

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

ANAYASA MAHKEMESİ VE İDARİ YARGI KARARLARI
ÇERÇEVESİNDE
TÜRKİYE'DE ÖZELLEŞTİRME

744880

MASTER TEZİ

-144880-

Hazırlayan
Gamze Çelik

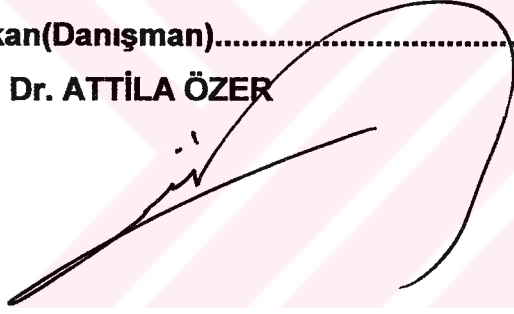
Tez Danışmanı
Prof. Dr. Attila Özer

Ankara-2004

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne

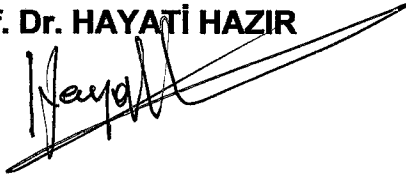
GAMZE ÇELİK'e ait "ANAYASA MAHKEMESİ VE İDARİ YARGI KARARLARI ÇERÇEVESİNDE TÜRKİYE'DE ÖZELLEŞTİRME" adlı çalışma, jürimiz tarafından Kamu Hukuku ABD Anayasa Hukuku Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Başkan(Danışman).....
Prof. Dr. ATTİLA ÖZER



Üye.....

Prof. Dr. HAYATİ HAZİR



Üye.....

Doç. Dr. E. ETHEM ATAY



ÖNSÖZ

Serbest piyasa ekonomisi bağlamında serbestleşme ve özgürleşmenin birer gereği olarak gösterilen özelleştirme, ülkemizde 1980'lerle birlikte uygulamaya konulmuştur. Bu tarihte uygulamaya konulması ile birlikte özellikle siyasi yelpazedeki konuma göre özelleştirmenin Anayasal boyutu ve gerekliliği, özelleştirme uygulamaları ve bu uygulamaların neticeleri gibi konular da tartışılmaya başlanmıştır. Özelleştirme ile ilgili mevzuat ve uygulamalar konusunda yargı organlarının verdikleri kararlarda da bu tartışmaların etkisini hissetmek mümkündür.

Özelleştirme konusunun hukuki, sosyal, ekonomik ve siyasi temellerine, her kesimin müştereklerinin olduğu bir boyut kazandırılması ve konunun taraftarları ile karşıtlarının önyargılarından kurtularak objektif bir değerlendirme yapmalarının gereği ortadadır.

Özelleştirmenin, teorik ve hukuki temellerinin bu bağlamda ele alınıp konuya yargı organlarının yaklaşımlarının incelendiği çalışmada emeği geçen değerli hocam Prof. Dr. Attila Özer'e ve yardımlarını esirgemeyen Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın değerli çalışanlarına teşekkür ederim.

Ankara, Ekim 2004

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
KISALTMALAR CETVELİ	vi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM ÖZELLEŞTİRME

I- ÖZELLEŞTİRME KAVRAMI	3
A. ÖZELLEŞTİRMENİN TANIMI	3
B. ÖZELLEŞTİRMENİN TEORİSİ	4
C. İKTİSADİ DOKTRİNLER ÇERÇEVESİNDE ÖZELLEŞTİRME ...	7
1. Klasik İktisat Teorisi	8
2. Keynesyen İktisat Teorisi	8
3. Neo-klasik İktisat Teorisi	9
a) Neo-Avusturya İktisat Okulu	9
b) Chicago İktisat Okulu	10
c) Virginia İktisat Okulu	10
II. ÖZELLEŞTİRMENİN AMAÇLARI VE GEREKÇELERİ	11
A. ÖZELLEŞTİRMENİN AMAÇLARI	11
B. ÖZELLEŞTİRMENİN GEREKÇELERİ	12
1. Ekonomik Gerekçeler	13
2. Siyasal Gerekçeler	13
3. Sosyal Gerekçeler	14
4. Mali Gerekçeler	15
III- ÖZELLEŞTİRME YÖNTEMLERİ	15
IV- DÜNYADA ÖZELLEŞTİRME UYGULAMALARI	16
V- ÖZELLEŞTİRME ELEŞTİRİLERİ	18

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRKİYE'DE KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİ VE ÖZELLEŞTİRME

I. TÜRKİYE'DE KİTLER	20
A. KİT'LERİN TANIMI	20
B. KİT'LERİN GELİŞİM SÜRECİ	22
1. Liberal Dönem (1923-1930)	23
- İzmir İktisat Kongresi	24
2. Devletçi Dönem (1930-1945)	25
3. Karma Ekonomi Dönemi (1945-1980)	28
4. Serbest Piyasa Ekonomisi Dönemi (1980 Sonrası)	29
C. KİT'LERİN KURULUŞU	30
D. KİTLERİN YASAL ÇERÇEVESİ	30
E. KİT'LERİN DENETİM SİSTEMİ	31
F. KİT'LERİN SORUNLARI	33
II. TÜRKİYE'DE ÖZELLEŞTİRME	34
A. GENEL OLARAK	34
B. ÖZELLEŞTİRME MEVZUATI	39
1. 4046 Sayılı Özelleştirme Kanunu Öncesi	39
a) 2983 Sayılı Kanun	39
b) 233 Sayılı KHK	40
c) 3291 Sayılı Kanun	40
d) 414 Sayılı KHK	41
e) 3987 Sayılı kanun	41
2. 4046 Sayılı Özelleştirme Kanunu	42
a) Özelleştirilebilecek kuruluşlar	43
b) Özelleştirme İlkeleri	44
c) Özelleştirme Yöntemleri	45
d) Rekabetin Korunması	49
e) Stratejik Nitelikli Kuruluşların Özelleştirilmesi	50
f) Değer Tespiti ve İhale İşlemleri	51

g) Özelleştirme Yüksek Kurulu	52
h) Özelleştirme İdaresi Başkanlığı	52
ı) Özelleştirme Fonu	53
3. 4971 Sayılı Kanun	54

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK YARGISI VE ÖZELLEŞTİRME

I- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA ÖZELLEŞTİRME	56
A. GENEL OLARAK.....	57
B. 1999 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ ÖNCESİ	57
1. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Özelleştirme	
İlkeleri	59
a) Tersine İşlem Kuralı	59
b) Yasama Yetkisinin Devredilemezliği İlkesi	61
c) Özelleştirilecek Her KİT İçin Özel Yasa	
Zorunluluğu	66
d) Kamu Mülkiyetinin Korunması İlkesi	66
e) Devletin Bağımsızlığının Korunması İlkesi	68
f) Tekelleşme ve Kartelleşmenin Önlenmesi İlkesi	71
g) Doğal Servet ve Kaynakların Korunması İlkesi	72
h) Gerçek Değerin Gözetilmesi İlkesi	73
2. Sosyal Devlet ve Anayasa Mahkemesi	75
a) Anayasa Mahkemesinin Sosyal Devlet İlkesine Bakış	
Açısı	76
b) Anayasa Mahkemesinin Devletçilik İlkesine Bakış	
Açısı	78
3. Kamu Hizmeti ve Anayasa Mahkemesi	81
4. Yürürlüğün Durdurulması ve Anayasa Mahkemesi	86
C. 1999 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI	90
1. Anayasanın 153. Maddesi Yönünden	91

2. Anayasanın 7. ve 47. Maddeleri Yönünden	92
II- İDARİ YARGI KARARLARINDA ÖZELLEŞTİRME	94
A. GENEL OLARAK	94
1. Dava Açma Ehliyeti	94
2. İhalelerde En Yüksek Bedelin Aranması	96
3. İdarenin Takdir Yetkisi ve Bu Yetkinin Denetimi	99
4. Kamu Yararına Uygunluk Denetimi.....	101
a) Genel Olarak Kamu Yararı	101
b) İdari Yargı Kararlarında Kamu Yararı	104
B. KAMU HİZMETİ ANLAYIŞI VE İDARİ YARGI ORGANLARININ YAKLAŞIMI	105
1. İdari Yargı Organlarının Kamu Hizmeti Anlayışı	105
2. Kamu Hizmetlerinin Özelleştirilmesi	106
a) Genel Olarak	106
b) İdari Yargı Organlarının Yaklaşımı	108
C. YARGI KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİ	109
SONUÇ	111
KAYNAKÇA	113
ÖZET	120
SUMMARY	121

KISALTMALAR CETVELİ

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
a.g.t.	: Adı geçen tebliğ
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
A.O.	: Anonim Ortaklık
A.Ş.	: Anonim Şirket
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CHP	: Cumhuriyet Halk Partisi
Çev.	: Çeviren
DD	: Danıştay Dergisi
DDY	: Devlet Demir Yolları
DP	: Demokrat Parti
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
Ed.	: Editör
İDT	: İktisadi Devlet Teşekkülü
İİTİAEF	: İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Ekonomi Fakültesi
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İMKB	: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜİF	: İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu

KHK	: Kanun Hükmünde Karamame
KİGEM	: Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi Vakfı
KİK	: Kamu İktisadi Kuruluşu
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsü
md.	: Madde
MÜHF	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SBFD	: Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
T.A.Ş.	: Türk Anonim Şirketi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TEDAŞ	: Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi
TEK	: Türkiye Elektrik Kurumu
THY	: Türk Hava Yolları
TİD	: Türk İdare Dergisi
TODAİE	: Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü
TPAO	: Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı
TRT	: Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu
TÜPRAŞ	: Türkiye Petrol Rafinerileri Anonim Şirketi
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Yay.	: Yayınları
yy.	: Yüzyıl
YPK	: Yüksek Planlama Kurulu

GİRİŞ

Ülkemizde 1930'lu yıllar, dünyadaki ekonomik krizin etkisi ve bizim de yeterli bir sanayi birikimine sahip olmamamız neticesinde, devletçilik politikalarının uygulamaya konulup devletin bir girişimci olarak iktisadi hayatın her alanında faaliyet göstermeye başladığı bir dönemin başlangıcı olmuştur.

1970'lere gelindiğinde ise, devletçilik uygulamaları sonucu kurulan kamu iktisadi teşebbüslerindeki sorunların ve dünyada yaşanan ekonomik krizin de etkisiyle devletin iktisadi alanda faaliyet gösteriyor oluşu sorgulanmaya başlanmıştır. Bu bağlamda özel sektöre fırsat verilmesi söylemlerinin, 1980'lerle birlikte ülkemiz siyasi ve ekonomik hayatındaki yerini de almaya başladığı görülmektedir.

Ülkemizde böylece gündeme gelen özelleştirme, özelleştirmeyi savunanlar ile özelleştirmeye karşı olanlar arasında ciddi fikir ayrılıklarının yaşandığı bir konu olmuştur. Bir tarafta KİT'lerin devlet bütçesine bir kambur olduğu, devletin iktisadi hayattan çekilip asli görevlerine dönmesi ile verimliliğin artacağı ve insanların daha iyi bir yaşam seviyesine kavuşabilecekleri görüşünü savunanlar yer alırken; diğer tarafta özelleştirme ile bağımsızlığın tehlikeye düşeceği, KİT'lerin özellikle zarar eder hale getirildiği, özelleştirmede asıl amacın halkın parasının belirli çevrelere peşkeş çekmek olduğu ve özelleştirme neticesinde çalışanların işsiz kalacağı görüşlerini savunanlar yer almıştır.

Bu tartışmaların da etkisiyle özelleştirmenin hukuki gelişimi oldukça karışık bir seyir izlemiştir. Yeterli bir hukuki altyapı oluşturulmadan başlanan özelleştirme uygulamaları, uzunca sayılabilecek bir süre sonra yargı organlarının oluşturduğu ilkelerin de doğrultusunda yasal ve anayasal bir zemine oturtulmuştur. Bununla birlikte idarenin bazı özelleştirme işlemlerinde hukuki prosedürü eksik uygulaması ve yargının da kimi zaman somut, kimi

zamansa soyut kavramlara dayanarak yürürlüğün durdurulması ve iptal kararları vermesi neticesinde konu adeta bir yap-boz tahtasına dönüşmüştür.

İşte, yoğun tartışmaların yaşandığı bir konu olan özelleştirmenin yargı kararları bağlamında çeşitli boyutları ile ele alındığı bu çalışmanın birinci bölümünde; özelleştirmenin tanımı, amaçları, gerekçeleri ve yöntemleri konuları incelenmekte ve bu bağlamda özelleştirmenin teorik temelleri irdelenip iktisadi doktrinlerin konuya bakış açılarına değinilmektedir.

İkinci bölümde KİT'lere genel bir yaklaşım getirilerek KİT'lerin tanımı, kuruluşu, tarihi süreci, yasal çerçevesi ve sorunları konuları ele alınmakta; böylece KİT'lerin özelleştirilme aşamasına gelişleri anlatılmaktadır. Yine bu bölümde Türkiye'de özelleştirmenin siyasi ve hukuki altyapısı da ele alınmaktadır.

Üçüncü bölümde ise özelleştirme ile ilgili Anayasa Mahkemesi ve idari yargı organları kararları bağlamında Türk yargı organlarının konuya bakış açıları belirlenip oluşturdukları ilkeler değerlendirilmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZELLEŞTİRME

I- ÖZELLEŞTİRME KAVRAMI

A. ÖZELLEŞTİRMENİN TANIMI

Piyasa ekonomisinin giderek yaygınlaşması ile gerek gelişmiş gerekse az gelişmiş ülkelerin iktisat politikalarında odak haline gelen ve piyasa ekonomisini esas alan bir iktisadi sistemin ön koşulu olarak kabul edilmeye başlanan özelleştirme(privatization)¹ kelimesini ilk olarak 1969 yılında "The Age of Discountinuity" adlı eserinde "reprivatization" diyerek P.F. Drucker kullanmıştır².

Özelleştirme; gerek ekonomik bir değişim süreci olup sosyal sonuçlar doğurması gerekse siyasi bir tercih olması sebebiyle ortak bir tanım üzerinde uzlaşma sağlanamamış bir kavramdır. Özelleştirmenin farklı bilim dalları açısından farklı bakış açıları ile farklı tanımları yapılmaktadır. *Ekonomi bilimi* geniş anlamda "devletin iktisadi faaliyetlerinin azaltılması veya tamamen ortadan kaldırılması" olarak tanımlarken dar anlamda "devletin iktisadi faaliyetlerini gerçekleştirecek kamu iktisadi teşebbüslerinin mülkiyetinin özel kesime devredilmesi" olarak tanımlamaktadır. *Hukuk bilimi* "kamu iktisadi teşebbüsleri yönetiminin özel kesime devredilmesi"dir derken, *siyaset bilimi* kavrama siyasal bir tercih olarak yaklaşmaktadır³.

Kavram "KIT'lerin, kamu hizmeti veren kamu kuruluşlarının mülkiyet ve/veya yönetimlerinin özel sektöre devri, kamu kesiminin ulusal ekonomideki

¹ TOBB Özel İhtisas Komisyonu Raporu (Ankara: 1993), 2.

² Peter DRUCKER: Yeni Gerçekler, Çev. Birtane Karanakçı (Ankara:Türkiye İş Bankası Yay., 1996), 62-63.

³ İlhan BAYTAN: Özelleştirme (Ankara: 1999), 4-5.

doğrudan payının en aza indirilmesi, giderek yok edilmesi”⁴ şeklinde tanımlandığı gibi “genel refahın artırılmasının gerekli kıldığı ekonomik değişimin bir aracı olarak; toplumun sosyal, hukuksal ve kurumsal yapısında önemli sonuçlara neden olan ve ancak demokrasi ve hukuk kuralları içinde gerçekleştirilebilecek bir değişim hareketi”⁵ olarak da tanımlanabilmektedir.

Kimi yazarlar ise kavramı oldukça geniş tanımlamaktadırlar. Bu geniş içerikli tanıma göre özelleştirme; kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesini ve özel teşebbüs faaliyetlerinde devlet müdahalelerine son verilmesini içerdiği gibi devletin yürüttüğü faaliyetler sonucu üretilen malların fiyatlandırılmasını ve fiyatlandırma mümkün olmazsa malların üretiminin devletten alınıp özel sektöre verilmesini de içermektedir.⁶

B. ÖZELLEŞTİRMENİN TEORİSİ

Mülkiyet hakkına bakış açısı ile özelleştirme kavramının algılanışı arasında bir paralellik bulunmaktadır.

Yeryüzünde kıt olarak bulunan malların elde bulundurulma tarzının düzenlenmesi, sosyal çatışmalarla birlikte değişik mülkiyet tanımlarını da ortaya çıkarmaktadır. Sosyalist sistem üretim araçları mülkiyetinin devlete ait olması gerektiğini söylerken kapitalist sistem üretim araçlarının özel mülkiyet konusu olabileceğini savunmaktadır. Pragmatik yaklaşım ise mülkiyeti sosyal bir fonksiyon olarak değerlendirirken hürriyet ve mülkiyeti sosyal bir düzenlemenin konusu olarak benimsemektedir⁷.

Sosyalist teori, özel mülkiyete karşı çıkmakta özel mülkiyet ile toplumun, üretim araçlarına sahip olanlar ve olmayanlar diye ikiye ayrıldığını

⁴ Bülent SERİM: Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özelleştirme (Ankara: İzgi Yay., 1996), 27.

⁵ İlhan BAYTAN: a.g.e., 5-6.

⁶ D. HEALD- D. STEEL: Privatizing Public Enterprises (London: Royal Institute of Public Administration, 1984)

⁷ Adnan GÜRLÜZ: Teorik Açından Mülkiyet Sorunu (Ankara: AÜHFY, 1969) 337-338.

ve bu iki sınıfın da birbirine gittikçe yabancılaştığını savunmaktadır. Bu teoriye göre kapitalist sistem sona ererse sermaye sahiplerinin işçi sınıfını sömürüsüne de son verilmiş olacaktır⁸.

Özgürlük, eşitlik ve ekonomik alanda serbest rekabet olmak üzere üç temel ilkeyi savunan⁹ ve dünyada özelleştirme akımlarının ortaya çıkıp yaygın bir şekilde uygulama alanı bulmasında etkin bir yere sahip olan liberal teoriye¹⁰ göre ise özel mülkiyetin yasal güvenceye alınarak egemen kılınması ve kamu sektöründeki yasal monopoller olan KİT'lerin özel sektöre geçişinin sağlanması ile piyasa ekonomisinin hacmi genişleyecek ve böylece piyasalar serbestçe işleyebilecektir¹¹.

İnsanların doğuştan sahip olduğu vazgeçilmez haklardan biri olarak mülkiyeti kabul eden liberal teori¹², özel mülkiyetle ilgili ilk ifadesini A.Smith'de bulmaktadır. "Milletlerin Zenginliği" adlı eserinde; kamu idarelerinde çalışanları kendi ticari çıkarları ile doğrudan bir ilişkide bulunmadıkları için savurgan olarak niteleyen Smith, bu bağlamda insanların başkalarının mallarını daha savurgan kullandıklarına dikkat çekmektedir. Smith'in tespitlerine göre kamu arazilerindeki verimlilik özel arazilerdeki verimliliğin ancak %25'i düzeyindedir, bu da kamu arazilerinin özel mülkiyete devredilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır¹³.

⁸ İbrahim KABOĞLU: Kollektif Özgürlükler (Diyarbakır:DÜHFY,1989), 45.

⁹ Esat ÇAM: Siyaset Bilimine Giriş (İstanbul: Der Yay., 1998), 245.

¹⁰ Klasik liberal teorinin siyasi boyutu tabii hukuk ve insan hakları teorileri ile sosyal sözleşme ve anayasacılık teorilerine, felsefi boyutu ise faydacılık teorisine dayanmaktadır. Aydınlanma felsefesi ve rasyonalizm akımından da etkilenen kavramın iktisadi boyutunda ise, piyasa ekonomisi ve sözleşme özgürlüğü yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa ERDOĞAN: Liberal Toplum , Liberal Siyaset (Ankara: Siyasal Kitabevi , 1998), 18-19.

¹¹ Güneri AKALIN: KİT'ler ve Özelleştirilmeleri (Ankara: Gazi Kitabevi, 2003), 211-212.

¹² Adnan GÜRİZ: Hukuk Felsefesi (Ankara: Siyasal Kitabevi, 1999)201 vd. ; Münci KAPANI: Kamu Hürriyetleri (Ankara: Yetkin Yay., 2002), 30.

¹³ Adam SMİTH: Ulusların Zenginliği, Çev. Ayşe Yunus-Mehmet Bakırcı (İstanbul: Alan Yay., 1997) 271 vd.

Liberal düşünceye göre mülkiyet hakkı teorisinden yola çıkılarak bir devlet teşebbüsü ile özel teşebbüs firmasını birbirinden ayıran başlıca özellikler şöyle özetlenebilir¹⁴:

-Devlet teşebbüslerinde çalışanlar, siyasi iktidar ile siyasi ve organizasyon anlamlarında ihtilaf çıkarmayacak kişilerden seçilmektedirler. Devlet varlıklarında arz ve talebe karşı duyarsızlık ve yüksek maliyetle üretim söz konusudur. Özel teşebbüslerde ise sermaye sahipleri, yöneticiler ve çalışanlar, serbest rekabet ortamı içerisinde ve başarılı oldukları sürece o konumda kalabilmektedirler. Bu da özel teşebbüsü arz ve talebe karşı duyarlı hale getirmektedir.

-Devlet teşebbüslerinde mülkiyet hazinededir ve bu teşebbüslerin denetimi siyasi iradenin elindedir. Özel teşebbüslerde ise hissedarlar vardır ve bu hissedarlar kendi menfaatleri gereği yöneticileri denetlerler, gerekiyorsa yönetimde değişikliğe de gidebilirler.

-Devlet teşebbüslerinde gerçek malikler olarak vergi mükellefleri gösterilmektedir. Ancak, teşebbüslerin mülkiyetinin hazinede olması gerçeği, her bir vergi mükellefinin hisselerini satmasına imkan vermemektedir. Özel teşebbüslerde ise mülkiyet hakkının niteliği gereği mülkiyet hakları devredilebilmektedir. Yine özel teşebbüslerde paydaşların, hisselerini satarak senetlerin sermaye piyasasındaki fiyatlarını etkileme gibi bir güçleri de vardır.

-Devlet işletmelerinde zararlar, sübvansiyonlarla ve iç-dış borçlanmalar yolu ile kapatılmakta ve işletmeyi iflasın eşiğine getirenler adeta ödüllendirilmektedir. Özel işletmelerde ise işletmenin zarara girmesi teşebbüs sahiplerini mülkiyet haklarından, çalışanları da işlerinden edeceği için piyasa disiplini kendiliğinden gerçekleşmiş olmaktadır.

¹⁴ Güneri AKALIN: a.g.e., 74-75.

Liberal devlet anlayışının “doğal bir hak” olarak nitelendirdiği mülkiyet hakkı; 1789 Fransız Devrimi sonrası kabul edilen İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisinde “dokunulmaz-vazgeçilmez” olarak tanımlanmıştır. I. ve II. Dünya savaşları sonrasında ise, sosyal ve ekonomik hakların kabulü ile klasik hürriyet anlayışı gibi mülkiyet hakkı anlayışında da değişiklikler olmuştur. Mülkiyet hakkı mutlak ve kutsal olmaktan çıkmış , sosyal fayda sağlaması sebebiyle sahibine bazı yükümlülükler yükler hale gelmiştir¹⁵.

Mülkiyet hakkı teorisinde ortaya çıkan sosyalist-liberal farklılaşmanın, 1970’lerin ekonomik buhran döneminde devlet müdahalesi- piyasa ekonomisi tartışmalarını da başlattığı görülmektedir. 1980’lerde sosyalist bloğun çöküşü ile birlikte ise piyasa ekonomisi, demokrasi ve kamu teşebbüslerinin özelleştirilmeleri söylemleri geniş kitlelerce kabul görmeye başlamıştır¹⁶.

C. İKTİSADİ DOKTRİNLER ÇERÇEVESİNDE ÖZELLEŞTİRME

1930’lu yıllarda yaşanan ekonomik krizde “çözüm” olarak öngörülen devletin ekonomik hayata müdahalesi, 1970’lere gelindiğinde yaşanan krizin “nedeni” olarak görülmeye başlanmış¹⁷ ve böylece özelleştirme söylemleri de gündeme gelmiştir.

İçinde bulunulan dönemin şartlarından etkilenen ve bu doğrultuda ilkelerini oluşturan iktisadi okulların, özelleştirmenin uygulamaya geçirilmesinde önemli etkileri olmuştur. Bu bağlamda ortaya çıkan iktisadi okullara kısaca değinmek uygun olacaktır:

¹⁵ Münci KAPANI: a.g.e., 78.

¹⁶ Güneri AKALIN: a.g.e., 214.

¹⁷ Bülent SERİM:a.g.e., 26.

1. Klasik İktisat Teorisi

Ekonominin doğal olarak dengede olduğunu savunan Klasik İktisat Okulu; piyasayı, kendi amaçlarını gerçekleştirmek ve çıkarlarını geliştirmek isteyen bireylerin özgür iradelerine dayanan sınırsız sayıdaki mübadelenin oluşturduğu bir düzen olarak görmektedir. Tam istihdamın sürekli olarak var olduğu piyasaya devlet müdahale etmemeli; devlet sadece savunma, adalet ve güvenlikten oluşan üç asli görevini yerine getirmelidir¹⁸. Klasik İktisatın ünlü temsilcisi ve öğretide özelleştirmenin babası olarak kabul edilen A. Smith¹⁹, devletin rolü ve işlevini net bir şekilde ortaya koyarak piyasa teorisinin temellerini atmıştır. A.Smith'e göre; serbest, sınırsız ve özgür bir piyasa, kendi çıkarlarını azamileştirmeye çalışan bireylerin farkına varmadan kamu yararını gerçekleştirmelerini sağlayacak, bu piyasaya dışardan bir müdahale ise özgürlük ve eşitliği yok edecektir²⁰.

2. Keynesyen İktisat Teorisi

Hiçbir müdahaleye gerek kalmaksızın ekonomideki aksaklıkların kısa sürede düzeleceği yargısı, 1930'ların Büyük Buhranı ile oldukça sarsılmış ve Klasik İktisatçılara tepki olarak yeni bir akım doğmuştur. Bu akımın fikir babalığını 1936 yılında yazdığı Genel Teori adlı eseri ile Keynes yapmıştır. Keynesyen İktisat Okulu, maliye ve kamu girişimciliği politikaları ile devletin ekonomik hayatta daha etkin olması gerektiğini savunmaktadır. Keynesyen politikaların daha etkili hale gelip devletin ekonomik hayata müdahalesinin ve ekonomik hayata katılımının artmasında I.ve II. Dünya Savaşları sonrasının sosyal devlet anlayışının da etkisi olmuştur.

¹⁸ A. Vural ÖRSDEMİR: Üçüncü Binyılda Özelleştirme ve Yeni Yönetim Paradigması (Kırıkkale: Kırıkkale Ticaret ve Sanayi Odası Yay., Temmuz 2002) 4.

¹⁹ Bülent SERİM: a.g.e., 25.

²⁰ Mustafa ERDOĞAN: 1998, a.g.e., 23-24 ; Adam SMİTH: a.g.e., 26 vd.

3. Neo-klasik İktisat Teorisi

1970'li yıllar; devletin fonksiyonlarının artıp hacminin genişlediği, işsizlik ve enflasyon olgularının bir arada yaşandığı bir dönem olmuştur. Petrol fiyatlarındaki aşırı artış, aşırı dış borçlanma, ödemeler dengesi açıkları; Keynesyen İktisat politikasının kamu müdahaleciliği ve kamu girişimciliği ilkelerinin tartışılıp Klasik İktisat Teorisinin yeniden yorumlanmasına ortam hazırlamıştır.

1970 ekonomik krizi sonrası Klasik İktisat Teorisinin yeniden yorumu ile birlikte doğan Neo-liberalizm; Monetarizm, Rasyonel Beklentiler Teorisi, Kamu Tercihi Teorisi, Arz Yönlü İktisat Teorisi gibi yeni düşünce akımlarını ortaya çıkarmıştır. Bu akımların ortak özellikleri; serbest piyasa mekanizmasına yeniden işlerlik kazandırılarak devletin ekonomik hayata müdahalesinin azaltılması ve devletin küçültülmesi gereğini savunmalarıdır. Bu bağlamda özelleştirme, bir iktisat politikası aracı olarak kabul edilmektedir.

a) Neo-Avusturya İktisat Okulu

Kurucusu ve lideri F.Hayek'tir. Hayek; devlet müdahalesinin mümkün olduğu ölçüde azaltılmasını, devletin, iç güvenlik, dış güvenlik ve adalet dışında bazı görevleri *sınırlı* olarak üstlenmesini savunan bir liberaldir²¹. O'na göre *sosyal adalet* ilkesi, özgürlük ve adalet ilkelerini zedeleyecektir. Ancak Hayek'in liberalliği klasik bir liberalizm de değildir. O, aynı zamanda fakir insanlara yardım etmenin ahlaki bir ödev olduğunu, onlara asgari bir gelir sağlamanın özgürlük ve adalet kavramlarına zarar vermeyeceğini de savunmaktadır²².

²¹ Friedrich A. HAYEK: Kanun Yasama Faaliyeti ve Özgürlük-Sosyal Adalet Serabı, Çev. M.Erdoğan (Türkiye İş Bankası Kültür Yay., 1995) 172 vd.

²²Friedrich A. HAYEK: a.g.e., 123.

b) Chicago İktisat Okulu

Monetaristler ve Rasyonel Beklentiler Teorisini savunanlar bu okulun mensuplarıdır. Okulun kurucusu ve en önemli temsilcisi M.Friedman'dır. Friedman, ekonomik sorunların çözümünde para arzının önemini ortaya koyup devletin ekonomiye müdahalesine karşı çıkmaktadır.

Friedman; birey için var olan devletin²³ piyasalara müdahale etmeyerek savunma, adalet ve güvenlikten oluşan üç asli görevini yerine getirmesi gereğini savunmaktadır. Ancak Friedman'a göre devlet, çok sınırlı da olsa bazı görevler de üstlenmelidir. Örneğin, devlet, durumu iyi olmayan kimselere yardım etmeli²⁴; özel kesimce yürütülmesi gereken sağlık, konut, eğitim gibi hizmetlerden her kesimin yararlanmasını da sağlamalıdır²⁵.

c) Virginia İktisat Okulu

Temel öğretileri Kamu Tercihi Teorileri ve Anayasal İktisat²⁶ olan okulun kurucusu, J.Buchanan'dır. Bu okul, özelleştirme kavramının yaygınlaşmasında oldukça önemli bir yere sahiptir.

Kamu Tercihi Teorisi "politikanın ekonomik analizini" yaparken , ona göre daha dar bir alanla ilgilenen *Anayasal İktisat* "politik davranışları sınırlayan anayasal hükümlerin nasıl olması gerektiği" üzerinde durur. Her ikisinde de temel varsayımlar şunlardır: Metodolojik ferdiyetçilik , ferdi rasyonellik ve bir mübadele biçimi olan politika ²⁷.

²³Milton FRIEDMAN: Kapitalizm ve Özgürlük, Çev. Doğan Erberk-Nilgün Himmetoğlu (İstanbul: Altın Kitaplar Yay., 1988) 14.

²⁴Friedman bunu "negatif gelir vergisi" olarak adlandırmaktadır ; Milton FRIEDMAN: a.g.e., 63.

²⁵Friedman , bu sisteme "kupon sistemi" adını vermektedir ; Milton FRIEDMAN: a.g.e., 149.

²⁶Ayrıntılı bilgi için bkz. Coşkun C. AKTAN: Anayasal İktisat (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2002) ; Vural F. SAVAŞ: Anayasal İktisat (Ankara: Avcıol Yay., 1997) ; Vural F. SAVAŞ: Politik İktisat (Ankara: Beta Yay., 2000)

²⁷ Vural F.SAVAŞ: Anayasal İktisat, a.g.e., 60 vd.

Virginia İktisat Okulu mensupları, sosyal refah devleti benzeri müdahaleci devlet anlayışlarını reddetmektedirler. Devletin ekonomik görev, fonksiyon ve yetkilerinin, bireyin hak ve özgürlükleri lehine sınırlandırılması gereğini savunmaktadırlar. Onlara göre başta siyasal iktidarın harcama, vergileme, borçlanma ve para basma yetkileri olmak üzere devletin rekabet, dış ticaret gibi iktisadi alandaki temel görev ve yetkileri de anayasalarda belirlenmelidir²⁸. Bu anayasalar özelleştirme konusunu da; özelleştirmeye karar verecek organın kimliği, özelleştirme bedelinin tespit ve tahsil usulü, özelleştirilecek işletmelerin nasıl belirleneceği gibi hususlara açıkça yer vererek incelemelidir²⁹.

II. ÖZELLEŞTİRMENİN AMAÇLARI VE GEREKÇELERİ

A. ÖZELLEŞTİRMENİN AMAÇLARI

Özelleştirmenin amaçları, oldukça çeşitlilik arz etmektedir. Amaçlardaki bu çeşitliliğe rağmen, ülkeden ülkeye bir değişiklik olmayıp sadece öncelik sıralarında farklılık söz konusudur. Bu bağlamda, özelleştirmenin ilk ortaya çıktığı yer olarak kabul edilen İngiltere'nin 1986 yılında belirlediği özelleştirme amaçlarının şöyle sıralanması mümkündür³⁰:

- Sanayide hükümet müdahalesini azaltmak,
- Teşebbüslere mal piyasalarından borçlanma serbestisi tanımak,
- Kamu idarelerinin finansman ihtiyaçlarını azaltmak,
- Hisse senedi sahipliğini tabana yaymak,

²⁸ Coşkun C. AKTAN: "Türkiye'nin yeni bir ekonomik Anayasaya ihtiyacı var mı?", Türkiye II. Uluslar arası Liberal Düşünce Sempozyumu (1996) 64.; Avrupa Birliğine üye ülkelerin 1982 yılında Hollanda'nın Maastricht kentinde imzaladıkları Maastricht Anlaşması'nda da temel amacın siyasal iktidarların iktisadi yetkilerinin sınırlandırılması olduğu görülür. Bu anlaşma ile üye ülkeler, kendi ekonomi yönetimlerini bazı genel kurallar koyarak sınırlandırmışlardır. Bkz. Coşkun C. AKTAN: a.g.m., 82 vd.

²⁹ Vural F. SAVAŞ: Anayasal İktisat, a.g.e., 157.

