve kesin şekilde ayrıştırılması hem de lisans süresinin bitiminde altyapının akıbetinin ne olacağı, dağıtım faaliyetinin nasıl bir çerçeve altında kim tarafından devam ettirileceği konularında açık bir yasal düzenlemenin olması gerekirdi. Bir başka ifadeyle, dağıtım özelleştirmelerinde şebekenin mülkiyetinin devri teorik olarak mümkündü, ancak bunun yapılabilmesi için yasal zeminin daha tutarlı bir biçimde hazırlanması gerekirdi.

289 Böyle bir düzenleme sadece lisansın iptali durumunda öngörülmüştür: 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu 11. madde 2. fıkrası: "Dağıtım bölgeleri için lisansın iptal edilmesinin zorunlu hale gelmesi durumunda Kurul hizmetin aksamaması için gerekli tedbirleri önceden almak suretiyle lisansı iptal eder. Tesislerin mülkiyetini elinde bulunduran lisans sahibinin nam ve hesabına yüzyirmi gün içerisinde ilgili tesisin satışı için ihaleye çıkarılır." (a.b.ç)

4.8.3 Danıştay 1. Daire'nin E. 2004/444, K. 2004/409 sayılı kararı

Danıştay 1. Daire'nin yukarıda incelenen kararı sonrasında ÖYK'nın 2 Nisan 2004 tarihli ve 2004/22 sayılı kararıyla bu sefer TEDAŞ özelleştirme kapsamına alınmış ve özelleştirmenin satış, kiralama, işletme hakkı devri ve işin gereğince uygun sair hukuki tasarruflar yöntemlerinden biri veya birkaçının birlikte ve/veya ayrı ayrı uygulanması suretiyle gerçekleştirilmesi öngörülmüştür.

Ardından, ÖİB dağıtım varlıklarının özelleştirme yöntemini;

- TEDAŞ'a ait dağıtım bölgelerinin birer dağıtım şirketi haline dönüştürülmesi,
 - Dağıtım faaliyeti içinde tanımlanamayacak olan duran varlıkların bu şirketlerin mülkiyetine verilmesi,
 - Şirketlere en fazla 49 yıl süre ile dağıtım lisansı verilmesi ve
 - Şirketlerin hisselerinin satılması
- şeklinde belirlemiştir.

Bu yönetime ilişkin olarak da, ÖİB'nin isteği üzerine Başbakanlık görüş talebiyle Danıştay'a başvurmuştur.

Danıştay, ağ ve bölge mülkiyeti sorunsalını içermeyen bu yöntemi hukuka uygun bulmuştur.²⁹⁰

4.9 Türk Telekom'un özelleştirmesinde mülkiyetin iadesi

Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi'nin (“Türk Telekom”) % 55 oranındaki hissesinin özelleştirilmesi, özelleştirme aşamaları bakımından değil, ihale sonrası imzalanan sözleşmedeki mülkiyetin iadesi bakımından ön plana çıkmaktadır.

Özelleştirme öncesine bakıldığında; 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun (“406 sayılı Kanun”) 2. maddesinde Türk Telekom ile Ulaştırma Bakanlığı arasında bir görev sözleşmesinin imzalanması öngörülmüştür. Daha sonra kanunda yapılan değişikliklerle sözleşme imzalama yetkisi Telekomünikasyon Kurumu'na geçmiş ve 11 Şubat 2002'de görev sözleşmesi yenilenerek sözleşmede kamu payının %50'nin altına düşmesi halinde Telekomünikasyon Kurumu ile Türk Telekom arasında görev sözleşmesi yerine imtiyaz sözleşmesi imzalanacağı öngörülmüştür.

Türk Telekom'un %55 oranındaki hissesinin ihalede en yüksek teklifi veren Ojer Telekomünikasyon A.Ş.'ne (“OJER”) satışı üzerine Telekomünikasyon Kurumu ile Türk Telekom arasında imtiyaz sözleşmesinin imzalanması gereği doğmuş ve bu sözleşme 14 Kasım 2005 tarihinde imzalanmıştır.

406 sayılı Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde “*Telekom'un; ana telekomünikasyon şebekesi üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkı görev sözleşmesi süresinin bitiminden sonra da devam eder.*” hükmü

290 Danıştay 1. Daire, E. 2004/44, K. 2004/409, Kt. 26.11.2004.

yer almakta ve bu hüküm ana telekomünikasyon şebekesinin sahibinin Türk Telekom olduğunu da ortaya koymaktadır. Bu hukuksal durum, imtiyaz sözleşmesinin sona ermesinden sonra ağın akıbeti konusunda elektrik dağıtım özelleştirmelerinde (bkz. Bölüm 4.8) karşılaşılan sorunla benzer nitelikte bir soruna yol açmaktadır. Belirtmek gerekir ki; yukarıda belirtildiği üzere (bkz. Bölüm 2.4.3.), imtiyaz sözleşmelerinde sözleşme süresinin sonunda imtiyaz konusu faaliyetin sürdürülmesi için elde bulundurulması gereken her türlü malın ve araç-gerecin devri de gerekmektedir, ancak 406 sayılı Kanunun 2. maddesi 1. fıkrasının (b) bendi, özel bir yasal düzenleme olduğundan, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin Menafı Umumiyeye Müteallik Kanun hükümlerine ve genel ilkeye üstündür.

Ancak, Danıştay 1. Dairesi “*Sözleşmenin sona ermesi ve Sözleşmeye konu hizmetlerin yürütülmesinin zorunlu olması halinde ilgili mevzuat hükümlerinde öngörülen düzenlemelere paralel olarak, Kurumca yapılması gereken işlemleri açıklayıcı bir hüküm yer alması gerektiğinden*” şeklinde ayrıntı içermeyen ve tatmin edici olmayan bir gerekçeyle Türk Telekom ile akdedilecek imtiyaz sözleşmesine “Sözleşmenin süresinin sona ermesi veya yenilenmemesi halinde Türk Telekom, sistemin işleyişini etkileyen tüm teçhizatı bütün fonksiyonları ile çalışır vaziyette ve bu teçhizatın kurulu bulunduğu, kendi kullanımında olan taşınmazları Kuruma veya Kurumun göstereceği kuruluşa bedelsiz olarak devreder.” hükmünün eklenmesi yolunda görüş bildirmiştir.²⁹¹ Danıştay'ın bu görüşü üzerine Sözleşmenin 38. maddesinin 2. fıkrasına bu hüküm konmuştur.

Ancak; OJER, Türk Telekom hisselerini, 21 Ekim 2005 tarihli bu Danıştay görüşünden önce 1 Temmuz 2005 tarihinde yapılan ihaleyle ve 2 Ağustos 2005 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/9146 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı çerçevesinde devralmıştır.

Türk Telekom, ihale ve nihai devir işlemlerine ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı'nın yayımı tarihinde var olmayan bu koşul nedeniyle imtiyaz sözleşmesini “*38/2. maddeye ilişkin her türlü haklarımızın saklı olduğunu beyan ederiz. Buna ilişkin beyanlarımız bilabere bildirilecektir.*” şeklinde bir beyanla imzalamıştır.

Türkiye Haberleşme Kağıt ve Basın Yayın Hizmet Kolu Kamu Çalışanları Sendikası, bu beyana karşı iptal davası açmıştır.

Danıştay 13. Dairesi, imtiyaz sözleşmesinin Danıştay incelemesinden geçtiği ve incelemeden geçen metinde söz konusu hükmün bulunduğu, Telekomünikasyon Kurulu'nun 2813 sayılı Telsiz Kanunu hükümlerine dayanarak Danıştay'ın görüşlerinin tamamına uyulmasına karar verdiğine, yine Kurul'un Başkana bu koşul çerçevesinde sözleşme imzalanması için yetki verdiğine işaret ederek, Türk Telekom'un Kurul'un bu kararına karşı 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nu aşan şekilde sözleşmeye ek beyan yapmasının hukuka aykırı olduğuna karar vererek beyanı iptal etmiştir.²⁹² Bir başka deyişle, Danıştay dolaylı olarak şu hususa işaret etmektedir: Kurum başkanının yetkisi kurul tarafından kendisine verilen ile sınırlıdır eğer beyan kurum başkanının imzasından önce konulmuş olsa idi

291 Danıştay 1. Daire, E. 2005/838, K. 2005/1250, Kt. 21.10.2005.

292 Danıştay 13. Daire, E. 2006/164, K. 2006/4722, Kt. 13.12.2006.

kurum başkanı bu sözleşmeyi imzalamamalıydı, eğer imzalamış olsaydı yetkisini aşmış olurdu.

Sonuç olarak yukarıda da tartışıldığı gibi (bölüm 2.4.3) Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin sözleşme bitiminde sahiplerine olan değeri ciddi bir belirsizlik altındadır. İmtiyaz sözleşmesi yenilenirse Türk Telekom'un sahipleri muhtemelen birkaç milyar dolar değerinde bir varlığı sözleşme süresince sahip olmaya devam edecek ve bu varlıktan kazanç sağlayacaklar, sözleşme yenilenmezse bu değerdeki bir varlığı karşılıksız devredebektedirler. Sözleşmenin hangi şartlar altında yenileneceği ise açık değildir.

Altını çizmek gerekir ki, her ne kadar Danıştay'ın doğrultusunda düzenlenen imtiyaz sözleşmesi bu anlamda ciddi bir belirsizlik yaratıyorsa da, ortada çözülmesi gereken bir sorun olduğu da açıktır. Yani 406 sayılı Kanun'un yukarıda anılan hükmü de ciddi bir karışıklık yaratmaktadır: Mülkiyet hakkı sözleşmenin bitiminden sonra devam edecek ise, ve sözleşme yenilenmez ise, o zaman hizmet sunumu nasıl devam edecektir? Bu konu havada bırakılmış gözükmektedir. Dolayısıyla Türk Telekom'un alt yapısı konusunda hükümetlerin ve Danıştay'ın etkileşiminden makul ve verimli bir çözüm paketinin ortaya çıktığı söylenemez.

4.10 ENKA Doğalgaz Kombine Çevrim Santralleri

Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. ile ENKA Intergen Konsorsiyumu ("ENKA") arasında; İzmir ve Adapazarı Bölgelerinde doğalgaza dayalı termik santral kurma ve işletme konusunda iki ayrı sözleşme imzalanmıştır (Bunlardan ilki "İzmir Bölge Sözleşmesi", ikincisi "Adapazarı Bölge Sözleşmesi" olarak anılacaktır.).

Sözleşmelerin yasal dayanağı 16 Temmuz 1997 tarihli ve 4283 sayılı "Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması Ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun"dur ("4283 sayılı Kanun").²⁹³

Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi Vakfı ("KİGEM") tarafından, her iki sözleşmeye karşı Ankara 8. İdare Mahkemesi'nde iptal davası açılmıştır. Ankara 8. İdare Mahkemesi, bu davaları davacının menfaati bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.²⁹⁴ Ancak, temyiz incelemesinde Danıştay 10. Daire, davacının menfaati bulunduğu gerekçesiyle kararı bozmuş ve ayrıca sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olması nedeniyle davanın Danıştay tarafından incelenmesi gerektiği sonucuna varmıştır.²⁹⁵

Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin bu karara uyması üzerine, dava dosyaları Danıştay 13. Daire'ye gönderilmiştir.

293 Resmi Gazete: 19 Temmuz 1997 – 23054.

294 Ankara 8. İdare Mahkemesi, E. 1998/1203, K. 1999/428, Kt. 10.05.1999 (İzmir Bölge Sözleşmesi); E. 1998/1205, K. 1999/430, Kt. 10.05.1999 (Adapazarı Bölge Sözleşmesi).

295 Danıştay 10. Daire, E. 1999/2543, K. 2002/348, Kt. 06.02.2002 (İzmir Bölge Sözleşmesi); E. 1999/3874, K. 2002/349, Kt. 06.02.2002 (Adapazarı Bölge Sözleşmesi).

Danıştay 13. Daire, Danıştay incelemesinden geçirilmeyen her iki sözleşme hakkında da aşağıdaki gerekçelerle yürütmenin durdurulması kararı vermiştir:²⁹⁶

- İdari sözleşmeler, (i) taraflarından biri kamu idaresi, kurumu veya kuruluşu olan, (ii) kamu hizmetinin yürütülmesiyle ilgili olan ve (iii) idareye özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanıyan sözleşmelerdir.
- İdari sözleşmelerin ana unsuru olan “kamu hizmeti” kavramı belirsiz olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi tarafından “devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir” şeklinde tanımlanmıştır.²⁹⁷
- Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. Kamu hizmeti kavramının gerek öğretide gerek uygulamalarda, devlet ve öteki kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve bunun da gittikçe genişlediği bir gerçektir.
- Anayasa Mahkemesi, elektrik üretim, iletim ve dağıtımı ile ilgili etkinliklerin, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinimlerinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinlikler olmaları nedeniyle kamu hizmeti oldukları görüşündedir.²⁹⁸ Ayrıca Anayasa Mahkemesi'ne göre “kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindedir”.²⁹⁹
- Bu itibarla, 4283 sayılı Kanunda düzenlenen Yap-İşlet Modeliyle üretim şirketlerince mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere termik santral kurulması, işletilmesi ve enerji satışı hizmeti kamu hizmetidir.
- 4283 sayılı Kanunda idareye, onu üstün kılan yetkiler verilmiştir. Dolayısıyla 4283 sayılı Kanun uyarınca yapılan sözleşmeler idari sözleşmelerdir.
- Kamu hizmetinin uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca sermayesi, kârı ve hasarı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerin yerine getirilmesine “imtiyaz”, bu sözleşmelere de “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri” denir.
- Danıştay 10. Dairesi de dava konusu sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğuna karar vermiştir.
- Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay incelemesinden geçirilmesi hem Anayasal hem de yasal bir gerektir.

Bu davalara ilişkin olarak genel bir değerlendirme yapmak gerekirse:

- a) Elektrik üretim, iletim ve dağıtımı ile bu kapsamda termik santral kurulması, işletilmesi ve enerji satışı kamu hizmetidir.

296 Danıştay 13. Daire, E. 2005/5304, Kt. 10.06.2005 (İzmir Bölge Sözleşmesi); E. 2005/10003, Kt. 04.01.2006 (Adapazarı Bölge Sözleşmesi).

