

# ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 'ÖZELLEŞTİRME' KONUSUNDAKİ TUTUMU

FARUK ATAAY

M.K.Ü., İ.T.B.F. Araş. Gör.

## GİRİŞ

Türkiye'de 1980'li yıllarda uygulamaya konan özelleştirme politikaları önemli hukuksal sorunlar ortaya çıkarmıştır. Özelleştirme uygulamalarının yetersiz bir hukuksal çerçeveye başlatılması, sonuçta yoğun bir hukuksal kargaşaya yol açmıştır. Gerek özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde Anayasa'nın ortaya koyduğu ilkelerin dikkate alınmaması, gerekse yasalara aykırı uygulamalar sonucunda Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve idare mahkemeleri çok sayıda iptal kararı vermek durumunda kalmıştır.

Bu tablonun en temel nedeni, liberal ekonomi politikaları uygulamayı öngören bir siyasi irade tarafından yapılmış olmasına karşın, 1982 Anayasası'nın, özelleştirmeyle ulaşılmak istenen ekonomik, siyasal, yönetsel, hukuksal ve toplumsal sonuçlara bazı sınırlamalar getirmesidir. Kısacası, devlete bazı ekonomik ve sosyal görevler yükleyen 1982 Anayasası, "devletin ekonomiden elini tamamen çekmesini" öngören "ultra liberal" politikaların yaşama geçmesine olanak tanımamaktadır. Devletin temel niteliklerinden biri-

ni "sosyal devlet" olarak tanımlayan 1982 Anayasası özelleştirmeyi düzenlememiştir. Önüne gelen iptal istemlerini değerlendiren Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da özelleştirmenin yasaklanmamasından hareketle, özelleştirme için "Anayasa'ya uygun" ilkeler belirlemiştir. Özelleştirmenin "kamu yararının gerektirdiği durumlarda" ve "kamu yararına uygun olarak" yapılması gerektiğini vurgulayan Anayasa Mahkemesi'nin ortaya koyduğu başlıca ilkeler şunlardır:

\* Özelleştirme yasayla yapılmalıdır. TBMM, özelleştirilecek her KİT için ayrı yasa çıkarmalıdır. Yasama organına ait olan özelleştirme yetkisinin yürütme organına devrine yol açacak düzenlemeler yapılmamalıdır.

\* Özelleştirme "gerçek değer" üzerinden yapılmalı ve gerçek değer belirlenme yöntemleri ile ihale usulleri yasayla düzenlenmelidir.

\* Özelleştirme nedeniyle ülkenin bağımsızlığı ve güvenliği tehlikeye düşmemeli, bunun için yabancılara satışta belli sınırlamalar getirilmelidir.

\* Özelleştirme tekelinin oluşumuna yol açacak biçimde yapılmamalı, tüketiciler korunmalıdır.

\* Ulusal servetler ve doğal kaynaklar ile bunları kullanan KİT'lerin özelleştirilmesinde mülkiyet devri yapılamaz, ancak süreyle sınırlı işletme hakkı verilebilir.

\* Kamu hizmeti ve tekel niteliğindeki KİT'lerin özelleştirilmesinde, devletin denetim ve düzenleme yetkisini saklı tutan "imtiyaz sözleşmesi" yöntemi kullanılmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin sayılan ilkeleri belirlemesi, özelleştirme konusunda yaşanan hukuksal kargaşanın son bulmasını sağlamaya yetmemiştir. Siyasal iktidarlar, Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği yasaların benzerlerini meclisten yeniden geçirmekten geri durmadıkları gibi, idari yargının birçok iptal kararını uygulamaktan da kaçınmışlardır. Hükümetler, Anayasa'nın ve Anayasa Mahkemesi'nin üzerinde önemle durduğu, "özelleştirmeye yasama organının karar vermesi", "yabancılara satışın sınırlanması", "özelleştirmede gerçek değere ulaştırılması", "ihalelerin şeffaf ve denetime açık bir biçimde gerçekleştirilmesi", "yasama ve yargı organları-

nın denetiminin engellenmemesi”, “tekelleşmenin önlenmesi ve tüke- ticilerin korunması”, “doğal servet- ler konusunda Anayasa’daki sınırla- malara uyulması” gibi ilkelere bağlı kalmamakta büyük direniş göster- miştir. Bu anlayış, hem yapılan ya- salarda, hem de uygulamalarda ken- dini göstermiştir. Durum böyle olunca, yasaları ve uygulamaları iptal eden yargı, hükümetlerce büyük bir engel olarak görülmeye başlan- mıştır. Anayasa’yı değiştirmeyi ba- şaramayan, ancak özelleştirme ko- nusunda Anayasa’daki sınırlamalara da uymak istemeyen hükümetler, yargı üzerinde baskı kurmak ve yar- gıyı yönlendirmek çabası içinde ol- muştur. (Özden, 1998, 28-43, 62-65)