- İşçileri , çalıştıkları işletmelere ortak yapmak,
- Rekabeti her düzeyde gerçekleştirmek.

İngiltere’de belirlenen bu amaçları biraz daha genişleterek özelleştirmenin genel ve özel amaçlarını şöylece sıralamak mümkündür³¹:

- Serbest piyasa ekonomisini güçlendirmek,
- Serbest piyasa ekonomisinin özgürlükçü ortamından yararlanmak,
- Zarar eden KİT’lerin enflasyonist baskısını ortadan kaldırmak,
- Ekonomide verimliliği yükseltmek,
- Ekonomiyi dışa açarak milli gelir seviyesini artırmak,
- Gelir dağılımını iyileştirmek,
- Sermaye mülkiyetini tabana yaymak,
- Sermaye piyasasını geliştirmek,
- Yabancı sermaye katkısı sağlamak,
- Tasarrufları hisse senetlerine yöneltmek,
- Siyaset ile ekonomi arasındaki ilişkiyi en aza indirerek yolsuzlukların üzerine gitmek,
- Kamu tekellerini kaldırıp rekabete imkan vermek,
- Kamu sektörünün dış finansman ihtiyacını azaltmak,
- Ek fon oluşturmak.

B. ÖZELLEŞTİRMENİN GEREKÇELERİ

Özelleştirme gerekçelerini; ekonomik, siyasal, sosyal ve mali gerekçeler başlıkları altında incelemek mümkündür.

³⁰ Turgut TAN: “KİT’lerin Özelleştirilmesi ve Sorunlar”, AİD, 25, 1 (Mart 1992), 28.

³¹ Berra ALTINTAŞ: KİT’lerin Özelleştirilmesi ve Özelleştirmenin Sermaye Piyasasına Etkisi (Ankara:SPK Yay., 1989), 54-55.

1. Ekonomik Gerekçeler

Özelleştirmede nihai amacın piyasa ekonomisine geçiş olduğu, mülkiyeti ve rekabeti esas alan piyasa ekonomisinin ise kollektif mülkiyete dayanan sosyalist ekonomiler karşısında üstünlüğe sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda çağdaş sosyal devlet, özelleştirme politikaları izleyecek ve piyasalarda faaliyette bulunmayacak; faaliyetteki işletmelerini ise tasfiye ederek kendisi sadece teşvik edici, önleyici ve düzenleyici bir rol üstlenecektir ³².

Bu doğrultuda özelleştirme ile mikro ekonomik düzeyde piyasa kurallarına göre maliyet fiyatlarını kontrol ederek verimli ve etkin çalışan işletmelerin ortaya çıkışı sağlanacak , böylece makro düzeyde toplum refahı sağlanmış olacaktır. Kaldı ki , özelleştirmenin amaçlarından biri olan piyasa ekonomisi sayesinde kaynakların tam kullanımı sağlanarak sermaye birikimi ve kalkınma sorunları da kendiliğinden çözülecektir ³³.

2. Siyasal Gerekçeler

Liberal düşünürler piyasa ekonomisini, demokrasinin olmazsa olmaz koşulu olarak görmektedirler.

Bu görüşe göre; dünya siyasi hayatında yer alan demokratik ülkelerin ortak özelliği, piyasa ekonomisine sahip olmalarıdır. Elbette piyasa ekonomisinin yürürlükte olduğu her ülke demokratik değildir, ancak, demokratik her ülkede serbest piyasa ekonomisi vardır. Bu doğrultuda serbest piyasa ekonomisinin araçlarından biri olan özelleştirme , demokrasi

³² TOBB Özelleştirme Özel İhtisas Komisyonu Raporu: 10 vd.

³³ Berra ALTINTAŞ: a.g.e., 51.

için de önemli bir araçtır. Keza, siyasi gücü elinde tutan iktidarın ekonomik gücü de elinde tutuyor olması demokrasinin varlığı için tehlikeli olacaktır³⁴.

Siyasi iktidarın ekonomiyi kontrol altında tutuyor olması, aynı zamanda siyasi yozlaşmanın yaygınlaşmasının da sebeplerinden biridir. Şöyle ki siyasal iktidar, birer büyük holding olan kamu teşekkülleri sayesinde para, mal ve insan kaynaklarına, iflas etme ya da hesap verme kaygısı olmadan hükmedebilmekte, bu da siyasi iktidarı ele geçirme kavgasını daha da şiddetli hale getirmektedir³⁵.

3. Sosyal Gerekçeler

Özelleştirme ile devletin, sosyal adaleti sağlama görevini yerine getirmede daha etkili olabileceği savunulmaktadır. Keza özelleştirme ile hiçbir vasfı olmadığı halde devlet sektöründe istihdam edilen çalışanlar, devlet bankalarını dolandıran iş adamları, kamu fonlarını siyasi ve iktisadi çıkarları için kullanan bürokrat ve politikacılardan oluşan yerleşik çıkar grupları ortadan kaldırılacak böylece büyük bir eşitsizlik ve adaletsizlik de yok edilmiş olacaktır³⁶.

Özelleştirmenin esas amacının sınai mülkiyeti tabana yaymak olduğu söylenmektedir³⁷. Hisse senedi mülkiyetinin yaygınlaştırılması aynı zamanda daha katılımcı bir demokratik yapı da sağlayacaktır. Yöneticilerin ve çalışanların da hissedarı oldukları işletmelerin sosyal adaleti sağlama fonksiyonunun yanında üretimde etkinliği artıracığı da bir gerçektir.

³⁴ TÜRK DEMOKRASİ VAKFI: "Türkiye'de Özelleştirme- Araştırma Raporu" (Ankara:1994) 54-55.

³⁵ Atilla YAYLA: Devletçi Zihniyet ve Piyasa Ekonomisi (Ankara: Liberte Yay., 2002), 9.

³⁶ Atilla YAYLA: a.g.e., 8-9.

³⁷ Hulki CEVİZOĞLU:Türkiye'nin Gündemindeki Özelleştirme (İstanbul: İlgı Yay., 1990), 159.

4. Mali Gerekçeler

KİT'lere hazineden yapılan sübvansiyonlar hazinenin finansman yükünü borçlanmalar yolu ile artırmakta, bu da vergi yükünün veya iç ya da dış borçlanma yolu ile enflasyonun artmasına neden olmaktadır. Bu bağlamda özelleştirme ile kamu kesiminin finansman yükünün azalacağı ve aynı zamanda enflasyonla da mücadele edilmiş olunacağı savunulmaktadır³⁸.

Devletin doğal sınırlarına çekilmesi ile özelleştirmeden elde edilen gelirler sayesinde kamu hizmeti açıkları giderilip insanların daha az vergi yüküne katlanmaları sağlanacaktır. Ayrıca, finansal kaynak kullanımında devletin payının azalması paranın fiyatı olan faizlerin düşmesini sağlayarak özel yatırımları teşvik edecektir. Yine özelleştirme yolu ile satılan şirket hisselerinin yabancı şirketlerce alınması, yabancı sermayenin ülkeye girişi yolu ile ödemeler bilançosunu da olumlu yönde etkileyecektir.

III- ÖZELLEŞTİRME YÖNTEMLERİ

Çeşitli ülkelerde gerçekleştirilen özelleştirmelerde uygulanan başlıca yöntemler; satış, finansal kiralama, yasal-kurumsal serbestleşme, işletme hakkının devri, imtiyaz ve fiyatlandırma yöntemleridir.³⁹

Satış yönteminde, kamu kuruluşunun aktifleri kısmen veya tamamen satılmaktadır. Doğrudan satış yöntemi ya da hisse senedi yoluyla satış yöntemi olmak üzere çeşitli uygulamalar mümkündür.

³⁸ Berra ALTINTAŞ: a.g.e., 52.

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. İlhan BAYTAN: a.g.e., 286 vd. ; Turgut TAN: KİT'lerin Özelleştirilmesi, a.g.m., 35 vd. ; Berra ALTINTAŞ: a.g.e., 58-61.

Finansal kiralama yönteminde, özel şirketlere kiralanan KİT'lerin, belli süre içinde kiracı veya işletmeci şirketler tarafından mal ve hizmet üretiminde kullanımı ve uzun dönemde satın alınması öngörülmektedir.

Yasal-kurumsal serbestleşme yönteminde, ekonomik faaliyetlerde piyasa şartlarına işlerlik kazandırılması, devlet tekelindeki iktisadi faaliyetlerde özel sektörün önündeki giriş engellerinin kaldırılması yönündeki uygulamalar söz konusudur. Bu yöntem, aslında bir özelleştirme yöntemi olmaktan çok, kamu ekonomisinin sınırlarını daraltmaya ve tüm ayrıcalıklarını kaldırmaya yönelik bir iktisat politikası aracıdır.

İşletme hakkının devri yönteminde, mülkiyet hakkı kamuda kalmak kaydıyla, mal ve hizmet üretim birimlerinin işletilmesi özel sektöre devredilmektedir.

İmtiyaz yönteminde; elektrik, su, demiryolları gibi sanayilerde ölçek büyümesi sonucu şirketin maliyetinin düşmesi ile ortaya çıkan doğal tekelleşmenin olduğu üretim alanlarında, imtiyaz sözleşmesi ile özel kesime devir söz konusu olmaktadır.

Fiyatlandırma yönteminde ise daha önce ücretsiz olarak sunulan bazı hizmetlerin fiyatlandırılarak belli bir bedel karşılığı sunulmaktadır.

IV- DÜNYADA ÖZELLEŞTİRME UYGULAMALARI

1970'lerde Latin Amerika ve Afrika ülkelerinde ödemeler bilançosunda meydana gelen darboğaz; IMF ve Dünya Bankasının da teşvikleri neticesinde bu ülkelerin dünyada KİT'lerin özelleştirilmeleri sürecini başlatmalarına vesile

olmuştur⁴⁰. Böylece, dünyada ilk özelleştirme uygulaması Şili'de gerçekleşmiştir. Diğer Latin Amerika ülkelerinden Arjantin, Brezilya, Meksika; Asya ülkelerinden Malezya, Bangladeş; gelişmiş ülkelerden İngiltere, Fransa, İtalya, ABD ve Japonya da özelleştirmenin oldukça hızlı gerçekleştiği ülkelerdendir. 1990'lı yılların siyasal serbestleşme gelişmeleri paralelinde Doğu Avrupa ülkelerinde ve birleşen Almanya'nın doğusunda da benzer gelişmeleri görmek mümkündür.

Gerçek anlamda özelleştirmenin ilk yapıldığı yer olarak kabul edilen İngiltere ise; II. Dünya Savaşı sonrasında kamunun elindeki teşebbüslerin ekonomiye yükünün artması sonucu, 1979 yılında Başbakan M. Thatcher ile birlikte özelleştirme uygulamalarını başlatmıştır⁴¹. Böylece başlayan özelleştirme uygulamaları, aralarına British Telecom, British Gas gibi geniş bir Pazar payına sahip pek çok teşebbüsün kapsama alınması ile devam etmiştir.

Amerika Birleşik Devletleri, ekonomide özel kesimin etkisinin fazla olduğu bir yapıya sahiptir. Özel kesimin daha da etkili hale gelmesini sağlayacak özelleştirme uygulamaları ise R. Reagan'ın başkanlığı döneminde başlamıştır. Yapılan özelleştirmeler göstermiştir ki bir hizmet özel kesim tarafından yerine getirildiğinde kamuya göre daha ucuza mal edilmektedir⁴².

Latin Amerika ülkelerinden Arjantin'de ise 1980'lerde yaşanan ekonomik krizin de etkisiyle başlayan özelleştirme uygulamalarında, kamuoyunun da desteği ile kısa sürede önemli mesafeler katedilmiştir⁴³. Özellikle enflasyonun düşmesi ve bütçe açıklarının kapatılması hedeflerine

⁴⁰ Yakup KEPENEK: Türkiye'de Kamu İktisadi Teşebbüsleri, 100 Soruda Dizisi:57 (İstanbul: Gerçek Yay., 1993), 149-150.

⁴¹ Turgut TAN: "Özelleştirme", İHİD (1988), 271.

⁴² Veysel ATASOY: Türkiye'de Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme Sorunu (Ankara:1993), 220.

⁴³ Işın ÇELEBİ: Yeni Bir Düzen Anlayışı Özelleştirme (İstanbul:Milliyet Yay.,1995), 226 vd.

ulaşmada etkili olan özelleştirme, Arjantin'de başlıca telekomunikasyon, taşımacılık, enerji, bankacılık alanlarında gerekleřtirilmiřtir⁴⁴.

V- ÖZELLEŞTİRME ELEŞTİRİLERİ

Farklı gerekçelerle özelleştirmeye tamamıyla karşı olanlar olduğu gibi özelleştirmeye tamamıyla karşı olmayıp özelleştirmenin belirli amaç, ilke ve yöntemlerle yapılmaması nedeniyle çeşitli eleştiriler getirenler de vardır. Bu bağlamda, özelleştirme uygulamalarına getirilen başlıca eleştirileri şöylece sıralamak mümkündür⁴⁵:

-Liberal ekonomi politikaları, ülkenin iktisadi bağımsızlığına zarar verecek bu da beraberinde siyasi bağımlılığı getirecektir

-Serbest piyasa ekonomisi, bireysel menfaatlerin esas alındığı ve kar amacının güdüldüğü bir sistemdir. Bu sistem, yoksul kesimin sosyal adaletin sağlanması ve dengeli gelir dağılımı taleplerini görmezden gelecektir.

-Özelleştirme ile kamu tekelleri ortadan kalkarken, bunların yerini son derece olumsuz sonuçlar doğuracak şekilde özel tekeller alacaktır.

-Kamu tekellerinin özelleştirilmesi ile ulus-devlet ekonomisi ulus aşırı ekonomik tekellerin eline geçecektir.

-Özelleştirme gelirleri ister iç ve dış borçların ana paralarına ister bu borçların faiz ödemelerine gidiyor olsun, bu durum dolaylı ya da dolaysız olarak kamu teşebbüsleri hisselerinin borçlarla takası anlamına gelecektir.

⁴⁴ Metin KILCI: KİT'lerin Özelleştirilmesi ve Türkiye Uygulaması (Ankara: DPT Yay., 1994), 54.

⁴⁵ KİT'ler ve Özelleştirme-İddialar ve Gerçekler:Türk-İş Araştırma Merkezi, Ankara, 101 vd.

-Kamu teşebbüslerinin özelleştirilmeleri için yapılan harcamalar, çoğunlukla özelleştirme ile elde edilecek gelirden fazla olmaktadır.

-Devlete ait işletmeler, özellikle zarar ettirilmektedir.

-Azgelişmiş ülkelerde özelleştirme ile mülkiyetin tabana yayılması amacına ulaşılması mümkün değildir.

-Özelleştirmeler, işsizlik ve iş güvenliği sorunları doğuracaktır

-Kamu teşebbüslerinde aşırı istihdam olduğu iddiası gerçeği yansıtmamaktadır. Bu görüş, işsizliğin yaşandığı bir ülkede aşırı istihdamın olumlu katkı sağlayacağı gerçeğini görmezden gelmektedir.

Konuya daha ılımlı yaklaştıklarını söyleyebileceğimiz bir kesim ise; öncelikle KİT'lerin mevcut sorunlarına çözüm aranması, bu anlamda özelleştirilmelerinin denenmesi gerektiğini; bunlarla bir yere varlamıyorsa belirli ilke, amaç ve yöntemlerin uygulanması suretiyle özelleştirilmelerine gidilebileceğini ifade etmektedirler.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRKİYE'DE KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİ VE ÖZELLEŞTİRME

I- TÜRKİYE'DE KİT'LER

A. KİT'LERİN TANIMI

Devletin, geçmişten günümüze çeşitli şekillerde iktisadi hayata dahil olduğunu görmekteyiz. Devletin iktisadi hayata müdahalesi savunma, güvenlik, adalet gibi geleneksel faaliyetleri, sosyal amaçlı eğitim, sağlık gibi faaliyetleri ya da bayındırlık ve özel sektörün yürüttüğü faaliyetleri üstlenerek kimi zaman sadece kural koyucu olmak kimi zamansa hem kural koyucu hem de uygulayıcı olmak suretiyle gerçekleşmiştir.

“Tüzelkişiliğe sahip olan, endüstriyel ve ticari nitelik taşıyan, sermayesinin tamamı veya çoğunluğu kamuya ait olan kuruluşlar”¹ olan kamu iktisadi teşebbüsleri, devletin iktisadi hayata müdahale araçları olup birer kamu kurumu² niteliği taşımaktadırlar.

Devletin ekonomik alanda mal ve hizmet üretimi yaptığı, bir müteşebbis olarak piyasaya girdiği ve sanayi, ticaret, madencilik gibi pek çok alanda faaliyet gösterdiği kuruluşlar olan KİT'lerin başlıca özellikleri şunlardır³:

¹ Jean DUFALLI: Les Entreprises Publiques, Editions du Moniteur (Paris:1991), 57.'den naklen Veysel ATASOY: Türkiye'de Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme Sorunu (Ankara: 1993), 26.

² Kamu kurumları, görev ve yetkileri belli bir hizmet ile sınırlı olan hizmet yerinden yönetim kuruluşlarıdır. Türk Hukukunda, kamu kurumlarının faaliyet konuları açısından sınıflandırılmasında (-İdari Kamu Kurumları, -İktisadi Kamu Kurumları, -Bilimsel, Teknik, Kültürel Kamu Kurumları, -Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek kuruluşları) KİT'lerin, iktisadi kamu kurumları arasında olduğu kabul edilmektedir.

³ Berra ALTINTAŞ: KİT'lerin Özelleştirilmesi ve Özelleştirmenin Sermaye Piyasasına Etkisi (Ankara: SPK Yay.,1989), 1-2. ; Sadık BAKLACIOĞLU: Kamu İktisadi Teşebbüsleri –Genel Esaslar, Çeşitli Ülkelerde, Türkiye'de (Ankara: AÜHFY, 1976), 1.

-Genellikle kanunla ya da kanunun verdiği bir yetkiye dayanılarak kurulurlar.

-Özerkliğe sahiptirler, kendi organları tarafından yönetilirler.

-Devletten ayrı, kendilerine ait malvarlıkları, bütçeleri, muhasebeleri vardır.

-Genellikle ayrı tüzel kişilikleri vardır.

-Devlet işlemlerinin tabi olduğu alım, satım ve vize esaslarına tabi değildirler.

-Devletle ilişkilerinde kamu hukukuna, üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde ise özel hukuka tabidirler.

-Personeli genellikle devlet personel rejimine tabi değildirler. Personelle ilişkileri ise özel hukuk hükümleri çerçevesinde yürütülür.

-Hükümetler, ülkeden ülkeye değişen şekillerde teşebbüslerin yönetimine katkı ve onlar üzerinde denetleme yetkisine sahiptir.

-Denetimlerini parlamento yapar. Halkın da dolaylı denetimi vardır.

-Tek amaçları kar olmayıp , sosyal amaçlar da sözkonusudur.

KİT'ler , yönetim şekli ve sermaye yapısı dikkate alınarak da aşağıdaki gibi sınıflandırılmaktadır⁴ :

-Kamu yönetimi teşebbüsleri,

-İmtiyazlı teşebbüsler ve yönetimi özel teşebbüse verilen kamu teşebbüsleri,

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sadık BAKLACIOĞLU: a.g.e., 20.

-Kamu iktisadi teşebbüsleri,

-Karma kamu teşebbüsleri

B. KİT'LERİN GELİŞİM SÜRECİ

Türkiye'de KİT'lerin anayasal anlamda ilk olarak düzenlenişi 1982 Anayasası ile olmuştur. 1982 Anayasasının "sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıkları" olarak tanımını yaptığı KİT'lerin ülkemizdeki gelişim sürecini ise şöyle özetleyebiliriz :

Osmanlı'da kamu işletmeciliği, özellikle sarayın ve ordunun ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla fabrika ve işletmeler kurularak doğmuştur. 15.yy'da Osmanlı'da kurulan ilk KİT'ler, tophane ve baruthanelerdir⁵.

Batı'daki Sanayi Devriminin Osmanlı iktisadi hayatı üzerinde çeşitli etkileri olmuştur. Bunlardan biri de Gedik Teşkilatı ile sürdürülen kooperatif sanayi işletmecilik düzeninin ortadan kalkmasıdır. Bu düzenin yerine kurulmaya çalışılan pazar ekonomisine açık işletmelerle ise hedeflenen başarıya ulaşılamamıştır⁶.

Özellikle 18.ve 19.yy'da Osmanlıda, askeri ihtiyaçların ve sarayın ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla ticari gayesi olmayan ve genellikle el emeğine dayanan tesisler kurulmuştur. Bugünkü anlamda KİT olarak nitelendirilmeseler de Osmanlıda kamu sektörünün gelişiminde bu tesisler başlangıç olarak kabul edilmektedir⁷.

⁵ Vedat ELDEM: Osmanlı İmparatorluğunun İktisadi Şartları Hakkında Bir Tetkik (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları: 1970), 117-120.

⁶ Haydar KAZGAN: "Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Geçmişi ve Geleceği", KİT Paneli (İstanbul: İÜHF Yay., 1981), 15.

⁷ Vedat ELDEM: a.g.e., 117.

Osmanlının ilk sanayi kuruluşu, II. Beyazıd zamanında kurulmuş olan Tophanedir. 1812'de kurulan Beykoz Deri Fabrikası, 1831'de Matbaa-i Amire, 1833'de Feshane-i Fabrika-i Hümayunu, 1838'de Feshane Fes Fabrikası, 1845'de Hereke Fabrikası, 1847 Bakırköy Bez Fabrikası ve 1894'de kurulan Yıldız Çini Fabrika-i Hümayunu, dönemlerinin belli başlı kamu kuruluşu örnekleridir⁸.

Özellikle yabancıların egemen olduğu bankacılık sektöründe; 1863'de Mithat Paşa tarafından kurulan, daha sonra Menafi Sandıkları adı verilen ve 1888'de Ziraat Bankası'na dönüştürülen Memleket Sandıkları oldukça önemlidir. Bu bankanın ana hedefi, çiftçilere kredi vermek ve bu suretle merkez tarafından denetimin sağlanması olmuştur⁹. Yabancıların yoğun bir şekilde faaliyet gösterdiği diğer alanlar ise demiryolu, sanayi, sigorta, ticaret, sektörleri ile elektrik, tramvay şirketleri, madenler ve liman işletmeleri olmuştur.

Tanzimat dönemiyle birlikte mali ve siyasi hesaplarla Avrupalı devletlere verilen iktisadi tavizler artmış; 1908'de İttihat ve Terakki yönetiminin iktidara gelmesi ile de devletçilerle liberaller arasındaki görüş farklılıkları belirginleşmeye başlamıştır. Sanayileşmede şirketleşmenin de uygulamaya konulduğu bu dönemle ilgili¹⁰ olarak K.Boratav'ın tespitine değinmekte yarar vardır: "Türkiye'de kapitalizm, 1908 Devrimi ile başlamıştır"¹¹.

1. Liberal Dönem (1923-1930)

Uzun süren savaş yıllarının ardından, imparatorluğun sona erdiği 1923 yılından itibaren genç Cumhuriyet; geçmiş dönemden kalan dış borçlar,

⁸ Vedat ELDEM: a.g.e., 118-119.; Veysel ATASOY: a.g.e., 56-57; Berra ALTINTAŞ: a.g.e., 9.

⁹ Yakup KEPENEK: Türkiye'de Kamu İktisadi Teşebbüsleri (İstanbul: Gerçek Yay.1993), 19.

¹⁰ Haydar KAZGAN: a.g.e., 16.

¹¹ Korkut BORATAV: Türkiye İktisat Tarihi 1908-1985 (İstanbul: Gerçek Yay., 1990), 139. ; Yazara göre Kemalist Devrim , 1908 Devrimini tamamlayan bir ikinci dalgadır. Şöyle ki , cumhuriyet sonrası devrimleri , kapitalizmin ön koşulu olan siyasi bağımsızlık sorununu çözmüş , bürokratik aristokrasiyi siyasi iktidardan uzaklaştırmış ve kapitalist hukuki altyapıyı düzenlemiştir. Korkut BORATAV: İktisat Tarihi, a.g.e., 142.

kapitülasyonlar ve yabancılara verilmiş imtiyazlar gibi pek çok sorunla da karşı karşıya kalmıştır :

Yeni dönemle birlikte Osmanlı burjuvasının özellikle gayri müslim tebaadan oluşması gerçeği de göz önüne alınarak, 1908 sonrası İttihat ve Terakki'nin yürüttüğü gibi yerli ve milli bir burjuvazi oluşturma çabasına girildiği görülmektedir. Modernleşme ve kalkınmanın liberal iktisat politikaları ile sağlanabileceği düşüncesi¹², böylece 1929 Dünya Ekonomik Buhranına kadar devam etmiştir.

1924 yılında kurulan İş Bankası, yerli ve yabancı sermaye ile siyasi iktidar arasındaki bütünleşmede aktif bir rol oynayarak dönemin iktisat politikalarının uygulanmasında etkili bir baskı grubu olmuştur¹³. 1927 yılında özel teşebbüse geniş bağışıklıklar ve teşvikler veren Teşvik-i Sanayi Kanununun çıkarılması da liberal iktisadi politikaların uygulamaya konulması anlamında önemli bir adım kabul edilebilir.

19 Nisan 1925'de 633 sayılı kanunla kurulan Sanayii ve Maadin Bankası, Osmanlıdan devraldığı devlet işletmelerinin ve fabrikalarının yönetim görevini de üstlenmiştir. 22 Mayıs 1926 tarih ve 844 sayılı kanun ile kurulması için Bakanlar Kuruluna yetki verilen Emlak ve Eytam Bankası A.Ş. ise, daha sonra Emlak Bankasına dönüştürülecektir.

- İzmir İktisat Kongresi

Dönemin iktisat politikalarına yön veren İzmir İktisat Kongresi, 17 Şubat-4 Mart 1923 tarihleri arasında toplanmıştır. Kongrede, mevcut ekonomik sorunlar dile getirilip izlenecek stratejiler belirlenmiştir¹⁴.

¹² Korkut BORATAV: İktisat Tarihi, a.g.e., 142.

¹³ Korkut BORATAV: İktisat Tarihi, a.g.e., 29-30.

¹⁴ Yakup KEPENEK: a.g.e., 20.

Kongre; çiftçi, tüccar, sanayici ve ameleler olmak üzere mesleki temsil ilkesine göre örgütlenmiştir. Başkanlığını Kazım Karabekir'in yaptığı kongrede şu tezler egemendir : Kalkınmacı, ihracatın teşvik edildiği, yerli ve yabancı sermayenin özendirildiği, ılımlı korumacı ve milli sermayenin denetiminde bir ekonomi¹⁵.

Özel teşebbüsün etkinliğinin artırılıp devletin düzenleyici konumda bulunmasının benimsendiği kongrede "Misak-i İktisadi" kabul edilmiştir. 1930'lu yıllara kadar uygulanan ekonomi politikalarında, kongrede alınan kararların liberal çizgisi etkili olmuştur¹⁶.

2. Devletçi Dönem (1930-1945)

Siyasi bağımsızlık savaşından yeni çıkmış Türkiye Cumhuriyeti Devleti için 1929 yılı , bir taraftan 1929 Dünya Ekonomik Buhranının etkilerinin hissedilmeye başlandığı diğer taraftan da Lozan Barış Anlaşması ile ertelenmiş Osmanlı borçlarının ödeme zamanının geldiği bir yıldır. Bu olumsuz şartlara milli sermayenin yetersizliği de eklenince, devletin ekonomik hayata müdahalesi tek kurtuluş yolu olarak görülmüştür. Devleti yöneten kadronun çoğunluğunun da asker kökenli oluşu, müdahaleci ve denetleyici yapıyı kolaylaştırmıştır¹⁷.

Devletçilik kelimesini siyasi literatüre ilk sokan "biz iktisadiyatta hakikaten mutedil devletçiyiz" diyen İsmet İnönü olmuştur¹⁸. 1931 yılında CHP programına, 1937 yılında ise Anayasaya giren devletçiliğe A.Göze şöyle bir yorum getirmektedir : "...belli koşullar altında belli bir zaman dilimi içinde

¹⁵ Korkut BORATAV: İktisat Tarihi, a.g.e., 34.

¹⁶ G. ÖKÇÜN: Türkiye İktisat Kongresi 1923 – İzmir (Ankara: 1968) 430-434.

¹⁷ Beşir HAMİTOĞULLARI: "Atatürk Devletçiliği ve Ekonomik Bağımsızlık", Atatürk Dönemi İktisat Politikası ve Türkiye'nin Ekonomik Gelişmesi (Ankara:AÜSBFY, 1982), 113.

¹⁸ Korkut BORATAV: İktisat Politikaları ve Bölüşüm Sorunları, İktisat Yazıları 1969-1981(Ankara:Belge Yay., 1983), 276.

zorunlu görülen bir sistemdir , hedefi de ülke kalkınmasında bireylerin yetersizliğini devlet olanakları ile kapatmaktır”¹⁹.

Türkiye’de “olmayan müteşebbisin yerine bürokrati, sermaye piyasası yerine hazineyi, piyasa mekanizması yerine planlamayı ikame eden bir ekonomik model” olarak ortaya konmuş olan devletçiliğin gerekçeleri şunlardır²⁰:

-Piyasa başarısızlıklarını devlet eliyle gidermek

-Siyasi bağımsızlığın ardından ekonomik bağımsızlığı da sağlamak , ekonomiyi devlet aracılığı ile millileştirmek²¹

-Devletin siyasi, toplumsal reformlarda olduğu gibi ekonomik hayata müdahalede de başarılı olacağı inancı

Türkiye’deki devletçilik anlayışının sosyalizmden farklı olduğu görülmektedir. Atatürk’ün de çeşitli kereler ifade ettiği gibi devletçilik, Türkiye’nin ihtiyaçlarından doğmuş ve Türkiye’ye has bir sistemdir. Özel teşebbüs hiç bir zaman yasaklanmamış , engellenmemiş hatta teşvik edilmiştir. Ancak ekonominin içinde bulunduğu olumsuz şartlar nedeniyle devletin ekonomiye müdahalesi zorunlu olmuştur.

Atatürk’ün, piyasaların işleyişi ile ilgili şu ifadesi de yeni Türk Devletinin ekonomi politikasını ortaya koymaktadır: “Kesin zaruret olmadıkça piyasalara karışılmaz , bununla beraber hiçbir piyasa da başıboş değildir”²².

¹⁹ Ayferi GÖZE: Türk Kurtuluş Savaşı ve Devrim Tarihi (Ankara: Beta Yay., 2000) 559.

²⁰ Güneri AKALIN: KİT’ler ve Özelleştirilmeleri (Ankara: Gazi Kitabevi,2003), 270.

²¹ Cumhuriyetin kurulması ile birlikte, özellikle Tanzimattan itibaren siyasi amaçlarla Avrupalılara verilen iktisadi tavizlere, büyük KİT’lerin kurulması ve yabancıların elindeki işletmelerin satın alınması suretiyle tepki verilmiştir.

²² Hamza EROĞLU: “Atatürk ve Devletçilik”, Atatürkçü Düşünce (Atatürk Araştırma Merkezi Yay.,1992), 1035.

Bu dönem, gerek devletleştirme gerekse doğrudan işletmeler kurulması yoluyla KİT'lerin sayısının ve faaliyet alanının hızla arttığı bir dönem olmuştur. Bu bağlamda, 1932 yılında dönemin ilk KİT'leri -1933 yılında kurulacak Sümerbank bünyesinde birleştirilecek olan- Devlet Sanayi Ofisi ve Sanayi Kredi Bankası kurulmuştur. 15 Haziran 1935 tarih ve 2085 sayılı kanun ile Etibank kurulmuştur. Daha sonra Türk Hava Yolları A.O.'na dönüştürülecek olan Havayolları Devlet İşletme İdaresi ise 30 Mayıs 1933 tarih ve 2185 sayılı kanun ile kurulmuştur. Osmanlıdan kalan PTT Teşkilatı ise 23 Mayıs 1933 tarih ve 2208 sayılı Posta ve Telgraf İdaresi Teşkilatı Hakkında Kanunla yeniden düzenlenmiştir.

Sayısız çoğalan KİT'lerin teşkilat ve denetim konularında genel bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuş ve 17 Haziran 1938 tarih ve 3460 sayılı "Sermayesinin Tamamı Devlet Tarafından Verilmek Suretiyle Kurulan İktisadi Teşekküllerin Teşkilatıyla İdare ve Murakabeleri Hakkında Kanun" çıkarılmıştır.

Cumhuriyetin ilk yıllarında başlayan devletleştirmeler daha sonra da hızlı bir şekilde devam etmiş; özellikle denizcilik, demiryolları ve madencilik sektörlerindeki işletmelerin devletleştirilmesi yoluna gidilmiştir.

Bu dönemde kurulan diğer KİT'ler ise şunlardır: 7 Ocak 1938 tarih ve 3308 sayılı kanunla kurulan Devlet Ziraat İşletmeleri Kurumu, 24 Haziran 1938 tarih ve 3491 sayılı kanunla kurulan Devlet Toprak Mahsulleri Ofisi, 26 Haziran 1939 tarih ve 3653 sayılı kanunla kurulan Yalova Kaplıca İşletmeleri ve 26 Haziran 1944 tarih ve 4604 sayılı kanunla kurulan Türkiye Ziraat Donatım Kurumu. Ayrıca; 1935 yılında Türkiye Şeker Fabrikaları T.A.Ş., 1938 yılında Halk Bankası, 1936'da Güven Sigorta, 1937'de Türkiye Demir-Çelik İşletmeleri ve 1941 yılında Petrol Ofisi kurulmuştur.

3. Karma Ekonomi Dönemi (1945-1980)

II. Dünya Savaşı sonrası Türk siyasi ve iktisadi hayatında önemli değişiklikler olmuştur. 1945'den itibaren çok partili siyasi hayat başlamış, iktisadi hayatta da devletçilik bir anlamda tasfiyeye uğramıştır²³. Bu dönem, dış ticarete serbestleşmenin yaşandığı, ithalatın arttığı, dış ekonomik yardımların gelmeye başladığı bir dönemdir.

CHP iktidarının son yıllarında; Emlak ve Eytam Bankasının yerini alan Emlak Kredi Bankası ve Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu kurulmuştur. 14 Mayıs 1950 seçimleri ile 1923'den beri devam eden CHP iktidarı sona erip DP'nin iktidar olması ile ise Türk siyasi hayatında yeni bir dönem başlamıştır. DP'nin parti programında; kamu hizmeti niteliğinde olmayan alanlarda devletin faaliyette bulunmayacağı ve temel ana sanayi dışındaki KİT'lerin özelleştirileceği yer almıştır²⁴. Ancak, 10 yıllık DP iktidarı döneminde ifade edilenin aksine mevcut KİT'ler özelleştirilemediği gibi pek çok yeni KİT'in de kurulduğu görülmektedir.

