

T.C.
DİCLE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU BÖLÜMÜ

54563

TÜRKİYE'DE KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİNİN ÖZELLEŞTİRİLMESİ
VE
İPTAL DAVASI BAKIMINDAN YARGI DENETİMİNE TABİ OLMASI

T.C. YÜKSEK İHTİSAP
DOKÜMANIYAS

YÜKSEK LİSANS TEZİ

54563

Tez Danışmanı : Doç.Dr.İbrahim Ö.Kaboğlu

Muhlis Öğütçü

T. C.
DİCLE ÜNİVERSİTESİ
KÜTÜPHANESİ
Demirbaş No. / 1997/19-2
Tasnif No.

DIYARBAKIR - 1991

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
İÇİNDEKİLER	
KISALTMALAR	V
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZELLEŞTİRME GENEL KAVRAMI

I. KAVRAM VE TANIM	3
A. Kavram	3
B. Tanım	5
1- Dar Anlamda Özelleştirme	6
2- Geniş Anlamda Özelleştirme	7
II. ÖZELLEŞTİRMENİN AMAÇLARI	9
A. Ekonomik Amaçlar	9
B. Mali Amaçlar	9
C. Toplumsal Amaçlar	10
D. İdeolojik ve Siyasal Amaçlar	11
III. ÖZELLEŞTİRME KONUSU OLARAK KAMU TEŞEBBÜSLERİ	12
A. Kamu Teşebbüslerinin Tanımı	12

1- Sermaye Kriteri Bakımından Kamu Teşebbüsü	14
2- Kuruluş Statüsü Bakımından Kamu Teşebbüsü	17
B. Kamu Teşebbüslerinde Tüzelkişiliğin Niteliği	18
C. Kamu Teşebbüslerinin İdari Teşkilat İçindeki Yeri	20
D. Kamu Teşebbüslerinde Malvarlığı Rejimi	22
IV. ÖZELLEŞTİRMENİN DEVLETLEŞTİRME İLE KARŞILAŞTIRILMASI	26
A. Millileştirmenin (Devletleştirmenin Tanımı)	28
B. Özelleştirmenin Devletleştirme İle Karşılaştırılması	29

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCI ÜLKELERDE ÖZELLEŞTİRME

I. GENEL OLARAK YABANCI ÜLKELERDE ÖZELLEŞTİRME UYGULAMASI, YÖNTEMLERİ, SONUÇLARI	32
II. FRANSA'DA ÖZELLEŞTİRMENİN HUKUKİ ÇERÇEVESİ	46
A. Anayasa Konseyine Göre Özelleştirmenin Hukuki Şartları	56
1- Özelleştirilecek Teşebbüs Milli Bir Kamu Hizmeti Olmamalıdır.	56
2- Özelleştirilecek Teşebbüs Fiili Bir Tekel Olmamalıdır.	57

3- Mülkiyet Devri Esnasında Devlete Tam ve Hakkaniyete Uygun Adil Bir Tazminat Öden- melidir.	58
B. Devir Fiyatının Belirlenmesi	61
C. Milli Menfaatların Korunmasına Yönelik Hükümler	63

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRKİYE'DE ÖZELLEŞTİRME

VE

YARGISAL DENETİM

I. 24 OCAK 1980 ÖNCESİ DÖNEM	66
A. 1923-1950 Arası	66
B. 1950-1980 Arası	70
II. 24 OCAK 1980 SONRASI DÖNEM	72
A. Anavatan Partisi İktidarına Kadar	72
B. Anavatan Partisi İktidarı Dönemi	74
1- Özelleştirilmeye İlişkin Mevzuatın Genel Olarak Değer- lendirilmesi	97
2- Özelleştirme Mevzuatının Uygulan- ması	107
3- Özelleştirme Sürecinin İdari Yargı Önüne Getirilmesi	114
a- USAŞ ile ÇİTOSAN'a bağlı Bazı bağlı ortaklıkların özelleştirilmesi süreci ve iptal davası	116

b- Yüksek Planlama Kurulunun 90-2
sayılı kararı ve değerlendirilmesi 135

SONUÇ 147

BİBLİYOGRAFYA 149



KISALTMALAR

AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AJDA	: Actualité Juridique Droit Administratif
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
C.E.	: Conseil d'Etat
D.D.	: Danıştay Dergisi
dn	: Dipnot
Dnş	: Danıştay
éd	: Edition
E	: Esas
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KOI	: Kamu Ortaklığı İdaresi
m	: Madde
mük	: mükerrer
p	: page
RDP	: Revue de Droit Public
s	: sayfa
S	: Sayı
T	: Tome
Y	: Yıl
YPK	: Yüksek Planlama Kurulu

GİRİŞ

Özelleştirme, iç ve dış dinamiklerin etkisiyle ülkemizde de güncellik kazanarak toplumun çeşitli kesimlerinde tartışılan bir kavram olarak karşımıza çıkmıştır. Sosyal bilimlerin farklı dallarını kendi açılarından yakından ilgilendiren bu konuda, soyut ve günlük tartışmaların ötesinde, somut noktalar behirleyip incelemeyip yapmaya çalışmak, herhalde daha faydalı olacaktır.

Ekonomi ile hukukun bir ekonomik kamu hukuku bünyesinde çakışması dolayısıyla hukuk düzleminden ekonomiye doğru yönelişler neredeyse kazınılmaz hale gelmektedir. Aynı şekilde ekonomiden hukuk alanına geçişler de seyrek değildir.

Bu çalışmada önce, özelleştirme kavramı genel olarak ele alınacak; amaçları, esas itibariyle kamu teşebbüsleri ile sınırlı olan konusu, ters işlem devletleştirme ile karşılaştırması incelendikten sonra, ikinci bölümde bazı yabancı ülkelerde ve bu arada özellikle Fransa'daki özelleştirme uygulamaları, yargı kararları ve doktrindeki görüşler ile zenginleşmiş hukuki cephesi, bazen ayrıntıya da inilerek açıklanacaktır.

Ülkemizdeki özelleştirme uygulamasının ekonomi

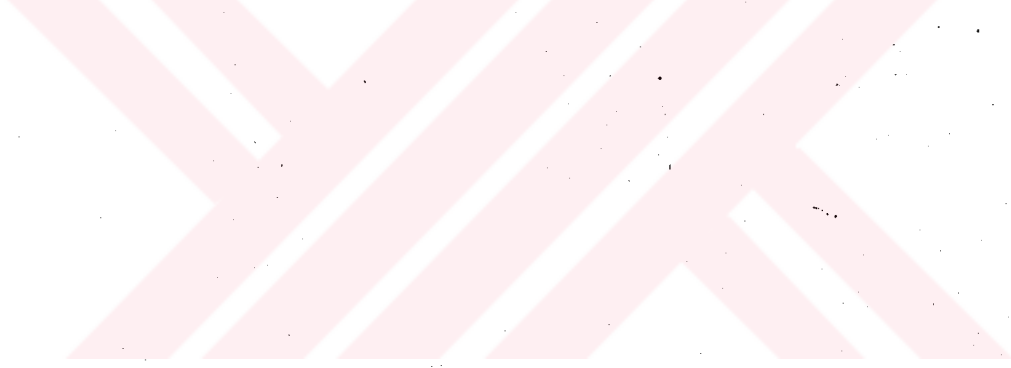
bakımından kendilerine değer atfedilmiş tarihler göz önüne alınarak yasal metinleriyle birlikte gündeme getirildiği üçüncü bölümde özelleştirme işleminin yargısal denetimi örnek olay ve davalar da dikkate alınarak incelenecektir.

Çalışmamızda, özelleştirmenin hukuki boyutunu salt dar ve soyut bir çerçevede ele almak istemediğimizden, ekonomik kavram ve olgularla ilgili açıklamalara hayli sıkça yer verilmiştir.

Nihayet, özelleştirmenin yargısal aşaması dahil henüz devam eden bir süreç olduğu göz önüne alındığında, yetersiz, hatta yanlış tesbitlere ulaşmanın da ihtimal dışında olmadığını belirtmek isteriz.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZELLEŞTİRME GENEL KAVRAMI



ÖZELLEŞTİRME GENEL KAVRAMI

I- KAVRAM ve TANIM

Latince notio'den türeyen bazı batı dillerindeki notion, Türkçede ise kavram, ya da eski dildeki kullanımıyla mefhum sözcüğü; bir konu ya da nesneden, sözden çıkan bilgi, fikir anlamına gelmektedir (1). Bu ifadeden hareket ederek özelleştirme kavramının özelleştirmenin tanımını da içerdiği; bir başka deyişle tanımın kavram içinde, kavramın anlamının belirlenmesini sağlayan unsur olduğu ileri sürülebilir.

A- Kavram

Farklı siyasal sisteme ve ekonomik kalkınma düzeylerine sahip ülkelerde, devletin ekonomi sahnesinde hayli geniş bir müdahale imkanına sahip bir aktör olması gerektiği yolundaki hakim düşünceler (2), son yıllarda değişmeye yüz tutmuş, devletin kamu işletmeciliğinden vazgeçerek geri çekilmesi fikri "daha az devlet sloganı" yaygınlaşmıştır (3).

(1) Petit Larousse, Paris 1972, s.825.

(2) George, Kanawaty/Alan Gladstone/Joseph Prokopenko/Gerry Rodgers, "L'ajustement au niveau micro-économique" Revue Internationale du Travail, Vol.128, no.3, 1989, s.318.

(3) George Kanawaty ve di. a.g.m., s.319.

Kamu işletmeciliğinde karar alma sürecindeki tıkanıklık ve ağırlık, rekabeti ve üretkenliği dikkate almayan hiyerarşi ilişkileri, gerçekçi olmayan istihdam kurallarını gerekçe gösteren bu akıma karşın, özellikle kıt kaynaklara sahip kalkınmakta olan ülkelerde devletin işletmeci olarak kalmasının, giderek daha rekabetçi hale gelen dünya piyasalarından pay alması için gerekli olduğu ileri sürülebilir. Kaldı ki, devletin ekonomiden çekilmesiyle toplumun bütünü için kaynakların daha etkin dağılacağı da şüphelidir. Üstelik, söz konusu ülkelerde özelleştirme prosedürünün sermaye piyasasının yetersizliği, yerli alıcıların azlığı, menfaat ve baskı gruplarının direnci gibi yapısal güçlüklerle karşılaşması mümkündür (4).

Özelleştirmeden farklı bir içerik ve anlamda devletin ekonomik müdahale fonksiyonunu özel kişi ve kuruluşları yardımcı olarak kullanarak uzlaşmaçı yöntemlere başvurmak suretiyle yerine getirmesi (5) ya da kamu ekonomik teşebbüslerinin yönetim biçim ve usullerine ilişkin olarak "sahipleri" ile bağıntılı olmaksızın, "işleyiş biçimine bağlı bir yöntem"

(4) George Kanawaty ve di., a.g.m., s.319.

(5) André de Laubadère/Pierre Delvolvé, Droit public économique, 4.éd., Paris 1983, s.80.

düzeğinde söz edildiği de görölmektedir (6).

Özelleştirme kavramına, ilk tahlilde belli açılarda yaklaştıktan sonra tanımına geçebiliriz.

B- Tanım

Özelleştirmenin herkesin üzerinde birleştiği tek ve evrensel bir tanımı olmamakla birlikte (7), kapsamının geniş ya da dar olmasına göre bir ayırımı tabi tutulduğu ve bu yönden tanımlandığı görölmektedir. Ancak, geniş ya da dar anlama göre özelleştirmeyi tanımlamadan önce çok genel olarak, önceden devlete ait olanların özel teşebbüs alanına geçirilmesi(8), kamu ekonomik teşebbüslerinin mülkiyet ve yönetiminin özel kişi ya da kuruluşlara devredilmesi (9), kamu mülkiyetindeki ekonomik teşebbüslerin özel sermayeye satılması (10),

-
- (6) İl Han Özay, "Kamu İktisadî Teşebbüslerinin Dramı", İHİD, Yıl 5, S.1-3, Aralık 1984, s.102; Özay, "İdare Hukuku Yönünden KİT'leri Özelleştirme Çalışmaları", ORHİM Seminerleri Serisi Görüşler 1986, s.182. Yazara göre Kamu teşebbüslerinin mülkiyet değişikliği anlamındaki özelleştirilmesi ekonomi bilimi alanına girmektedir. Özay, özelleştirmeyi "özel hukuk, tüzel kişisi olan şirketlere, dönüştürme" biçiminde de tanımlamaktadır. Bkz. Özay, Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma, İstanbul 1986, s.57, dn.82.
- (7) M.Hulki Cevizoğlu, Türkiye'nin Gündemindeki Özelleştirme, İstanbul 1989, s.19.
- (8) Petit Larousse, s.285.
- (9) Ana Britannica Genel Kültür Ansiklopedisi, C.17, s.166, İstanbul 1990, s.324.
- (10) Selahattin Özmen, Türkiye ve Dünya'da KİT'lerin Özelleştirilmesi, İstanbul 1987, s.7.

"Kamuya ait malvarlığının ya da para ile ölçülebilen kamu kaynaklarının özel mülkiyete aktarılması" (11) gibi tanımlarla konuya ısınmakta fayda vardır.

1- Dar anlamda özelleştirme

Dar anlamdaki özelleştirme dar bir kapsamda olup, bununla kamu ekonomik teşebbüslerinin mülkiyetinin devri, satılması (12) anlaşılır. Kamu oyunda yaygın olarak bilinen özelleştirme, dar anlamdaki özelleştirmedir. Hatta daha ileri giderek, gerçek anlamda özelleştirmenin sadece dar kapsama münhasır olduğu ileri sürülmektedir. Dar anlamdaki özelleştirme, mülkiyetin devri ile birlikte yönetimin devrini de gündemine almayı başarır (13). Gerçekten, bir kamu teşebbüsünün sermayesinin en az yarısından fazlasının devri ile, karar ve müzakere ile, yönetim ve denetim organlarında çoğunluk özel kişilere geçmektedir. Artık komuta özel ellere geçmiştir.

(11) Yakup Kepenek, Türkiye'de Kamu İktisadi Teşebbüsleri (KİT), İstanbul 1989, s.145.

(12) Coşkun Can Aktan, Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme, İzmir 1987, s.82; Cevizoğlu, a.g.e., s.20.

(13) Mülkiyetin tamamının veya çoğunluk payının devri "doğal olarak" yönetimin de özelleştirilmesi anlamına gelir. Zaten kamu teşebbüslerini devletin müdahale, kontrol alanı dışına çıkarmak da bu şekilde mümkün olur. Bkz. TÜSİAD, Özelleştirme KİT'lerin Halka Satışında Başarı Koşulları, İstanbul 1986, s.13.

Teşebbüs kendi üretim, yatırım, finansman projelerini düzenler ve ekonomik faaliyetine başlarken, önceden olduğu gibi kamu hedeflerini doğrudan gerçekleştirme aracı olmayacağını (14), kalkınma planı yıllık program ile bağlı olmaksızın, bunlara sadece teşvik edilmek, özendirilmek suretiyle kendi iradesiyle uyacağını bilmektedir. Bir ölçüde de felsefik bir içeriğe sahip olduğu ileri sürülecek hür teşebbüsün "hürlüğü" buradan kaynaklanmaktadır.

Mülkiyet ile yönetimin devrinde sermayenin yarısından fazla fazlası dehilmeyle % 51 rakamının yeterli olduğu savunulagelmıştır (15). İlk bakışta, mütematiksel bir yüzde sorunu olarak gözükecek % 50.01'in devrinin yeterliliği, aslında bir teşebbüsün hukukî rejimini belirlemek bakımından son derece önemlidir. Gerçekten, devletin sermaye payının % 49,9'a düşmesine yol açacak % 50.1 lik devir, mülkiyet ve dolayısıyla yönetimin de özel kesime geçmesi bakımından yeterli sayılmalıdır.

2- Geniş Anlamda Özelleştirme

Bu kapsamdaki özelleştirme "şemsiye kavram" olarak ele alındığından (16), sadece kamu teşebbüslerinin satılmasını

(14) Özellikle tekel konumundaki kamu teşebbüsleri "Instrument clé de l'Etat" biçiminde nitelendirilmiştir. Bkz.

George Kanawaty ve di., a.g.m., s.319.

(15) Aktan, a.g.e., s.82. ; Cevizoğlu, a.g.e., s.20.

(16) TÜSİAD, a.g.e., s.14.

içermeyip, satış yanında mülkiyet devrini gerektirmeyen kamu teşebbüslerinin kiralanması, yönetimin devri (işletme sözleşmesi), tekellerin kaldırılması, özel kesimle ortak girişimler, kurumsal serbestleşme gibi çeşitli kavram ve uygulamaları kendisinde toplar (17). Bu unsurlardan bir senteze ulaşarak geniş anlamdaki özelleştirmeyi tanımlama uğraşındaki Aktan'a göre "Özelleştirme ; iktisadi, mali, sosyal ve siyasal nedenlerle milli ekonomi içerisinde kamu kesimi iktisadi faaliyetlerinin sınırlandırılması veya tamamen ortadan kaldırılmasına yönelik yapılan uygulamalar bütünüdür" (18).

(17) Aktan, a.g.e., s.82. Cevizoğlu, a.g.e., s.21.

(18) Aktan. a.g.e., s.82.

II- ÖZELLEŞTİRMENİN AMAÇLARI

Özelleştirmenin amaçları dört başlıkta ele alınabilir (19).

A- Ekonomik Amaçlar

Özelleştirme ile devletin ekonomiye olan müdahalesinin asgariye indirilmesi sonucunda serbest piyasa ekonomisinin geliştirilmesi, sermaye piyasasının güçlendirilmesi, kaynak kullanımı ve dağılımına etkinlik kazandırılması ve verimliliğin arttırılması amaçları (20), bu konuda ilk akla gelenlerdir.

B- Mali Amaçlar

Devlete gelir sağlamak olarak beliren bu amaç, devletin mali krize girdiği, dış kredi itibarının düşük olduğu dönemlerde, vergi gibi sevimsiz karşılanabilecek ve teknik eksikliklere sahip araçlar yerine, başvurulacak bir alternatif gelir kaynağı olarak görülmektedir (21).

(19) Aktan, a.g.e., s.93. Kepenek ekonomik, toplumsal ve siyasal amaçlar; Cevizoğlu ise ekonomik, mali, toplumsal ve siyasal amaçlar olarak 3 başlıkta incelemektedirler. Bkz. Kepenek, a.g.e., s.150; Cevizoğlu, a.g.e., s.28.

(20) Aktan, a.g.e., s.93-95; Cevizoğlu, a.g.e., s.28-29; Kepenek, a.g.e., s.150.

(21) Cevizoğlu, a.g.e., s.32.

C- Toplumsal Amaçlar

Gerek gelişmiş, gerekse gelişmekte olan toplumdaki gelir dağılımı dengesizliklerine bir çare, ilaç olarak öngörülen sermayenin tabana yayılması, halk hissedarlığının geliştirilmesi amacı ile, kârlı ve yüksek gelir getiren kamu teşebbüslerine, bazı özendirici önlemlerle öncelikli gelir gruplarının; çalışanların, küçük tasarruf sahiplerinin, o işletmenin kurulu olduğu yöre halkının, hisse senedi satışı yoluyla ortak edilmek üzere, bir nev'i gelir transferinde bulunulacağı kaydedilmektedir (22).

Kepenek, mülkiyeti geniş kitlelere yaygınlaştırmak olarak da isimlendirilecek bu amacın daha çok gelişmiş ülkelerde uygulama olanağı bulabileceği düşüncesindedir (23).

(22) Aktan, a.g.e., s.100-101: Cevizoğlu, a.g.e., s.32.

Halk Kapitalizmini gerçekleştirme yönündeki toplumsal özelleştirme Almanya'da başarı ile uygulanmıştır. Volkswagen Limited Şirketinin Özelleştirilmesi Hakkında 21.6.1960 tarihli kanun örnek bir model olarak gösterilmektedir. Bkz. Cevizoğlu, a.g.e., s.33. Bu arada özellikle kamu teşebbüsü çalışanlarına yapılacak hisse senedi satışı, teşebbüs bünyesinde, mülkiyet ve emek faktörlerinin uyum içinde çalışması için gerekli ortamı sağlayabilecektir. Bkz. TÜSİAD, a.g.e., s.16.

(23) Kepenek, a.g.e., s.151.

D- İdeolojik ve Siyasal Amaçlar

Devletin ekonomi alanına yaptığı her müdahaleyi aslında birey özgürlüklerinin sınırlandırılması olduğu düşüncesindeki liberal siyasal felsefe kötü bir girişimci olarak gördüğü devletin özel sektörle rekabet etmemesini, rekabet ettiği alanlardan geri çekilmesini istemektedir (24). Kepenek, siyasal-ideolojik amacın aslında diğer özelleştirme amaçlarının da esasını oluşturduğu; diğerlerinin bu sonuncu amacın "bir tür süslemesi" olduğu görüşündedir (25).

(24) Aktan, a.g.e., s.101-102; Cevizoğlu, a.g.e., s.33.

(25) Kepenek, a.g.e., s.150-151. Aslında devletleştirmede olduğu gibi, özelleştirmede de ideolojik amaçları inkar etmek boşunadır. Zaten özelleştirme ile tek bir amaç güdülmez. Ancak, fazla çelişkiye düşmeyecek bir özelleştirme uygulaması, bu amaçlar arasında bir "hiyerarşi" kurmayı gerektirir. Bkz. Didier Pene, "La Privatisation en France", A.J.D.A., no.5, 1987, s.292-293.

III- ÖZELLEŞTİRME KONUSU OLARAK KAMU TEŞEBBÜSLERİ

Bu çalışmada, özelleştirme işlemine esas itibariyle konu oluşturmak bakımından ele alınan kamu teşebbüsleri, devletin ekonomik yaşamda doğrudan aktif rol almak ihtiyacını hissetmesi üzerine ortaya çıkmışlardır (26). Özel hukuk hükümleri çerçevesinde faaliyette bulunmak üzere kurulan ve devletin adeta bir müteşebbis gibi rol oynadığı kamu teşebbüslerinin kuruluş amaçları, dış görünüş itibarıyla benzedikleri anonim şirketlerinkinden farklıdır. Gerçekten kamu teşebbüsleri, bir özel girişimci gibi salt kâr elde etmek amacıyla değil, bir kamu hizmetini yerine getirmek ve böylece milli ekonomiye toplumun ekonomik ve sosyal bakımdan ilerleme kaydetmesine katkıda bulunmak üzere ekonomik sahnede yer alırlar (27).

A- Kamu Teşebbüslerinin Tanımı

Kamu teşebbüsü en geniş anlamda, kamu sektörü içinde bulunan, tüzel kişiliğe sahip sınai ve ticari faaliyeti

- (26) Sıddık Sami Onar, "İktisadi Devlet Teşekküllerinin Mahiyeti", İktisadi Devlet Teşekkülleri, İstanbul 1968, s.35.
- (27) Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.II, 3.B., İstanbul 1966, s.915-917; Onar, "Türkiye'de İktisadi Devlet Teşekküllerini Doğuran Amiller, Bu Teşekküllerin Hukukî ve İdari Yapılarının ve Şekillerinin Tahlil ve Tenkidî", Muammer Rasit Seviğ'e Armağandan Ayrı Bası, İstanbul 1956, s.14,27.

esas alan bir kuruluş olarak tanımlanabilir. Bu tanımdan, kamu sektörünün kamu teşebbüsünden daha geniş kapsamlı olduğu çıkar (28).

Kamu teşebbüsü, klasik olarak niteleyebileceğimiz bir tanıma ulaşmak üzere, öncelikle teşebbüs deyiminden yola çıkarak tanımlanmak istenmiştir (29). Bir teşebbüs ise sınıai, ticari, hatta rekabetçi bir ortam içinde varlığını sürdürebilir. Bu ortam da genel idare usullerine değil, sınıai ve ticari usullere, özel yönetim tekniklerine (30) ihtiyaç gösterir; sonuçta kamu teşebbüsü bir yandan idari engellemelerden, siyasallaşma riskinden kurtulup idari özerkliğe sahip olmak isterken, öte yandan kamusal niteliği, genellikle kamu yararı doğrultusunda yürüttüğü kamu hizmeti, devlet içinde devletlerin doğumuna yol açacak çok geniş bir bağımsızlığa sahip olacağı endişesi, karşısına devletin belli ölçüde bir denetim ve gözetim hakkını çıkarır (31). İşte, kamu

(28) Laubadère/Delvolvé, a.g.e., s.671.

(29) Sadık Baklacioğlu, Kamu İktisadi Teşebbüsleri, Ankara 1976, s.1.

(30) Onar, a.g.e., s.950. Kamu ekonomik teşebbüslerini diğer kamu idareleri ve kurumlarından ayıran özellik de budur. Bkz. Onar, "Türkiye'de", s.24.

(31) Laubadère/Delvolvé, a.g.e., s.747.

teşebbüsü bu "ikilem" içinde yaşamaya çalışır (32).

Kamu teşebbüsü sermaye kriteri ile kuruluş statüsü bakımından tanımlanabilir.

1- Sermaye Kriteri Bakımından Kamu Teşebbüsü

Devletin hukuki sisteminin temeli olduğu kadar, ekonomik sisteminin de temeli olan Anayasaya (33) bakmak istersek; 1982 Anayasası'nın başlığı kamu iktisadi teşebbüslerinin denetlenmesi olan 165.madde hükmüne rastlarız. Söz konusu maddede, sermayesinin yarısından fazlası doğrudan veya dolaylı olarak devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının denetleme usulünden söz edilmektedir. Kamu kuruluş ve ortaklıklarının kamu teşebbüsünden daha geniş bir kapsamı olmakla birlikte, Anayasal düzlemde bir tanıma kavuştuğumuz söylenebilir. Anayasamızın 165.maddesindeki çok yakın bir tanım Fransız Danıştay'ınca yapılmıştır (34).

Anayasal tanım basamağından aşağı doğru inersek;

(32) Öyle ki, hem kamu sektörü içinde hükümetin yürüttüğü ekonomi politikasının uygulama aracıdır, hem de işletme vasfını korumak durumundadır. Bkz. Mustafa A.Aysan, Türkiye'de Devlet İşletmeciliği, İstanbul 1973, s.115.

(33) Laubadère/Delvolvé, a.g.e., s.94.

(34) Laubadère/Delvolvé, a.g.e., s.663 delaletiyle s.103 dn. 14'de anılan kararlar: C.E. 24.11.1978, Syndicat national du personnel de l'énergie atomique C.F.D.T., aynı tarihli Schwartz kararı.

ilk kez kısaca Murakabe Kanunu olarak adlandırılan 17.6.1938 tarih ve 3460 sayılı kanun (35) ile sermayesinin tamamı devlete ait olan teşebbüslere iktisadi devlet teşekkülü adının verildiğini görürüz.

1961 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinin sonrasında 12.3.1964 tarih ve 440 sayılı İktisadi Devlet Teşekkülleriyle Müesseseleri ve İştirakleri Hakkında Kanun'da (36), sermayenin yarısından fazlasının tek başına veya birlikte Devlete ve iktisadi devlet teşekküllerine ait olması şartına yer verilmiştir.

1982 Anayasası döneminde ise, iktisadi devlet teşekkülleri ve Kamu İktisadi Kuruluşları Hakkında 11.4.1983 tarih ve 60 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (37), bazı hükümleri değiştirilerek 19.10.1983 tarih ve 2929 sayılı kanunla kanunlaşmış (38) ve bu kanunda iktisadi devlet teşekkülü ve kamu iktisadi kuruluşları bakımından sermayenin tamamının

(35) R.G., 4.7.1938, S.3950.

(36) R.G., 21.3.1964, S.11662

(37) R.G., 20.5.1983, S.18052

(38) R.G., 22.10.1983, S.18199

devlete (m.2/1-a ve m.2/1-b): müesseselerde sermayenin tamamının bir iktisadi devlet teşekkülü veya kamu iktisadi kuruluşuna (m.2/1-c); bağlı ortaklıklarda sermayenin % 50'sinden fazlasının iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna ait olması (m.2-1/d): iştiraklerde ise kural olarak iktisadi devlet teşekkülü, kamu iktisadi kuruluşu ya da bağlı ortaklığın söz konusu iştirakin en az % 26, en çok % 50 hissesine sahip olması şartı aranmıştır.

2929 sayılı kanunu yürürlükten kaldıran 8.6.1984 tarih ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile (39) iktisadi devlet teşekkülü, kamu iktisadi kuruluşu, müessese ve bağlı ortaklık bakımından 2929 sayılı kanundaki aynı esaslara yer verilmekle birlikte, iştiraklerde (m-2/6) sahip olunması gereken en az kamu sermayesi şartı % 15'e indirilmiştir.

Sermaye kriteri bakımından yapılan kamu teşebbüsü tanımı, % 50 ile % 50 + 1 örneği verilerek, bir hissenin ki söz konusu teşebbüsü kamu hukuku karakterli yapacağı sorulmuş ve eleştirilmiştir (40). Bu arada kamu payının oranına

(39) R.G., 18.6.1984, S.18435 Mük.

(40) Ergun Önen, Karma İktisadi Teşebbüsler, Ankara 1967, s.107.

göre kamu teşebbüslerine çeşitli hukuki başlıklar giydirilmesinde "yapay bir sınıflandırma" yapıldığı belirtilmiştir (41).