Özelleştirmeye ilgili hukuksal so- runlara Anayasa’ya uygun çözümler getirmemekte direnen iktidarlar, işi yargıyı “ülkenin gelişmesini engel- lemekle” suçlamaya kadar vardır- mışlardır. Yargı temsilcilerinin de, “kendilerinin aslında özelleştirmeye karşı olmadıkları, ancak özelleştir- menin de hukuka uygun olarak yapıl- ması gerektiğini” belirten açıklamala- rıyla birlikte, hukuk alanının dışı- na çıkan tartışmalar yaşanmıştır.

Bu çalışmada, Anayasa Mahkeme- si’nin özelleştirmeye ilgili kararları incelenecektir. Anayasa Mahkemesi kararları, Anayasa’nın 153. maddesinde belirtildiği üzere, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişile- ri bağladığı için, özelleştirmenin hukuksal çerçevesinin çizilmesi ba- kımından belirleyici öneme sahip- tir. Bu nedenle, kararların gerekçe- lerinin iyi anlaşılması, özelleştirme

konusundaki sınırlamalara açıklık kazandıracaktır.

## 1. 1982 ANAYASASI VE ÖZELLEŞTİRME

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anaya- sası’nın özelleştirmeye olanak tanı- yıp tanımadığını ilk olarak 29.2.1984 tarih ve 2983 sayılı yasa hakkındaki 1985/4 sayılı kararında ele almış, ancak ayrıntılı bir incele- me yapmamıştır. Bu konuda kap- samlı ilk gerekçeli karar, 5.5.1994 tarih ve 3987 sayılı yetki yasası hak- kındaki 1994/45-2 sayılı karar ile ortaya konmuş, özelleştirme konu- sundaki temel yaklaşım sonraki ka- rarlarda da sürdürülmüştür. Yüksek mahkeme bu kararında, Anayasa’da özelleştirmenin düzenlenmemiş ol- duğunu, ancak yasaklanmadığını da belirterek, yasama organının “Ana- yasa’nın genel ilkelerine aykırı ol- mamak koşuluyla” konuyu düzenle- yebileceğini belirtmiştir. Anaya- sa’ya uygun bir özelleştirmenin ko- şullarını belirlemeyi amaçlayan Anayasa Mahkemesi, şu yorumları geliştirmiştir:

\* “Devletleştirme” özelleştirmenin tersi bir işlem olduğu için Anaya- sa’nın devletleştirmeyi düzenleyen 47. maddesinden özelleştirme için de kimi ilkeler çıkarılabilir. 47. maddede, “Kamu hizmeti niteliği ta- şıyan özel teşebbüsler kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devlet- leştirilebilir. Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarz ve usul- leri kanunla düzenlenir” denilmek- tedir. O halde, (1) özelleştirme ka- mu yararının zorunlu kıldığı haller- de, kamu yararına uygun olarak, (2)

gerçek karşılığı üzerinden, (3) ger- çek karşılığın hesaplanma tarz ve usulleri kanunla düzenlenerek yapı- labilir.

\* Anayasa’nın 35. maddesindeki özel mülkiyet konusundaki koruma- nın, kamu mülkiyeti için de özel mülkiyete eşit biçimde değerlendirilip, düzenlenmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle, özel teşebbüslerin dev- letleştirilmesinde olduğu gibi, kamu mülkiyetinin özelleştirilmesinde de yetki yasama organındır. Yasama organı, özelleştirilmesini yararlı, ge- rekli ya da uygun gördüğü kamu var- lıklarının özelleştirilmesini, Anaya- sa’nın ilkelerine ve kurallarına bağı- lı kalarak yasalaştırabilir.

\* Özel mülkiyeti güvenceye bağla- yan Anayasa’nın kamu mülkiyetini güvencesiz bıraktığı düşünülemez. Bu nedenle, kamu varlıklarının özelleştirilmesinde de gerçek değe- rin gözetilmesi gerekir. KİT’lerin sa- tışında en az kaybı, en yararlı düze- yi sağlayacak biçimde rayiç değerin aranması, gerçek değere en yakın olanın bulunması gerekir. Bu ölçü- leri gözardı eden bir yöntem ve uy- gulama, satın alan kişileri öbür kişi- ler karşısında hakkı olmayan ayrı- calıklı bir konuma getirerek eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.