Bu dönemin başlıca KİT'leri şunlar olmuştur: 1951 yılında Denizcilik Bankası A.O., 1952'de Et ve Balık Kurumu kurulmuş; 1953'de PTT , DDY ve Limanları İşletme Umum Müdürlüğü, 1954'de TPAO ve Devlet Malzeme Ofisi, 1955'de THY A.O. ve Türkiye Selülöz ve Kağıt Fabrikaları İşletmesi, 1957'de ise Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu ve benzerleri kurulmuştur.

27 Mayıs 1960 Askeri Müdahalesinden sonra ise KİT'lerin yönetimleri ile ilgili bazı değişiklikler yapılmış ve karma ekonomi modeli, 1961 yılından itibaren planlı kalkınma esas alınarak devam etmiştir.

²³ Korkut BORATAV: İktisat Tarihi, a.g.e., 273.

²⁴ Hükümetler ve Programları, Hazırlayanlar: Nuran DAĞLI ve Belma AKTÜRK (Ankara:TBMM Yay., 1988), 158.

12 Mart 1964 tarih ve 440 sayılı İktisadi Devlet Teşekkülleriyle Müesseseleri ve İştirakleri Hakkında Kanun çıkarılarak KİT'lerin konumları, teşkilatları, yönetimleri ve denetimleri ile ilgili düzenlemelere gidilmiştir. Yine aynı tarih ve 441 sayılı kanunla Devlet Yatırım Bankası da kurulmuştur. 12 Mayıs 1964 tarihinde ise 468 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüslerinin TBMM'ce Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun çıkarılmıştır.

Bu dönemde kurulan belli başlı diğer KİT'ler şunlardır: 1963 yılında Türkiye Süt Endüstrisi Kurumu, 1968'de Çinko Kurşun Metal Sanayii A.Ş., 1968'de İşçi Yatırım Bankası, 1975'de Türkiye Elektronik Sanayii ve Ticaret A.Ş.

4. Serbest Piyasa Ekonomisi Dönemi (1980 Sonrası)

24 Ocak 1980'de alınan ekonomik kararlar, gerek felsefi açıdan gerekse uygulamada önemli bir dönüm noktası olmuştur. Böylece kapalı ekonomiden liberal ekonomiye geçiş başlamış; teşebbüs serbestliğinin sağlandığı, piyasanın kendiliğinden işleyişini engelleyen denetimlerin ve müdahalelerin kaldırılmaya çalışıldığı ve KİT'lerde yaşanan birtakım olumsuzlukların özelleştirilerek azaltılmaya çalışıldığı bir dönem başlamıştır.

19 Ekim 1983 tarih ve 2929 sayılı İktisadi Devlet Teşekkülleri ve Kamu İktisadi Kurumları Hakkında Kanuna göre KİT'ler ikiye ayrılmaktadır. KİT'lerden; iktisadi alanda ticari faaliyet gösterenler İDT ve kamu hizmeti niteliğinde faaliyette bulunanlar ise KİK olarak nitelendirilmektedir. Bu kanun, KİT'lerle ilgili belli başlı kavramları tanımlarken bazı KİT'lerin statü ve yapılarında da değişiklik yapmıştır.

1983'den itibaren serbest pazar ekonomisi ve özelleştirme, parti programlarında beyan edildiği gibi uygulamaya da konulmuştur. Bu süreçte, ekonomide liberal bir çizgiye geçiş sağlanmış ve kalkınma planlarında

KİT'lerin yeniden düzenlenmelerine değil de özelleştirilmelerine ağırlık verilmiştir. Bir anlamda bu yeni dönem , KİT'ler için de sonun başlangıcı olmuştur²⁵.

C. KİT'LERİN KURULUŞU

KİT'lerin kuruluşu, ya daha önce kurulmuş bir kuruluşun devamı olmadan doğrudan doğruya kurulmak suretiyle ya da bir özel teşebbüsün devletleştirilmesi yoluyla olmaktadır.

AY md.123/son'da yer alan "Kamu tüzelkişiliği ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur" ilkesine uygun olarak KİT'lerin kuruluş yetkisi 233 sayılı KHK'ye göre Bakanlar Kurulundadır. Devletleştirilerek kurulacak KİT'ler için ise AY md.47; kamu hizmeti taşıyan özel teşebbüslerin devletleştirilmesinde kamu yararının zorunluluğu ve devletleştiriminin gerçek karşılığı üzerinden yapılacağı kuralını koymaktadır.

D. KİT'LERİN YASAL ÇERÇEVESİ

KİT'lerle ilgili ilk çerçeve kanun, CHP döneminde 1938 yılında çıkarılan 3460 sayılı "Sermayesinin Tamamı Devlet Tarafından Verilmek Suretiyle Kurulan İktisadi Teşekküllerin Teşkilatıyla İdare ve Murakabeleri Hakkında Kanun"dur.

1960 askeri müdahalesinden hemen sonra KİT yönetiminde iyileştirmeler yapılması maksadıyla geçici olarak 23 sayılı kanun çıkarılmıştır. KİT'lerle ilgili alınacak tedbirlerin belirlenmesini sağlayacak çalışmalar yapılmasını öngören 154 sayılı Kanun ise 06.12.1960 yılında yürürlüğe girmiştir.

²⁵ Yakup KEPENEK: a.g.e., 38.

1963 yılından itibaren kamu kesimi için “emredici” , özel kesim içinse “yönlendirici” olan kalkınma planları kabul edilmeye başlanmış ve KİT’lerin büyümesi yine devam etmiştir²⁶.

21.03.1964 tarihinde 440 sayılı “İktisadi Devlet Teşekkülleriyle Müessese ve İştirakleri Hakkında Kanun” çıkarılmıştır. Daha sonra 441 sayılı Kanun ile teşekküllerin finansman esasları belirlenmiştir. 12.05.1964 yılında ise 468 sayılı “Kamu İktisadi Teşebbüslerinin TBMM’ce Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun” çıkarılmıştır.

1980 askeri müdahalesi sonrasında ise Türk ekonomisinin rotası, 24 Ocak 1980 kararlarına göre çizilmiştir. Bu dönemde 440 sayılı Kanunun yerine 1983 yılında çıkarılan 2929 sayılı Kanun ile yeni bir düzenleme getirilmiş , daha sonra da 08.06.1984 tarihinde 233 sayılı KHK ile bu kanun yürürlükten kaldırılmıştır. 233 sayılı KHK ile getirilen KİT’lerle ilgili düzenlemeler bugün hala geçerlidir.

E. KİT’LERİN DENETİM SİSTEMİ

KİT’ler üzerinde hükümetin vesayeti; mali, ekonomik ve teknik vesayet şeklinde olmaktadır²⁷:

Mali ve ekonomik vesayet; KİT’lerin devlet malvarlığı içinde yer alması, devletin hisse sahibi olması ve devletin bunları doğrudan finanse etmesi neticesinde söz konusu olmaktadır. Bu vesayet; ya bazı kararlarda önceden onay alınması ya da devletin denetim işlevini yerine getirme isteği neticesi ortaya çıkmaktadır.

²⁶ Rıdvan KARLUK: Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme (İstanbul, Esbank:1994), 22.

²⁷ Veysel ATASOY: a.g.e., 46-47.

Teknik vesayette ise ilgili bakanlığın ve diğer bakanlık, kuruluş ve kurulların vesayeti söz konusudur.

Karşık bir yapı arz ettiği görülen KİT'lerin denetiminde ise²⁸ uzmanlaşmış kuruluşların ve parlamentonun etkili olduğu görülmektedir²⁹:

Türkiye'de KİT'lerin günlük olağan işlerinden KİT Yönetim Kurulu sorumludur. KİT'lerle ilgili politik kararlar alabilecek uzmanlaşmış makamlar; Başbakanlık Yüksek Planlama Kurulu, DPT, Hazine, yetkili Bakanlık, özelleştirilmeleri söz konusu ise Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ve Özelleştirme Yüksek Kuruludur. Ayrıca, KİT statüsündeki kamu bankaları üzerinde Bankalar Yeminli Murakıplığı da denetleyici konumundadır. İlgili bakanlık denetiminin yanında Maliye ve Ekonomi Bakanlıklarının ve ilgili kuruluşların da denetimi söz konusudur.

Yasal denetim ise iç idari denetim ve KİT Teftiş Kurulunun denetiminden oluşan iç denetimin dışında; Yüksek Denetleme Kurulu, Başbakanlık Teftiş Kurulu, Maliye Teftiş Kurulu, yetkili Bakanlık Teftiş Kurulu ve Devlet Denetleme Kurulu tarafından yapılan dış denetimden oluşmaktadır. Nihai manada denetleme ise TBMM KİT Komisyonu³⁰, TBMM Genel Kurulu³¹ ve seçmenlerce yapılmaktadır.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Güneri AKALIN: a.g.e., 70 vd.

²⁹ Veyssel ATASOY: a.g.e.,47-49

³⁰ Anayasa md.165, "Sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının TBMM'ce denetlenmesi kanunla düzenlenir" demektedir. 2.5.1987 tarih ve 3346 sayılı "KİT ve Fonların TBMM'ce Denetlenmesi Hakkında Kanun"la da TBMM adına parlamento denetimini yapacak sürekli komisyondan KİT Komisyonunun görevleri ve çalışma usulleri düzenlenmiştir.

³¹ Parlamentoların geleneksel görevleri arasında yer alan soru, gensoru, meclis araştırması ve meclis soruşturması yöntemleri, KİT'lerin dolaylı denetim yöntemlerindendir. Yine; bütçenin, kalkınma planlarının görüşülmesi ve kabulü ile de KİT'ler üzerinde parlamento denetimi söz konusu olabilmektedir.

F. KİT'LERİN SORUNLARI

KİT'lerle ilgili sorunlar daha CHP iktidarı döneminde başlamıştır. 1950'de iktidara gelen DP dönemi ise parti programında yazılı olanın aksine kamu sektörünün alan ve hacim olarak daha da genişlediği ve KİT'lerin siyasi amaçlarla kullanılmaya devam ettiği yıllar olmuştur³².

Kuruldukları ilk yıllardan itibaren sayı ve hacim bakımından hızla büyüyen KİT'ler, bu büyümeyi pek çok sorun nedeniyle ekonomik etkinlik ve verimlilik anlamında da gerçekleştirememişlerdir. KİT'lerin özelleştirilmeleri için sebep olarak gösterilen bu sorunlara kısaca değinmekte yarar vardır³³:

-KİT'lerdeki bazı eylem ve işlemlerin ön onaya tabi tutulması, ticari hayatın gereklerine ters düşmekte ve çalışmaların yavaşlamasına sebep olmaktadır.

-KİT yöneticileri, özel teşebbüslerdeki yetenek ve başarı kıstaslarının aksine iktidarın siyasi iradesi ile işbaşına gelmektedirler³⁴. Bu da KİT yönetiminin işletmecî mantığından uzaklaşıp siyasallaşmasına sebep olmaktadır.

-KİT'lerdeki yönetim tarzı ve yöneticilerin siyasi irade ile belirleniyor olması, her hükümet değişikliğinde KİT yönetim ve yöneticilerinin de değişmesi sebebiyle uzun vadeli planların uygulanamamasına ve verimlilikten uzaklaşılmasına sebep olmaktadır.

³² Veysel ATASOY: a.g.e., 73-74.; Rıdvan KARLUK: Türkiye Ekonomisi (İstanbul: Beta Yay., 1997) 21.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Berra ALTINTAŞ: age, 32-35.; Öztin AKGÜÇ: "Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Bugünkü Sorunları ve Çözüm Yolları", KİT Paneli (İstanbul: İÜHF Yay., 1981), 5vd.

³⁴ Coşkun C.AKTAN: Kamu Ekonomisinden Piyasa Ekonomisine:Özelleştirme (Ankara: Takav Matbaası, 1993), 167.

-Siyasi iradenin de etkisiyle işgücü, yeterli bir eğitime sahip olmaları aranmaksızın ve plansız bir şekilde aşırı istihdam edilmektedir.

-Modern pazarlama yöntemleri uygulanmamakta, fiyatlar siyasi iktidarca belirlenmekte, yönetimdeki zaaflar nedeniyle tam kapasite çalışılmamakta; tüm bunların neticesinde de KİT'ler sürekli zarar eden işletmeler haline gelmektedir.

-Teknolojik yeniliklerin takip edilmemesi, kalite-maliyet kontrolü yapılmaması, yatırımlarda siyasi nedenlerle aksamaların ortaya çıkması, verimlilik ve karlılık politikalarına zarar vermektedir.

-KİT denetimi ile ilgili yetki sahibi pek çok kuruluş olmasına rağmen bunlar arasında yeterli koordinasyonun olmaması; denetimler neticesi yeterli yaptırımların uygulanamaması, etkin ve etkili bir yaptırıma imkan vermemektedir.

-Devletin, fiyatlara müdahalesi ve sosyal amaçlı yatırımlar yapması, özerkliklerini yok edecek derecede bu kuruluşlarla ilgili kararlar alması, serbest piyasa ekonomisinin işleyişine müdahale niteliği taşımaktadır.

II- TÜRKİYE'DE ÖZELLEŞTİRME

A. GENEL OLARAK

Ülkemizde, cumhuriyetin ilk kurulduğu yıllarda ekonomik imkansızlıklar nedeniyle devletin ekonomik hayata müdahalesi çok yoğun olsa da; daha bu dönemden itibaren özel sektörün gerekliliğine inanılmış ve bu doğrultuda çeşitli uygulamalar ortaya konulmuştur. Bunun örneklerinden biri de ilk KİT'lerin kuruluş kanunlarında, ileride özel sektöre devredilebileceklerine ilişkin hükümlerin de yer alıyor olmasıdır. Nitekim 1925 yılında kurulan

Sanayii ve Maadin Bankası kuruluş kanununun 8. maddesinde “Bankanın kendisine devredilen fabrika gibi işletmelerin %51 payını kendisinde ve Türk soylu kişilerde bırakmak koşulu ile %49 payı elinden çıkarabileceği” hükmü yer almıştır. Yine 1933 yılında kurulan Sümerbank’ın kuruluş kanununda da “Hükümetin teklifi üzerine umumi heyetçe verilecek karara göre bu hisse senetlerinin kısmen veya tamamen Türk eşhas ve müesseselerine satılması caizdir” hükmü yer almıştır³⁵.

KİT’lerin özel sektöre devri konusu, 1950’li yıllarda hükümet programlarına girmiş olmasına rağmen, konu ile ilgili ilk ciddi uygulamalar 1980’li yıllarda başlamıştır. Bu yıllar, KİT’lerin mevcut sorunlarının kısa vadeli çözümü için ürün fiyatlarının serbest bırakıldığı, uzun vadeli çözümü için de özelleştirilmelerinin gündeme geldiği bir dönem olmuştur.

24 Ocak 1980 Ekonomik kararları ile ise yapısal bir dönüşüm başlamıştır. İthal ikameci sanayileşmeden ihracata yönelme gerçekleşmiş, serbest piyasa ekonomisi benimsenmiş; dışa açık, özel sektörle büyüyen, devletin küçültülmesini ve ekonomiden çekilmesini öngören bu kararlar, Dünya Bankasının yapısal uyum kredileri ile desteklenmiştir.

Liberal ekonomi politikaları ile birlikte söz edilmeye başlanan özelleştirmenin Türk kamuoyunun gündemine ilk gelişi ise, 1983 genel seçimleri öncesi olmuştur. Seçime katılan siyasi partilerden; Anavatan Partisi Genel Başkanı Turgut Özal, Halkçı Parti Genel Başkanı Necdet Calp ve Milliyetçi Demokrat Parti Genel Başkanı Necdet Sunalp’in TRT ekranlarındaki tartışmasında, Özal ile Calp arasında geçen “satarım-sattırmam” tartışması belleklerde yer etmiştir. Özal’ın, serbest piyasa ekonomisini benimsediğini ve uygulamaya geçireceğini, bu bağlamda köprü ve baraj gelirlerini de

³⁵ Rıdvan KARLUK: KİT’ler ve Özelleştirme, a.g.e., 194.

satacağını söylemesinin, 6 Kasım 1983 genel seçimlerinde Anavatan Partisi'ne iktidar yolunu açan etkenlerden biri olduğu söylenmektedir³⁶.

Bu tarihten itibaren giderek büyüyen zararları ile ekonomide bir yük olarak görülmeye başlanan KİT'lerin büyük bir bölümü İDT haline getirilmeye başlanmış, piyasa ekonomisi şartlarına göre verimlilik ve karlılık gibi ticari amaçlar belirlenmiştir. Bir taraftan özelleştirmenin altyapısı oluşturulurken diğer taraftan da mevcut KİT'lere kaynak aktarımı eskisi gibi yapılmamış, kamunun imalat sektöründen tamamıyla çekilmesi sağlanarak KİT'lerin özelleştirilmesine zemin hazırlanmaya çalışılmıştır.

1980'li yıllar, sosyalist bloğun da çöktüğü yıllardır. Dünyada, sosyalist bloğun çökmesinin ardından kurulan yeni devletlerde ve özellikle iki Almanya'nın birleşmesi neticesinde hızlı bir özelleştirme dönemi başlamıştır. Ülkemizde, gerek anılan ülkelerdeki ve gerekse başta Arjantin ile Meksika olmak üzere Güney Amerika ülkelerindeki başarılı politikalar örnek alınarak programlar hazırlanmıştır. Bu bağlamda DPT, 1985 yılında bir ihale açmış; ihaleyi kazanan Amerikalı şirket Morgan Bank bir özelleştirme ana planı hazırlamış, ancak bu planın Türkiye şartlarına uymadığı gerekçesi ile plan tam anlamıyla uygulamaya konulmamıştır.

Özelleştirmenin, hedef olarak kalkınma planlarına girişi ise 1985-1989 yıllarını kapsayan V. Beş Yıllık Kalkınma Planı ile birlikte olmuştur. 5. Beş Yıllık Kalkınma Planında; Kamu İktisadi Teşebbüslerine bağlı bazı işletmelerin, hisse senetleri satışı yoluyla halka açılmasının sağlanacağı, özel sektörün yeterli olduğu alanlarda yeni yatırımlardan kaçınılacağı politikası benimsenmiştir. Özelleştirme hedeflerinin belirlenmesi ise VI. Beş Yıllık Kalkınma Planı ile olmuştur. Plana göre kamu iktisadi teşebbüsleriyle ilgili temel politika "iktisadi etkinliğin artırılması ve sermayenin tabana

³⁶ Türkiye 1997, Ekonomist Dergisi Yıllığı, 96.

yayılmasının sağlamak üzere başlatılan özelleştirme programının süratle gerçekleştirilmesi” dir.

İlk olarak Ocak 1985’de Iğdır Pamuk Dokuma Tesislerinin satılması ile başlayan özelleştirme uygulamaları süreci, özelleştirme kanununun çıkarıldığı 1994 yılına kadar yeterli bir hukuki altyapı olmadan devam etmiştir.

12.3.1964 yılında 441 sayılı Kanun ile KİT’lerin finansman kaynağı olarak kurulan Devlet Yatırım Bankası, 1987 yılında Türkiye İhracat Bankası (Eximbank) olarak yeniden yapılandırılarak, bu bankanın KİT yatırımlarını finanse etme ve bu konuda danışmanlık hizmetleri verme görevine son verilmiştir.

1990’lı yıllar, her ne kadar özelleştirmede belirlenen hedeflere ulaşılamasa da, özelleştirme uygulamalarının devam ettiği bir dönem olmuştur. Bu dönemde, özellikle PTT, TEK ve SEK’in özelleştirilmeleri tartışmaları gündemde olmuş; 5 Nisan Ekonomik Kararları ile de ekonominin kötü gidişatına son vermek için özelleştirilecek ya da kapatılacak KİT’ler belirlenmiştir. Yine bu dönemde, AYM’nin iptal kararlarının da dikkate alınmasıyla hazırlanan, özelleştirme uygulamalarına ilişkin ilk kanun olan 4046 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir.

1995 yılına damgasını vuran olaylardan biri de; kapatılması öngörülen KİT’lerden olan Karabük Demir ve Çelik’in, özelleştirme kapsamından çıkarılıp yöre halkının ve çalışanların hissedarı oldukları Kardemir A.Ş.’ye sembolik bir bedelle satılması olmuştur. Bu uygulama ile hem devlet ağır bir yükten kurtulmuş, hem de özelleştirme konusunda kamuoyunun sempatisi kazanılmıştır. Aynı dönemde; SEK’in satışı, çimento sektöründe özel sektörün tekel olmaya başlaması tartışmaları gündeme gelmiş; AYM de, telekomünikasyon sektörünün özelleştirilmesi ile ilgili çeşitli iptal kararları vermiştir.

1996 yılında Gümrük Birliğine girilmesi ile birlikte ise, Avrupa Birliği'ne ekonomik alanda da uyum sağlanması anlamında özelleştirme gerekli görülmüştür. Bu dönemde; ÇEAŞ, TOFAŞ, TEDAŞ, PETLAS ve Etibank'ın özelleştirilmesi tartışmaları, yine gündemden hiç düşmeyen konulardan olmuştur.

1998 yılında Ulaştırma Bakanlığınca GSM lisans hakkının 1 Milyar dolara satılması ile ise özelleştirme uygulamalarında bir rekor gerçekleştirilmiş ve İş Bankasının kamu hisseleri de halka arz edilmiştir.

Bu dönemde POAŞ ihalesi³⁷ ve Türk Ticaret Bankası'nın özelleştirilmesi³⁸ çalışmaları ise, siyasi etkileri de olan birer özelleştirme karmaşasına dönüşmüştür. Yine bu dönemde dünyada yaşanan ekonomik krizin de etkisiyle, tüm diğer ekonomik hedeflerin olduğu gibi özelleştirme hedeflerinin de 1999 yılına ertelenmesi sonucu doğmuştur.

1999 yılında yaşanan ekonomik kriz neticesi IMF ile yapılan ekonomik istikrar programında; mevcut ekonomik sorunların çözümü için, özelleştirmelerin hızla yapılması gereğine de yer verilmiştir. Ancak, yine, belirlenen hedeflere ulaşamamıştır. Örneğin; 1999 yılında IMF'ye sunulan Niyet Mektubunda, 2000 yılı için 7.6 Milyar ABD Doları özelleştirme geliri hedeflenmişken³⁹, bu hedefin sadece 2.7 Milyar ABD Doları gerçekleştirilebilmiştir.

2000'li yıllar, özellikle TEDAŞ, Türk Telekom, THY, Milli Piyango, araç muayene istasyonları gibi tartışmalı KİT'lerin özelleştirme kapsamına alındığı,

³⁷ İhalede, önce yürütmeyi durdurma kararının verilmesi, ardından ÖİB'nin itirazı üzerine bu kararın kaldırılması ve bu defa da ortak girişim grubunun sözleşmeyi imzalamaya yanaşmaması; bunun üzerine ÖYK'nun ikinci sıradaki ortak girişime teklif götürmesi, ancak idare mahkemesinin satış kararını iptal etmesi üzerine ÖYK ihaleyi iptal etmiştir.

³⁸ Yapılan ihale neticesinin siyasilerle ve mafya ile bağlantısı olduğu iddiaları, ihalenin üzerine bir sis perdesi çekilmesine sebep olmuştur. Bu bağlantı iddiaları, verilen gensoru neticesinde hükümetin düşmesine sebep olmuştur.

³⁹ Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, IMF Niyet Mektubu, Ankara, 9.12.1999

TEKEL ve TÜPRAŞ⁴⁰ özelleştirmesinin devam ettiği, aynı zamanda yargı organlarının çeşitli vesilelerle verdiği yürürlüğünün durdurulması ve iptal kararlarının da etkilerinin hissedildiği bir dönemdir.

B. ÖZELLEŞTİRME MEVZUATI

Başlangıçta oldukça karışık bir yapı arz eden özelleştirme ile ilgili yasal mevzuat, 4046 sayılı Kanunun kabulü ile genel bir çerçeveye kavuşturulmuştur⁴¹.

1. 4046 Sayılı Özelleştirme Kanunu Öncesi

a) 2983 Sayılı Kanun

Özelleştirmeye ilişkin ilk kanuni düzenleme, 29.2.1984 tarih ve 2983 sayılı “Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun” ile olmuştur. 2983 sayılı Kanun, tasarrufların teşviki ve sağlanacak ek finansman kaynakları ile kamu yatırımlarının hızla gerçekleştirilebilmesi için kamu kurum ve kuruluşlarına ait her çeşit altyapı tesisleri ile kamu iktisadi teşebbüsleri için “hisse senedi” veya bunlara ait tesisler için “gelir ortaklığı senedi” çıkarılması ve “işletme hakkı”nın devredilmesinden oluşan özelleştirme yöntemlerini saymaktadır. Anılan kanun ile Toplu Konut ve

⁴⁰ Bu dönemde gerçekleşen TÜPRAŞ ihalesi, üzerinde çok konuşulan konulardandır. TÜPRAŞ; Kamu Ortaklığı İdaresi tarafından 1990 yılında özelleştirme kapsamına alınmış olan ve bugün itibarıyla toplam %34,24’ü halka açık olan bir şirkettir. Şirkette bulunan %65,76 oranındaki kamu hissesinin blok satış yöntemiyle özelleştirilmesi için 2003 yılında açılan ihaleyi, en yüksek teklif veren Efremov Kautschuk GmbH grubu kazanmış ve ÖYK’nun da onaylamasıyla ihale süreci tamamlanarak, sözleşme yapma aşamasına gelinmiştir. Petrol-İş Sendikasının, ihale komisyonunun kararının yürürlüğünün durdurulması ve iptali için Ankara 10. İdare Mahkemesinde dava açması ve bu mahkemenin yürürlüğünün durdurulması kararı vermesinin ardından, ÖİB, itiraz için Ankara Bölge İdare Mahkemesine başvurmuş, BİM de yürürlüğünün durdurulması işlemini iptal etmiştir. 10. İdare Mahkemesinin, 2 Haziran 2004’de, bu defa ihale komisyonunun kararını iptal etmesinin ardından, ÖİB, temyiz için Danıştay’a gitmiş ve Danıştay da yürürlüğünün durdurulması kararı vermiştir. Danıştay, esasa ilişkin kararını ise henüz vermemiştir.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. İlhan Baytan: Özelleştirme (Ankara:1999), 14vd.; Metin KILCI: <http://ekutup.dpt.gov.tr/kit/kilcim/ozell98.html>

Kamu Ortaklığı Kurulu, Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi ve Kamu Ortaklığı Fonu oluşturulmuştur.

b) 233 Sayılı KHK

8.6.1984 tarih ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında KHK, 18.6.1984 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Asıl olarak KİT'lerin kuruluş, faaliyet, görev ve denetlenmeleri hükümlerini içeren KHK'de açıkça "özelleştirme" denmese de "teşebbüsler, müesseseler, bağlı ortaklıklar, işletmeler ve işletme birimlerinin tasfiyesi veya satılması"ndan söz edilmektedir.

233 sayılı KHK ile, Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulundaki özelleştirme ile ilgili karar alma yetkisi, Ekonomik İşler Yüksek Kuruluna verilmiş; yürütme görevi ise Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresinde bırakılmıştır.

4.12.1984 tarih ve 3092 sayılı "Çay Kanunu" ve yine aynı tarihli 3096 sayılı "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun" özel sektörün de çay ve elektrik alanlarında faaliyette bulunabilmelerine imkan sağlanmıştır.

c) 3291 Sayılı Kanun

Özelleştirmenin; kavram, kapsam ve kapsama alınma süreci bakımından ilk olarak tanımlandığı kanundur. 3291 sayılı Kanun md.13 KİT'lerin; satış(hisse senetleri ve varlıklarının satışı), kiralama, işletme hakkı verilmesi, devir veya tasfiye yöntemleri ile özelleştirilmelerinden söz etmektedir. Kanun ile Ekonomik İşler Kurulundaki görev ve yetkiler tekrar Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kuruluna verilmiştir. Yine 3291 sayılı Kanun ile devlet tekelindeki tütün ve tütün mamullerinin üretimi, işletilmesi alanları da özel sektöre açılmıştır.

28.12.1987 tarih ve 304 sayılı KHK ile Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu ve Ekonomik İşler Yüksek Koordinasyon Kurulu kaldırılıp bu kurulların görev ve yetkileri Yüksek Planlama Kuruluna verilmiştir.

d) 414 Sayılı KHK

9.4.1990 tarih ve 414 sayılı KHK ile 2983 sayılı Kanunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi "Kamu Ortaklığı İdaresi"ne dönüştürülmüş, bu idarenin özelleştirme ve Kamu Ortaklığı Fonu ile ilgili görev ve yetkileri de "Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığı"na verilmiştir.⁴²

e) 3987 Sayılı kanun

Gerek genel yetki kanunlarının ve gerekse bu kanunlara dayanılarak çıkarılan KHK'lerin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi neticesinde, 5.5.1994 tarih ve 3987 sayılı Kanun ile hükümete özelleştirme ile ilgili KHK çıkarma yetkisi verilmiştir. Bu kanuna dayanılarak çıkarılan 530, 531, 532 ve 546 sayılı KHK'ler ile özelleştirmenin kurumsal yapısı yeniden düzenlenmiş, özelleştirme uygulamalarının kapsamı genişletilmiş, esas ve usuller yeniden düzenlenmiş ve olası istihdam sorunlarına çözümler getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi; 7.7.1994 tarihli E.1994/49, K.1994/45-2 ve 22047 sayılı RG ile anılan yetki kanununu daha sonra da sırasıyla 530, 531, 532 ve 546 sayılı KHK'leri iptal etmiştir.

⁴² 414 s.KHK ile 2985 s. Toplu Konut Kanunu değiştirilip Toplu Konut İdaresi kurulmuş ve Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresinin toplu konutla ilgili görev ve yetkileri bu idareye devredilmiştir.

2. 4046 Sayılı Özelleştirme Kanunu

Özelleştirme ile ilgili kapsamlı bir yasal düzenlemenin olmaması, hukuki karmaşa doğurmuş ve bir çerçeve kanuna ihtiyaç olduğu gerçeğini ortaya çıkarmıştır. Anayasa Mahkemesinin yürürlüğün durdurulması ve iptal kararlarındaki gerekçelerin de dikkate alınmasıyla 24.11.1994 tarih ve 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamalarının düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve KHK'lerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"⁴³ çıkarılmıştır⁴⁴.

⁴³ Kanun, 27.11.1994 tarihli ve 22124 numaralı RG'de yayımlanmıştır.

⁴⁴ 4046 sayılı Kanun da günümüz ihtiyaçlarını tam anlamıyla karşılayamamaktadır. Uygulamadan doğan birtakım eksikliklerin ve sorunların ortadan kaldırılması için hazırlanan özelleştirme kanunu tasarısı genel gerekçesi ise şöyledir: "Özelleştirme uygulamalarını düzenleyen 4046 sayılı Kanun, yayımından bu yana geçen zaman içerisinde, uygulamaların sonuçlandırılmasında yetersiz hale gelmiştir.

Kanunun yürürlüğe girdiği dönemdeki şartların ve ortamın getirdiği zorunluluk nedeniyle düzenlenen ve fakat bugün için uygulama alanı ve olanağı kalmayan, yer yer mükerrerlik arz eden hükümler karşısında uygulamaların temeli olan özelleştirme yöntemleri, ihaleler, istihdam, yükümlülükler ve çalışanların nakli konularında –olumsuzlukları en aza indirecek-köklü düzenlemeler yapmak ve yeni bir temel kanun hazırlanması zorunlu hale gelmiştir.

Çıkarılacak bu temel Kanun ile giderek artan hukuki ihtilafların azalacağı, ülkemizin içinde bulunduğu ekonomik olumsuzlukların çözümüne katkıda bulunulacağı, uygulamaların gereksiz bürokratik işlemlerle uzamasına engel olunacağı, sonuca daha süratli ve verimli ulaşılacağı açıktır. Bu düzenleme ile özelleştirmenin, ekonomide verimlilik ve kamu giderlerinin azaltılması ve sermayenin tabana yayılmasına yönelik felsefesine uygun olarak yürütülmesini teminen, yasal zemindeki olumsuzlukların giderilmesi, sonuçları itibarıyla daha benimsenen sağlıklı bir yapıya kavuşturulması amaçlanmıştır.

Ülkemiz ekonomisinde önemli bir yeri olan özelleştirme ile ilgili olarak, kuruluşların kapsama alınması, gerektiğinde kapsamdan çıkartılarak statülerinin belirlenmesi konusundaki kararın Bakanlar Kurulunca alınması uygun görülmüştür. Bu düzenleme ile Özelleştirme Yüksek Kurulu ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığı yerine Özelleştirme Kurumu oluşturulmuş ve Kurumun, Özelleştirme Kurulu, Başkanlık ve hizmet birimleri şeklindeki teşkilat yapısı belirlenmiştir.

Özelleştirme uygulamalarında tek yetkili karar organı olarak Kurulun görev ve yetkileri netleştirilmiştir. Böylece mevcut Yasada zaman zaman içiçe geçen yetki ve görev karmaşasına son verilmiştir. Bu düzenlemelerle özelleştirilecek kuruluşların özelleştirme kapsamına alındıktan sonra ekonomik olarak daha kötüleştiği, çalışanlarının motivasyonunu yitirdiği, Özelleştirme İdaresine bağlanması nedeniyle bağımsız hareket edemedikleri, ticari faaliyetlerini yürütemedikleri şeklindeki eleştirilerin giderilmesi amaçlanmıştır.

Kuruluşların görev zararları ile ilgili düzenleme yapılarak, kapsama alınacak kuruluşun özelleştirilmesinin daha kısa sürede, daha süratle ve verimli gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır.

4046 sayılı Kanunda yer alan özelleştirme ihalelerine ilişkin hükümlerin, ağır şartları ihtiva etmesi ve detaylı –adeta yönetmelik gibi- olmasının zaman zaman uygulamaları imkansız kılması, tıkaması –sonuç alınamayan ihalelerin tekrarlanması zorunluluğunu doğurması- hem zaman, hem de maddi olarak –yapılan giderlerle- devletin zararına yol açması karşısında, yapılan düzenleme ile tüm bu hususlar ortadan kaldırılmış olacaktır".

4046 sayılı Kanunun çıkarılmasıyla birlikte, mevcut dağınık hukuki ve kurumsal yapı ortadan kalkmıştır. O tarihe kadar özelleştirme işlemlerinde Bakanlar Kurulu, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı, İş ve İşçi Bulma Kurumu, Yüksek Planlama Kurulu ile Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı yetkili konumdayken; 4046 sayılı Kanun ile bu dağınık yapı ortadan kaldırılıp ÖYK, ÖİB ve Özelleştirme Fonu oluşturulmuştur.