2- Kuruluş Statüsü Bakımından Kamu Teşebbüsü (42) :

Kamu teşebbüsleri kanunla ya da kanunun verdiği yetkiye dayanarak idari işlemle, dolayısıyla her iki halde de bir kamu hukuku işlemiyle kurulurlar (43).

440 sayılı kanun m.3'de teşekküllerin kanunla kurulacağı belirtilmiştir.

2929 sayılı kanun 3.maddesi ile iktisadi devlet teşekküllerininin 51.maddesi ile de kamu iktisadi kuruluşlarının kanunla kurulacağını öngörmüştür.

233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de ise m.2/1'e göre iktisadi devlet teşekkülü ile kamu iktisadi kuruluşunun ortak adı olan teşebbüslerin Bakanlar Kurulu kararı ile kurulması yeterli görülerek, kanunla kurulma kriteri kaldırılmıştır (m.3/1).

(41) Özay, "Kamu.....", s.102.

(42) Baklacioğlu, a.g.e., s.28.

(43) Onar, a.g.e., s.920; Özay, a.g.e., s.56. Bu kamu hukuku işleminin ise, özel kişinin sebep ve maksada bağlı olmayan işlerinden farklı "causale" ve "finaliste" niteliğiyle ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınma amacına yöneldiği ifade edilmiştir. Bkz. Onar, "İktisadi", s.61.

B- Kamu Teşebbüslerinde Tüzel Kişiliğin Niteliği.

Kamu teşebbüslerinin, baştaki kamu sözcüğünün varlığına rağmen, kamu hukuku tüzel kişileri mi, yoksa özel hukuk tüzel kişileri mi oldukları sorusu akla gelebilir.

Onar'a göre bunlar, kuruluşları ile faaliyet konuları ve gayeleri bakımından kamu tüzel kişisi olup, ancak kişilerle olan ticari ilişkilerinde özel hukuk hükümlerine tabidirler (44).

Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında da kamu teşebbüslerini; işletme usullerini bir kenara itmiş, kuruluşları ile faaliyet konu ve amaçlarını göz önüne alarak kamu tüzel kişisi ve kamu kurumu saymış, ancak 3.kişilerle olan ilişkilerine ise özel hukuk hükümlerini uygulamıştır (45).

(44) Onar, "İktisadi", s.61.

(45) Bu konuda Bkz. U.M. E.66/21, R.G. 15.6.1966, s.12323. Uyuşmazlık Mahkemesi daha yeni bir kararında da tekel halinde yürütülen hizmetleri kamu hukuku kurallarına tabi tuttuktan sonra söz konusu kamu teşebbüsünün günlük işler ile 3.kişilerle olan ilişkilerine özel hukuk hükümlerinin uygulanmasına karar vermiştir. Bkz. U.M. 13.7.1981, E.81/3 K.81/3 in İsmet Köker/ İlhan Dinç Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları, Ankara 1988, s.170-171.

Onar da Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Kriterlerini benimsediğini ifade etmektedir (46).

233 sayılı Kanun Hükümünde Kararname'de teşebbüslerin (m.4/2), müesseselerin (m.16/2), bağlı ortaklıkların (m 23/2) 3.kişilerle olan ilişkilerinde, bir başka deyişle, bu kanun hükümünde Kararname kapsamı dışındaki hususlarda özel hukuk ilkelerine tabi oldukları belirtilmektedir. T.K.m. 18'e göre, kamu teşebbüslerinin tacir niteliğini taşıması ve TK hükümlerine göre işletilmesi gerçeği karşısında hukuki nitelikleri tartışılmalıdır. Özsunay, bunların hem kamu hukuku, hem de özel hukuk tüzelkişisi niteliklerini taşıdıklarını göz önünde bulundurarak "karma nitelikli tüzel kişi" oldukları sonucuna varmıştır (47).

(46) Onar, "İktisadi", s.56: Yazara göre kamu hizmetlerinin mutlaka kamu hukuku kuralları ve usullerine göre yürütülmesi gerekmez. Bkz. Onar, "İktisadi... ..", s.47 : Uyuşmazlık Mahkemesi de iktisadi kamu hizmetleri bakımından mutlaka kamu hukukuskural-larına bağlılık yönünde bir hukuk ilkesinin bulunma-dığına içtihat etmiştir. Bkz. Adil Özkol, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı, Ankara 1970, s.42 dn 76'daki karar.

(47) Ergun Özsunay, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5.B., İstanbul 1982, s.39.

Katzarov'un "parastatique semi public" nikelendirmesini yaptığı kamu teşebbüslerinin (48) Türk Anayasa Hukuku bakımından kamu tüzel kişisi oldukları bütçeye ilişkin, 1961 Anayasası m.126'da, 1982 Anayasası'nın da 161. maddesinde ifade edilmiştir. Bu maddelerle aynen ".... Kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin..." ibarasına yer verilmektedir.

C- Kamu Teşebbüslerinin İdari Teşkilat İçindeki Yeri

Kamu teşebbüsleri hizmet yönünden yerinden yönetim grubunda yer alırlar. Balta'nın ifadesiyle "görevsel kamu tüzel kişileri" olarak hizmet adem-i merkeziyet kuruluşlarından (49). Bir iktisadi kamu kurumu (50) olarak sını ve ticari alanda, faaliyet konu ve amaçları ile sınırlı olarak (ultra vires) çalışırlar.

(48) Baklacioğlu, a.g.e., s.28'den Konst.Katzarov, Théorie de la Nationalisation, Paris 1964, s.270.

(49) Tahsin Bekir Balta, İdarê Hukuku I, Ankara 1970, s.201; Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s.188; Vakur Versan, Kamu Yönetimi (Siyasi ve İdarî Teşkilat), İstanbul 1974, s.189.

(50) Duran, a.g.eb. s.73 dn.1, Duran, Anayasa'nın iktisadi kamu kurumlarına kamu iktisadi teşebbüsü adını verdiğini eklemektedir. Bkz. Duran, a.g.e., s.201.

Üstlendikleri iktisadi kamu hizmetini (51) emanet yolu ile yerine getirirler. Burada, bir faaliyetin Devlet ya da kamu tüzel kişisi tarafından kendi örgüt, araç-gereç, personel ve malvarlığı ile yürütülmesi söz konusudur (52).

-
- (51) Bu hizmetler sınai ve ticari nitelikte olup, bir yandan özel faaliyetlere benzerken, diğer yandan kamu hizmeti niteliklerini korurlar. Bkz. Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, 3.B, Ankara 1989, s.184.
- (52) Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, s.43; Özay, Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma III, İstanbul 1990, s.52; Metin Günday, İdare Hukuku Dersleri I, Ankara 1990, s.226. Bazı yazarlar ise burada emanet yöntemi dışında kamu kurumları eliyle yönetimin söz konusu olduğunu ifade etmektedirler. Bu görüş için bkz. Metin Kıratlı, Koruyucu İdari Hizmetler, Ankara 1973, s.12; Duran, a.g.e., s.342-343.

D- Kamu Teşebbüslerinde Malvarlığı Rejimi

Kamu teşebbüsleri öncelikle bir toprak parçası arsa/arazi üzerine kurulurlar (53). Ayrıca, sınaî ve ticarî nitelikte bir işletme olarak da gayrimenkul değerleri vardır. Nihayet, bu iktisadî kamu kurumu anonim şirket niteliğinde olup, sermayesi paylara bölünmüş ise (TKm.269), bu sermayeyi temsil eden hisse senetleri de menkul kıymet olarak karşımıza çıkarlar. Bu hisse senetlerinin devrini mümkün kılın şartların gerçekleşmesi halinde devredilen hisse senetlerinin toplam sermayeye uygun düşen oranı kadar, teşebbüs de devredilmiş olacaktır. Aynı sonuca, teşebbüs anonim şirket niteliğinde olmasa dahi varlıklarının kısmen ya da tamamen satılabilmesi halinde de ulaşılabilecektir.

Kamu teşebbüslerinin malvarlığını kısaca ortaya koyduktan sonra, idarenin malları ayırımında, nerede yer aldıklarını incelemek faydalı olacaktır.

İdarenin malları bakımından Türk hukukunda hakim görüş

-
- (53) Kamu teşebbüsünün özel mülkiyete devriyle, Anayasa Mahkemesi'nin devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlığının simgesi olarak görüldüğü toprak da devredilmiş olacaktır. Yüksek Mahkeme, kamuoyunda Araplara Mülk Satışı Kanunu olarak isim yapmış 2644 sayılı Tapu Kanunu m.35 ile 442 sayılı Köy Kanunu'nun 87.maddesine Birer Fıkra Eklenmesi Hakkındaki 21.6.1984 tarih ve 3029 Sayılı Kanun'u iptal ederken ülkede yabancıların arazi ve emlak edinmesini salt bir mülkiyet sorunu gibi görmediğini ifade etmiştir. Bkz. AYM, 13.6.1985, E 84/14, K.85/7, R.G., 24.8.1985, §.18852, s.27-44.

Fransız Hukuku'ndaki kamu malları/özel mallar ayrımını benimsemiştir. Fransız Hukuku'nda kural olarak, kamu malları kamu hukuku rejimine tabi iken, özel mallar da özel hukuk rejimine tabidir. Ancak bu ilke, özel malların da haczedilemezliği ilkesi ile sınırlıdır (54).

İdare malları ayrımında, özel mallar ile kamu mallarından hizmet malları konumuzu yakından ilgilendirmektedir. İdarenin mali mameleki arasında sayılan özel malların kapital değerleri kullanım değerlerinden yüksek olup, sanayi kuruluşları bu kategoride sayılmaktadır (55). Hizmet malları ise aynen özel mallarda olduğu gibi, kamunun kendilerinden ancak dolaylı olarak yararlanmasına imkan sağlamakla birlikte, kullanma değerleri kapital değerlerine üstün olup, gördükleri kamu hizmetine, o hizmetin ayrılmaz bir parçası olacak biçimde tahsis edilmişlerdir (56).

-
- (54) Jean-Marie Auby, Droit Administratif Spécial, 4.éd., Paris 1983, s.97.
- (55) Akin Düren, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979, s.23. Alman Hukuku'nda Devlete ait sınıai kuruluşlar ile ekonomik teşebbüslerdeki sermaye de mali mamelek içinde yer alan geniş anlamda kamu mallarındandır. Bkz: Düren, a.g.e., s.18 dn. 3'den, E.Forsthoff, Lehrbruch des Verwaltungsrechts, 1.Band, Allgemeiner Teil, München und Berlin 1966, s.332.
- (56) Düren, a.g.e., s.121.

Tahsis işlemi kaldırılmadıkça devir konusu yapılamaz (57). Bu tahsis işlemi ya idare kaldırır ya da kanun koyucu, o kamu malının devredilmesine izin verir (58).

1961 ve 1982 Anayasalarında yerleşme ve seyahat hürriyetinin özel sınırlama sebeplerinden biri olarak düzenlenen kamu mallarının korunması (59), İcra ve İflas Kanunu'nun devlet mallarının haczedilemezliğine ilişkin m.82/1 ile pekiştirilmiştir. Düren'e göre devletin hem kamu, hem de özel malları bu yasağa tabi iken, devlet dışı

(57) Düren, a.g.e., s.66; Auby, a.g.e., s.92,109, Devir yasağına tabi bir kamu malının satışı yok hükmündedir. Auby, a.g.e., s.93.

(58) Auby, a.g.e., s.93.

(59) Bkz. 1961 Any. m.18/2; 1982 Any. m.23/2. Bununla birlikte her iki Anayasa döneminde de kamu mallarının yasal tanımının yapılmadığına dikkat çekilmiştir. Bkz. Duran, "Kamusal Malların Ölçütü", İHİD, s.1-3, s.41.

kamu tüzel kişilerinin özel malları haczedilebilir (60). 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 57.maddesinin 2. fıkrasında, iktisadi devlet teşekkülü ile kamu iktisadi kuruluşunun ortak adı olan teşebbüsün taşınır/taşınmaz "her türlü" mallarının haczedilemeyeceği belirtilmiştir (61).

Duran'a göre kamu teşebbüsleri, kamu hizmeti görmek ve kamusal mal olmak bakımından devletin sine qua non unsurlarıdır (62).

-
- (60) Düren, a.g.e., s.67. Yargıtay'ın 15.1.1947 tarih ve 14/5 sayılı İBK'da "Devlet mallarının haczedilemeyeceğine dair konulmuş hüküm, kamu hizmetlerinin düzenli ve arasız bir tarzda yürütülmesini sağlamak maksadını güder.... "in R.G., 9.7.1947, s.6653. Fransız Yargıtayı sınıai ve ticari bir kamu kurumunun mallarının da haczedilemeyeceğine karar vermiştir. Bkz. Civ. 1^{re}, 21.12.1987, B.R.G.M. C/Société S.A. Lloyd Continental, in Guide Juridique Dalloz, T.III, 1989, s.10.
- (61) Ancak, 233 s.KHK, m 61/1'e göre teşebbüs, müessese ve bağlı ortaklıklar kuruluş amaç ve faaliyet konularını gerçekleştirmek üzere aleyhlerine rehin, ipotek ve sair haklar tesis edebilirler. Kamu teşebbüslerinin borçlarını ödememeleri halinde, bu hakların paraya çevrilmesi suretiyle, haczedilemezlik yasası bertaraf edilebilir.
- (62) Duran, "Anayasa Mahkemesi'ne Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni (II)", Amme İdaresi Dergisi, C.19, s.2 (Haziran 1986), s.6.

IV- ÖZELLEŞTİRMENİN DEVLETLEŞTİRME İLE KARŞILAŞ- TIRILMASI

Özelleştirmenin karşı işlemi devletleştirme ya da millileştirmedir. Azrak'ın da belirttiği gibi Türkiye'de doktrin, mevzuat ve uygulamada millileştirmeden çok devletleştirme terimi genel kabul görmüştür (63). Nitekim, gerek 1961 Anayasası (m.39), gerekse 1982 Anayasasının (m.47) ilgili maddelerinde başlık olarak devletleştirme tercih edilerek, kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebileceği hükme bağlanmıştır. 20.11.1984 tarih ve 3082 sayılı kanun da "devletleştirilebilme" sözcüğünü kullanmıştır.

Alman ile Fransız doktrininde ise teşebbüsleri devlete değil millete mal etmek, devletleştirmeksizin millileştirmek yoluyla teşebbüsün idare organlarında milletin farklı kesimlerinin temsilcilerinin yer alması istenilmektedir (64). Ayrıca, 1958 Fransız Anayasası Başlangıcı'nın yaptığı atıfla, halen yürürlüğünü koruyan 1946 Anayasası Başlangıcınının 9.paragrafı devletin değil, topluluğun (toplumun) mülkiyetinden söz eder (65).

(63) Ali Ülkü Azrak, Millileştirme ve İdare Hukuku, İstanbul 1976, s.75.

(64) Azrak, a.g.e., s.75; Laubadère/Delvolvé, a.g.e., s.678

(65) Laubadère/Delvolvé, a.g.e., s.238.

Aslında sorun, yapılan işlemle özel teşebbüsün mülkiyetinin millete mi, yoksa devlete mi geçtiği ile ilgilidir. Millet ile devletten ayrı bir varlık gözetilmek istenirken, aslında milletin devletten ayrı bir hukuki gerçekliği bulunmadığı sonucuna varılır (66).

Millileştirme teriminin devletleştirmeden ayrı bir terim olarak kullanılmasının bir başka sebebi de, millileştirilen teşebbüste kamusal yönetim usullerinin değil, özel yönetim usullerinin geçerli olduğunun vurgulanmak istenmesidir (67).

Azrak da, millileştirme ile devletleştirme arasında "olsa olsa" kapsam bakımından bir fark olduğu, devletleştirmenin de millileştirme içinde yer aldığı sonucuna varmaktadır (68).

Biz burada, konunun tartışmalı olması sebebiyle her iki terimi de birlikte kullanacağız.

(66) Laubadère/Delvolvé, a.g.e., s.682. Mescheriakoff'a göre de böyle bir ayırım hiç bir teorik temele dayanmamaktadır. Bkz. A.S.Mescheriakoff, "L'autonomie des entreprises publiques", R.D.P., 6, Paris 1985, s.1580.

(67) Laubadère/Delvolvé, a.g.e., s.237.

(68) Azrak, a.g.e., s.81-83.

A- Millileştirmenin (Devletleştirmenin) Tanımı

Millileştirme, bir teşebbüsün özel kişilere ait olan mülkiyetinin devlet tarafından zorla kamu sektörüne geçirilmesi işlemidir. Özel mülkiyet konusu olan bir teşebbüs, kendisini oluşturan bütün unsurları, aktif ve pasifiyle birlikte, devletin egemenlik alanına intikal etmektedir (69). Millileştirme kavramına, açıklıktan yoksun anlamlar verildiği düşüncesini paylaşan ve milletin, yani devletin mülkiyetine geçirilmesinden söz eden (70) Azrak'a göre "Millileştirme, bir özel iktisadi teşebbüsün veya teşebbüsler grubunun mülkiyet ve yönetiminin siyasi, iktisadi veya sosyal nedenlerle ve üstün aşamada bir kamu yararının gerçekleştirilmesi amacıyla, milli câmiaya (daha doğrusu, onun hukukî ifadesi olan Devlete) geçirilerek hangi hukuki şekli alırsa alsın, kamunun yararına tahsis edilmesinden ibarettir" (71).

(69) Laubadère/Delvolvé, a.g.e., s.681-682.

(70) Azrak, "Millileştirme ve Kamu Hizmeti", "İÜHFM, C. XXXVI, S.1-4, s.45.

(71) Azrak, a.g.e., s.85.

B- Özelleştirmenin Devletleştirme İle Karşılaştırılması

Teşebbüsün, hissedarlarının sıfatından kaynaklanan özgünlüğünü kaldırarak, onu ortak hukuka yönelten özelleştirme, devletin mülkiyet hakkından kaynaklanan tasarruf yetkisinin kullanılması işlemidir. Özelleştirmede devlet ile birey eşit basamaktadırlar, birey kamu teşebbüsü hissesini satın alıp almamakta serbesttir. Devletleştirme ise devletin egemenlik yetkisinin (İmperium) kullanılması ile belirir(72), zorla, kişilerin rızası olup olmadığını aldırımsızın gerçekleşir (73), zoraki bir işlem olup, özel hissedar savunmasızdır (74).

Özelleştirme işlemi devletleştirmeye göre çok daha karmaşıktır. Devletleştirmede, devlet yıllarca yetkilerini güçlendirmeye alışık olduğu için rahattır. Kurallar basittir. Üstelik, devletleştirme bedeli cömertçe ödendiği zaman çoğunluk tatmin olur. Çok sayıda alıcı için özdeş kuralları belirlemek tek alıcı olan devlete daha kolay gelir. Devletleştirme hızla gerçekleştirilebilir.

Özelleştirme ise devletın birtakım varlıklarından mahrum kalması sonucunu doğurur. Üstelik, genç

(72) Monique Raynaud Contamine, "L'application du droit commun aux privatisations", A.J.D.A., no.5,1987, s.309.

(73) Laubadère/Delvolvé, a.g.e., s.681.

(74) Didier Pene, a.g.m., s.297; Lucien Rapp, "Le Secteur public français entre nationalisations et privatisations", A.J.D.A., no.5, 1987, s.304.

yöneticiler de önemli görevlere veda ederler. Devlet, "hisse senedi" satıcılığı mesleğine pek de alışık değildir. Bir yandan potansiyel alıcıları işlemin başarısı için hisse senetlerinin satış bedelinde indirim yaparak tatmin etme, öte yandan hisse senetlerini mümkün olan en yüksek fiyata satma hedeflerini bağdaştırmak gerekir. Özelleştirmede tek satıcı olan devlet, farklı ve birbirine rakip alıcı kategorilerinin isteklerini; çalışanlara, küçük hissedarlara, kurumsal yatırımcılara, yabancılara ayrılacak payların oranını dikkatle gözetmek zorundadır. Özelleştirme, "siyasal kaza" halinin gerçekleşme ihtimali bir tarafa bırakılacak olursa bile, uzun yıllara yayılabilen bir süreçtir. Hükümetin görüş değişiklikleri, muhalefetin, baskı gruplarının etkileri, piyasalardaki dalgalanmalar, kamu teşebbüsü yöneticilerinin muhtemel engellemeleri, hep ek güçlükler sunar (75).

Devletleştirme hem mülkiyet hakkına, hem de çalışma, özel teşebbüs kurma hakkına sınır getirir. Anayasal dayanağı vardır. Kanunla gerçekleştirilir; kanun koyucu devletleştirilecek teşebbüsü belirler (76).

(75) Pene, a.g.m., s.291. Rapp, a.g.m., s.304.

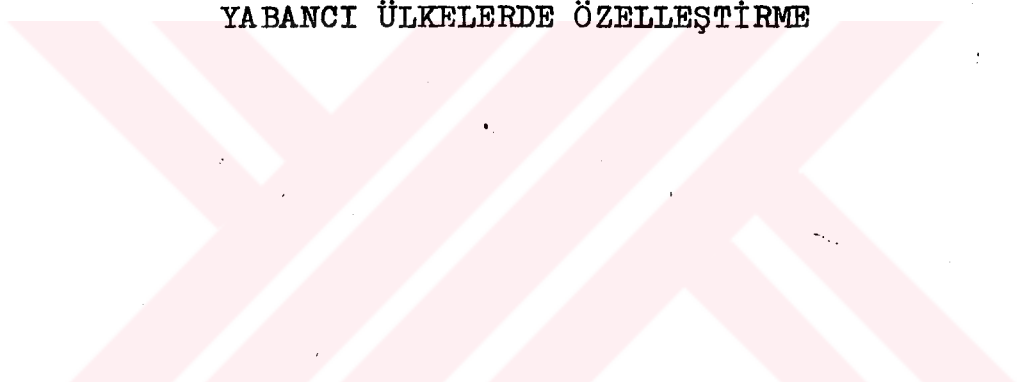
(76) Düren, a.g.e., s.225.

Özelleştirmede ise; anayasal dayanak olabilir. Nitekim, 1958 Fransız Anayasası'nın 34.maddesinde teşebbüslerin millileştirilmeleri ile kamu sektöründen özel sektör mülkiyet devirlerine ilişkin kuralların kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Anayasal dayanak olmasa dahi, devletleştirmeye yetkili organın, hukuken ters işlemi yapmaya da, "devletsizleştirme" ye de yetkili olduğu söylenebilir(77). Özelleştirmede yetki unsuru Türk hukuku bakımından aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleneceğinden, bu konudaki açıklamalarımızı şimdilik devletleştirme ile karşılaştırma çerçevesinde sınırlı tutuyoruz.

(77) Duran, a.g.m., s.4.

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCI ÜLKELERDE ÖZELLEŞTİRME



I- GENEL OLARAK YABANCI ÜLKELERDE ÖZELLEŞTİRME UYGULAMASI,
YÖNTEMLERİ, SONUÇLARI

Yabancı bir ülkedeki özelleştirme programı, kendi ülkemizin sosyal, ekonomik, siyasal ve hukuki ortamıyla asgari bir benzerlik olması kaydıyla örnek olarak alınabilir. Özelleştirme işlemlerinin başarı ya da başarısızlığının her ülkenin özgün yapısıyla ilintili olduğu gerçeği gözardı edilmemelidir (78). Bu arada İspanya'da yoğun dış sermaye arayışının bu ülkedeki bazı kamu varlıklarının yabancı şirketlere satılmakla sonuçlandığı, Türkiye açısından bir örnek ders olmak bakımından gösterilebilir. Gerçekten İspanya, A.E.T. üyeleri arasında yabancı alıcılar için sınır koymayan tek ülkedir. Ancak, yerli sermayenin yetersizliği nedeniyle aranan yüksek dozdaki yabancı sermaye, belli bir süre sonra ciddi sorunlar yaratabilir (79).

İngiltere, İtalya ve Federal Almanya'daki özelleştirme uygulamalarında, özelleştirme metodunun özelleştirmeyele hedeflenen amaç, daha derine inilecek olursa, devletin

(78) Guy Longueville/Jean-Jacques Santini "Introduction"
Les privatisations à l'étranger, der J.J.Santini,
Paris 1986, s.5.

(79) Guy Longueville, "Les privatisations en Espagne :
entreprises déficitaires et transferts publics",
a.g.e., s.112.

korumayı arzu ettiği denetim derecesine bağlı olduğu görülmektedir (80).

Özelleştirmenin, beklenen hedeflerin genellikle altında bir hızla gerçekleştiği, bunda farklı kamu makamlarının görüş ya da uygulama ayrılıklarının etkisi olduğu söylenebilir. İtalya ve Almanya'da hayli mütevazî bir programa karşılık, İngiltere ile Fransa'nın yürürlüğe koydukları geniş boyuttaki özelleştirme uygulamalarının bu alanda rakipsiz oldukları görülmektedir. Gerçekten, İtalya ve Almanya'daki kısmi özelleştirmelerin (les privatisations partielles) yerine, özellikle İngiltere'de özel sektöre mülkiyet devrine dönüşen gerçek anlamda özelleştirmelere tanık olunmaktadır. Anılan devletler arasında kamu tekelleri zincirini kırabilen bir tek İngiltere'dir (81).

Almanya ve İtalya'da kamu sektörünün önemli bir kısmında mali gruplar, kamu ve özel sermayenin bir arada olduğu ve şirketler hukukuna tabi karma ekonomi şirketlerini (sociétés d'économie mixte) yasama işlemine gerek duymadan idari bir kararla özelleştirebilirken, İngiltere ve Fransa'da kamu ekonomi sektörünün esas itibarıyla kamu hukukuna tabi

(80) Longueville/Santini, a.g.e., s.5.

(81) Longueville/Santini, a.g.e., s.6.

olduğu "çetin" hukuki yapı, özelleştirmede müstakil bir kanunun varlığını, yasama organının devreye girmesini gerektirmektedir (82).

İtalya'da kamu mülkiyetinin devri ya da liberal ilkeler konusunda pek tartışma yapılmazken, İngiltere ve Fransa'da özelleştirme programının ideolojik bir hareketle beslendiği gözlenmektedir (83).

Guy Longueville ve Jean-Jacques Santini'ye göre, bir ülkede özelleştirme isteği ile kamu gruplarının işletilmesindeki özerklik derecesi arasında ters bir bağıntı bulunmaktadır. Birincisi ne kadar fazla ise, ikincisi de o kadar düşüktür. Nitekim Almanya'da vesayet kuralları, gelenekler geniş bir özerklik tanırken, İngiltere'de konjonktürel politika amaçlarını gerçekleştirmek uğruna KİT'lerin fiyat arttırma isteklerinin önlenmesi, batık şirketlerin ya da bir başka deyişle "topal ördekler" in (canards boiteux) devralınması, kamu sektörünün verimliliğine ve rekabet edebilme imkanına olumsuz etki yapmıştır. Dolayısıyla kamu teşebbüslerini bir ekonomik araç olarak kullanma İngiltere'de geri tepmiş, nisbi bir başarısızlıkla sonuçlanmıştır (84).

(82) Longueville/Santini, a.g.e., s.7.

(83) Longueville/Santini, a.g.e., s.8.

(84) Longueville/Santini, a.g.e., s.9.

İtalya'da son yıllarda rastlandığı gibi, kanunun çoğunluk denetiminin korunduğu kısmi özelleştirme işlemleri ile sağlanan kaynaklar, kamu idarelerinin finansman ihtiyacını karşılamaya yeterlidir. İngiltere'de devlet kamu varlıklarının doğrudan sahibi olduğundan, özelleştirme gelirleri Hazineye intikal ederken, Almanya ile özelleştirmenin başlıca hedefinin kamu gruplarının mali yönden kuvvetlendirilmesi olduğu İtalya'da sağlanan fonlar bu grupların ve teşebbüslerin özvarlıklarının beslenmesi amacıyla kullanılmaktadır (85).

Özelleştirme yöntemleri ve korunması istenen devlet nüfuzu bağıntısında, kamu iktidarları özelleştirilen faaliyetler üzerinde "ex ante" (satış öncesi) alıcıların seçimi ya da "ex post" (satış sonrası) stratejik nitelikteki kararları veto hakkı gibi bazı yetkiler öngörebilirler. Özelleştirme geliri, kısmi özelleştirmede satış sonrası teşebbüsün önemli bir payının devlette kalması, mülkiyet devrinden sonra gölden share ya da special rights share (altın hisse)

(85) Longueville/Santini, a.g.e., s.9.

mekanizmasının işletilmesi (86) alıcıların seçimine yasaklama ya da kısıtlamalar getirilmesi veya öncelikli alıcı kategorilerinin belirlenmesi halinde düşebilmektedir (87). Stratejik olarak nitelenen işletmelerin özelleştirilmesinde, altın hisse ya da çok oylu imtiyazlı hisse mekanizması, İtalya örneğinde olduğu gibi kullanılabilir (88).

Tek bir alıcıya satışta genel sebep karar verme gücünde birliğin, bütünlüğün korunması olarak gözüke de, çok farklı neden veya saiklerle- borsada satışın güçlüğü ya da imkansızlığı; ismen belirlenmiş bir alıcı için kamu takdirinin kullanılması - tercih edilebilecek bu yöntemle aslında

(86) Bazı hassas sektörlerde, özelleştirilen teşebbüslerde, milli menfaatlere aykırı karar alınmasını önlemek için yaratılan, özel haklara sahip altın hisselerin avantajlarından, bu hisse elde tutulmak istenildiği sürece yararlanılabilir. British Telecom örneğinde altın hisse sahibi kamu makamı bir süreyle sınırlı olmaksızın her zaman şirketin geri satın alınmasını, şirketin yönetim kurulu başkanı ve üst yöneticilerinin İngiliz vatandaşı olmasını isteyebilecek, şirket sermayesinin % 15 inden fazlasının bir başka kuruluş tarafından ele geçirilmesine karşı koyabilecektir. Santini, "Les dénationalisations au Royaume-Uni", a.g.e., s.55-56.