## 2. ÖZELLEŞTİRME YETKİSİ ve YETKİ DEVRİ SORUNU

Özelleştirme konusundaki düzenle- melerde Anayasa’ya aykırılık yara- tan en önemli sorunlardan biri, özel- leştirmeye karar vermeye hangi or- ganın yetkili olduğu ve özelleştirme konusundaki düzenlemelerin nasıl

yapılması gerektiği konusudur. 3987 sayılı yetki yasası hakkındaki gerekçeli iptal kararında bu konuya giren Anayasa Mahkemesi özelleştirmenin düzenlenme yolunu şöyle göstermiştir: "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 özel bir yasa çıkarılması gereksinimini ortadan kaldırmaz. Çünkü, yasama organı özelleştirilecek her KİT için anayasal ilkelere aykırı olmamak üzere değişiklik yapma yetkisine sahip bulunmaktadır."

3987 sayılı yetki yasasını, yasama yetkisinin yürütme organına devrine yol açtığı için iptal eden yüksek mahkeme, özelleştirme konusundaki düzenlemeler için şu ilkeleri belirlemiştir:

\* Özelleştirme kanun hükmünde kararname (KHK) ile düzenlenemez. Yürütme organına özelleştirme konusunda KHK çıkarma yetkisi verilemez. Özelleştirme ancak yasa ile düzenlenebilir.

\* KİT'ler yasa ile kurulduğu için kapatılmaları da yasayla olur. Bu yetki de TBMM'nindir. Bu yetkinin yürütme organına verilmesi "yetki devri" anlamına gelir.

\* Özelleştirmede uygulanacak ilkelere açıkça ve gelişigüzel uygulamalara yol açmayacak biçimde belirlenmesi gerekir. Uygulanacak özelleştirme yöntemlerine (satış, kira-

lama, işletme hakkı devri gibi) uygun ilkeler ayrı ayrı belirtilmelidir. Örneğin, satış yönteminde uygulanacak esaslar, kamu varlığının değerini belirleme biçimi, ihale yöntemleri gibi ilkelerin açıkça yazılması gelişigüzel uygulamaları ve kötüye kullanmaları en aza indirecek sağlıklı hukuksal yoldur.

Anayasa Mahkemesi, TEK'in özelleştirilmesini öngören 22.2.1994 tarih ve 3974 sayılı yasanın bazı maddelerini iptal eden 1994/42-2 sayılı kararında da, "Yasada, TEK'in satış, kiralama ve işletme hakkı devri gibi özelleştirme yöntemleriyle, buna uygun ilkelere, kamu varlığının değerini belirleme biçimlerine ve özelleştirme yöntemlerinde uygulanacak hiçbir kurala yer verilmediğini" belirtmiştir.

Yüksek mahkeme, yetki devri sorununa PTT'nin Posta İşlemleri ve Türk Telekomünikasyon AŞ olarak ikiye bölünmesini ve Türk Telekomünikasyon AŞ'nin yüzde 49 hissesinin özelleştirilmesini öngören 4000 ve 4107 sayılı yasaları iptal ederken de değinmiştir. 4000 sayılı yasa hakkındaki 1994/65-2 sayılı kararda, yasanın ek 17. ve ek 18. maddelerinde Ulaştırma Bakanlığı'na verilen yetkilerin "açık olmayıp son derece belirsiz ve sınırsız olduğu" belirtilerek, bunun "yasama yetkisinin devri" niteliğinde olduğuna dikkat çekilmiştir. Kararda, "Yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütme organının subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yürütme organının yasa ile yetkili kılınmış olması da yasayla düzenleme anlamına gelmez" denilmiştir.

4000 sayılı yasanın "yasama yetkisinin devri" gerekçesiyle iptal edilen hükümlerinin yerine çıkarılan 4107 sayılı yasada da bu sorunlar devam etmiş, sonuçta Anayasa Mahkemesi bir iptal kararı daha vermek zorunda kalmıştır. Çünkü, 4000 sayılı yasada Ulaştırma Bakanlığı'na verilen yetkiler, 4107 sayılı yasayla da bu kez Özelleştirme Yüksek Kurulu'na (ÖYK) verilmiştir. Yüksek mahkemenin 1996/7 sayılı kararında şöyle denilmiştir: "...Bu konuların yasama organınca nesnel kurallara bağlanması anayasal zorunluluktur. Bakan veya ÖYK'nin yetkilendirilmesi yasama yetkisinin devri niteliğini değiştirmez."