297 Bkz. AMK E. 1994/71, K. 1995/23, Kt. 08.06.1994.

298 Bkz. AMK E. 1994/43, K. 1994/42-2, Kt. 09.12.1994.

299 Bkz. AMK E. 1973/32, K. 1974/11, Kt. 26.03.1974.

- b) Kamu hizmetinin gördürülmesine ilişkin olup idareye özel hukukta bulunmayan üstün yetkiler veren sözleşmeler imtiyaz sözleşmesidir. Danıştay değinmemiş olsa da eklemek gerekir ki, Anayasanın 47. maddesinin “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” hükmü uyarınca, kamu hizmetinin gördürülmesine ilişkin bir sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu yasal olarak öngörülmemişse, o sözleşme idari sözleşme olup kamu hukukuna tabi olacaktır.
- c) Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi Anayasal ve yasal bir zorunluluktur.

İzmir Bölge Sözleşmesi hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilmesinden sonra Bakanlar Kurulu 22 Ağustos 2005 tarihli ve P. 2005/1 sayılı prensip kararıyla santralde üretim faaliyetinin devamına karar vermiştir.³⁰⁰

KİGEM bu prensip kararına karşı da iptal davası açmıştır.

Danıştay 13. Daire, aşağıdaki gerekçelerle prensip kararı hakkında yürütmenin durdurulması kararı vermiştir:

- 4283 sayılı Kanun santralin üretim faaliyetine devam etmesi konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki vermemektedir.
- Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrası uyarınca “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”.
- İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.”.
- Dolayısıyla ilgili mahkeme kararının uygulanması Anayasa ve yasa gereğidir ve Bakanlar Kurulu kararı bu gereği ihlal etmektedir.

Prensip kararının yürütülmesinin durdurulması üzerine, 4283 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenerek, özel hukuka tâbi yeni sözleşmelerin imzalanmasına olanak tanınmış ve böylelikle sözleşmelerin Danıştay incelemesinden geçirilmesi gereği aşılmıştır:³⁰¹

“GEÇİCİ MADDE - Bu maddenin yürürlük tarihini takip eden üç aylık süre içerisinde dâba önce bu Kanun hükümlerine göre üretim tesisi kurma ve işletme izni almış üretim şirketlerinin Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş.'ye başvurusu üzerine, Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. ile üretim şirketi arasında, önceden

300 Danıştay 13. Daire, E. 2006/975, Kt. 30.05.2006.

301 1 Temmuz 2006 tarihli ve 5539 sayılı “Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması Ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”, Resmi Gazete: 18 Temmuz 2006 – 26232.

imzalanmış sözleşmenin yerine geçmek üzere aynı hüküm ve şartları ihtiva eden özel hukuk hükümlerine tâbi sözleşme imzalanır. Bu durumda bu Kanun hükümlerine göre daha önce imzalanmış sözleşmeler ile ilgili olarak; verilmiş olan bazıne garantileri, mütalaa, protokol, açıklama tutanağı, bildiri, muvafakat, taahhütname ve Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. ile ilgili üretim şirketleri arasında imzalanan doğal gaz satış sözleşmeleri herhangi bir işleme gerek kalmaksızın içerdiği hüküm ve şartlarla yenilenmiş sayılır.

“Bu madde uyarınca imzalanan sözleşmeler için 20/2/2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 2 nci maddesinde yer alan onay ve süreye ilişkin hükümler uygulanmaz.”

4.11 Başak Sigorta Özelleştirmesi

Başak Sigorta A.Ş. (“Başak Sigorta”) ve Başak Emeklilik A.Ş.'deki Ziraat Bankası A.Ş.'ye ait kamu hisseleri Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun (“ÖYK”) 2006/27 sayılı ve 17.04.2006 tarihli kararıyla özelleştirme kapsam ve programına alınarak hisselerin satış yöntemiyle özelleştirilmesine karar verilmiştir.³⁰²

İhale ilanı ise 17 Ağustos 2005 tarihli ve 25909 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

İhale 2 Şubat 2006'da yapılmış ve ÖYK'nın 17 Nisan 2006 tarihli ve 2006/27 sayılı kararıyla, hisselerin blok olarak Groupama International'a satılmasına karar verilmiştir. ÖYK kararı 19 Nisan 2006 tarihli ve 26144 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

ÖYK kararına karşı, Başak Sigorta hissedarlarından olan Marmara Zeytin Tarım Satış Kooperatifleri Birliği tarafından iptal davası açılmıştır.

Davaya ilk derece mahkemesi olarak bakan Danıştay 13. Dairesi aşağıdaki gerekçelerle yürütmenin durdurulması kararı vermiştir:³⁰³

- Özelleştirme Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde, satış konusu kuruluşların değerlemelerinin daha etkin ve sağlıklı bir şekilde belirlenmesinin ve kamu mallarının gerçek değerleri üzerinde özelleştirilmelerinin sağlanmasının amaçlandığı belirtilmektedir.
- Başak Sigorta'ya ilişkin gayrimenkul değerlendirme raporu 16 Mart 2005 tarihlidir. Ancak bu tarihten sonra 13 Mart 2006'da yapılan imar planı değişikliği ile Başak Sigorta'nın %99,99 hissesine sahip olduğu Başak Depoculuk A.Ş.'ne ait taşınmazın bulunduğu alandaki Taban Alanı Katsayısı ve Kat Alanı Katsayısı yükseltilmiştir. Bu şekilde oluşan yoğunluk artışının sonucunda taşınmazın değerinin artacağı açıktır.
- Bu değişiklik dikkate alınarak yeni bir değer tespitinin yapılması Özelleştirme Kanunu'nun yukarıda belirtilen amacının gereğidir.
- Dolayısıyla, hisselerin gerçek değeri tespit edilmeden yapılan özelleştirme işleminde hukuka ve kamu yararına uygunluk bulunmamaktadır.

302 Resmi Gazete: 19 Nisan 2006 – 26144.

303 Danıştay 13. Daire, E. 2006/2084, Kt. 16.04.2007.

Değer tespiti bakımından büyük önem taşıyan bu kararı daha yakından incelemekte yarar vardır. Karara konu olayda; değer tespiti 16 Mart 2005, ihale ilanı 17 Ağustos 2005 tarihinde yapılmış ve son teklif verme tarihi 11 Ekim 2005 olarak belirlenmiştir. İhale ise 2 Şubat 2006 tarihinde yapılmıştır. Taşınmazın imar durumunu değiştiren imar planı değişikliği ise, İzmir Büyükşehir Belediyesi'nin 13 Mart 2006 tarihli kararıyla gerçekleştirilmiş³⁰⁴ ve değişiklik 10 Ağustos 2006 tarihinde onanarak kesinlik kazanmıştır. Bu veriler çerçevesinde, imar planı değişikliği kararı ihale ilanından yaklaşık yedi ay, ihale tarihinden yaklaşık bir buçuk ay sonra alınmıştır. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın onay için Özelleştirme Yüksek Kurulu'na başvuru yazısı 28 Mart 2006 tarihli olup imar planı değişikliğine ilişkin karardan onbeş gün sonrasının tarihini, Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun kararı ise 17 Nisan 2006 tarihli olup imar planı değişikliğine ilişkin karardan yaklaşık bir ay sonrasının tarihini taşımakla birlikte imar planı değişikliği bu iki karardan dört - dört buçuk ay sonra onanarak kesinleşmiştir.³⁰⁵

Bu veriler çerçevesinde, Danıştay'ın kararını haklı kılabilen tek ihtimal, imar planı değişikliğinin, örneğin Başak Depoculuk A.Ş. gibi, özelleştirme tarafındaki bir makamca istenmiş olması veya bilinmesi ve dolayısıyla ihale kararı verilirken bedel açısından dikkate alınmasının gerekmesidir.³⁰⁶

Belirtmek gerekir ki; dava sonucunda yürütmenin durdurulması kararındaki gerekçeyle iptal kararı verilir ve bu karar yargısal kesinlik kazanırsa, hukuken, Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı tarihine kadar gerçekleşen değer artışlarının dikkate alınması gerekecektir. Yani ekonomik ortamda satılan varlığın değerini etkileyecek değişiklikler olursa, yeni bir değer tespiti yapmak gerekebilecektir. Kararda hiçbir sınır veya koşul olmaksızın sunulan bu mantık, özelleştirme işlemlerini ciddi biçimde zora sokabilir.

11 Mart 2008 tarihi itibarıyla Danıştay Bilgi Bankası verilerine göre, davada esas hakkında karar henüz verilmemiştir (D.13.D., E. 2006/2084).

304 189 sayılı karar: <http://www.izmir.bel.tr/meclis.asp?menuID=26&MenuName=Belge%20Arşivi&page=92>.

305 Aşağıdaki tablo tarihlerin ve sürelerin izlenebilmesini kolaylaştıracaktır:

İşlem	Tarih	Değer tespitinden itibaren gün sayısı	Bir önceki işlemten itibaren gün sayısı
Değer tespiti	16.03.2005	0	0
İhale ilanı	17.08.2005	154	154
Son teklif	11.10.2005	209	55
İhale	02.02.2006	323	114
İmar planı değişiklik kararı	13.03.2006	362	39
ÖİB'nin ihale onay başvurusu	28.03.2006	377	15
ÖYK kararı	17.04.2006	397	20
İmar planının onanması	10.08.2006	512	115

306 Dava dosyasının tamamı elimizde olmadığından bu hususu incelemek olanaklı olmamıştır. Ancak Danıştay'ın kararında böyle bir ihtimali çağrıştıracak bir ifadeye rastlanılmamıştır.

4.12 İdari Yargılama Hukuku genelinde incelenmesi gereken yargılama usulüne ilişkin konular

Özelleştirme işlemlerinin yargısal denetimi, kuşkusuz Danıştay'ın özelleştirme işlemlerine yaklaşımının yanı sıra, Danıştay'ın idari işlemlere yönelik genel yaklaşımını da yansıtmaktadır. Kimi zaman Danıştay'ın bir tekil özelleştirme işlemi hakkındaki kararı, aslında bu genel yaklaşımının ifadesi olmaktadır. Örneğin kimi zaman Danıştay'ın ÖİB'na fazla takdir yetkisi tanımadığı ifade edilmekte ve bu eleştirilmektedir. Oysa bu durum Danıştay'ın özel olarak özelleştirme işlemlerine değil, genel olarak idari işlemlere yaklaşımını yansıtan bir karardan kaynaklanabilmektedir. Özelleştirme işlemlerinin yargısal denetiminin incelendiği bu çalışmada, Danıştay kararlarının bu genel yaklaşımdan kaynaklanan özelliklerinin veri kabul edilmesinin doğru olacağına inanıyoruz. Bu nedenle Danıştay'ın usule ilişkin genel yaklaşımlarının bazı yönlerini ele almakta yarar görüyoruz.

4.12.1 Menfaat koşulu

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde “1. İdarî dava türleri şunlardır: a) İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları, (...)” demek suretiyle iptal davalarının açılabilmesi için davacı bakımından menfaat koşulu getirilmiştir. Doktrin ve içtihatla menfaatin kişisel, meşru (yani hukuken korunmaya değer) ve güncel olması gerektiği kabul edilmiştir. Menfaatin varlığı ve kişiselliği hususu özelleştirme işlemleri bakımından özellikle şu dört grup için tartışma doğurmaktadır: (i) Çalışanlar, (ii) Milletvekilleri, (iii) Sendikalar, (iv) Dernekler.

4.12.1.1 Çalışanlar

Danıştay; özelleştirmenin çalışma hayatında, istihdam koşullarında, işverenin ve işyerinin hukuki niteliğinde, işyerinin üretim şeklinde, çalışma koşullarında ve çalışanların statülerinde hukuksal değişiklikler yarattığı, kimi zaman da özlük hakları güvencelerinde azalma olduğu gibi gerekçelerle çalışanların kişisel menfaatinin varlığını kabul etmektedir.³⁰⁷ Bu hususların tespit edilemediği hallerde ise, dava menfaat koşulu bakımından, yani menfaat koşulunun gerçekleşmediği gerekçesiyle reddedilmektedir. Örneğin, TEDAŞ Kırşehir Müessese Müdürlüğü'nde sözleşmeli personel olarak görev yapan çalışanın Trabzon, Rize, Artvin, Gümüşhane ve Giresun illerini kapsayan 20. görev bölgesinde, Zigana Elektrik Dağıtım Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye 30 yıl süreyle elektrik dağıtım ve ticareti yapma görevi verilmesine, anılan görev bölgesinde kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılmış veya yapılacak dağıtım tesislerinin işletme haklarının devredilmesine ve adı geçen şirket ile enerji satacak kuruluş arasında 30 yıl süreli enerji satış anlaşması yapılmasına ilişkin 98/11084 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının iptali için açtığı dava, menfaat koşulundan reddedilmiştir.³⁰⁸ Buna karşılık, İstanbul İli Trakya

307 Karş. Danıştay 10. Daire, E. 1997/2003, K. 1998/2445, Kt. 09.06.1998 (Sümer Holding A.Ş. Erzincan Pamuklu Sanayi İşletmesi özelleştirilmesi); Danıştay 10. Daire, E. 1997/2038, K. 1997/2464, Kt. 17.06.1997 (Sümer Holding A.Ş., Karaman Pamuklu Sanayi İşletmesi özelleştirilmesi); Danıştay 10. Daire, E. 1995/2011, K. 1996/7928, Kt. 26.11.1996 (Afşin-Elbistan Linyitleri İşletmesi özelleştirilmesi) – zikreden Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut, İdare Hukuku, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2003, S. 362.