Bugün, elektrik üretimi ile ilgili olarak 3096 sayılı Kanun gereği Enerji Bakanlığı, Telekomun özelleştirmesi ile ilgili olarak 4161 sayılı Kanun gereği ise Ulaştırma Bakanlığı yetkilidir. Diğer tüm özelleştirmelerde ise 4046 sayılı Kanun uygulanacak ve ÖİB yetkili olacaktır.

a) Özelleştirilebilecek kuruluşlar

4046 sayılı Kanunun uygulama alanı, önceki yasal düzenlemelere göre daha geniş tutulmuştur. Kanuna göre özelleştirilebilecek kuruluşlar şunlardır:

-İktisadi devlet teşekkülleri, bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ile varlıkları ve iştiraklerindeki kamu payları,

-Kamu iktisadi teşebbüsleri statüsü dışında kalmakla beraber sermayesinin tamamı veya yarısından fazlası devlete ve/veya diğer kamu tüzel kişilerine ait olan ticari amaçlı kuruluşlardaki kamu payları ile bu kuruluşlara ait müessese, bağlı ortaklık, işletme, işleme birimleri ve varlıkları, iştiraklerindeki kamu payları,

-Devletin diğer iştiraklerindeki kamu payları ile Hazineye ait payları,

-Genel ve katma bütçeli idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların ve kamu iktisadi teşebbüslerinden kamu iktisadi kuruluşlarının

gördükleri kamu hizmetleri ile doğrudan doğruya ilgili olmayan varlıkları ve iştiraklerindeki payları,

-Belediye ve il özel idarelerine ait ticari 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 iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim birimlerinin işletilmesi hakları”.

b) Özelleştirme İlkeleri

3291 sayılı Kanun çerçevesinde gerçekleştirilen özelleştirme uygulamalarının olumsuz neticeleri, toplumsal baskı gruplarının eleştirileri ve AYM'nin iptal kararlarının da etkisiyle 4046 sayılı Kanun ile özelleştirmeye ilişkin temel ilkeler belirlenmiş ve bu ilkeler yasada ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda, 4046 sayılı Kanun başlıca özelleştirme ilkelerini şöyle sıralamaktadır:

-Doğabilecek istihdam sorunları için ek iş kaybı tazminatı verilmesi⁴⁵,

-Her kuruluşun kendi şartlarına göre özelleştirme yöntemlerinin belirlenmesi,

⁴⁵ Özelleştirme neticesi işini kaybedenlerin yeni iş bulmalarında İş ve İşçi Bulma Genel Müdürlüğü yetkilendirilmiştir. Ayrıca kanun ile erken emeklilik teşvik edilmiş, özelleştirme neticesi kadrosu iptal edilen memur ve sözleşmeli personelin diğer kamu kurum ve kuruluşlarındaki boş kadro ve pozisyonlara atanmalarına dair düzenlemeler de getirilmiştir.

-Özelleştirmeden elde edilecek gelirlerin genel bütçe harcama ve yatırımlarında kullanılmaması⁴⁶,

-Tekelci yapının önüne geçilmesi, rekabetin ve tüketicinin korunmasının sağlanması,

-Mülkiyetin tabana yayılmasının sağlanması, yönetim sorumluluk ve yetkilerini üstlenebilecek ortak grubun temini,

-Kamu bankalarının öncelikle özelleştirilecek kuruluşlar içine alınması,

-Stratejik kuruluşların özelleştirilmesinde devlete imtiyazlı hisse verilmesi,

-Tabii kaynakların, belirli süre için sadece işletme hakkı verilerek özelleştirilmesi,

-Özelleştirme işlemlerinde aleniyetin sağlanması,

-Özelleştirme uygulamalarında, milli güvenlik ve kamu yararı gerektirmedikçe, kamu kurum ve kuruluşları ile mahalli idarelere devir yapılamaması.

c) Özelleştirme Yöntemleri

4046 sayılı Kanunda 1.8.2003 tarih ve 4971 sayılı Kanun ile md.18'de yapılan değişikliğin de paralelinde başlıca özelleştirme yöntemleri "satış, kiralama, işletme hakkının verilmesi, mülkiyetin gayri ayni hakları tesisi, gelir ortaklığı modeli ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar" olarak belirlenmiştir.

⁴⁶ Bu hükümle, "özelleştirmenin bir borç ödeme ve kamu açıklarını kapatma yöntemi olarak kullanılmaması" prensibi, 4046 sayılı kanuna daha da genişletilmiş olarak girmiştir.

Satış yöntemi, “Kuruluşların aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimleriyle varlıklarının mülkiyetinin kısmen veya tamamen bedel karşılığı devredilmesi ya da bu kuruluşların hisselerinin tamamının veya bir bölümünün –kuruluşların içinde bulundukları şartlar da dikkate alınarak- yurt içi ve yurt dışında, halka arz, gerçek ve/veya tüzelkişilere blok satış, gecikmeli halka arzı içeren blok satış, çalışanlara satış, borsada normal ve/veya özel emir ile satış, menkul kıymetler yatırım fonları ve/veya menkul kıymetler yatırım ortaklarına satış veya bunların birlikte uygulanması yoluyla bedel karşılığı devredilmesidir”

Kanunda sıralanan satış yöntemlerini uygulama bakımından blok satış, halka arz ve varlık satışı olarak 3 ana başlık altında sınıflandırmak mümkündür.

Blok satış; kuruluştaki kamu paylarının tamamının veya bir kısmının bir blok olarak, ihale sonucu belirlenen alıcı veya alıcı grubuna satılmasıdır. Blok olarak satılan hisse grubuna ait ortaklık hakları ve yükümlülükleri de hisse senetleriyle birlikte alıcıya geçmektedir.

Halka arz; 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 3. maddesine göre halka arz “sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan halka çağrıda bulunulması, halkın bir anonim ortaklığa katılmaya veya kurucu olmaya davet edilmesi, hisse senetlerinin borsalar veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda devamlı işlem görmesi, bu Kanuna göre halka açık anonim ortaklıkların, sermaye artırımları dolayısıyla paylarının veya hisse senetlerinin satışı” olarak tanımlanmaktadır.

Özelleştirme programındaki bir kuruluşun halka arz yöntemiyle özelleştirilmesi SPK ve tebliğleri ile İMKB usul ve esasları çerçevesinde gerçekleştirilmekte, uluslararası halka arz uygulamasında ise ilgili uluslararası mevzuat hükümlerine de uyulmaktadır.

Halka arz yoluyla ilk özelleştirme uygulaması, Mart 1988 tarihinde Teletaş-Telekomünikasyon Endüstri Ticaret A.Ş.'deki %40 olan kamu hisselerinin, %20'lik bölümünün satışıyla gerçekleştirilmiştir. Bu ilk halka arz uygulamasında, ne kadar kişiye satıldığı bilinmemektedir. Ancak 2000 yılında gerçekleştirilen TÜPRAŞ halka arz uygulamasında, arz edilen hisselerin %91'i TÜPRAŞ mensupları ve küçük bireysel yatırımcılara satılmış, 369.000 kişi hisse senedi almıştır.

Gecikmeli halka arzı içeren blok satış yönteminde alıcıya, blok olarak satın aldığı hisselerin bir bölümünü, satış tarihinden itibaren belli bir süre içinde halka arz etmesi şartı getirilmektedir.

Gecikmeli halka arzı içeren blok satış yöntemi, ÇİTOSAN'a ait bağlı ortaklıkların özelleştirilmesinde kullanılmıştır.

Çalışanlara satış yöntemi; aslında bir uygulama biçimi olan bu yöntem, özelleştirme yöntemlerinden birisi olarak kanunda yer almaktadır. Uygulamada şirket hisse veya varlıkları, çeşitli teşvik mekanizmaları ile birlikte çalışanlara satılabilmektedir.

Halka arz yoluyla özelleştirmede çalışanlara satış uygulamasına ilk olarak TELETAS özelleştirilmesinde yer verilmiş, satışa çıkarılan hisselerin %10'u çalışanlara tahsis edilmiş; satış bedelinin 4 eşit taksitle ödenmesi, hisse almak isteyenlere şirketçe kredi verilmesi gibi kolaylıklar da sağlanmıştır.

TÜPRAŞ hisselerinin 2000 yılı içinde gerçekleştirilen halka arz uygulamasında, TÜPRAŞ çalışanlarına, daha düşük fiyat uygulama ve taksitlendirme gibi çeşitli kolaylıklar sağlanmıştır.

Varlık satışı; özelleştirme programındaki kuruluşların aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimleri ile varlıklarının mülkiyetinin, bir bedel karşılığı kısmen veya tamamen devredilmesidir. Varlık satışı ile özelleştirmeye konu olan birim, kuruluşun bir fabrikası veya işletmesi ya da arazi, arsa, bina veya kayıtlı taşınır mallar olabilmektedir.

Varlık satışı, uygulamada; ana kuruluşun özelleştirilmesini kolaylaştırmak için arazi, arsa ve üretim dışı birimlerin satışı şeklinde ya da tamamıyla satılması zor olan kuruluşların (Sümer Holding, Et ve Balık Ürünleri A.Ş. gibi) mal ve hizmet üreten tesis ve işletmelerinin satışı şeklinde gerçekleştirilmektedir.

Kiralama yöntemi; " Kuruluşların aktiflerindeki varlıklarının kısmen veya tamamen bedel karşılığında ve belli bir süre ile kullanma hakkının verilmesidir." 4046 sayılı Yasa çerçevesinde kiralama yöntemiyle özelleştirme uygulaması bulunmamaktadır.

İşletme hakkının verilmesi yöntemi; kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimlerinin –mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla- bedel karşılığında belli süre ve şartlarla işletilmesi hakkının verilmesidir".

İşletme hakkı devri yöntemiyle özelleştirme uygulamaları, özellikle limanların özelleştirilmesinde söz konusu olmuştur.

Mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi yöntemi; "Kuruluşların aktiflerindeki mal ve hizmet birimleri ile varlıklarının, mülkiyeti ilgili kuruluşa ait olmak kaydıyla, Türk Medeni Kanununda öngörülen şekil ve şartlar dahilinde, malike ait kullanma hakkına ilişkin bazı tasarruflara rıza gösterilmesine veya malikin mülkiyete bağlı haklarını kullanmasından vazgeçmesi sonucunu doğurmasına ilişkin hakların tesisi".

4046 sayılı Kanunda yer alan söz konusu yöntem, mülkiyet hakkı dışında maddi mallarla ilgili hak ve yetkilerin Medeni Kanunda yer alan usul ve esaslar çerçevesinde devrine yöneliktir.

Gelir ortaklığı modeli ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar yöntemi ise “Kuruluşların özellikleri ve yapıları da dikkate alınarak yukarıda belirtilen özelleştirme yöntemleri dışında kalan ve genel hükümler ile özel kanunlarda belirtilen diğer yöntemlerdir”.

İfade ettiğimiz yöntemlerin kendilerine göre olumlu ya da olumsuz yanları vardır. Bu bağlamda özelleştirme beklentilerine göre en uygun yöntemin seçilmesi ve seçilen yöntemle birlikte ek önlemlerin de alınması uygun olacaktır. Örneğin, blok satış yönteminde kuruluş ve hizmetin özelliğine göre gerekli önlemlerin alınmaması kamu tekelinin özel tekele dönüşmesine sebep olabilecektir. Sermayenin tabana yayılması ilkesi açısından en uygun yöntem olan halka arz yönteminde de hisselerin büyük bir kısmının arz yoluyla devredilmesi halinde yönetim boşlukların ortaya çıkabileceği unutulmamalıdır.

d) Rekabetin Korunması

Rekabetin korunması⁴⁷ politikası ile ilgili olarak yapılan özelleştirme uygulamaları sonucu mal ve hizmet piyasalarının işleyişine, ekonomik gereklere ve kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlığının, güvenliğinin ve ekonomik çıkarlarının korunması ile ilgili birtakım yasaklar getirilmiştir. 4046 sayılı Kanun md.16'ya göre bu yasaklar şunlardır:

⁴⁷ 4054 sayılı Rekabet Yasası ile de blok satış yönteminin yaratabileceği tekelleşme sakıncasına karşı bazı önlemler getirilmiştir. Bu bağlamda yapılan çalışmalar çerçevesinde, özelleştirme sürecinde ihale işlemlerine başlanmadan önce kamu kurumlarının ilgili pazarlarda sahip olduğu hakim durumun özelleştirme sonrası durumu ve bu hakim durumun devrinin ilgili pazardaki rekabet üzerine etkilerine ilişkin Rekabet Kurulu'nun görüşünün alınması ve ihale sonrasında özelleştirme yoluyla devralma işleminin Rekabet Kurulu'nun iznine tabi kılınması sözkonusudur. Böylece, rekabet politikasının özelleştirme işlemlerinde etkin bir rol oynaması sağlanmak istenmiştir.

“-Mal ve hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynakları veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,

-Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasalara yeni girecek olanların engellenmesi,

-Eşit hak ve yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,

-Bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi.

Bu yasaklara uyulmaması halinde hukuki ve cezai müeyyideler söz konusu olacaktır.

e) Stratejik Nitelikli Kuruluşların Özelleştirilmesi

4046 sayılı Kanuna göre stratejik olan ve olmayan bütün kuruluşların özelleştirilmesi mümkündür. Ancak stratejik kuruluşların özelleştirilmesinde devlet, imtiyazlı hisse bulunduracaktır. Kanunun 13. maddesine göre şu beş İDT stratejik olarak kabul edilmektedir: Türk Hava Yolları A.O., TC Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası A.Ş., T.M.O. Alkoloid Müessesesi ve Türkiye Petrolleri A.O. Bu kuruluşların hisselerinin %49'undan fazlasının özelleştirilmesi kararı alınması halinde devlet, imtiyazlı hisse bulundurmak zorundadır.

Sayılan beş İDT dışındaki kuruluşların stratejik olup olmadığına karar verme yetkisinin ÖYK'ya verilmiş olması ise üzerinde tartışılan bir konudur.

Keza, bizim de katıldığımız görüşe göre bu hassas konunun ayrıntılı bir şekilde görüşülmesi ve hangi kuruluşların stratejik olarak nitelendirileceğine karar verilmesi yetkisinin TBMM’de olması daha uygun olacaktır⁴⁸.

f) Değer Tespiti ve İhale İşlemleri:

4046 sayılı Kanuna göre özelleştirme programına alınan kuruluşların değer tespit işlemlerini kanuna göre oluşturulacak değer tespit komisyonları belirleyecektir. Anılan kanuna göre ihale usulleri şunlardır: Kapalı teklif, pazarlık, açık artırma, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü. 4046 sayılı Kanunun 18/C maddesi, gerek ihale komisyonlarının oluşumunu gerekse ihale usullerini ve ihalelerde uyulacak esasları ayrıntılı olarak açıklamaktadır. md.37/1/b’ye göre ise, “Bu kanun hükümleri gereğince yapılacak uygulamalar ile ihale usullerine ilişkin esaslar idarece çıkarılacak yönetmeliklerle, alınacak danışmanlık hizmetlerine ilişkin esas ve usuller ise Kamu İhale Kurumunun uygun görüşü üzerine idarece çıkarılacak yönetmelikle belirlen(ecektir)”⁴⁹.

Özellikle AYM’nin iptal kararlarının da dikkate alınması suretiyle 3.4.1997 tarih ve 4232 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler paralelinde, her satış yöntemine hangi usulün uygulanacağını belirtilmesi yoluna gidilmiştir. Buna göre; varlık satışı şeklinde yapılacak özelleştirme uygulamalarına ilişkin ihalelerde kapalı teklif, pazarlık ve açık artırma usullerinden birisi uygulanacaktır. Satış yöntemi dışındaki yöntemlerle yapılan özelleştirmelerde ise özelleştirilecek kuruluşun özellikleri, hizmetin niteliği, hukuki durum ve değer tespit sonuçlarına göre pazarlık ya da açık artırma usullerinden biri uygulanacaktır.

⁴⁸ Aynı doğrultuda görüş için bkz. Bülent SERİM: Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özelleştirme (Ankara: İzgi Yay.,1996), 80-82.

⁴⁹ 5148 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Kamu İhale Kanununda Değişiklik Yapılmasına Hakkında Kanun”un 07.05.2004 tarih ve 25455 sayılı RG’de yürürlüğe girmesinden önce, özelleştirme uygulamaları için alınacak danışmanlık hizmetleri alımlarında Kamu İhale Kurumunun uygun görüşünün alınması sözkonusu değildi.

g) Özelleştirme Yüksek Kurulu

4046 sayılı kanuna göre özelleştirmede yetkili karar organı Özelleştirme Yüksek Kuruludur. 1.8.2003 tarih ve 4971 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe göre ÖYK, Başbakanın başkanlığında Başbakanın belirleyeceği dört Bakandan oluşmaktadır⁵⁰. Üyelerin hangi Bakanlardan oluşacağı yetkisinin Başbakanda olmasından maksat, yapılan özelleştirmelerde konuyla ilgili Bakanların ÖYK'da görev alabilmesidir.

ÖYK, başlıca şu alanlarda yetkilidir:

- Kuruluşların özelleştirme kapsamına alınmasına karar vermek, gerek görülenleri bu kapsamdan çıkararak eski statülerine iade etmek,
- Kuruluşların hangi yöntemlerle özelleştirileceğine karar vermek,
- İhale sonucunda ihale komisyonunun verdiği kararları onaylamak,
- Özelleştirme Fonunun kullanım alanlarında yararlanmak üzere yurtiçinden ve yurtdışından borç almak,
- Özelleştirme Fonu ve İdaresinin gelir ve gider programlarını onaylamak.

h) Özelleştirme İdaresi Başkanlığı

1.8.2003 tarih ve 4971 sayılı Kanun ile özelleştirme uygulamalarını yürütmekle görevli kuruluş olan Özelleştirme İdaresi Başkanlığını düzenleyen kanun maddesinde de değişiklik yapılmıştır. Buna göre Başbakana bağlı,

⁵⁰ Değişiklik öncesi ÖYK; Başbakanın başkanlığında, Başbakanın belirleyeceği bir Devlet Bakanı, özelleştirmeden sorumlu Devlet Bakanı, Maliye Bakanı ile Sanayi ve Ticaret Bakanından oluşmaktaydı.

kamu tüzelkişiliğine sahip, özel bütçeli bir kuruluş olan ÖİB’de başbakan, görevlendireceğı bir bakan vasıtasıyla yetkilerini kullanabilmektedir.

ÖİB geçici bir teşkilattır. Özelleştirme süreci sona erdiğinde ÖİB elemanları, ihtisas alanlarına göre ilgili kuruluşlara nakledileceklerdir.

ÖİB’nin başlıca görevleri şunlardır:

-ÖYK kararlarını uygulamak, kurulun vereceğı işleri yürütmek,

-Kuruluşların özelleştirme kapsamına alınmasına, eski statülerine iadesine veya özelleştirmeye hazırlanmasına karar verilmesi için ÖYK’ya teklifte bulunmak,

-Kuruluşların özelleştirilmesi faaliyetlerini yürütmek,

-Kuruluşların mali, idari, hukuki yapıları ile ilgili düzenlemeler yapmak,

-İhracına karar verilen kıymetli evraklarla ilgili hususları tespit etmek,

-Özelleştirme Fonunu idare etmek,

-Gerekli reklam, tanıtım, halkla ilişkiler, mali denetim işleri için danışman temin etmek,

-Gerekliyse, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlara borç vermek.

1) Özelleştirme Fonu

Özelleştirme kapsamındaki kuruluşların özelleştirmeye hazırlanması ve özelleştirilen kuruluş çalışanlarının sorunlarının çözümü için kaynak tahsisi

sağlanması amacıyla oluşturulmuştur. Özelleştirme uygulamalarından elde edilen her çeşit gelir ilgili kuruluşların bütçeleri dışında TC Ziraat Bankası'nda kurulan Özelleştirme Fonunda toplanmaktadır.

23.5.2000 tarih ve 4568 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe göre Özelleştirme Fonunun nakit fazlası hazinenin iç ve dış ödemelerinde kullanılmak üzere hazine hesaplarına intikal ettirilebilmektedir⁵¹.

ÖİB'nin bütçesinin denetimi ise Sayıştay Başkanlığınca yapılmaktadır. ÖİB'nin çalışmaları ve özelleştirme fonunun kullanımı ile özelleştirme işlemleri sırasındaki her türlü hizmet ve uygulamaları, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulunca da denetlenmektedir.

3. 4971 Sayılı Kanun

15.8.2003 tarih ve 4971 sayılı "Bazı Kanunlarda ve Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında KHK'da Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"⁵² ile 4046 sayılı Kanun ile şu değişiklikler yapılmıştır:

-4971 sayılı Kanun ile Özelleştirme Yüksek Kurulu üyelerinin kanunla belirlenmesi ilkesinden vazgeçilip üyelerin hangi bakanlardan oluşacağını belirleme yetkisi Başbakan'a verilmiştir. Ayrıca Başbakanın yetkilerini bir bakana devredebilmesi de mümkün hale gelmiştir.

-Özelleştirilen kuruluşlarda çalışanlardan yöneticiler dışındakilerin, halka arz yolu ile yapılan satışlara iştirakleri sağlanmıştır.

⁵¹ Değişiklik öncesinde, kamu ortaklığı fonuna yapılan aktarmalar hariç, özelleştirme fonundan genel bütçeye kaynak aktarılamıyordu.

⁵² 15.8.2003 tarih ve 25200 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

-Özelleştirme portföyünde bulunan ancak özelleştirilmesi çok zor görülen şirketlerin, belirlenen değerlerinin altında ya da bedelsiz olarak satılabilmesi sağlanmıştır. Bu madde ile istihdamın korunması ve işletmenin devamlılığı amaçlanmıştır. Böylece, ihalede belirlenen satış bedelinin altında da satış gerçekleşebilecektir.

-Usul ve esasları Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmek üzere hisse senedi ile değiştirilebilir veya hisse senedine çevrilebilir menkul kıymetler çıkarmak mümkün olacaktır. Ayrıca, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin telekom hisselerinin hisse senedine dönüştürülebilir tahvil yoluyla satışına da olanak sağlanmıştır.

-Kanun ile Milli Piyango İdaresi icracı olmaktan çıkarılıp düzenleyici kurum haline getirilmiş, şans oyunları lisans verilerek özel yerli ya da yabancı sermayeye açılmıştır.

-Vergi kolaylıkları getirilmiştir.

-Kamu kurumlarına, özelleştirme ile ilgili olarak intikal eden işlemlerin bu kurumlarca öncelikle ve ivedilikle incelenip karara bağlanması hükmü getirilmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK YARGISI VE ÖZELLEŞTİRME

I- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA ÖZELLEŞTİRME

Anayasa yargısı, kanunların ve diğer yasama işlemlerinden bir bölümünün Anayasaya uygunluğunun, yargı organları tarafından denetlenmesidir. Bu sayede kişi hakları, yasama organı karşısında da korunabilecektir.

Dünyadaki uygulamaya bakıldığında, kanunların Anayasaya uygunluğunun, siyasal ya da yargısal denetim şeklinde yapıldığı görülmektedir. Siyasal denetimde, Devlet Başkanı, İkinci Meclis gibi siyasal organların bu denetimi yaptığı; yargısal denetimde ise kanunların Anayasaya uygunluğunun yargı organları tarafından ve yargısal usullere göre yapıldığı görülmektedir.

Ülkemizde kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, ilk olarak 1961 Anayasası ile gelmiş; bu denetim şekli bazı farklılıklarla 1982 Anayasası ile de korunmuştur.

1982 Anayasası md. 148/l'de "Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde karamamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esasa bakımlarından uygunluğunu denetler...." denilmektedir. Böylece Anayasaya uygunluk denetiminde Yüksek Mahkemeye, şekil ve esas yönünden olmak üzere iki tür yöntem kullanma yetkisi verilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin; kanunların, kanun hükmünde karamamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde uyacağı ölçü norm ise Anayasanın kendisidir. Ülkemizde Anayasallık bloğunun belirlenmesinde; Anayasanın dışında, milletlerarası hukuk kurallarının, hukukun genel ilkelerinin ve Atatürk ilke ve inkılaplarının da ölçü normlar olarak kullanıldığını görmekteyiz.

Anayasa Mahkemesinin, kanunların ve kanun hükmünde karamamelerin özellikle esas bakımından denetimlerinde çok dikkatli olması gerekmektedir. Keza; bu denetimlerde sebep, konu ve maksat unsurlarına subjektif bir takım gerekçelerle dayanmak, hukukilik denetimi yerine yerindelik denetiminin yapılmasına da yol açabilecektir.

A. GENEL OLARAK

Türk Anayasalarında özelleştirme, 1982 Anayasasında 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe kadar üzerinde düzenleme yapılmamış bir konudur.

4446 sayılı Kanun md.1 ile Anayasa md.47'nin başlığı "Devletleştirme" iken "Devletleştirme ve Özelleştirme" olarak değiştirilmiş ve maddeye şu fıkra eklenmiştir: "Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir". Böylece, bu tarihe kadar anayasada açık bir hüküm olmadan uygulamaya geçirilmiş olan özelleştirme anayasal bir dayanağa kavuşmuş olmuştur.

B. 1999 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ ÖNCESİ

Anayasa md.47'de 1999 yılında yapılan düzenleme ile özelleştirmenin Anayasal bir boyut kazanmasından önce de AYM; özelleştirme konusunun

Anayasada özel olarak düzenlenmemesinin konunun yasaklandığı anlamına gelmediğini, yasa koyucunun Anayasanın genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla konu ile ilgili düzenlemeler yapabileceğini kabul etmekteydi¹.

Yüksek Mahkemenin, Anayasal bir düzenlemenin olmadığı bu dönemde özelleştirme ile ilgili kararlarında aşağıdaki Anayasa maddelerine dayandığı görülmektedir²:

-Anayasa md.35'de yer alan "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

-Kamulaştırmanın düzenlendiği Anayasa md.46'da yer alan "Devlet ve kamu tüzelkişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, 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".

-Devletleştirmenin düzenlendiği Anayasa md.47'de yer alan "Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir".

-Anayasa md.167'de yer alan, Devlet "piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşme"yi önleyecektir.

-AY md.168'de yer alan "Tabii servet 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".

¹ Bülent SERİM: Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özelleştirme (Ankara: İzgi Yay.,1996), 175; E:1994/70, K:1994/65-2,KT:22.12.1994; RG:28.1.1995,s.24.

² E:1994/49, K:1994/45-2, KT:7.7.1994; RG: 10.9.1994, S.22047, s.7-62.

-Anayasa md.172'de düzenlenen "Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder".

1. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Özelleştirme İlkeleri

AYM'nin, genel olarak 1999 Anayasa değişikliği öncesindeki kararlarında oluşturduğu başlıca özelleştirme ilkeleri ve çeşitli konulara yaklaşımı şöyledir:

a) Tersine İşlem Kuralı

Özelleştirmeye ilişkin çeşitli kararlarında AYM, özelleştirme ile devletleştirme ve kamulaştırma arasında bir ilişki kurmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre Anayasada öngörülme de devletleştirmenin tersi bir işlem olan özelleştirmenin, Anayasanın genel ilkelerine ve devletleştirme ile kamulaştırma için özel yasalarla belirlenmiş ilkelere uygun olarak yapılması gerekir.

Bu anlayış neticesinde, özel mülkiyetteki taşınmazın kamu yararı amacıyla kanundaki esas ve usullere uygun olarak idarece sona erdirilmesi anlamına gelen ve mülkiyetin kamu yararına aykırı olarak kullanımını engellemek için idareye tanınan bir yetki olan kamulaştırmanın, Kamulaştırma Kanununda³ sayılan ilkeleri özelleştirmede de uygulanacaktır. Yine; Anayasa md.47'de yer alan ve özelleştirmenin tersi bir işlem olarak nitelendirilen devletleştirmenin de gerek Anayasada gerekse özel yasasında belirtilen ilkeleri⁴ özelleştirme için de uygulanabilecek, devletleştirmeye yetkili organ "devletsizleştirmeye" de yetkili sayılacaktır⁵.

³ 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, 24.4.2001 tarih ve 4650 sayılı Kanun(RG: 5.5.2001; S: 24393) ile önemli değişikliklere uğramıştır.

⁴ 20.11.1984 tarih ve 3082 sayılı "Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun"a göre aşağıdaki şartlar birlikte gerçekleşirse özel teşebbüsler devletleştirilebilecektir:

Yüksek Mahkeme, özelleştirme ile ilgili hemen tüm kararlarında “özel teşebbüslerin devletleştirilmesinde olduğu gibi kamu varlıklarının özelleştirilmesinde de”⁶ diyerek Anayasadaki özel mülkiyet hakkı ile ilgili korumanın kamu mülkiyeti için de eşdeğer bir şekilde geçerli olduğunu⁷ ifade etmekte, bu bağlamda devletleştirme ile özelleştirme arasında bağlantı kurmaktadır. Özelleştirmeyi devletleştirmenin tersi bir işlem olarak gören Yüksek Mahkemenin çıkardığı sonuçları şöyle özetleyebiliriz⁸:

-Devletleştirmeye yetkili organ özelleştirmeye de yetkilidir.

-Ancak kamu yararının gerektirdiği hallerde özelleştirme yapılabilir.

-Devletleştirme gibi özelleştirme de gerçek karşılığı üzerinden yapılır ve gerçek karşılığın hesaplanma şekli ve usulü kanunla düzenlenir.

-Yasama organı; gerekli, yararlı ya da uygun gördüğü kamu varlıklarının özelleştirilmesini yasayla mümkün kılabilir.

-Özelleştirilecek her KİT için özel bir yasa çıkarılmalıdır.

AYM'nin bu yaklaşımının kendi üyelerinden bazıları tarafından da eleştirildiği görülmektedir. Keza; Yüksek Mahkemenin 4000 sayılı Kanunun iptaline ilişkin kararında *karşı oy gerekçesinde* iptal kararında özelleştirmenin, kamulaştırma ve devletleştirme ile karşılaştırmasının yapılması eleştirilmekte ve şöyle denilmektedir: “...Anayasanın 46. ve 47.maddelerinde

-Devletleştirilecek özel teşebbüsün yaptığı hizmet veya üretimin ülke çapında kamu ihtiyacına hitap etmesi

-Bu hizmet veya üretimin kontrol, rekabet, ikame veya başka yollardan sağlama imkanının bulunmaması

-Hizmet veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması halinde kamunun büyük zarar görmesi

⁵ E:1994/43, K:1994/42-2, KT:9.12.1994, RG:24.1.1995, S.22181, s.13; E:1995/38, K:1996/7, KT:28.2.1996, RG:24.5.1996, S.22645, s.61.

⁶ E:1995/38, K:1996/7, KT:28.2.1996; RG: 24.5.1996, S.22645, s.61-62.

⁷ E:1994/49, K:1994/45-2, KT: 7.7.1994; RG:10.9.1994, S:22047, s.38.

⁸ E:1994/49, K:1994/45-2, KT:7.7.1994; RG:10.9.1994, S.22047, s.37-38.

“kamulaştırma” ve “devletleştirme” yoluyla kişilerin mülkiyet hakkına kamu idarelerince yapılacak müdahalelerle izlenecek yöntemler gösterilmiş olup, “tersine işlem teorisi”nce; Devlete ait varlıkların satışında da aynı yöntemlerin izlenmesi gerekeceğini kabul etmek imkansızdır. Anayasanın 46. ve 47.maddelerinde kişilerin malvarlıklarının kamu gücü kullanılarak ellerinden alınması söz konusudur”⁹.

Bizim de katıldığımız görüşe göre; AYM kararlarında ifade edilen özelleştirmenin devletleştirmenin tersi bir işlem olduğu görüşü, aslında sadece “mülkiyetin el değiştirmesi” bakımında geçerlidir¹⁰. Keza, birinde mülkiyetin özelden kamuya, diğerinde kamudan özele geçişi söz konusudur. Mülkiyetin bu şekilde el değiştirmesi dışında ise benzerlik yoktur. Kamulaştırma ve devletleştirmede devletin tek taraflı iradesi ile kamu gücünü kullanarak kanundaki şartlara uygun olarak ve kamu yararını gerçekleştirmek için hareket etmesi söz konusudur. Özelleştirmede ise tek taraflı bir iradeden söz etmek mümkün değildir. Keza, yetkili idari organlar özelleştirme ile ilgili gerekli iç prosedürü tamamladıktan sonra sıra idare ile özel teşebbüsün sözleşme yapmasına gelecektir. Yapılacak bu sözleşme, idari sözleşme ya da özel hukuk sözleşmesi olabilecektir. Ancak unutulmaması gereken husus, özel teşebbüsün bu sözleşmeyi yapıp yapmama konusunda serbestiye sahip olması, devletleştirme ve kamulaştırmada olduğu gibi bir zorlamanın olmamasıdır.

b) Yasama Yetkisinin Devredilemezliği İlkesi

Anayasa md.7 ile yasama yetkisinin Türk Milleti adına TBMM’de olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği, md.8 ile yürütme yetki ve görevinin¹¹

⁹ E:1994/70, K:1994/65-2, KT:22.12.1994

¹⁰ İlhan BAYTAN: Özelleştirme (Ankara:1999), 56.

¹¹ 1961 Anayasasının yürütmeyi sadece görev olarak düzenlemesinin aksine, 1982 Anayasa md.8, yürütmeyi yetki ve görev olarak düzenlemiştir. Kural olarak, yürütme, yasama organının sınırlarını belirlediği alanlarda tali bir yetkiye sahiptir. Yürütme organının asli yetkiye sahip olduğu istisnai alanlar ise Anayasa ile belirlenmiştir: Anayasa md.121’e göre OHAL ve sıkıyönetimde KHK çıkarmak, Anayasa md.173’e göre vergi, resim, harç vb. mali

Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu eliyle Anayasa ve yasalara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği, md.9 ile de yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmekte; böylece “kuvvetler ayrılığı” ilkesi Anayasanın temel ilkelerinden biri olarak benimsenmektedir. Aynı zamanda Anayasanın başlangıç kısmında ve Anayasa md.2’de belirtilen temel ilkelerin de dayanağı olan kuvvetler ayrılığı ilkesine göre ise devlet organları arasında bir üstünlük sıralaması söz konusu değildir.