(87) Longueville/Santini, a.g.e., s.10.

(88) Longueville/Santini, a.g.e., s.11.

borsada satışla elde edilemeyecek bir üretim kuruluşunun tamamlanması, satış şebekesinin geliştirilmesi, ileri teknoloji getirilmesi gibi dış pozitif sonuçlara ulaşılması mümkündür (89). Bununla birlikte "ticari deontoloji" kurallarına uyulmaması halinde direk satışların yaygın olduğu İtalya'daki gibi (90) ülkemizde de yoğun tartışmaların çıkması kaçınılmaz hale gelir.

En düzenli piyasalardan biri olan borsa (91) yoluyla özelleştirmede ise; borsa her ne kadar şirket hisselerinin değişiminin, akışının gerçekleştiği tabii bir ortam olsa da, bu yöntem aslında direk satışa göre daha riskli, daha güç ve üstelik devlete maliyet bakımından daha külfetlidir.

(89) Longueville/Santini, a.g.e., s.12, dn.4

(90) Longueville/Santini, a.g.e., s.13, dn.5

İtalyan Hükümeti 1985 Haziranında Societa Meridionale Finanziara adlı bir teşebbüsün hisselerinin % 64'ünün arttırma yoluna gidilmeksizin, üstelik rakip 650 milyar liralık bir teklif varken, 497 milyar liraya satılmasına ilişkin anlaşmayı onaylamamış, uyuşmazlık çıkması üzerine yargı organı, Temmuz 1986 da Hükümetin aldığı kararın hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir. Bkz. Longueville, "Les deux voies de la privatisation à l'italienne, a.g.e., s.94.

(91) Contamine, a.g.m., s.309.

Bu yönteme daha avantajlı bir metod bulunamaması ya da toplumda hisse senedi mülkiyetini yaygınlaştırmak, sınai mülkiyeti tabana yaymak iradesinin varlığı halinde başvurulur (92).

Borsa yoluyla özelleştirmede de, hisselerin güçlü ekonomik çevrelerin hakimiyetine geçmesi ihtimali göz önüne alınarak, kamu nüfuzu korunmak istenebilir. İngiltere'nin yeni bir hukuki araç olarak önümüze çıkardığı orijinal adı golden share (special rights share) olan ve dilimize altın hisse ya da özgün hisse biçiminde aktarılabilecek bu mekanizma ile (93) bir yandan devletin onayı alınmaksızın özelleştirilen şirket statüsünün önemli kurallarının değiştirilmesi önlenirken, öte yandan hisse senetlerinin belli ellerde toplanması halinde, devlet hukuken, kendi elinde olmayan hisse sayısının bir fazlasına otomatik olarak kavuşmakta ve böylece devletin mali menfaatinin korunması ile birlikte daha istikrarlı ve güvenli bir ortam da yaratılmış olmaktadır (94).

Borsa ile takviye edilmiş bir piyasa ekonomisinde, özel sektör kuruluşları yatırımlarını gerçekleştirmek üzere, sermaye piyasasından finansman ihtiyaçlarını karşılarlar.

(92) Longueville/Santini, a.g.e., s.13

(93) Ayrıca Bkz. dn.86

(94) Longueville/Santini, a.g.e., s.14.

Çok büyük miktarda kamu teşebbüsü hissesinin borsaya akıtılması halinde, eğer bir ek tasarruf ortamı da yaratılmamışsa bunlar, özel sektör tahvilleri ve diğer menkul kıymetler ile rekabet eder hale gelecekleri gibi, borsa endeksini, borsadaki hisse fiyatlarını ve dolayısıyla menkul kıymet piyasalarındaki dengeleri olumsuz yönde etkileyeceklerdir. Yatırım maliyetleri de yükselecek, bazı yatırım projeleri değişikliğe, ya da iptale maruz kalabilecektir. "Effet d'éviction" olarak belirtilen bu etki, büyük sayıda hisse arzının zamana yayılması ile hafifletilebileceği gibi, burada yabancı sermaye de söz konusu şokun olumsuz sonuçlarını hafifleterek "amortisör rolünü üstlenebilir (95).

Bir halk kapitalizmi hedefine yönelen sosyal amaçlı bir özelleştirmede (96), hisselerin belli ellerde toplanmasını önlemek bakımından İngiltere'de British Telecom

(95) Longueville/Santini, a.g.e., s.15.

(96) Bu arada taşıma (ulaştırma sektöründe faaliyet gösteren National Freight of Consortium'un sermayesinin % 82,5'inin doğrudan kuruluş çalışanlarına satıldığı belirtilmelidir. Bkz. Longueville/Santini, a.g.e., s.43, Çizelge 5.

örneğinde olduğu gibi halka arz edilen indirimli hisselerin daha başka teşviklerle de desteklenerek belli bir süre devredilememesi yasağı getirilebilir (97).

Borsa yoluyla satışta, fiyat belirlenmesi de tamamen "stratejik" değerlerde olup, belirlenecek çok yüksek bir fiyat, arzdan az talep görme ya da Borsa'ya ilk kotasyonda devlet tarafından desteklenmediği takdirde, göreceği düşük kur ile özelleştirme programının devamını tehlikeye düşüreceği gibi (98), çok düşük bir fiyatın belirlenmesi ise- gerçi bu sakınca diğer özelleştirme yöntemlerinde de ortaya çıkabilir- Hazineyi zarara uğratacaktır. İngiltere'de de hükümet, kamu varlığını savurmak, düşük fiyatla elden çıkarmakla suçlanmıştır. Son tahlilde kullanılan yöntem ne olursa olsun, optimal

(97) Longueville/Santini, a.g.e., s.18.

Hisselerin 3 yıl süre ile elden çıkartılmaması koşuluyla telefon faturalarından indirim yapılması veya belli bir tavana kadar saklanan her 10 hisse için 1 hisse dağıtımı gibi.

(98) Pene, a.g.m., s.298. Ayrıca gerçek değer çok altında belirlenen bir fiyat, halkın ilgisini aşırı derecede arttırdığından, hisselerin dağıtım sorununu da gündeme getirmektedir. Nitekim Fransa'da Paribas'ın özelleştirilmesinde düşük değer belirlenmesinden dolayı, küçük hissedarlara en az 10 hisse verilmesi gerekirken, 4 hisse verilebilmiştir.

bir fiyata nadiren ulaşıldığı ve hükümetlerin fiyat konusunda eleştirilerle karşılaştığı söylenmelidir (99).

Sabit fiyatla hisse arzı, etkin bir reklam kampanyası, küçük alıcılara tanınan bazı avantajlar, arzedilen hisselerin "cazip fiyatla" gerçek değerinin altında belirlenmesi gibi araçlarla takviye edilerek olumlu sonuçlanabilir. İlk özelleştirmelerin başarısı, bütün bir özelleştirme başarısının "sine qua non" koşuludur (100). Yine bu sonuca ulaşmak için devlet tarafından belirlenen oyunun kuralları da açık olmalıdır.

Kamu tekellerinin özelleştirilmesinde ise, eğer tekel doğal nitelikte ise, kamu tekelinin özel tekel ile sonuçlanması riski kuvvetli vardır (101). Bu halde, arzu edilen ekonomik etkinliğin de elde edilemeyeceği açıktır. İngiltere'de British Telecom ile British Gas örneklerinde bu her iki tekel alanı bakımından yeterli bir kamu kontrolünün

(99) Longueville/Santini, a.g.e., s.18.

(100) Longueville/Santini, a.g.e., s.21.

(101) Böyle bir durum ise, bazen kamu tekeli özel tekele tercih edilebildiğinden, elde edilen gücün kötüye kullanılması ve kârın azamileştirilmesine yol açabilir. Santini, "les dénationalisations au Royaume-Uni", a.g.e., s.52-53.

gerçekleşmediği (102) ve tatmin edici bir rekabet ortamının sağlanmadığı ileri sürülmüştür (103). Aslında rekabet ortamının bulunmadığı bir yerde, bundan doğacak tekel ya da benzeri durumu kontrol etmeye ve rekabeti tesis etmeye çalışmak güç bir iştir. Kamu tekelleri mutlaka özelleştirilmek isteniyorsa, önce ilgili sektörde belli bir rekabet düzeyini sağlamak ve tatminkâr sonuçlara ulaştıktan sonra, özelleştirme işlemine başlamak yerinde olur (104).

Uzun ve karmaşık bir işlem olan özelleştirme hukuki, ekonomik ve siyasal engellerin aşılmasını gerektirmektedir. Öyle ki, İngiltere'de 7 yıllık iktidarın sonunda, yüksek siyasal iradenin varlığına karşın, kamu sektörünün % 25'i devredilebilmiştir (105).

(102) Denetim kuruluşları OFTEL (British Telecom için) ile OFGAS'ın (British Gas için) yetersiz yetkilerle donatıldığı belirtilmektedir. Bkz. Santini, a.g.e., s.52.

(103) British Telecom örneğinde, sektördeki fiyat tarifeleri, tüketici fiyatları oranının en çok 3 puan aşağısına kadar yükseltilebilecektir. Santini, a.g.e., s.53, dn.18.

(104) Longueville/Santini, a.g.e., s.21.

(105) Santini, a.g.e., s.45.

İngiltere'de halka arz edilen hisselerin yabancı sermaye denetimine girmesi, golden share mekanizması işletildiği sürece mümkün değildir (106). Bir başka tehlike olan, siyasal iktidar değişikliğinde özelleştirilen bütün teşebbüslerin, üstelik hisselerin borsadaki kur artışları dikkate alınmayarak ilk halka arz tarihindeki fiyatı itibariyle yeniden millileştirileceği yolundaki muhalefet iddiası ve iradesinin de gerçekleşmesi ihtimali zayıftır. Bu, küçük alıcıları rahatsız edeceği gibi, 1979'dan beri elde edilen 7,5 milyar sterlinin ödenmesinin Hazineye getireceği aşırı yük de ortadadır (107). Zaman içinde muhalefetteki İşçi Partisinin özelleştirilmiş bütün teşebbüsleri yeniden millileştirme isteğinden, sadece özelleştirilmiş kamu hizmetlerini yeniden millileştirme hedefine yöneldiği görülmüştür (108).

Almanya'da federal iştiraklerin azaltılması politikasını esas alan 1980'li yıllardaki kısmi özelleştirme

(106) Santini, a.g.e., s.60.

(107) Santini, a.g.e., s.61.

(108) Santini, a.g.e., s.61.

uygulamaları ise iki temel metin ile ilgilidir. Anayasa'nın 15.maddesi ile Vergi Usul Kanunu'nun 65.maddesi (109).

Anayasa'nın 15.maddesine göre üretim araçları, sosyalleştirilme amacıyla üst ekonomik yararın gerekli kılması halinde tazminatın şeklini ve tutarını belirleyen bir kanunla topluluğun mülkiyetine devredilebilirler.

Vergi Usul Kanunu'nun 65.maddesi de eyalet için bir üst ekonomik yararın gerekli kılması ve amacın başka ekonomik araçlarla gerçekleşmemesi halinde federal payların teşebbüslere katılımını mümkün kılmaktadır.

Pierre Uhel'e göre bu iki hüküm ve özellikle 65. madde ters işlem (aksine işlem) ilkesini de barındırması nedeniyle özelleştirmeye de kapıyı aralamaktadır. Eyaletin menfaati değişebilir, kaybolabilir. Bugün kamu faaliyetine olan ihtiyaç, yarın yerini özel ekonomik birimlerinkine bırakabilir (110).

VEBA ile VIAG gruplarının özelleştirilmesinde milli

(109) Pierre Uhel, "La privatisation des entreprises publiques en RFA", a.g.e., s.64-66. Almanya'da kısmi özelleştirme uygulamaları sonucu azınlık denetiminin korunarak devletin menfaatleri korunmak istenmektedir. Bkz. Uhel, a.g.e., s.79.

(110) Uhel, a.g.e., s.66.

alıcılar için "öncelikli bir mekanizma" öngörülmüş, Alman vatandaşlarına öncelik tanınırken, bireysel yatırımcılar özel indirimden yararlanmışlardır (111).

Öte yandan, Almanya'da Sosyal Demokrat Parti'nin hiç bir zaman kamu sektörünün güçlendirilmesi politikasını benimsemediği, piyasa mekanizmalarının üstünlüğüne dayalı bir uzlaşmanın var olduğu söylenebilir (112).

Bazı yabancı ülkelerdeki özelleştirme uygulamalarını, yöntemlerini ve gerçekleşmesi olası sonuçlarını karşılaştırmalı olarak inceledikten sonra, ülkemizde de özelleştirmenin hukuki alt yapısının oluşturulmasında, hukuk sistemlerinin benzerliği nedeniyle örnek gösterilebilecek olan (113) Fransa'daki özelleştirmenin Anayasa Konseyi ve Fransız Danıştayı'nın kararlarıyla olgunlaşan hukuki çerçevesini ayrı bir başlık altında ele alabiliriz.

(111) Uhel, a.g.e., s.74, 109.

(112) Uhel, a.g.e., s.75.

(113) Turgut Tan, "Özelleştirme: Modası Geçti mi? (1)
Cumhuriyet, 12.9.1989.

II- FRANSA'DA ÖZELLEŞTİRMENİN HUKUKİ ÇERÇEVESİ

Fransa'da 1986 özelleştirmeleri, enerji, ulaştırma, banka ve sigortacılık alanlarında 11.2.1982 tarihli kanunla hız kazanan kamu sektörünün genişlemesine (114), müdahaleci devletin ve Keynesyen modellerinin eleştirilmesiyle beslenen ideolojik bir akımın desteğine dayanarak darbe vurmuştur (115).

Thatcher programının referans olarak alındığı Fransa'da, 2.7.1986 tarihinde Parlamento tarafından kararlaştırılan kamu teşebbüslerinin özelleştirilmesinin günümüzde programda bir kesintiyle karşılaşılmakla birlikte, parlamento çoğunluğunun değişikliğinden önceki temellere dayanması sebebiyle bazı düzeltmeler hariç sorgulanmayacağı (116) ve yeni millileştirmelere yol açmayacağı söylenebilir. Gerçekten, 1982 millileştirmelerinin hemen ardından Hükümetin, 1986'daki iktidar değişikliğine kadar bir özelleştirme ekonomisi mantığı çerçevesinde adım adım ilerlediği görülmüştür. Önce,

(114) Yabancı ülke menfaatleri karşısında milli malvarlığı korunmak istenerek 5 sınıai grup ve bir çok banka millileştirilmiştir. Bkz. Rapp, a.g.m., s.303.

(115) Michel Durupty, Les privatisations en France, Paris 1988, s.5.

(116) Durupty, a.g.e., s.7.

artan kaynak ihtiyacı özel tasarruflara başvurulmasını gerektirmiş ve 83-1 sayılı 3.1.1983 tarihli kanunla (117) katılma payları (titres participatifs) ve yatırım sertifikaları (certificats d'investissement) yaratılmıştır. Millileştirilen kamu teşebbüslerinin sermayelerini arttırmak için çıkardığı bu menkul kıymet türleri, oy hakkı dışında parasal haklar (örneğin, normal hisselerle göre daha yüksek kâr payı) sağlayan hisse senedi parçalarıdır (118).

Kamu teşebbüslerinin mülkiyetinin kamu sektöründen özel sektöre devrine ilişkin kuralların kanunla belirleneceğine ilişkin 1958 Anayasasınının 34.maddesi hükmü karşısında, stratejik olarak nitelenen devirler için yasama organı onayı, stratejik nitelikte olmayanlar için idari onay ayrımını yaparak ikili bir mekanizma getiren 1982 tarihli kanun tasarısı ise milletvekillerinin tepkilerinden çekinildiği için, hiç bir zaman gündeme getirilememiş, Senato Maliye Komisyonunun da işaret ettiği üzere, yabancılara dahi yapılan ve her türlü

-
- (117) "Dehors Kanunu" olarak da adlandırılan bu kanunun resmi adı, daha aşağıda inceleyeceğimiz, Türkiye'deki 2983 Sayılı Kanun ile taşıdığı benzerlik bakımından ilgi çekicidir: Yatırımların Geliştirilmesi ve Tasarrufların Korunması Hakkında Kanun.
- (118) Durupty, a.g.e., s.23-24 ; Pene, a.g.m., s.300. Sermaye piyasasına çağrıda bulunmak, 1982 millileştirmelerinin gelişmelerinden biridir. Bkz. Rapp, a.g.m., s.303.

hukuka aykırılığı içeren hisse satışları yasama organının onayından geçirilmemiştir (119). Buna karşılık, Fransız Danıştay, bir atom enerjisi kuruluşu olan COGEMA hisselerinin devri hakkında 24.11.1984 tarihli kararıyla, kanun koyucunun müdahalesi olmaksızın yapılan her türlü devri Anayasa'ya aykırı gördüğünü belirtmiş ve bu içtihadını bir çok kez yinelemiştir (120). Ancak, bu hukuka aykırı özelleştirmelere, 1986 seçimleri sonrasında oluşan yeni parlamento

(119) Durupty, a.g.e., s.27.

Buradaki özelleştirmeler ana teşebbüslere dokunmayıp, ana teşebbüsün ya da ana şirketin (société-mère) mali ya da idari kontroluna tabi olmakla birlikte, ayrı bir tüzelkişiliğe ve malvarlığına sahip olan özel şirketler olarak tanımlanan "filiales" yavru şirketlere ilişkindir. Filiale tanımı için bkz. Maurice Gégout Guide Juridique Dalloz, T.III, 1989 s. 261-2, Tabii şirket ya da yavru şirket adını Karayalçın kullanmıştır. Bkz. Yaşar Karayalçın, Sistemler ve Hukuk Açısından Büyük İşletme, Ankara 1985, s.85.

(120) Durupty, a.g.e., s.25-26.

çoğunluğu "geriye yürür" biçimde geçerlik kazandıracaktır (121).

17 Ocak 1986 tarihli, UDF ve RPR partilerinin birlikte hazırladıkları "plate-forme" pour gouverner ensemble" adlı programda yer alan 20 taahhütten 13.üncüsünde ; bütün batı demokrasilerinde olduğu gibi, rekabetçi kamu sektörü teşebbüslerinin özel girişime verileceği; özelleştirmenin açık olarak tesbit edilmiş bir süreç içinde, bazı sınırlamalarla yabancı yatırımcılara gidilmesini de içeren çeşitli şekillerde yürütüleceği ifade edilmiştir (122).

1986 seçimleri sonrasında da, özelleştirme süreci Ekonomi, Maliye ve Özelleştirme Bakanlığı kurulması ve

(121) Durupty, a.g.e., s.28. 17.6.1987 tarihli Tasarruflar Hakkında Kanunla, aşağıda inceleyeceğimiz, 6.8.1986 tarihli Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki, yasama organının onayına dayanmayan bütün devir işlemleri hukuka uygun kılınmıştır. Bkz. Durupty, a.g.e., s.44.

(122) Durupty, a.g.e., s.32.

Anayasa Konseyi'nce (Conseil Constitutionnel) Anayasa'ya uygun bulunan 2.7.1986 ve 6.8.1986 tarihli 2 kanunla başlatılmıştır. (123).

2.7.1986 tarihli Kanun'un gerekçesinde Devletin ekonomi üzerindeki rolünün azaltılması hususuna değinilerek bir piyasa ekonomisinin kurulacağı; işletilmesi bir kamu hizmeti veya fiili tekel niteliği (124) arzeden teşebbüslerin değil, rekabetçi yapıdaki kamu teşebbüslerinin özel sektöre devredileceği belirtilmektedir. Zaten 1958 Anayasası Başlangıcının atıf yaparak yürürlüğünü devam ettirme yolundaki iradesini gösterdiği 1946 Anayasası Başlangıcının, işletilmesi milli bir kamu hizmeti ya da fiil tekel niteliğine sahip ya da bu niteliği kazanan her mal ve teşebbüsün topluluğun mülkiyetine dönmesi zorunluluğunu öngören hükmü unutulmamalıdır.

2.7.1986 tarihli kanun, kamu teşebbüslerinin devri

(123) Durupty, a.g.e., s.35.

(124) Belli malları üretmek veya satmak, belli hizmetleri işletmek, kanunla hukuki bir tekele ait olabileceği gibi, bu husus olguda, fiiliyatta da gerçekleşebilir. Bkz. Petit Larousse, s.668.

konusunda yetki paylaşımı gerçekleştirerek, devletin doğrudan sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu teşebbüsler ile bir yasama işlemiyle kamu sektörüne girmiş teşebbüsler ve bu kanuna ekli 65 teşebbüsün özelleştirilmesi için karar verilmesini yasama organına bırakırken, yasama organının münhasır yetkisi dışındaki teşebbüsler ile bir sektörden diğerine mülkiyet devri sonucunu doğurmayan kamu sektöründeki payların özel sektörce devralınması konularında idari makam lehine yetki devrinde bulunarak idari onayı yeterli görmüştür (125).

Fransız Anayasa Konseyi, söz konusu kanunla ilgili olarak verdiği 25-26.6.1986 tarihli kararında, 1958 Anayasasının 34. m.hükmünün kanun koyucunun yetkiyi devralan makamı ve bu yetkinin hangi şartlarda kullanılacağını belirtmesi kaydıyla 34.m.deki yetkiyi başka kuruluş ya da makamlara devretmesini engellemediği görünüştedir. Anayasa Konseyine göre Anayasa'nın 34.maddesi, her işlemin mutlaka doğrudan doğruya yasama organı tarafından yapılmasını öngörmemektedir. Yasama organı, kamu teşebbüslerinin özel sektöre devrine ilişkin kuralları koyduktan sonra, bu kuralların, denetimi altında uygulanmasını, yine kendisinin belirleyeceği makam ya da organlara bırakabilir. Hiç bir Anayasal norm, devletin doğrudan sermayesinin bir kısmına sahip olduğu teşebbüsler ile devletin

(125) Durupty, a.g.e., s.37.Kanunun özelleştirmede yasama organının yetkisinin varlığına ilişkin anayasal ilkeyi temel almakla birlikte bunu idareye yetki devri ile sınırladığı gözlemlenebilir.

ya da kamu kuruluşlarının doğrudan ya da dolaylı olarak sahip oldukları çoğunluk payları bakımından özdeş "identique" bir devir tarzı belirtmemektedir (126).

Fransa'da yüksek yargı organları daha önce çok yaygın bir yasama müdahalesinin gerekli olduğu kanısındaydılar. Anayasa Konseyi, 29.1.1960 tarihinde verdiği bir kararda, bir kamu teşebbüsünün tasfiyesinde dahi kamu sektöründen özel sektöre devir amacı görenek kanun koyucunun müdahalesinin varlığını aramıştır. Bu ise doktrinde yine Durupty tarafından kamu sektörü teşebbüsü kavramının çok geniş bir tanımı olarak yorumlanmıştır (127). Fransız Danıştay'ı da 24.10.1978 tarihli "Syndicat national du personnel de l'énergie atomique" ile "Schwartz et autres" kararlarında sadece devletin sermayesinin çoğunluğunu doğrudan doğruya kontrol ettiği teşebbüsleri

(126) Durupty, a.g.e., s.38.

(127) Durupty, a.g.e., s.38 den Durupty, "L'approche juris prudentielle de la notion d'entreprise publique" Les entreprises publiques, T.1. Paris 1986, s.196 ve d. Yüksek yargı organının, kamu teşebbüslerine ilişkin metinlerin bütünü ile kamu sektörünün demokratikleşmesi Kanunun'dan temel aldığı yorum ile; devletin sermayesinin çoğunluğunu kontrol ettikleri dışında çeşitli kamu kuruluşlarının birlikte sermayesinin çoğunluğunu çapraz iştiraklere de dayanarak ellerinde bulundurdukları teşebbüsler de, kamu teşebbüsü tanımına girmektedir. Bkz. Durupty, a.g.e., s.39'dan "Critères de l'entreprise publique", Les entreprises publiques, a.g.e., s.204 ve d.

değil, diğer kamu kurum ve kuruluşlarının da birlikte ve farklı şekillerde çapraz iştirakler (128) dahil olmak üzere çoğunluğunu kontrol ettiği her tür teşebbüsü kamu teşebbüsü olarak nitelendirmiştir. Kamu teşebbüsü, kamu kuruluşlarının birlikte veya ayrı ayrı sermayesinin veya karar organlarındaki oylarının çoğunluğuna sahip oldukları bir teşebbüstür. Buna göre kamu teşebbüsü niteliğindeki ana şirketin bir yavru şirketin sermayesinin çoğunluğuna sahip olması durumunda, yavru şirket de kamu teşebbüsü niteliğini kazanacaktır.

Fransız Danıştay'ı bir kamu teşebbüsünün varlıklarının kamu teşebbüsü sayılmayan bir kuruluşa devri halinde, her zaman için özel sektöre mülkiyet devrinin gerçekleşeceği düşüncesinden hareketle, Schwartz kararında, kamu teşebbüsünün çoğunluk kontrolünün korunduğu sonucuna vararak, devir işlemini hukuka uygun bulmuştur (129). Fransız Danıştay'ı bir sermaye arttırımı işleminde kamu teşebbüsünün söz konusu

(128) Çapraz iştirakler (paylar), "participations croisées" sözcüğünün karşılığı olarak kullanılmış olup, bununla kamu teşebbüslerinin, başka kamu teşebbüslerinin sermayesinde sahip oldukları paylar anlaşılmaktadır. Pierre Uhel "La privatisation des entreprises publique en RFA", a.g.e., s.69.

(129) Durupty, a.g.e., s.39.

sermaye arttırımına katılmamak suretiyle, sermayedeki payının azınlığa düşmesini de 22.12.1982 tarihli "Comité Central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne" kararıyla özelleştirmenin saptırılmış bir biçimi "une forme détournée de privatisation" olarak isimlendirilmiş, yasama organının alanından çıkarılan bir devir niteliğinde gördüğü işlemin iptaline karar vermiştir (130).

Bu yargısal abluka "blocus judidictionnel" bir yandan, siyasal sebeplerle Meclis gündemine getirilemeyen 1982 Kanun tasarısını (131), diğer yandan belli ölçüde özelleştirmeyi ilan eden ya da mantıki bir serinin devamı olarak ortaya çıkaran, oy hakkına sahip olmayan katılma payları ve yatırım sertifikaları ile hukuka aykırı devir işlemlerini doğurmuştur (132).

Konunun önemi dolayısıyla Anayasa Konseyi'nin 25 ve 26.5.1986 tarihli kararına dönmeden önce, 11.12.1982 tarihli

(130) Durupty, a.g.e., s.39.

(131) Tasarı millileştirme işlemi ile kurulmamış kamu teşebbüslerinin devrinde salt idari organın iznini yeterli görüyordu. Bkz. Durupty, a.g.e., s.40.

(132) Durupty, a.g.e., s.40.

Millileştirme Kanunu ile ilgili olarak verdiği ve son kararıyla şaşırtıcı benzerlikler gösteren 16.1.1982 tarihli kararına değinmekte fayda vardır. Gerçekten, Anayasa Konseyi, Millileştirme Kanunu'nun kamu teşebbüslerinin genel müdürleri ile yönetim kurullarını gerektiğinde (133), bu teşebbüslerin sermayelerinin doğrudan veya dolaylı olarak yarısından fazlasına sahip oldukları ülke sınırları dışında faaliyet gösteren yavru şirketlerdeki çoğunluk paylarının tamamen veya kısmen devrine yetkili kılan hükümlerini Anayasaya aykırı bulmamıştır. Anayasa Konseyi'ne göre burada teşebbüslerin organlarını, her türlü denetimin dışında bir takdir yetkisi bırakılmış değildir; Anayasanın 34.maddesini ihlal etmeyen, sınırsız bir yetki devrini öngörmeyen bir hüküm herhalde Anayasaya aykırı olamaz. Burada dahi, yasama organı özelleştirme sürecinin asıl sahibi olarak kalmaktadır. Yasama organı dilerse, bu tür işlemler için, uygulanması yine kendisinin belirleyeceği makam ya da organlara ait olan kurallar koyabilir (134).

Anayasa Konseyi, 1972 tarihli kararında belirlediği

(133) Millileştirme Kanunu'nda işlemin sebep unsuru, bazı ülkelere ilişkin mevzuat ya da teamül ve uygulamaların gerekli kılması biçiminde gösterilmiştir.

(134) Durupty, a.g.e., s.41.

ilkeleri, gerek teşebbüslerin millileştirilmesi ve gerekse teşebbüslerin mülkiyetinin kamu sektöründen özel sektöre devrine ilişkin kuralların kanunla belirlenmesini öngören özelleştirme ile millileştirme bakımından yasama organının yetkilerinin paralelliğini sağlayan Anayasa'nın 34.maddesi hükmünden de yararlanarak, içtihat birliğini korumak amacıyla aynen kullanmıştır. Konsey, davacıların da iddialarını karşılama arayışı içinde, bu yetkiyi çerçeveleyen ciddi sınırlarla kamu teşebbüslerinin özelleştirilmesinin hukuki rejimini belirlemiştir (135).

