

ÖZELLEŞTİRME VE İDARİ YARGI

Privatization and Administrative Jurisdiction

Arş. Gör. Zeynep GÜNLER*

Geliş Tarihi: 05.03.2020

Kabul Tarihi: 31.08.2020

ÖZET

Bu çalışma özelleştirmeye ilişkin işlemler karşısında idari yargı yerlerinde sergilenen tutumlara özgülenmiş olup özellikle özelleştirme işlemlerinin yasal bir dayanağa kavuşturulduğu tarih olan 1994 yılı sonrası yargı kararları üzerinde yoğunlaşmaktadır. Öncelikle özelleştirmenin idari yargı denetiminde ortaya çıkan usul sorunları davacı sıfatı, davalı, görevli yargı yeri ve kesin ve yürütülmesi gereken işlem başlıkları altında ele alınmıştır. Bu konular tüm yönleriyle değil özelleştirme bağlamında problemli olabilecek başlıklar temelinde incelenmiştir. Öte yandan, esasa ilişkin iptal nedenleri ise kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılmaması, ihale şartnamesinin özelleştirmeden beklenen yararları güvenceye alacak nitelikte olmaması, rekabet ortamının oluşturulmaması, tekellerin önlenmemesi ve aleniyet ilkelerine aykırılık ve kamu yararına aykırılık olarak gruplandırılmıştır. Özelleştirme işlemlerinin idari yargı denetimine ilişkin olarak ele alınan gerek usule ilişkin gerek esasa ilişkin problemler özellikle yargı kararları doğrultusunda değerlendirilmiştir. İptal kararına konu edilen idari işleme dayalı olarak gerçekleştirilen özel hukuk işlemlerinin akıbeti, bir diğer deyişle, özelleştirme işlemlerine ilişkin verilen iptal kararlarının uygulanmaması sorunu ise konunun en dikkat çeken yanıdır.

Anahtar Sözcükler: Özelleştirme, kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılması, rekabet ortamı, aleniyet ilkesi, kamu yararı, yargı kararları, iptal kararlarının uygulanmaması sorunu.

ABSTRACT

This work is allocated to the positions of the administrative courts in Turkey as regards to privatization practices. It mainly focuses on judicial decisions after 1994 which is the date when privatization has gained a legal framework. First, the procedural issues that arise from administrative judicial review of privatization practices are examined within the subtitles of legal capacity of being claimant, defendant, competent judicial authority, final and enforceable act. On the other hand, substantive causes of discountenance are grouped as the non-use of public funding in most efficient ways, tender specifications being under qualified to guarantee the benefits expected from privatization, non-establishment of a competitive environment, ignoring monopolistic structure, contradiction to principle of publicity and contradiction to public welfare. Legal problems arising from aforementioned topics are evaluated with the light of judicial decisions. The aftermath of the annulment decisions regarding the privatization practices is the most appealing issue.

Key words: Privatization, most efficient use of public funding, competition, the principle of publicity, public welfare, judicial decisions, nonenforcement of annulment decisions.

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: zeynep.gunler@atauni.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-4178-4177.