AYM’nin özelleştirme ile ilgili bazı yasa hükümlerini, yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırılık oluşturacağı gerekçesiyle iptal ettiği görülmektedir. Bu yöndeki kararlardan biri 4046 sayılı Kanunun 18.maddesinin B ve C bentlerinin iptaline ilişkin karardır. Yüksek Mahkeme, “...18/B maddesindeki değer tespit yöntemleri ile bunu uygulayacak “Değer Tespit Komisyonları”nın oluşum biçimi, görev ve yetkilerinin yasama organınca belirlenmesi gerekir...18.maddesinin (C) bendinde ...yalnız yöntem türlerinin belirlenmesi değil, durum ve konuma göre hangilerinin uygulanacağını açıkça saptanması gerekir...” diyerek “Değer tespit yöntemleri ile ihale usullerine ilişkin belirsizliğin giderilmemesi ve değer tespit komisyonları ile ihale komisyonlarının oluşumu, görev ve yetkilerinin yasama organınca düzenlenmemesi, yasama yetkisinin yürütmeye devri niteliğinde olup Anayasanın 7.maddesine aykırıdır” gerekçesiyle, 18.maddenin B ve C bentlerini iptal etmiştir¹².

yükümlülüklerin muafık, istisna ve indirimleriyle oranlarında, yasa ile belirli alt ve üst sınırlar içinde değişiklik yapmak, Anayasa md.167’ye göre dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına düzenlenmesi için ithalat, ihracat ve dış ticaret işlemleri üzerine vergi vb. yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymak ve kaldırmak.

Anayasa md.91 ise, KHK çıkarılamayacak konuları belirtmiştir. Buna göre, sıkıyönetim ve OHAL’ler saklı kalmak üzere AY’nın II. kısmının I. ve II. bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile IV. bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler KHK’lerle düzenlenemez. Anayasa md.163’e göre de, Bakanlar Kurulu’na KHK’ler yoluyla bütçede değişiklik yapma yetkisi verilemez.

Ancak bütün bunlar, sayılan alanlarda yürütmenin hiç düzenleme yapamayacağı anlamına gelmemektedir. Şöyle ki, bir kanuna dayanmak ve ona aykırı olmamak şartıyla temel haklar ve hürriyetler ya da vergi ve benzeri mali yükümlülükler gibi alanlarda da yürütme organı düzenleyici işlemler yapabilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Turan GÜNEŞ: Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, (Ankara, AÜSBFY:1965), 112.

¹² E:1997/35, K:1997/45, KT:9.4.1997; RG:8.8.1997, S:23074, s.14.

Yüksek Mahkeme bir başka kararında “yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütme organının subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması da yasayla düzenleme anlamına gelmez” diyerek 10.6.1994 tarih ve 4000 sayılı Kanun ile Ulaştırma Bakanına tanınan yetkilerin “belirsiz ve sınırsız” olması gerekçesi ile iptal kararı vermiştir. Yüksek Mahkemenin bu kararında da yürütmeye yetki devrinin istisnai olarak Anayasada düzenlendiği, bunların dışındaki alanlarda yürütmenin tali yetkiye sahip olduğu düşüncesi temel olmuştur¹³.

Anılan kararlar ışığında AYM’nin vardığı sonuçları şöyle saptayabiliriz¹⁴:

-KİT’ler kanunla kurulmuşlardır, ortadan kaldırılmaları da kanunla olacaktır. Yasama organının sahip olduğu bu yetkinin yürütme organına verilmesi yetki devri anlamına gelecektir.

-Yetki kanunu ile Bakanlar Kurulu, birbiriyle ilgisiz pek çok alanda KHK çıkarma yetkisine sahip kılınamaz. Bu durum “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez” diyen Anayasa md.7’e aykırı olarak yasama yetkisinin devri niteliğinde olacaktır.

-AY md.91’e göre, “Kişi Hakları ve Ödevleri” KHK’lerle düzenlenemez. Anayasanın kişi hakları ve ödevleri kısmında yer alan özelleştirme konusu mülkiyetin devrini de gerektiren düzenlemeler getirdiğinden, KHK ile düzenlenmesi durumunda Anayasaya aykırılık söz konusu olacaktır.

-Yasama yetkisinin genelliği ve asliliği karşısında KHK çıkarma yetkisi istisnai bir durumdur. Bu yetki, KHK’nin Anayasaya konuluş amacına uygun olarak ve sadece zorunlu, ivedi ve önemli durumlarda kullanılabilecektir¹⁵.

¹³ AYMKD, S.33, C.1, s.412-415.

¹⁴ 3987 sayılı yetki kanununun iptaline ilişkin karar: E:1994/49, K:1994/45-2, KT:7.7.1994, RG: 10.9.1994, S. 22047

-Anayasanın başlangıç hükümleri arasında kuvvetler ayrılığı ilkesinden bahsedilmekte, Anayasa md.2 ile “demokratik hukuk devleti” ilkesi benimsenmektedir. Öyle olduğu halde, Bakanlar Kurulunun yasama yetkisinin devri niteliğindeki geniş kapsamlı yetkiler ile donatılması, yasama-yürütme erkleri arasındaki eşitliği yürütme lehine bozmuş olacaktır.

Yüksek Mahkemenin yasama yetkisinin devri niteliğinde görüp de iptal ettiği yasa maddeleri ile ilgili kararının *karşı oy yazısında* farklı doğrultuda görüş sergilenerek; Anayasa ile kamu hizmetlerinin görülmesi ve kamu gücünün kullanılması konusundaki istisnai anayasal usuller dışında idari konuların yasalar ve yasalara bağlı idari düzenlemelerle yapıldığı, dava konusu yasa kurallarının da bunlardan biri olup Anayasa md.7’ye kesinlikle aykırı olmadığı, AYM’nin bu suretle *yerindelik denetimine* gittiği belirtilmiştir. Bir başka karşı oy yazısında ise, “zamana ve günün koşullarına göre oluşacak değer in önceden yasa ile belirlenmesi yararlı ve hatta olanaklı da değildir. Bu değer saptama metotlarının seçimi konusunda idareye yetki tanınması, işin gereğine daha uygun düşer...Özelleştirme İdaresi Başkanlığını oluşturacak personelin seçimi ile atanmalarındaki yöntemle göre çalışmalarında bağımsız olamayacakları yolundaki çoğunluk görüşü ise yerindelik denetimine girer ve Anayasa yargısında yerindelik denetimine yer verilmemiştir”¹⁶ denilerek, yasalarla genel çerçeveler çizildikten sonra uygulamaya yönelik ayrıntıların yürütme organına bırakılmasının çağın gereklerine daha uygun olacağı, AYM’nin görevinin yasalarla çizilecek bu çerçevenin boyutlarını belirlemek değil mevcut yasalara uygunluk denetimi yapmak olduğu belirtilmiştir. Böylece AYM’nin, hukukilik denetiminden uzaklaşıp yerindelik denetimine yaklaştığı ortaya konulmaktadır.

AYM’ne 4000 sayılı “Telgraf ve Telefon Kanunun Bir Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair

¹⁵ E:1994/49, K:19994/45-2, KT: 7.7.1994, RG: 10.9.1994, S.22047, s.40

¹⁶ E:1997/35, K:1997/45, KT:9.4.1997; RG:8.8.1997, S:23074, s.16-18.

Kanun”un iptali istemiyle açılan davadaki, *karşı oy yazısında ise*, özetle şöyle denilmektedir¹⁷:

“-Yasa koyucu, genel hatları ile bir çerçeve çizer ve bu çerçeve içinde yapılacak işler konusunda yürütme organına yetki tanır.

-Çizilen çerçevenin azlığı ya da çokluğu konusu, subjektif bir değerlendirme olacaktır ve bu “yerindelik denetimi” olacaktır.

-Ekonominin kuralları hızla değişmektedir. Olması gereken, alınacak kararlarda işin gereğinin geç kalınmadan yapılabilmesi için yasama organınca çerçevenin mümkün olduğunca geniş çizilmesidir.

-Böylece, yasa koyucuya ayrıntılarla uğraşmak yerine ana esaslarla uğraşma imkanı sağlanacak ve uygulama, daha geniş bir alan içinde yürütmeye bırakılacaktır”.

Bizim de katıldığımız görüş, kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulamaya konulması gereğidir. Yasaların kapsamı, seçimle işbaşına gelen siyasi otoritenin takdiri doğrultusunda belirlenecek; yasamanın boş bıraktığı alan, zamanın ve mekanın gereklerine göre yürütme tarafından doldurulacaktır. Yasalarla, teknik konulara değinilmesine ve uygulamaya yönelik ayrıntılara girilmesine ise gerek yoktur. Keza; Anayasa md.8’in gerekçesinde de ifade edildiği gibi 1982 Anayasası ile yürütme, yasamaya tabi olmaktan çıkarılmış ve her iki kuvvetin, Devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmaları sağlanmıştır. Böylece yürütme, 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi sadece kanunların kendisine verdiği görevleri yerine getiren bir organ değil aynı zamanda gerekli yetkilere de sahip bir organ olarak düzenlenmiştir.

¹⁷ E:1994/70, K:1994/65-2, KT:22.12.1994; RG:28.1.1995, S:22185, s.46.

c) Özelleştirilecek Her KİT İçin Özel Yasa Zorunluluğu

AYM, KİT'lerin özelleştirilmesi konusunda devletleştirmeden yola çıkarak "Devletleştirmede olduğu gibi özelleştirmede de esas ve yöntemlere ilişkin bir düzenlemenin yasayla yapılması zorunluluğu açıktır. Özelleştirmeyi genelde düzenleyen böyle bir yasanın varlığı, özelleştirilecek her KİT için yasama organının oluru öngören bir yasa çıkarılması gereksinimini ortadan kaldırmaz"¹⁸ demektedir.

Yüksek Mahkeme bu kararıyla her KİT için ayrı bir yasanın varlığını gerekli kabul etmektedir. Ancak KİT'lerin kanunla kuruldukları dikkate alındığında yetkide paralellik ilkesi gereği kaldırılmalarının da kanunla olacağını söylemek mümkünse de her KİT için ayrı bir kanun çıkarılmasından söz etmek hukuki olmayacaktır. Ayrıca AYM'nin görüşüne dayanak yaptığı devletleştirme için de ayrı bir yasa çıkarılması gereğine dair Anayasada bir hüküm yer almamaktadır¹⁹.

d) Kamu Mülkiyetinin Korunması İlkesi

Mülkiyet ve miras haklarını "Sosyal ve İktisadi Haklar" kısmında ele alan 1961 Anayasası döneminde AYM mülkiyet hakkını; malikin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, kutsal ve doğal haklardan olarak değil de, malikine toplum yararına bazı ödevler ve görevler yükleyen sosyal bir hak olarak nitelendirmektedir²⁰.

Yüksek Mahkeme konuyu "Kişinin Hakları ve Ödevleri" kısmında ele alan 1982 Anayasası dönemindeki bir kararında ise "sosyal nitelik taşıyan mülkiyet hakkının toplum ve toplum yararı ile doğrudan ve yakından ilgili olması karşısında bu konuda, bireyle toplum yararının karşılaştığı durumlarda

¹⁸ E.1994/49, K.1994/45-2, KT.7.7.1994, RG:10.9.1994, S.22047, s.38.

¹⁹ Aynı yönde görüş için bkz: Mustafa ERDOĞAN: Demokrasi, Laiklik, Resmi İdeoloji (Ankara: Siyasal Kitabevi, 1995), 105.

²⁰ E:1966/3, K:1966/22, KT:28.4.1966; AMKD, S.4, s.138.

toplum yararının üstün tutulması tartışılmayacak kadar açıktır"²¹ diyerek mülkiyet hakkının sınırsız algılanmaması gereğini ortaya koymakta ve toplum yararının kişi yararından üstün olduğunu kabul etmektedir.

AYM'ne göre Anayasanın md.35 ile özel mülkiyet için getirdiği koruma, devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyet hakları için de geçerlidir. Bu bağlamda, özel mülkiyet konusundaki özen kamu mülkiyeti konusunda da geçerli olacaktır. Böylece Anayasa ile kişisel mülkiyet gibi kamu mülkiyeti de güvenceye alınacaktır. Kaldı ki mülkiyet hakkının güvenceye alındığı md.35 ile bu hakkın ancak yasayla sınırlanabileceği ve kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı belirtilmektedir²².

AYM'nin 28.2.1996 tarih ve E:1995/38, K:1996/7 sayılı kararındaki *karşı* oy gerekçesinde ise özetle şöyle denmektedir: AY md.91/I temel hak ve ödevlerin, kişi hakları ve ödevlerinin, sosyal haklar ve ödevlerin KHK'lerle düzenlenemeyeceğini belirtmiştir. Amaç, devletin ve siyasal iktidarın keyfi davranışlarına karşı kişileri korumaktır. Anayasa md.35 ile kişilerin mülkiyet ve miras haklarını güvence altına alınmakta, böylece KHK'lerle düzenlenemeyecek bir alan ortaya çıkmış olmaktadır. Bu bağlamda, Anayasa md.35'deki mülkiyet hakkı ile kamu mülkiyeti arasında hiçbir ilgi kurulamaz. Anayasa md.46-47'deki kamulaştırma ve devletleştirme ise 35.maddeye getirilen istisnalardır. Keza, kamulaştırma ve devletleştirme özel kişilerin mülkünün kamu gücü kullanılarak zorla ellerinden alınmasıdır. İki halde de mülkiyet hakkının özü ortadan kalkmakta olduğu için konu Anayasa ile düzenlenmiştir. Aksi halde kamulaştırma ve devletleştirme yapılamazdı. Kişinin mülkiyet hakkını doğrudan ilgilendiren kamulaştırma ve devletleştirme ancak yasa ile düzenlenebilir. KHK ile düzenlenemez. Kamu mülkiyet hakkı ile kişi mülkiyet hakkı arasında md.35'e göre paralellik kurulamaz. Devlet, anayasal sınırlamalara ve ilkelere bağlı kalarak mülkünü devredebilir. Bunu yasa ile veya usulüne göre çıkarılmış yetki yasası ve buna bağlı KHK ile

²¹ E:1988/34, K:1989/26, KT:21.6.1989; AMKD, S.25, s.291.

²² E:1995/38, K:1996/7, KT:28.2.1996; RG:24.5.1996, S.22645, s.61-62

yapabilir. Özelleştirmede, AY md.35'deki mülkiyetle ilgi kurulup mutlaka yasa ile düzenleme yapılması zorunluluğu da yoktur²³.

1982 Anayasasında mülkiyet hakkının "Kişi hakları ve ödevleri" arasında yer alması dolayısıyla özelleştirmenin sadece kanunlarla düzenlenebileceği şeklindeki görüşe ise AYM'nin, 3987 sayılı Kanuna ilişkin kararındaki karşı oy yazısında şu şekilde eleştirilmiştir: "Mülkiyeti Anayasal bir hak olarak belirleyen ve güvence altına alan Anayasa md.35, bu hakkı kişi hakkı ve ödevleri arasında düzenlemiştir. Kişileri devlete karşı korumak için konulmuştur. Bu kuralın, devletin vatandaşla karşı kullanabileceği yetkilerin sınırlarını belirleyen bir kural olmaktan çıkarılıp devletin de istifade edebileceği bir hak olarak yorumlanması mümkün değildir. Bu nedenle kamu mülkiyet hakkı ile kişi mülkiyet hakkı arasında 35.maddeye göre paralellik kurmak mümkün değildir"²⁴.

Bizim de katıldığımız görüşe göre Anayasa md.35 ile özelleştirme arasında ilgi yoktur. Keza, md.35 bireylerin mülkiyet ve miras haklarını devlete karşı güvenceye almaktadır. Kural koyan, uygulayan ve gerektiğinde yaptırım uygulayabilen devlet; özelleştirme ile elindeki mülkleri Anayasa ve yasalarla çizilen çerçeve dahilinde devredebilecek, md.35'deki güçsüzün güçlüye karşı korunması durumu ise özelleştirmede söz konusu olmayacaktır.

e) Devletin Bağımsızlığının Korunması İlkesi

AYM, özelleştirme ile doğabilecek birtakım sakıncaları önlemek amacıyla yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasını, yabancılara mülk satışı ile ilgili 13.6.1985 tarih ve E:1984/14, K:1985/7 sayılı kararına da atıf yaparak, "Devleti korumak ve onun sürekliliğini sağlamak" amacına bağlamaktadır. Yüksek Mahkemeye göre "Devletin geleceği üzerinde doğrudan etkisi olan yaşamsal önemdeki konularda, yabancıların

²³ E:1995/38, K:1996/7, KT:28.2.1996; RG:24.5.1996, S. 22645, s.61-62.

²⁴ E:1994/49, K:1994/45-2, KT:7.7.1994, RG:10.9.1994, S.22047, s.61-62.

ağırlığını önleyici kuralların getirilmesi, bağımsızlığın korunması yönünden zorunludur”²⁵.

Yüksek Mahkeme; bir taraftan hızlı kalkınma için dış borç, yabancı sermaye, yabancı ortaklardan yararlanma gereğinden söz ederken diğer taraftan da özelleştirme yolu ile yabancılara nüfuzlarının artmasının ülke bağımsızlığı ve güvenliği açısından tehlikeli olabileceğini ifade etmektedir. Bu bağlamda, özelleştirme politikası uygulayan gelişmiş ülkelerde de bir takım tedbirler aldığından söz etmekte ve örnek olarak gösterdiği Fransa’da özelleştirilecek kuruluşlarda yabancılara satılabilecek oranın %20, İngiltere’de ise %10 ile sınırlandırıldığını belirtmektedir. Yüksek Mahkemeye göre, “Türk ulusunun çıkarlarının, ülke bağımsızlığının ve güvenliğinin gözetilmesi, özelleştirmenin yabancılaştırmaya dönüşmemesi yönünden getirilecek kuralların önemi büyüktür”. Ayrıca Yüksek Mahkeme, yabancıya satışın olumsuz etkileri görüldüğünde devletleştirme yolu ile riskin kaldırılabileceği düşüncesine de, ulusal ve uluslar arası hukuk yönünden sorunlara yol açabileceği gerçeğini yansıtmadığı için katılmamaktadır²⁶.

Yüksek Mahkeme, “toprak, devletin vazgeçilmez temel ögesi, egemenliğin ve bağımsızlığın simgesidir” diyerek stratejik konumdaki yerlerde yabancılara taşınmaz mal satımını uygun görmemektedir. Yüksek Mahkemeye göre Lozan Barış Anlaşmasından bugüne, yabancılara ülkede mülk edinmeleri konusuna sınırlayıcı ve kısıtlayıcı bir bakış açısı ile yaklaşmaktadır. Köy ve Tapu Yasaları bunun en güzel örnekleridir²⁷.

Yüksek Mahkeme, stratejik önemi haiz kuruluşların yabancılara satılmasını, başlangıçtaki “Türk Milli menfaatleri”nin korunması ve 5.maddedeki Devletin “Türk Milletinin bağımsızlığını” ve “kişilerin ve toplumun

²⁵ E:1994/49, K:1994/45-2, KT:7.7.1994; RG:10.9.1994, S:22047, s.42.

²⁶ E:1994/49, K:1994/45-2, KT:7.7.1994; RG:10.9.1994, S:22047, s.42.

²⁷ E:1994/49, K:1994/45-2, KT:7.7.1994; RG:10.9.1994, S:22047, s.43.

refah, huzur ve mutluluğu"nu sağlama görevlerini yerine getirmesi ilkelerine de aykırı bulmaktadır²⁸.

Anayasa md.5'de Devletin temel amaç ve görevleri arasında "Türk Milletinin bağımsızlığının ve bütünlüğünün" korunmasından da bahsedilmektedir. Ayrıca, Anayasanın başlangıç kısmında da "Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerin(e), Türk varlığının Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasın(a)..." aykırı olarak koruma göremeyeceğinden bahsedilmektedir. Özelleştirme ile ilgili olarak açılan davalarda bu hususlara da dayanılarak, özelleştirme işlemlerinin iptali talep edilmektedir²⁹.

AYM, stratejik konumdaki bölgelerde yabancılara taşınmaz mal satışı yapılmaması ve özelleştirilen KİT'lerin yabancılar tarafından edinilmesinde *karşılıklılık ilkesinin* gözetilmesi gereğinden söz etmektedir³⁰. AYM'ye göre, stratejik önemi olan (telekominikasyon, elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı vb.) alanların yabancılara satılmasına sınırlamalar getirilmezse; bu alanlara yabancılardan girmesinin de ötesinde güvenlik, bağımsızlık ve ekonomik açılardan sakıncalar doğacaktır. Yüksek Mahkeme, halka ya da çalışanlara satış konusuna da ihtiyatla yaklaşmakta ve bu hisselerin zamanla yabancılardan eline geçebilme olasılığının da dikkate alınarak tedbirler alınması gerektiğini düşünmektedir³¹.

AYM kararlarında, yabancılarla yapılacak özelleştirmelerde milli menfaatlerden, karşılıklılık esasına göre hareket edilmesi gereğinden söz edilmesi doktrinde çeşitli eleştirilere yol açmaktadır. Özbudun'a göre Türk milli menfaatleri, milli kültür, kamu yararı gibi kavramların takdiri seçilmiş siyasal kadrolara aittir ve AYM bu kavramları irdeleyerek hukukilik denetiminden çıkıp yerindelik denetimine yaklaşmaktadır. Anayasanın, belli bir milli menfaat anlayışı belirleyip bunu herkese kabul ettirmeye çalışması demokratik siyasal

²⁸ E:1994/49, K:1994/45-2, KT:7.7.1994; RG:10.9.1994, S.22047, s.43-44.

²⁹ E:1984/9, K:1985/4, KT: 18.2.1985; AMKD, S.21, s.59-60.

³⁰ E:1994/49, K:1994/45-2, KT:7.7.1994; RG:10.9.1994, S.22047, s.43.

³¹ E:1994/49, K:1994/45-2, KT:7.7.1994; RG:10.9.1994, S.22047, s.41-43.

yaşamın gerekleriyle bağdaşmayacaktır. Ayrıca, devletlerin de milli çıkarlarının gerektirdiği hallerde karşılıklılık ilkesinden vazgeçebilecekleri bir gerçektir³². E. Teziç'e göre ise yasal bir düzenleme konusu olan karşılıklılık ilkesinin AYM'nce kullanılması ile kanunun kanuna karşı denetlenmesi söz konusu olmaktadır³³.

f) Tekelleşme ve Kartelleşmenin Önlenmesi İlkesi

Fiilen ya da anlaşma ile oluşacak tekelleşme ve kartelleşmenin önlenmesi görevinin Devlete verildiği AY md.167/1'de "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır, piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler" denilmektedir.

167.maddenin gerekçesinde ise tekel benzeri gruplaşmalar da tekelleşme olarak nitelendirilmekte ve tüketim sektöründe tekelleşmenin önlenmesi gereğinden bahsedilmektedir. Ayrıca Anayasa md.5'de ifade edilen Devletin "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak" görevi ile de tekelleşme ve kartelleşmeye karşı mücadelenin ilgisi belirtilmektedir.

Anayasa md.172 Devlete, "tüketicileri koruyucu önlemler almak" görevini yüklemiştir. Bu görev de tekelleşme ve kartelleşmenin önlenmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda, özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemeler ve uygulamalarda, tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyici hükümlerin bulunması zorunludur.

³² Ergun ÖZBUDUN: Türk Anayasa Hukuku (Ankara: Yetkin Yay., 2002), 72-73.

³³ Erdoğan TEZİÇ: "Tartışma: Yabancıların Türkiye'de Gayrimenkul İktisabı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.5, S.2(1985),128. Ayrıca haberleşme, elektrik, vb. stratejik alanların yabancılara açılmasıyla ekonomik bağımsızlığın tehlikeye gireceği şeklindeki Yüksek Mahkeme görüşü, bu alanlarda zaten yabancılara bağlı olunması bakımından da eleştiri konusu yapılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.Vural Fuat SAVAŞ: "Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme", Anayasa Yargısı-15, 105.

Özel tekel olabilecek alanlardaki özelleştirmelerde devletin gerekli önlemleri alarak hareket etmesi, gerekli gözetim ve denetimleri yapması gerekmektedir. AYM'nin çeşitli kararlarında da özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde anılan hususlara yer verilmesi gerekliliğinden söz edilmektedir³⁴.

Özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyici hükümlerin bulunması, tam rekabet koşulları içinde piyasa ekonomisinin etkinliğini sağlaması bakımından önemlidir. Keza, tekel konumundaki kuruluşların özelleştirilmesi kamu tekelinin özel tekele dönüşmesine sebep olacak; piyasadaki başıboşluk fiyatları daha da yükseltip kaliteyi olumsuz yönde etkileyebilecektir³⁵.

AYM'nin görüşleri paralelinde 4046 sayılı Kanun md.16'ya "Özelleştirme Uygulamaları Sonucu Rekabetin Korunması" kenar başlığı ile özellikle tekel teşkil eden alanlardaki özelleştirmelerle ilgili kurallar getirilmiştir. Ayrıca, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun³⁶ ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun³⁷ da bu doğrultudaki kanunlardır.

g) Doğal Servet ve Kaynakların Korunması İlkesi

Anayasa md.168, tabii servet ve kaynakların aranması ve işletilmesi hakkı ile ilgilidir. Madde uyarınca "Tabii servet 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

³⁴ E:1994/49, K:1994/45-2, KT:7.7.1994; RG:10.9.1994, S.22047, s.44.

³⁵ E:1994/49, K:1994/45-2, KT:7.7.1994; RG:10.9.1994, S.22047, s.44.

³⁶ 7.12.1994 tarihli ve RG:13.12.1994, S:22140

³⁷ 23.2.1995 tarihli ve RG:8.3.1995, S.22221

uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir”.

Böylece Anayasa, doğal servet ve kaynakların sosyal, ekonomik ve stratejik önemleri dolayısıyla mülkiyetlerinin gerçek ya da tüzelkişilere devrini yasaklamaktadır. Ayrıca, Devletin gerçek ve tüzelkişilere bu doğal servet ve kaynakların arama ve işletme hakkını ancak belli bir süre için ve yasanın açık oluru ile devredilebileceği öngörülmektedir. AYM, KİT’lerin yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların satış ya da işletme hakkının süresiz devri biçiminde özelleştirilmelerini de Anayasa md.168’e aykırı bulmaktadır³⁸.

AYM, doğal servet ve kaynakların mülkiyetinin devrinin mümkün olmadığından, fakat mülkiyetleri devlette kalarak belli bir süre işletilmeleri hakkının imtiyaz yolu ile özel kişilere verilebileceğinden söz etmektedir. Yüksek Mahkeme, bu bağlamda “...TEK’in doğal zenginlik ve kaynaklardan yararlanarak elektrik üreten teşekkül ve birimlerinin özelleştirilmesinin, bunların yararlandıkları doğal zenginlikle ve kaynakların işletme hakkının belli süreyle devri biçiminde olması zorunludur. Bunların işletme hakkının süresiz devri biçiminde özelleştirilmeleri, Anayasanın 168.maddesine aykırı düşer” demektedir³⁹.

h) Gerçek Değerin Gözetilmesi İlkesi

AYM, kamu mallarının özelleştirilmesinde rayiç değer esas alınarak gerçek değer gözetilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁴⁰. Yüksek Mahkeme, devletleştirmenin tersi bir işlem olarak kabul ettiği özelleştirmede de devletleştirmeye uygulanan kurallar paralelinde kurallar uygulanması suretiyle milli egemenliğin ve bağımsızlığın tehlikeye düşmesinin engelleneceğinden bahsetmektedir. Mahkemeye göre, 3082 sayılı Kanun md. 4’e göre özel

³⁸ E:1994/49, K:1994/45-2, KT:7.7.1994; RG:10.9.1994, S.22047, s.45.

³⁹ E:1994/49, K:1994/45-2, KT:7.7.1994; RG:10.9.1994, S.22047, s.45.

⁴⁰ E:1994/49, K:1994/45-2,KT:7.7.1994; RG:10.9.1994, S.22047, s.38.

teşebbüsün gerçek değeri üzerinden belirlenecek bedelle devletleştirilmesi mümkün olduğundan devlet teşebbüslerinin özelleştirilmesinde de gerçek değer dikkate alınmalıdır⁴¹.

Yüksek Mahkemeye göre kamu varlıklarının satışında “gerçek değer”e ulaşmak için ihale usul ve satış yöntemleri son derece önemlidir. Bu bağlamda, devletleştiriminin tersi bir işlem niteliğinde olan özelleştirmede satış esasları, ihale ve satış yöntemlerine ilişkin düzenlemeler, ayrıca uygun ihale ve satış yöntemleri önceden yasa ile belirlenmelidir⁴². Devletleştirmede “gerçek değer”i esas alan yasa koyucunun, bunun tersi olan özelleştirmede kamu varlıklarını korumasız bıraktığı düşünülemeyeceğinden, özelleştirmede uygulanacak değerlendirme esaslarının da gerçek değeri yansıtacak nitelikte olması gerekmektedir⁴³.

AYM, 4046 sayılı Kanun md.18/B bendinin iptali için açılan davada şu ifadeleri kullanmaktadır: “4046 sayılı Yasanın 18.maddesinin (B) bendine göre, özelleştirme programına alınan kuruluşların nitelikleri ve bunlara uygulanacak özelleştirme yöntemleri de dikkate alınarak genel kabul görmüş 11 değerlendirme metodu ile Özelleştirme İdaresi Başkanlığı bünyesinde ve başkanın onayı ile en az 5 üyeden oluşturulacak “Değer Tespit Komisyonları” veya idare tarafından teklif ve kurulca kabul edilecek “Özel Bağımsız İhtisas Kuruluşları” tarafından yapılacaktır. Değerlendirme metodlarının yasada yalnızca adlarının sayılması; duruma göre idareye bunlardan birini seçme olanağının verilmesi, gerçek değere ulaşmayı zorlaştıran belirsizliklerdir...özelleştirme kapsamına alınan kuruluşların gerçek ve tüzelkişilere satışında uygulanacak değerlendirme esasları, *gerçek değeri yansıtacak nitelikte* olmalıdır...”⁴⁴.

⁴¹ E:1994/49, K:1994/45-2, KT:7.7.1994; RG:10.9.1994, S.22047, s.39.

⁴² E:1995/38, K:1996/7, KT:28.2.1996; RG:24.5.1996, S.22645, s.65.

⁴³ E:1995/38, K:1996/7, KT:28.2.1996; RG:24.5.1996, S.22645, s.66.

⁴⁴ E:1997/35, K:1997/45, KT:9.4.1997; RG:8.8.1997, S.23074, s.14.

2. Sosyal Devlet ve Anayasa Mahkemesi

Klasik hak ve özgürlüklerin tek başına bir anlam ifade etmemeye başlaması ile “ister olumlu ister olumsuz edim gerektirsinler, ister toplu ister bireysel olarak kullanılabilirler, sosyal adaleti sağlamaya, sosyal eşitsizlikleri azaltmaya, toplum içinde ekonomik bakımdan zayıf olan sınıf ve grupları korumaya yönelik haklar”⁴⁵ olarak tanımlanan sosyal haklar⁴⁶ kavramı doğmuş ve böylece sosyal devlet anlayışı gelişmiştir.

Sosyal devlet, AYM'nin özelleştirme ile ilgili pek çok kararına dayanak yaptığı ve öğretinin de çeşitli vesilelerle dile getirdiği bir kavramdır. Toplum içindeki zayıfları koruyan, onlara yardım eden, insan onuruna yaraşır bir hayat için ortam hazırlayan ve eşitsizlikleri önleyen görevler üstlenmiş⁴⁷ olan “sosyal devlet, devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesini meşru ve gerekli gören bir anlayışı ifade eder”⁴⁸. Sosyal devletin bu görevleri üstleniyor oluşu çağdaş devletin gelişmişlik düzeyinin bir göstergesidir. Çağdaş devlet, bir taraftan özel mülkiyet hakkını, teşebbüs özgürlüğünü sağlarken, diğer taraftan da klasik liberal dönemin eksikliklerini tamamlamak adına sosyal birtakım görevler üstlenmiştir. Asıl görevi vatandaşlarına insan onuruna yaraşır bir hayat sağlamak olan devlet, böylece insanına hizmet eden bir fonksiyon üstlenmiş olacaktır⁴⁹.

⁴⁵ Ergun ÖZBUDUN: a.g.e., 134.

⁴⁶ Sosyal ve ekonomik sorunların uluslar arası alanda ilk kez ifadesi; 6 Ocak 1941 tarihinde ABD Başkanı Roosevelt'in şu dört hürriyeti ifadesi ile gerçekleşmiştir : Söz ve ifade hürriyeti, vicdan hürriyeti, yoksulluktan kurtulma hürriyeti ve korkulardan kurtulma hürriyeti. J. MUSULİN: Hürriyet Bildirgeleri, Çev. Necmi Zeka (İstanbul: Belge Yay., 1983) 178.

⁴⁷ Hikmet S. TÜRK: “Sosyal Hukuk Devleti”, Halkevleri Dergisi(Mayıs 1974), s.91'den ayrı bası, 5-13.

⁴⁸ Ergun ÖZBUDUN: a.g.e., 134.

⁴⁹ Sosyal devletin gerçekleştirilmesi için ise birtakım tedbirlerin alınması ve bazı araçlardan yararlanılması gerekmektedir. Bu bağlamda, sosyal devletin hukuki yöntemlerini şöyle sıralamak mümkündür:

İnsan onuruna yaraşır bir yaşam düzeyi sağlamak. Herkesin insan onuruna yaraşır bir yaşam düzeyine sahip olabilmesi için çalışma, adil ücret, konut, sağlık, eğitim haklarının verilmesi, çalışamayacak durumdakilere sosyal güvenlik imkanlarının sağlanması sosyal devletin görevleri arasında kabul edilmektedir.

Vergi adaleti: Sosyal devlette, gelir ve servet eşitsizliklerini azaltma yollarından en önemlisidir. Sosyal adalet ve sosyal devlet ilkeleri gereği toplanan vergiler, düşük gelir

a) Anayasa Mahkemesinin Sosyal Devlet İlkesine Bakış Açısı

Sosyal devletin düşünce ve kurumlarıyla Türk Devlet anlayışında yer alması bakımından gelmesini sağlaması bakımından 1961 Anayasası önemli bir işleve sahiptir.

1961 Anayasa koyucusu devletin, kişilerin insan onuruna yaraşır bir hayata kavuşmasını sağlamak, maddi ve manevi gelişimine yardımcı olmak ödevinden bahsetmektedir. Amaç, “adil bir sosyal ve ekonomik düzen kurmaktır”⁵⁰.