308 Danıştay 10. Daire, E. 1998/5643, K. 1999/502, Kt. 13.02.1999.

Yakasını kapsayan 29. görev bölgesinde faaliyet gösteren BEDAŞ'ta (Boğaziçi Elektrik Dağıtım A.Ş.) sözleşmeli personel olarak görev yapan çalışanın, 29. görev bölgesinde, İSEDAŞ'a (İstanbul Elektrik Dağıtım Sanayi ve Ticaret A.Ş.) 30 yıl süre ile elektrik dağıtım ve ticareti yapma görevi verilmesine, anılan görev bölgesinde kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılmış veya yapılacak dağıtım tesislerinin işletme haklarının devredilmesine ve adı geçen şirket ile enerji satacak kuruluş arasında 30 yıl süreli enerji satış anlaşması yapılmasına ilişkin 98/10864 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının iptali için açtığı davada menfaatin bulunduğu kabul edilmiştir.³⁰⁹ Özelleştirme olgusuna bire bir emsal oluşturmaya da, Danıştay'ın genel yaklaşımının benzer yönde olduğu tespitine dayanak oluşturabilecek kararlar da vardır. Örneğin, PTT personeline tanınan telefon tenzilatından sözleşmeli personelin yararlandırılmaması yolundaki düzenlemeye karşı bir çalışanın açtığı dava görülmüş ve iptal kararı verilmiştir.³¹⁰ Benzer bir şekilde, SSK Genel Müdürlüğü'nün ilave ek ödemedeki yararlandırılacak servis ve laboratuvarlar arasında patoloji laboratuvarına yer vermemesine ilişkin düzenlemesine karşı çalışanın açtığı dava görülmüş ve iptal kararı verilmiştir.³¹¹ Doktrinde de istihdam statülerine bakılmaksızın kamu çalışanlarını ilgilendiren idari kararlar “*çalışanların mesleği ve durumu ile ilgili kararlar*” ve “*hizmetin işleyişi ve örgütlenmesi ile ilgili kararlar*” şeklinde iki başlık altında toplanmaktadır. Çalışanların ilk başlık altındaki kararlardan kendilerini ilgilendiren ve menfaatlerini etkileyenlere karşı dava açabileceği kabul edilmektedir. Buna karşılık, ikinci başlık altındaki kararlara karşı çalışanların kural olarak dava açamayacakları, ancak bu kararlar çalışma koşullarını yasal dayanaktan yoksun olarak ağırlaştırıyorsa dava açmada menfaatleri bulunduğu kabul edilmektedir.³¹² Belirtmek gerekir ki; Danıştay'ın özelleştirmenin istihdam koşullarında, çalışma koşullarında ve çalışanların statülerinde hukuksal değişiklikler yarattığı ve özlük hakları güvencelerinde azalma olduğu yönündeki gerekçelerinde kişisel menfaat daha belirgin iken, çalışma hayatında, işverenin ve işyerinin hukuki niteliğinde, işyerinin üretim şeklinde değişiklik olduğu yönündeki gerekçelerinde kişisel menfaatin tespiti daha zordur.³¹³

4.12.1.2 Sendikalar

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun “Sendikaların Çalışma Hayatına İlişkin Faaliyetleri” kenar başlıklı 32. maddesinde “*Sendikalar aşağıdaki faaliyetlerde bulunabilirler: (...) 3. Çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen veya yazılı başvuruları üzerine, nakliye, neşir veya adi şirket mukaveleleri ile hizmet akdinden doğan hakları ve sigorta*

309 Danıştay 10. Daire E. 1998/3853, K. 2002/173, Kt. 29.01.2002; bu karara ulaşmak olanaklı olmamıştır, ancak dosya aynı dairesinin E. 1998/7180, K. 1999/2637, Kt. 25.05.1999 tarihli kararında (zikreden Bal, Yakup / Karabulut, Mustafa / Şahin Yahya, İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları, Ankara 2003, S. 538) konusuyla birlikte belirtilmektedir.

310 Danıştay 10. Daire, E. 1995/1839, K. 1996/3048, Kt. 28.05.1996.

311 Danıştay 10. Daire, E. 1997/2902, K. 1998/2689, Kt. 11.11.1998.

312 Gözübüyük/Tan, İdari Yargılama Hukuku, s. 360 vd; Gözübüyük, A. Şeref / Dinçer, Güven, İdari Yargılama Usulü, 2. Bası, Ankara 2001, s. 93 vd.

313 Bu hususta 1475 sayılı ve 25.08.1971 tarihli Eski İş Kanunu ile 4857 sayılı ve 22.05.2003 tarihli Yeni İş Kanunu hükümlerine kısaca değinmekte yarar vardır. Eski İş Kanunu 16. madde, 1. fıkrası, (II) numaralı bent, (e) alt bendi uyarınca sözleşmelerde aksine kayıt bulunmadıkça iş şartlarının esaslı bir tarzda değişmesi, başkalaşması veya uygulanmaması işçinin iş sözleşmesini bildirmsiz fesih hakkını doğurmaktadır. Yeni İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca ise “işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir.” Dikkat edilirse, bu hükümler işçinin mevcut çalışma koşulları ile üretim şeklinin korunmasında menfaatinin bulunduğunu ortaya koymaktadır. İşçinin bu yasal düzenlemelerden doğan hakları bir yana bırakılırsa, özelleştirme bir idari işlem olduğundan, bu işlemin mevcut çalışma koşulları ile üretim şekli üzerinde etki yapacağı hallerde özelleştirme işlemine karşı işçinin dava açmakta kişisel menfaatinin bulunduğu kabulü hukuken olanaklıdır.

haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehil olmak,” hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca sendikalar çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda dava açma yetkisine sahiptir. Danıştay bu hükme dayanarak özelleştirme işlemlerine karşı iptal davası açmada ilgili sendikanın yetkisi ve menfaati olduğunu kabul etmektedir.³¹⁴ Özelleştirme olgusuna bire bir emsal oluşturmasa da, Danıştay'ın genel yaklaşımının benzer yönde olduğu tespitine dayanak oluşturabilecek kararlar vardır. Örneğin, Yol-İş Federasyonu'nun Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Cuma günlerine ait mesai saatlerinin düzenlemesine ilişkin işlemine karşı açtığı dava görülmüş ve iptal kararı verilmiştir.³¹⁵ Doktrinde ise Danıştay'ın sendikalar konusunda dar yorum yapma eğiliminde olduğu, ancak üyelerinin tümünü ilgilendiren konularda sendikanın dava açma ehliyetini kabul ettiği tespiti yapılmaktadır.³¹⁶ Konuyla dolaylı da olsa ilgisi olduğundan, Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun yakın tarihli bir kararıyla, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 19. maddesinin (f) bendi³¹⁷ uyarınca, kamu görevlileri sendikaları ve üst kuruluşlarının üyeleri hakkında tesis edilen bireysel (sübjektif) işlemlere karşı üyelerini temsilen dava açma hakkı bulunduğu karar verdiği eklenmelidir.³¹⁸

4.12.1.3 Milletvekilleri

Milletvekillerinin özelleştirme işlemlerine karşı iptal davası açmakta menfaatleri olup olmadığı hususu ÇİTOSAN ve USAŞ özelleştirmelerinde gündeme gelmiştir. ÇİTOSAN davasında davacı davayı milletvekili sıfatına da dayanarak açmıştır. Ancak, Ankara 1. İdare Mahkemesi davacının milletvekili sıfatına değil de, vatandaş ve vergi mükellefi sıfatıyla özelleştirmeden yararlanma olanağı bulunduğu dayanarak menfaat ilgisini kurmuştur ve karar Danıştay tarafından onanmıştır.³¹⁹ USAŞ davasında ise, davacı davayı ana muhalefet partisinin üst yöneticisi, milletvekili ve yurttaş sıfatıyla kendi adına ve ana muhalefet partisi olan SHP'yi temsilen açmıştır. Ancak, ÇİTOSAN davasına koşut şekilde, Ankara 6. İdare Mahkemesi davacının milletvekili sıfatına değil de, vatandaş ve vergi mükellefi sıfatıyla özelleştirmeden yararlanma olanağı bulunduğu dayanarak menfaat ilgisini kurmuştur ve karar Danıştay tarafından onanmıştır.³²⁰ Bu iki davaya ilişkin olarak belirtilmesi gereken önemli husus, iptal kararlarının, Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'nun 30.04.1987 tarihli ve 1987/54 sayılı kararına aykırılık nedeniyle verilmiş olması ve bu kararda, kararda belirtilen kuruluşlarının hisselerinin öncelikle çalışanlarına, yöre halkına, küçük tasarruf sahiplerine, yurt dışındaki işçilerimize ve halka satılmasının öngörülmüş olmasıdır.³²¹ Buna karşılık Afşin-Elbistan (A) Termik Santralinin özelleştirilmesine ve ORÜS Bartın İşletmesinin özelleştirilmesi amacıyla ihale

314 Karş. Danıştay, 10. Daire, E. 1995/4319, K. 1996/2743, Kt. 21.05.1996 (Yem Sanayii T.A.Ş. Uşak Yem Fabrikası özelleştirilmesi); Danıştay 10. Daire, E. 1997/1912, K. 1999/6913, Kt. 15.12.1999 (Sümer Holding A.Ş. Erzincan Pamuklu Sanayi İşletmesi özelleştirilmesi) – zikreden Bal, Yakup / Karabulut, Mustafa / Şahin Yahya, İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları, Ankara 2003, S. 537.

315 Danıştay 8. Daire, E. 1975/1993, K. 1976/672, Kt. 02.03.1976 – zikreden Özyay, İl Han, Gün Işığında Yönetim, İstanbul 2004, S. 91.

316 Gözübüyük/Tan, İdari Yargılama Hukuku, s. 372.

318 "Sendika ve konfederasyonlar kuruluş amaçları doğrultusunda aşağıdaki faaliyetlerde bulunabilirler: (...)f) Üyelerin idare ile ilgili doğacak ihtilaflarında, ortak hak ve menfaatlerinin izlenmesinde veya hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini veya mirasçılarını, her düzeyde ve derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil etmek veya ettirmek, dava açmak ve bu nedenle açılan davalarda taraf olmak".

318 Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E. 2005/1, K. 2006/1, Kt. 03.03.2006.

319 Danıştay 10. Daire, E. 1990/1742, K. 1991/2328, Kt. 19.06.1991.

320 Danıştay 10. Daire, E. 1990/2308, K. 1991/3355, Kt. 25.11.1991.

321 Çitosan özelleştirilmesine ilişkin olarak bkz. yukarıda "4.7".

açılmasına ilişkin olarak milletvekili sıfatıyla açılan davalarda, tek başına milletvekili sıfatının menfaat koşulunu sağlamadığı yolunda kararlar verilmiştir.³²²

4.12.1.4 Dernekler

Özelleştirme bakımından dernekler konusunu tartışmaya değer kılan şey, Çeşme Limanı özelleştirmesine karşı Uluslararası Nakliyeciler Derneği'nin açmış olduğu iptal davasıdır.³²³ Bu davada ilk derece mahkemesi olan İzmir 1. İdare Mahkemesi'nin davalı Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın itirazını gerekçe göstermeksizin reddetmesine rağmen,³²⁴ temyiz mercii olan Danıştay 13. Daire, menfaat ilgisini “uluslararası eşya ve emtia nakliyesi işi yapan, liman ve taşıma ücreti ödeyerek limandan yararlanan gerçek ve tüzel kişilerin üyesi olduğu davacı Uluslararası Nakliyeciler Derneği'nin dava konusu işlemde menfaatinin etkilendiğinin açık olması” gerekçesiyle kurmuştur.³²⁵ Danıştay'ın benzer bir kararı, Veteriner Hekimleri Derneği'nin Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Veteriner Hekimliği Uzmanlık Yönetmeliği'ne açtığı iptal davasında verdiği karardır. Bu davada Danıştay, derneğin veteriner hekimler arasında toplumsal dayanışmayı sağlamak amacıyla kurulduğu, dernek tüzüğünde bu amacı gerçekleştirebilmek için veteriner hekimlik mesleğinin halk yararına en iyi şekilde düzenlenmesini ve gelişmesini sağlamaya çalışacağı ve veteriner hekimliğin ve veteriner hekimlerin sorunlarını çözümlenmeye çalışıp haklarını koruyacağı belirtiltiği gerekçesiyle, derneğin, üyelerinin hukukunu korumak amacıyla dava açmakta menfaatinin bulunduğu karar vermiştir.³²⁶ Tekel Müfettişleri Derneği'nin Tekel başmüfettiş ve müfettişlerinin görev tahsisli kamu konutu tahsis edilecek unvanlar arasından çıkarılmasına ilişkin Tekel Genel Müdürlüğü Yönetim Kurulu kararına karşı açtığı iptal davasında ise, ilk derece mahkemesi olan Danıştay 8. Dairesi menfaat koşulunun gerçekleşmediğine karar vermiş,³²⁷ ancak temyiz mercii olan Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, derneğin amacının üyelerinin tüm demokratik, ekonomik, sosyal ve özlük haklarını koruyup geliştirerek birleşmelerini ve dayanışmalarını sağlamak olduğu, dernek tüzüğünde amacın üyelerinin tümünü ilgilendiren mesleki sorunların çözümlenmesi, üyelerinin personel hukukundan doğan haklarının savunulması ve yeni hakların elde edilmesi için çalışmak olarak belirlendiği, dava konusu işlemin dernek üyelerinin personel hukukundan doğan haklarını kısıtlayan nitelikte olduğu ve bunun davacı derneğin faaliyet alanına giren ve dernek kişiliğinin hak ve çıkarlarını ilgilendiren konulardan olduğu gerekçesiyle derneğin dava açma menfaati olduğuna karar vermiştir.³²⁸ Buna karşılık; Banka Mağdurları Yardımlaşma ve Dayanışma Derneği'nin, 2003/6668 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan T.İmar Bankası T.A.Ş. Nezdinde Bulunan Tasarruf, Ticari Kuruluşlar ve Diğer Kuruluşlar Mevduatının Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna Ödenmesine İlişkin Esas ve Usuller

322 Danıştay 10. Daire, E. 1995/2009, K. 1995/3001 (Afşin-Elbistan (A) Termik Santrali özelleştirilmesi) – zikreden Gözübüyük/Tan, İdari Yargılama Hukuku, s. 367; Danıştay 10. Daire, E. 1995/4474, K. 1995/3771 (Afşin-Elbistan (A) Termik Santrali özelleştirilmesi) – zikreden Bal, Yakup / Karabulut, Mustafa / Şahin Yahya, İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları, Ankara 2003, S. 558; Danıştay 10. Daire, E. 1998/108, K. 2000/5742, Kt. 16.11.2000 (ORÜS Bartın İşletmesi özelleştirilmesi) - Bal, Yakup / Karabulut, Mustafa / Şahin Yahya, İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları, Ankara 2003, s. 561.