Giriş

Özelleştirme 1994 yılında 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun ile yasal bir dayanağa kavuşmuş olsa da, özelleştirme işlemlerinin hem usulüne hem de esasına ilişkin pek çok konu tartışılmaya devam etmektedir. Özelleştirme işlemlerine karşı kimlerin dava açabileceği, bu davaların kime karşı açılabilceği, hangi özelleştirme işlemlerin iptal davalarına konu olabileceği, davayı görmeye görevli olan idare mahkemesinin hangisi olduğu özelleştirme işlemlerine ilişkin usul sorularıdır. Öte yandan, özelleştirme işlemlerine ilişkin verilen yargı kararlarının gerekçelerine bakıldığında konunun esasına ilişkin ele alınması gereken hususlar da ortaya çıkmaktadır. Bunlar; kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılmaması, ihale şartnamesinin özelleştirmeden beklenen yararları güvenceye alacak nitelikte olmaması, rekabet ortamının oluşturulmaması, tekelci yapının önlenmemesi ve aleniyet ilkelerine aykırılık ve kamu yararına aykırılıktır. Bu çalışma ile özelleştirme işlemlerinin usulüne ve esasına ilişkin çeşitli yargı kararları incelenerek özelleştirmeye ilişkin ortaya çıkan bu sorulara cevap aramak amaçlanmıştır. Tüm bunların ötesinde verilen iptal kararlarının yerine getirilmemesi ise çalışma boyunca ortaya konan soru ve cevapları anlamsız kılmaktadır. Ayrıca belirtmelidir ki, bu çalışma 6771 sayılı yasa ile yapılan anayasa değişikliğinden önceki hukuki durumu yansıttığından başbakanlık kurumuna yapılan atflar bu bağlamda değerlendirilmelidir.

I. ÖZELLEŞTİRMENİN İDARİ YARGI DENETİMİNDE ORTAYA ÇIKAN USUL SORUNLARI

A. Davacı Sıfatı

Yargısal denetimi harekete geçirebilme imkanı idare hukuku bakımından dava konusu üzerinde kişisel, güncel ve meşru bir menfaati bulunan kişilere tanınmıştır.¹ Bu bağlamda kimlerin dava ehliyetine sahip olup olmadığı tartışılırken özelleştirme tekelinde tartışmalı kısım milletvekillerinin ve dernek ve vakıf gibi özel hukuk tüzel kişilerinin özelleştirme işlemlerine karşı iptal davası açıp açamayacağıdır. Nitekim, USAŞ ve ÇİTOSAN çimento fabrikalarının özelleştirilmesine karşı milletvekilleri tarafından açılan davalar kabul edilirken AKTAŞ ve AFŞİN-ELBİSTAN'ın özelleştirilmelerine karşı bir milletvekili tarafından açılan dava, dava açma ehliyeti yokluğundan usulden reddedilmiştir. Ancak ilgili kararlar daha yakından incelendiğinde, yargı organlarının değerlendirmelerine göre milletvekillerinin özelleştirme işlemlerine karşı davacı sıfatını haiz olmadığı, davacı sıfatından reddedilmeyerek görülen ve iptalle sonuçlanan davaların ise milletvekillerinin vatandaş sıfatı dolayısıyla kabul edildiği anlaşılmaktadır.

¹ TAN Turgut, İdare Hukuku, Ankara 2016, s.798.

“Davacıların dava dilekçesini kendi adlarına düzenledikleri ve vekaleten hareket ettiklerini belirtmedikleri gibi dava dilekçesini vekaleten imzalamayıp kendi adlarına imzaladıkları, tebligata elverişli adres olarak görev yerlerini gösterdikleri bu nedenle davacıların vatandaş ve vergi mükellefi sıfatıyla kamu hizmeti ve kamu malları topluluğunun kamusal alandan özel alana aktarılması nedeniyle ve özelleştirme Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulunun 30.4.1987 gün 54 sayılı kararı ile belirlenen esaslar çerçevesinde yapılırsa idi vatandaş olarak şahsen yararlanma olanağının bulunabileceği düşünüldüğünde dava açma ehliyetlerinin ve dava konusu işlemle menfaat ilişkilerinin varlığı mahkememizce oybirliği ile kabul edilmiştir.”²