1961 Anayasasının 14.maddesi “Devletin, hürriyet rejimlerine bağlı olarak ve kişiyi topluma feda etmeyen sosyal devlet şeklinde iş görmesi”ni kabul etmektedir. 10.madde ile Devlete, kişinin temel hak ve özgürlüklerini, fert huzurunu, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan iktisadi ve sosyal engelleri ortadan kaldırma görevi yüklenmiştir. 40.maddeye göre de “Devlet, özel teşebbüslerin, milli iktisadın gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri” alacaktır.

gruplarına hizmet olarak da sunulacak, böylece sosyal devlet olmanın gereği yerine getirilecektir.

Kamulaştırma ve Devletleştirme: Anayasa ve yasalarla getirilen usul ve esaslara göre yapılabilecek olan kamulaştırma ve devletleştirme, sosyal amaçla yapıldığından, sosyal devletin bir yöntemi olarak kabul edilebilecektir.

Planlama: Toplumun ekonomik imkanlarının sistemli ve bilimsel bir şekilde kullanılabilmesini sağlayacaktır.

Sosyal haklar: Sosyal devletin en önemli unsurlarındandır. Sosyal adaleti sağlamaya, sosyal eşitsizlikleri azaltmaya ve ekonomik açıdan zayıf grupları korumaya yönelik haklardandır. Ergun ÖZBUDUN: a.g.e., 128-136.

⁵⁰ İlhan ARSEL: Anayasa Mahkemesinin Bazı Eğilimleri Üzerine Görüşler ve Karar Özetleri: AÜHFY(Ankara:1973), 12.; Arsel, bu konuyla ilgili olarak şöyle demektedir: Anayasa ile amaçlanan sosyal haksızlıkların ortadan kaldırılmasıdır. Adil bir sosyal ve ekonomik düzen kurulmalıdır. **Adil bir ekonomik düzen** ise; “Milli gelirin taksim ve tevziinde adil ölçülerin rol oynamasını sağlamaktır; ekonomik faaliyetleri mutlu bir azınlığın ihtiyaçları ve lüksü yerine herkesin ihtiyaçlarına öncelik verecek yönlere götürmektir; kişiyi toplum içindeki bütün durumlarıyla, yani tüketici, üretici ve vatandaş olarak çevrili bulunduğu bütün problemleriyle ele alarak ve hayatın yeni ve güç şartları içerisinde onun zayıf durumlarına çare bulmaktır”. Bunların gerçekleştirilmesinde devlet, üzerine düşen görevleri yerine getirirken, uğruna hareket ettiği “kişi varlığını” da devlete feda etmemelidir. İlhan ARSEL: a.g.e., 12-13.

1961 Anayasası döneminde AYM, sosyal devleti şöyle tanımlamaktadır: “demokratik sosyal hukuk devleti, insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ve toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşamasını ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve milli gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimi uygulayan devlettir”.⁵¹

AYM'nin, 1982 Anayasası dönemindeki bir kararında ise sosyal devletin tanımı şöyle yapılmaktadır: “Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletinin tüm kurumlarıyla Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun biçimde kurulmasını gerekli kılar. Hukuk devletinin amaç edindiği kişinin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilir...Anayasanın cumhuriyetin nitelikleri arasında yer verdiği sosyal hukuk devletinin dayanaklarından birini oluşturan sosyal güvenlik kavramının içerdiği temel esaslar ve ilkeler uyarınca toplumda yoksul ve muhtaç insanlara devletçe yardım edilerek onlara insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyi sağlanması, böylece, sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkelerinin gerçekleşmesine elverişli ortamın yaratılması gerekir”⁵².

AYM'nin çeşitli kararlarından da anlaşılacağı üzere sosyal devlet olabilmek için KİT'lerin varlığı şart değildir. Aksine, KİT'lerin özelleştirilmesi ile sosyal hukuk devletinin amaçları arasında yer alan insan hak ve hürriyetlerine saygının sağlanması, ferdin huzur ve refahının gerçekleştirilmesi, emek ve

⁵¹ E:1963/336, K:1967/29, KT:16-27.9.1967, AYMKD, S.6, s.23.

⁵² E:1988/19, K:1988/33, KT:26.10.1988, AYMKD, S.24, s.451-452.

sermaye ilişkilerinin dengeli olarak düzenlenmesi, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışması, işsizliğin önlenmesi ve milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması sağlanabilecektir ⁵³ . Böylece Yüksek Mahkeme, özelleştirmeyi, sosyal hukuk devletine ulaşmada bir araç olarak gördüğünü ortaya koymaktadır. Bize göre de devletin sosyal işlevlerini yerine getirebilmesi için bireylerin klasik hak ve özgürlüklerini kısıtlamasına gerek yoktur. Devlet, vatandaşının refahı için piyasalarda ister düzenleyici olarak bulunsun ister aktif rol oynasın, bu durum hiçbir zaman devletin özel teşebbüse engel olması gerektiği anlamına gelmeyecektir. Bu bağlamda özel teşebbüs ve özelleştirme, devlet işlevlerinin daha iyi ve kaliteli yerine getirilme araçlarından biri olacaktır.

b) Anayasa Mahkemesinin Devletçilik İlkesine Bakış Açısı

Atatürk ilkelerinden biri olan devletçilik ilkesi, 10 Kanunuevvel 1937 tarih ve 3115 sayılı Kanun ile 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanununa girmiştir. 1961 ve 1982 Anayasalarında bu ilkeye yer verilmemiş; devletçilik yerine Devletin sosyal ve ekonomik hayata müdahalesinde sosyal devlet ilkesinden söz etmek yeğlenmiştir.

AYM; KİT'leri, Atatürk ilkelerinin ayrılmaz bir parçası olarak görüp özelleştirmeye karşı çıkan görüşe katılmamaktadır. Yüksek Mahkemeye göre; Atatürk'ün iktisadi görüşleri ülke şartlarına uyum sağlayabilecek unsurlar içermektedir. Kaldı ki Anayasa da, Anayasanın genel ilkelerine aykırı olmamak şartıyla müdahaleci ya da liberal bir iktisadi politika izlenmesine elverişlidir. Yüksek Mahkeme "Devletçiliğin sosyal devleti gerçekleştirmenin tek aracı olmadığı vurgulanmalıdır" ⁵⁴ diyerek sosyal devletin devletçiliği gerektirmediğini ortaya koymaktadır.

⁵³ E:1984/9, K:1985/4, KT:18.2.1985, AYMKD, S.21, s.59.

⁵⁴ E:1985/20, K:1986/30, KT:24.12.1986; E:1984/9, K:1984/4, KT:18.2.1985, AYMKD, S.21,s.222.

AYM, 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında şöyle demektedir: “Anayasada her hangi bir doktrine yer verilmemiştir. Buna göre devletçilik de uygulanabilir, liberalizm de uygulanabilir”⁵⁵.

Yüksek Mahkemenin, konuyla ilgili olarak 1982 Anayasası döneminde verdiği kararlarından bazılarında ise şu ifadelere yer verilmektedir:

“Atatürk’ün iktisadi görüşleri katı ve doktriner olmayıp, ülke koşullarına uygun politikalar izlenmesine açıktır. Başka bir deyişle, ülkeyi geri kalmışlıktan kurtarmak için şartlara göre kamu kesimi veya özel kesime ağırlık verilmesinin bu görüşlere ters düştüğü söylenemez”⁵⁶.

“Çok partili demokratik rejimi benimseyen Anayasamızda, Anayasa ilkelerine ters düşmemek koşuluyla iktidarların ekonomi alanında müdahaleci veya liberal bir politika izlenmesine bir engel bulunmamaktadır”⁵⁷.

“Anayasa liberal bir iktisadi politika takibine elverişli olduğu kadar, karma bir iktisadi politika takibine de müsaittir”⁵⁸.

“Bir siyasi partinin Anayasadaki ilke ve koşullara aykırı düşmeyecek biçimde ekonomik tercihlerini belirlemesi mümkündür. Anayasada ekonominin karakterinin değiştirilemeyeceği yönünde bir kural bulunmamaktadır”⁵⁹.

“Özel girişimlerin ulusal ekonominin gereklerine uygun yürümesini sağlayacak önlemlerin alınması siyasi iktidarların tercihlerine bırakılmıştır. Her iktidar uygun bulduğu önlemleri, Anayasada yer alan kurallara aykırı olmamak koşuluyla, kendi ekonomi politikası çerçevesinde belirler”⁶⁰.

⁵⁵ E:1963/173, K:1965/40, KT:29.6.1965, AYMKD, S.4, s.319.

⁵⁶ E:1984/9, K:1985/4, KT:18.2.1985, AYMKD, S.21, s.59

⁵⁷ E:1984/9, K:1985/4, KT:18.2.1985, AYMKD, S.21, s.59

⁵⁸ E:1985/2, K:1985/16, KT:27.9.1985, AYMKD, S.21, s.222

⁵⁹ E:1988/2, K:1988/1, KT:8.12.1988, AYMKD, S.24, s.604

⁶⁰ E:1989/23, K:1990/26, KT:25.10.1990, AYMKD, S.26, s.460

E. Özbudun da; "KİT'leri ve devletçiliği sosyal devletin bir gereği saymak, sosyal devletin çağdaş anlamına ve Batı demokrasilerinin uygulamalarına uygun değildir. Üstelik, Anayasanın devletçi ve müdahaleci bir ekonomi politikasının izlenmesini zorunlu kıldığına kabulü, çok partili demokratik rejimin mahiyetine aykırı düşer. Eğer siyasi partiler ekonomik politika alanında farklı görüşleri savunamayacaklar veya uygulayamayacaklarsa, çok partili demokratik yarışmanın ne anlamı kalacaktır"⁶¹ diyerek sosyal devletin KİT'leri gerektirmediğini ifade etmektedir.

Devletçiliğin, 1999 değişikliği öncesi Anayasada özelleştirmeye yer verilmemiş olması sebebiyle kamu hizmeti niteliğindeki etkinliklerin özel kesime devredilemeyeceği anlamına geldiği görüşünü savunanların ⁶² karşısında; vergilendirme, para basma, bütçe vb. konularda devlet müdahalesinin Anayasal ilke ve kurallarla sınırlanması ve devletin ekonomik hayattan tamamıyla elini çekmesi gerektiğini savunanların varlığı da bir gerçektir⁶³.

Bizim düşüncemize göre ise sosyal devletin gereklerini yerine getirmek için devletçilik ilkesinin "olmazsa olmaz" kabul edilmesi yanlış olacaktır. Yerine göre devletçilik yerine göre de liberal politikalar bağlamında özelleştirme, sosyal devlete ulaşma aracı olabilecektir. Belirli bir iktisat politikasının anayasaya konularak siyasi iktidarın böylece sınırlandırılması ise çok partili demokratik bir rejim mantığına ters düşecektir. Keza böyle bir durum ister devletçi ve isterse liberal iktisat politikasının anayasaya konulması şeklinde olsun, demokrasilerdeki "kendinden doğru ve yanlış yoktur; neyin doğru, neyin yanlış olduğuna nihai tahlilde halk karar verir" mantığı ile bağdaşmayacaktır⁶⁴. Ülkemizde de demokratik rejime uygun olarak Anayasa koyucu, her hangi bir iktisat politikası empoze etmeyerek

⁶¹ Ergun ÖZBUDUN: a.g.e., 127.

⁶² Lütfi DURAN: Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni (II), AİD, II, 19(1996), 4.

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. VURAL F. SAVAŞ: Anayasal İktisat (Ankara: Avcıol Yay., 1997)

⁶⁴ Kemal GÖZLER: Türk Anayasa Hukuku(Bursa, Ekin Kitabevi:2000), 148-149.

“ekonomik yansızlık”⁶⁵ da denilen bir iktisat politikası izlemeyi tercih etmiştir. Böylece, halkın arzusu doğrultusunda seçimleri kazanarak hükümet olacak siyasal iktidarın devletçi ya da liberal bir iktisat politikası izleyebilmesi mümkün olabilecektir. Bu sayede “tek sesliliği tehlike olarak görüp çok sesliliği benimseyen bir demokratik rejimin”⁶⁶ gereği de yerine getirilmiş olacaktır.

3. Kamu Hizmeti ve Anayasa Mahkemesi

“Bir kamu tüzelkişisi veya onun denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararı amacına yönelik faaliyetler”⁶⁷ olan kamu hizmetleri⁶⁸ ile ilgili olarak AYM’ne göre “En geniş tanımına göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir”⁶⁹. Böylece AYM; bir girişim ya da etkinliğin “kamu hizmeti” olarak nitelendirilmesine, yasa koyucunun değişik koşulları dikkate alarak belirlediği değişken ve göreceli bir konu olarak bakmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre bir hizmetin amacı “kamu yararı” ise kamu hizmeti olarak nitelendirilip kamu hukuku esaslarına bağlı kalınacaktır.

Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığının belirlenmesinde Anayasa, asli yetkiyi yasama organına vermiştir⁷⁰. Yetkinin yasama organında olduğu

⁶⁵ Bakır ÇAĞLAR: Anayasa Bilimi(BFS Yay., İstanbul:1989),111.

⁶⁶ Attila ÖZER: Türklerde Devlet Anlayışı ve Demokratik Rejim(Ankara, Lazer Matbaası: 2002),113.

⁶⁷ Kemal GÖZLER: İdare Hukuku C.II (Bursa: Ekin Kitabevi,2003), 219.

⁶⁸ Kamu hizmetlerinin başlıca ilkeleri şunlardır: Süreklilik ve düzenlilik, değişkenlik, bedelsizlik.

⁶⁹ E:1994/43, K:1994/42-2KT:9.12.1994; RG: 24.1.1995, S.22181, s.21. AYM, burada kamu hizmetinin düzenlilik ve süreklilik özelliklerini, kamu hizmetinin birer unsurlarınıymış gibi değerlendirmektedir. Ayrıca bir hizmetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesinde yasama organında olan yetkiyi de görmezden gelmektedir. Keza yasama organı dilediği faaliyeti kamu hizmeti olarak nitelendirmekte ya da nitelendirmemekte serbesttir.

⁷⁰ AY md.123, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve ancak yasa ile düzenlenebileceği kuralını getirirken; AY md.47’de kamu hizmetinin kurulmasında asli yetkinin yasama organında olduğu belirtilmektedir. *Kamu hizmetlerinin kurulmasında yasama organına verilen bu yetkiye, Anayasa ve uluslar arası anlaşmalar ile sınırlandırmalar getirildiği*

kuralı bağlamında takdir yetkisine getirilen sınırlamalar dışında yasama organı, istediği faaliyeti kamu hizmeti kapsamına alabilecek ya da bu kapsamdan çıkarabilecektir⁷¹.

“Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı, herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, AYM’nin Anayasal görevi yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü, etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur”⁷² diyen Yüksek Mahkeme, bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığını belirleme yetkisinin asıl sahibi olarak kendisini görmektedir. Bu durumda, halkın temsilcilerine göre önemli kabul edilen bir hizmetin AYM’nce önemsiz kabul edilebileceği ve bu kabul etmede objektif bir kıstasın olmayışının da meşruluk sorunu doğurabileceği ortadadır⁷³.

AYM’nin, bir hizmetin kamu hizmeti haline getirilmesinde veya kamu hizmeti olmaktan çıkarılmasında kanun koyucuyu faaliyetin niteliği ölçütüne göre denetlemesi kriterine göre faaliyetin “önemli” olması gerekmektedir. AYM’ye göre nitelikleri gereği kamu hizmeti olan faaliyetlerden bazıları ise şunlardır:

de görülmektedir. 1982 Anayasası; milli savunma, adalet, eğitim, sağlık, gençliğin korunması, sosyal güvenlik, radyo ve televizyon yayıncılığı gibi çeşitli faaliyetleri, kamu hizmeti olarak nitelendirmiştir. Böylece, bu faaliyetlerde kamu yararı olduğu varsayılmakta ve yasa koyucunun, bu alanlarda kamu hizmeti kurma zorunluluğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte Devletin, anayasal kamu hizmetlerinin yerine getirilmemesinde, Anayasa md.65’de yer alan “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir” hükmü gereği, kendine haklılık payı çıkardığı da görülmektedir. Ayrıca, bazı uluslararası anlaşmalar da, devlete, kamu hizmeti kurma yükümü yüklemektedir. Örneğin; 1941 Chicago Sözleşmesi, akit devletleri, bazı havayolu hizmetlerini yerine getirmekle görevlendirmiştir.

⁷¹ Metin GÜNDAY:İdare Hukuku (Ankara: İmaj Yay., 2003), 298.

⁷² E:1994/43, K:1994/42-2, KT:1.1.2.1994; AYMKD, S.31, C.1, s.301.

⁷³ Ali ULUSOY: “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, AÜHF Yay., 2002, 165-176.

-“kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindendir”⁷⁴.

-“elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir”⁷⁵.

-“köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz, ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bunlar, toplumun ortak gereksinmelerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinliklerdir”⁷⁶.

AYM, “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin ...” diyen Anayasa md.128’in, kamu hizmetlerinin yalnızca devlet ve kamu tüzelkişilerince görüleceği şeklinde yorumlanmasına katılmamaktadır. Yüksek Mahkeme, bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığını saptamada hizmetin niteliğine bakmak gerektiği için özel teşebbüsün de kamu hizmeti görebileceğini kabul etmektedir⁷⁷. Ancak AYM; kamu hizmetinin özel kişilerce de görülebileceğini kabul etmekle birlikte devleti, kamu hizmetlerinin asli sahibi olarak görmekte ve bu hizmetlerin yürütülmesinin özel kesime devri halinde devletin bunların üzerindeki gözetim ve denetiminin devam edeceğini de şöyle belirtmektedir: “Kamu hizmetleri bir bütündür. Bunun yerine getirilmesi de ilke olarak devlete aittir. Ancak, toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmamakta, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirileceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, kamusal hizmet birimlerinin nitelik ve özellikleriyle uyushabildiği ölçüde, kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikte yapılandırılmaları

⁷⁴ E:1973/32, K:1974/11, KT:26.3.1974, AYMKD, S.12, s.122

⁷⁵ E:E:1994/43, K:1994/42-2, KT:1.12.1994, AYMKD, S.31, c.1, s.301.

⁷⁶ E:1994/71, K:1995/25, KT:28.6.1995, AYMKD, S.32, c.1, s.161

⁷⁷ E:1994/70, K:1994/65-2, KT:22.12.1994; RG:28.1.1995, S.22185, s.27.

mümkündür. Bu sebeplerledir ki, kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülsün, kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece hizmet, kamusal niteliğini korumuş olur⁷⁸

Kamu hizmeti karşılığı alınan *bedelle* ilgili bir kararında Yüksek Mahkeme “karayolları, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazı, demiryolları, havayolları, kimi hastane ücretleri vb. iktisadi şartlara göre oluşan ve hizmetin konusu tesislerin bakım ve idamesini, yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen bir fiyattır ve belirtilen nitelikleri bakımından muayyen kamu hizmetleri karşılığı alınan resim, harç veya benzeri mali yükümlülüklerden de sayılmaz⁷⁹ demektedir. Böylece Anayasa Mahkemesi, kamu hizmeti karşılığı alınacak bedeli; ekonomik şartlara göre belirlenen, tesislerin bakımı, onarımı ve yeni yatırımlar yapılabilmesi için gerekli bir “fiyat” olarak gördüğünü ortaya koymaktadır⁸⁰.

Yüksek Mahkeme, 1999 yılında Anayasada ve bu bağlamda çeşitli yasalarda yapılan değişikliğe kadar kamu hizmetlerinin görülmesinde tek usul olarak *imtiyaz usulünü* görmekte ve kamu hizmetlerinin başka usullerle yerine getirilmesinin mümkün olmadığını kabul etmekteydi⁸¹.

AYM'nin bu yaklaşımının da etkisiyle mevcut sorunların yasa ve KHK'lerle aşılamayacağı anlaşıncı 1999 yılında çıkarılan 4446 sayılı Yasa⁸² ile Anayasanın devletleştirmeye ilgili 47.maddesi, İdarenin eylem ve işlemelerine karşı yargı denetimine ilişkin 125.maddesi ve Danıştay'ın kuruluş ve yetkilerini içeren 155.maddesi yeniden düzenlenmiştir. Bu

⁷⁸ E:1990/4, K:1990/6, KT:12.4.1990, AYMKD, S:26, s.135.

⁷⁹ E:1984/9, K:1985/4, KT:18.2.1985; RG:26.6.1985, S.18793, s.23 vd.

⁸⁰ Yıldızhan YAYLA: “Sosyal Devletten İktisadi Devlete(Veya Kamu Hizmetinin Sonu)”, Hukuk Araştırmaları(Istanbul, MÜHFY:1986), C.I, S.I, 35-36.

⁸¹ E:1994/71, K:1995/23, KT:28.6.1995; AMKD, C.1, S.32, 164.

⁸² RG:14.8.1999, S:23786

düzenlemeler ile⁸³ kamu hizmetlerinin “*özel sözleşmelerle*” yaptırılabilmesine ve kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların *uluslararası tahkim*⁸⁴ yoluyla da çözümlenebilmesine olanak sağlanmış, Danıştay’ın görevleri arasında bulunan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerindeki “inceleme” yetkisi “*görüş bildirmeye*” dönüştürülmüştür⁸⁵.

Bu Anayasa değişiklikleri ve bunların paralelinde yapılan yasal düzenlemeler ile birlikte kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde tek usulün imtiyaz olmadığı, AYM’nin kabul etmekte direndiği imtiyaz sözleşmesi dışındaki bir idari sözleşme olarak bile değil bir özel hukuk sözleşmesi olarak da yapılabileceği kanunla öngörülebilecektir. Ayrıca AYM, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların adli

⁸³ Söz konusu *Anayasa değişikliği ve diğer yasal düzenlemelerden önce*, kamu hizmeti olarak nitelendirilen hizmetlerin, özel kuruluşlara yaptırılabilmesi, ancak idari sözleşmelerle mümkündü. Bu sözleşmeler Danıştay incelemesine tabii idi ve çıkarılabilecek anlaşmazlıkların idari yargı tarafından idare hukuku kurallarına göre çözülmesi söz konusuydu. Anayasada 4446 sayılı kanunla yapılan düzenlemeler ise şunlardır:

Anayasa md.47 “Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.

Devlet, Kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Anayasa md.125/1’e “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir” hükmü eklenmiştir.

Anayasa 155/II ise “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 uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.” şeklinde değiştirilmiştir.

⁸⁴ **Tahkim**, yatırımcı kuruluşun, yatırım yaptığı ülkenin yönetimi yada yerli ortaklarıyla düşebileceği olası ihtilafların çözümde, yatırımın yapıldığı ülkenin yargı sistemi yerine, ulusal ya da uluslararası bir hakemin yetkisinin baştan, sözleşme ile kabulünü öngören bir uygulama biçimidir. Hakemlik müessesinde uyuşmazlık çözümü için temel ölçü, taraflar arasında yapılmış olan sözleşme ya da anlaşma koşullarıdır. Hakemler, uyuşmazlık çözümünde tarafların sözleşme ya da anlaşma koşullarına uyup uymadıklarını inceler ve kararını verir.

⁸⁵ Anayasa koyucu; yüksek teknoloji ve büyük finansman gerektiren alt yapı yatırımlarının, yabancı sermayenin de katkısı ile gerçekleştirilmek istenmesine rağmen, sözleşmelerden kaynaklanan sorunların Türk idare hukuku kurallarına göre çözümlenmesinde yabancı sermayesinin çekingen davranması dolayısıyla bu değişikliğe gittiğini ifade etmektedir. Bu şartlarda yapılan düzenlemelerle; büyük ölçekli alt yapı yatırımlarında, yabancı sermayenin de katılımı ile kaynak yetersizliğine bağlı yatırım eksikliğinin giderilerek; kalkınma sürecinin hızlandırılması hedeflenmiştir.

yargıda bile çözümüne karşı çıkarken değişikliklerle, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların milli ya da milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenebilmesi mümkün olmuştur. Böylece AYM'nin kamu hizmetlerinin görülmesi usullerinden imtiyaz sözleşmesi dışındaki sözleşme türlerini kabul etmemesi idari yargının alanını daraltacak şekilde neticelenmiştir.

4. Yürürlüğün Durdurulması ve Anayasa Mahkemesi

AYM, 1993 yılına kadar, kendisine yürürlüğün durdurulması ile ilgili olarak yapılan başvuruları reddetmiştir. Yüksek Mahkeme bu ret kararlarında, yürürlüğün durdurulması ile ilgili olarak Anayasada ve AYM'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununda bir hüküm bulunmuyor oluşuna dayanmıştır⁸⁶.

AYM, yürürlüğün durdurulmasına ilişkin ilk kararını ise 20.8.1993 tarih ve 509 sayılı "Türk Telekomünikasyon A.Ş. Kurulması Hakkında KHK" ile ilgili açılan yürütmenin durdurulması ve iptal istemli davada vermiştir. Kararda Yüksek Mahkeme "iptaline yönelik işlem karara bağlanıp yürürlüğe girinceye kadar uygulamadan doğacak giderilmesi güç ve olanaksız durumları önlemek için KHK'nin yürürlüğünün durdurulmasına" ifadesini kullanmıştır⁸⁷.

1993 yılından itibaren, bu tarihe kadar olan içtihatlarının aksine, çeşitli defalar yürürlüğün durdurulması kararları verecek olan AYM⁸⁸, yürürlüğü durdurma yetkisini kendisinde görmesinde şu gerekçelere dayanmaktadır:

⁸⁶ AYM'ne, yürütmenin durdurulması ile ilgili üç başvuru yapılmış ve Yüksek Mahkeme üçünü de reddetmiştir. İlk ret kararını, "Deniz Gezmiş, Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan'ın Ölüm Cezalarının Yerine Getirilmesine Dair Kanun"un iptali istemiyle açılan davada vermiştir:E.1972/13, K.1972/18, KT.6.4.1972. Yüksek Mahkeme, yürütmenin durdurulması ile ilgili ikinci ret kararını, 4.4.1977 tarih ve 643 sayılı Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Değiştirilmesine İlişkin Meclis Kararının iptalinde vermiştir:E.1977/60, K.1977/81, KT.24.5.1977. AYM'nin yürütmenin durdurulmasına ilişkin üçüncü ret kararı ise, yabancılara mülk satışı ile ilgili olarak yapılan yasal düzenlemeler konusunda olmuştur: E:1985/659, K:1985/4, KT:1.8.1985(Bu karar oybirliği ile alınmıştır).

⁸⁷ E:1993/33, K:1993/40-1, KT:21.10.1993; AMKD, S.29, s.562-563.

⁸⁸ E:1994/43, K:1994/42-1, KT:11.4.1994, RG:15.4.1994, S.21906, s.188-193; E:1994/63, K:1994/60-2; E:1994/64,K:1994/61-2; E:1994/67, K:1994/64-2; RG: 5.8.1994, S.22012, mükerrer, s.1-92.

-AY md.125'e göre "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır". Bu bağlamda, idarenin hukuka uygunluğunun etkin bir şekilde denetlenmesi de yürütmenin durdurulması ile mümkün olacaktır.

-Yargı hiyerarşisi içinde bir alt mahkemeye verilen yetkinin üst mahkemeye de tanınmamış olması düşünülemez. Her ne kadar Anayasada ve AYM'nin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da öngörülmemiş olsa da alt mahkemelere tanınan yürürlüğün durdurulması yetkisinin Anayasa Mahkemesine tanınmaması düşünülemez.

Bu yaklaşım tarzı, Yüksek Mahkemenin kamu hukukunda yetkisizliğin kural, yetkinin de istisna olduğu ve yargı organları arasında bir altlık-üstlük hiyerarşisi olmadığı gerçeğini görmezden geldiğini göstermektedir⁸⁹.

-Özel hukuk ve kamu hukuku alanında ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve yürütmenin durdurulması önlemleri olduğuna göre Anayasa yargısında da yargılamanın amacına ulaşabilmesi için bu işlevi görececek bir kurumun olması son derece doğaldır ve ayrıca bir zorunluluktur.

Böylece Yüksek Mahkeme anılan konularda yasalarda ve Anayasada açıkça yetki verildiği için mahkemelerin yetkili kılındıkları, AYM'ye ise ne yasal ne de anayasal manada yürütmenin durdurulması yetkisi verilmediği gerçeğini göz ardı etmektedir⁹⁰.

-Bir yasanın AY'ya aykırılığında iptal kararı verebilmek gibi geniş bir yetkiye sahip olan AYM'nin, daha hafif etkiler doğurabilecek yürütmenin durdurulması yetkisine evleviyetle sahip olması gerekir⁹¹.

⁸⁹ Aynı yönde görüş için bkz: İl Han ÖZAY: Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma III (İstanbul:1990), 314-315.

⁹⁰ Kemal GÖZLER:TAH, a.g.e., 973.

⁹¹ Kemal GÖZLER:TAH, a.g.e., 973-974.

Ancak Yüksek Mahkeme, kamu hukuku alanında bu ilkeye başvurulamayacağı gerçeğini görmezden gelmektedir.

-Yürütmenin durdurulması konusunda yasal ve anayasal bir kuralın olmaması yasal boşluk olduğu anlamına gelir. O halde AYM, Anayasa md.138 ile MK md.1'e dayanarak hukuk yaratabilecek ve yürürlüğün durdurulması yetkisini kullanabilecektir.

Ancak yürütmenin durdurulması yetkisinin bir usul hukuku kuralı olduğu ve usul kurallarında hukuk yaratılamayacağı, ayrıca yürütmenin durdurulması yetkisinin anayasa koyucu tarafından tartışıldığı halde anayasa metnine alınmadığı gerçeği göz ardı edilmektedir⁹².

-Dava kavramı içine yürütmenin durdurulması da girdiğine göre son kararı vermeye yetkili olan organın davanın ön uygulaması niteliğindeki yürütmenin durdurulması kararını da verebilmesi yargı yetkisinin etkili kullanılması için gereklidir.

Böylece Yüksek Mahkeme, ön mesele kurumuna farklı bir boyut kazandırmakta ve öğretideki aksi yöndeki görüşlere rağmen yürütmenin durdurulması kararını nihai kararın verilebilmesi için gerekli bir ön mesele olarak nitelendirmektedir⁹³.

-AY md.152'ye göre itiraz yoluna başvuran mahkeme, AYM'nin kararına kadar davayı geri bırakmaktadır. İlk derece mahkemesine tanınan bu bir nev'i yürütmenin durdurulması yetkisinin AYM'ne tanınmaması düşünülemez.

Halbuki ilk derece mahkemesinin bu yetkisi yürürlüğün durdurulması yetkisi değil "bekletici mesele" yapma yetkisidir Ayrıca AYM, kamu hukukunda

⁹² İlhan ÖZAY: Yargısal Korunma III, a.g.e., 315.

⁹³ Kemal GÖZLER: TAH, a.g.e., 972-973.

yetkisizliğin kural yetkinin istisna olduğu gerçeğini de görmezden gelmektedir⁹⁴.

-AYM, kamu yararı ve kamu düzenini korumak için yürürlüğün durdurulması kararı verebilmelidir. Böylece telafisi güç sonuçların doğması da önlenmiş olacaktır.

-AYM'nin yürürlüğü durdurma yetkisini kendisinde görmesinde esas aldığı bir diğer kriter ise Anayasaya açıkça aykırılık kriteridir⁹⁵.

AYM sonuç olarak şöyle demektedir: "Anayasanın özüne ve amacına uygun olarak, hukukun üstünlüğünü, kanunların etkinliğini korumak zorunda olan AYM'nin, bir yasa, KHK ya da TBMM içtüzüğünün yürürlüğünü durdurma kararı verebileceği kanısına varıl(mıştır)". Böylece yasal ve anayasal anlamda açık bir yetkisi olmamasına rağmen AYM, anayasal yargı denetiminde etkililik ve etkinlik için içtihat yolu ile kendisinde bu yetkiyi gördüğünü ifade etmektedir.

Kuvvetler ayrılığı, devlet organları arasında bir üstünlük sıralaması değil işbölümü ve işbirliği gerektirmektedir. AYM'nin Anayasal ve yasal bir dayanak olmaksızın yürürlüğün durdurulması kararları vermesini, Yüksek Mahkemenin kendini iradesini TBMM'nin iradesinin üstünde görmesi şeklinde yorumlayıp milletin iradesinin kısıtlanması sebebiyle AYM'nin yürürlüğün durdurulması yetkisine sahip olamayacağı kanaatine varan yazarlar vardır⁹⁶.

Bize göre; AYM'nin vereceği kararların etkili bir şekilde uygulanabilmesi için gerekli olan fakat yazılı hukuk ile de kendisine verilmeyen yürürlüğün durdurulması yetkisini "hukukun üstünlüğü" içtihadına dayanarak yalnızca

⁹⁴ Pertev BİLGİN: "Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması", (Anayasa Yargısı-12, Ankara:1995),181.

⁹⁵ E:2001/382, K:2001/8, KT:14.9.2001; RG:15.9.2001, S.24524, s.27-28.

⁹⁶ Vural Fuat SAVAŞ: a.g.t., 97.

hukuka açıkça aykırı olan telafisi güç ve imkansız istisnai durumlarda kullanması daha uygun olacaktır⁹⁷.

C. 1999 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI

Özelleştirme ile ilgili gerek yasal gerekse Anayasal düzenlemelerin oluşturulmasında, Yüksek Mahkemenin o güne kadar verdiği kararlarda ifade ettiği hususların etkisi olmuştur. Bu bağlamda gerçekleştirilen 1999 Anayasa değişikliği ile de özelleştirmenin anayasal bir dayanağa kavuştuğu görülmektedir.

Özelleştirmenin Anayasal bir dayanak kazanmasından sonra Yüksek Mahkemenin karar gerekçelerinde; özelleştirmenin devletleştirmenin tersi bir işlem olduğu, özelleştirme uygulamalarının sosyal devlet ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği, kamu mülkiyetinin güvenceye alınması için gerekli tedbirlerin alınması gerektiği vb iddiaların tartışılmadığı görülmektedir⁹⁸. Bu dönemde Yüksek Mahkeme, 24.11.1994 günlü 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Karamamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 18.maddesinin 3.4.1997 günlü, 4232 sayılı Kanun ile değiştirilen (B) ve (C) bentlerinin

⁹⁷ Aynı doğrultuda görüş için bkz. İbrahim Ö. KABOĞLU: Anayasa Yargısı(Ankara, İmge Kitabevi:1997),122-123.; Ergun ÖZBUDUN: a.g.e., 422.