323 Bu davanın ayrıntıları için bkz. yukarıda “4.2.3.”

324 İzmir 1. İdare Mahkemesi, E. 2003/1500, K. 2004/1486, Kt. 03.12.2004.

325 Danıştay 13. Daire, E. 2005/7150, K. 2006/1231, Kt. 28.02.2006.

326 Danıştay 5. Daire, E. 1996/2, K. 1996/3674, Kt. 27.11.1996.

327 Danıştay 5. Daire, E. 1999/47, K. 1999/233, Kt. 03.02.1999.

328 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 1999/390, K. 2000/761, Kt. 26.05.2000.

Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı'na karşı açtığı dava, dernek tüzüğünde ilgili hususlar bulunmasına rağmen, bankada hesabı bulunanların hesaplarının ödenmemesi sonucunu doğuran işleme karşı açılacak davalarda, dava açma hakkının esas hak sahibine ait olacağı ve bu hakların onlar adına üçüncü kişilerce kullanılmasının olanaklı olmadığı, ayrıca derneğin tüzüğünde banka mağdurları adına dava açma hakkının değil, açılmış ve açılacak olan davaların takibine yardım etmek görevinin verildiği gerekçesiyle menfaat koşulu bakımından reddedilmiştir.³²⁹

Genel bir değerlendirme yapmak gerekirse; Danıştay kararları, derneklerin menfaat koşulu değerlendirilirken, dava konusu işlemin dernek üyelerinin tamamını veya bir kısmını ilgilendirip ilgilendirmedikten çok ilgili menfaatin ferdileştirilip ferdileştirilemeyeceğine bakıldığı kanısını uyandırmaktadır. Bunun yanında Çeşme Limanı kararının gerekçesi, menfaatin varlığının kabulünde “hizmetten yararlanma” olgusunun da rol oynadığını göstermektedir.³³⁰

4.12.2 Dava açma süresi

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinin 1. fıkrası uyarınca iptal davası açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde, Danıştay'da ve idare mahkemelerinde 60 gündür. Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca bu süre, idari uyuşmazlıklarda yazılı bildirim yapıldığı tarihi, ilanı gereken düzenleyici işlemlerde ise ilan tarihini izleyen günden itibaren başlar. Ekleme gerekir ki, Anayasanın 125. maddesinin 3. fıkrası uyarınca da idari işlemlere karşı açılacak davalarda süre yazılı bildirim tarihinden başlar. Bu hükümler iki temel kuralı ortaya koymaktadır: (i) Bireysel işlemlerde dava açma süresi yazılı bildirimle başlayacaktır; (ii) İlanı gereken düzenleyici işlemlerde ilanla başlayacaktır. Anayasa'da düzenleyici işlemlerden tüzüğün Resmi Gazete'de yayımlanması öngörülmüş, yönetmeliklerden hangilerinin Resmi Gazete'de yayımlanacağını belirleme yetkisi ise yasa koyucuya bırakılmıştır.³³¹ Bunlar dışında hangi işlemlerin yayımlanacağını belirleme yetkisi yasa koyucudadır. Örneğin Özelleştirme Kanunu'nun 17. maddesinin (F) bendi uyarınca, kuruluşların özelleştirme programına alınmalarına ve özelleştirme uygulamaları sonucu nihai devir işlemlerinin onaylanmasına ilişkin kararlar Resmi Gazete'de yayımlanır.

Danıştay, Anayasa'ya ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'na uygun şekilde, bireysel işlemlerde yazılı bildirim kesin şekilde aramakta, sözlü bildirim veya kamuoyuna duyuru niteliğinde yayını dava açma süresinin başlaması için yeterli görmemektedir.³³²

329 Danıştay 10. Daire, E. 2004/5645, K. 2004/6431, Kt. 27.09.2004 (İlk derece); Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2005/2008, K. 2005/2297, Kt. 06.10.2005

330 Karş. altı çizili yerler: “uluslararası eşya ve emtia nakliyesi işi yapan, liman ve taşıma ücreti ödeyerek limandan yararlanan gerçek ve tüzel kişilerin üyesi olduğu davacı Uluslararası Nakliyeciler Derneği'nin dava konusu işlemde menfaatinin etkilendiğinin açık olması”.

331 Bu konuda bkz. 3011 sayılı ve 24.05.1984 tarihli Resmi Gazete'de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun. Bu kanun uyarınca; milli emniyet ve milli güvenlikle ilgili olan ve gizlilik derecesi taşıyan yönetmelikler hariç olmak üzere; Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin; işbirliğine, yetki ve görev alanlarına ait hükümleri düzenleyen; kamu personeline ait genel hükümleri kapsayan; kamuyu ilgilendiren yönetmelikler Resmi Gazete'de yayımlanır. Mahalli idarelerce düzenlenen ve bu idarelerin yetki ve görev alanlarına giren yönetmelikler ise mahallinde çıkan gazete veya diğer yayın yollarıyla ilan edilir.

332 Örn. İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 1991/10, K. 1992/68, Kt. 20.3.1992 (Doçentlik Sınav Yönetmeliği uyarınca yapılan sözlü bildirim dava açma süresinin başlaması için yeterli görülmemiştir.); Danıştay 10. Daire, E. 1999/1800, K. 2000/79, Kt. 19.1.2000 (Borsada işlem yapma yasağına ilişkin sübjektif işlemin davacıya tebliğ edilmeksizin kamuoyunu bilgilendirmeye yönelik davalı idarece yayınlanan haftalık bülten dergisindeki ilan dava açma süresinin başlaması için yeterli görülmemiştir.).

Danıştay'ın yazılı bildirim gerekmeyen bireysel işlemlere ilişkin genel yaklaşımı ise, yazılı bildirimle ilgililerin idari davaya konu edecekleri işlemde haberdar olmalarının amaçlandığı ve dolayısıyla yazılı bildirim olmadığı hallerde dava açma süresinin dava açacak ilgilinin işlemde haberdar olduğu tarihte başlaması gerektiği yolundadır.³³³ Dolayısıyla, yayımlanmayan özelleştirme işlemlerine karşı dava açma süresinin haberdar olma tarihinden başlatılması Danıştay'ın genel yaklaşımına uygundur. Ancak, Danıştay haberdar olma hususunu salt davacının sübjektif bir açıklaması olarak kabul etmeyip objektif değerlendirme de yapmaktadır. Örneğin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Birecik Baraj ve Hidroelektrik Santrali Tesis ve İşletme A.Ş. arasında uygulama anlaşması yapılması ve TEAŞ ile şirket arasında enerji satış anlaşması imzalanmasına karşı açılan iptal davasında Danıştay, uygulama anlaşmasının 19.03.1993'te, enerji satış anlaşmasının 16.01.1996 tarihinde yapıldığı; işlemlerin bu tarihten itibaren yurt çapında yayın yapan basın organlarında çeşitli gelişmeleriyle birlikte kamu oyuna haber olarak sunulduğu; davacı meslek odasının Eylül 1996 tarihli yayınında enerji sektöründe yap-işlet-devret uygulamasına karşı dava açma hazırlığında olduğunun belirtildiği; davacının tüzüğünde uzmanlık alanında ülke çıkarlarına uygun politikalar üreterek, bunları savunmak, kamuoyu oluşturmak, ilgilileri uyarmak, kanunun ve ülke çıkarlarının sağlanmasında, yurdun doğal kaynaklarının korunmasında ve işletilmesinde gerekli tüm girişim ve etkinliklerde bulunmak amaçlarının öngörüldüğü ve dolayısıyla ülkenin enerji sektöründeki gelişmelerden haberi veya bilgisi olmadığına ilişkin bir yorum yapmanın olanaklı olmadığı gerekçesiyle davayı süre yönünden reddetmiştir.³³⁴

Özelleştirme bakımından dava açma süresi hususunu tartışmaya değer kılan şey, Çeşme Limanı özelleştirmesine karşı Uluslararası Nakliyeciler Derneği'nin açmış olduğu iptal davasıdır.³³⁵ Özelleştirme Kanunu'nun 17. maddesinin (F) bendi uyarınca Resmi Gazete'de yayımlanan 2003/17 sayılı ÖYK kararına karşı açılan bu davada Danıştay, ÖYK kararının düzenleyici bir işlem olmadığı ve dolayısıyla Resmi Gazete'de yayımlanmayla dava açma süresinin başlamayacağı, davacıya yazılı bildirim de söz konusu olmadığı, davacının daha önce haberdar olduğu yolunda hukuken itibar edilir herhangi bir bilgi ve belgenin de ortaya konulmadığı gerekçesiyle davacının ileri sürdüğü öğrenme tarihini süre başlangıcı olarak kabul etmiştir.³³⁶ Bu karardaki kritik husus, yasal olarak öngörüldüğü üzere Resmi Gazete'de yayımın dahi yazılı bildirim gerekmeyen bireysel işlemlere karşı dava açma süresini başlatmayacağıdır. Eklemek gerekir ki; Danıştay, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun ("BDDK") Demirbank TAŞ'nin ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredilmesine ilişkin kararına karşı açılan iptal davasında da, BDDK'nın kararının, Bankalar Kanunu uyarınca Resmi Gazete'de yayımlanmış olmasına rağmen, düzenleyici bir işlem olmayıp bireysel işlem niteliğinde olduğuna ve dolayısıyla dava açma süresinin bu yayımla başlamayacağına, genel kurala göre bu tür bireysel işlemlerde idari davaların yazılı bildirim yapıldığı veya işlemin öğrenildiği tarihi izleyen günden başlayacağına karar vermiştir.³³⁷

333 Örn. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2004/741, K. 2004/1854, Kt. 11.11.2004.

334 Danıştay 10. Daire, E. 1997/1068, K. 1998/2671, Kt. 17.06.1998 - zikreden Bal, Yakup / Karabulut, Mustafa / Şahin Yahya, İdari Yargılama Usulü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları, Ankara 2003, S. 83.

335 Bu davanın ayrıntıları için bkz. yukarıda "4.2.3."

336 Danıştay 13. Daire, E. 2005/7150, K. 2006/1231, Kt. 28.02.2006.

337 Danıştay 13. Daire, E. 2005/824, K. 2005/2667, Kt. 18.05.2005.

Dikkat edilirse, özelleştirme bakımından sorun olarak görünen husus, aslında yargılama usulüne ilişkindir: Belirli bir idari işlemin yayımı hangi hallerde dava açma süresini başlatır, hangi hallerde başlatmaz?

Özetlemek gerekirse; özelleştirme işlemlerine karşı açılan davalar konusunda sıkça dile getirilen, işleme karşı sonradan dava açıldığı veya işlemin yayınlanmış olmasına rağmen bu yayına itibar edilmeyerek dava açma süresinin işlemden haberdar olmadan itibaren hesaplandığı eleştirileri, Danıştay'ın, bireysel işlemlerde dava açma süresinin yazılı bildirimle, ilanı gereken düzenleyici işlemlerde ilanla başlayacağı kuralında hareketle geliştirdiği, (i) düzenleyici işlem niteliğinde olmayan bir işlem ilan edilse dahi dava açma süresi bu ilanla değil, haberdar olmayla başlar ve (ii) düzenleyici olsun veya olmasın ilan edilmeyen veya yazılı olarak bildirilmeyen bir işlem söz konusuysa dava açma süresi haberdar olmayla başlar şeklindeki özetlenebilecek ve idari yargılamanın tüm hallerinde uygulanan genel kurallar nedeniyle yöneltilmektedir. Bir başka deyişle, yaklaşım özelleştirmeye münhasır olmayıp tüm idari yargılama sistemine yöneliktir.

4.12.3 Özelleştirme prosedüründeki birden çok işleme karşı dava açılması

Bilindiği üzere; özelleştirme prosedüründe özelleştirme kapsamına alma, özelleştirme programına alma, ihale ilanı, şartname, ihale komisyonu kararı ve ihale komisyonu kararının onaylanması gibi bir dizi işlem yapılmaktadır.

Uygulamada yukarıda belirtilen işlemlerin her birine karşı ayrı bir iptal davası açılmakta ve bu davalar idari yargı tarafından görülmektedir. Bu durumun değerlendirilmesinde uygulanacak yasal kıstas İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun idari dava açılabilmesi için önkoşul olarak aradığı “kesin ve yürütülmesi gereken bir işlemin var olup olmadığı”dır.

Danıştay'a göre kesinlik, işlemi yapan makamdan başkaca bir makamın onayına ihtiyaç bulunmaması ve işlemin hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını geçirmiş olmasıdır.³³⁸ Yürütülmesi gerekli olma ise, işlemin ve doğurduğu hukuksal sonucun gereğinin idare tarafından yerine getirilmesinin gerekmesi anlamına gelmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki; hem doktrin hem Danıştay yasadaki “kesin ve yürütülmesi gereken” terimlerini sadece lafzıyla sınırlı görmeyip, bu terimlerle amaçlanan “etkililiği” de koşul olarak aramaktadır.³³⁹ Etkililik, hukuk düzeninde sonuç doğurma veya değişiklik meydana getirme, ilgisinin veya idare edilenlerin hukukunda değişiklik meydana getirme anlamına gelmektedir.³⁴⁰

Danıştay, özelleştirme prosedüründe yapılan işlemlere ilişkin örnek oluşturacak ve özelleştirmedeki işlem silsilesine benzer prosedürlerdeki genel yaklaşımı da yansıtan bir kararında

338 Örn. Danıştay 6. Daire, E. 1997/4788, K. 1998/5520, Kt. 17.11.1998; Danıştay 11. Daire, E. 1996/1175, K. 1996/2221, Kt. 28.05.1996.

339 Örn. Gözübüyük/Tan, İdari Yargılama Hukuku, s. 302 vd.; Danıştay 6. Daire, E. 1997/4788, K. 1998/5520, Kt. 17.11.1998; Danıştay 11. Daire, E. 1996/1175, K. 1996/2221, Kt. 28.05.1996.

340 Örn. Danıştay 6. Daire, E. 1997/4788, K. 1998/5520, Kt. 17.11.1998; Danıştay 11. Daire, E. 1996/1175, K. 1996/2221, Kt. 28.05.1996.