Buna göre, davacıların milletvekili sıfatından bağımsız olarak yurttaş sıfatıyla dava dilekçesini hazırlamış olması ve ilgili özelleştirme işlemi halka arz yöntemiyle gerçekleştirilseydi bir vatandaş olarak bu özelleştirmeden hisse payı satın almak suretiyle yararlanabileceği göz önüne alındığında idare mahkemesince dava konusu işlemde kişisel, güncel ve meşru bir menfaatinin varlığı kabul edilmiştir. Dolayısıyla, milletvekillerinin milletin vekâletini aldıkları gibi bir düşünceyle iptal davası açamazken özelleştirme işlemlerine karşı açılacak davalarda vatandaşlık sıfatlarına dayanarak dava açabilecekleri görüşü genel kabul görmüştür. Keza, Fransız Danıştay’ı da menfaat ilişkisinin kişisel olması nedeniyle görevleri hukuka uygunluğu sağlamak bile olsa milletvekillerinin dava açmada menfaat ilişkileri olmadığını kabul etmektedir.³ Öte yandan, öğretide idarenin kamu mallarının tasarruf şekillerini ve kamu hizmetinin görülmesi usullerini bütünüyle değiştiren işlemleriyle milletvekilleri arasında doğrudan veya dolaylı hiçbir ilişkinin var olmadığını kabul edilemez olduğunu, özelleştirme işlemleriyle kamunun sıkı bir ilişkisinin var olduğunu ve milletvekilliğinin ise bu menfaat ilişkisini güçlendiren bir görev olması dolayısıyla milletvekillerinin de özelleştirme işlemlerine karşı açılan davalarda davacı sıfatını haiz olması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur.⁴

Özel hukuk tüzel kişilerinin kişisel, güncel ve meşru menfaat ilişkilerinin ise belli amaçlarla kurulmuş dernek ve vakıf gibi sivil toplum örgütleri bakımından kuruluş amaçlarıyla sınırlı olmak üzere ve kamu menfaatini ilgilendiren konularda mevcut olduğu söylenebilir. Kendi üyelerinin hak ve menfaatlerini

² Ankara 1. İdare Mahkemesi E.989/3352 K. 990/977.

³ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref – TAN Turgut, İdare Hukuku c.2, Ankara 2016, s.349.

⁴ KARAHANOGULLARI Onur, “Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 45, sayı 1-4, (1996), s. 279-323.

korumak amacıyla kanunla kurulmuş meslek birliklerinin de dava açmalarının mümkün olduğu görülmektedir. Danıştay 10. Dairesi KİGEM- Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi Vakfı tarafından Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş Genel Müdürlüğü'ne karşı açılan davada, "...ilgili vakfın vakıf senedinde yer alan Vakfın Genel Amaçları isimli 3. maddesinde özelleştirme uygulamalarını izlemek ve değerlendirmek, bu konuda çalışanların örgütleri ve başkaca kamusal ve özel kuruluşlarla işbirliği yapmak şeklinde yer alan amacı doğrultusunda, doğal gazı dayalı termik santral kurma ve işletilmesi konusundaki sözleşmenin iptali istemiyle açılan davada davacı vakfın subjektif ehliyetinin varlığı..."⁵ nı kabul etmiştir. Benzer bir şekilde, Çeşme Liman İşletmesi A.Ş'nin işletme hakkı verilmesi suretiyle özelleştirilmesi işlemine karşı açılan davada Danıştay, "uluslararası eşya ve emtia nakliyesi işi yapan, liman ve taşıma ücreti ödeyerek limandan yararlanan gerçek ve tüzel kişilerin üyesi olduğu davacı ... Nakliyeciler Derneği'nin dava konusu işlemde menfaatinin etkilendiğinin açık olması nedeniyle dava açma ehliyetinin bulunmadığı yönündeki iddia hukuki dayanaktan yoksun görülmüştür." şeklinde karar vermiştir.⁶

B. Davalı Sıfatı- Husumet

Özelleştirme işlemlerine karşı kimin dava açacağı sorununu çözdükten hemen sonra ele alınması gereken konu bu davaların kime karşı açılacağıdır. Özelleştirme tekelinde husumet sorunu özelleştirme işlemleri bakımından karşımıza iki yetkili birimin çıkmasından kaynaklanmaktadır. Bunlar, Özelleştirme Yüksek Kurulu ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığıdır. 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 3. maddesinde Özelleştirme Yüksek Kurulunun görevleri:

- "a) Bu Kanunun 1 inci maddesinde sayılan kuruluşların "Özelleştirme kapsamına" alınmasına, özelleştirme kapsamına alınanlardan mevcut durumu itibarıyla özelleştirilebilir nitelikte olmayanların mali ve hukuki açıdan "özelleştirmeye hazırlanmasına", hazırlık işlemleri tamamlananların bu işlemlerin tamamlanmasından sonra, hazırlık işlemlerine gerek görülmevnenlerin ise doğrudan "özelleştirme programına" alınmasına karar vermek ve özelleştirme kapsamına alınan kuruluşların özelleştirme işlemlerinin tamamlanması için süre tespit etmek,
- b) Özelleştirme kapsamına alınmış olan kuruluşlardan ge-

⁵ Danıştay, 10. D; E. 1999/2543- K. 2002/348.

⁶ Danıştay, 13. D; 28.02.2006, E.2005/7150-K. 2006/1231. Danıştay Dergisi, sayı: 112, s.464 vd.

rekli görülenlerin özelleştirme kapsamından çıkarılarak eski statülerine iade edilmesine ve/veya özelleştirme programına alınmış kuruluşlardan gerekli görülenlerin özelleştirmeye hazırlanmasına karar vermek,

c) Kuruluşların; satış, kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar ile devredilmelerine ilişkin özelleştirme yöntemlerinden hangisi ile özelleştirileceğini belirlemek,

d) Özelleştirme programına alınan kuruluşların “satış, kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflarla gerçek ve/veya özel hukuk tüzel kişilerine devredilmesi” yöntemleriyle yapılan ihaleler sonucunda ihale komisyonlarınca verilen nihaî kararları onaylamak...”

olarak belirlenmiştir. Aynı yasanın 2/7/2018 tarihli 703/85 sayılı KHK ile mülga edilmeden önce Özelleştirme İdaresi Başkanlığının kuruluş ve görevleri 4. Maddede

“Başbakana bağlı kamu tüzel kişiliğine sahip, özel bütçeli Özelleştirme İdaresi Başkanlığı (İdare) kurulmuştur. (Değişik ikinci cümle: 1/8/2003-4971/2 md.) Başbakan bu Kanunla ilgili yetkilerini görevlendireceği bir bakan vasıtasıyla kullanabilir. İdare geçici bir teşkilat olup özelleştirme süreci sona erdiğinde elemanları ihtisaslarına göre ilgili kuruluşlara nakledilebilir.

İdarenin görevleri aşağıda belirtilmiştir;

a) Kurul kararlarını uygulamak,

b) Kurul tarafından verilen görev ve yetkilerle ilgili konularda karar vermek ve gerekli işlemleri yürütmek,

c) Kuruluşların özelleştirme kapsamına alınmasına veya özelleştirme kapsamına alınmış olan kuruluşların eski statülerine iade edilmesi veya özelleştirme programındaki kuruluşlardan gerekli görülenlerin özelleştirmeye hazırlanmasına karar verilmesi konusunda Kurula teklifte bulunmak,

d) Kuruluşların özelleştirilmesine ilişkin her türlü işlemin yerine getirilmesi ile bunların özelleştirilmelerine hazırlık amacıyla yönlendirilmesini, faaliyetlerinin takip ve koordinasyonunu yürütmek...”