4107 sayılı yasa hakkındaki iptal kararının bir başka özelliği, 4046 sayılı Özelleştirme Yasası'nı önüne gelmediği için Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçirme olanağı bulunmayan Anayasa Mahkemesi'nin, 4107 sayılı yasada Türk Telekomünikasyon AŞ'nin hisselerinin değer tespiti ve ihale işlemlerinin 4046 sayılı yasaya göre gerçekleştirileceğinin belirtilmesi nedeniyle, bu kararında 4046 sayılı yasanın ilgili maddelerinin Anayasa'ya aykırılığını da belirlemesidir. 4046 sayılı yasanın 18. maddesinin (B) ve (C) bentlerinin Anayasa'ya aykırılığını belirleyen yüksek mahkeme, bu hükümleri iptal edememesi nedeniyle, 4107 sayılı yasanın 4046 sayılı yasanın 18/B-C bentlerine gönderme yapan hükümlerini iptal etmiştir. Bu kararda şu noktalara dikkat çekilmiştir:

\* 4046 sayılı yasanın 18/B bendinde yalnızca değerlendirme metodları-

nın adları sayılmış ve Özelleştirme İdaresi'ne (ÖİB) duruma göre bunlardan birini seçme olanağı verilmiştir. Bu durum, gerçek değere ulaşılmasını zorlaştıran belirsizlikler yaratmaktadır. Şirket hisselerinin gerçek ve tüzel kişilere satışında uygulanacak değerlendirme esasları, gerçek değeri yansıtacak nitelikte olmalıdır. Değer saptama yetkisi olan birimlerin, hiçbir etki altında kalmadan çalışabileceği bir yapıya kavuşturularak, gerçek değer bu bulunmasının hukuksal alt yapısı oluşturulmalıdır. Başbakan'a bağlı olan ÖİB'nin 18. maddeye göre oluşturacağı değer tespit komisyonlarının tam bir bağımsızlıkla görev yapabildiği oldukça güçtür. Değer tespit yöntemleri ve değer tespit komisyonlarının oluşum biçimi ile görev ve yetkilerinin yasama organınca belirlenmesi gerekir.

\* 4046 sayılı yasanın 18/C bendinde ihale usullerinin tamamı sayılmış, ÖİB'ye bunlardan birini ya da birkaçını uygulama olanağı verilmiş, ihale işlemlerinin de idare başkanının onayı ve beş üyeden oluşacak ihale komisyonları tarafından yürütülmesi öngörülmüştür. İhale usulleri, kamu idaresinin satacağı mal ya da gördüreceği işlerde rekabet koşulları içinde en uygun teklifin oluşmasını gerçekleştirecek yöntemlerdir. Bu nedenle, yalnız yöntem türlerinin belirlenmesi değil, duruma göre, hangilerinin uygulanacağına açıkça saptanması ve ihale komisyonlarının hiçbir etki altında kalmadan çalışabilecekleri ortamın sağlanması gerekir.

Yüksek mahkeme, 4046 sayılı yasa-

nın 18/B-C bentlerini, daha sonradan Kayseri İdare Mahkemesi'nin itiraz yoluyla yaptığı başvuru üzerine, 1997/45 sayılı kararıyla iptal etmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin tamamını inceleme olanağı bulamadığı 4046 sayılı yasanın 1. maddesinde, yalnızca kamu iktisadi kuruluşu (KİK) statüsündeki KİT'lerin, yalnızca mülkiyet devri yoluyla özelleştirilmelerinde ayrı yasa çıkarılması öngörülmüştür. İktisadi devlet teşekkülü (İDT) statüsündeki KİT'ler ile KİK statüsündeki KİT'lerin mülkiyet devri dışındaki yollarla özelleştirilmesi 4046 sayılı yasaya göre yapılabilecektir. Bu durumun, yüksek mahkemenin yukarıda ortaya konan gerekçeli kararları karşısında Anayasa'ya aykırılık oluşturduğu ortadadır. Anayasa Mahkemesi, her bir KİT'in özelleştirmesi için ayrı bir yasa çıkarılması, bu yasada o KİT'in hangi koşullarda özelleştirileceğine, hangi değer tespiti ve ihale yöntemlerinin uygulanacağına, değer tespit ve ihale komisyonlarının oluşumuna karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir. (Eroğul, 1994, 5-8)