şunları söylemektedir: “Özelleştirmenin, Kuruluşun blok satışı yoluyla gerçekleştirilmesi halinde, ihale süreci; ihale komisyonunun oluşumu, ihaleye çıkarma ve ihale ilanının yayınlanması, ihale komisyonunca ihalede uygulanan yöntemle ihalenin karara bağlanması ve nihayet Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun ihale komisyonu kararını onaylanması ile tamamlanmaktadır. Bu durumda, özelleştirme konusunda ilgili şirketle sözleşme sonucunu doğuracak işlemler zincirini oluşturan her işlemin nihai işlemde ayrı, ondan bağımsız bir hüviyeti ve etkisi olması durumunda, sonuç işlemde ayrı ayrı dava konusu edilebilmeleri mümkün bulunduğundan (...)”³⁴¹

Bu bilgiler ışığında özelleştirme kapsamına ve özelleştirme programına alma işlemlerine bakıldığında; Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun işlemleri, başkaca bir makamın onayına tâbi olmaması nedeniyle kesindir, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın ve ilgili kuruluşun bu kararın gereğini yerine getirmekle yükümlü olmaları nedeniyle işlem yürütülmesi gereken bir işlemdir ve Özelleştirme Kanunu'nun çeşitli hükümleri karşısında programa alınan kuruluşun hukuksal statüsü değişmekte, yani etkililik koşulu yerine gelmektedir.

İhale ilanına bakıldığında; bu ilan aslında ilgili kuruluşun, varlığın veya hissenin deyim yerindeyse satışa sunulmasına, ihale usulüne, geçici teminat miktarına, teklif verme süresine ve idarece gerek görülen diğer hususlara ilişkin bir dizi kararı³⁴² içeren bir işlemin dışı vurumudur. Yapılmış olan ilan, artık başkaca bir makamın onayına tâbi olmaması nedeniyle kesindir. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın bu ilan yürürlükte kaldığı sürece ilanda belirtilen hususların gereğini yerine getirmekle, bir başka deyişle ilandaki hususlara uygun davranmakla yükümlü olması nedeniyle yürütülmesi gerekli bir işlemdir. Bu ilanla ihaleye ilişkin temel kurallar ortaya konduğundan ve bu kurallar hem idare hem de istekliler bakımından bağlayıcı olduğundan hukuk düzeninde sonuç doğmaktadır ve dolayısıyla etkililik koşulu da yerine gelmektedir.

Şartnameler bakımından yukarıda ihale ilanına ilişkin olarak söylenenler aynen geçerlidir.

İhale komisyonu kararı ise, kesinlik bakımından tartışılması özellikle gereken bir işlemdir. Özelleştirme Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasında Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun görevleri arasında “(...) yapılan ihaleler sonucunda ihale komisyonlarınınca verilen nihai kararları onaylamak,” sayılmıştır. Bu hüküm bir yandan “onay”dan bahsederek ihale komisyonu kararının kesin olmadığı kanısını uyandırmakta, ancak aynı zamanda “nihai karar” diyerek ihale komisyonu kararının kesin olduğu kanısını uyandırmaktadır. Bu husus bir kenara bırakılıp ihale komisyonu kararının yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı değerlendirilirse, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ihale komisyonu kararı doğrultusunda hareket etmekle yükümlü olduğundan karar yürütülmesi gereken bir işlemdir. İhale komisyonu kararı, hem Özelleştirme İdaresi, hem özelleştirme konusu kuruluş veya varlık hem de istekliler (teklifi kabul edilenler bakımından olumlu, teklifi kabul edilmeyenler bakımından olumsuz anlamda) hakkında hukuk düzeninde sonuç doğurmaktadır. Bu sonuçlar belki Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun kararıyla kesinlik kazanacaktır, ancak bu karar verilene kadar

341 Danıştay 10. Daire, E. 2004/8257, K. 2004/7618, Kt. 22.06.2004 (Tüpraş, %65,76 oranındaki kamu payının özelleştirilmesi).

342 Karş. Özelleştirme Uygulamalarında Değer Tespiti Ve İhale Yönetmeliği, 9. madde (İhale ilanında bulunacak hususlar).

ilgililer hukuk düzenindeki bu değişikliğe tâbidir. Örneğin; Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ihale komisyonu kararı uygulanana kadar ihale konusu kuruluş veya varlığı yeniden ihaleye çıkaramayacaktır, ihaleyi kazanan istekli Özelleştirme Yüksek Kurulu ihale komisyonu kararı hakkında karar vermediği sürece teklifiyle bağlıdır. Özellikle eklemek gerekir ki; Danıştay içtihadının geliştirildiği olaylarda genelde işlemi onaya sunulan makam veya idarenin bu işlemi geri alması veya çekmesi olanaklıdır. Ancak ihale hukukunun genelinde ihale komisyonu kararları bakımından, Özelleştirme Kanunu'nun 2. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “nihai” ibaresinde dile getirilen husus söz konusudur: İhale komisyonu kararını sonradan değiştiremez.³⁴³ İhale komisyonu kararlarının kesinlik niteliği olduğuna ilişkin yaklaşımın nedeni de muhtemelen budur. Danıştay da, ayrıntılı bir gerekçe vermeden ihale komisyonu kararlarının tek başına iptal davasına konu edilebileceği kararına varmıştır.³⁴⁴

İhale komisyonu kararının onaylanması ise, yukarıdaki tartışmalardan azade bir işlemdir. Bu işlemin kesin, yürütülmesi gereken ve etkili bir işlem olduğu konusunda tartışma yoktur.

Danıştay'ın bu konudaki yaklaşımı, PETKİM özelleştirmesine karşı açılan iptal davasında yürütmenin durdurulması talebinin reddine karşı itiraz edilen İdari Dava Daireleri Kurulu'nun kararında çok açık şekilde özetlenmektedir:³⁴⁵ “Özelleştirme uygulaması birbirini takip eden bir dizi işlemden oluşmaktadır. Bu işlemlerin herbiri ayrı ayrı hukuki sonuç yarattıklarından birinin ötekilerden bağımsız olarak dava konusu edilebileceği Danıştayın bugüne kadar ki kararlarıyla kabul edilmiş bulunmaktadır.”.

4.13. Toplu değerlendirme

Özelleştirme işlemleri hakkında alınmış karar örnekleri Tablo 1'de özetlenmiştir. Yukarıdaki değerlendirmede iptal kararlarının ardında şu tür nedenlerin yattığı ortaya çıkmaktadır:

- İmtiyaz sözleşmesinin Danıştay denetiminin yapılmamış olması (Aktaş I, ENKA Doğalgaz)
- Rekabet ortamının sağlanmamış olması (Aktaş II, Tüpraş %65.76 hisse satışı)
- Özelleştirme Kanunu'na veya şartnameye aykırı işlemler (Tüpraş, %14.67 hisse satışı)
- Kapasite veya yatırım hedef veya taahhütlerinin belirlenmemiş olması (İskenderun Limanı, Seydişehir Alüminyum)
- Yanlış değerlendirme yönteminin kullanılmış olması (SEKA)
- Değer tespiti bir kez yapıldıktan sonra ortamda satılan varlığın değerini etkileyecek bir değişikliğin olması, bunun zerine yeniden değer tespit yapılmasının gerekli görülmesi (Başak Sigorta)

343 Örn. karş. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu 31. madde: “İhale komisyonları tarafından alınan ihale kararları, ita amirlerince karar tarihinden itibaren en geç 15 işgünü içinde onaylanır veya iptal edilir. İta amirince karar iptal edilirse ihale hükümsüz sayılır.”; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 40. madde, 6 ve 7. fıkralar: “İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder. İhale; kararın onaylanması halinde geçerli, iptal edilmesi halinde ise hükümsüz sayılır.”.

344 Danıştay 10. Daire, E. 2004/8257, K. 2004/7618, Kt. 22.06.2004 (Tüpraş, %65,76 oranındaki kamu payının özelleştirilmesi).

345 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, YD. İtiraz No: 2007/939, Kt. 27.12.2007.

Dosyaların içerikleri hakkında tam bilgi sahibi olunmadan bu kararlar hakkında kesin bir değerlendirme yapmak mümkün değildir. Kesin bir değerlendirme için idarenin özelleştirme işlemini nasıl gerçekleştirdiği, danışman raporlarının niteliği, şartname vb. dokümanlar hakkında ayrıntılı bilgiye ihtiyaç vardır.

Yine de bu nedenlerden ilk üçünün fazla tartışılacak bir yönü yok gibi gözükmektedir. İptale neden olan işlemlerin niteliği göz önünde bulundurulduğunda, iptal kararları haklı gibi durmaktadır. Bu olaylarda temel sorun idarenin özelleştirme işlemlerine gereken hukuksal özeni göstermemesi gibidir.

Yatırım gerekleri önemli bir konu olarak ortaya çıkmaktadır. Daha baştan belirtmek gerekir ki; yatırım gereği esasen ekonomik bir husustur ve yatırım gereğinin hukuksal bakımdan gerçekleştirilmesi (örn. hangi yasal koşulun veya hangi kamu yararı mülahasasının gereği olduğu) hem gerekli hem de önemlidir. Dolayısıyla Danıştay'ın kararlarında yatırımın neden ve hangi amaçla gerektiğini veya gerekmediğini ve yatırım gereğine ilişkin genel kıstasları daha açık ve anlaşılır şekilde ortaya koyması hem idareye yol gösterecek, hem de bu husustaki belirsizlikleri ortadan kaldıracaktır. Örneklere bakıldığında, Danıştay kimi zaman yatırım hedeflerinin olmamasını iptal nedeni saymış, kimi zaman da (Tüpraş kararında olduğu gibi) mülkiyet devri içeren özelleştirme işlemlerinde yatırım veya üretim hedeflerinin belirlenmesinin zorunluluk olmadığını ifade etmiştir. Hatta Tüpraş'ın % 51 hisse satışını içeren özelleştirme işlemine ilişkin kararında Tüpraş'ın özelleştirme sonrasında üretim ve yatırım kararlarının “piyasa ekonomisi kuralları çerçevesinde gerçekleşeceğini” kabul etmiş ve şartnamede bu konuda koşulların olmamasının özelleştirmeyi hukuka aykırı kılmadığını belirtmiştir. Hâlbuki Seydişehir Eti Alüminyum ve İskenderun Limanı özelleştirmelerinde yatırım taahhütlerinin açıkça belirtilmemiş olması yüzünden özelleştirme işlemleri iptal edilmiştir.

Tablo 1: Özelleştirme İşlemleri Hakkındaki Kararlar

Vaka	İşlemin niteliği	Nihai Karar	Tarih (*)	Gerekçe
Aktaş I	İHD sözleşmesi	Sözleşmenin iptali	1993	Danı tay denetimi yapılmamış
Aktaş II	İmtiyaz sözleşmesi	Sözleşmenin iptali	2001	Sözleşmenin rekabetçi olmayan bir biçimde verilmesi, Aktaş'ın mevzuattaki çelişkileri kendi ararına idare zararına istismar ettiği, haksız kazanç sağladığı, mali ilişkilerde düzensizlik, İHD devir bedelinin belirlenmemiş olması vb
İskenderun Limanı	İHD sözleşmesi	Sözleşmenin iptali	2006	Kapasite ve yatırım hedef ve taahhütlerinin belirlenmemesi
Mersin Limanı	İHD sözleşmesi	Davanın reddi	2006	Sözleşme yolu ile düzenleme; yatırım hedeflerinin belirlenmiş, rekabeti bozacak davranışlar hk. önlem alınmış olması
Çeşme Limanı	İHD sözleşmesi	Sözleşmenin iptali	2006	Rekabet Kurulu görüşünün alınmaması
Seydişehir Eti Alüminyum	Varlık satışı	Satışın iptali	2006	Danışman raporuna göre verimlilik artışı için gerekli kapasite artırımının taahhüt edilmemiş olması; Oymapınar Barajı'nın değerinin hesaplanmamış olması
Tüpraş - %65,76 hisse satışı	Hisse satışı	Satışın iptali	2004	İhaleye katılabilmek için gerekli bilgilerin yetersiz olması
Tüpraş - %14,76 hisse satışı	Hisse satışı	Satışın iptali	2006	Arac kuruluşun rekabet ortamı yaratmadan seçilmiş olması; OİB'ye verilen yetkinin Özelleştirme Kanunu'na aykırı olması
Tüpraş - %51 hisse satışı	Hisse satışı	Davanın reddi	2005-2006	Tüpraş'ın yasal bir tekel olmaması nedeniyle devletin yakın denetimine gerek olmaması; üretim ve yatırımlarının piyasa ekonomisi kuralları çerçevesinde gerçekleşeceği; mülkiyetin devri yönteminde üretim ve yatırım şartlarının belirlenmesinin olanaklı fakat zorunlu olmaması; TÜPRAŞ'ın zaten bir Yatırım Master Planı'nın bulunması
SEKA Balıkesir	Varlık satışı	Satışın iptali	2005	Yanlış değerlendirme yönteminin kullanılmış olması; satış bedelinin tasfiye değerinin altında olması; özelleştirme kanunu gerekçesinde belirtilen "geçek değerinin üzerinde satılması" hükmü
SEKA Aksu	Varlık satışı	Davanın reddi	2003	İşletmenin zarar etmekte olması, şartnamede en az üç yıl üretim yapma zorunluluğunun getirilmesi, bu şart altında elde edilecek net satış hasılatı ve mamul madde stokunun kapitalizasyon değerini karşılamaması
Çitosan	Varlık satışı	Satış kararının iptali	1991	Geçmişte yapılan bir idari işlem yüzünden yenisinin geçerli olmaması
ENKA doğalgaz kombine çevrim santrali	Yap İşlet	Sözleşmelerin iptali	2005-2006	Sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olması ve buna rağmen Danıştay denetiminden geçmemiş olması
Araç Muayene İstasyonları	Araç muayene istasyonları açılması ve muayene yetkisi verilmesi	Yetki devri bakanlık tarafından iptal edildi	2002-2003	Bakanlık müfettiş raporuna göre şartnamenin ihalede belirli katılımcılara avantaj sağlaması
Başak Sigorta	Varlık satışı	Satış işlemi hakkında yürütmeyi durdurma	2006-2007	Değer tespitinden sonra gayrimenkul değerini arttıracak bir imar planı değişikliğinin ortaya çıkması, yeniden değer tespiti yapılmaması

(*): Bir çok dosya hakkında birden fazla karar vardır; tablodaki tarihler yaklaşık bir fikir vermesi amacıyla belirtilmiştir.