A- Anayasa Konseyine Göre Özelleştirmenin Hukuki Şartları

1- Özelleştirilecek Teşebbüs Milli Bir Kamu Hizmeti Olmamalıdır.

Anayasal değerdeki ilkelerden kaynaklanan anayasal milli kamu hizmetleri devredilemezken, yasama organının takdir yetkisi ile kurduğu milli kamu hizmetleri özelleştirilebilir niteliktedir. Anayasa Konseyi, bir kamu hizmetinin

(135) Durupty, a.g.e., s.46.

hangi kategoriye girdiğini inceleme yetkisini kendisinde saklı görmektedir (136). Durupty'ye göre, 1946 Anayasası'nın Başlangıcını çağrıştıran bu yeni kamu hizmetleri kavramı, hukukçuları bir kez daha belirlilikten yoksun "bulunmaz bir kategori" ile karşı karşıya getirmektedir (137).

2- Özelleştirilecek Teşebbüs Fiili Bir Tekel Olmamalıdır.

Daha önce, bu kavramın içeriğini belirlemeyen Anayasa Konseyi, bir fiili tekelin varlığını, teşebbüslerin faaliyette buldukları piyasa ya da piyasaların açısından olduğu kadar, diğer teşebbüslerin tümüne karşı bu piyasada yaptıkları rekabet payı bakımından da inceleyecektir. Buna göre, bir teşebbüsün hakim durumda olduğu bir sektördeki faaliyetleri, sınai ve ticari faaliyetlerin çeşitlendirilmesi ilkesinden yararlanılarak, aslında tüm faaliyet konularının sadece bir kısmına ilişkin ise, artık fiili bir tekelden söz edilemeyecektir(138).

(136) Durupty, a.g.e., s.47.

Nitekim, Anayasa Konseyine göre 2.7.1986 tarihli Kanunun 4.maddesinde belirtilen ve ekli listede yer alan 65 teşebbüsten hiç biri, varlığı ve işletilmesi ile Anayasanın emrettiği bir kamu hizmetini görmemektedir.

(137) Durupty, a.g.e., s.47-48.

3- Mülkiyet Devri Esnasında Devlete Tam ve Hakkaniyete Uygun, Adil Bir Tazminat Ödenmelidir.

Teşebbüs gerçek değerine aykırı şartlarda satılmamalıdır.

1982 Tarihli Millileştirme Kanununa ilişkin olarak verdiği kararın unsurlarını yeniden ele alarak uygulayan Anayasa Konseyi (139), 1789 tarihli İnsan ve Vatandaş Hakları Evrensel beyannamesi'nin 17.maddesini hatırlatarak, burada mülkiyet hakkından yoksun kalmanın tam ve peşin bir tazminatı gerektirdiğinden bahisle, söz konusu hükmün sadece bireylerih özel mülkiyet hakkı ile ilgili olmayıp, aynı zamanda devletin ve diğer kamu kişilerininin mülkiyet hakkının korunmasını içerdiğini içtihat etmiştir. Bu genel ilke ile yetinmeyen Anayasa Konseyi tam ve adil bir tazminatın unsurlarını da belirtmiştir.

-
- (138) Durupty, a.g.e., s.49. Yazara göre, Anayasa Konseyi'nin fiili tekel tanımı da, anayasal kamu hizmeti tanımı gibi tatmin edici değildir.
- (139) Pene, a.g.m. s.297. Yazar, özelleştirmenin, millileştirmenin ters işlemi niteliğini kabul etmekle birlikte, aslında eşi, benzeri olmadığını ifade etmektedir.

Kamu teşebbüsü, değerinin altında bir fiyata satılmamalıdır; aksi halde teşebbüsün satıldığı kişiye diğer bireylere göre haksız bir avantaj sağlanması eşitlik ilkesine aykırı olur.

Değerleme, hisselerin borsa değeri, varlıklarının değeri, yavru şirketlerin varlığı, elde edilen kâr, gelecekteki perspektifleri dikkate alınarak şirketlerin varlıklarının ya da hisselerinin tamamen veya kısmen devrindeki cari uygulamalara uygun olarak yapılmalıdır (140).

Fiyatı, yukarıdaki unsura göre tesbit edilen değer altındaki her türlü teşebbüs devri yasaklanmalı, herhangi bir avantaj ya da imtiyazla alıcıların belirlenmesi ve bu arada mülkiyet devrinin milli bağımsızlığı tahlikeye düşürmesi önlenmelidir (141).

Görüldüğü üzere, Anayasa Konseyi 25 ve 26.6.1986

(140) Durupty, a.g.e., s.49-50. Bir teşebbüsün malvarlığı değeri; varlıkları, geçmiş yıllar, kâr, yavru şirketlere göre belirlenir. Gerçek kârlılık değerinin belirlenmesinde ise borsa değeri, gelecekteki perspektifleri ele alınır. Anayasa Konseyi'ne göre nihai hisse fiyatı bu 2 değerlendirme yönteminin uygun bir orantısı ile hesaplanacak değerden aşağı olmayacaktır. Oysa, gerçeklikte bu 2 değerlendirme yöntemi nadiren çakışırlar. Başarılı bir teşebbüste kârlılık değeri, teşebbüsün mallarının yeniden konulmasının bedeli olan malvarlığı değerinden yüksek çıkar. Pene, a.g.m., s.297.

(141) Durupty, a.g.e., s.50.

tarıhli kararıyla özel mülkiyetin korunmasıyla kamu mülkiyetinin korunmasını aynı şartlara tabi tutmak suretiyle hukuk düzenine yenilik getirmiştir (142).

Cumhurbaşkanı, 2.7.1986 tarihli kanunda öngörülen, özelleştirmenin uygulama esaslarının belirtildiği kanun hükmünde kararnameyi imzalamayı reddedince, şartlara göre değişen, idari makamın yetkilerine ilişkin 6.8.1986 tarihli kanunla karşılaşmıştır. Milli kamu hizmeti teşebbüsleri ile fiili tekeller kanununun kapsamı dışındadır. Devirden önceki yılın 31 Aralık günü istihdam ettikleri personel sayısı 1000'i veya konsolide bilançoları 500 milyon Frank'ı geçen kamu teşebbüsleri kararname ile devredilirken, bu rakamların altında olanlar için ön bildirim gerekli ve yeterli olacaktır. Bakan, bildirimi aldığı tarihten itibaren 10 gün içinde izin vermeyi reddedebilir. Şartların yerine getirilmemesi ve

(142) Durupty, a.g.e., s.50. Bu arada Anayasa Konseyi'nin özelleştirmenin ticari başarısı ile adil, gerçek değer seçenekleri arasında, ikinci lehine yaptığı tercihle sorunu basitleştirmediği, denge fiyatının altında satışı yasaklayan böyle bir çözümün özelleştirme sürecini tehlikeye sokacağı, hatta umulanın aksine devlete gelir kaybettireceği, vasat ya da başarısız teşebbüslerin söz konusu değerlendirme tekniği ile satışının, bu Anayasa Konseyi kararı sonucunda, Anayasa'ya aykırı görülebileceği ileri sürülmüştür. Bkz. Pene, a.g.m., s.297.

özellikle mülkiyet devrinin izin olmaksızın gerçekleşmesi halinde Kanununun 22.maddesiyle yokluk müeyyidesi öngörül - müştür(143). Kanun koyucu teşebbüslerin özelleşmesinde şir- ketler hukukunun bütün yöntemlerine izin vermektedir : hisse- lerin devri, katılma payları ya da yatırım sertifikalarının değişimi, birleşme, bölünme, fesih, tasfiye gibi (144).

B- Devir Fiyatının Belirlenmesi

Özelleştirilecek teşebbüslerin halka arz, devir fi- yatı, 5 yıllık bir süre için atanan ekonomi, mali ve hukuki alanlarda yetkinlik ve tecrübeleriyle temayüz etmiş 7 üyeden oluşan, her türlü kuşku ve eleştirinin bertaraf edilmesi ama- cıyla bakanlık teşkilatına karşı bağımsızlığı sağlanmış özel- leştirme komisyonunun (145) görüşü üzerine; Ekonomi, Maliye ve Özelleştirme Bakanı tarafından kararlaştırılacaktır. Ba- kanın nihai olarak belirleyeceği fiyat, Özelleştirme Komis- yonunun önerdiğinden aşağı olamaz.

Pene'e göre, Özelleştirme Komisyonu'nun rolü

(143) Durupty, a.g.e., s.42.

(144) Durupty, a.g.e., s.50.

(145) Durupty, a.g.e., s.51; s.51, dn.11.

fiiliyatta oldukça azdır, zira komisyon da görüşünü sunarken, uzmanların, değer takdir şirketlerinin hesaplarına göz önüne almaktadır. Bakanı sınırlayan tek konu, komisyonun takdir ettiği değer in altına inmemektedir (146).

2.7.1986 ve 6.8.1986 tarihli Özelleştirmeye İlişkin kanunların uygulanmasından doğan, Fransız Danıştay önünde görülen ilk davada hükümet komiseri, özelleştirme komisyonunun değer takdir ameliyesini iptal davasına konu oluşturabilecek bir idari karar olarak görmemiş, "un avis semi-conforme" (yarı-uygun görüş) biçiminde nitelendirmiştir (147). Kararı inceleyen Michel Bazex ise, hükümet komiserinin iddiasını inandırıcı bulmamış ve özelleştirme komisyonunun bakanın sonradan alacağı kararı iyice bağladığı sonucuna varmıştır (148).

Fransız Danıştay'ına göre Özelleştirme Komisyonu görüşünü gerekçelendirmek zorunda değildir. Bu konuda kendisini zorlayan bir yasama işlemi ya da düzenleyici işlem bulunmamaktadır.

(146) Pene, a.g.m., s.300

(147) Durupty, a.g.e., s.53

(148) C.E. 2.2.1987, MM Joxe et Bollon, A.J.D.A. no.5, 1987, s.352 (Michel Bazex'in notu)

Bakanın fiyat tesbit kararı ise hukuka uygunluk denetimine tabi olup, yargısal denetimin kapsamı sadece takdirde açık hatayı arayan minimum asgari bir denetim değildir. Anayasa Konseyi tarafından açıklığa kavuşturulan sıkı kanuni kayıtlar ve Fransız Danıştay'ının millileştirme işlemlerinde önceki deneyimi, Yüksek Mahkemeyi normal bir denetim ile olayların hukuki nitelendirmesini yapmaya yöneltmiştir. Özelleştirme komisyonu hukuka uygun olarak değerlendirme işlemini yapmışsa, bakanın belirlediği fiyat, bu değerlendirmeye uygun olmak şartıyla hukuka da uygun kabul edilecektir (149).

C- Milli Menfaatlerin Korunmasına Yönelik Hükümler

6.8.1986 tarihli kanunun 9.maddesiyle bakana ilk satışta hiç bir gerçek ya da tüzel kişinin devredilen hisselerin % 5 inden fazla hisse satın alamayacağına karar verme yetkisi tanımışsa da bu, takma adlar kullanarak ya da paravan şirketler kurarak aynı kişilerin belirtilen miktarın üzerinde hisse senedi satın almasını engelleyici gözükmemektedir (150).

(149) Durupty, a.g.e., s.54.

(150) Durupty, a.g.e., s.55.

Avrupa Komisyonu'nun İngiliz Hükümeti hakkında Avrupa toplulukları Adalet Divanı önünde açtığı dava da dikkate alınarak, yabancı gerçek ve tüzel kişilerin edinebilecekleri azami oran Kanununun 10.maddesinde % 20 olarak belirlenmiştir ki, bu makul bir düzey olarak görülmelidir. Bununla birlikte, Kanununun 10.maddesinin 6.fıkrası uyarınca, esas faaliyeti, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran 25.3.1957 tarihli Sözleşmenin 55, 56 ve 223. maddelerinin kapsamında değerlendirilecek bir işletmenin sermayesine % 5'i aşan bir yabancı sermaye payı girişi, süre kayıtlaması ile sınırlı olmaksızın Ekonomi Bakanının izin vermesi ile mümkün olabilir. Yukarıdaki maddelerde kamu sağlığı, kamu güvenliği, kamu düzeni sebeplerinin haklı kıldığı özel bir rejim; silah ve mühimmat üretimi ile ticareti ile ilgili faaliyetler belirtilmektedir (151).

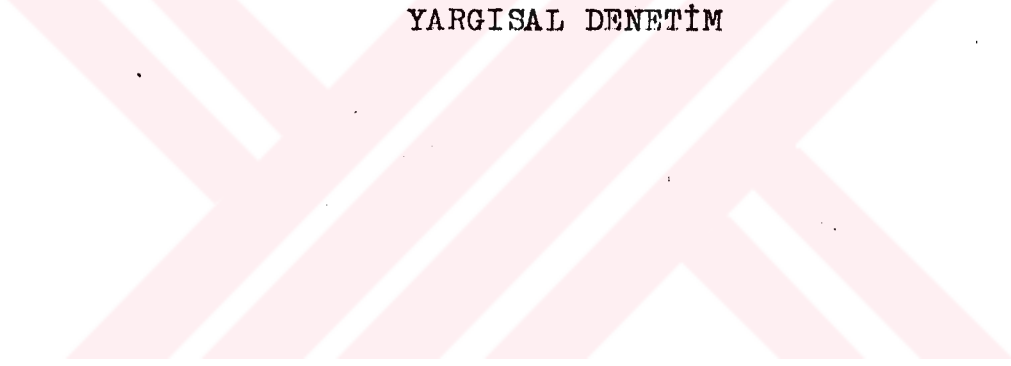
6.8.1986 tarihli kanunda milli menfaatleri korumak

(151) Durupty, a.g.e., s.55-56. Burada bakan, hissedar devletin temsilcisi sıfatıyla değil, egemenlik yetkisini kullanan bir organ olarak hareket etmektedir. Bkz. Contamine, a.g.m., s.313.

amacıyla bakanın % 20'lik sınırı da düşürebileceği ve Devletin elinde bulundurduğu herhangi bir hisseyi özgün hisseye (action spécifique; golden share) dönüştürebileceği öngörülmüştür. Ancak bu geçici bir tedbir olup, 5 yıl sonra özgün hisse hukuken normal bir hisseye dönüşür. Ayrıca, özgün hisselerin varlığına her zaman bakan tarafından da son verilebilir. Bir kişinin ya da birlikte hareket eden kişilerin, bir teşebbüsün sermayesinin % 10'undan fazlasına iştirakine, bakan özgün hisse mekanizması ile onay verebilir ya da vermektan kaçınabilir (152).

(152) Durupty, a.g.e., s.56, Cohtamine, a.g.m., s.313.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TÜRKİYE'DE ÖZELLEŞTİRME
VE
YARGISAL DENETİM



24 Ocak 1980 tarihi, Türk ekonomik hayatında önemli kararların alındığı bir dönüm noktası olarak kabul edildiğinde (153), KİT'lerin hukuki rejimi ve bu arada özelleştirilmeleri bakımından gelişmelerin kaydedilmesine yol açan bir takvim başlangıcı olarak ele alınmalıdır.

I- 24 Ocak 1980 Öncesi Dönem

A- 1923-1950 Arası

Özelleştirme fikrinin aslında daha KİT'lerin kurulması ile ortaya atılması (154), hatta kuruluş kanunlarına işlenmesi gerçeği dikkat çekicidir.

1923 İzmir İktisat Kongresi'nin sonrası yaklaşık 10 yıllık bir dönemi kapsayan ve özel sektöre öncelik tanıyan ekonomik politika, sermaye birikiminin yetersizliği, ehil müteşebbis ve çalışan kadrosunun bulunmaması sebebiyle özlenen sanayilesme ve kalkınma hedefinde gecikme ile karşılaşılınca

(153) Muzaffer Sencer, "Türk Yönetiminde Merkez Kurulları", AİD C.19,S.1, Mart 1986, s.91.

(154) Cevizoğlu, a.g.e., s.77: Sadık Baklacioğlu, "Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Kamu İştiraklerinin Özel Kesime devredilmesi Olanakları" (İktisadi Araştırmalar Enstitüsü Konferansları Serisi), Ankara 1973, s.4.

devlet bizzat müteşebbis olarak ekonomik hayata girmek zorunda kalmıştır (155). Dolayısıyla Türkiye'de izlenen devletçilik politikası doktriner, ideolojik bir nitelik arzetyip, şartların gerektirdiği pragmatik bir anlayışa göre yürütülmüştür (156). Devlet temel sanayileri kurarken özel teşebbüsleri de sahneden atmamış, karma ekonomi modeli olarak tanımlanan bir birliktelik sergilenmiştir. Bu sanayileşme politikası ile Türkiye'nin 1929 ekonomik bunalımı ve sonrasında da diğer ülkelere de örnek bir model oluşturduğunu söylenebilir (157).

Ayrıca önemle belirtilmesi gereken bir husus da, Türkiye'de devletçiliğin mevcut özel işletmelerin millileştirilmesi ya da devletleştirilmesi ile başlamayıp, bilakis

- (155) Yüksel Ülken, Atatürk ve İktisat, 2.B. Ankara 1984, s.110; Hamza Eroğlu, "Devletçiliğin Hukuki Dayanakları", III.Türk Hukuk Kurultayı Türk Hukuk Devrimi Bildiriler Ankara 1981, s.223-225, 1933'e kadar sürdürülen ılımlı devletçilik ilkesi, 1933 sonrasında devletçilik ilkesine dönüşmüş; devletçilik 1937 yılında Anayasal dayanağa da kavuşmuştur.
- (156) Devletçilik ilkesinin geçicilik özelliği de zamanla kalıcı hale gelmiştir. Oysa bu özellik, özel sektörün yatırım yapmama nedeni ortadan kalktığında, kamu teşebbüsünün daha başka alanlarda aynı rolü ifa etmesi anlamını içermektedir. Bkz. Aysan, a.g.e., s.6-7, 112,
- (157) Aysan'a göre kamu girişimciliği yoluyla kalkınma modeli bakımından dünyadaki ilk örnek Türkiye'dir. Bkz. Aysan, a.g.e., s.5.

zaten mevcut olmayan ya da cılız özel işletmeler yerine bir an önce sanayileşme hamlesini gerçekleştirmek ve özel sektöre öncülük etmek üzere bizzat harekete geçmesi olmuştur,(158), dolayısıyla Türkiye'de devletçilik ex nihilo niteliğini taşır. Yoktan var olan KİT'ler sanayileşme kapısının anahtarını sağlayarak rehber konumlarıyla karma ekonomi modelinin işlemesine önyak olmuşlardır.

İşte pragmatik bir anlayışla kurulan KİT'ler tasarruf ve sermaye birikiminin yetersizliği, gelişmiş bir sermaye piyasasının yokluğu, daha da önemlisi, toplumun üst sosyo-ekonomik katlarında dahi yeterli bir sermaye ve finans kültürünün olmaması, iktidar ve bürokrasi kadrolarının karşı görüşleri ya da ekonomik ve siyasal amaçlarla KİT'lerden vazgeçmek istememeleri gibi nedenlerle kuruluş kanunlarındaki halka açılma hükümleri işlerliğe kavuşturulmaktan uzak kalmıştır.

1925'de kurulan Sanayi ve Maden Bankası, Kuruluş Kanunu (159) 8.maddesi, bu bankaya devredilen ve Anonim Şirket haline getirilecek fabrika ve işletmelerin sermayelerinin % 49'unun devrine imkan tanımaktadır.

(158) Nermin Berki, "KİT'lerin Sorunları ve 1980 Sonrasındaki Durumları", Dünya, 4.5.1987

(159) Bu kanunla Osmanlı Devleti döneminden kalan 4 sanayi işletme devralınmıştır. Bkz.Korkut Boratav, Türkiye İktisat Tarihi (1908-1985), 3-B, İstanbul 1990, s.35, 48.

Sanayi ve Maadin Bankası yerine kurulan Devlet Sanayi Ofisi ve Türkiye Sanayi ve Kredi Bankasının da etkinlik gösterememeleri üzerine kurulan Sümerbank'ın 2262 sayılı Kuruluş Kanunu'nun 11.maddesi aynen şu hükümlere yer vermektedir :

"Sümerbank, devir alacağı ve sermayesi tamamen devlete ait olan fabrikaları devir tarihinden itibaren bir sene zarfında mütehassıs heyetler marifetiyle takdir ettirilecek son haldeki hakiki kıymetleriyle mahdud mesuliyetli ve kendisine bağlı şirketler haline koymaya mecburdur... Bu şirketlerin hisse senetlerinin yüzde yüzü banka adına yazılı olacaktır. Hükümetin teklifi üzerine Umumi Heyetçe (160) verilecek karara göre, bu hisse senetlerinin kısmen veya tamamen Türk eşhas ve müesseselerine satılması caizdir" (161).

2805 sayılı Etibank Kanunu m 7'de Etibank'ın maden ve taşocağı ruhsatnamelerini devredeceği tüzel kişiliğe sahip müesseselerin şirket haline getirilerek, çıkarılacak nama yazılı hisse senetlerinin Türk hissedarlara devredilebileceği belirtilmiştir.

(160) Bankanın Umumi Heyeti, Kanununun 8.maddesinde düzenlenmiştir.

(161) R.G., 11.6.1933, S.2424. Ancak bu hüküm, Banka'nın yeniden tesis veya iştirak edeceği teşebbüslere uygulanmaz.

3460 sayılı ve 17.6.1938 tarihli, Sermayesinin Tamamı Devlet Tarafından Verilmek Suretiyle Kurulan İktisadi Teşekküllerin Teşkilatı ile İdare ve Murakabeleri Hakkında Kanun'un 26.maddesi gereğince teşekküller tarafından kurulacak müesseseler, aynı kanununun 39.maddesi uyarınca Hükümetin teklifi ve Umumi Heyetin (162) kararıyla hissedarlarının Türk olması ve hisse senetlerinin nama yazılı olması şartıyla limited veya anonim şirketler haline konabilecektir. Ancak, gerekli görülürse, bu şekilde oluşacak anonim şirketlerin hisselerinin bir kısmı veya tamamı Bakanlar Kurulu kararıyla hamiline ait olabilecektir.

B- 1950 - 1980 Arası

1950 yılında "Devlet işletmelerinin özel sektöre devri sloganı" ile iktidara gelen Demokrat Parti, KİT'lerin özelleştirilmesine programının ana hatlarında yer vermekle birlikte özel sektöre devir gerçekleşmemiş, KİT'ler işlevleri değişmekle birlikte, varlıklarını devam ettirmişlerdir (163).

1960 İhtilali sonrasında kabul edilen 12.3.1964 tarih

(162) Umumi Heyet 3460 Sayılı Kanununun 5.maddesinde düzenlenmiştir.

(163) Boratav, a.g.e., s.78,86. Yazara göre bu sonucu, Türk burjuvazisinin yetenek ve istek yokluğuna bağlamak gerekir. Bkz. Boratav, Türkiye'de Devletçilik, 2.B, Ankara 1982, s.280.

ve 440 sayılı İktisadi Devlet Teşekkülleri ile Müesseseler ve İştirakleri Hakkında Kanun (164) uyarınca özel kesime devrin hukuki dayanaklarını belirleyebiliriz. 440 sayılı K. m.11/6'ya göre, İktisadi Devlet Teşekküllerine ait müesseseler kanunla limited veya anonim şirket haline getirilebileceği gibi, bu şekildeki şirketlere devredilebilirler. Yine 440 sayılı K. m/11 son uyarınca teşekkül iştiraklerinin devir ve tasfiyesi için Bakanlar Kurulu kararı yeterli iken, kanunla yapılmış devlet iştirakleri bakımından yine kanun aranmaktadır.

440 Sayılı Kanunda işletmelerin devri konusunda hüküm getirilmemiş olması karşısında Baklacioğlu, "bir müessenin esaslı unsuru olan" işletme bakımından da kanun şartını aramaktadır (164_{bis}).

Bu arada 440 sayılı Kanun'da İktisadi devlet teşekküllerinin ana teşebbüs olarak devir ve tasfiyesinin düzenlenmediği belirtilmelidir (165).

KİT'ler hakkında 440 sayılı kanun yürürlükte iken, 24 Ocak 1980 kararlarına ulaşılır.

(164) R.G., 21.3.1964, S.11662

(164_{bis}) Baklacioğlu, a.g.m., s.16.

(165) Baklacioğlu, a.g.m., s.15.

II- 24 Ocak 1980 Sonrası Dönem

A- Anavatan Partisi İktidarına Kadar

24 Ocak 1980'de içine düşülen ekonomik sıkıntılarını, döviz darboğazını, ödemeler dengesi açıklarına ve yüksek enflasyona çözüm getirmek amacıyla bir dizi ekonomik karar alınır. Bunlardan 8/180 s. Temel Mal ve Hizmetler Hakkında Karar (1166) ile 440 Sayılı Kanununun 24.maddesine göre, temel mallar; ferrokrom ve alüminyum üretimi için elektrik, kömür, her çeşit sun'i gübre; temel hizmetler ise demir ve deniz yolları yük taşımacılığını olarak belirlenmiş, önceki düzenlemedeki bazı temel mallara yer verilmemiştir (167).

19.10.1983 tarih ve 2929 sayılı İktisadi Devlet Teşekkülleri ile Kamu İktisadi Kuruluşları Hakkında Kanun (168) ya da uzun adıyla (İktisadi Devlet Teşekkülleri ve Kamu İktisadi Kuruluşları Hakkında 11.4.1983 Tarihli ve 60 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve Aynı Kararnamenin Geçici 6.cı Maddesinin Birinci Fıkrasının Değiştirilmesine İlişkin 21.7.1983

(166) R.G., 25.1.1980, S.16880, 1.Mük.

(167) Temel malların kapsamının daraltılması özelleştirmeye yönelik bir sürecin ilk ayak sesleri olarak yorumlanabilir. Baklacioğlu da, kamu hizmeti gören teşebbüsler ile temel mal ve hizmet üretenlerin sermayelerinin en çok % 49'unun devrini uygun bulurken, bunlar dışındakiler için sermayelerinin tamamının devrine karşı koymamaktadır. Bkz. Baklacioğlu, a.g.m., s.17.

(168) R.G., 22.10.1983, S.18199.

Tarihli ve 73 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin değiştirilerek kabulü hakkında kanun) 66. maddesiyle 440 sayılı Kanunla ek ve değişikliklerini yürürlükten kaldırır. Artık, 24 Ocak 1980 sonrası dönemin KİT'lerle ilgili ilk kanuni düzenlemesi vitrindedir.

Kanununun 61.maddesinin 3.fıkrası, işletme veya işletme biriminin tasfiyesi veya satılmasını, ilgili teşekkül ya da kuruluşun önerisi ve Koordinasyon Kurulu (169) kararı alınması şartına bağlamaktadır.

Tasfiyeye ilişkin genel hüküm ise 37.maddede düzenlenmiş olup, buna göre :

- 37/1. Kuruluş amaçları ortadan kalkmış olan teşekküller ve müesseseler kuruluşlarındaki usule göre tasfiye olunur.
 - 37/2. Bağlı Ortaklıklarda, teşekküle ait hisse senetlerinin devrine Bakanlar Kurulunca karar verilir.
 - 37/3. Bağlı ortaklıkların tasfiyesi özel hukuk hükümlerine tabidir. Ancak teşekkül, yönetim kurulu tasfiye kararı vermeden önce Bakanlar Kurulundan izin alır.
 - 37/4. Teşekkül ve bağlı ortaklıkların iştiraklerine ait hisse senetlerinin devrine Koordinasyon Kurulunca karar verilir.
- (169) Koordinasyon Kurulu ile kastedilen 2929 sayılı Kanun m.2/2 uyarınca Ekonomik İşler Yüksek Koordinasyon Kurulu olup, aynı Kanununun 57 ve 58.maddelerinde düzenlenmiştir.

B- Anavatan Partisi İktidarı Dönemi

12 Eylül 1980 Müdahalesini müteakip yapılan ilk genel seçimle iktidara gelen Anavatan Partisi, Başbakan Özal'ın alınmasında, teknokrat düzeyinde önemli katkısı olduğu 24 Ocak kararlarını ve ekonomi politikasını yürütürken özelleştirmeye de büyük yer verecektir.

Nitekim, dönemin Başbakanı Turgut Özal tarafından Millet Meclisi'nde okunan Hükümet Programında (170) ekonomik sistem tercihi olarak rekabete dayalı serbest piyasa ekonomisinin esas alındığı, sanayi (171) ve ticarete devletin ilke olarak girmemesi gerektiği, istisnai olarak geri kalmış bölgelerde kurulacak sınai tesislerin de kısa zamanda millete devredilmesi hususu vurgulandıktan sonra KİT politikasının gerçekleşmesinin zaman alacağı, özelleştirmeye KİT'lere bağlı bazı işletmelerden, bunlar anonim şirket haline getirilip hisse senetleri halka satılmak suretiyle başlanacağı dile getirilmektedir. İlerde aynı esaslara, üstelik

(170) Bakanlar Kuruluna güvenildiğine dair 1 no.lu ve 24.12.1983 tarihli TBMM kararı R.G. 25.12.1983, S.18262, s.627.

(171) Sanayie kamu yatırımı yapılmaması "ideolojik saplantı" olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Boratav, Türkiye İkt... s.132.

daha genişlemiş bir biçimde işletmelerden başlayarak KİT'leri (172) içine alan bir süreç içinde, müteakip Hükümet Programları ile 5.ve 6.Baş Yıllık Kalkınma Planında rastlanacaktır (173).