### 3. YABANCILARA SATIŞ VE ULUSAL BAĞIMSIZLIK

Anayasa Mahkemesi'nin üzerinde önemle durduğu bir başka konu KİT'lerin yabancılara satılmasıdır. 3987 sayılı yetki yasası hakkındaki kararında, "devletin geleceği üzerinde doğrudan etkisi olan yaşamsal önemdeki konularda yabancılara ağırlığını önleyici kuralların getirilmesini bağımsızlığın korunması yönünden zorunlu" gören yüksek mahkeme, iptal gerekçeleri arasında, "yasanın herhangi bir sınır getirme-

yerek KİT'lerin yabancılara satılmasına olanak sağlanmasını" da göstermiştir. Gerekçeli kararda yabancılara satış konusunda şu ilkelere yer verilmiştir:

\* Yabancılara kimi sınırlamalar getirilmesini, devleti korumak, devletin sürekliliğini sağlamak gibi düşüncelerde aramak gerekir.

\* Kalkınmayı hızlandırmak için dış borçlanma, yabancı sermaye ve yabancı ortaklıklardan yararlanmak gerekir. Ancak, özelleştirme yoluyla yabancılara satılacak pay Fransa'da yüzde 20, Belçika'da yüzde 20-25, İngiltere'de de yüzde 10'la sınırlanmıştır. Türk ulusunun çıkarlarının, bağımsızlığının ve güvenliğinin gözetilmesi bakımından, uygulamalar "karşılıklılık ilkesi" gözetilerek yapılmalıdır. Telekomünikasyon, elektrik gibi ülke güvenliğini yakından ilgilendiren, stratejik önemi olan alanlara yabancılara egemen olması, güvenlik, bağımsızlık ve ekonomik yönlerden çok sakıncalı olabilir.

\* Halka ya da çalışana satılsa bile, yasada önlem getirilmedikçe payların hızla el değiştirerek yerli ve yabancı sermaye gruplarının eline geçme olasılığı yüksektir. Düzenlemelerin bu tür durumları önleyecek biçimde yapılması gerekir. Önlem alınmaması sonucunda bu durumun ortaya çıkması halinde, devletlerarası çetin sorunlara yol açacağından, devletleştirme yapmak oldukça zordur.

\* Türkiye'de KİT'lerin taşınmaz varlıkları çok değerlidir. Anayasa Mahkemesi'nin kapatmış bulunduğu yabancılar taşınmaz mal satışı yolunun, KİT'lerin özelleştirilmesi yoluyla açılması, Anayasa Mahkemesi kararlarını etkisiz kılma anlamına gelir. Anayasa Mahkemesi, TEK'in özelleştirilmesini öngören 3974 sayılı yasa iptal ederken de, yabancılar satışta bir sınırlama getirilmediğine dikkat çekmiştir. Elektrik gibi stratejik bir sektörün yabancıların eline geçmesinin ülke savunması, güvenliği ve bağımsızlığı yönünden sakıncalı olduğu vurgulanan gerekçeli kararda, ülkemizdeki sermaye birikiminin düzeyi itibarıyla, TEK'in yabancıların eline geçmesi olasılığının yüksekliğine dikkat çekilmiştir.

Gelişmiş ülkelerde yabancılar satışın yüzde 10-25 arasında bir sınırlamaya tabi tutulduğunu belirten Anayasa Mahkemesi, Türk Telekomünikasyon AŞ'nin yüzde 49'unun özelleştirilmesini öngören 4000 ve 4107 sayılı yasalarla ilgili incelemelerinde ise, yüzde 51 hissenin devlette kalmasını yeterli görmüştür.

4046 sayılı yasada ise, yabancılar satış konusunda "karşılıklılık ilkesi" dışında herhangi bir sınırlama getirilmezken, yabancı sermaye karşısındaki korunakların kaldırıldığı görülmektedir. (Eroğul, 1994, 8)

#### 4. TEKELLEŞMENİN ÖNLENMESİ VE TÜKETİCİLERİN KORUNMASI

Anayasa Mahkemesi, tekelleşmenin önlenmesi ve tüketicilerin ko-

runması konusuna da ilk olarak 3987 sayılı yasa hakkındaki iptal kararında değinmiştir. Anayasa'nın 167. maddesinin devlete piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme, 172. maddesinin de devlete tüketicileri koruyucu önlemleri alma görevi verdiği dikkat çeken yüksek mahkeme şu ilkeleri belirlemiştir:

\* 172. Maddede devlete verilen tüketiciyi koruma görevi ancak tekelleşme ve kartelleşmelerin önlenerek özgür rekabet koşullarının sağlanması ile güvenceye alınabilir. 167. madde gerekçesinde, tekelleşmenin tüketim sektörü yanında hizmet sektörü yönünden de gerekli olduğu belirtilmiştir.