Yatırım koşulları konusunda esas sorun bu konuda idareyi yönlendirecek bir çerçevenin olmaması gibi gözükmemektedir. Danıştay kararları bu konuda yeterli ipucu vermemektedir, bir başka ifadeyle, kararlar incelendiğinde Danıştay'ın hangi koşullarda yatırım taahhütlerini gerekli gördüğü ve ne tür yatırım hedeflerini yeterli göreceği konusunda ilkeler ortaya çıkarmak mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla hangi şartlar altında yatırım koşullarının gerekli olduğu konusunda idare açısından bir belirsizlik var gibidir. Bu belirsizlik idareyi gereksiz yere yatırım şartı empoze etmeye itebilir ki, bölüm 2.4'te tartışıldığı gibi, bu özelleştirmeden beklenen verimlilik artışını baştan sınırlama riskini taşır.

Bu konuda bir çözüm, gerek idarenin, gerek yargısal denetimin yatırım koşul ve hedeflerinin gerekliliğini değerlendirirken daha fazla ekonomik analiz ve muhakemeye yer vermesi olabilir. Örneğin, idare eğer yatırım koşullarının gerekli olmadığına inanıyorsa, bunun neden gerekli olmadığını ekonomik bir analiz sunarak destekleyebilir. Benzer şekilde yargısal denetim sırasında yatırım koşulları gerekli görülürse bunun ekonomik gerekçesinin iyi bir şekilde açıklanması bu konudaki belirsizliği gidermekte yardımcı olacaktır. Kuşkusuz bu tür analizlerde özellikle incelenmesi gereken konu, yine 2. bölümde tartışıldığı gibi piyasa aksaklıkları veya özelleştirilen şirketlerin kârlılık hedefleri ile toplumsal refah hedefleri arasında ciddi bir sapma veya farklılığın olup olmadığıdır. İlkesel olarak bu tür sapmaların olmadığı ortamlarda şirketin optimal yatırımları zaten yerine getireceğini varsaymak doğru olacaktır.

Yatırım sorununu çözenin bir başka yolu da doğrudan yatırımı hedeflemek yerine yatırımdan beklenen sonuçlar üzerinde odaklaşmaktır. Örneğin önemli olan hizmet kalitesi ise, bu kalite standartlarının belirlenmesi ve bu standartlara nasıl ulaşılacağı konusunun işletmeciye bırakılması doğrudan yatırım miktarı belirlemekten daha yararlı olacaktır. SEKA Aksu özelleştirmesinin yargısal denetiminde buna yakın bir mantık kullanılmış ve özelleştirmenin iptali için açılmış olan dava üretim hedeflerinin belirlenmiş olması gerekçesi ile reddedilmiştir (bkz. bölüm 4.6.2)

Özelleştirme işlemlerinin yargısal denetiminde karşılaşılan bir başka ve belki daha temel bir sorun ise doğrudan doğruya özelleştirme işlemlerinin Özelleştirme Kanunu'nda tespit edilmiş hedefleri ile ilgilidir. Bu konu beşinci bölümde ayrıntılı bir biçimde tartışılmaktadır.

5. Sonuç yerine: Hukuksal sorunlardan kaçınmaya ve hukuksal sorunların çözümüne ilişkin öneriler

Kanımızca bu çalışmada ortaya çıkan önemli sonuçlardan biri, özelleştirme politikasının ciddi bir “öğrenme süreci”nden geçmiş olduğudur. Bunda hem özelleştirme politikasına muhalif olanların açıkları davaların hem de yüksek yargının önemli katkıları olmuştur. Bir başka katkı da özellikle şebeke sanayilerinde düzenleyici çerçevelerin oluşmakta olmasından doğmaktadır. Özellikle telekomünikasyon ve elektrik sektörlerinde düzenleyici bir çerçevenin ve bunu hayata geçirmekle görevli idari otoritelerin mevcudiyeti, kamu yararını korumaya yönelik tüm önlemlerin özelleştirme aşamasında veya imtiyaz sözleşmelerinde alınması gereğini ortadan kaldırmış, bu ayrıca özelleştirme işlemlerinin yargısal denetimini de kolaylaştırmıştır. 4. bölümde ayrıntılı bir biçimde incelenen iptal davalarının mevcudiyetine rağmen bugün özelleştirmelerin kamu yararını koruyacak bir biçimde yapılma ve başarılı olma ihtimalleri çok daha yüksektir. Yukarıda değinildiği gibi limanlar sektörü bu açıdan geride kalmış gibidir. Konuya Anayasa düzeyinde bakıldığında, yapılan değişikliklerle özelleştirmelere yasal zemin hazırlama konusunda meclise ciddi bir esneklik tanındığını söylemek doğru olacaktır.

Özelleştirmede karşılaşılan hukuksal sorunlardan kaçınmak ve özelleştirme sürecini iyileştirmek için şu konuların üzerine eğilmek yararlı olacaktır:

Bu konulardan birincisi saydamlıktır. Kamu idaresinin başka alanlarında olduğu gibi, saydamlık özelleştirme sürecinde de kritik bir rol oynamaktadır. Şu anda saydamlıktan temelde ihale sürecinin kamuoyuna açık olması anlaşılmaktadır. Oysa, saydamlık çok daha geniş bir kavramdır. Örneğin özelleştirme işlemlerinin tümünün yayınlanması, web sitelerinde bulunması gerekir. Ayrıca şartnamelerin hatta imtiyaz sözleşmelerinin kamuya açık olmaması ve yayınlanmaması için hiçbir neden yoktur; eğer ticari gizlilik gereği varsa (ki doğal tekellerde ciddi bir sorun olmaması gerekir) dokümanların ilgili yerleri kapatılabilir. Öte yandan, özelleştirmeye ilişkin birçok yargı kararına erişilememektedir. Bu kararların da yayınlanması gerekmektedir. Aynı şekilde yargısal denetimde idarenin sunduğu dosyanın kamuoyuna açık olması, saydamlığa büyük bir katkı yapacaktır. Böylece hem idarenin yaptığı hazırlığın hem yargısal denetimin kalitesinin değerlendirilmesi mümkün olacaktır.

Saydamlığın bir başka yönü idari işlemlerin ve yargı kararlarının gerekçelerinin anlaşılır olması ve kamuoyuna iyi açıklanmasıdır. Özelleştirme sürecinin her bir aşaması için idarenin ayrıntılı gerekçeler göstermesi (ve bunların kamuoyuna açık olması) doğru olacaktır.³⁴⁶ Bu yargısal denetimin daha doğru ve etkin bir biçimde yapılmasına da yardımcı olur. Aynı şekilde, yargısal denetim sırasında alınan kararların da gerekçelerinin daha açık ve anlaşılır bir biçimde yazılması, idareye yol göstereceğinden, özelleştirmelerin kalitesini olumlu etkileyecektir.

346 Mevcut durumda bunun yapılmadığını varsayıyoruz ancak dosyaların ayrıntılarını bilmediğimizden yanılıyor olabiliriz.

İkinci konu 4046 numaralı Özelleştirme Kanunu ile ilgilidir. Kanunun 1. maddesinde özelleştirme hedeflerinin, her ikisi de birlikte, yani “ve” bağlacıyla bağlanarak, “ekonomide verimlilik artışı” ve “kamu harcamalarının azaltılması” olarak ifade edilmiş olması bazı şartlarda idare açısından fazla kısıtlayıcı olan yorumlara yol açabilmektedir. Aslında bu iki ifade çok geniş yorumlanmaya açıktır. Bölüm 2'de ayrıntılı bir biçimde tartışıldığı gibi, ciddi rekabet sorunlarının, dışsallıkların ve evrensel hizmet ya da kamu hizmeti gibi toplumsal hedeflerin bulunmadığı durumlarda özelleştirmenin verimlilik artışına yol açacağı konuya ekonomik yaklaşımın ön kabullerinden biridir. Dolayısıyla hedefin “ekonomide verimlilik artışı” olarak belirlenmiş olmasının, diğer koşulun aynı olayda gerçekleşmesi aranmadıkça, idareye yeterince esneklik sağlaması mümkündür. Ancak Danıştay kararları böyle bir ön kabulü yansıtmadığı gibi, bizzat kanun maddesindeki ifade de geniş bir yorumu mümkün kılmamaktadır. Şöyle ki: Kanun'un 1. maddesinde yer alan “*ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma*” ibaresinden anlaşılacağı üzere ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma koşulları birlikte aranmaktadır. Bu iki koşulun birlikte aranması, kimi özelleştirmelerde yapılan özelleştirmenin doğası ve olgusal nedenleriyle çelişik sonuçlara varılmasına neden olmaktadır.

Örnekleme gerekirse, ekonomide verimlilik artışı sağlayan, ancak kamu giderlerinde azalma sağlamayan veya kamu giderlerinde azalma sağlayan, ancak ekonomide verimlilik artışı sağlamayan bir özelleştirme rahatlıkla iptal kararıyla karşılaşabilir. Bunlar yanında bir de, gerçek değer üzerinde özelleştirme koşulu arandığında hukuksal sorunsal daha da derinleşmektedir. Şöyle ki, ekonomide verimlilik artışı istekliye yatırım ve üretim koşulunun getirilmesini gerektirmekte, bu ise isteklinin özelleştirme bedeli yanında ek mali yükümlülükler üstlenmesine neden olmakta, bunun yanında özelleştirme bedelinin gerçek değer üzerinde olması gerekmektedir. Bu durumun istekli bakımından her zaman ekonomik bakımdan cazip veya kabul edilebilir olmayacağı açıktır. İşletmenin zarar ettiği hallerde ise ekonomik cazibe ve kabul edilebilirlik daha da düşük olacaktır. Bu nedenle, öncelikle Özelleştirme Kanunu'nun 1. maddesindeki “*ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma*” ibaresinin “*ekonomide verimlilik artışı veya kamu giderlerinde azalma*” şeklinde değiştirilmesi ve/veya yasada belirtilecek temel ilkeler çerçevesinde bu amaçlardan birini tercih etme konusunda idareye takdir yetkisi tanınması önerilebilir. Bunun yanında, gerekçede yer alan “gerçek değer üzerinde özelleştirme” amacının “mevcut değer üzerinde” şeklinde değiştirilmesi ve bu şekli ile kanun metnine dahil edilmesi ve ekonomide verimlilik artışı ile kamu giderlerinde azalma yanında üçüncü seçenek olarak düzenlenmesi de hukuksal bakımdan rahatlama sağlayacak bir yol olarak görünmektedir.³⁴⁷

Bu söylediklerimizi vurgulamak için, PETKİM özelleştirmesine karşı açılan iptal davasında yürütmenin durdurulması talebinin reddine karşı itiraz edilen ve yürütmenin durdurulması kararı

347 Bu çalışmayı gerçekleştirirken edindiğimiz salt kişisel bir deneyim olarak belirtmeliyiz ki, tekil olarak ele aldığımız veya benzerleriyle karşılaştırdığımız kimi özelleştirme olaylarında mantıksal veya ekonomik bakımdan çelişik görünen yargı kararlarının bu üç amacın (ekonomide verimlilik artışı, kamu giderlerinde azalma ve gerçek değer üzerinde özelleştirme) birine veya diğerine öncelik veya ağırlıklı değer verilmesiyle anlamlandırılabilceğini, ancak kimi olaylarda bu öncelik veya ağırlıklı değeri gerçekleştiremediğimizi gördük. Tekil kararlar düzeyinde bu üç amaçtan birini öne çıkarmak o kararı bize anlaşılır kılsa da, yargı organlarının böyle bir öncelik veya ağırlıklı değer verme sisteminden hareket ettiklerini gösteren açık veriler tespit edemedik. Dolayısı ile bazı kararlar arasında tutarlılık bulmakta zorlandık. Bu durumda yargısal denetimin idareye net sinyaller göndermesi zor görünmektedir.

verilmesi gerektiğine hükmeden İdari Dava Daireleri Kurulu'nun kararını zikretmekte yarar vardır.³⁴⁸ “4046 sayılı Kanun özelleştirme uygulamalarında ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamayı amaçladığına göre; petrokimya ürünlerine olan talebin sürekli arttığı ülkemizde, yapılan yatırımlarla üretim kapasitesi artan ve kâr eden büyük bir petrokimya kompleksi olan PETKİM'in %51 oranındaki kamu hissesinin özelleştirilmesinde üstün kamu yararı bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” Bu karar iki farklı şekilde yorumlanabilecek niteliktedir. İlk yorum, “kâr edildiğinden dolayı kamu giderlerinde azalma koşulu gerçekleşmemiştir” ve/veya “yapılan yatırımlarla üretim kapasitesi arttığından ekonomide verimlilik artışı koşulu gerçekleşmemiştir” şeklinde yapılabilir. Bu yorum karşısında özelleştirmeyi haklı kılacak tek neden gerçek değer üzerinde özelleştirme olabilir ki; bu, gerçek değer üzerinde özelleştirme ayrı ve bağımsız bir amaç olmadığından hali hazırdaki hukuksal durum itibarıyla olanaksızdır. Bu yorum, kanunda özelleştirme hedeflerinin ifade edilmiş biçiminin idare için kısıtlayıcı olabileceği şeklindeki yorum ile tutarlıdır.

İkinci yorum ise, şüpheli niteliktedir ve esasen, alıntılanan kısmın ve kararda yer alan şu ibarelerin birlikte yorumlanmasına dayanabilir: “Bütün idari işlemlerin kamu yararı maksadını taşıması gerektiği tartışmasıdır. İdare işlem tesis ederken (...) birden fazla kamu yararının çatışması durumunda “üstün kamu yararı” dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla idari işlemin maksat yönünden yargısal denetimi de işlem ile sağlanan her türlü yarar ve işlemin ortaya çıkardığı tüm sakıncalar gözönüne alınarak yapılmalıdır. Ayrıca, Yasada özel bir amaç belirlenmiş ise işlemin bu amaca uygun olması gerektiği de kuşkusuzdur.”. Bu durumda, İdari Dava Daireleri Kurulu'nun, yasada belirtilen amaçlar dışında bir üstün kamu yararı aramak ve yasada belirtilen amaçlar gerçekleşse dahi bu üstün kamu yararı çerçevesinde değerlendirme yapmak eğilimini gösterdiği yorumu yapılabilir.