Bu dönemde özelleştirmeye ilişkin 2 temel kanuni düzenlemeye rastlanılmaktadır: 29.2.1984 tarih ve 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun (174) ile 28.5.1986 tarih ve 3291 sayılı

(172) Dar ve teknik anlamıyla; teşekkül ya da kuruluşun ortak adı olarak teşebbüs

(173) Altıncı Beş Yıllık (1990-1994) Kalkınma Planının onaylandığına ilişkin 22.6.1989 tarih ve 62 sayılı TBMM Kararı R.G., 6.7.1989, S.20717 Mük. m.6, m.14, m.179, m.180, m.18.

Bu arada yabancı sermaye girişini arttırmak amacıyla özelleştirme uygulamalarına devam edileceğine ilişkin 127.madde ilgi çekicidir.

(174) R.G., 17.3.1984, S.18344.

..... ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanun (175).

(175) R.G., 3.6.1986, S.19126. Bu kanunun 17.maddesinin 2. fıkrası ile 1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Kanunu'nun bazı maddeleri yürürlükten kaldırılırken, m.17/3 ile tütün ve tütün mamullerinin üretimi, ithalatı ve satışı ile ilgili usul ve esasların tesbitinde yetkili kılınan Bakanlar Kurulu, 8.8.1986 tarih ve 86/10911 sayılı Kararnamenin eki Usul ve Esasların 5.maddesini 2.5.1991 tarih ve 91/1755 sayılı kararı ile değiştirmiştir. 3.5.1991 tarih ve 20860 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan bu Bakanlar Kurulu kararına göre yerli ve yabancı gerçek ve tüzel kişiler TEKEL'in ortaklığı ile, ya da TEKEL'in ortaklığı olmadan, TK hükümlerine göre çalışacak şirketler marifetiyle entegre yeni tesisler kurarak tütün mamulleri üretebilecekler; bor-sadan, üreticiden veya ithal yolu ile yaprak tütün satın alabileceklerdir. Bu tesislerin ürettikleri ürünlerin fiyatlandırma ve satışı da serbest olacaktır. Hatta yılda 2000 tonluk üretime ulaşan markaların ithalatına, fiyatlandırması ve satışına dahi serbesti getirilmiştir. 3291 sayılı Kanun 17/2-3 ve az önce içeriği açıklanan Bakanlar Kurulu kararı ile tütün tekelinin kaldırılması geniş anlamda bir özelleştirme uygulaması olarak dikkatimizi çekmektedir. Yine 14.6.1989 tarih ve 3571 sayılı Kanununun 15.maddesi ile ham petrol ve petrol ürünlerinin fiyatlarının tesbitinde getirilen serbesti de, bir geniş anlamda özelleştirme örneğidir.

2983 ve 3291 sayılı kanunlar dışında 8.6.1984 tarih ve 233 sayılı Kanun Hükümünde Kararname'de de özelleştirmeye ilişkin bir hükme yer verilmiştir.

2983 sayılı Kanunun, kanunlaşmadan önce tasarı halindeyken geçirdiği aşamalarda, Plan ve Bütçe Komisyonu ile TBMM Genel Kurulu'nda dile getirilen düşüncelere göz atmamız faydalı olacaktır.

Komisyon üyeleri hisse senetlerinin satış ilkelerine açıklık getirilmesi, dış sermayeye açık olup olmaması, açık olacaksa milli güvenliğin dikkate alınması hususlarına dikkat çekmişler; yazılan muhalefet şerhlerinde hisse senedi satışının uygulamada belirli bir kesim ve yabancı sermaye lehine gerçekleşeceği belirtilirken, yabancıların hiç bir kayda tabi tutulmamasına dikkat çekilmiştir. Ayrıca satış, işletme hakkı verilmesi işleminin kapsam ve koşullarının düzenlenmemiş olması eleştirilmiştir. Tasarı ile kamu hizmeti ve kamu malı kavramında sarsıntıya yol açılacağı da belirtilmiştir (176).

(176) Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/451), TBMM Tutanak Dergisi, C.II Dönem 17, Yasama Yılı 1, S.sayısı 14, s.3,5,6b

Kanun tasarısı üzerinde TBMM Genel Kurulu'nda yapılan görüşmeler oldukça gergin bir ortamda gerçekleşmiştir. Milliyetçi Demokrasi Partisi Grubu adına konuşan Memduh Yaşa, hisse senedi çıkarmak yoluyla satışı "para bulma karşılığında mal-mülk tasfiyesi" olarak nitelerken, tekel niteliğindeki kamu teşebbüsleriyle; askeri, siyasi, ekonomik ve sosyal bakımdan stratejik önemdeki işletmelerin satışa konu olmaması gerektiğini vurgulamıştır. Yaşa'ya göre yeni kaynak girişi ancak yabancıya satışla mümkün olabilecektir. Tasarı ile Parlamantonun varlık sebebi ortadan kalkmaktadır (177).

Halkçı Parti Grubu adına söz alan Aydın Güven Gürkan, tasarının yerli-yabancı ayrımı yapmadığına değinerek, bu halyle yasalastığı takdirde ileride millileştirme işlemlerine gidilebileceğini ifade etmektedir (178).

Tekelciliği önleyen, temel mal ve hizmet üreten, stratejik önemdeki kamu teşebbüslerinin istisna edilmesini öneren değişiklik önergesi ve "Bu kanun kapsamından Türk gerçek ve tüzel kişileri yararlanır" biçimindeki bir önerge, Genel Kurul'da reddedilmiştir (179).

(177) TBMM Tutanak Dergisi, C.II, s.170-174.

(178) TBMM Tutanak Dergisi, C.II, s.176-177.

(179) TBMM Tutanak Dergisi, C.II, s.230-231

2983 Sayılı Kanun gelir ortaklığı senedi, işletme hakkı ve hisse senedi olmak üzere 3 ayrı kurumu düzenlemektedir.

Gelir Ortaklığı senedi Kanununun m.3/c uyarınca alt yapı tesislerinin gelirlerine ortak olmak üzere çıkarılacak senetleri ifade etmekte olup, geniş anlamda bir özelleştirme türüdür. Kamu iktisadi kuruluşları ve iktisadi devlet teşekkülleri bakımından da çıkarılması mümkün olacaktır.

Duran'a göre, üzerlerinde mali çıkar elde etme amacına yönelik işlemler yapılamayacak kamu malları ne ayrı haklara, ne de şahsi haklara konu oluşturabilirler (180).

Hisse senedi, Kanunun ilk şeklinde 1.5.1985 tarih ve 3188 sayılı kanunla değiştirilinceye kadar, sadece kamu iktisadi kuruluşları ve iktisadi devlet teşekküllerine ait tesisleri; yani müessese, işletme, bağlı ortaklık ve benzerlerine gerçek ya da tüzel kişilerin ortak olunması için çıkarılacak senetleri ifade etmekte iken, söz konusu değişikliklerle kamu iktisadi teşebbüslerini de kapsar hale gelmiştir. Daha açık bir deyişle artık 2929 sayılı Kanununun 61.madde

(180) Duran, "Anayasa (II)", s.7.

hükmünden farklı biçimde doğrudan bir iktisadi devlet teşek-
külünün ya da kamu iktisadi kuruluşunun özel mülkiyete dev-
redilmesi yolu açılmış olmaktadır (181).

2983 Sayılı Kanunun, özelleştirmeden hiç söz etme-
den hisse senedi satışı ile "özelleştirme yolunu açmakta"
olduğu belirtilmiştir (182).

2983 Sayılı Kanunla getirilen 3.özelleştirme biçimi
olan işletme hakkı ile (m.3/e) tesislerin belirli süre ve
şartlarda gerçek ve tüzel kişiler tarafından işletilmesi
ve varsa ürünlerinin pazarlama pazarlama ve dağıtımının ya-
pılması anlaşılmaktadır. İşletme hakkı konusunu oluşturan
tesislerde yönetim, kendilerine işletme hakkı verilen gerçek
ve tüzel kişilere ait olacaktır (183).

(181) Zaten 2929 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 233 sa-
yıllı KHK de 38.maddesinde teşebbüslerin de tasfiyesi
veya satılmasından söz etmektedir.

(182) Devrim Ulucan, Anayasa Mahkemesi'nin Ekonomik Haklara
İlişkin Kararları, İstanbul, t.y., s.71.

(183) Duran "Anayasa..... II", s.7, Aslında Duran, bu makale-
sinde işletme hakkının özel kişilere devredilmesinden
söz etmişse de, 2983 Sayılı Kanun'a dayanarak, 27.8.1984
tarih ve 84/8495 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürür-
lüğe konan Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği (R.G.,
13.9.84, S.18514) m. 21/3 uyarınca "hakiki ve hükmi
sahıslara" denilmekle, tüzel kişiliğin niteliğine değinil-
memesi karşısında, kamu tüzel kişilerine de işletme hak-
kının devredilebileceği akla gelmektedir. Bunun ise özel-
leştirme mantığına ters düşeceği açıktır.

2983 Sayılı Kanun Hakkında açılan davada, Anayasa'nın çok partili rejimi benimsemesi nedeniyle özelleştirmeye dönük bir ekonomik politikasını Anayasa sınırları içinde bulan Anayasa Mahkemesi, bazı zorlama yollara da başvurarak iptal isteminin reddine karar vermiştir (184).

Yüksek Mahkeme " bu kanunda Kamu İktisadi Kuruluşları ve İktisadi Devlet Teşekkülleri için hisse senedi çıkarılması ve işletme hakkı verilmesi yetkisinin tanınmadığının bir kez daha belirtilmesinde yarar vardır." dedikten sonra 3188 sayılı kanunla yapılan değişiklik gündeme gelerek, daha bu karar Resmi Gazete'de yayımlanmadan önce, dar ve teknik anlamdaki kamu iktisadi teşebbüslerinin de hisse senedi satışı yolu ile özelleştirilmesi mümkün kılınmıştır.

Anayasa'nın özelleştirmeden hiç söz etmemesini, özelleştirmenin Anayasa tarafından yasaklandığı anlamında kabul etmeyen Ulucan (185), Anayasa m.47'de düzenlenen

(184) AYM, 18.2.1985, E.84/9 K.85/4, R.G., 26.6.1985, S.18793, s.9-37.

(185) Ulucan, a.g.e., s.82.

aksine işlem devletleştirmeyi hareket noktası olarak alırken, tüm kamu teşebbüslerinin özelleştirmeye açık tutulmasını Anayasa'ya aykırı bulmaktadır. Stratejik önemi haiz, açık bir şekilde kamu hizmeti gören, tekel niteliğinde olan kamu teşebbüsleri, bu niteliklerine ilişkin objektif kriterler getirilmek şartıyla, özelleştirme uygulamaları dışında tutulmalıdır (186).

Anayasa Mahkemesi'nin borç senedi niteliğinde görüldüğü gelir ortaklığı senetleri ise, maliklerine aynı hak ya da gelir getiren kuruluşun yönetiminde temsil hakkı sağlamadıklarından, yabancıların bunları edinmelerinin milli bağımsızlıkla irtibatlandırılmayacağı Yüksek Mahkemece kabul edilmiştir.

Buna karşılık, kamu iktisadi teşebbüslerine ait

(186) Ulucan, a.g.e., s.85.

İşletme hakkının da yabancıların belli bir süre için dahi olsa yönetimi devralmasına ilişkin ihtimal karşısında Anayasa Mahkemesi yine susmaktadır. Duran'a göre ana teşebbüslerin mülkiyet ve yönetiminin tümüyle yabancıların eline geçmesi bağımsızlığın zedelenmesi olarak değerlendirildiğinde, artık "... iş işten geçmiş olur". Bkz. Duran, "Anayasa II", s.5.

tesislerin yani müessese, bağılı ortaklık, işletme ve benzerlerinin hisse senedi satışı yolu ile özelleştirilmesi sonucu yabancıların bunlar üzerinde hiç bir sınırlama yapılmaksızın aynı hak ve yönetimlerinde temsil hakkı sağlamaları hususu dolaylı biçimde göz ardı edilerek, Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'ya uygun bulunmuştur (187).

Anayasa Mahkemesi, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik vs, bedelleri, Anayasa'nın 73.maddesi kapsamındaki vergi, resim, harç niteliğinde değil de ekonomik koşullara göre belirlenen bir ücret niteliğinde görmektedir. Bu nedenle de alt yapı tesislerinin gelirlerinin gelir ortaklığı senetlerine konu oluşturmasını yadırgamamaktadır. Oysa, kişiler kamu mallarının gelirlerinden değil, ancak

(187) Ulucan, a.g.e., s.120. Yazar, yabancılara sınıra tabi olmaksızın satış ile yürütme organı verilen geniş yetkilerin de yetki devrine konu oluşturduğu düşüncesiyle, kamuoyunda Araplara Mülk satışı Kanunu olarak bilinen Kanundakine benzer Anayasaya aykırı unsurların varlığının 2983 sayılı Kanun bakımından da iptal akibetiyle karşılaşması gerektiğini belirtmektedir.

"aynından, kendisinden yararlanabilirler (188).

Yüksek Mahkeme'nin sosyal devletten iktisadi devlete geçişin jürisprüdansiyel temellerini attığı belirtilerek, kamu hizmetlerinin daraltıldığına işaret edilmiştir (189).

Güran da Anayasa Mahkemesi'nin kararında açıkça belirtmemekle birlikte, fiyat içinde kârın da varlığının kabul edilmesi halinde idari teşkilatın, idari fonksiyonun, idare hukukunun varlık nedenlerinin de son bulacağı görüşündedir (190). Öyle ki, "piyasavâri" ekonomik ölçütlerle hesaplanamayacak mahiyette kamu yararı unsurlu hizmetler de vardır (191). Fiyatlandırma halinde ise kamu hizmetinin sunulmasında genellik ve eşitlik ilkesi ortadan kalkacaktır (192).

Duran, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya aykırılık iddialarını reddederken, ortaya net ve somut gerekçeler koyamadığını belirttiikten sonra, tutarsız ve birbirine uymayan

(188) Sait Güran "Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Malına Bakışı", İHİD, S.1-3, s.86.

(189) Yıldızhan Yayla, "Sosyal Devletten İktisadi Devlete (veya Kamu Hizmetinin Sonu)", Hukuk Araştırmaları, C.1, S.1, s.37.

(190) Güran, a.g.m., s.83. Duran da Anayasa Mahkemesi'nin kamu malı ve kamu hizmeti kurumlarını reddettiği düşüncesindedir. Bkz. Duran, "Anayasa.... (II)", s.26.

(191) Güran, a.g.m., s.87.

(192) Yayla, a.g.m., s.36. Yazar, sosyal devlet ilkesinin henüz kabul edilmediği dönemlerde dahi bazı kamu hizmetlerinin bedelsiz sunulduğunu hatırlatmaktadır.

gerekçelere dayanan bu kararı eleştirmenin de bir fayda getirmeyeceği sonucuna varmaktadır (193).

2983 sayılı Kanunda öngörülen 2 organ Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu ile Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığı, 1984'den beri çeşitli kanun hükmünde kararnamelerle yapı, "yetki geçişmeleri"ne (194) uğramıştır. Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulunu düzenleyen 10.madde Devlet Planlama Teşkilatı Kuruluş ve Görevleri Hakkında 223 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede değişiklik yapan 304 sayılı Kanun Hükmünde Kararname m4/b ile yürürlükten kaldırılmış, bu KHK'nin 3.maddesi ile de kaldırılan Kamu Ortaklığı Kurulunun Görevleri Yüksek Planlama Kuruluna geçmiştir. Daha sonra da 414 sayılı Kanun Hükmünde Kararname m.7 ile 2983 sayılı Kanundaki Yüksek Planlama Kurulu deyimi, Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığı olarak değiştirilmiştir. Nihayet, 3701 sayılı ve 6.3.1991 tarihli Devlet Planlama Teşkilatı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un (195), 54. maddesi ile bu son hüküm de yürürlükten kaldırılmıştır.

(193) Duran, "Anayasa..... (II)", s.5-6.

(194) Bu tamlamayı kullanan Sencer, ülkemizde "kurullar yönetimi" ile merkezi idarenin başkent teşkilatının güçlendirildiğine, yürütmenin adeta Başbakan, bazı bakanlar ve bazı üst düzey bürokratlardan oluşan merkez kurullarına terk edildiğine dikkati çekmektedir.

Sencer, a.g.m., s.114-116.

(195) R.G. 22.3.1991, S.20822

8.6.1984 tarih ve 233 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Tasfiye adlı Dördüncü bölümünde Teşebbüsler, Müesseseler, Bağlı Ortaklıklar, İşletmeler ve İşletme Birimlerinin ve İştiraklerin Tasfiyesi veya Satılması başlıklı 38.maddesiyle ilgi çekmektedir. Maddede kamu ekonomik girişimciliğinin bütün türleri sayılmıştır. Kapsamına 233 s. KHK m.2/1 uyarınca iktisadi devlet teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının ortak adı olan teşebbüsler dahi dahildir. 233 s. Kanun Hükmünde Kararnamenin hukuk dünyasına girdiği 1984 Haziran'ında henüz 2983 sayılı kanunda, m3/d' nin 1.5.1985 tarih ve 3188 sayılı kanunla değişmemiş olduğu, bir başka deyişle, hisse senedi satışı yolu ile kamu iktisadi teşebbüslerinin (burada dar ve teknik anlamıyla 233 s. KHK m2/1 kapsamı) özelleştirilmeyi henüz düzenlemediğine işaret etmek gerekir. 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin kapsam ve amaçla ilgili 1.madde 2.fıkra d bendinde 2983 sayılı kanunla koordinasyon ve işbirliği esaslarının düzenlenmesinin öngörüldüğü de elde bulundurulursa, hükümler arasındaki karşılıklı ilişki daha iyi anlaşılabilir.

233 s. KHK m 38/1'e göre, her tür kamu teşebbüsünün (teşebbüs, müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri, iştirakler) tasfiye, devir, satış, işletme haklarının verilmesi kararı Ekonomik İşler Yüksek Koordinasyon

Kurulu (EİYKK) tarafından alınır (196).

Önce 2929 sayılı Kanununun 57 ve 58. maddelerinde düzenlenen (EİYKK), bu kanununun 233 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılması üzerine bu kez 8.6.1984 tarih ve 203 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 30.maddesine göre kurulmasının öngörüldüğü belirtilerek 6.8.1984 tarih ve 84/8423 sayılı Bakanlık Kurulu kararı (197) ile düzenlenmiş, hukuk dünyasındaki belirsiz statüsüne ise Başbakanlık Teşkilatı Hakkındaki Kanun Hükmündeki Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında 10.10.1984 tarih ve 3056 sayılı Kanunla (198) aydınlık kazandırmak üzere sürekli kurul başlıklı 31.maddede, bu kurulun

-
- (196) 233 sayılı KHK m.3/1'e göre (dar ve teknik anlamda) teşebbüsler Bakanlar Kurulu kararı ile kurulurken tasfiye devir satış kararının EİYKK'na bırakılmasının "aksine işlem kuramına tamamen aykırı" olması yanısıra, yetkinin kanuniliği ilkesinin de ihmal edildiği, EİYKK'nun sadece öneride bulunabileceği, yürütülebilir idare kararın ancak Bakanlar Kurulu'nca alınabileceği açıktır. Bkz.Özay, "Kamu.....", s.93-94.
- (197) R.G., 21.8.1984, S.18496. Ekonomik İşler Yüksek Koordinasyon Kurulu'nun Teşkili, Görevleri ve Çalışma Esasları Hakkında Karar m 3/b ile 233 sayılı KHK, Kalkınma Planı ve Yıllık Programlar çerçevesinde kamu iktisadi teşebbüsleri ile her tür kararı almak görevi Kurul'a verilmiştir.
- (198) R.G., 19.10.1984, S.18550

EİYKK olduğu ifade edilmiştir. EİYKK, 28.12.1987 tarih ve 304 s. KHK ile kaldırılmış; ekonomik konularda yüksek düzeyde kararlar almak ile uzun vadeli kalkınma planı ve yıllık programlar çerçevesinde 233 sayılı KHK hükümleri de dikkate alınarak Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile ilgili her türlü kararları almak bu kez Yüksek Planlama Kuruluna verilmiştir. Zaten, 28.5.1986 tarih ve 3291 sayılı ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkındaki Kanun (199) 17.maddesinde 233 sayılı KHK'nin tasfiye ve satış ile ilgili EİYKK'nun yetkili olduğuna dair 38.maddesinin uygulanmayacağını öngörmektedir.

Anavatan Partisi iktidarı dönemindeki özelleştirme ile ilgili 2.kanuni düzenleme olan 3291 sayılı kanunu incelemeye geçmeden önce, bu kanunun hazırlanırken kendisine "sadakatile" (200) uyulduğu ifade edilen Morgan Bank'ın Özelleştirme Ana Planı ile eklerine göz atmakta konumuz

(199) R.G., 3.6.1986, s.19126.

(200) Kâzım Yenice, "Tartışmalı KİT Satışları", Cumhuriyet 19.10.1989: TBMM Genel Kurulu'nun 22.5.1986 tarih ve 109 nolu birleşim 2 nolu oturumunda SHP Grubu adına söz alan Barış Can da Morgan Bank Raporu ile 3291 sayılı Kanunun yakın ilişkisine dikkat çekmektedir. Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, C.XXIX, Dönem 17, Yasama Yılı 3, s.316.

açısından fayda vardır.

Reha Poroy ve Ünal Tekinalp'in danışmanlığında hazırlanan çalışmada, amacın T.C. Anayasası ve Kanunlarında özelleştirme işlemlerine karşı engellerin belirlenmesi ile KİT'lerin özelleştirilmesi işlemlerini gerçekleştirmek veya kolaylaştırmak üzere hukuki yapıda gerekli görülen değişiklikler hakkında teklifte bulunulması olduğu ifade edildikten sonra; hukuki yapı içinde aşılamayacak bir engel olmamakla birlikte, özelleştirme programını gerçekleştirmek üzere bazı kanunlar ile 233 sayılı KHK'de değişiklik yapılması gerektiği, KİT'lerin denetlenmesine ilişkin Anayasa'nın 165.maddesi'nin özelleştirmeye karşı doğrudan bir engel olmadığı, Anayasa 165. maddesinde değişikliğe gerek duyulmaksızın 233 sayılı KHK'de değişikliğe gidilebileceği sonucuna varılmaktadır (201).

(201) Morgan Bank, Özelleştirme Ana Planı Hukuki Konular, Ankara 1986. s.i, ii,4. Raporda ayrıca KİT'ler hakkında ilgili bakanlık denetimi ile Bakanlar Kurulu'nun gerektiğinde mal ve hizmet fiyat tesbit yetkisinin kaldırılması, Yüksek Denetleme Kurulu'nun denetiminde mali konulara ağırlık verilmesi istenmekte, özelleştirme sonrası kamu hisseleri oranına bakılmaksızın TTK hükümlerine tabi tutulmasının beklendiği belirtilmektedir. Bkz. s. ii, iii, 12.

Bu arada, Anayasa'nın 165.maddesiyle (202) kamu iktisadi teşebbüslerinin varlığı ve sürekliliğinin Anayasa koyucu tarafından da kabul edildiği, istenilse de, ortadan kaldırılmalarının mümkün olmayacağı, en azından varlıklarını daha uzun süre koruyacakları savunulmuştur (203). Anayasa Mahkemesi'nin de Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu hakkında verdiği kararda kamu teşebbüslerinin Anayasa'nın 128. maddesindeki genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları hizmetleri "yapı ve ad değişikliklerinde de sürdürecekleri doğaldır" denilmektedir (204).

3291 sayılı Kanun Tasarısının TBMM Genel Kurulunda görüşülmesi sırasında kanun koyucu tarafından ilk kez "başlık olarak" kullanılan özelleştirmenin bir kavram değerine ulaştırılarak tanımının yapılması, hiç olmazsa

-
- (202) Bu madde uyarınca çıkarılan 2.4.1987 tarih ve 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, bazı maddeleri Anayasa Mahkemesi'nin 28.10.1988 tarih ve E.87/12, K.88/3 sayılı kararıyla iptal edilmekle birlikte, halen yürürlüktedir.
- (203) Duran, "Sözleşmeli Kamu Personeli", Cumhuriyet, 12.12.1988; Özay, "İdare", s.200.
- (204) AYM, 19.4.1988, E.87/16, K.88/8, R.G. 23.8.1988 S.19908, s.52.

temel unsurlarına yer verilmesi istenilmiş, kamu açıklarını kapatmak üzere KİT'lerin satışının düşünüldüğü, ideolojik yaklaşımın esas alındığı, mal üreten KİT'lerle hizmet üretenleri ayırmak, özelleştirmelerin yasa ile yapılması gerektiği muhalefet milletvekillerinin eleştirileri olarak ortaya konmuş, yabancılara hangi oranda ve ne gibi ölçütlerde satış yapılacağı sorularak halka bilgi verilmesi üzerinde durulmuştur (205).

Cahit Tutum tarafından hisse senedi satışlarında işletmede çalışanlara, yurt dışındaki işçilere, küçük tasarruf sahiplerine öncelik tanıma konusunda kıstas belirtilmemesinin sebebi sorulduğu zaman, dönemin Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Kaya Erdem'in "Kanunda özelleştirmeye alakalı kıstaslar detaylı olarak gösterilmez, gösterilmemesi lâzım; aksi halde kendi kendinizi bağlarsınız." cevabıyla karşılaşılmıştır (206).

Özelleştirmenin hukuki çerçevesi, esas itibariyle

(205) TBMM Tutanak Dergisi, C.XXIX, Dönem 17 Yasama Yılı 3 S.417, s.409, s.322, s.318, s.416.

(206) TBMM Tutanak Dergisi, C.XXIX, s.413-414.

28.5.1986 tarih ve 3291 sayılı, kanun yapma tekniğine aykırı nitelikteki (207) Kanununun (208), Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi ile ilgili hükümler başlıklı Beşinci Bölümüne serpiştirilmiş, yürürlük ve yürütme maddesi de dahil olmak üzere 7 madde ile düzenlenmiştir.

3291 sayılı Kanununun 13.maddesinde ikili bir ayırım yapılarak Kamu İktisadi Teşebbüslerinin (dar ve teknik anlamda teşebbüs) özelleştirilmesine karar verilmesinde yetki Bakanlar Kurulu'na ; müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin özelleştirilmesinde ise Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı (Kamu Ortaklığı Kurulu) Kurulu'na verilmiştir. Bu kuruluşlara ait iştiraklerdeki kamu paylarını da satışa yine Kamu Ortaklığı Kurulu yetkilidir.

Bu hükümde de peş peşe değişiklikler meydana gelmiştir. Şöyle ki, önce Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu ibaresi 28.12.1987 tarih ve 304 sayılı KHK m.5 ile Yüksek

(207) Birbiriyle ilgisi olmayan birden çok kanunun değişikliğe uğratılması ve yeni hükümler getirilmesi DYP Grubu adına konuşan Cafer Tayyar Sadıklar tarafından kanun yapma tekniği bakımından yanlış görülmüştür. Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, C.XXIX, s.313, Aybay da "çok yasalı bir yasa " ifadesini kullanmıştır. Bkz. Aydın Aybay "Satılanları geri alma hakkı", Cumhuriyet, 3.10.1989

(208) R.G., 3.5.1986, S.19126.

Planlama Kurulu olarak, Yüksek Planlama Kurulu deyimini 9.4.1990 tarih ve 414 sayılı KHK m.7 ile Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığı biçiminde değiştirildikten sonra, nihayet 6.3.1991 tarih ve 3701 sayılı Devlet Planlama Teşkilatı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun (209) ile, 2983 sayılı kanunun 10.maddesi ile diğer kanunlarla (ve bu arada incelediğimiz 3291 sayılı kanunla da) Kamu Ortaklığı Kuruluna verilen görevleri yürütmek, bu kez de Yüksek Planlama Kurulu'na geçmiştir. 3701 sayılı kanun diğer yandan da 414 sayılı KHK nin 7.maddesini yürürlükten kaldırmıştır.

Bu karmaşık mevzuat hükümlerini topluca değerlendirdiğimizde, dar ve teknik anlamdaki teşebbüslerin özelleştirilmesinde karar verilmesinde yetki Bakanlar Kurulunda kalmakla beraber; müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin özelleştirilmesinde yetkinin Kamu Ortaklığı Kurulu - Yüksek Planlama Kurulu - Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığı - Yüksek Planlama Kurulu zincirini izlediği görülmektedir.

Kamu teşebbüsü türlerinden herhangi birinin yetkili kurulca özelleştirilmesine karar verilmesi üzerine, bu kez 3291 sayılı Kanunun ilk şekli ile Kamu Ortaklığı

(209) R.G., 22.3.1991, S.20822.

Kurulu; yukarıdaki paragrafta sözü edilen 1986'dan beri yaşanan yetki geçişmeleri dikkate alınmak suretiyle ilgili oldukları tarihte belirtilen kurul ya da merciler 3701 sayılı Devlet Planlama Teşkilatı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ise Yüksek Planlama Kurulu (210) özelleştirilmesine karar verilen kamu teşebbüsünün,

- mevcut ve çıkarılacak hisse senetlerinin
- varlıklarının

tamamının veya bir kısmının satılmasına;

(210) Bkz. 3701 sayılı Kanun m.53.