\* Piyasa ekonomisinin etkinliği, tam rekabet koşullarının varlığına bağlıdır. Bu nedenle, özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemeye, tüketicileri korumaya yönelik kuralın bulunması zorunludur.

\* Özelleştirilecek kuruluş tekel durumunda ise, kamu tekelinin yerini özel tekelin alması kaçınılmazdır. Kamu tekelinde, mal ya da hizmet üretimine devletin doğrudan karışması olanağı varken, özel tekel durumunda bu olanak söz konusu olmayacak; mal ve hizmet fiyatları kamu tekelinde olduğundan daha yüksekte belirleneceği gibi, kalite de olumsuz etkilenecektir.

\* Elektrik, su, telekomünikasyon gibi tekel niteliğindeki temel kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi, bir başka anlatımla kamu görevlerinin

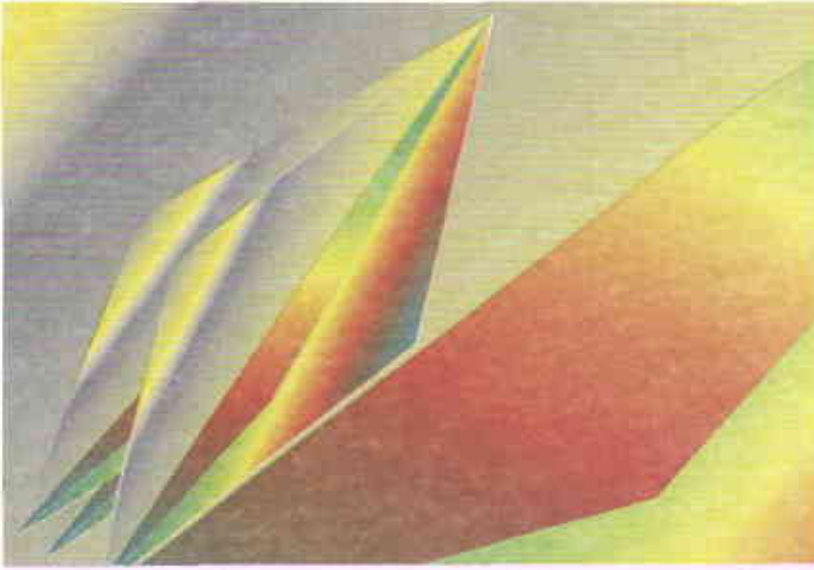
özel tekelere devri durumunda, gerçek ve tüzel kişilerin uyacağı koşullar ve devletçe yapılacak gözetim ve denetimin ilke ve yöntemleriyle uygulanacak yaptırımların gösterilmesi zorunludur.

Anayasa Mahkemesi, TEK'in özelleştirilmesine yönelik 3974 sayılı yasada da tekelleşme ve kartelleşmenin önlenmesi ile tüketicilerin korunması konusuna değinmiştir. Temel bir kamu hizmeti üreten, doğal tekel niteliği taşıyan ve stratejik yönden önemli olan TEK'in özelleştirilmesinde tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önleyici önlemlerin alınması gerekliliğine dikkat çeken yüksek mahkeme, 3974 sayılı yasanın iptal gerekçeleri arasında, bu konuda hiçbir önleme yer verilmemesini de saymıştır.

Yüksek mahkeme, Türk Telekomünikasyon AŞ'nin yüzde 49'unun özelleştirilmesini öngören 4000 ve 4107 sayılı yasalar hakkındaki incelemelerinde ise, şirket hisselerinin yüzde 51'inin devlette kalması nedeniyle, Anayasa'nın 167. ve 172. maddeleri bakımından aykırılık bulmamıştır.

#### 5. DOĞAL SERVETLERİN ÖZELLEŞTİRİLMESİ SORUNU

3987 sayılı yasa hakkındaki iptal kararının gerekçesinde doğal kaynakların özelleştirilmesi sorununa da yer verilmiştir. Yasayı, doğal servetler ve kaynaklarla ilgili KİT'lerin satışına ve bunların işletme hakkının süresiz devredilmesine olanak verdiğinden Anayasa'nın 168. maddesine aykırı bulan Anayasa Mahke-



mesi, 168. maddeyi şöyle yorumlamıştır:

\* Anayasa'da doğal servetlerin ve kaynakların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu belirtilerek, bunların mülkiyetinin gerçek ya da tüzel kişilere devri yasaklandığı gibi, bunları arama ve işletme hakkına da sahip olan devletin bu hakkını ancak belirli bir süre için gerçek veya tüzel kişilere yasanın açık oluru ile devredilebileceği öngörülmektedir.