Belirtmek gerekir ki; İdari Dava Daireleri Kurulu, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da açılan davalarda yürütmenin durdurulması talepleri hakkındaki kararlara karşı itiraz ve nihai kararlara karşı temyiz merciidir. Bu özelliğin ilgili daire olan 13. Daire'yi etkilemesi halinde ise, anılan daire, ilk derece mahkemesi olarak özelleştirme işlemlerinde karar veren idare mahkemelerinin nihai kararlarına karşı temyiz mercii olduğundan, özelleştirme konusunda yetkili olan tüm idari yargı mercilerinin etkileneceği açıktır. Şüpheli bir yorumla atfedilen bu eğilim gerçekse ve kalıcılaşırsa, Özelleştirme Kanunu'nda öngörülen amaçlar, deyim yerindeyse “özelleştirmenin asgari koşulları” olacak ve bu koşulların gerçekleşmesi yanında Danıştay'ca belirlenecek başkaca kamu yararı unsurlarının bulunması, belki de özelleştirmeden dolayı yine Danıştay'ca belirlenecek bazı, deyim

348 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, YD. İtiraz No: 2007/939, Kt. 27.12.2007. PETKİM özelleştirmesi çerçevesinde alınmış dört ayrı karara karşı Petrol-İş Sendikası dört ayrı iptal davası açmıştır. Bu kararlar şunlardır: (1) Petkim'in %51 hissesinin blok satış yoluyla gerçekleştirilmesine ilişkin 13 sayılı ÖYK kararı, (2) İhale oluru ve şartname, (3) 05.07.2007 tarihli ihale komisyonu kararı, (4) Socar&Turcas-İnjaz Ortak Girişim Grubuna satışa ilişkin 63 sayılı ÖYK kararı. Blok satışa ilişkin ÖYK kararına karşı açılan davada Danıştay 13. Dairesi davacının yürütmenin durdurulması istemini reddetmiştir (Kt. 19.09.2007), ancak İdari Dava Daireleri Kurulu 13. Dairenin kararını kaldırarak davacının talebi doğrultusunda yürütmenin durdurulması kararı vermiştir (YD İtiraz no. 2007/939, Kt. 27.12.2007); sonrasında 13. Daire davayı reddetmiştir (E. 2007/5180, K. 2008/2188, Kt. 11.02.2008); bu karara karşı davacı tarafından temyiz başvurusunda bulunulmuştur (Temyiz E. 2008/178). İhale oluru ve şartnameye karşı açılan davada Danıştay 13. Dairesi davacının yürütmenin durdurulması istemini reddetmiş (Kt. 19.09.2007), ancak İdari Dava Daireleri Kurulu 13. Dairenin kararını kaldırarak davacının talebi doğrultusunda yürütmenin durdurulması kararı vermiştir (YD İtiraz no. 2007/938, Kt. 27.12.2007); sonrasında 13. Daire davayı reddetmiştir (E. 2007/7558, K. 2008/2189, Kt. 11.02.2008); bu karara karşı davacı tarafından temyiz başvurusunda bulunulmuştur (Temyiz esas numarası henüz belli değildir.). İhale komisyonu kararına karşı açılmış olan davada Danıştay 13. Dairesi davayı kesin ve yürütülebilir bir işlem bulunmadığı gerekçesiyle esasa girmeksizin reddetmiş (E. 2007/9728, K. 2007/5017, Kt. 19.09.2007), bu karara karşı davacı tarafından temyiz başvurusunda bulunulmuştur (Temyiz E. 2008/417). : Socar&Turcas-İnjaz Ortak Girişim Grubuna Satışa İlişkin 63 sayılı ÖYK kararına karşı açılan davada Danıştay 13. Dairesi davacının yürütmenin durdurulması istemini reddetmiş (E. 2007/15156, Kt. 13.02.2008), bu karara davacı tarafından itiraz edilmiştir (YD İtiraz no. 2008/357).

yerindeyse “kritik sakıncalar”ın bulunmaması ve her halde kamu yararı unsurlarından oluşan bütününe özelleştirmeden doğacak sakıncalara üstün gelmesi –ki bu tespiti yapacak olan da Danıştay’dır- gerekecektir. Hukuki veya iktisadi olarak ne kadar temellendirilse veya iyi gerekçelendirilirse de hep tartışma konusu olabilecek böylesi bir durum, Danıştay’ın ve idare mahkemelerinin, bu çalışmada da dile getirilen bazı haklı eleştiriler hariç olmak üzere, mevcut haklılık temelini zedeleyeceğinden ve belki de ortadan kaldıracığından ne hukuki ne de ekonomik bakımdan arzu edilebilir.³⁴⁹

4046 numaralı Özelleştirme Kanunu bağlamında tartışılabilir bir başka konu değer tespiti ile ihalede gerçekleşen değer arasındaki ilişkidir (teorik tartışma için bkz. bölüm 2.4.5). Kimi durumlarda (SEKA Balıkesir örneğinde olduğu gibi) ihale değeri tespit edilen değer altında olabilmektedir. Bu durumda birkaç denemeden sonra ihalede oluşan satış fiyatını o malın gerçek değeri olduğunu kabul etmek ve gerekirse özelleştirme kanununu bu yönde değiştirmek doğru olacaktır.

Doğal tekelerde şebekenin mülkiyetinin devredilmesi konusu da ayrı bir sorun olarak varlığını sürdürmektedir. Kanımızca şebeke unsurlarının mülkiyetinin devri, gerekli yasal temel oluşturulması ve kamu hizmetleri açısından gerekli önlemlerin alınması şartıyla mümkündür. Nitekim Türk Telekom özelleştirmesinde bu yol seçilmiştir. Gerek telekomünikasyon, gerek elektrik sektörlerinde doğal tekel ve kamu hizmeti özelliklerinin gerektirdiği düzenleyici çerçeve büyük ölçüde oluşturulmuştur (kalan sorunlar uygulama sorunlarıdır.). Aslında ekonomik açıdan bakıldığında doğal tekel özelliğini sürdüren ve sürdüreceği olan şebeke unsurlarının (örneğin özellikle gaz ve elektrik dağıtım sistemi)³⁵⁰ mülkiyetinin devrinin toplumsal yararı veri alınabilecek bir konu da değildir. Burada kanımızca çözülmemiş olan mesele, mülkiyet devri olsun veya olmasın, sözleşme veya lisans döneminin sonunda karşılaşılabilecek sorunlardır. Özellikle teknolojik devrimin hızlı olduğu telekomünikasyon gibi sektörlerde sözleşme veya lisans döneminin sonu yaklaştıkça yatırım teşvikinin azalması, sözleşme bitimi sorununun ciddi bir biçimde ele alınmasını gerektirmektedir. Yukarıda ayrıntılı bir biçimde tartışıldığı gibi, bu sorun Türk Telekom özelinde de çözülmemiştir.

349 Danıştay 13. Daire, İdari Dava Daireleri Kurulu kararının aksi yönde karar alarak davayı esastan reddetmiştir (E. 2007/7558, K. 2008/2189, Kt. 11.02.2008). Onüçüncü Dairenin temel gerekçelerini iki ayrı başlık altında toplamak olanaklıdır. İlki, idare lehine imtiyazlı hisse oluşturularak şirketin alabileceği önemli kararların (örneğin kapasitenin %10'dan fazla azaltılması, şirketin yeni bir şirket veya ortaklık kurması) imtiyazlı hisse sahibi idare tarafından seçilen yönetim kurulu üyesinin olumlu oyuna bağlanmasıdır. Deyim yerindeyse böylece PETKİM'in geleceği ve varlığı idarenin denetimi ve güvencesi altına alınmıştır.

İkincisi ise, blok satış yöntemiyle özelleştirme kararının kamu yararına uygun olduğudur. Kararda, esas olarak şu gibi hususların saptandığı dile getirilmiştir: PETKİM'in uluslararası rekabet karşısında kâr marjının düştüğü; hızla büyüyen pazar karşısında yatırıma yönelik kararları, bu kararlar alınırken izlenmesi zorunlu kamusal usullerden dolayı yeteri kadar hızlı alamadığı ve bu yüzden iç pazarda pazar kaybına uğradığı; PETKİM'in ancak deneyimli ve finansal bakımdan güçlü stratejik yatırımcılar ile “geleceğe taşınabileceği”, bu yüzden blok satış yönteminin uygun olduğu; stratejik yatırımcı sayesinde Petkim'in operasyonel olarak mevcut durumdan daha iyi bir noktaya getirileceği ve ekonomide verimlilik artışı sağlanacağı. Onüçüncü Daire, kararında yer alan bu ve benzeri gerekçelerle, “kâr eden bir işletmenin satışında kamu yararı olup olmadığı” sorusunu, doğrudan olmamakla birlikte, ileride verimlilik artışına yol açacak bir yöntemle özelleştirme yapılması halinde işletmenin kâr etmesinin özelleştirmeyle ilgili kamu yararını yok etmediği şeklinde yanıtlamış görünmektedir. Ancak bu karar, 13. Daire'nin Özelleştirme Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan “ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma” koşullarını birlikte aramadığı şeklinde yorumlamak zor görünmektedir. Çünkü, her ne kadar “verimlilik artışı” değerlendirilmesinin içinde kaybolursa da, kararda dünya, bölge ve ülke ölçüsündeki rekabet ve buna bağlı yatırım gereğinin idarenin gerekçelerine bağlı olarak güçlü şekilde vurgulanması, “gelecekte yapılması gereken veya gerekebilecek kamu giderlerinde azalma” olgusunun dikkate alındığı kanısını uyandırmaktadır. Karar, özelleştirme lehine en olumlu şekilde, şirketin gelecekte bir kamu giderine neden olacağı yolunda tutarlı ve dayanıklı bir öngörü veya risk bulunması halinde, özelleştirme işleminin “kamu giderlerinde azalma” koşulunu karşılayacağı şeklinde yorumlanabilir.

350 Buna karşılık telekomünikasyon sektöründe bakır kablo temelli şebekenin doğal tekel özelliğinin alternatif şebeke teknolojilerinin gelişmesi ile birlikte, çok uzak olmayan bir gelecekte, sona ermesi beklenmektedir.

Yüksek yargının özelleştirme konusuna yaklaşımı hakkında özet bir değerlendirme olarak şunlar söylenebilir: Anayasal düzeyde özelleştirme önünde ciddi bir engel yoktur. Yasal zemini iyi hazırlandıktan, kamu yararı ile ilgili sorunlar konusunda yeterli önlemler alındıktan sonra kamu hizmeti olarak görülen hizmetlerin özel sektör eliyle görülmesi de mümkündür. Yüksek yargı genel olarak gerek yürütmeye gerek idareye takdir yetkisi verilmesine sıcak bakmayan bir hukuk felsefesi içindedir, yetkilerin yasalarda ayrıntılı bir biçimde tanımlanmış olmasını gerekli kılmıştır. Ancak bu tutumu “özelleştirme karşıtı” şeklinde betimlemek mümkün değildir.

Tekil özelleştirme işlemlerinin yargısal denetimine gelince, burada da iptallerin önemli bir bölümünün yetersiz hazırlık veya usule ilişkin yanlışlıklardan veya yasayla veya yargı kararlarıyla hukuksal olarak belirlenmiş hedeflerin gereğince dikkate alınmamasından kaynaklandığı söylenebilir. Ancak özelleştirme kanununda özelleştirmenin hedeflerine ilişkin yapılmış belirlemeler uygulamada idareyi önünü ciddi biçimde kısıtlayabilecek niteliktedir. Yine uygulamada özellikle satılan varlıkların değeri, yatırım hedefleri gibi konularda iktisadi gerekçe ve ilkelerin daha ciddi ve yetkin bir biçimde kullanılması özelleştirmelerin kamu yararına uygun bir biçimde yapılmasını kolaylaştıracak, hem de özelleştirilen şirketlere gerekli olmayan kısıtlamaların yüklenmesini engelleyecektir.