⁹⁸ Ancak, AYM'nin bu dönemdeki bir kararının **karşı oy yazısında**; Yüksek Mahkemenin tartışma gereği duymadığı şu konulara da değinilerek itiraz konusu yasa metninin iptali istenmiştir: "Anayasa Mahkemesinin 3987 sayılı yasa ile ilgili kararında da belirtildiği gibi, özel mülkiyet için Anayasanın getirdiği koruma ve güvence, *kamu mülkiyeti* için de geçerli olduğundan, özel mülkiyet konusundaki özenin, kamu mülkiyeti konusunda öncelikle gösterileceğinde kuşku yoktur. Kamu mülkiyeti devrolunurken, *gerçek değere* ulaşılması ve kullanılacak yöntemlerin bunu sağlayacak biçimde belirlenmesi zorunludur. Anayasanın 47.maddesinde, "Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir." kuralı yer almaktadır. Değer saptama yöntemlerinin yasada sayılmış olması yasa ile düzenlendiği anlamını taşımaz. Düzenlemenin, aynı zamanda "gerçek değere ulaşmayı sağlayacak" yöntem ve ilkeleri de göstermesi gerekir ve gerçek değere ulaşmayı engelleyecek ya da gerçek değere ulaşmada yetersiz kalan düzenlemeler, Anayasaya aykırılık oluşturur". E:1999/38, K:1999/45, KT:25.11.1999; RG:3.8.2001, S.24451, s.60.

Anayasanın 7., 47. ve 153. maddelerine aykırılığı savıyla açılan iptal davasında, istemleri değerlendirerek şu sonuçlara varmıştır⁹⁹ :

1. Anayasanın 153. Maddesi Yönünden

AY md.153/sona göre; Anayasa Mahkemesi kararları RG'de yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar. Bu bağlamda yasama organı da yasa çıkarırken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçlarına ve bu kararların gerekçelerine uygun olarak hareket etmek zorundadır. Kullanılan sözcüklerin ayrı olması önemli değildir, yasama organı iptal edilen yasalarla içerik ya da niteliksel olarak aynı olan yasalar çıkaramayacaktır.

AYM'nin, 1995/38 ve 1997/35 esas sayılı iptal kararları sonrasında 4046 sayılı Kanunun (B) ve (C) bentlerinde 4232 sayılı Kanun ile yapılan yeni düzenlemenin iptali için açılan davada dayanılan gerekçelerden biri de AY md. 153'e aykırılık olmuştur¹⁰⁰. Yüksek Mahkeme ise iptal edilen yasayla önceki yasanın aynı nitelikte olup olmadığını, aralarında "özdeşlik" yani "anlam ve nitelik" ile "teknik, içerik ve kapsam" yönlerinden benzerlik boyutunda incelemiştir. Bu bağlamda değer tespit komisyonları ile ihale komisyonlarının oluşumu, çalışma usul ve esasları ile ihale usulleri ve hangi özelleştirme yöntemine hangi ihale usulünün uygulanacağı belirten yeni yasal düzenlemenin AYM kararları doğrultusunda yapıldığı ve bu nedenle de yeni yasal düzenlemede AY md.153'e aykırılık olmadığı sonucuna ulaşmıştır¹⁰¹.

⁹⁹ E:1998/43, K:1999/44, KT:25.11.1999; AYMKD, C.1, S.37, s.277-294.; E:1999/38, K:1999/45, KT:25.11.1999; RG:3.7.2001, S:24451, s.47-63.

¹⁰⁰ Anayasanın 153. maddesine aykırılık, 1999 Anayasa değişikliği öncesinde de ileri sürülen konulardan biridir. 1999 Anayasa değişikliği öncesi AYM kararlarının anlatıldığı bölümde ise, tekrardan kaçınmak maksadıyla konuya değinilmemekte, gerekli açıklamanın burada yapılması yeğlenmektedir.

¹⁰¹ E:1999/38, K:1999/45, KT:25.11.1999; RG:3.7.2001, S:24451, s.57-58.

2. Anayasanın 7. ve 47. Maddeleri Yönünden

Anayasa Mahkemesi, daha önce verdiği bir kararı ile, 4046 sayılı Kanunun 18.maddesi (B) ve (C) bentlerini, yasama yetkisinin yürütmeye devri niteliğinde görüp iptal etmiş¹⁰² ve yasama organı da 4232 sayılı Kanun ile bu bentleri yeniden düzenlemiştir.

Bu yeni düzenlemelerin iptali istemiyle Yüksek Mahkemeye yapılan itiraz gerekçesinde ise 4046 sayılı Kanunun değişik 18.maddesi (B) ve (C) bentlerinin “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez” diyen AY md.7’ye ve “Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir” diyen AY md.47’ye aykırılıkları ileri sürülmektedir.

Yüksek Mahkeme, itiraz gerekçelerini dikkate alarak şu sonuçlara varmıştır: “(Y)asa koyucu özelleştirmeye ilişkin gerekli kuralları koyarak, çerçeveyi belirledikten sonra, konunun özelliğinin gerekli kıldığı durumlarda takdir yetkisini kullanarak düzenlemelerde bulunabilir.

4046 sayılı Kanunun 18. maddesinin 4232 sayılı Kanun ile değiştirilen itiraz konusu (B) ve (C) bentleriyle değer tespit komisyonlarının oluşumu, çalışmaları, görevleri, bağlı oldukları ölçütler, ihale komisyonlarının oluşumu, ihale usulü ve işlemleri ayrıntılı biçimde düzenlenerek bu çerçevede idareye konunun niteliğinden kaynaklanan kimi yetkiler tanındığından yasama yetkisinin devrinden söz edilemez”¹⁰³.

Aynı kararın karşı oy yazısında ise itiraz konusu kuralın yasama organınca ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerektiği halde değer saptama

¹⁰² E:1997/35, K:1997/45, KT:9.4.1997; RG:8.8.1997, S.23074, s.9-18.

¹⁰³ E:1998/43, K:1999/44, KT:25.11.1999; AYMKD, C.1, S.37, s.288-289; E:1999/38, K:1999/45, KT:25.11.1999; RG:3.7.2001, S:24451, s.58.

koşullarını idarenin oluşturacağı beş kişilik komisyona bırakması nedeniyle yasama yetkisinin devri anlamına geldiği “yönetime geniş takdir yetkisi tanı(nması dolayısıyla)..., Anayasanın 7.maddesine aykırılık oluşturduğundan” iptalinin gerekli olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁴. Bir diğer karşı oy gerekçesinde ise, “...idarenin ve komisyonun bu yetkiyi kullanırken hangi yöntemi, hangi durum için kullanacağı gösterilmemiştir. Bu alandaki yasama organına ait yetki, idare tarafından kullanılmaktadır. Varlık satışı suretiyle yapılan özelleştirmelerde hangi usulün uygulanacağına dair objektif bir düzenleme içermeyen ve idareye geni bir takdir yetkisi veren (d) alt bendin ikinci tümcesi, AY md.7’ye aykırılık oluşturduğundan iptali gerekir”¹⁰⁵ görüşü savunulmaktadır.

1999 Anayasa değişikliği öncesini incelerken değinmiş olduğumuz 4046 sayılı Kanunun 18.maddesi (B) ve (C) bentlerinin iptal gerekçelerinde AYM, yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırılık olduğu gerekçesine dayanarak bu bentleri iptal etmiş idi. Burada ise, Yüksek Mahkeme -karşı oy gerekçesinde yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık olduğu iddiası tekrarlansa da- yapılan düzenlemenin AY.madde 7’ye aykırılık teşkil etmediği, idareye belli bir alanda hareket etme yetkisinin verilmesinin de gayet doğal olduğu ifade edilmektedir. Böylece AYM’nin, yasa koyucunun bir konuyu yasa ile düzenlerken idareye bırakılan alanın genişliği ya da darlığını kimi zaman idarenin takdir yetkisinin olduğunu kimi zamansa olmadığını söyleyerek denetlediği görülmektedir. Daha önce de ayrıntılı olarak belirttiğimiz gibi AYM, bu tarz yaklaşımı ile yasama organının yasa çıkarma yetkisinin kapsamını belirleme yetkisini kendisinde gördüğünü göstermektedir. Ancak bu durumun, yerindelik denetimi anlamına geleceği ve Anayasa ile sınırları belirlenen kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil edeceği ortadadır.

¹⁰⁴ E:1999/38, K:1999/45, KT:25.11.1999; RG:3.7.2001, S.24451, s.60-61.

¹⁰⁵ E:1999/38, K:1999/45, KT:25.11.1999; RG:3.7.2001, S.24451, s.63.

II- İDARİ YARGI KARARLARINDA ÖZELLEŞTİRME

Ülkemizde, idare hukuku kuralları uyarınca yapılan eylem ve işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri olan idari yargı organlarının verdiği iptal ya da yürürlüğün durdurulması kararlarında genel olarak özelleştirme konusuna devletçi bir bakış açısının etkileri görülmektedir. Bu bölümde idari yargı organlarının özelleştirmeye bakış açısı, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi konusuna da açıklık getirilerek bu organların vermiş oldukları kararların gerekçelerinin incelenmesi suretiyle şu alt başlıklar altında incelenecektir:

A. GENEL OLARAK

1. Dava Açma Ehliyeti

Dava açabilmek için genel olarak bir hakkın ihlal edilmiş olması kriteri aranmaktadır. İYUK md/2/1/a'da 1994 yılında yapılan değişikliğe kadar, iptal davası açılabilmesi için menfaat ihlali kriteri aranmaktaydı. 1994 yılında 4001 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle iptal davaları ile için kişisel hak ihlali kriteri getirilmiştir. Daha sonra AYM, bu değişikliği Anayasaya aykırı bularak iptal etmiş; nihayetinde 8.6.2000 tarihinde 4577 sayılı Kanun md.2/1/a'da yapılan düzenleme ile yeniden menfaat ihlali kriterine dönmüştür. İptal davası; "İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı... menfaatleri ihlal edilenler tarafından" açılır.

Dava açma ehliyeti olarak menfaat ihlali ya da kişisel hak ihlali aranmasının önemi, iki kavramın içerik olarak farklı oluşundan kaynaklanmaktadır. Menfaat ihlali kişisel hak ihlaline göre daha geniş bir kavram olup menfaat ihlalinin yeterli görülmesi ile idarenin işlemlerinde iptal davası yoluyla hukukilik denetimi yapılması imkanı daha fazla olacaktır.

İYUK'da yapılan bu düzenlemeler bağlamında, özelleştirme ile ilgili açılan davalarda 1994 yılına kadar salt vatandaş olma sıfatıyla özelleştirmeden yararlanma imkanına sahip olan kişilerin davacı olabilecekleri kabul edilirken¹⁰⁶; AYM tarafından ilgili yasa hükmünün iptali sonrasında idari yargı organları, salt vatandaş olma kriterini yeterli görmemeye başlamışlardır¹⁰⁷. Ayrıca, yine AYM tarafından iptal gerçekleştirilip de yeni bir kanuni düzenlemenin yapılmadığı bu dönemde, yargı organlarının başlangıçta kişisel hak ihlali aranması bağlamında kişisel, meşru ve güncel bir menfaat koşulunu arayıp bu koşulu dar yorumladıklarını¹⁰⁸, daha sonraki kararlarında ise bu koşulları daha geniş yorumlamaya başladıklarını görmekteyiz.

Bu bağlamda, KİGEM'in davacı olma sıfatının kabulü ile ilgili gelişmelere değinmek yerinde olacaktır. Başlangıçta; davacı vakfın amaçları arasında özelleştirme uygulamalarının izlenmesi ve değerlendirilmesinin bulunması dava açma ehliyeti için yeterli görülmemesi sebebiyle, ehliyet koşulu yokluğundan davanın reddine karar verilmekteydi¹⁰⁹. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 4.2.2000 tarihinde verdiği bir kararla ise kişisel hak koşulu daha geniş yorumlanmaya başlanmış ve bu geniş yoruma özetle şöyle bir açıklama getirilmiştir: İptal davaları, idarenin hukuka uygunluğunun denetlenmesi bakımından en etkin araçlardan biridir. Subjektif dava ehliyeti koşulu, doğrudan doğruya hukuk devletinin yapılandırılıp sürdürülmesine ilişkin bir sorundur. İptal davalarının, idarenin hukuka aykırı işlemlerini yargı denetimine sokmaları bakımından önemi ortadadır. KİGEM, vakıf senedindeki amaçlar da dikkate alınarak dava konusu ile ilgili geçerli, şahsi ve güncel bir menfaate sahiptir. Kendi üyelerinin hak ve menfaatlerini korumak için kanunla kurulan mesleki birliklerle birlikte, belli amaçlarla kurulmuş dernek, vakıf gibi özel hukuk tüzelkişiliğini haiz sivil toplum örgütlerinin, kuruluş amaçlarıyla

¹⁰⁶ Danıştay 10.D., E:1990/742, K:1991/2328, KT: 19.6.19918(Yayınlanmamıştır); Danıştay 10.D., E:1990/2308, K: 1991/3335, KT: 25.11.1991(Yayınlanmamıştır).

¹⁰⁷ Danıştay 10.D., E:1996/2608, K:1997/5233, KT:3.12.1997(Yayınlanmamıştır).

¹⁰⁸ Van İdare Mahkemesi, E:1996/699, K:1997/450, KT:18.11.1997(Yayınlanmamıştır).

¹⁰⁹ Danıştay 10.D., E:1998/3993, K: 1998/7250, KT: 28.12.1998(Yayınlanmamıştır).

sınırlı olarak ve kamu menfaatinı ilgilendiren konularda dava açmaları mümkündür¹¹⁰. Kişisel hak ihlalini, menfaat ihlaline yaklaştıran bu yorumun ardından kanunda gerekli düzenlemeler de yapılmış ve menfaat ihlali şartı yeniden kanuna getirilmiştir.

2. İhalelerde En Yüksek Bedelin Aranması

Özelleştirilecek kuruluşun değerinin saptanması ile ilgili olarak bir önceki bölümde AYM'nin görüşlerini ve öğretinin konuya yaklaşımını incelemiştik. Burada ise idari yargı organlarının gerçek değer ve en yüksek bedel kavramlarını nasıl yorumladıklarına değinilecektir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, özelleştirilecek kuruluşun değer saptanması işlemleri ile ilgili olarak Anayasada bir hüküm yer almamaktadır. 4046 sayılı Kanunda da özelleştirme işlemlerinde gerçek değer saptanması ile ilgili esas ve usullerin belirlenmesi ile yetinilmekte ve en yüksek bedelden söz edilmemektedir. Anılan kanunun 18.maddesine göre değer saptama işlemleri, ÖİB bünyesinde Başbakan'ın onayı ile en az beş üyeden oluşturulacak "Değer Tespit Komisyonları" veya ÖİB'nca teklif edilecek "Özel Bağımsız İhtisas Kuruluşları" tarafından gerçekleştirilecektir.

Anayasal ve yasal durum bu iken gerek yargı organlarının kendi aralarında ve gerekse öğretide özelleştirilecek kuruluşların bedelinin belirlenmesi üzerinde fikir ayrılıkları ortaya çıkmaktadır.

Konuyla ilgili bir olayda; alt derece mahkemesi, "özelleştirilecek kamu varlığının açık artırma yoluna da gidilerek ihalesi mümkünken, nihai teklif almak suretiyle sonuçlandırıldığı ve idarelerin özelleştirme işlemlerinde kamu kaynaklarının en verimli biçimde kullanılması ilkesi gözetilmeksizin işlem tesis

¹¹⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E:1999/1261, K: 2000/168, KT:4.2.2000(Yayınlanmamıştır).

edildiği ve açık artırma usulü konusunda İhale Komisyonuna tanınan takdir yetkisinin kamu yararına aykırı olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır” diyerek, ihalenin en yüksek bedelle yapılmamış olmasını ihale komisyonu kararının iptali sebeplerinden biri olarak görürken¹¹¹; itiraz mercii, “İki teklif sahibinin katıldığı ihalelerde açık artırma yapılmasının rekabet ortamının oluşmasına engel teşkil etme...nedeniyle, bu amaçla yapılan ihalelerde en yüksek bedelin her zaman kamu yararına uygun olmayacağı, bazı ahvalde özelleştirmenin gerçekleştirilmiş olmasının kamu yararına uygun olacağı hususları gözetilerek açık artırma usulü uygulanmaksızın ihalenin sonuçlandırılmasına takdir yetkisinin hukuka uygun olarak kullanıldığı sonucuna ulaşılmıştır” diyerek özelleştirmede verimlilik ve kamu giderlerinin azaltılması amacıyla hareketle ihalelerde her zaman en yüksek bedelin kamu yararına en uygun bedel anlamına gelmeyeceği sonucuna varmıştır¹¹².

Burada, ihale bedelinin peşin ya da vadeli ödeneceği hususlarının açıkça belirtilmemesi durumuyla ilgili de iki farklı yaklaşımın varlığından söz etmek mümkündür. Yukarıda belirttiğimiz uyuşmazlıkla ilgili kararında alt derece mahkemesi, ihale bedelinin ödeme şeklinin kesin olarak belirtilmemesini iptal nedeni sayarken itiraz mercii, bu durumun iptal kararını gerektirecek nitelik ve ağırlıkta olmadığını düşünmektedir.

Görüldüğü gibi ihale bedelinin tespitinde en uygun bedelin bulunması ilkesi, idarenin takdir yetkisi ve kamu yararı konuları ile doğrudan ilgilendirilerek en uygun bedelin en yüksek bedel olarak değerlendirilmesi yoluna gidilmektedir¹¹³. Şu da bir gerçektir ki özelleştirme ihalelerinin en uygun bedelle yapılması gereğinin en yüksek bedelle yapılması şeklinde anlaşılmasını gerektiren yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Yargı organlarının ise birinin en uygun bedelin en yüksek bedel ve kamunun menfaatine en

¹¹¹ Ankara 10.İdare Mahkemesi, E:2004/293, K:2004/1192, KT:2.6.2004(Yayınlanmamıştır).

¹¹² Bölge İdare Mahkemesi, Yürürlüğün durdurulması istemi ile itiraz no: 2004/1192, KT:31.5.2004(Yayınlanmamıştır).

¹¹³ Biz burada, sadece, en yüksek bedelle ilgili değerlendirme yapıp; diğer konuları farklı başlıklar altında incelemeyi uygun bulmaktayız.

uygun bedel olduğunu söylemesi, diğerinin diğer birtakım hususlara da bakılması gereğinden hareketle salt en yüksek bedelin aranmaması gerektiğini ifade etmesi, ihale bedelinin peşin ya da taksitle ödenmesi hususunun belirtilmemesi ilgili olarak da birinin açıklık ilkesine aykırılık var derken diğerinin iptal sebebi olabilecek kadar önem taşıyan bir durumun olmadığını düşünmesi, en uygun bedelden ne anlaşılması gerektiği hakkında yargıçlar arasında dahi fikir birliği olmadığını göstermektedir.

O halde, ihalelerde en uygun bedelin aranması ilkesinden ne anlamamız gerekmektedir¹¹⁴? İhalelerin en uygun bedelle yapılmasını en yüksek bedelle yapılması şeklinde anlamayı gerektirecek yasal bir hüküm bulunmadığına göre idarenin gerek yasada belirlenmiş ihale aşamasındaki şartları ve hizmeti yerine getirmeye talip olan firmanın özelliklerini dikkate alarak gerekse özelleştirme sonrası hizmetin en uygun şekilde nasıl yerine getirilebileceğini gözeterek en uygun bedeli belirleyebilmesinden söz etmek mümkündür. Ancak idarenin en uygun bedeli belirleme yetkisini özelleştirilen hizmetin en verimli ve kamu yararına en uygun şekilde yerine getirilmesi gereği ile sınırlı olarak kullanabileceği de bir gerçektir. Bu bağlamda yargı organının en uygun bedeli, doğrudan en yüksek bedel olarak nitelendirmesinin yargının yasama yerine ikame edilmesi anlamına geleceği ve bunun da kuvvetler ayrılığı prensibine aykırılık teşkil edeceği muhakkaktır.

¹¹⁴Burada, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu bağlamında, idarenin yaptığı özel hukuk sözleşmelerinde uygulanan kriterlere değinmek yerinde olacaktır.

2886 sayılı kanun; sözleşmenin en uygun bedel üzerinden yapılmasını öngörmekte ve en uygun bedeli de şöyle tanımlamaktadır: Arttırmalarda(satışlarda vs.), tahmini bedelden aşağı olmamak üzere teklif edilen en yüksek bedel; eksiltmelerde(alımlarda vs.), tahmini bedeli geçmemek üzere teklif edilen bedellerden tercihe layık görülenidir. Daha önce, eksiltmelerde en uygun bedel olarak, teklif edilen en düşük bedel kabul ediliyordu. Bu durum; ihalenin ucuza yapılmasını sağladığı halde, en iyi ve güvenilir şekilde yapılması amaçlarını karşılamamakta idi. İşin istenen nitelikte yapılmaması, ya da hiç yapılmaması sorunları ile karşılaşılınca, en düşük bedel yerine, tercihe layık görülen bedel tabiri getirilmiştir. 2886 sayılı kanun, bir yandan idareye bu şekilde bir hareket alanı sağlarken, diğer yandan da en uygun bedel ile ilgili olarak somut kriterler belirleyerek, idarenin bu yetkisini keyfi kullanmasını istememiştir.

4734 sayılı kanuna göre ise ihale, ihale konusu işin en uygun bedeli teklif etmiş ya da ekonomik açıdan en avantajlı teklifi yapmış istekliye verilecektir.

3. İdarenin Takdir Yetkisi ve Bu Yetkinin Denetimi

İdareye tanınan yetkiler, bağlı yetki ya da takdir yetkisi olmak üzere iki çeşittir. İdarenin belli bir davranışta bulunmasının veya belli bir şeyi yapmasının belirtilmesi suretiyle yetkisini kullanma şekli kesin olarak ortaya konmuşsa bağlı yetkiden, yetkiyi kullanıp kullanmamada ve kullanma gereklerini belirlemede az ya da çok serbest bırakılması durumunda ise takdir yetkisinden söz edilecektir. İdare takdir yetkisini kullanırken yasalarla belirlenmiş sınırları aşmamalı, eşitlik ilkesine uygun davranmalı ve bu yetkisini maddi ya da hukuki olaylara dayandırarak gerekçelendirmelidir¹¹⁵.

Yargı yetkisi ise Anayasa ve yasalarla sınırları belirlenmiş bir yetkidir. Anayasa md.125/4'de "Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır" denirken İYUK md.2/2'de "İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler, yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uyularak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler" hükmü yer almaktadır. Görüldüğü gibi yargı yetkisinin hukukilik denetimi ile sınırlı olduğu ve yerindelik denetimine kayamayacağı gerek Anayasada ve gerekse çeşitli yasalarda hükme bağlanmıştır.

Bu bağlamda idarenin sahip olduğu takdir yetkisinin yargı organlarınca denetlenmesi sorunu karşımıza çıkmaktadır. Konuyla ilgili olarak şu örneği vermekte fayda vardır:

4046 sayılı Kanun md.18/c ihale usullerine yer vermektedir. Maddede pazarlık usulleri ile ilgili açıklama yapıldıktan sonra "Komisyonca gerekli görüldüğü takdirde ihale, pazarlık görüşmesine devam edilen teklif

¹¹⁵ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK: Yönetmelik Yargı (Ankara: Turhan Kitabevi, 1998), 263-264.

sahiplerinin katılımı ile açık artırma suretiyle sonuçlandırılabilir. Bu husus, ilanda ve/veya şartnamede belirtilir” denilmektedir. Burada görüldüğü üzere idareye, gerekli gördüğü takdirde sadece pazarlık görüşmesine devam edenlerin katılımıyla açık artırma yapabilme konusunda takdir yetkisi verilmektedir. Olayda ilk derece idare mahkemesi idarenin takdir yetkisini teyit etmekle birlikte idarenin rekabet ilkelerine aykırı bir şekilde bu yetkisini kullandığından hareketle idareye tanınan takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmadığı gerekçesi ile ihale komisyonunun kararını iptal etmiştir¹¹⁶. Aynı olayla ilgili itiraz mercii ise idarenin takdir yetkisine bırakılan konularda yargı organları kararları ile zorlanamayacağından bahsetmekte; idarenin takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı olduğunu, ancak olayda gerek rekabet ilkeleri ve gerekse diğer hususlar bakımından kamu yararına aykırı her hangi bir durum bulunmadığını ifade etmektedir¹¹⁷.

Olayda, idarenin takdir yetkisi vardır ve idare sahip olduğu bu yetkiyi az önce de belirttiğimiz gibi yasalarla belirlenmiş sınırları aşmadan, eşitlik ilkesine uygun davranarak ve maddi ya da hukuki olaylara dayanarak kullanmak durumundadır. Yargı organı ise idarenin bu yetkisini denetlerken somut verilere dayanmalıdır. Olayda, yargı organının idareyi takdir yetkisini rekabet ilkesine aykırılık oluşturacak şekilde kullandığı gerekçesi ile denetlediği görülmektedir. Yargı organlarının, soyut bir nitelik taşıyan bu tür kavramlara somut hukuki dayanaklar bularak ve çok istisnai durumlarda yer vermeleri gereği açıktır. Aksi halde yargı organları arasında dahi tam bir mutabakat sağlanamayan takdir yetkisi kriteri, yürütmenin siyasi tercihlerinin yargı organlarınca değerlendirilmesine ve hukukilik denetimi yerine yerindelik denetimi yapılmasına yol açacaktır.

¹¹⁶ Ankara 10.İdare Mahkemesi, E:2004/293, K:2004/1192, KT:2.6.2004(Yayınlanmamıştır).

¹¹⁷ Bölge İdare Mahkemesi, Yürürlüğün Durdurulması istemi ile İtiraz No:2004/1478, KT:31.5.2004(Yayınlanmamıştır).

4. Kamu Yararına Uygunluk Denetimi

a) Genel Olarak Kamu Yararı

İdare hukukunda çok sık yer verilen ve çoğunluğun yararının bireysel yarara üstün tutulması şeklinde soyut bir tanım getirilen kavram, tanımdan da anlaşılacağı üzere objektif olmaktan ziyade subjektif bir nitelik taşımaktadır. Bunun neticesi olarak da kavram farklı bakış açıları ile farklı şekillerde algılanabilmektedir¹¹⁸.

Gerek idari makamlar ve gerekse yargı organları, pek çok eylem ve işlemlerinde kamu yararı kavramına dayanmaktadırlar¹¹⁹. İdari fonksiyonların yerine getirilmesinde, idari kararlar alınmasında ve kararların sona erdirilmesinde, idarenin sözleşme yapmasında ve bu sözleşmelerle ilgili uyuşmazlıkların çözümünde, idarenin mal edinme yetkilerinin kullanılmasında, kolluk görevlerinin yerine getirilmesinde, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde ve daha pek çok konuda nihai hedef olarak “kamu yararına ulaşmak” gösterilmektedir.

İç hukukta ve AB hukukunda oldukça etkili olarak ve çeşitli vesilelerle kullanılan kamu yararı kavramına Fransız Danıştay'ının üç farklı işlev

¹¹⁸ ERDOĞAN'a göre kavram, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak kullanılabilirdiği gibi şahsi amaçları meşrulaştıracak şekilde demokrasinin gereklerine aykırı olarak da kullanılabilir. Konuyla ilgili görüş için Bkz. Mustafa ERDOĞAN: Yargı, Özelleştirme ve Kamu Yararı, Dünden Bugüne Tercüman(10.06.2004)

¹¹⁹ Fransa'da yargı; at yarışlarının, milli piyango çekilişlerinin ve araba imalatının devlet tarafından yapılmasında kamu yararı görmemektedir. Eşitlik ilkesine aykırı olarak yapılan kamu hizmeti uygulamalarında ise, “kamu yararı gereği” ile yapıldıkları takdirde hukuka uygunluk olduğu kabul edilmektedir. Kreş fiyat tarifesinin belirlenmesinde ailelerin gelir düzeylerinin dikkate alınmasını, bu duruma örnek olarak vermek mümkündür. Bkz. Conseil d'Etat, 20.1.1989, Centre Communal d'action sociale de La Rochelle, RDCE, 1989, s.8'den naklen Kemal GÖZLER: İdare Hukuku, a.g.e., 227.

Fransız Rene CHAPUS ise, kamu yararı kavramını oldukça geniş yorumlamaktadır. O'na göre, gerek idarenin özel mallarının işletilmesinde gerekse kamu tüzelkişilerinin kar amacıyla hareket etmeleri durumunda elde edilecek olan gelir, ekonomiye canlanma getirecek ve böylece başka faaliyetlerin de finansmanı sağlanarak kamu yararı elde edilecektir. Bkz. CHAPUS:Droit Administratif General, op. cit., I, 585-587.'den naklen Kemal GÖZLER: İdare Hukuku, a.g.e, 221-222.

yüklediği görülmektedir. Bunlar; ölçü norm olma, denetim normu olma ve de mantıksal norm olma işlevleridir¹²⁰.

Kamu yararı kavramının *ölçü norm* olarak kullanılması, olaya uygulanacak kuralların saptanmasında, yürürlükteki kuralların tanımlanmasında ve bu kuralların tamamlanmasında kullanılmak suretiyle gündeme gelmektedir. Bu durumda ya idareye verilmiş olan katı bağlı yetki yumuşatılmakta veya geniş takdir yetkisi daraltılmakta ya da olaya uygulanacak kurallar tamamlanarak denge sağlanmaktadır. Şu da bir gerçektir ki kamu yararı kavramını tamamlayıcı norm olarak kullanan idari yargının anayasa yargısının alanına girme ihtimali de oldukça fazla olacaktır.

Kavramın *denetim normu* olarak kullanılmasında ise idarenin takdir yetkisinin değerlendirilmesinin aracı olma vasfı karşımıza çıkacaktır. Bu durumda kavram, hukukilik değil de yerindelik denetiminde kullanılan bir norm şekline bürünecek ve yargı idarenin takdir yetkisini değerlendirmek suretiyle kendi iradesini idarenin iradesi yerine ikame etmiş olacaktır. Aslında yargının değerlendirmelerine bakıldığında somut hukuki hatalara dayanıldığı ve idarenin takdir yetkisi alanına girilmediği ilk izlenimi de uyanabilecektir. Ancak yargı organının aynı hukuki şartları taşıyan farklı olaylara farklı yaklaşımları söz konusu ise yerindelik denetimi yapıldığı gerçeği ortaya çıkacaktır.

Kamu yararının üstlendiği üçüncü rol, *mantıksal bir norm* olma işlevidir. Kavramın somut bir şekilde tanımlanması, hem yargı makamlarının hareket alanını daraltacak hem de tanımlayanın siyasi bakış açısıyla şekillendiği için kavram siyasallaşacaktır. Bu nedenle somut bir tanım getirilmeyen kavrama, toplumun ihtiyaçları ile bireylerin hak ve özgürlükleri arasındaki dengeyi sağlama işlevi yüklenmekte böylece mantıksal bir yol izlenerek toplumdan gelebilecek tepkilerin de önüne geçilmeye çalışılmaktadır.

¹²⁰ Didier TRUCHET: "L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat: retour aux sources et équilibre" in Rapport Public 1999, Jurisprudence et avis de 1998, L'intérêt général, Etudes & Documents No:50 (Paris 1999) 361-374. Çev. Ender Ethem ATAY(Yayınlanmamış Çeviri)

Kamu yararı kavramına Fransız Danıştay'ının yüklediği üç farklı işlevin incelenmesinin ardından çeşitli açılardan tartışma konusu yapılan kamu yararı ile kişisel yarar kavramları arasındaki ilişkiye de değinmek gereklidir.

Sözü edilen tartışmalardan biri, kamu yararı ile kişisel yarar kavramlarının birbirine zıt olup olmadığı konusundadır. Aslında, konuya iki kavramın karşıtlığını ortaya koyarak yaklaşmaktan ziyade iki kavramın birbirini tamamlar nitelikte oluşlarını ve çoğu zaman da iç içe geçmiş olmalarını ön plana çıkaran bir yaklaşım tarzı daha uygun olacaktır. Keza, kamu yararı için yapılan bir faaliyetten bireylerin teker teker faydalarının olabileceği, bireysel birtakım faaliyetlerin de toplum yararına netice doğurabileceği bir gerçektir. Unutulmamalıdır ki akla gelebilecek her türlü hizmette kamu yararı bulunabilir ve bir hizmet neticesi gelir elde etmek suretiyle başka hizmetlerin finanse edilebilmesi de mümkündür.

Tartışmanın bir diğer boyutu ise kamu yararının bireysel yarara üstün olup olmadığı konusundadır. Bir tarafta kamu yararının üstünlüğünü savunan devletçi görüş yer alırken diğer tarafta bireysel yararın üstünlüğünü savunan liberal görüş bulunmaktadır. Şu bir gerçektir ki soyut bir kavram olan kamu yararının mutlak üstünlüğünü savunmak kimi zaman gereksiz yere özel yararı kamu yararına feda etmek anlamına gelebilecektir. Keza kamu yararı değişmez, sürekli ve tek bir kavram değildir; her zaman gözden geçirilebilecek, içeriği değiştirilebilecek ve toplumsal ihtiyaçlara göre de birden çok seçenekten oluşabilecek bir kavramdır. Bu bağlamda kişiler ve toplumlar, belirledikleri farklı hedeflere ulaşabilmek için çoğu zaman birbirleriyle ve hatta kendileriyle çelişir kamu yararı varsayımlarına dayanabileceklerdir. Diğer taraftan özel yararın mutlak üstünlüğünü savunmak ise çoğunluğun çıkarlarının zarar görmesi neticesini doğurabilecektir. Bu durumda kamu yararı ile özel yarar arasında, birinin diğerine mutlak üstünlüğünü kurmaya çalışmak yerine istismarları önleyecek şekilde bir denge kurmaya çalışmak daha uygun olacaktır.

b) İdari Yargı Kararlarında Kamu Yararı

İdari yargı organlarının diğer pek çok konuda olduğu gibi kamu varlıklarının özelleştirilmesi ile ilgili hemen tüm uyuşmazlıklarda da kamu yararı kavramına değindikleri görülmektedir. İdarenin işlemlerinde kamu yararının gerçekleşmesinin aranması kimi zaman davacı olabilmek için gerekli ehliyetin tanımlanmasında¹²¹ kimi zaman kamu mülkiyeti hakkının sınırlandırılma ölçütü olarak ve ihalelerde en uygun bedelin tespiti için gerekliliğini ifade eder¹²² kimi zamansa özelleştirme uygulamalarında amacın ekonomide verimlilik ve kamu giderlerini azaltmak olması nedeniyle yapılan ihalelerde en yüksek bedelin her zaman kamu yararına uygunluk anlamına gelmeyeceğini¹²³ ifade etmede kullanılabilmektedir.