\* Doğal servet ve kaynakları yerinde kullanarak kamu hizmeti üreten KİT'lerin özelleştirilmesinde Anayasa'nın 168. maddesinde öngörülen ilkelerin gözönünde bulundurulması zorunludur. Bunların özelleştirilmesinde, yararlandıkları doğal servet ve kaynakların mülkiyetinin devri olanaksızdır. Bunların özelleştirilmesi ancak belirli sürelerle işletme hakkı devri verilmesiyle olanaklıdır.

Yüksek mahkeme, 3974 sayılı yasa hakkındaki kararında, TEK'in doğal zenginlik ve kaynaklardan yararlanarak elektrik üreten birimlerinin

satışında, bunların yararlandığı doğal kaynakların işletme hakkının süresiz devrine olanak verilmesini de iptal gerekçesi saymıştır.

## 6. DENETİM SORUNU

Özelleştirme çalışmalarının en başından bu yana hükümetler sürekli olarak denetimden kaçma çabası içinde olmuşlardır. Getirilen düzenlemelerde, TBMM, Sayıştay ve Danıştay denetimlerinden kaçılarak, yalnızca yürütmenin kendi iç denetimi anlamına gelen Yüksek Denetleme Kurulu denetimiyle sınırlı bir düzen getirilmek istenmiştir. (Eroğul, 1994, 10)

3987 sayılı yetki yasasıyla getirilmek istenen düzenlemeye göre, ÖİB ve Özelleştirme Fonu'nun yalnızca Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu tarafından denetlenmesi öngörülmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu yasa ile ilgili kararında, ÖİB'nin Sayıştay'ca denetlenmesi gerekliliği nedeniyle Anayasa'nın 160. maddesine aykırılık, Özelleştirme Fonu'nun TBMM tarafından denetlenmesi gerekliliği nedeniyle de Anayasa'nın 165. maddesine aykırılık belirlemiştir.

TEK'in özelleştirilmesini öngören 3974 sayılı yasa da, Danıştay'ın Anayasa'nın 155. maddesi gereğince yaptığı denetimden kaçma amacıyla, enerji alanında yapılacak özelleştirmelerle ilgili sözleşmelerin "özel hukuka tabi olup imtiyaz teşkil etmeyeceği" hükmü getirilmek istenmiştir. Yasanın bu hükmünü iptal eden Anayasa Mahkemesi, şu gerekçeleri ortaya koymuştur:

\* Bir sözleşmenin "idari sözleşme" sayılabilmesi için, (1) sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi olması, (2) sözleşmenin kamu hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili bulunması, (3) yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması koşullarının varlığı geçerlidir.

\* Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü, bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinimlerinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir.

\* Öğretide, bir hizmetin "kamu hizmeti" kapsamında olup olmadığını belirlemenin tek geçerli ölçütünün onu kuranların (yasama organı) iradesi olduğu ileri sürülmektedir. Kuşkusuz, yasama organı, Anayasa kurallarına uygun olmak koşuluyla, kamusal gereksinimlerin gerekli olduğu durumlarda herhangi bir alanı yasal statü içine alarak "kamu hizmeti" kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Bir hizmetin, kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken "hizmetin niteliğine" bakmak gerekir. Yasanın ek 5. mad-

desi kapsamında bulunan ve "özel hukuk" hükümlerine bağlı olduğu belirtilen sözleşmelerin "idari sözleşme" olduğu kuşkusuzdur. Niteliği gereği "idari" olan sözleşmelerin yasa kuralıyla "özel hukuk" hükümlerine bağlı tutulması olanaksızdır.

\* Kamu hizmetlerinin, sermaye, kar, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak, idarenin gözetim ve denetimi altında, genellikle çok uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesine "imtiyaz" denir. İmtiyaz sözleşmesinde, kamu hizmetinin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için, idare denetim ve gözetim yetkisine sahiptir. Bu açıklamalar karşısında, 3096 sayılı yasa ile düzenlenen yap-işlet-devret (YİD) yönteminin kamu hizmeti imtiyazından, 3987 sayılı yasaya göre yapılan görevlendirme ve işletme hakkı devri sözleşmelerinin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığı görülür.