olarak belirlenmiştir. Bu maddelerden hareketle Özelleştirme Yüksek Kurulunun bir karar alma organıyken, Özelleştirme İdaresi Başkanlığının Yüksek Kurulca alınan kararları uygulayan icrai bir organ olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tüzel kişiliğe sahip olduğu açıkça belirtilmesine karşın Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun tüzel kişiliğe sahip olup olmadığı hususunda bir hüküm yoktur. Taraf olma ehliyetinin hukuki kişilik kazanmaya bağlı olduğu dikkate alındığında tek başına Özelleştirme Yüksek Kurulu'na karşı dava açılıp açılmayacağı tartışmalıdır. Bu bağlamda, idari yargı organlarının husumetin tek başına Özelleştirme İdaresi Başkanlığına yöneltilmesine ilişkin kararlarının yanında Özelleştirme Yüksek Kurulu ve Özelleştirmesi İdaresi Başkanlığının birlikte davalı olarak gösterilmesi gerektiği yönünde de kararları mevcuttur. Örneğin, Ankara 5. İdare Mahkemesi HAVAŞ Hisselerinin özelleştirilmesine ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali istemiyle Kurul hasım gösterilerek açılan davada husumetin Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na yöneltilmesine karar vermiştir.⁷ Öte yandan, Van İdare Mahkemesi Van Çimento Sanayi A.Ş'nin özelleştirilmesine karşı Özelleştirme İdaresi Başkanlığı hasım gösterilerek açılan davada Özelleştirme İdaresi Başkanlığının yanında Özelleştirme Yüksek Kurulunun da hasım mevkiine alınmasına⁸ karar verirken Konya İdare Mahkemesi Sümer Holding Karaman Pamuklu Sanayi İşletmesinin özelleştirilmesine ilişkin Başbakanlık Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 96/1 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada "...dava konusu işlem dolayısıyla husumetin Başbakanlık'a tevcihi gerekeceğinden, Özelleştirme İdaresi Başkanlığının husumet mevkiinden çıkartılarak dava dilekçesinin yalnızca Başbakanlığa tebliğine ... 24.7.1996 gününde oybirliği ile karar" vermiştir.⁹

Belirtilmelidir ki, davalı sıfatı belirlenirken esas alınması gereken kriter tüzel kişilikten ziyade kendi başına karar alma ve icra etme yetkisine sahip bulunan bağımsız bir birimin var olup olmadığı olmalıdır. Nitekim Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları iptal davasına konu olabilecek nitelikte kesin ve yürütülmesi gereken kararlardır. Özelleştirme Yüksek Kurulu kesin ve yürütülmesi gereken kararlar alan ve Bakanlar Kurulu ve Başbakanlıktan bağımsız olan bir kuruldur. Bu halde Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun tüzel kişiliği olmaması davalı olarak gösterilmesine engel değildir. Nitekim idari yargı yerlerinin konuya ilişkin tavır ve tutumunda da bu yönde bir değişiklik eğilimi baş göstermiş bulunmaktadır.¹⁰ Bu durum Danıştay 12. Dairesinin verdiği bir kararda da "... husumetin behemahal tüzel kişiliği haiz bir kuruluşa yöneltilmesi gerekmeyp,

⁷ Ankara 5.İdare Mahkemesi E.1995/1344.

⁸ Van İdare Mahkemesi, E.1996/699.

⁹ Konya İdare Mahkemesi, E. 1996/761.

¹⁰ KAPLAN Gürsel, "İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet Sorunu Üzerine Düşünceler", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2008/2, s. 23-54 (2008).

işlemi üst bir merciin direktifi ile bağlı olmaksızın kesin ve lüzümlüce şeklinde tesis etmek yetkisini haiz idari kuruluşlara yöneltmesi gerekir.” sözleriyle ifade edilmiştir.¹¹

C. İptal Davasına Konu Olabilecek Özelleştirme İşlemleri

Kesin ve yürütülmesi gereken işlemler sadece davalı sıfatının belirlenmesi bakımından değil, aynı zamanda hangi işlemlerin iptal davasına konu olabileceği bakımından da önem arz etmektedir. Bu bağlamda özelleştirme işlemlerine ilişkin olarak yapılan hazırlık işlemlerinin iptal davasına konu olup olamayacakları hususu tartışmalıdır. Nitekim, Yap-İşlet-Devret modeline göre gerçekleştirilmesi düşünülen Anadolu Otoyolu Dilovası Ayırımı Orhangazi otoyolunda yapılacak görevlendirme görüşmelerinin 1) Anglo-Japanese Turkish Consortium 2) İ.B.K.O. Consortium 3) Bouygues Vinsan sıralamasına göre yapılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada Ankara 10. İdare Mahkemesi görevlendirme görüşmelerinin henüz hazırlık işlemi niteliğinde olması dolayısıyla ortada iptal davasına konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığından davayı usulden reddetmiştir. Ancak, Danıştay temyiz incelemesinde ilgili konsorsiyumlardan tekliflerin alındığı, bu tekliflerin ilgili Bakanlıklarca değerlendirildiği ve Özelleştirme Yüksek Kurulu ve İdaresi Başkanlığınca gerekli kararların verildiği dolayısıyla dava konusunun kesin ve yürütülmesi gereken işlem niteliğinde olduğu gerekçesiyle bu kararı bozmuştur.¹²