Yüksek Planlama Kurulu, Kamu Ortaklığı İdaresi'nin yüksek karar organı durumundadır. Bkz. Yeniden Yapılanma, Yıl 1 S.5, Ocak 1989, s.3. Nitekim, gerek 414 sayılı KHK m.6, gerekse bu hükmün 3701 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmasına rağmen, 3701 sayılı Kanunun Yüksek Planlama Kurulunu düzenleyen aynı mahiyetteki m.4/3 ile Yüksek Planlama Kurulunun Kamu Ortaklığı İdaresinin faaliyetleri ile ilgili olarak yılda en az üç defa toplanacağı hükmü konulmuştur.

- kiralanmasına (211);
- işletme hakkı verilmesine (212);
- devredilmesine;
- tasfiyesine;

karar verirken, her türlü düzenleme yapmaya yetkilidir (m.13/2). Görüldüğü üzere bu hükümle 6 ayrı özelleştirme usulüne yer verilmiştir.

Sermayedeki kamu payı % 50'nin altına düşünceye kadar;

- 1) Kamu teşebbüsünün denetimi Anayasa'nın 165.maddesindeki esas ve usullere tabidir.

(211) Bu konuda ayrıca bkz. 10.6.1985 tarih ve 3226 Sayılı Finansal Kiralama Kanunu (R.G. 28.6.1985, S.18795) Finansal kiralama konusu taşınır/taşınmaz malın mülkiyeti kiralayana ait olmakla birlikte, taraflar en az 4 yıl süre ile feshedilemeyecek sözleşmeye, süre sonunda kiracının malın mülkiyetini devralacağına dair hüküm konmasına kararlaştırabilirler.

(212) 2983 sayılı Kanun m.11/b uyarınca işletme hakkı süresi azami 15 yıl olup, bu süre yenilenebilir. Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği'nin m.4/i'de işletme hakkının tanımı yapılırken mülkiyet hakkının saklı kalması, belirli bir bedel, belirli süre ve şartlardan söz edilmekte, Yönetmeliğin 4.Bölümünde ise işletme hakkı daha ayrıntılı olarak düzenlenmektedir.

- 2) Halen yetkili olan Yüksek Planlama Kurulu, kamu teşebbüsünün faaliyetlerini, organlarını yönetimini, sermaye miktarını belirleyebilir ve buna ilişkin işlemleri yapabilir.
- 3) 2492 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na dayanarak kamu teşebbüsü yetkilerini kullanabilir.

Bu 3 hüküm Özelleştirme karar tarihi ile özelleştirilen kamu teşebbüsünün sermayesindeki kamu payı % 50'nin altına düşünceye kadar uygulama alanı bulur. Halen, Yüksek Planlama Kurulu özelleştirme işlemlerinden elde edilip Kamu Ortaklığı Fonu'nda toplanan meblağın Fon, Hazine ve Özelleştirilen kamu teşebbüsü arasında hangi oranlarda dağıtılacağına karar vermeye yetkilidir.

Özelleştirmede ;

- gelir ortaklığı senedi, hisse senedi çıkarılması, işletme hakkı verilmesini sağlamak,
 - Çıkarılacak gelir ortaklığı senetleri ve hisse senetlerinin adedi, değeri ve bunlarla ilgili hususları belirlemek
 - Tesislerin gerçek ve tüzel kişilerce işletilme şartlarını belirlemek
- görevleri ise,

2983 sayılı Kanununun 414 sayılı KHK ile değişik 7.maddesinde düzenlenen, Başbakanlığa bağlı ve kamu tüzel

kişiliğine sahip Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığı'na (213) verilmiştir. Yüksek Planlama Kurulu kararlarını icra eden, devir sözleşmelerini hazırlayarak Kurul'ca yetkili kılındıktan sonra kamu adına sözleşmelere taraf olan ve imza koyan Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığı'dır.

1- Özelleştirmeye İlişkin Mevzuatın Genel Olarak Değerlendirilmesi.

2983 Sayılı Kanun, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği ile 3292 Sayılı Kanuna "serpiştirilmiş hükümler" ile özelleştirme mevzuatı ve buna dayalı olarak yürütülmesi gereken uygulama yönünden, yabancı ülkelerle karşılaştırıldığında Türkiye'de gerçek anlamda bir hukuki alt yapının oluşturulduğu iddia edilemez (214).

(213) 2983 sayılı Kanunun ilk şeklindeki Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığı önce 1.5.1985 tarih ve 3188 sayılı Kanunun 2.maddesi ile tüzel kişiliğe kavuşmuş, 414 sayılı KHK ile Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığı olarak 3291 sayılı Kanunun 13.maddesindeki özelleştirme yetkilerine sahip olduktan sonra, 3701 sayılı Devlet Planlama Teşkilatı Hakkındaki Kanunun 54.maddesinin 414 s. KHK m 7 ile kendisine verilen yetkiyi kaldırmasıyla günümüzdeki statüsüne ulaşmıştır.

(214) Tan, "Özelleştirme....." Cumhuriyet, 12.9.1989

Tan'a göre, yukarıda ikinci Bölümde geniş olarak incelediğimiz Fransa'daki özelleştirme işlemleri bakımından yasama ve yargı organlarının katkısıyla ortaya çıkan ilkelerin Türkiye'de Türk Hukukunda da aynen geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

Kamu teşebbüslerinin mülkiyetinin özel kişilere devrine imkan tanıyan bir Anayasal hükmün var olup olmadığı sorusuna olumsuz yanıt veren Aybay, siyasal iktidarın ve idarenin kendisine Anayasal düzeyde verilmemiş bir yetkiyi yaratıp kullanamayacağı sonucuna varmaktadır. Anayasa açık bir kural öngörmemişse, özelleştirme işlemleri de geçersizdir (215). Kamu malları ve işletmelerinin özelleştirilmesi "her şeyden önce hukuksal bir yetki sorunudur". Özel hukukta dahi temsilci, temsil ettiği kişinin gayrimenkulünü ancak özel tasarruf yetkisiyle satabilmesi, hukuksal gerçeği karşısında, genel siyasal yetkiden hareketle özelleştirme işleminin yapılması, bir kişinin sahip olduğundan fazlasını devretme anlamını taşır. Oysa, Roma Hukukundan gelen ve halen geçerliliğini koruyan bir hukuk ilkesine göre hiç kimse, sahip olduğundan fazlasını devre- demez. "Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet".

(215) Aybay, "Satılanları ", Cumhuriyet, 3.10.1989.

Böyle bir devir işlemi daha baştan yapıldığı andan itibaren geçersiz olup, sahibinin yani kamunun bu işleme dayanarak devrettiği kamu teşebbüsünü her zaman geri alma hakkı vardır (216).

Aybay, ayrıca bir başka Roma Hukukü kökenli terime başvurmaktadır : "Restitutio in integrum". Eski halin iadesi karşılığı anlamındaki bu terimle aslında sakat bir işlemin yargıç kararı na gerek olmaksızın bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılması hedeflenmektedir; öyle ki, o işlem -devir işlemi- hiç yapılmamış sayılacaktır.

Aybay'a göre bu devir işlemleriyle görünüşte hak sahibi olanlar hiç bir hak kazanamamaktadırlar; bu devir işlemlerine itiraz ederek siyasal iktidara gelecek olanların, devletleştirme yapmalarına veya söz konusu işlemleri iptal ettirmelerine gerek dahi yoktur. Devletin egemenlik yetkisi, imperium kullanılarak eski, satış önceki durum geri gelecektir (217).

2983 sayılı Kanunun Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa-ya uygun görülmesi üzerine çıkarılan ve özelleştirmeden açıkça söz edilen 3291 sayılı Kanun bakımından da Anayasa'ya

(216) Aybay, "Nemo Plus juris", Cumhuriyet, 14.8.1989.

(217) Aybay, "Satılanları..... ", Cumhuriyet, 3.10.1989.

aykırılık iddialarının ileri sürülebileceği düşüncesindeki Ulucan'a göre, kamu iktisadi teşebbüsleri arasında yine bir ayırım yapılmamıştır. Özelleştirmeye yetkili organların her iki halde de yürütmede kalması, yasama organının iradesinin gerekliliğine set çekememektedir (218). Özelleştirmede ayrı kanuna ihtiyaç duyulmaksızın üstelik yetki en geniş kapsamda bir sınırlama olmadan kullanılabilirken, tersi işlem devletleştirme kanunla yapılmaktadır (219). Oysa, devlet kuruluşunu özelleştirme ile özel

(218) Ulucan, a.g.e., s.91-92.

(219) Ulucan, a.g.e., s.104, 20.11.1984 tarih ve 3082 sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında m2 ile özel teşebbüslerin devletleştirilmesi;

- a) Devletleştirilecek özel teşebbüsün yaptığı hizmet veya üretimin ülke çapında kamu ihtiyacına hitap etmesi,
- b) Bu hizmet veya üretimin kontrol, rekabet, ikame veya başka yollardan sağlanma imkanının bulunmaması,
- c) Hizmet veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması halinde kamunun büyük zarar görmesi, şartlarının birlikte gerçekleşmesine tabi kılınmıştır

Kanun hakkında kendisine başvurulmuş Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın kanun koyucuya bıraktığı düzenleme alanının "gerçek karşılığın hesaplanma tarz ve usulleriyle sınırlı olmadığı" düşüncesiyle iptal isteminin reddine karar vermiştir. AYM, 27.9.1985, E.85/2, K.85/16, R.G. 5.12.1985, S.18949, Ulucan, AYM'nin 183 ve 3082 s. Kanunlar hakkında yasama-yürütmenin yetki alanını daraltma endişesiyle iptalden kaçındığı düşüncesindedir. Bkz. Ulucan, a.g.e., s.104.

kuruluşu devletleştirme "Anayasa hükmü" gereği tersine işlem kuramından hareketle kanunla yapılmalıdır (220). Yenice, 3291 sayılı Kanunun prosedüründe yasama organının yetkisinin Bakanlar Kuruluna devri bakımından fonksiyon gasbı, Bakanlar Kurulu'nun özelleştirme sürecindeki tüm karar ve işlemleri Kamu Ortaklığı Kurulu'na (221) bırakmasını ise "izin verilemeyecek bir yetki devri" olarak görmektedir.

Doktrinde yabancılara blok satışa özellikle yabancı sermayenin üretim, yatırım ve istihdama katkıda bulunmadan "hazır işletmelere üstelik uygun fiyatlarla konması" eleştirilmiştir. Bir kere yabancılara yapılan satışlar halen yürürlükte olan 18.1.1954 tarih ve 6224 Sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'na uygunluk bakımından incelenmelidir. Buna göre yabancı sermaye girişine, yatırım yapılacak teşebbüsün;

a) Ülkenin ekonomik gelişmesine yararlı olması,

(220) Yenice, "Tartışmalı KİT Satışları", Cumhuriyet, 19.10.1989. Aybay da, Özelleştirmeye anayasal cevaz olsa dahi, kanunla yapılması gerektiğini eklemektedir. Bkz. Aybay, "Satılanları..... ", Cumhuriyet, 3.10.1989

(221) Kanunun ilk şekline göre değerlendirilmelidir.

- b) Türk özel teşebbüslerine açık olan bir faaliyet alanında çalışması,
c) Tekel veya özel bir imtiyaz ifade etmemesi,
şartıyla izin verilebilmektedir.

233 sayılı KHK'ye tabi bir iktisadi devlet teşekkülü olan Petkim Petrokimya A.Ş., Bakanlar Kurulu'nun 11.9.1987 tarih ve 87/1284 sayılı kararıyla (222), özelleştirilmesine karar verildikten sonra, statüsü Yüksek Planlama Kurulu'nun 25.4.1988 tarih ve 88/2 sayılı kararıyla Petkim Petrokimya Holding A.Ş. olarak değiştirilmiş hisselerinin bir kısmı Petkim çalışanları da (223) dahil olmak üzere halka arz edilmiştir (224). Bir kısmının ise bir yatırımcı

(222) R.G., 30.10.1987, S.19619

(223) Petkim çalışanlarına ve emeklilerine yönelik özel düzenlemeler, örneğin taksitle ödeme imkanı getirilmiştir. Daha geniş bilgi için bkz. Petkim Petrokimya Holding A.Ş. Hisse Senetlerinin Halka Arzı, Ankara 1990, s.39.

(224) Ayrıca, halka hisse senedi satışı dışında 1.7.1987 tarihinde Petkim Holding adına çıkarılan dolar ve marka endeksli hisse senetleriyle değiştirilebilir tahviller de söz konusudur.

kuruluş ya da kuruluşlar grubuna satılmasının düşünülmesi karşısında (225), alıcıların yabancı olması ihtimali, Petkim'in tekel konumu göz önüne alınarak, 6224 sayılı Kanun bakımından incelemeyi gerekli kılmaktadır.

Yenice'ye göre özelleştirmede uluslararası ekonomik güçlere iyi görünme, dış borç yükünü azaltma, döviz ihtiyacını karşılama hedef alınmaya başlanırsa, artık 3291 sayılı Kanun'un öngördüğü anlamda bir özelleştirme faaliyetinden değil, yabancılaştırmadan söz edilebilir. İdarenin özelleştirme işlemi kamu yararına ve kamu hizmeti gereklerine uygun değilse, idari yargı organı amaç yönünden hukuka aykırılığı tesbit ederek iptal kararı verebilir (226).

Özelleştirmenin hukuki alt yapısının sağlam bir şekilde oluşturulacağı yeni bir yasal düzenlemede, yabancılarla satılacak hisse oranı, diğer ülkelerde olduğu gibi

(225) Petkim Petrokimya Holding A.S. Hisse Senetlerinin Halka Arzı, s.10.

(226) Yenice, "Tartışmalı KİT Satışları", Cumhuriyet, 19110.1989.

belli bir sınıra kavuşturulmalıdır(227).

Yabancı sermaye girişi bakımından önem arzeden kararın incelenmesinde fayda vardır : Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı ile Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı karar Bakanlar Kurulu'nun 13.3.1986 tarih ve 86/10353 sayılı Kararnamesinin eki Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı (228) m.2/c ile yabancı para şeklinde sermaye de yabancı sermaye içinde kabul edilmiştir. Kararın 4.maddesinde yabancı sermayeye izin verilmesi bakımından 6224 Sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvük Kanunu'nda belirtilen esaslara aynen yer verilmiştir.

Bakanlar Kurulu'nun 7.8.1989 tarih ve 89/14391 sayılı Kararnamesinin eki Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar'da (229) önce, 1.12.1989 tarih ve 89/14818 Sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla (230) menkul kıymetler başlıklı 15.maddesi değiştirilerek Türkiye'de yerleşik sayılmayan dışarıda yerleşik kişilerin, borsada kote edilmiş her türlü menkul kıymetler ile Sermaye Piyasası

(227) Tan, " Hukuka Aykırı Özelleştirme", Cumhuriyet, 29. 7.1991. Yazarın da haklı olarak belirttiği gibi, hukuki çerçeve çizilmek suretiyle, özelleştirmede "açıklık" sağlamanın temel şartı da gerçekleşmiş olacaktır.

(228) R.G., 13.3.1986, S.19046.

(229) R.G., 11.8.1989, S.20249

(230) R.G., 25.2.1990, S.20444.

Kurulu'nca izin verilen veya kamu kurum ve kuruluşlarınca ihraç edilen menkul kıymetleri (231) Sermaye Piyasası Kanunu'na göre faaliyet gösteren aracı kurumlar vasıtasıyla satın almaları, satmaları, gelirlerini transfer ettirmeleri serbest kılınmıştır.

(231) Zaten kamu menkul kıymetleri de ihraçlarını takiben ilgili mevzuat çerçevesinde borsaya kote edilmektedir. Borsa ile kastedilen, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'dır. Bu konuda bkz. 91 sayılı KHK (R.G., 6.10.1983, S.18183). 28.7.1981 tarih ve 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (R.G., 30.7.1981, S.17415) m.4/4'e göre Kamu İktisadi Teşebbüsleri tarafından çıkarılacak menkul kıymetlerin halka arzı için Sermaye Piyasası Kurulu'ndan izin alınması gerekmez, Kurula sadece bilgi verilir. Sermaye Piyasası Kanunu m.3/c'de halka arz, menkul kıymetlerin satın alınması için halka yapılan yazılı/sözlü/resmi çağrı olarak tanımlanmaktadır. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 11.maddesi'nde menkul kıymetleri halka arz olunan anonim ortaklıkların bu Kanuna tabi olduğu 100'den fazla ortağa sahip anonim ortaklıkların hisse senetlerinin halka arz olunmuş sayılacağı eklenmektedir. Sermaye Piyasası Kurulu da Kanunun 17-30.maddeleri arasında düzenlenmiştir. 22. maddeye göre menkul kıymetlerin halka arz ve satışını düzenlemek, denetlemek, bu amaçla tebliğler çıkarmak görev ve yetkisine sahiptir.

Bakanlar Kurulu'nun 12.6.1991 tarih ve 91/1935 sayılı kararı ile (232) 32 sayılı Karar değiştirilerek yeniden düzenlenmiştir. 15.maddeye menkul kıymetlerin yurda giriş ve çıkışının serbest olduğuna dair genel bir ilke konulduktan sonra, daha önce 15.maddede yapılan borsaya kote edilmiş her tür menkul kıymetlerle kamu kuruluşlarının menkul kıymetlerinin ihracına ilişkin değişiklik aynen korunmuştur. 32 sayılı Kararın ilk şeklindeki; dışarıda yerleşik kişilerin, Türkiye'de yerleşik şirketlerin hisselerini satın alması üzerine, hisse sahibi oldukları şirketlerin yönetim kurullarına veya genel kurullarına katılmak veya başka bir şekilde faaliyetlerine müdahale etmek istemeleri halinde, iştirakin yabancı sermaye mevzuatı çerçevesinde tescilini gerekli kılan hüküm de aynen yer almaktadır.

Bununla birlikte, bu kez 32 sayılı Karar m.2/b'de düzenlenen, Türkiye'de yerleşik kişilerin tanımında değişiklik yapıldığı gözlenmektedir. Türkiye'de yerleşik kişiler; yurt dışında işçi, serbest meslek ve müstakil iş sahipleri dahil Türkiye'de ikametgah sahibi gerçek ve tüzel kişiler ile yerleşmek niyetiyle bir takvim yılı içinde Türkiye'de devamlı olarak 6 aydan fazla oturanlar olarak tanımlandıktan

sonra, parantez içinde, dışarıda yerleşik kişilerden Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre bir sermaye tahsisi suretiyle Türkiye'de şube açmış olan veya bir şirkete katılmış veya şirket kurmuş geçcek ve tüzel kişilerin yalnızca bu faaliyetleri dolayısıyla Türkiye'de yerleşik sayıldıkları eklenmiştir.

2-- Özelleştirme Mevzuatının Uygulanması

Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu, 30.4.1987 tarih ve 54 sayılı kararıyla, 3291 Sayılı Kanun m.13/'deki yetkisini kullanarak 7 başlı ortaklığın kamu iktisadi teşebbüsleri ile başlı ortaklıkların 33 iştiraktaki hisselerinin ve T.C. Turizm Bankası A.Ş.'ne ait işletmelerin özelleştirilmesine karar verirken, özelleştirmede uygulanacak genel ilkeleri, öncelikleri de saptamıştır. Buna göre, özelleştirme kararı alınan başlı ortaklıklar ve iştiraklerdeki kamu hisseleri öncelikle çalışanlarına, yöre halkına, küçük tasarruf sahiplerine, yurt dışındaki işçilerimize ve halka satılacaktır (233). Zaten yukarıda incelediğimiz 1984 tarihli Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği'nin Hisse Senetleri Başlıklı 3.Bölümün 16.maddesinde halka açılacak tesislerden söz edilmekte, satış esaslarının düzenlendiği m. 18/2'de ise, tesiste çalışanlara öncelik ve özel şartlar getirilmesine

(233) Suretini Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığı'ndan temin ettiğimiz kararda da yukarıdaki sözcüklerin altı ay-nen çizilmiştir.

Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'nca karar verilebileceği yöre halkına da buna benzer kolaylıklar tanınabileceği belirtilmektedir. Yönetmelik metninde aynen yer alan "verebilir", "tanınabilir" ifadelerinden burada Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'nun çalışanlara ve yöre halkına öncelik ve özel şartlar tanımak zorunda olmayıp, bu konuda takdir yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Bu arada Sermaye Piyasası Kanunu'nun menkul kıymetlerin halka satışı başlıklı; Sermaye Piyasası Kurulunun, küçük tasarruf sahiplerinin almalarını kolaylaştırıcı, hak ve yararlarını koruyucu tedbirlerin alınmasını ortaklıktan ve satışı yapanlardan isteyebileceğine dair m.7/5 hükmü de elde bulundurulmalıdır.

Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu, 54 sayılı Kararında, belki Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği'nin yukarıda aktardığımız hükümlerinden de esinlenmek suretiyle uyması gerekli öncelikleri belirleyerek kendi kendini sınırlamıştır.

Özelleştirilmesine karar verilen Türk Havayolları A.Ş.'nin başlı Ortaklığı Uçak Servisi Anonim Şirketi (USAŞ) ile Türkiye Çimento ve Toprak Sanayi T.A.Ş. (ÇİTOSAN) nin Başlı Ortaklıklarından Söke Çimento Sanayi T.A.Ş., Afyon Çimento Sanayi T.A.Ş., Balıkesir Çimento Sanayi T.A.Ş.,

Pınarhisar (Trakya) Çimento T.A.Ş., Ankara Çimento Sanayi T.A.Ş. nin satış işlemlerinde bu önceliklere uyulmaksızın yabancıya blok satışa (234) gidilmesi üzerine açılan iptal davaları iptal kararıyla sonuçlanmıştır. ÇİTOSAN'ın bağlı ortaklıklarıyla ilgili karar Danıştay'ca da onanmıştır.

TELETAŞ örneğinde 54 sayılı karara uyularak % 22'lik payın halka arz yoluyla satışından sonra, siyasal iktidarın ve idarenin gerçek niyetlerini göstermeyen öncelikleri bir kenara bırakarak, üstelik yabancılara blok satışa yönelmeleri haklı olarak eleştirilmiştir (235).

(234) Blok satış, özelleştirilecek kuruluşun halka arz edilmeyip belli bir oranının veya tamamının pazarlık usulü veya diğer teknikler kullanılarak bir yatırımcıya satılmasını ifade etmektedir. Bkz. Yeniden Yapılanma Yıl 1, S.5, s.2.

(235) Yenice, "Tartışmalı KİT Satışları", Cumhuriyet, 19.10.1989, Tan, "Özelleştirme..... (1)", Cumhuriyet, 12.9.1989. Özelleştirmeye esasen karşı olmamakla birlikte, Türkiye İşverenler Sendikası Konfederasyonu (TİSK), yabancılara blok satışı uygun bulmamaktadır. Tekel niteliğinde ve stratejik mal üreten kuruluşlar bakımından bu hususa ayrıca dikkat edilmeli, yabancı sermaye için sınır konmalıdır. Bkz. TİSK XVII. OLAĞAN GENEL KURUL ÇALIŞMA RAPORU, Ankara 1989, s.93.

Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'nun 54 Sayılı Kararı'nın Maddi Yönden İncelenmesi.

İdarenin tek yanlı işlemleri içerikleri itibariyle, maddi yönden bireysel ve düzenleyici işlemler olarak ikiye ayrılırlar. Bireysel işlemler ya da idari kararlar belli kişi ve durumlara ilişkin olup, bunlarla belli kişiler için hukuki durumlar yaratılıp değiştirilir ya da kaldırılır (236). Düzenleyici işlemlerle ise belli kişi ve durumlar için değil; genel, soyut, kişilik dışı hukuk kuralları konur, işlem uygulanmakla tükenmeyen bir nitelik taşır (237).

Auby de idari işlemleri kapsamaları bakımından ayırma tabii tutarken; önce belirsiz sayıda kişiye ilişkin düzenleyici işlem (décision réglementaire) ve belli sayıda kişiye ilişkin işlem (décision particulière) sınıflandırmasını yaptıktan sonra, bu kez (décision particulière) için ikili bir ayırım (individuelle, bir tek kişiye ilişkin) / (collective: belirli sayıda birden çok kişiye ilişkin)

(236) Günday, a.g.e., s.45-47. Özay, işlemin sadece bireyler, insanlarla ilgili olmaması nedeniyle bireysel yerine birel işlemden söz edilmesini daha uygun bulmaktadır. Bkz. Özay, Devlet....., s.113.

(237) Özay, Devlet....., s.126.

yoluna gitmektedir (238).

Bu kısa genel açıklamalardan sonra şimdi 54 Sayılı Kararı maddi yönden ele alıp, bu incelemenin önemini ortaya koyabiliriz. 54 sayılı kararda belirli sayıdaki bağlı ortaklık ve işletmeler ile iştiraklerdeki hisselerin özelleştirilmesi söz konusudur. Bir bakıma, Auby'nın sınıflandırmasındaki *décision particulière collective* grubuna gelinmektedir; özelleştirilecek kuruluş ve kamu payları sayma yolu ile belirlenmiştir. Bununla birlikte bu belirli sayıdaki kamu teşebbüsü ve iştirakin özelleştirilmesinde uyulması zorunlu objektif esaslar, öncelik sırası kararda ortaya konmuştur. Burada artık, tüzük ve yönetmelik dışında kalan bütün düzenleyici işlemleri kapsayan bir genel kategori içinde yer alan (239) ve Kamu Ortaklığı Kurulu'nun önceki takdir yetkisini kullanımı sonucu ortaya çıkmış bir düzenleyici işlem vardır (240).

Düzenleyici genel işlemler ise, usulüne göre

(238) Auby, a.g.e., s.7.

(239) Turan Güneş, Türk Pozitif Hukukunda Yürütmü Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965, s.173.

(240) Güneş, a.g.e., s.190. Takdir yetkisinin kullanıldığı alan düzenleyici işlemlerle ters orantılıdır. Bkz. Özay, "İdare H.....", s.200.

değiştirilinceye ya da kaldırılincaya kadar, onları çıkar-
mış olan makam ve kurulları da birel ya da bireysel ka-
rarlarında başladıklarından (241), Kamu Ortaklığı Kurulu'n-
un yapmış olduğu düzenlemeyi değiştirmeden ya da kal-
dırmadan alacağı her özgül karar, düzenli idare ilkesi
ile eşitlik ilkesine, dolayısıyla hukuka da aykırı ola-
caktır. Latince "Legem patere quam fecisti" kuralı, idare-
nin daha önce kendi koyduğu kurala kendisinin uymasını em-
retmektedir (242).

(241) Duran, a.g.e., S.497; Duran, "Türkiye'de Planlamanın
Hukuki Rejimi", Ekonomi-Hukuk Kongresi'ne Sunulan
Tebliğler (28-29-30 Kasım 1975), Ankara 1975, s.17:
Celal Erkut, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakı-
mından İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990, s.134, dn.
143'den Gilles Zalma "Patere Regulam quam fecisti ou
l'autorité administrative liée par ses propres actes
unilatéraux", RDP, 1980, s.1100-1104. İdare, kendi
koyduğu kurallarla önce kendisi başlı olup, bunların
"kurbanı" da olabilir.

(242) Güneş, a.g.e., s.188. Danıştay da idarenin genelge ile
koyduğu yönetme uymamasını iptal nedeni saymıştır.
Dns.6.D; 27.3.1954, E.53/1102, K.54/780, DKD, S.64-65,
s.235.. Danıştay yeni bir kararında da idarenin yö-
netmelikte ilgiliye tanınan öncelik hakkına uymayarak
yaptığı işlemi hukuka aykırı görmüştür. Bkz. Dns.10.
D., 17.4.1990, E.89/2640, K. 90/898 D.D. S.80,
405-407.

Kamu Ortaklığı Kurulu'nun 54 sayılı Kararı'nın düzenleyici işlem olmayıp, Fransız İdare hukukundan esinlenen bir kavramla, talimat (yönerge: direktifle) karşı karşıya bulunulduğu da ileri sürülmüştür (243). İdarenin ekonomik alandaki müdahale kararlarının çerçevelenmesini kolaylaştırmak için kabul edilen bir kavram olan yönerge ile, idare yürürlükteki hükümlere bir şey eklemeksizin, özel durumlar gerektirdiğinde, bunlardan ayrılmasına engel olmadan, uygulama kararlarının alınmasına esin kaynağı olacak normları belirleyebilir. Böylece hem belli bir alanda alınacak kararların türdeşliği, dolayısıyla ilgililer arasındaki eşitlik hem de idare makamın elinde bulundurmak zorunda olduğu takdir yetkisi sağlanmış olur. İdari makam olağan olarak yönergeye uygun davranmak zorundadır, ancak gerekli olduğunda yönergeden ayrılabilir. Yönerge, kendisine başvuru halinde, hakime denetimini faydalı bir biçimde

(243) USAŞ'ın özelleştirilmesi işleminin iptali üzerine Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığı vekili tarafından Danıştay'a sunulan temyiz dilekçesi, s.6-7. Yönerge, ilk kez Fransız Danıştay'ının 11.12.1970 tarihli Cr dit foncier de France kararıyla uygulama alanı bulmuştur. Bkz. Labad re/Delvolv , a.g.e., s.88.

yapabileceği bir temele sahip olma imkanını da verir (244).