Anayasa Mahkemesi, YİD sözleşmelerinin "özel hukuka tabi olup imtiyaz oluşturmayacağını" belirten 8.6.1994 tarih ve 3996 sayılı YİD Yasası'nı da aynı gerekçelerle iptal etmiştir.

Yüksek mahkeme, Türk Telekomünikasyon AŞ'nin yüzde 49'unun özelleştirilmesini öngören 4000 ve 4107 sayılı yasalarla ilgili incelemesinde ise, şirketin yüzde 51 hissesinin devlette kalmasının KİT statüsünün ve KİT'lerin bağlı bulunduğu denetim sisteminin devamı anlamına geldiğini belirterek, iptal istemi-

ni reddetmiştir.

Denetimden kaçma çabası kendini 4046 sayılı Özelleştirme Yasası'nın çeşitli maddelerinde de göstermektedir. (Eroğul, 1994, 10-13)

## SONUÇ

1982 Anayasası, kimi sınırlamalar getirmiş olmakla beraber, özelleştirmeyi yasaklamamaktadır. Hatta, Anayasa'daki sınırlamalara ve kurallara uymak koşuluyla bütün KİT'leri özelleştirmek olanaklıdır. Buna rağmen, özelleştirmenin büyük bir hukuksal kargaşaya ve tartışmalara yol açması, özelleştirme konusunda Anayasa'daki kurallara ve sınırlamalara uymak istenmeme-



sinden kaynaklanmaktadır.

Bugüne kadar çıkarılan yasalar ve bunlardan bazıları hakkında Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararları göstermektedir ki; iddia edildiği gibi özelleştirmeye rekabetçi, şeffaf, etken vb. bir ekonomik düzen kurulması öngörülmemektedir. Aksine, özelleştirme konusunda sınırsız yetkiler kullanılarak ve denetime uğranmadan, milyarlarca dolarlık dev KİT'lerin dilendiği gibi özelleştirilmesi amaçlanmaktadır. Anayasa

Mahkemesi kararlarında üzerinde ısrarla durulan, "gerçek değere ulaştırılması", "keyfilige yol açılmaması", "denetim mekanizmalarının açık tutulması" gibi kritik öneme sahip konularda yargı ile "zıtlasma"ya gidilmesinin anlamı budur. Nitekim, son yıllarda ortaya çıkan en önemli hukuksuzluk ve yolsuzluk iddiaları özelleştirme alanında yaşanmıştır.

## KAYNAKLAR

1. DURAN, Lütfi (1986), "Anayasa Mahkemesi'ne Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni 1-2", Amme İdaresi Dergisi, Cilt:19, Sayı:1-2
  2. DURAN, Lütfi (1994), "Askeri Yönetiminin Gölgesinde TEK'in Özelleştirilmesi", Cumhuriyet, 9.4.1994, Sayfa:7
  3. EROĞUL, Cem (1994), "Son Özelleştirme Yasa Tasarısı ve Anayasa", Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Sayı:173
  4. ÖZDEN, Yekta Güngör - SOYSAL, Mümtaz (1998), Hukuk ve Enerji (Sempozyum), EMO yayını, Ankara
  5. SERİM, Bülent (1996), Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özelleştirme, İzgi Yayınları, Ankara
  6. TAN, Turgut (1990), "Anayasal Ekonomik Düzen", Anayasa Yargısı, Cilt: 7
- ### ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI
1. 2983 sayılı yasa hakkında AYMK, K:1985/4, RG: T:26.6.1985, S:18793
  2. 509 sayılı KHK hakkında AYMK, K:1993/40, RG: T:11.5.1994, S:21931
  3. 3987 sayılı yasa hakkında AYMK, K:1994/45-2, RG: T:10.9.1994, S:22047
  4. 3974 sayılı yasa hakkında AYMK, K:1994/42-2, RG: T:24.1.1995, S:22181
  5. 4000 sayılı yasa hakkında AYMK, K:1994/65, RG: T:28.1.1995, S:22185
  6. 3996 sayılı yasa hakkında AYMK, K:1995/2, RG: T:20.3.1996, S:22586
  7. 4107 sayılı yasa hakkında AYMK, K:1996/7, RG: T:24.5.1996, S:22645
  8. 4046 sayılı yasanın 15. maddesi hakkında AYMK, K:1997/7, RG: T:28.10.1997, S:23154
  9. 4046 sayılı yasanın 18/B-C maddesi hakkında AYMK, K:1997/45, RG: T:8.8.1997, S:23074