İptal davasına konu olabilecek özelleştirme işlemleri bakımından incelenmesi gereken diğer bir konu ise özelleştirme sürecinin değişik aşamalarında gerçekleştirilen işlemlere karşı ayrı ayrı iptal davasının açılıp açılmayacağıdır. İçtihatlarda ve öğretide kabul edildiği gibi Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun özelleştirme programı kapsamına alma kararı, ihaleye çıkma, ihale komisyonu kararı ve yapılan sözleşme ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda bu işlemlerin ayrılabilen zincir işlemler niteliğinde ve tek başlarına kesin ve yürütülebilir nitelikte olması önem arz etmektedir. Bu konuya ilişkin olarak, Danıştay 10. Dairesi TÜPRAŞ’ın % 65,76 oranındaki hissesinin özelleştirilmesine ilişkin ihale komisyonu kararının iptaline yönelik olarak açılan davada “...özelleştirme konusunda ilgili şirketle sözleşme sonucunu doğuracak işlemler zincirini oluşturan her işlemin nihai işlemten ayrı, ondan bağımsız bir hüviyeti ve etkisi olması durumunda, sonuç işlemten ayrılarak ayrı ayrı dava konusu edilebilmeleri mümkün bulunduğundan, satış işleminin bir aşamasını oluşturan dava konusu ihale komisyonu kararı tek başına iptal davasına konu edilebilecek kesin, yürütülmesi zorunlu ve dava

¹¹ Danıştay, 12. D; 11.5.1971, E.969/1498-K.971/1220, Amme İdaresi Dergisi, c.5. sayı: 1, s. 153.

¹² Danıştay, 10. D; E.997/5974-K.997/4594. TAN Turgut, İdare Hukuku, Ankara 2016, s.785.

konusu edilebilir bir işlemdir.” değerlendirmesini yapmaktadır.¹³ Öte yandan, ihale açılmasına ilişkin Kurul kararının Başkanlık oluru olmaksızın icra edilebilir nitelikte olmadığı dikkate alındığında bu kararın tek başına iptal davasına konu olabilmesi mümkün değildir. Aynı özelleştirme işlemiyle ilgili olarak sürecin farklı aşamalarında dava açılabilmesi imkanı idari yargıda özelleştirmeye ilgili olarak dava yükünün fazla olmasına da sebep olmaktadır.¹⁴