54 sayılı karardaki önceliklere uyulmaksızın özelleştirme yapılması halinde verelecek iptal kararı yalnız davanın taraflarını değil, 3.kişileri de etkileyeceğinden, burada artık genel nitelikte (245) içerik olarak yasama organının düzenleyici işlemlerinden farklı olmayan, Sarıca'nın ifadesiyle bir "idarî kaide-tasarruf" ile karşı karşıya bulunmaktadır (246).

3- Özelleştirme Sürecinin İdari Yargı Organı Önüne Getirilmesi

54 sayılı kararı maddi yönden ele alıp düzenleyici işlem olduğuna kanaat getirdikten sonra, bu karara ve bu karardaki önceliklere uygun olarak yapılması gereken bireysel ya da birel nitelikteki özelleştirme işlemlerini, uygulamada açılmış iptal davaları ile oluşan yargısal süreçleri içinde inceleyebiliriz.

Tan'ın da haklı olarak belirttiği gibi, hukuksal alt yapı yeterince oluşturulmadan alel acele girişilen

(244) Laubadère/Delvolvé, a.g.e., s.114.

(245) Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 6.B., Ankara 1983, s.200.

(246) Ragıp Sarıca, Türkiye'de İcra Uzununun Tanzim Sela-
hiyeti, İstanbul 1943, s.9.

hukuka aykırı özelleştirme işlemleri aleyhinde yargı organına başvurular ile yargı kararı verenleri özelleştirmeye ya da yabancı sermayeye esasen karşı olmakla itham etmemek gerekir (247). Zira, "Çeşitli iktisadi görüş ve kavrayışların, herbirinin ayrı ayrı iyi veya fena yönlerini aydınlatarak, devlet veya kişilerin mutluluğu açısından hangisinin daha elverişli olabileceği hakkında son bir karara varabilmek, ancak iktisatçılardan (248) istenebilecek bir iştir.... Hukukçuların tesbit edeceği ve inceleyeceği şey, ancak şu veya bu ekonomik görüşün, kavrayışın, mevzuatta, idarî ve yargısal kararlarda ne surette ortaya çıktığıdır" (249).

Özelleştirmenin siyasal ve ekonomik boyutu göz önüne alındığında, davaya bakacak hakimlerin mevzuatın çıkarılması ve uygulanması esnasında düşüncelerin, yorumlarını etkilemesine izin vermeden, kişisel eğilimlerine karşı da direnebilmeleri gerekir (250). Hakim uyuşmazlığı siyasal, ekonomik veri ve amaçları esas alarak değil, hukuksal normları

(247) Tan, "Hukuka Aykırı Özelleştirme", Cumhuriyet, 23.7.199

(248) Bu sözcük, siyasal iktidarı elinde bulunduranlar olarak anlaşılabilir.

(249) Versan, a.g.e., s.241.

(250) RT HON LORD DIPLOCK LLD", Devlet Yönetiminde Hakimlerin Rolü", (Çev. Tayfun Akgüner), İHİD, S.2 Ağustos 1980, s.20.

kullanarak çözecek, varacağı sonuç da "hukuksal planda" kalacaktır (251). Kendi başına spontane devrim yapamayan hukuk, ancak başka alanlardaki yeni verilere, oluşumlara; teorisyeniyle, uygulamacısıyla bir hukuki işlem, anlam verir; kendine özgü yorumuyla, işleyişiyle, organlarıyla bir hukuki reforma tabi tutar, hukuki kalıba yerleştirir. Yürütme ve idare organlarının işlemlerinden sonra harekete geçebilen yargı da ya yeni konsepti adeta bir koza örerek içine alır ve benimser, ya da bunun o şekliyle bünyeye uygun olmadığı sonucuna varır ve dışarı atar (252).

a- USAŞ ile ÇİTOSAN'ın Bazı Başlı Ortaklıklarının
Özelleştirilmesi Süreci ve İptal Davası

Kısa adı USAŞ olan Uçak Servisi Anonim Şirketi 1968 yılında kurulduktan sonra (253), 233 sayılı KHK hükümlerine tabi olarak faaliyette bulunmak üzere Kamu İktisadi Kuruluşu biçiminde düzenlenmiştir. Ana Statüsünün 4.madde

(251) Özay, "İdare H.....", s.202.

(252) Özay, "İdare H.....", s.202.

(253) Güneş, 8.4.1989.

hükümlerine göre (254) havaalanlarında yer ve ikram hizmetleri yapmakta iken, Bakanlar Kurulu'nun 9.1.1987 tarih ve 87/11399 sayılı kararı ile yine bir kamu iktisadi Kuruluşu olan Türk Hava Yolları A.O.nun Bağılı Ortaklığı olarak yeniden teşkilatlanmasının ardından sadece ikram hizmetleriyle uğraşır olmuş, yer hizmetleri kendisinden ayrılarak yeni kurulan HAVAS'a devredilmiştir (255).

USAŞ'ın kamu iktisadi kuruluşu iken bağılı ortaklık statüsüne getirilmesiyle, özelleştirilmesine karar vermede yetkinin Bakanlar Kurulu'ndan 3291 sayılı Kanun m.13/1'in ilk şekliyle Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'na geçtiği vurgulanmalıdır. Gerçekten, 54 sayılı Kurul kararının ilk maddesinde USAŞ yer almaktadır.

USAŞ'ın bağılı ortaklık olarak düzenlenmesinin, özelleştirmenin yetki unsurunda değişiklik dışındaki ikinci sonucu, özelleştirilmesi kararının Resmi Gazete'de

-
- (254) 233 s. KHK'ye göre Kamu İktisadi Kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinin ortak adı olan teşebbüslerin (dar ve teknik anlamda KİT) Bakanlar Kurulu kararı ile kurulmalarının düzenlenmesiyle, Kamu İktisadi Teşebbüsleri Ana Statüleri de Resmi Gazetede yayımlanmaya başlamıştır. USAŞ'ın Ana Statüsü için bkz. R.G., 9.11.1984, S.18570, s.80-86.
- (255) Cumhuriyet, 18.2.1989.

yayımlanmaması olmuştur. Kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmelerine dair Bakanlar Kurulu kararları Resmi Gazete'de yayımlanırken (256), 3291 sayılı Kanunun ilk şekliyle Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'nun, halen Yüksek Planlama Kurulu'nun yetkili olduğu dar ve teknik anlamda kamu iktisadi teşebbüsü dışında kalan kamu teşebbüslerinin özelleştirilmesine ilişkin kararlar yayımlanmamaktadır (257). Halen yürürlükte olan 23.5.1928 tarih ve 1322 Sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun'un 1.madde Ha bendi kapsamı içine alınarak Resmi Gazete ile yayımı zorunlu hale

(256) Örneğin, Bakanlar Kurulu'nun 87/12184 tarih ve 11.9.1987 tarihli Petkim Petrokimya A.Ş. ve Sümerbank'ın özelleştirilmesine dair kararı (R.G. 30.10.1987, S.19619) her ikisi de iktisadi devlet teşekkülü niteliğinde kamu iktisadi teşebbüsüdürler. Ancak, yukarıda açıklandığı üzere Petkim'in Petrokimya Holding A.Ş. haline getirildikten ve hisselerinin küçük bir bölümünün halka arzından sonra, artık sermayesinin tamamı devlete ait değildir. Oysa, 233 sayılı KHK'de kamu iktisadi teşebbüsünün sermayesinin tamamının devlete ait olması gerekmektedir.

(257) Değişiklik 3701 sayılı Devlet Planlama Teşkilatı Hakkındaki Kanunda da yapılabilir.

getirilebileceği gibi (258), 24.5.1984 tarih ve 3011 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanacak Yönetmelikler Hakkında Kanun (259) m.1/c uyarınca kamuyu ilgilendiren yönetmelikler çerçevesinde düşünülebilir.

Öyle ki, Türk Hukukunda Yönetmelik tanımını çok geniş kapsamda ele alan Güneş, Yönetmelik ile düzenleyici işlem denkliğini kurarken (260), aslında Karar, Kararname, tebliğ, ilke kararı vs. gibi adı olmakla birlikte Anaya'da sınırlı sayıda öngörülen tüzük ve yönetmelik adlı düzenleyici işlemler dışında yer aldıklarından (261), "adsız düzenleyici işlem" olarak ifade edilen işlemlerin sağlık ve

-
- (258) Duran , Resmi Gazete'de yayımlanması emredilen metinler dışında Bakanlar Kurulu Kararlarının yayımlanmasının Başbakanlığın takdirine bırakılmasını eleştirmektedir. Askeri/diplomatik sır içermeyen bütün işlemlerin Resmi Gazete'de yayımlanması kamusal alanda açıklık ilkesinin gereği olup, ancak bu şekilde ilgililer ve 3.kişilerin öğrenmesi, gerektiğinde işlemin denetimi mümkün kılınabilir. Bkz. Duran, a.g.e., s.97.
- (259) Bu kanun, Anayasa'nın yönetmelikleri düzenleyen m.124/2 uyarınca çıkarılmıştır. Danışma Meclisi Gerekçesinde Resmi Gazete ile yayımın ilgililere ulaşmak bakımından önemine işaret edilmektedir. Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu bütün yönetmeliklerin Resmi Gazete ile yayımı zorunluluğunu kaldırarak, madde mevcut haline kavuşturulmuştur. Bkz. Gerekçeli Anayasa, Ankara 1984, s.162-163.
- (260) Güneş, a.g.e., s.95.
- (261) Özay, Devlet,, §.133, dn.221.

ve geçerliği adlarına göre değil; yetki, Şekil, konu öğe-
lerine göre saptanmalı ve adlarına bakılmaksızın yönet-
melik sayılarak yönetmelik Őartlarına uydurulmalıdır
(262). Adsız düzenleyici işlemler yönetmelik olarak kabul
edilirse, bunların yayım yoluyla duyurulmaları da önemli
bir Şekil Şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, ida-
re'nin buna her zaman uymadığı gözlenmektedir (263). Bir
idari işlem, onu almaya yetkili olanlarca kabul ve imza
edilmekle tamamlanır, varlık ve geçerlik kazanır; ancak
maddi niteliğine göre, yayınlanmadıkça ya da tebliğ edil-
medikçe uygulanamaz, ilgilileri, 3.kişileri bağlamaz. Tebliğ

(262) Duran, a.g.e., Ő.450. Özbudun da Anayasa Mahkemesi'nin
1961 Anayasası döneminde 1567 Sayılı Türk Parasının
Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'un iptali istemiyle
açılan davada yürütme organının tüzük dışında kanuna
aykırı olmamak Şartıyla genel nitelikte işlemlerde
bulunabileceğine ilişkin kararının geçerliliğinin Őüp-
heli olduğunu (AYM, 28.3.1963, E.63/4 K.63/71,
AMKD, S.1, s.165, 1982 Anayasa'sında düzenleyici
işlemlerin ayrıntılı hükümlerle tek tek sayılarak
konması karşısında, artık yürütme organının Anayasa'da
sayılanlar dışında (düzenleyici işlem yapabileceğini
savunmanın güçleŐtiđi, yürütmenin düzenleyici işlemlerinin
Anayasa'da sayılan türlerden birine uygun ol-
ması gerektiği düşüncesindedir. Bkz. Ergun Özbudun,
Türk Anayasa Hukuku, 2.B, Ankara 1989, s.201.

(263) Özay, Devlet,, s.132 ve dn.220. Yazar, 1961
Anayasası döneminde ilan edilmeyen yönetmelikleri yük
hükümünde sayan Danıştay kararlarını hatırlatmaktadır.

ya da yayının ilgililer ve 3.kişilen bakımından taşıdığı hukuki güvencenin önemi açıktır (264). Tebliğ/yayın, bir idari işleme karşı dava açma süresinin başlaması bakımından da önemlidir (265). Duran, Fransız Danıştay'ının, idarenin yayınlanmamış düzenleyici işlemine birel ya da bireysel ve özgül kararlar alabileceğini ancak bunları uygulanamayacağını kabul ettiğini belirtmektedir (266).

Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'nun 54 sayılı Kararı üzerine, daha sonra 304 sayılı KHK ile yetkili hale gelen Yüksek Planlama Kurulu, 9.2.1989 tarih ve 89/3 sayılı kararıyla USAS'ın sermayesinin % 70'inin SAS Service Partner A/S (SSP) veya SSP'ın belirleyeceğini SAS Şirketler grubundan bir şirkete satılması hakkında Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığına bu satışla ilgili anlaşmalar yapma yetkisinin verilmesine karar vermiş, satış bedelini ve diğer mali hususları (267)

(264) Duran, a.g.e., s. 409-412.

(265) Bkz. YHK m.7

(266) Duran, a.g.e., s.411.

(267) Satış bedeli olan 14.450.000 ABD Doları peşin ödendikten başka 1989-1998 yılları süresince 10 yıl süreyle her yıl vergi sonrası toplam kârın % 21'i tutarındaki miktar da Kamu Ortaklığı Fonu'na ödenecektir.

belirlemiştir. YPK Kararına göre, havaalanlarında yapılacak ikram hizmetleri için USAŞ'a herhangi bir tekel hakkı tanınmayacağı vurgulanmaktadır. Ayrıca, geri kalan sermayenin % 30'u oranındaki hisselerin de USAŞ çalışanlarına ve halka arz edilmesine karar verilmiştir (268).

KOI-Başkanlığının 89/3 sayılı YPK kararına dayanarak SAS Service Partner A/S ile yaptığı 11.8.1989 tarihli Hisse Devir Sözleşmesi m.4/3-3 (i) de satış bedelinin, m.4/4-1'de ise 10 yıllık ödemenin Türk Lirası olarak ödeneceği, m.11/4'de sözleşmenin akdinin alıcı veya varlıkları için uygulanacak bir kanun, kararname, mahkeme kararı veya herhangi bir düzenlemeyi ihlal edemeyeceği, m.12.1 de tarafların birbirlerine ödeyecekleri tazminat miktarının hisselerin alım bedelinden fazla olamayacağı, m.16/2'de sözleşmenin uygulanması nedeniyle çıkacak uyuşmazlıkların hallerinde İstanbul Ticaret Mahkemeleri ile İcra Memurluklarının yetkili olduğu öngörülmektedir.

Tarafların Hisse Devir Sözleşmesi aynı tarihte aksettikleri Hissedarlar Sözleşmesi 2/2-a'da, KOİ'nin 1 adet

(268) Bu hisseler Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığının mülkiyetinde kalan hisselerdir.

altın hisseye de sahip olduğu, 3/4'de altın hisseye tanınan imtiyazlar (esas sözleşmede değişiklik, SAS Service Partner-in KOİ'nin hisselerini satmasını güçleştirecek ölçüde veya Türk Devletinin stratejik politikalarını etkileyecek ölçüde hisse satışı vs... ancak altın hisse sahibinin olumlu oyu ile mümkün olabilir), 3/5'de altın hisse imtiyazının 10.ödeme yılı sonunda ortadan kalkacağı ve bu hisselerin KOİ'nin sahip olduğu diğer hisseler arasına katılacağı, m.7'de taraflardan herbirinin diğer tarafın sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesini engelleyici veya sınırlayıcı, bir cari düzenlemenin olmadığını temin ettiği, m.8/4'de her iki sözleşmenin hükümlerinin de, KOİ Başkanlığı için öngörülen yükümlülükler hariç, T.C. Hükümetinin veya herhangi bir makam veya merciin yetkilerini kullanmasını sınırlayıcı bir anlam veremeyeceği, m.10/4 de devletin ya da diğer kamu tüzel kişilerinin ikram faaliyetleri ile ilgili bir işe girişmeme niyeti m.14/2-B-5'de hükümetlerin, resmi makam ve mercilerin veya diğer kamu otoritelerinin fiil, karar ve engellemelerinin mücbir sebep olarak sayılacağı belirtilmiştir.

Yüksek Planlama Kurulu, 10.8.1989 tarih ve 89/21 sayılı kararıyla Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığının, Yüksek Planlama Kurulu'nun 89/3 sayılı Kararından aldığı yetki uyarınca hazırlamış olduğu anlaşmalardaki şartlar çerçevesinde USAS'ın satışına karar vermiştir. Özetle

89/21 sayılı karar, 89/3 sayılı karara dayanan bir satış kararıdır.

Bu kararların alınmasıyla USAŞ bakımından yargısal süreç de işlemeye başlayacaktır.

Sosyal Demokrat Halkçı Parti (SHP) milletvekili Adnan Keskin kendi adına asaleten, SHP'yi ise temsilen, vekili aracılığıyla, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun işlemin niteliği ile işlemi/kararı alan/yapan organa göre Danıştay'da ilk derece mahkemesi olarak açılacak davaları düzenleyen 24.maddesi hükmünden yararlanmak isteyerek Danıştay'da dava açmıştır. Yüksek Planlama Kurulu'nun 89/3 ve 89/21 sayılı Kararlarıyla, bu iki kararın hukuki dayanağını oluşturduğu öne sürülen USAŞ'ın THYA-O'nun Başlı Ortaklığı haline getiren 87/11399 sayılı Bakanlar Kurulu kararının iptali istenilmektedir. USAŞ'ın satışa ilan duyurusunun ülke düzeyinde yapıldığından bahisle davanın DK m. 24/1-f'deki gibi birden fazla idare mahkemesinin yetki alanına girdiği, ayrıca Bakanlar Kurulu kararının DK.m. 24/1-a uyarınca Danıştay'da görülmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

Fransa'da özelleştirmeye ilişkin 2 kanunun uygulanmasıyla açılan ilk davada, Fransız Danıştay'ı Dava Daireleri Kurulu, bizim Danıştay Kanunumuz'un m24/1-f'e benzer; uygulanması tek bir idare mahkemesinin yetki alanını aşan idari işlemler hakkında açılan davalar hükmüne başvurarak, bakanın

kararının satışa sunulan hisselerden birini edinmeye muktedir herkes tarafından etki doğuracağı düşüncesiyle, ilk derece mahkemesi sıfatıyla yetkili olduğuna hükmetmiştir. Ayrıca bakanın hisse fiyatını tesbit eden kararının iptali sonuçları ile bir kamu teşebbüsü olan E.R.A.P.' ın (l'Entreprise de recherches et d'activités pétrolières) S.N.E.A.'da (Société Nationale Elf-Aquitaine) sahip olduğu payın sakısına yetki veren kararnamenin iptali sonuçları arasında bağıllık gören Fransız Danıştay'ı bu yönden de kendisini bir kez daha ilk derece mahkemesi olarak yetkili addetmiştir (269).

Danıştay'ımız, ilk derece mahkemesi olarak kendisine açılan davada Yüksek Planlama Kurulu'nun 89/3 ve 89/21 sayılı kararları ile USAS'ın bağıllı ortaklık haline getirilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararı arasında, 2577 sayılı İYUK m/5/1 anlamında bu işlemler arasında tek bir dilekçe ile dava açmak için maddi ve hukuki bağıllık görmediğinden, birlikte dava konusu edilemeyeceklerine, ayrı ayrı dilekçelerle dava

(269) C.E., 2.2.1987, MM Joxe et Bollon, A.J.D.A., No.5, s.350.

açmak üzere dilekçenin reddine karar vermiştir (270).

Bunun üzerine, Ankara 6.İdare Mahkemesi'nde 89/3374

(270) Dns. 10.D; 11.10.1989, E. 89/2675, K.89/1698 (Yayınlanmamıştır). Danıştay, Turban Turizm A.Ş. işletmelerinin özelleştirilmesine ilişkin işlemlerin iptali istemi amacıyla açılan davada da idari mahkemesinin görevli olduğuna karar vermiştir. Bkz. Dns.İDGK, 27.10.1989, E.89/405, K.89/157, D.D. S.78-79, S.114-118. Yüksek Mahkeme'ye göre, idari yargıda genel görevli mahkemeler idari mahkemeleri olup, bu kuralın istisnaları DK.m/24'-de işlemi tesis eden makam ve işlemin niteliğine göre belirtilmiştir. Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu ile Yüksek Planlama Kurulu gerek yaptıkları işlemler ve gerekse kurul adı olarak bu maddede zikredilmemişlerdir. Davanın görev yönünden reddi ile görevli idare mahkemesine sevki gerekir.Bazı üyeler Genel Kurul Kararı'na karşı yazdıkları muhalefet şerhinde Yüksek Planlama Kurulü'nun üst düzeyde, genel, objektif nitelikte kararlar aldığı, 2575 sayılı DKm 24'ün gerekçesinde ise numerus clausus yoluna gidilmeyip,"..... gibi önemli idari işlemlerle yapıları gereği Danıştay'da görülmesi zorunlu idari davalar"dan söz edildiği, buna göre Danıştay'ın bir idari işlemin 24.madde kapsamına girip girmediğini değerlendireceği, idari teşkilat içinde yaratılan üst kurulların bu yönden statü değişiklikleri sonucu önem gösterdiği, yine bakanlıklarca alınan düzenleyici işlemler ibaresi içinde kamu kurumlarının genel ve düzenleyici işlemlerinin de yer aldığı; Başbakanca alınan kararların ise Başbakan'ın başkanlığında ve imzası ile tamamlanan kararları da kapsadığı belirtilerek davanın 24.madde kapsamında Danıştay'da görülmesi istenmiştir.

Esas numaralı, yine Başbakanlık ile Toplu Konut ve Kamu İdaresi Ortaklığı İdaresi Başkanlığı hasım gösterilmek suretiyle açılan davada bu kez Yüksek Planlama Kurulu'nun 89/21 sayılı kararı ile bu kararın hukuki dayanağını oluşturan 89/3 sayılı kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istenmiştir.

Konusunu oluşturan Hukuka aykırı olduğu iddia edilen bir idari işlemin, idari yargı merciiince gerçekten hukuka aykırı ise iptalini sağlayarak hukuka uygun çözümü getiren iptal davası idarenin bir hukuk devletinde bağlı kalmasını zorlayan en etkili denetim yoludur (271).

Hukuka uygunluk denetiminin yapıldığı iptal davası bir idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu, maksat unsurlarından biri, birkaçı, ya da hepsinin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılır. Burada tam yargı davasında olduğu gibi hak ihlali aranmakla birlikte, bir "actio popularis" in yani herkese açık

(271) Gözübüyük, "İptal Davasının Sonuçları", Abadan'a Armağan, Ankara 1969, S.329. Gözübüyük, Yönetmelik..... s.107: Erkut, a.g.e., S.X, 1, 165.

bir davanın da söz konusu olmadığı ileri sürülmüştür (272). Danıştay'ın menfaat ihlâhını dar yorumlayan bir kararına göre de "..... tüm vatandaşlara her idari işlem aleyhinde salt vatandaş olma sıfatıyla dava açma hakkı sağlayacak bir şekilde genişletilmesine de olanak yoktur." (273). Gözübüyük, Danıştay'ın menfaat kavramını kâh dar, kâh geniş yorumlaması sonucu içtihatlarında kriter bulma güçlüğüne işaret etmektedir (274).

İdare mahkemesi, davacının hem milletvekili, hem de vatandaş sıfatıyla dava açmış olması karşısında milletvekili sıfatı hakkında bir şey söylememiştir. Anayasa ve kanunlarda milletvekillerinin dava açıp açamayacakları konusunda bir açıklık bulunmadığını ilk elde ortaya koyan Özyörük'e göre, milletvekilleri yeminleri "birer siyasi edebiyat metni" olmayıp, Anayasa'nın m.81'deki and içme metni ile hukukun üstünlüğüne ve Anayasa'ya sadakat yemini eden milletvekilleri yargı denetiminin düşmesine basmak durumundadır. İptal davasında

-
- (272) Erdoğan Teziç'in ÇİTOSAN davası ile ilgili görüşü, s.5: Gözübüyük'ün ÇİTOSAN davasında iptal kararı ile ilgili olarak Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığına sunduğu 28.4.1990 tarihli hukuki görüşleri, s.2-3.
- (273) DDK, 25.1.1974, E.72/586, K.74/80, D.D. S.16-17, s.162.
- (274) Gözübüyük, Yönetmelik..... s.132.

ehliyet yönünden aranan, sübjektif hak bağlantısı gerektiren "Şahsi alâka" olmayıp, "zâti alâka" dır (275).

Teziç ise, milletvekillerinin sahip oldukları siyasi nitelikteki temsilin, kendilerine milleti temsilen davalarda temsil olanağı vermeyeceği düşüncesindedir. Yine, Teziç'e göre, Anayasa m.6/3'ün üzere hiç bir kimse veya organ kaynağına Anayasa'dan olmayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağından, milletvekillerinin bu sıfatlarıyla açacakları davaların Anayasa'da numerus clausus olarak sayıldığını ifade etmektedir (276).

Yukarıda belirtildiği üzere, Ankara 6.İdare Mahkemesi davacının milletvekili sıfatıyla dava açmasına değinmezken, bir kamu hizmetinin kamusal alandan özel alana aktarılmasının söz konusu olması ve özelleştirme işlemi Toplu Konut

(275) Mukbil Özyörük, "KİT Satışlarına Karşı İptal Davası", Tercüman, 7.10.1989.

(276) Bkz.Teziç'in dn.272'de anılan görüşü, S.3. Bu arada yukarıda belirtilen Fransa'da özelleştirme işlemi ile ilgili açılan davanın, davacılarından birinin de milletvekili olduğu ve Fransız Danıştay'ının ehliyet unsuru bakımından kararda bir söz söylemediği belirtilmelidir.

ve Kamu Ortaklığı Kurulu'nun öncelikleri belirleyen 54 sayılı kararı uyarınca yapılmış olsa idi, şahsen yararlanma olanağı bulabileceği düşüncesiyle vatandaş sıfatıyla dava açmasında menfaat ilişkisinin varlığını kabul etmiştir.

Mahkeme davalının süre aşımı iddiasını da, dava konusu işlemin genel olup, herkesi ilgilendirmesi, ayrıca tebliğ ya da ilan edilmemiş olması karşısında yerinde bulunmamıştır. Gerçekten, Yüksek Planlama Kurulu'nun 89/3 ve 89/21 sayılı kararları davacı tarafından haricen öğrenilmek zorunda kaldığından, işlemlerin öğrenildiğinin bildirildiği tarih, dava açma süresinin başı olarak kabul edilmelidir.

Mahkeme, 54 sayılı Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu kararının her zaman değiştirilmesinin ya da kaldırılmasının mümkün olmasına rağmen, daha sonra yetkili hale gelen Yüksek Planlama Kurulu'nun bu yola gitmemesi nedeniyle, artık özelleştirmeye ilişkin bütün kararların bu ilke kararları üzerine dayandığı, ilke kararlarına aykırı olarak alınan yabancıya satış kararının hukuka aykırılığının ortaya çıktığını belirterek, 15.2.1990 tarihinde yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir.

Mahkeme kararları ile Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu/Yüksek Planlama Kurulu kararları arasındaki karşılıklı

eşikleşimi ortaya koyabilmek amacıyla kronolojik bir sıra izlemek istediğimizden, USAŞ davasının incelenmesine yürütmenin durdurulması kararı aşamasında araşvererek, Türkiye Çimento ve Toprak Sanayii T.A.Ş.'nin (ÇİTOSAN) bazı bağılı ortaklıkların özelleştirilmesi süreci ve yargısal aşamaya geçmek uygun olacaktır.

Yüksek Planlama Kurulu, 9.5.1989 tarih ve 89/8 sayılı kararıyla Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'nun 54 sayılı kararı uyarınca özelleştirilmesi kararlaştırılan; Söke Çimento Sanayi T.A.Ş., Balıkesir Çimento Sanayi T.A.Ş., Pınarhisar Çimento Sanayi T.A.Ş., Ankara Çimento Sanayi T.A.Ş.'nin hisselerinin tamamının, Afyon Çimento Sanayi T.A.Ş. nin sermayesinin % 51'ine denk düşen hisselerinin Soci  t   Des Ciments Français (SCF) firmasına satılmasına karar vermiştir. Kararda mali hükümler ile (277), SCF'nin Afyon   mento Sanayi T.A.Ş. dışında, diğer bağılı ortaklıklardaki kendisine satılan hisselerin sermayelerinin

(277) 85 000 000 Dolar peşin, 20 000 000 Dolar ise satış sözleşmesinin imza tarihinden itibaren 1 yıllık s  renin sonunda ödenecek, ayrıca SCF imza tarihinden itibaren 5 yıl içinde 60 000 000 Dolar ile 75 000 000 Dolar arasında söz konusu f  brikalarda yenileme ve kapasite arttırımı yatırımı yapacaktır.

en az % 40'ının sermaye piyasalarının gelişmesi de dikkate alınarak 5 yılı asmayacak bir süre içinde şirket çalışanlarına ve halka arz edilmesi (278), bu satışa ilişkin satış sözleşmesinin ve diğer şartların tesbit ve imzasına Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığı'nın yetkili kıldığı yer almaktadır.