EK: Menafi Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun ve Çevirisi

Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun	Genel Menfaatlere İlişkin İmtiyazlar Hakkında Kanun
Kabul Tarihi: 10 Haziran 1326	Kabul Tarihi: 23 Haziran 1910 ³⁵¹
Yayımlandığı Takvimi Vakayı: Tarih: 24 Haziran 1326 - Sayı: 576	Yayımlandığı Takvimi Vakayı: Tarih : 7 Temmuz 1910 Sayı: 576
Yayımlandığı Düstur: Tertip: 2 - Cilt: 2 - Sayfa: 362	Yayımlandığı Düstur: Tertip: 2 - Cilt: 2 - Sayfa: 362
<p>Madde 1 - Evvela her ne suretle olursa olsun devletçe halen ve atiyen taahhüdatı maliyeyi tazammun ve emval ve emlaki umumiyenin sarf ve tahsisini istilzam etmeyen, saniyen bütçeye dahil bir hizmeti umumiyeye taalluk eylemeyen, salisen işbu kanunda tasrih olunan muafiyetten gayri muafiyatı muhtevi bulunmayan rabian kavanini mer'iyeye ahkâmının tadil ve tağyirini müstelzim olmıyan hamisen vilayet devairi belediyesinin teşkilatına dair vazedilecek kavanin ile itası hükümeti mahalliyenin dairei selahiyetlerinde bulunmıyacak olan menafii umumiyeye müteallik imalat imtiyazatı doğrudan doğruya kuvvei icraiye tarafından verilecektir.</p>	<p>Madde 1 - Öncelikle, ne şekilde olursa devletçe halen ve gelecekte mali taahhüt içermeyen ve kamu mallarının ve emlakının harcanmasını ve tahsisini gerektirmeyen; ikinci olarak bütçeye dahil bir genel hizmete ilişkin olmayan; üçüncü olarak, bu kanunda belirtilen muafiyetlerden başka muafiyet içermeyen; dördüncü olarak, yürürlükteki kanunların hükümlerinin değiştirilmesini ve kaldırılmasını gerektirmeyen; beşinci olarak, il belediye daireleri teşkilatı hakkında çıkarılacak kanunlarla yapılması yerel idarelerin yetkisine bırakılmıyacak olan genel menfaatlere ilişkin üretim imtiyazları doğrudan doğruya yürütme organı tarafından verilecektir.</p>
<p>Madde 2 - Bircümle imtiyazat için muktazi olup iştirası lazımgelen veya sureti muvakkatede işgal ve terki icabeden arazi ve emlak hakkında kavaidi atıye cari olacaktır. İmtiyazı ita olunacak imalat ve müteferriatının tesisine muktazi olup ashabi uhdesinde bulunan emlak ve arazinin iştirası hususunda sahibi imtiyazla ashabi beyninde itilaf hasıl olamadığı takdirde mezkûr emlak ve arazi istimlak kanununa tevfikân iştirâ olunacak ve bedeli iştirasiyle masarifi sahibi imtiyaz tarafından tesviye olunacaktır. İmtiyaz müddeti zarfında sahibi imtiyazın teklifi ve mercii olan Nezaretin tensibi üzerine muvakkaten işgali lazımgelen arazi ve taş ocakları ve balast mahalleri ashabinâ İstimlak Kanununda tayini kıymet için mevzu usule tevfikân takdir olunacak tazminat sahibi imtiyaz tarafından tesviye edildikten sonra</p>	<p>Madde 2 - Bütün imtiyazlar için gerekli olup satın alınması gereken veya geçici şekilde işgal ve terki gereken arazi ve emlak hakkında aşağıdaki kurallar geçerli olacaktır. İmtiyazı verilecek üretim ve eklentilerinin kurulması için gerekli olan emlak ve arazinin satılması konusunda sahipleriyle imtiyaz sahibi arasında anlaşma sağlanamazsa, söz konusu emlak ve arazi kamulaştırma kanununa göre satın alınacak ve satış bedeli ile giderleri imtiyaz sahibi tarafından ödenecektir. İmtiyaz süresi içinde imtiyaz sahibinin teklifi ve yetkili Bakanlığın uygun bulması üzerine işgali gereken arazi ve taş ocakları ve balast yerleri, sahiplerine Kamulaştırma Kanununda değer tespiti için belirlenmiş usule göre takdir olunacak tazminat imtiyaz sahibi tarafından ödendikten sonra yerel idareler aracılığıyla imtiyaz sahibine teslim edilecektir.³⁵² Üretim ve</p>

351 Tarihler, Türk Tarih Kurumu Tarih Çevirme Kılavuzu ile çevrilmiştir.

352 Bu konuda ayrıca bkz. Menafii Umumiyyeye Müteallik Hususat İçin Efrada Ait Arazi İle Taş Ocaklarının Muvakkaten İşgali Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 9 Şubat 1331, Yayımlandığı Takvimi Vakayı: 18 Şubat 1331 - Sayı: 2455, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 2 - Cilt: 8 - Sayfa: 404 (Genel Menfaatlere İlişkin İşler İçin Kişilere Ait Arazi İle Taş Ocaklarının Geçici İşgali Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 22 Şubat 1916, Yayımlandığı Takvimi Vakayı: 2 Mart 1916 - Sayı: 2455, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 2 - Cilt: 8 - Sayfa: 404).

<p>hükümeti mahalliye marifetiyle sahibi imtiyaza teslim edilecektir. İmalat ve müteferriatının tesis ve inşasına muktazi olan arazi emriye haliye hitamı müddeti imtiyaza kadar sahibi imtiyaza meccanen terkolunabileceği gibi esnayı ameliyatta arazi mezkureden muvakkaten işgali icabeden yerlerle derunlarında bulunan taş ocakları ve balast mahalleri de hükümetçe lüzum görüldüğü halde ashabi imtiyaza meccanen tahsis edilebilecektir.</p>	<p>eklentilerinin kurulması ve inşası için gerekli olan boş devlet arazileri imtiyaz süresinin sonuna kadar imtiyaz sahibine bedelsiz olarak bırakılabileceği gibi çalışmalar sırasında söz konusu arazilerden geçici olarak işgali gereken yerlerle bunlardaki taş ocakları ve balast yerleri de hükümetçe gerekli görüldüğü hallerde imtiyaz sahibine bedelsiz olarak tahsis edilebilecektir.</p>
<p>Madde 3 - (Mülga: 25/6/1932 tarihli ve 2025 sayılı Kanun)</p>	<p>Madde 3 - (Mülga: 25/6/1932 tarihli ve 2025 sayılı Kanun)</p>
<p>Madde 4 - İmtiyaz müddetinin inkızasında işletme umuruna mahsus olan edevat ile eşyayı menkule ve levazımatı iştirak olunabileceği mukavelenamenin hini tanziminde hükümetçe lüzum görüldüğü takdirde tasrih olunabilecektir. İmtiyazat mukavelenamelerindeki müddeti muayene mürurunda hükümetin iştirak hakkı muhafaza olunacaktır. Edevat ve eşya ve levazımatı mezkurenin bedeli iştirak ehlihibre marifetiyle ve defatiri hesabiyenin tetkiki ile veya hükümetçe tensip olunacak diğer bir suretle takdir ve tayin edilecektir.</p>	<p>Madde 4 - İmtiyaz süresinin bitiminde işletme işlerine ayrılmış olan aletler ile taşınır eşya ve gerekli araç-gerecin satın alınabileceği, sözleşmenin düzenlenmesi sırasında hükümetçe gerekli görüldüğü takdirde öngörülebilecektir. İmtiyaz sözleşmelerinde öngörülen belirli sürenin bitiminde hükümetin katılım hakkı korunacaktır. Söz konusu aletler ve eşya ve gerekli araç-gerecin satış bedeli bilirkişi aracılığıyla ve hesap defterlerinin incelenmesiyle veya hükümetçe uygun bulunacak diğer bir şekilde takdir edilip belirlenecektir.</p>
<p>Madde 5 - İmtiyaz şartnamesinde mevcut olmadığı halde imtiyazın azami olarak son on beş senesi zarfında Nezareti aidesinin ruhsatıyla müceddeden ve ilaveten vücade getirilecek ve müddeti imtiyazın inkızasında mevcut bulunacak olan imalat için sahibi imtiyaz tarafından ihbar olunup alelusul ispat olunan masrafa muadil bir meblağ imalatı mezkureden her birinin ikmalinden itibaren beher sene için bedelinden 1/15 tenzil edildikten sonra tazminat olarak tarafı hükümetten sahibi imtiyaza tediye olunacağı mukavelenamenin hini tanziminde hükümetçe lüzum görülürse tasrih olunabilecektir.</p>	<p>Madde 5 - İmtiyaz şartnamesinde öngörülmediği halde imtiyazın en fazla son onbeş yılı içinde ilgili Bakanlığın izniyle yeni ve ek olarak yapılacak ve imtiyaz süresinin sonunda mevcut kalacak ürünler için imtiyaz sahibi tarafından bildirilerek usulünce ispatlanan giderlere eşit bir meblağın sözkonusu ürünlerinin her birinin tamamlanmasından itibaren her yıl için bedelinden 1/15 indirildikten sonra tazminat olarak hükümet tarafından imtiyaz sahibine ödeneceği, sözleşmenin düzenlenmesi sırasında hükümetçe gerekli görüldüğü takdirde öngörülebilecektir.</p>
<p>Madde 6 - (Mülga: 25/6/1932 tarihli ve 2025 sayılı Kanun)</p>	<p>Madde 6 - (Mülga: 25/6/1932 tarihli ve 2025 sayılı Kanun)</p>
<p>Madde 7 - İmtiyazat mukavele ve şartnamelerinde muayyen olan müddetler zarfında behemehal kavanin ve nizamı Osmaniyeye tabi Osmanlı anonim şirketlerine devrolunacaktır.</p>	<p>Madde 7 - İmtiyaz, sözleşme ve şartnamelerinde belirlenen süreler içinde her halde Osmanlı kanun ve tüzüklerine tabi Osmanlı anonim şirketlerine devredilecektir.</p>

<p>Madde 8 - İmtiyaz işlerinde memurini fenniye ve idariye ile ustalar ve işbaşlarından ne miktarının ve hangilerinin ecanipten olacakları tayin ve tahdit edilecektir.</p>	<p>Madde 8 - İmtiyaz işlerinde, teknik ve idari personel ile ustalar ve işbaşlarından ne miktarının ve hangilerinin yabancı olacakları belirlenecek ve sınırlanacaktır.</p>
<p>Madde 9 - Meclisi meb'usan ve ayana arzolan imtiyazat kanunları merbutları olan mukavelat ve evrakı müteferria ile bittetik umumiyeti hakkında verilecek bir karar ile kabul veya red veya esbabı mucibe serdiyle berayı tadil iade olunur.</p>	<p>Madde 9 - Meclisi Mebusan'a ve Meclisi Ayan'a sunulacak imtiyaz kanunları ekleri olan sözleşmeler ve belgeler ile incelenerek geneli hakkında verilecek bir karar ile kabul veya reddedilir veya gerekçe gösterilerek değiştirilmesi için geri gönderilir.</p>
<p>Madde 10 - Vilayet ve devairi belediyenin teşkilatına dair yapılacak kanunlar ile itası hükümatı mahalliyenin selahiyetleri dairesinde bulunacak olan imtiyazlar hakkında kavanini mezkurenin neşrine kadar hükümeti merkeziyece bersabık ifayı muamele edilecektir.</p>	<p>Madde 10 - İl veya belediye daireleri teşkilatı hakkında yapılacak kanunlar ile yapılması yerel idarelerin yetkisine bırakılacak imtiyazlar hakkında sözkonusu kanunların yayımlanmasına kadar merkezi hükümetçe eskisi gibi uygulama yapılacaktır.</p>
<p>Madde 11 - Kuvvei icraiye imtiyazatın itası için mabihüttatbik olacak usul ve muamelatı mütekaddimeyi bir nizamı mahsus ile tayine mezundur.</p>	<p>Madde 11 - Yürütme organı imtiyazların verilmesi için uygulanacak usul ve ön işlemleri özel bir tüzük ile belirlemeye yetkilidir.</p>
<p>Madde 12 - İşbu kanunun hükmü kavanini mahsusaya tabi bulunan maadini asliye ve sathiyeye ve taş ocakları hakkında mer'i ve cari olmayacağı gibi umuru ticariye ve ziraiye ve sınaie ve sarrafiyeye ait imtiyazlara da şamil olmayacaktır.</p>	<p>Madde 12 - İşbu kanun hükümleri özel kanunlara tabi olan asli madenler ve yüzey madenleri ve taş ocakları³⁵³ hakkında yürürlükte ve geçerli olmayacağı gibi ticari ve zirai ve sınaie işler ve sarraflık işlerine ilişkin imtiyazları da kapsamayacaktır.</p>
<p>Madde 13 - İşbu kanunun icrasına heyeti vükela memurdur.</p>	<p>Madde 13 - İşbu kanunun yürütülmesinde bakanlar kurulu görevlidir.</p>

353 O dönemde Osmanlı Hukukunda madenler "maadini asliye", "maadini sathiyeye" ve "taşocakları" olarak ayrımlanmaktaydı. Menafi Umumiyeye Muteallik İmtiyazat Hakkında Kanun'un yürürlüğe konduğu tarihte madenler 26 Mart 1322 (8 Nisan 1906) tarihli Maadin Nizamnamesi, taşocakları ise 6 Haziran 1317 (19 Haziran 1901) tarihli Taşocakları Nizamnamesi ile düzenlenmişti.

**Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkındaki 10 Haziran 1326
Tarihli Kanuna Bazı Maddeler Tezyiline Ve Bu Kanunun Bazı
Maddelerinin İlgasına Dair Kanun ve Çevirisi**

Kanun No.: 2025	
Kabul Tarihi: 25 Haziran 1932	
Yayımlandığı Resmi Gazete: Tarih: 2 Temmuz 1932 - Sayı: 2139	
Yayımlandığı Düstur: Tertip: 3 - Cilt: 13 - Sayfa : 564	
Madde 1 - Muvazenei Umumiyyeye ve mülhak bütçelere dahil ve mukavelenin akti tarihinde mevcut veya atiyen ihdas edilecek olan her hangi bir vergi veya resim muafiyetini tazammun ve atiyen bütçelerden tediyatı istilzam ederek verilmesine Hükümetçe lüzum görülen imtiyaz mukaveleleri Büyük Millet Meclisinin tasdikına arz olunur.	Madde 1 - Genel bütçeye ve katma bütçelere dahil ve sözleşmenin aktedildiği tarihte var olan veya gelecekte konulacak herhangi bir vergi veya resim istisnasını içeren ve gelecekte bütçelerden ödemeyi gerektirerek verilmesine Hükümetçe gerek görülen imtiyaz sözleşmeleri Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur.
Madde 2 - (Değişik:10/6/1933 tarihli ve -2288 sayılı Kanun,1 md.) Birinci maddede zikrolunan imtiyaz mukavelelerinde, umumi muvazene veya mülhak bütçelere dahil hiç bir vergi ve resim, Devlet daireleri tarafından deruhde edilmez.	Madde 2 - (Değişik:10/6/1933 tarihli ve -2288 sayılı Kanun,1 md.) Birinci maddede belirtilen imtiyaz sözleşmelerinde, genel bütçeye veya katma bütçelere dahil hiç bir vergi ve resim, Devlet daireleri tarafından üstlenilemez.
Madde 3 - Menafii umumiyyeye mütaallik imtiyazat hakkındaki 10 Haziran 1326 tarihli kanunun 3 üncü ve altıncı maddeleri mülgadır.	Madde 3 - Menafii umumiyyeye mütaallik imtiyazat hakkındaki 10 Haziran 1326 tarihli kanunun 3 üncü ve altıncı maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.
Madde 4 - Bu Kanun neşri tarihinden muteberdir.	Madde 4 - Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.
Madde 5 - Bu Kanunun hükümlerini icraya İcra Vekilleri Heyeti memurdur.	Madde 5 - Bu Kanunun hükümlerinin yürütülmesinde Bakanlar Kurulu görevlidir.