Görüldüğü gibi kamu yararının gereğini yerine getirmede yürütme ve yargı organlarının yetkileri arasındaki çizginin inceliği ortadadır. Keza kamu yararı kavramına, kimi zaman yürütmenin kimi zaman da yargının yetkilerini aşmasına sebep olabilecek nitelik kazandırıldığı görülmektedir. Nasıl ki kavram idarece, takdir yetkisinin sınırları içinde kalınarak kullanılmalı ise yargı organlarınca da her vesile ile kullanılmamalıdır.

Yargı organlarının kamu yararını bir ölçü norm olarak kabul etmesi kişiye, zamana ve mekana göre farklı algılanabilecek bir kavram olan kamu yararının olup olmadığının yargıca denetlenerek yürütmenin siyasi tercihlerinin değerlendirilmesi anlamına gelecektir ki bunun da yargısal denetimle bağdaşmayacağı ve yerindelik denetimi anlamına geleceği ortadadır¹²⁴.

¹²¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E:1999/1261, K:2000/168, KT:4.2.2000(Yayınlanmamıştır).

¹²² Danıştay 10.D., E:1998/3606, K:2000/1, KT:4.1.2000(Yayınlanmamıştır).

¹²³ Bölge İdare Mahkemesi, Yürürlüğün Durdurulması İstemi ile İtiraz No:2004/1478, KT:31.5.2004(Yayınlanmamıştır).

¹²⁴ AYM'nin, kanunların Anayasaya uygunluğunun amaç unsuru bakımından denetlenmesinde kamu yararı kavramını ölçüt olarak kullanması ile ilgili olarak Prof. Teziç; kamu yararının siyasi ve ideolojik bir kavram olduğunu ve yargı organlarının kamu yararı denetiminin **yargıçlar hükümetine** yol açabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Erdoğan Teziç: Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı (İstanbul: İÜHF Yay., 1972), 114-115.

B. KAMU HİZMETİ ANLAYIŞI VE İDARİ YARGI ORGANLARININ YAKLAŞIMI

1. İdari Yargı Organlarının Kamu Hizmeti Anlayışı

Danıştay “kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimi altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdendir” diyerek kamu hizmetini tanımlamaktadır¹²⁵. Böylece Danıştay, kamu hizmetlerinin devlet ya da diğer kamu tüzelkişilerince yerine getirilebileceği gibi bunların gözetim ve denetimi altında özel kişilerce de yerine getirilebileceğini kabul ederek kavramın organik unsurunu ortaya koymaktadır. Ayrıca, bir hizmetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesinde kamu yararını sağlama amacını ön plana çıkararak da kavramın amaç unsurunu ifade etmekte ve aslında kamu hizmetlerinin birer özelliği olan süreklilik ve düzenlilik ilkelerini kavramın tanımını yaparken kullanmaktadır.

Danıştay kararlarında bir faaliyetin kamu yararı amacını taşıması suretiyle kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi bizi şu iki sonuca götürmektedir¹²⁶:

- Özel kişilerin yürüttükleri bir faaliyet, kamu yararı amacına yönelik olmak şartıyla kamu hizmeti olarak nitelendirilebilecektir.

- Bir kamu tüzelkişisinin özel mallarının işletilmesi faaliyeti kamu hizmeti olarak nitelendirilemeyecektir. Bu bağlamda kamu tüzelkişilerinin özel mallarını işletmelerine yönelik faaliyetleri , kendi özel çıkarları amacına yönelik olduğundan kamu hizmeti olarak kabul edilmeyecektir. Yine kamu

¹²⁵ Danıştay İdari İşler Kurulu, E:1996/1687, K:1997/3669, KT:3.10.1996; DD, S.93, s.36.

¹²⁶ Kemal GÖZLER: İdare Hukuku, a.g.e., 221-222

tüzelkişilerinin kamu yararına değil de kar elde etme gibi özel yararları için hareket ettiği faaliyetler de kamu hizmeti olmayacaktır.

Kamu hizmeti kavramının, amaç unsuru olan kamu yararı kavramına dayanılarak tanımlanmasında ise üç farklı yaklaşım karşımıza çıkacaktır:

Bunlardan *birincisine göre* sadece devletin asli görevleri olarak nitelendirilen savunma, güvenlik, adalet gibi faaliyetlerde kamu yararı vardır. Diğer tüm faaliyetler ise özel kesimce yerine getirilmesi gereken ve kamu hizmeti olarak nitelendirilemeyecek faaliyetlerdir.

İkinci görüş konuya daha farklı bir bakış açısıyla bakmakta ve toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik tüm faaliyetlerin, içerdiği kamu yararı ögesi dolayısıyla kamu hizmeti olarak nitelendirilmeleri gerektiğini ileri sürmektedir.

Anılan her iki görüşte hukukilikten ziyade siyasi temellere dayanma söz konusu iken *üçüncü görüş*; zamana, mekana ve kişiden kişiye değişir nitelikte algılanabilecek bir kavram olan kamu yararına pozitif bir bakış açısıyla yaklaşmaktadır. Bu görüş bağlamında kamu yararını tanımlama ve bir hizmeti kamu hizmeti statüsüne getirme ya da bu statüden çıkarma yetkisi yasama ve yürütme organlarına verilmektedir.

2. Kamu Hizmetlerinin Özelleştirilmesi

a) Genel Olarak

Klasik kamu hizmeti anlayışı, toplumun ortak ihtiyaçlarının, genel idare esaslarına göre devlet tarafından yerine getirileceğini ifade etmektedir. Zamanla, bu anlayıştaki “devlet tarafından yerine getirilme” özelliği etkisini

kaybetmeye başlamış ve kamu hizmeti olarak nitelendirilen alanlarda özel sektörün de faaliyet gösterebileceği kabul edilmeye başlanmıştır¹²⁷.

İdari kamu hizmetlerinin özel kesimce yerine getirilebileceği ise iktisadi kamu hizmetlerinin özel kesimce de yerine getirilebileceğinin kabulünden daha sonra ve tartışmalı olarak kabul edilmiştir.

Hangi kamu hizmetlerinin özelleştirilebileceği konusunun ilk tartışıldığı yer Fransız Anayasa Konseyi olmuştur. Özelleştirme yasası dolayısıyla konuyu incelenmiş olan Konsey kamu hizmetlerinin milli savunma, dışişleri, adalet ve kolluk gibi çeşitlerini “milli kamu hizmetleri” olarak nitelendirmiş ve bunlar dışındaki kamu hizmetlerinin özelleştirilebileceği yargısına varmıştır.

Günümüzün genel kabul gören anlayışına göre bir hizmetin kimin tarafından yapıldığı değil, nasıl yapıldığı önem kazanmaktadır¹²⁸. Bu bağlamda asli görevlerini yerine getirebilmesi için gerekli olan çekirdek alanın dışında hizmeti yapma tekelinin devlette olmaması, toplumun ortak ihtiyaçlarının en iyi şekilde giderilebilmesine ve hizmetin daha verimli bir şekilde görülebilmesine katkı sağlayacaktır. Ayrıca, devletin kamu hizmetlerinin görülmesini tamamıyla denetimsiz bırakması da söz konusu değildir¹²⁹. Devlet, gözetleyici ve denetleyici olarak işlevlerini yerine getirmeye

¹²⁷ Turgut TAN: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, Türk İdare Dergisi(Mart 1988), 378.; İlhan ÖZAY, Günışığında Yönetim(İstanbul: Alfa Yayıncılık, 2002), 229 vd.

¹²⁸ Geleneksel kamu hizmeti anlayışına, gerek mevcut kavramların tanımları ve gerekse hukuki rejim anlayışı bakımından önemli değişimler getiren Avrupa Birliği Hukuku incelendiğinde de; kamu hizmetlerini yürüten işletmelerin özel sektörün ya da kamu sektörünün mülkiyetinde oluşunun değil, hizmetlerin tekeli karakterinden uzaklaşılmasının önemini vurgulandığı görülmektedir. Bu bağlamda özelleştirme, bir zorunluluk olarak öngörülmemekte ve fakat kamu hizmeti gören işletmelerin etkinlik ve sürekliliklerinin sağlanması için de özelleştirilmeleri gereği ortaya konulmaktadır. Keza, kamu hizmetlerinde serbest rekabete açılma olsa da siyasi otoritelerin etkisi ile uzun vadeli bir etkinliğin sağlanamayacağı, sürekli bir etkinlik için bunların özelleştirilmelerinin gereği kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Ali ULUSOY: “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, AİD., C.31, S.2, 21 vd.

¹²⁹ Topluluk Hukukunda da, kamu hizmetlerinde işleten-denetleyen kavramlarındaki ayrılığın belirginleştiği görülmektedir. Yeni anlayış, devletin hem oyuncu hem de hakem olamayacağı ölçütünden yola çıkarak; devleti, oyunun kurallarını koyan ve bu kurallara uyulmasını sağlayan, hizmetleri işletenleri ise oyuncular olarak nitelendirmektedir.

devam edecek ve böylece özel teşebbüse fırsat verilerek sosyal devlet olma gereği de yerine getirilmiş olacaktır.

b) İdari Yargı Organlarının Yaklaşımı

Yargı organlarının Anayasa'da bazı kamu hizmetlerinin kaldırmayacağından söz edilmesini, Anayasa'da sayılan bu kamu hizmetlerinin özelleştirilemeyeceği şeklinde anladıkları görülmektedir. Halbuki, kamu hizmetinin kaldırılmasında o hizmetin kamu hizmeti olmaktan çıkarılması ve o alanın tamamıyla özel sektöre açılması söz konusudur. Özelleştirme uygulamalarının genelinde ise hizmet, kamu hizmeti olmaktan çıkarılmamakta; sadece kamu hizmetinin işletme usulü, emanet usulü değil de imtiyaz ya da diğer usullere dönüştürülmektedir. Hizmet, özel kişi tarafından kendi kar ve zararına yürütülmüş olsa da kamu tüzelkişisinin kontrolü altında ve kamu hizmeti olarak yürütülmeye devam edilmektedir. O halde Anayasanın bazı kamu hizmetlerinin kaldırılmasını yasaklamasını, bu hizmetlerin özelleştirilemeyeceği şeklinde anlayan görüşe katılmak mümkün değildir¹³⁰.

Danıştay'ın kamu hizmetlerinin özelleştirilmesine yaklaşımı incelendiğinde ise devletçi bir anlayış sergilediği ve bazı kamu hizmetlerinin özelleştirilemeyeceğini düşündüğü görülmektedir. Bir kararında Danıştay; Anayasal bir hak olan sağlık hakkının "eğitim ve öğretim gibi, kişi güvenliği gibi, devletin varlığının sebebi olan haklardan" olduğu ve bunların devlet eliyle yürütülmelerinin zorunlu olduğu gerekçesi ile imtiyaz sözleşmesi konusu olamayacağını söylemektedir¹³¹.

Adalet gibi klasik bir kamu hizmetinde dahi tahkim yolu ile özelleştirme mümkün hale gelmişken; eğitim, öğretim, sağlık gibi birtakım hizmetlerin

¹³⁰ Kemal GÖZLER: İdare Hukuku, a.g.e., 339-340.

¹³¹ Danıştay İdari İşler Kurulu, E:1990/90, K:1990/73, KT:25.10.1990'dan naklen Kemal GÖZLER: İdare Hukuku, a.g.e., 340.

devletin gözetimi altında özel sektörçe de yapılabilmesi gerekir. Keza sağlık, eğitim gibi haklar, Danıştay'ın ifade ettiği gibi devletin varlık sebebi olan haklar değil, devletin görevi haline gelen haklardır. Sayılan hizmetlerin özel teşebbüslerce görülmesiyle hizmetin kamu hizmeti niteliğine halel gelmeyeceği, sadece hizmetin görülme usulünün değişeceği, devletin gözetim ve denetim işlevinin ise devam edeceği ortadadır.

C. YARGI KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİ

İdare, kendi aleyhine verilen yargı kararlarını yerine getirmekle yükümlüdür. İdarenin, kendi aleyhine verilen yargı kararlarını yerine getirmemesi, ağır hizmet kusuru olarak nitelendirilmekte ve idarenin tazminat ödeme yükümlülüğünü doğurmaktadır. Danıştay'ın müstekar uygulamalarına göre de iptal kararını yerine getirmeyen idarenin verdiği karar iptal edilmekte ve idare doğan zararları ödemekle yükümlü tutulmaktadır¹³².

Bu doğrultuda 1982 Anayasası md.129 "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir" hükmünü getirmektedir. İYUK md.28/4 ise gerek Danıştay'ın ve gerekse Yargıtay'ın¹³³ kararları ile paralellik arz etmekte olup "Mahkeme kararlarının otuz gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açabilir" diyerek iptal kararını uygulamayan kamu görevlisinin kişisel kusuru dolayısıyla sorumlu olacağını ifade etmektedir.

Yargı kararlarının kasıtlı olarak yerine getirilmemesinin, Ceza Kanununa göre de suç teşkil ettiği bir gerçektir.

¹³² Danıştay 8. Dairesi, E:1971/2727, K:1972/426, KT:8.2.1972; DD., S.8, s.257.

¹³³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E:1978/7, K:1979/2, KT:24.9.1979; RG:29.11.1979

Görüldüğü gibi yargı kararlarının yerine getirilmemesi hem Anayasaya aykırılık teşkil edecek hem de kararın yerine getirilmemesinden dolayı ortaya çıkacak zararın tazminini ve kararı yerine getirmeyen kamu görevlisinin cezai sorumluluğunu doğuracaktır. Hal böyle iken özelleştirme ile ilgili kimi yargı kararlarının yerine getirilmediği¹³⁴ ve idarenin karşı tarafla anlaşmak suretiyle konunun kamu görevlilerinin sorumluluğu boyutuna taşınmasına da engel olduğu görülmektedir. Bu durumun Anayasada yer alan “hukuk devleti” olma niteliği ile bağdaşmadığı ve bu bağlamda idarenin hukuka uygun hareket etmesinin gereği ortadadır.

¹³⁴ İdare; yargı kararlarının yerine getirilmesi halinde, özelleştirme sürecinde gelinen aşama dolayısıyla büyük maddi zararların doğacağı gerekçesine dayanmaktadır.

SONUÇ

Genel olarak ifade edebiliriz ki; bireylerin ve toplumların yaşamlarındaki olaylar, daha önce yaşanan kimi olayların olumsuz yanlarına tepki şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu durumun en güzel örneklerinden birini de kamu iktisadi teşebbüslerinin kurulması ve özelleştirilmesi uygulamalarındaki süreç oluşturmaktadır. Keza; 1930'ların ekonomik şartlarının bir tepkisi olan devletin ekonomide etkinliğinin artırılması politikaları, 1970'lere gelindiğinde tersine dönmüş ve bu defa özel sektörün etkinliğinin artırılması tezi uygulamaya konulmuştur.

Bu bağlamda ülkemizde de 1930'lu yılların ekonomik şartlarının etkisi ve Osmanlı İmparatorluğunun son dönem ekonomi politikalarına da bir tepki olarak kamu işletmeciliğinin kurulduğu ve yaygınlaştığı görülmektedir. 1970'lere gelindiğinde ise bu kamu işletmelerinin siyasilerin birer arka bahçesi haline getirilmiş görünümü, bir işletme mantığı ile değil de yandaşlara iş ve aş bulma amacıyla hareket edilmesi neticesi artan zararlar, bu işletmelerin, ekonominin sırtında birer kambur olarak görülmeye başlanmasına sebep olmuştur.

Kamu işletmeciliğinin olumsuzluklarına bir tepki olarak uygulamaya konulan özelleştirme konusunda ise, başlangıçta gerekli bir Anayasal düzenleme olmasa da yasaklayıcı bir hüküm de yer almamıştır. Bu durumun neticesinde AYM, Anayasada yer alan ilkelerden hareketle özelleştirme uygulamalarının Anayasaya aykırı olmadığını kabul etmiştir. 1999 yılında Anayasaya getirilen düzenleme ile ise özelleştirme, Anayasal bir dayanak kazanmış ve özelleştirme konusunda yasa koyucuya geniş bir takdir yetkisi verilmiştir.

AYM'nin, her ne kadar Anayasal ilkeler doğrultusunda özelleştirmenin yapılabileceğini kabul etse de özelleştirme konusuna genel olarak engelleyici

bir yaklaşım sergilediği görülmektedir. Keza, özelleştirme ile ilgili olarak verdiği kararlarında Yüksek Mahkeme, Anayasal ve yasal bir dayanak olmaksızın kendisini çeşitli konularda yetkili görerek bu tavrını ortaya koymuştur. Özelleştirmenin devletleştirmenin tersine bir işlem olduğunun kabulü, her KİT'in ayrı bir yasa ile özelleştirilmesi gereğinden bahsedilmesi, yürürlüğün durdurulması yetkisinin varlığını kabulü, özelleştirmede karşılıklılık ilkesinin aranması gibi durumlar, AYM'nin bu yaklaşımını göstermektedir.

İdari yargı organlarının özelleştirme konusuna yaklaşımının da AYM ile paralellik taşıdığı söylenebilir. Bu bağlamda idari yargı organlarının verdikleri çeşitli iptal ve yürürlüğün durdurulması kararlarında; kamu yararı, takdir yetkisi gibi hukuki olmaktan ziyade subjektif ve içeriklerinin yasama ve yürütme organlarınca doldurulması gerekli kavramlara dayanarak, Anayasa ve yasalarla verilen yargısal denetim sınırlarından uzaklaşıp yerindelik denetimine geçtikleri görülmektedir.

Konuyla ilgili olarak ÖİB'nin yaklaşımı da eleştiriye açıktır. Keza kimi ihalelerde yasal prosedürün eksik işletilmesi, kamuoyunun hassas olduğu konularda aydınlatılmaması ve yargı organlarınca verilen kimi kararların Anayasa ve yasalara aykırı olarak uygulanmayıp karşı tarafla anlaşma yoluna gidilmesi konuya farklı bir boyut kazandırmaktadır.

Sonuç olarak diyebiliriz ki; çağımızdaki gelişmelerle birlikte işletmecî devlet anlayışı da gerilerde kalmıştır. Ülkemizde ise birer siyasi menfaat elde etme aracı haline getirilen kamu iktisadi teşebbüslerinin özel sektöre devri, serbest piyasa sistemine yeni uyum sağlayan ülkelerin dahi gerisinde seyretmektedir. Bu bağlamda; bir taraftan özelleştirme ile ilgili uygulamadaki yanlışlıkların düzeltilmesinin, diğer taraftan ise yargı organlarının yasalarla kendilerine verilen yetkilerin sınırlarını da gözeterek konuya yaklaşımlarının sağlanmasının gereği ortadadır. Keza bu sayede, gerçek anlamda kamu yararına ulaşılabilecektir.

KAYNAKÇA

- AKALIN, Güneri. "Özelleştirmenin Ekonomik, Mali ve Sosyal Etkileri", İşveren Dergisi (1993), 13-19.
- AKALIN, Güneri. KİT'ler ve Özelleştirilmeleri, Ankara, 2003.
- AKIN, İlhan. Türk Devrim Tarihi, Ankara, 1999.
- AKGÜÇ, Öztin. "Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Bugünkü Sorunları ve Çözüm Yolları", KİT Paneli, İstanbul, 1981.
- AKTAN, Coşkun Can. Anayasal İktisat, Ankara, 2002.
- AKTAN, Coşkun Can. "Türkiye'nin Bir Ekonomik Anayasa'ya İhtiyacı Var mı?", Türkiye II. Uluslararası Liberal Düşünce Sempozyumu, 59-94.
- ALBAYRAK, C. "Özelleştirme ve Sermayeyi Tabana Yayma Amacı", Dünyada ve Türkiye'de Özelleştirme Sempozyumu, ODTÜ, 14-16 Kasım 1990.
- ALBERTINI J. M. Ekonomik Sistemler, Uygulamada Kapitalizm ve Sosyalizm, Bursa, 1995.
- ALTINTAŞ, Berra. KİT'lerin Özelleştirilmesi ve Özelleştirmenin Sermaye Piyasasına Etkisi, Ankara, 1989.
- ARSEL, İlhan. Anayasa Mahkemesinin Bazı Eğilimleri Üzerine Görüşler ve Karar Özetleri, Ankara, 1973.
- ATASOY, Veysel. Türkiye'de Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme Sorunu, Ankara, 1993.
- ATEŞ, Toktamış. Demokrasi Kavram-Tarihi Süreçler- İlkeler, Ankara, 1995
- BAKLACIOĞLU, Sadık. Kamu İktisadi Teşebbüsleri- Genel Esaslar, Çeşitli Ülkelerde, Türkiye'de, AÜHF Yay., Ankara, 1976.
- BAYTAN, İlhan. Özelleştirme, Ankara, 1999.
- BERZEG, Kazım. Liberalizm Demokrasi Kapıkulu Geleneği, Ankara, 1993.

- BİLGİN, Pertev. "Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması", Anayasa Yargısı-12, Ankara, 1995.
- BİLGİN, Pertev. "Kamu Hizmeti Hakkında", İHİD, Mart 1980, 113-116.
- BORATAV, Korkut. Türkiye İktisat Tarihi 1908-1985, İstanbul, 1990 (Metinde, İktisat Tarihi denilmektedir).
- BORATAV, Korkut. İktisat Politikaları ve Bölüşüm Sorunları, İktisat Yazıları 1969-1981, Ankara, 1983.
- KOCATÜRK, U. Atatürk'ün Fikir ve Düşünceleri, Ankara, 1968.
- CEVİZOĞLU, M. Hulki. Türkiye Gündemindeki Özelleştirme, İstanbul, 1990.
- ÇAĞLAR, Bakır. Anayasa Bilimi, İstanbul, 1989.
- ÇAM, Esat. Siyaset Bilimine Giriş, İstanbul, 1998.
- DURAN, Lütfi. İdare Hukuku, İstanbul, 1982.
- DURAN, Lütfi. "Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni(I)", AİD, I, 19(Mart 1996), 3-22.
- DURAN, Lütfi. "Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni(II)", AİD, II, 19(Haziran 1996), 3-28.
- DURAN , M. : "Özelleştirmenin Toplumsal ve Ekonomik Boyutları", Editör: Engin Arıoğlu, Ankara, 1994.
- DRUCKER, Peter. Yeni Gerçekler, Çev. Birtane Karanakçı, Ankara, 1996.
- ELDEM, Vedat. Osmanlı İmparatorluğunun İktisadi Şartları Hakkında Bir Tetkik, İstanbul, 1970.
- ERDOĞAN, Mustafa. Anayasal Demokrasi, Ankara, 2003.
- ERDOĞAN, Mustafa. Liberal Toplum Liberal Siyaset, Ankara , 1998 (Metinde, 1998 denilmiştir).
- EROĞLU, Hamza. "Atatürk ve Devletçilik", Atatürkçü Düşünce, 1992.
- FRIEDMAN, Milton. Kapitalizm ve Özgürlük, Çev. Doğan Erberk- Nilgün Himmetoğlu, İstanbul, 1988.

- GÖZE, Ayferi. Türk Kurtuluş Savaşı ve Devrim Tarihi, Ankara, 2000 (Metinde, Devrim Tarihi denilmektedir).
- GÖZE, Ayferi. Liberal, Marxist, Faşist ve Sosyal Devlet, Ankara, 1995.
- GÖZE, Ayferi. Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 2000 (Metinde, Siyasal Düşünceler denilmektedir).
- GÖZLER, Kemal. Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa, 2002 (Metinde, TAH denilmektedir).
- GÖZLER, Kemal. İdare Hukuku, C.II, Bursa, 2003.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref. Anayasa Hukuku, Ankara, 2002.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref. Yönetim Hukuku, Ankara, 2002.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref. Yönetimsel Yargı, Ankara, 1998.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref ve Turgut TAN. İdare Hukuku- Genel Esaslar, C.1., Ankara, 2002.
- GÜLAN, Aydın. "Kamu Hizmeti Kavramı", İHİD, Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan, 9 (1988), 1-3.
- GÜNDAY, Metin. İdare Hukuku, Ankara, 2003.
- GÜNEŞ, Turan. Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara, 1965
- GÜRİZ, Adnan. Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, Ankara, 1969.
- GÜRİZ, Adnan. Hukuk Felsefesi, Ankara, 1999.
- HAMİTOĞULLARI, Beşir. "Atatürk Devletçiliği ve Ekonomik Bağımsızlık", Atatürk Dönemi İktisat Politikası ve Türkiye'nin Ekonomik Gelişmesi, Ankara, 1982.
- HAYEK, A. Friedrich, Kanun Yasama Faaliyeti ve Özgürlük- Sosyal Adalet Serabı, Çev. Mustafa Erdoğan, 1995.
- HEALD D. ve STEEL D. Privatizing Public Enterprises, London, 1984.
- Hükümetler ve Programları, Hazırlayanlar: Nuran DAĞLI ve Belma AKTÜRK, Ankara, 1988.

KABOĞLU, İbrahim Ö. Anayasa Yargısı, Ankara, 1997.

KABOĞLU, İbrahim Ö. Kollektif Özgürlükler, Diyarbakır, 1989.

KAPANI, Münci. Kamu Hürriyetleri, Ankara, 2002.

KARLUK, Rıdvan. Türkiye Ekonomisi, İstanbul, 1997.

KARLUK, Rıdvan. Türkiye'de Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme, İstanbul, 1994 (Metinde, KİT'ler ve Özelleştirme denilmektedir).

KAZGAN, Haydar. "Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Geçmişi ve Geleceği", KİT Paneli, İstanbul, 1981.

KEPENEK, Yakup. Türkiye'de Kamu İktisadi Teşebbüsleri, İstanbul, 1993.

KİLÇİ, Metin. KİT'lerin Özelleştirilmesi ve Türkiye Uygulaması, Ankara, 1994.

KİLÇİ, Metin. Türkiye'de Özelleştirme Uygulamaları (1984-1998), DPT, Ankara, 1998.

KİT'ler ve Özelleştirme-İddialar ve Gerçekler: Türk-İş Araştırma Raporu, Ankara

KRISHINA , K. ve TRANAES , T. : "Efficient Competition With Small Numbers – With Applications To Privatization And Mergers", NBER Working Paper , No : 6952

KUZUM, Y. "İmtiyaz Sözleşme ve Şartlaşmalarının Danıştayca İncelenmesi", Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara, 1968.

MUSULİN, J. Hürriyet Bildirgeleri, Çev. Necmi Zeka, İstanbul, 1983.

NIŞANCI, Murat. "Liberal Demokrasi ile Popülist Demokrasi Arasındaki Gerginliğin Ekonomik Nedenleri", AÜEHFD, V, 1-4(2001), 479-597.

ONAR, Sıddık Sami. İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, İstanbul, 1966.

OZANSOY, Cüneyt. "Kamu Hizmetinde İdeolojik Boyut", 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu (Ankara:2000), s.33-36.

ÖRSDERİR, A. Vural. III. Bin yılda Özelleştirme ve Yeni Yönetim Paradigması, Kırıkkale, 2002.

ÖZAY, İl Han. Günışığında Yönetim, İstanbul, 2003.

- ÖZAY, İli Han. Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma III, İstanbul 1990 (Metinde, Yargısal Korunma III denilmiştir).
- ÖZBUDUN, Ergun. Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2002.
- ÖZER, Attila. "Anayasamız Açısından Ülkemizde Özelleştirme", TBMM Anayasa Hukuku I. Uluslar arası Sempozyumu, Yayına Hazırlayan : Zafer Gören (2003).
- ÖZER, Attila. Gerekçeli ve 1961 Anayasası ile Mukayeseli 1982 Anayasası, Ankara, 1984
- ÖZER, Attila. Türklerde Devlet Anlayışı ve Demokratik Rejim , Ankara, 2002.
- SARAÇOĞLU, A. M. "Hayek'in Liberal Felsefesinde Demokrasi ve Yapılandırılması", Liberal Düşünce, Yıl-7, S.27, 2002.
- SAVAŞ, Vural Fuat. Anayasal İktisat, İstanbul, 1997.
- SAVAŞ, Vural Fuat. Politik İktisat, Ankara, 2000.
- SAVAŞ, Vural Fuat. "Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme(İktisadi Yaklaşım)", Anayasa Yargısı-15, 79-98.
- SMİTH, Adam. Ulusların Zenginliği, Çev. Ayşe Yunus ve Mehmet Bakırcı, İstanbul, 1997
- Sempozyum ve Panel Notları: Özelleştirmenin Sosyal , Ekonomik ve Siyasi Boyutları , Türk Kamu İşletmeleri Birliği , 1995
- SOYSAL , Mümtaz : 100 Soruda Anayasanın Anlamı , İstanbul, 1997
- ŞAYLAN, Gencay. Çağdaş Siyasal Sistemler, Ankara, 1981
- TAN, Turgut. "Anayasal Ekonomik Düzen", Anayasa Yargısı, C.7, 1991, 164-167.
- TAN, Turgut. "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı", Türk İdare Dergisi, 378 (1988), 233-252.
- TAN, Turgut. "KİT'lerin Özelleştirilmesi ve Sorunlar", AİD, I, 25 (1992), 27-64 (Metinde, KİT'lerin Özelleştirilmesi denilmektedir)
- TAN, Turgut. "Anayasal Ekonomik Düzen", Anayasa Yargısı-7, 164-167.
- TAN, Turgut. "Özelleştirme", İHİD (1988), 271-288.

- TAN, Turgut. "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, C.I(Ankara, 2000), 455-465.
- TAN, Turgut. "Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti", Rekabet Dergisi, IV, 1 (2000).
- TANÖR, Bülent. Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul, 1978.
- TEZİÇ, Erdoğan. Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul, 1972.
- TEZİÇ, Erdoğan. "Tartışma: Yabancıların Türkiye'de Gayrimenkul İktisabı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, II, 5 (1985).
- TOBB Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 1993.
- TRUCHET, Didier. "L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat: retour aux sources et équilibre" in Rapport Public 1999, Jurisprudence et avis de 1998, L'intérêt général (Paris: Etudes & Documents No:50, 1999), 361-374. Çev. Ender Ethem ATAY (Yayınlanmamış Çeviri)
- TUNAYA, Tarık Zafer. Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 1992.
- TÜRK, Hikmet Sami. "Sosyal Hukuk Devleti", Halkevleri Dergisi(Mayıs 1974), S.91'den ayrı bası.
- Türk Demokrasi Vakfı:"Türkiye'de Özelleştirme- Araştırma Raporu", Ankara, 1994
- Türkiye 1997, Ekonomist Dergisi Yıllığı, 1996
- Türkiye'de Özelleştirme Uygulamaları(1984-1998), Ed. A. İmren, Ankara, 1998.
- Türkiye'de Özelleştirme Araştırma Raporu, Türk Demokrasi Vakfı, Ankara, 1994.
- Türkiye'de KİT'lerin Özelleştirilmesi Sorunu ve Sistematik Bir Yaklaşım Önerisi, (Özel İhtisas Komisyonu Raporu), Ankara 1993.
- Türkiye'de ve Dünyada Devlet-Özel Sektör İlişkileri, ASO ve Dünya Bankası Anketlerinin Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme, 2000.
- Türkiye'de Özelleştirme, TC Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, Sayı 1-2, Ekim 1998.

- ULUSOY, Ali. "Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorilerine Etkileri", AİD, II, 31(1998), 21 vd.
- ULUSOY, Ali. "Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi", AÜHFD (2002), 165-176.
- YAYLA, Atilla. Devletçi Zihniyet ve Piyasa Ekonomisi, Ankara, 2002.
- YAYLA, Atilla. Liberal Bakışlar, Liberte Yay., Ankara, 2000.
- YAYLA, Atilla. Liberalizm, Liberte Yay., Ankara, 2000.
- YAYLA, Yıldızhan, "Sosyal Devletten İktisadi Devlete(Veya Kamu Hizmetinin Sonu)", Hukuk Araştırmaları,1 (1986), 33-37.
- YILDIZ, Şükrü. "Türkiye'de Özelleştirme Uygulamaları ve Özelleştirmeye Hakim İlkelerden Birisi Olarak Rekabetin Korunması" , AÜEHFD , V, 1-4 (2001),557-575.

ÖZET

Global bir köy haline gelmeye başlayan dünyamızın siyasi ve iktisadi gündemine 1970'lerden itibaren giren, kısaca kamu işletmelerinin özel sektöre devri olarak tanımlanabilecek olan özelleştirme uygulamalarının ülkemizde 1980'lerden itibaren başladığı görülmektedir.

Bu çalışmada kavramın tanımı ve teorik temelleri ele alınmakta liberal ve sosyal devlet anlayışlarının kavramla ilişkisi incelenmektedir. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin kuruluşlarından itibaren gelişimleri ve yasal çerçeveleri, bunları özelleştirilme aşamasına getiren sürecin açıklanması maksadıyla ele alınmaktadır.

Özelleştirme uygulamaları ile ilgili olarak özellikle kamuoyunda tepki ile karşılanan hususlara değinilmek suretiyle eksikliklerin giderilmesine yardımcı olunmaya çalışılmaktadır.

Bir Anayasal dayanak olmaksızın özelleştirme uygulamalarının başlamasından, yargı organlarının bu uygulamalar ile ilgili kararlarından oluşturulan ilkeler paralelinde bir hukuki altyapı oluşturulmasından bahsedilmektedir.

Hukuki ve iktisadi olmaktan ziyade siyasi boyutu ile algılanması neticesinde bir kesimin tamamıyla ak, bir kesimin ise tamamıyla kara olarak gördüğü kavramla ilgili yargı kararları incelenerek bu kararlarda mevcut olan çelişkiler irdelenmeye çalışılmaktadır. Yargı kararlarının kimi zaman idarenin hukuka aykırı hareketleri kimi zamansa yargı organlarının yerindelik denetimi yapmaları sonucu aldıkları şekil incelenip bu kararların etkileri ortaya konulmaktadır.

SUMMARY

Privatisation practises, beginning to enter into the political and economical agenda of the world which is beginning to change to a global village; and that can shortly be defined as transfer of public enterprises to the private sector have introduced in our country as from 1980's.

Theoretical fundamentals of the concept will first be dealt with and then relation of liberal and social state phenomenons with the concept will be examined in this study. Developments and legal frameworks of Public Economic Enterprises since their foundation is dealt with the purpose of explaining the process driving them to the privatisation phase.

Regarding the privatisation practises, efforts were exerted in order to compensate the deficiencies by touching on the matters especially facing with the reactions in public opinion.

Study dealt with the beginning of privatisation practises without an adequate constitutional basis and a legal infrastructure having been created in parallel to principles created from the decisions of jurisdictional bodies.

In the result of perceiving it with its political dimension rather than legal and economical dimension, jurisdictional decisions were examined which one part considers as entirely black and the counter part considers it as entirely white, and the contradictions existing in these decisions were dealt with. Forms of jurisdictional decisions which they gained after actions of the administration contrary to the law and sometimes in the result of appropriation inspections executed by jurisdictional bodies and the effects of these decisions were put forward.