Bu yetki uyarınca, adı geçen idare ile Soci t  des Ciments Français arasında 2.9.1989 günü imzalanan Hisse Satış Sözleşmesi m.2'de satış fiyatının Türk lirası olarak ödeneceği, m.3/4'de hisselerin tamamının mülkiyet hakkının başka şahısların öncelikli alım hakları söz konusu olmadan alıcıya geçeceği, m.3/9'da fabrikaların kurulu olduğu arazilerin mülkiyetinin de geçtiği, m.9/4'de sözleşmede öngörülen işlemlerin yapılmasını önleyecek bir mahkeme kararı ya da 3.kişiler tarafından yapılacak bir takibin söz konusu olmayacağı, m.11'de yatırım şartı, yatırımları gerçekleştirmeme müeyyideleri ve mücbir sebeplerin neler olduğu (resmi mercilerin kararları da yer almaktadır) belirtilmiştir. Gecikmeli halka arzın düzenlendiği m-12/3'e göre SCF, ya Ankara, Söke, Trakya (Pınarhisar, Balıkesir imento'nun % 40

(278) Blok satış sonrası yapılan bu halka arz, gecikmeli halka arz olarak isimlendirilmektedir.

hisselerini veya Türkiye Cumhuriyeti'nde tescil edilmiş olan bir veya birkaç şirkette sahip olduğu yukarıdaki % 40'lık orana tekabül eden hisseleri gecikmeli olarak halka arz etme imkanı, tercih hakkı söz konusudur (279). Alıcı, hisselerin İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nda daha küçük yatırımcılara öncelik verilmek suretiyle iyiniyetli kamu arzını taahhüt etmektedir. Ancak, sonradan hisselerin piyasa fiyatının düşmesine engel olmak için bunları satın alıp/aldıratabilecektir (m.12/5). Ayrıca, 12.maddede belirtilen dönemlerin sonunda hisselerin satılamaması halinde, kalanı yabancı yatırımcılara arz olunacaktır (m.12/7-ii). 14.maddede sözleşmenin T.C. Kanunlarına tabi olduğu ve T.C. Kanunlarına göre yorumlanacağı belirtildikten sonra, tahkimin düzenlendiği 15. maddeye göre sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların

(279) Nitekim, SCF'nin daha sonra ülkemizde bazı çimento fabrikalarının da mülkiyetini edinmesiyle SET Çimento Holding kurulmuştur. YPK'nun 89/8 sayılı kararında adları sayılmış olan bağlı ortaklıklardaki hisselerin % 40'ından söz edilmekte, SCF'ye satış sözleşmesinde olduğu gibi bir tercih hakkı tanınmamaktadır. Bu anlamda satış sözleşmesinin, satış şartlarının belirtilmediği ve satışa yetki veren karara uygun olarak yapıldığı söylenemez. Bu arada Afyon Çimento Sanayii T.A.Ş. nin 1991 yılında halka arz edilen hisseler, Kamu Ortaklığı İdaresi aracılığıyla Devletin sahip olduğu Kamu hisseleri olduğu belirtilmelidir. Afyon Çimento Sanayii T.A.Ş. Hisselerinin Halka Arzı Tanıtım Dökümanı sayfa 15'de şirketin önemli bir hukuki uyuşmazlığının bulunmadığı yazılıdır ?

Avusturya'da Viyana Federal Ticaret Odası Tahkim Merkezi'nin Tahkim ve Uzlaştırma Kuralları uyarınca üç hakem tarafından temyiz hakkından feragat edilmek suretiyle kesin olarak çözüleceği, tahkim dilinin İngilizce olacağı belirtilmektedir (280).

Yüksek Planlama Kurulu'nun, Satış Sözleşmesini 89/8 Sayılı kararına uygun bulması üzerine, 6.9.1989 tarih ve 89/24 sayılı satış kararını vermiştir.

Doğru Yol Partisi Milletvekili Tevfik Ertüzün ve arkadaşlarının, Yüksek Planlama Kurulu'nun 89/24 sayılı satış

(280) Bu arada, 11.10.1985 tarihinde imzalanan Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MIGA) Sözleşmesinin onaylanmasının uygun bulunduğuna dair 27.5.1988 tarih ve 3453 Sayılı Kanun ile (R.G. 2.6.1988, S.19830) Devletler ve Diğer Devletleri Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkındaki Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair 27.5.1988 tarih ve 3460 Sayılı Kanun (Bu Kanunda 24.6.1987 tarihinde imzalanan bir sözleşme ile Yatırım Uyuşmazlıkları Çözümü İçin Uluslararası Merkez (ICSID) kurulduğu belirtilmektedir) Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi ile ICSID Ana Sözleşmesi, Bakanlar Kurulu'nun 7.10.1988 tarih ve 88/13325 sayılı kararıyla, 27.5.1988 tarihinden geçerli olmak üzere onaylanmışlar ve sözleşme metinleri bu karar ekinde yayımlanmıştır. Bkz. R.G. 6.12.1988, S.20011.

kararının yürütülmenin durdurulması ve iptali istemli Esas 1989/3352 sayılı davada, Ankara 1. İdare Mahkemesi, Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'nun 54 sayılı kararında özelleştirmenin ne şekilde yapılacağına ilişkin esasların belirlendiği, Yüksek Planlama Kurulu'nun da bu esasları değiştirerek yeni bir karar almadığı gerekçesiyle açıkça hukuka aykırı olarak görüldüğü işlemin uygulanarak yatırımlara başlanması halinde telafisi güç zararlar doğacağından, 11.1.1990 tarihinde (281) yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Bir üye müşterek dilekçe ile dava aşma şartlarının gerçekleşmemesi nedeniyle, dilekçenin reddi gerekeceği düşüncesindedir.

b- Yüksek Planlama Kurulu'nun 90/2 Sayılı Kararı ve Değerlendirilmesi

USAŞ ve ÇİTOSAN davalarında verilen yürütmenin durdurulması kararlarının, Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'nun 54 sayılı kararındaki öncelikli satış ilkelerine uyulmadığını belirlemesi ve kararların bu hususa dayandırılması üzerine Yüksek Planlama Kurulu 7.3.1990 tarih ve

(281) Aslında ÇİTOSAN davasında yürütmenin durdurulması Kararı USAŞ davasına göre daha önce verilmiş olmakla birlikte, USAŞ davasındaki kararda unsurlara daha geniş yer verildiğinden, önce onun incelenmesi tercih edilmiştir.

90/2 sayılı kararıyla öncelikli satış ilkelerini belirleyen hükümler yerine

"Özelleştirme kapsamındaki her KİT, bağlı Ortaklık, iştirak ve işletmelerin içinde bulunduğu şartlar da dikkate alınarak, tamamının veya bir kısmının;

- Halka arz yoluyla,
- Borsa'da, Borsa seanslarında normal ve/veya özel emirler ile satışı yoluyla,
- Yerli ve/veya yabancı sermayeli gerçek ve/veya tüzel kişilere blok satışı yoluyla,
- Gecikmeli halka arzı içeren blok satış yoluyla,
- Yukarıda zikredilen yöntemlerin herhangi bir kombinasyonu yoluyla,
- Özelleştirilecek kuruluşların nitelik ve niceliklerine bakılarak, yukarıda belirtilen usullerin dışında başka bir yöntemle özelleştirilebilmelerine,

Özelleştirilecek kuruluşun niteliğine göre, özelleştirmede hangi yöntem ve hangi öncelikle uygulama yapılacağıının, yukarıda yazılı sıraya bağlı olmaksızın Yüksek Planlama Kurulu tarafından ayrıca belirlenmesine",

90/2 sayılı kararının 2.fıkrasında "Yukarıda anılan değiştirme işleminin 54 sayılı kararın yürürlük tarihi olan

30.4.1987 tarihinden itibaren geçerli olmasına" karar vermiştir. Yüksek Planlama Kurulu, Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'nun 54 sayılı öncelikli satış ilkelerini belirleyen kararı yerine. özelleştirmenin farklı usullerle, idarenin herhangi bir öncelikle bağlı olmaksızın takdir yetkisini genişletmek suretiyle, gerçekleşmesini sağlamak istemiştir. Yabancı sermayeye satış, blok satış da artık metinde yer almaktadır.

54 sayılı Karar ile 90/2 sayılı Kararın, yukarıda 54 sayılı kararın incelenmesindeki açıklamalarımız çerçevesinde birer düzenleyici işlem oldukları kuşkusuzdur. Bu saptamayı yaptıktan sonra, idarenin düzenleyici işlemini her zaman değiştirebileceğini ya da kaldırabileceğini söyleyebiliriz (282).

Ancak, Yüksek Planlama Kurulu bir "değiştirme işlemi"nden söz ettikten sonra 90/2 sayılı kararın ilk karar olan 54 sayılı kararın yürürlük tarihi 30.4.1987 tarihinden itibaren geçerli olmasını, yani 2.kararın ilk kararın yürürlük tarihine kadar geri yürütülmesini istemiştir. Bu hususun mümkün olup olmayacağını, kararların niteliği;

değiştirme, kaldırma, geri almanın anlamlarını kısaca ortaya koymak gerekmektedir. Bir idari işlemin onu yapanın iradesine bağlı nedenlerle sona erdirilmesi biçimi olan geri alma ile işlem geriye yürür şekilde yapıldığı andan itibaren hukuki hayattan silinir (283), geri alınan karar hiç alınmamış sayılır (284). Geri alınan işlemin bizatihi kendisi değil, doğurduğu hukuki sonuçları da kaldırılır, kaldırılmak zorundadır (285). Geri alma ancak sakat işlemler için söz konusu olur. İptal kararında olduğu gibi hukuka aykırı bir işlemin askılığın geçerliliğine son veren idari işlemin geri alınması (286), idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesinin de istisnasını oluşturur.

Kaldırma ile bir idari işlem ileriye, geleceğe dönük olarak, iradenin açıklanması anından itibaren yürürlükten kaldırılmış olur (287). Kaldırma, ancak hukuka uygun işlemler bakımından söz konusu olur (288).

Değiştirme, bir idari işlemin geleceğe yönelik olarak

(283) Tan, İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara 1970, s.2,5.

(284) Günday, a.g.e., s.98.

(285) Yıldırım Uler, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara 1970, s.7.

(286) Uler, a.g.e., s.7 : Günday, a.g.e., s.98.

(287) Günday, a.g.e., s.118: Duran, a.g.e., s.421; Uler, a.g.e., s.8, dn.19.

(288) Günday, a.g.e., s.118.

önce kaldırıldıktan sonra, aynı zamanda yerine yeni bir işlemin yapılması anlamına gelir (289).

Değişiklik, yenileme (290) geriye yürümez biçimde yapılır, geçmişe etkili değildir (291). Nihayet, düzeltme ile, bir idari işlemin içeriğine ve doğuracağı sonuçlara ilişkin olmaksızın, geçmişte ve gelecekte yeni hükümlerin yerine doğruları konur (292). Ancak, işlem düzeltilirken içerik ve sonuçlarında değişiklik yapılırsa bu kez geçmişi etkilemiş olur; (293), bu da idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi karşısında kabul edilemez.

Düzenleyici bir işlem ise aynı konu ve farklı kapsamdaki bir başka düzenleyici işlemle ancak kaldırılabilir

(289) Duran, a.g.e., s.421 ; Günday, a.g.e., s.119.

(290) Duran, a.g.e., s.421.

(291) Uler, a.g.e., s.7, dn.19; Günday, a.g.e., s.119.

(292) Duran, a.g.e., s.421; Günday, a.g.e., s.119.

(293) Duran, a.g.e., s.421.

ya da değiştirilebilir, yoksa geri alınamaz (294). Bu açıklama 54 ve 90/2 sayılı kararlar bakımından da geçerlidir.

Ekonomik hukukun özellikle yöneldiği alan dolayısıyla, diğer hukuklara göre daha az sert, daha az kategorik, daha az belirli kavram, kural ve teoriler çerçevesinde hareket etmek istemesi (295) karşısında, yargı organları idarenin takdir yetkisi ve ekonomik hukukun esnekliği ilkesine ulaşmaksızın, sadece karşı-ağırlık arayışını ortaya koyabilen yargı organları (296) yerindelik denetimine gitmeksizin gitmeksizin hukuka uygunluk denetimi sınırları içinde görevlerini yerine getireceklerdir.

İptal Kararları

Burada artık mahkemelerin yürütmenin durdurulması kararında değinip iptal kararında da aynen yer verdikleri

(294) Tan, a.g.e., s.60. Duran, hukuka uygun düzenleyici işlemlerin geçmişte bir kişi için uygulanabilir halde değilse geri alınabileceğini, ancak geri almanın geçmişte etkilemesi nedeniyle geriye yürümezlik ilkesini ihlal ettiğini, düzenleyici işlemler zaten her zaman kaldırılabilirdiklerinden, buna gerek dahi olmadığı düşüncesindedir. Bkz.Duran, a.g.e., s.422-423.

(295) Laubadère/Delvolvé, a.g.e., s.74.

(296) Laubadère/Delvolvé, a.g.e., s.77.

konular üzerinde durulmayıp, yürütmenin durdurulması kararında yer almayan ya da daha sonra ortaya çıkan hususlar göz önüne alınacaktır.

İdarenin kamu hukukuna tabi işlemlerinin varlığının yanısıra, özel hukuka tabi işlemlerinin de olduğundan bahisle (297), satış işleminin özel hukuka girdiği hakkındaki davalı savunması, USAŞ davasında Ankara 6.İdare Mahkemesi'nce yerinde görülmemiş, iptal davası konusu kararların TKKOİ gibi genel idare içinde yer alan bir organdan çıktığı kamu malları ve kamu hizmetine ilişkin olduğu ifade (298) edilmiştir.

Mahkeme, 90/2 sayılı kararla geri almanın gerçekleşmediğini, bu kararın ileriye yönelik olarak hüküm ifade edeceğini, önceki hukuka aykırı satış işlemlerine hukukilik kazandıramayacağını belirtmiştir. Gerçekten, idari işlemler yapıldıkları ana göre hukuka uygun ya da aykırı olarak değerlendirilir; iptal davasında da işlemin yapıldığı zamanki durum yargılanır (299).

(297) Aubý, a.g.e., s.3.

(298) Her iki karar da aslında Yüksek Planlama Kurulu'nca alınmış olup, Kararlar Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi (TKKOİ) Başkanlığınca yürütülmüşlerdir.

(299) Uler, a.g.e., s.34; Tan, a.g.e., s.10.

Mahkeme, 3291 Sayılı Kanunun Anayasa'ya aykırılık iddialarını yerinde görmemiştir.

Mahkeme, sonuç olarak özelleştirme yetkisinin siyasi bir tercih olmamakla birlikte, ancak mevzuat çerçevesinde kullanılabileceğini, idarenin yaptığı düzenleme ile belirlediği satış önceliklerine uymamasının idari işlemin kanuniliği denetimine girdiğini belirlemiş ve 89/3 ile 89/21 sayılı işlemlerin iptaline karar vermiştir (300).

Ankara 1.İdare Mahkemesi de, ÇİTOSAN davasında Ankara 6.İdare Mahkemesi gibi geri alma işlemi üzerinde durmuş; geri alma işlemi ile aslında 54 sayılı karara aykırı olarak yapılan satış işlemlerinin de ortadan kalkması gerektiğini, oysa 90/2 sayılı kararlar amacın bunlara geçerlik sağlamak olduğunu ifade etmiştir.

Ankara 1.İdare Mahkemesi de, yukarıdaki karara benzer esaslardan hareket ederek, 89/24 sayılı dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir (301). Bir üye ise, hak ve menfaatte iştirak olmadığından bahisle dilekçenin reddedilmesi düşüncesindedir.

(300) Ankara 6.İd.Mah, 21.3.1990, E. 89/3374, K. 90/459
(Yayınlanmamıştır).

(301) Ankara 1.İd.Mah, 30.3.1990, E. 89/3352, K. 90/977
(Yayınlanmamıştır). Bu davada sadece satış işleminin iptali istemi söz konusudur. Société des Ciments Français de davalı yanında davaya katılmıştır.

Her iki karar da temyiz edilmistir. Danıştay, ÇİTOSAN davasında verilen iptal kararını onamıştır (302).

Danıştay Savcısı, yabancıya blok satış yapılmakla davacıların hissâ satın alma talebinde bulunma hakkını işlemin yapıldığı tarihte ortadan kaldırdığını; böylece meşru, kişisel ve aktüel bir menfaatin ihlal edilmiş olduğu sonucuna varmaktadır.

Danıştay Savcısı'na göre 54 sayılı karar "belli objelerle sınırlı olsa bile kurallar koyan bir düzenleyici işlemdir". Bir düzenleyici işleme aykırı uygulama işlemine, düzenleyici işlemi geri alma yolu ile hukuka uygunluk sağlamak normlar hiyerarşisine aykırı olur. İdare bundan sonra 90/2 sayılı karara uygun işlemler yapabilir.

Sonuç olarak Danıştay Savcısı iptal kararının onanması gerektiğini belirtmiştir.

Danıştay 10.Dairesi iptal kararının temyiz istemini incelemeye başladıktan sonra, daire başkanı davacıların milletvekili sıfatıyla kurdukları dava ehliyetini İYÜK m2 deki "menfaatleri ihlal edilenler" kapsamında görmemiş; daha sonra

(302) Dnş.10.D., 19.6.1991, E.90/1742, K.91/2328 (Yayınlanmamıştır), USAŞ davasında verilen iptal kararı ise halen Danıştay'da temyizen incelenme aşamasındadır.

işin esasına geçilerek temyiz sebeplerini kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte bulmadığından, iptal kararının esasta oybirliğiyle onanmasına karar vermiştir.

Gerekçede karşı oy yazan iki üyeye göre, idari işlemin yapıldığı tarih itibariyle mevzuatta yabancıya satışa ilişkin bir düzenleme bulunmadığı gibi, yabancıya yapılacak satış toprak edinmesi sonucunu doğuracaktır ki, bunun da Türk hukuk sisteminde yeri yoktur.

Hukuka uygunluk karinesinden yararlanan idari işlemlerin re'sen icra edilmesini önleyecek olan hukuki güç, iptal davası devam ederken, verilen yürütmenin durdurulması kararı ile (303) dava sonunda gündeme gelen, benzer etkiye sahip iptal kararıdır(304).

İptal kararı ile hukuka aykırı işlem kesin olarak hukuk dünyasından silinir, ortadan kalkmış sayılır. Üstelik bu ortadan kalkma geniş yürür biçimdedir (305). İptal kararı/iptal edilen işlemle doğrudan ilgili işlemleri de kapsar (306). İptal kararı ile sakat işlem yapılmadan önceki hukuka aykırılık arzetmeyen durum geri gelmeli, idari bunu sağlamalıdır (307).

(303) Erkut, a.g.e., s.120

(304) Uler, a.g.e., s.113.

(305) Gözübüyük, a.g.m., s.332; Uler, a.g.e., s.11.

(306) Onar, İdare....., C.III, s.1794.

(307) Uler, a.g.e., s.16.

İdarenin bir yargı kararına uyup uymamak konusunda takdir yetkisi bulunmadığından, bu konuda sahip olduğu bağlı yetki (308), kendisi aleyhinde verilen yargı kararlarını dahi uygulamasını gerektirir (309).

Satış işleminin özel hukuk alanına girmesi nedeniyle iptal kararının uygulanamayacağı ileri sürülmüştür (310). Oysa, Ankara 6.İdare Mahkemesi'nin de iptal kararında belirttiği gibi, burada bir idari işlem söz konusudur. Belki, özel hukuka özgü nitelikte bir idari işlemin varlığından söz edilebilir (311). Ekonomik alanda idare idari karar alırken hukuk hükümlerini sadece göz önünde bulundurmaktadır (312)

Hisselerin devir teslim edildiği, belki 3.kişilere geçtiği ihtimali ve iptal kararını yerine getirmede huku-ki-fiili imkansızlık iddiası karşısında, teşebbüs bazında devletleştirmeye ilişkin Anayasa hükmünün işletilmesi düşünülebilir.

(308) Erkut, a.g.e., s.84.

(309) Uler, a.g.e., s.81.

(310) Cumhuriyet, 9.4.1990.

(311) Tan, "Hukuka ", Cumhuriyet, 23.7.1991

Danıştay, Sermaye Piyasası Kurulu işlemlerini de özel nitelikte idari karar olarak nitelendirmiştir.

Bkz. Dns.10.D., 2.11.1987, E.86/1763, K.87/1746,

D.D., S.70-71, s.562-565.

(312) Erkut, a.g.e., s.71.

90/2 sayılı kararlar ile işlemin yeniden yapılmasının hukuka aykırı sayılmaması karşısında soruna bir çözüm getirmek bakımından Uler'in önerdiği işlemin yenilenmesi uygulama alanı bulabilir (313). Şöyle ki, işlemin sakat olmadan yapılmasını sağlayan yeni bir kanun çıkması ya da birel işlem bakımından düzenleyici işlemin yapılması halinde artık işlemin dayandığı hukuki sebep değişmiş olduğundan (314), idare kesin hükme aykırı olmamak kaydıyla iptal edilen işlemin yenilenmesi yoluna gidebilir (315). İptal olunan işlem, hukuka uygun olarak yapılabilme imkanına sonradan kavuştuğundan işlem, geçmişteki sakatlığı önleyemese dahi, yenilenmesi tarihinden itibaren geçerli olacaktır.

(313) Burada dar anlamda yargı kararlarının uygulanmaması söz konusu olmamakla birlikte, bu uygulamama hukuka uygundur.

(314) Uler, a.g.e., s.88.

(315) Uler, a.g.e., s.97.

SONUÇ

Devletleştirmeyi düzenleyen 1982 Anayasasının özelleştirmeye hiç değinmemesi karşısında 3291 sayılı Kanun'un bölümlerindeh birine sıkıştırılan özelleştirmeye ilişkin yasal hükümlerin idareye sınırsız ölçülere varan geniş bir takdir yetkisi tanıyarak Fransa örneğinde olduğunun aksine sınırlayıcı hükümlere yer verilmemiş olması tartışmaya açık ve eleştirilecek konuların başında gelmektedir. Ayrıca, 233 sayılı Kanun Hükümünde Kararnameye kadar kanunla kurulan KİT'ler bundan sonra Bakanlar Kurulu Kararı ile kurulur hale gelmişler, mülkiyetlerinin devrinde de aslında bir idari işlem olan Bakanlar Kurulu Kararı yeterli sayılmıştır. Oysa, özelleştirme Anayasa'da düzenlenmeli, KİT'lerin devri yasama organına ait olmalı, özelleştirme kanununda işlem bütün un - surları ile düzenlenmelidir.

Bakanlar Kurulu'nun KİT'lerin özelleştirilmesine ilişkin kararları dışındaki diğer kamu teşebbüslerinin özelleştirilmesi kararları (Müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerine ilişkin olanlar) Resmi Gazete'de yayımlanmamaktadır. Resmi Gazetede yayım, idarenin saydamlığı ilkesinin gereği olduğu gibi, vatandaşın ödediği vergilerle yaradılan kamu varlıklarının kamusal niteliklerine son verilmesi halinde, vatandaşların bu hususu yine ilk elden Resmi Gazete'de görerek bilgi sahibi kılınması zaruridir.

USAŞ ve ÇİTOSAN ile ilgili kararlar, idarenin daha

önce yaptığı genel düzenleyici işleme uymadan önceliklikli satış ilkelerini yerine getirmeden blok satışa yönelmesi üzerine idare mahkemelerince iptal edilmiştir. ÇİTOSAN kararı Danıştay'ca onanmış olup, USAŞ kararı da henüz temyizden incelenme aşamasındadır.

Özelleştirmede öncelikli satış ilkelerini belirleyen ilk karar (Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulunun 54 sayılı kararı), daha sonra değiştirilerek özelleştirme yöntem ve biçimlerinde idare takdir yetkisini genişlettiğinden, artık Yüksek Planlama Kurulu'nun 90-2 sayılı kararından sonra yapılacak blok satışların bu kararlara uygun hale geldiği ileri sürülebilir. İptal kararlarının uygulanabilirliği ise tartışma konusudur.

Özelleştirme, kamu teşebbüslerinde eksik olan, özel yönetim usullerini, bir türlü saflanamayan özerkliği, dinamizmi getirebileceği için, Anayasa'da kanunlarda ve yargısal içtihatlarda idarenin hareket alanının net ve açık biçimde belirlenmesi şartıyla, "yoluna yordamına uygun olarak yapılmak suretiyle" başvurulabilecek bir hukuki -ekonomik politika aracıdır.

B İ B L İ Y O G R A F Y A

A. KİTAPLAR

- Aktan, C.Can : Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme, İzmir,1987
- Auby, Jean-Marie, : Droit Administratif Spécial, 4.ed.Paris 1983
Aysan, Mustafa : Türkiye'de Devlet İşletmeciliği, İstanbul 1973
- Azrak, A.Ülkü : Millileştirme ve İdare Hukuku, İstanbul, 1976.
- Baklacioğlu, Sadık : Kamu İktisadi Teşebbüsleri, Ankara 1970
- Balta, Tahsin Bekir : İdare Hukuku II, Ankara 1970
- Boratav, Korkut : Türkiye İktisat Tarihi (1908-1985), 3-B, İstanbul 1990;
_____ : Türkiye'de Devletçilik, 2 B, Ankara 1982
- Cevizoğlu, M.Hulka : Türkiye'nin Gündemindeki Özelleştirme, İstanbul 1989.
- Duran, Lütfi : İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982
- Durupty, Michel : Les Privatisations en France, Paris 1988
- Düren, Akın : İdare Hukuku Ders Notları, Ankara 1979
- Erkut, Celal : İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990
- Gözübüyük, Şeref : Yönetim Hukuku, 3B, Ankara 1989
" " : Yönetimsel Yargı, 6 B, Ankara 1983
- Günday, Metin : İdari Hukuku Dersleri, Ankara 1990
- Günes, Turan : Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Dizenleyici İşlemleri, Ankara 1965.

- Karayalçın, Yaşar : Sistemler ve Hukuk Açısından Büyük İşletme, Ankara 1985.
- Kıratlı, Metin : Koruyucu İdari Hizmetler, Ankara 1973.
- Köker, İsmet/Dinç, İlhan: Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları, Ankara 1988
- Laubadère, Andre de : Droit Public Economique, 4^{eme}, ed. Delvolvé Pierre Paris 1983.
- Omar, Sıddık Sami : İdari Hukukunun İdari Esasları, C.II, 3 B, İstanbul 1966.
- Önen, Ergun : Karma İktisadi Teşebbüsler, Ankara 1967
- Özay, İl Han : Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma, İstanbul 1986
- " " : Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma III, İstanbul 1990
- Özkol, Adil : Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı, Ankara 1970
- Santini, J-J, ve d., : Les Privatizations à L'etranger, Paris 1986
- Tan, Turgut : İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara 1970
- Uler, Yıldırım : İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara 1970.
- Ulucan, Devrim : Anayasa Mahkemesinin Ekonomik Haklara İlişkin Kararları, İstanbul T.Y.,
- Versan, Vakur : Kamu Yönetimi (Siyasi ve İdarî Teşkilat), İstanbul 1974

B. MAKALELER

- Aybay,Aydın, "Nemo Plus Juris", Cumhuriyet 14.8.1989
- " " "Satılanları Geri Alma Hakkı", Cumhuriyet
3.10.1989
- Azrak,A.Ülkü " Millileştirme ve Kamu Hizmeti"
İÜHEM C.XXXVI, S.bl-4, İstanbul 1971
- Berki,Nermin, "KİT'lerin Sorunları ve 1980 Sohrasındaki
Durumları", Dünya, 4.5.1987
- Duran,Lütfi, "Anayasa Mahkemesi" ne Göre Türkiye'nin Hukuk
Düzeni (II)" AİD Y 19, S.2, Haziran 1986,
s.3-28
- "Türkiye'de Planlama'nın Hukuki Rejimi",
Ekonomi-Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler,
Ankara 1975, s.3-29.
- "Sözleşmeli Kamu Personeli", Cumhuriyet
12.12.1988.
- Eroğlu,Hamza, "Devletçiliğin Hukuki Dalanakları", Bildiriler,
III.Türk Hukuk Kurultayı, Ankara 1981.
- Gözübüyük,Şeref,"İptal Davasının Sonuçları" Abadan'a Armağan
Ankara 1969, s.329-339.
- Güran,Sait, "Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Malına Bakışı",
İHİD, S.1-3, s.86+
- Mäscheriakoff,A.Sb. "L'autonomie des entreprises publiques,
"R.D.P.6 , Paris 1985.
- Onar,Sıddık Sami, "İktisadi Devlet Teşekküllerinin Mahiyeti,
"İktisadi Devlet Teşekkülleri, İstanbul 1968.
- "Türkiye'de İktisadi Devlet Teşekküllerini
Doğuran Amiller, Bu Teşekküllerin Hukuki ve
İdari Yapılarının ve Şekillerinin Tahlil ve
Tenkidi, Muammer Raşit Seviş'e Armağan'dan
Ayrı Bası, İstanbul 1956.

- Özay, İl Han, "İdare Hukuku Yönünden KİT'leri Özelleştirme Çalışmaları", ORHİM Görüşler, İstanbul 1986.
- Özyörük, Mukbil, "KİT" Satışlarına Karşı İptal Davası, Tercüman 7.10.1989
- Contamine, Monuque Raynaud, "L'application du droit commun aux privatisations", AJDA, No.5, 1987, s.309-313.
- Pene, Didier, "La Privatisations en Granve," AJDA, No.5, 1987, s.291-302.
- Rapp, Lucien, "Le secteur public français entre nationalisations et privatisations", AJDA, No:5, 1987, s.303-308.
- Tan, Turgut, "Özelleştirme Modası Geçti mi (I)", Cumhuriyet, 12.9.1989.
- _____ "Hukuka Aykırı Özelleştirme ", Cumhuriyet, 23.7.1991.
- Yenice, Kâzım, "Tartışmalı KİT Satışları " Cumhuriyet 19.10.1989
- Yayla, Yıldızhan, "Sosyal Devletten İktisadi Devlete (veya Kamu Hizmetinin Sonu)", Hukuk Araştırmaları, C.1, S.1, s.33-37.