D. Görevli Mahkeme Meselesi

Bu çalışma 6771 sayılı yasa ile Anayasa’da değişiklik yapılmadan önceki Özelleştirme ve İdari Yargı konusu üzerinde yoğunlaştığından bu başlık altında da adli ve idari yargı görev ayrımından ziyade idari yargının görevli olduğu belirlendikten sonra ilk derece mahkemesi olarak hangi idari yargı organının görevli olduğu sorunsalı üzerinde durulacak ve başbakanlık makamı göz ardı edilmeyecektir. İlk olarak, 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. maddesine göre imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davalar ve Başbakanlık ve Bakanlıklarca alınan müşterek kararnameler Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak gördüğü davalardandır. Bu doğrultuda yargı organlarına düşen ilk görev hangi sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olduğunun tespitidir. Özel bir yasayla özel hukuk sözleşmesi olduğu belirtilmeyen özelleştirmeye ilişkin sözleşmeler bakımından idari sözleşme olup olmadıkları sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması kriterlerine göre belirlenmektedir. Nitekim, Ankara 8. İdare Mahkemesi’nin Danıştay’ın bozma kararına uymak üzere verdiği davalı idare ile ENKA İNTERGEN Konsorsiyum’u arasında İzmir bölgesinde doğal gazı dayalı termik santral kurma ve işletme konusunda imzalanan sözleşmenin iptaline ilişkin kararda, mahkeme öncelikle elektrik üretiminin ve üretim şirketlerince mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere termik santral kurulması, işletilmesi ve enerji satışı hizmetinin bir kamu hizmeti olduğu çünkü bu etkinliklerin kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinimlerinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinlikler olduğunu vurgulamaktadır. Mahkeme daha sonra elektrik üretiminin özel girişimciye Yap-İşlet modeliyle gördürülmesine izin veren 4283 sayılı yasada TEAŞ’ın uygun gördüğü takdirde tesis kurma ve işletme izni verme, enerji birim fiyatı oluşturma, ödeme yükümlülüklerini belirleme gibi yönetimi üstün kılan kurallara yer verilmiş olması sebebiyle de ilgili sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin tüm niteliklerini taşıdığı dolayısıyla da Yap-İşlet sözleşmesinin iptaline ilişkin davanın görüm ve çözüm yerinin ilk

¹³ Danıştay 10. D; E. 2004/8257 – K. 2004/7618.

¹⁴ TAN Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s. 405.

derece mahkemesi olarak Danıştay olduğunu kabul etmektedir.¹⁵ Öte yandan, yukarıda bahsi geçen Danıştay kararında Orhun Yet'in ayrışık oyu ise imtiyaz sözleşmelerinin iptal davasına konu edilebilmesini bütünüyle reddettiğinden ilgi çekicidir. Orhun Yet gerekçe olarak ise:

“İptal davasının konusunu oluşturan idari işlemler; idarenin, kamu gücünü kullanarak, idare işlevine ilişkin olarak yaptıkları ve çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğuran ‘tek yanlı’ idare açıklamalarıdır. İmtiyaz sözleşmeleri ise yapısı gereği tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşmasına bağlı olarak ortaya çıktığından, idari işlem kategorisinde değerlendirilmelerine olanak bulunmamaktadır.

Bu itibarla Yasanın 2. maddesinin a bendi kapsamında, sözleşmede taraf olmayan kişiler tarafından bir iptal davasına konu edilemezler. Ancak, sözleşmenin çeşitli aşamalarında yapılan, sözleşme ilişkisinden ayrı olarak hukuki değer ifade eden idarenin tek yanlı işlemleri iptal davasına konu edilebilir.”¹⁶

demektedir. Oysa, Danıştay’ın bir başka kararında isabetle belirttiği üzere “İdari işlem niteliği taşıyan idari sözleşmelerin yapılması, uygulanması, yorumlanması ve sona ermesinden çıkacak her türlü uyuşmazlık, idarenin tek yanlı işlemlerinde olduğu gibi, idari yargının görev ve yetki alanına girmektedir...”¹⁷

Buna ek olarak, Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun 6771 sayılı kanun ile gerçekleştirilen anayasa değişikliğinden önce Başbakan ve bakanlardan oluşması karşısında Kurulca alınan kararların müşterek kararname niteliğinde olup olmadığı dolayısıyla Kurul’un kararlarına karşı açılan davaların ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da görülmesinin gerekip gerekmediği de tartışma konusu olmuştur. Ankara 1. İdare Mahkemesi, Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun, Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.’nin bazı santral ve iştiraklerdeki hisselerinin özelleştirme kapsamına alınmasına ilişkin 95/62 sayılı kararına karşı açılan davayı görev yönünden reddederek dosyayı Danıştay’a göndermiştir. Mahkeme bu kararında:

“...Olayın ve ilgili yasa kurallarının birlikte yorumundan, Başbakanın bulunduğu ve ayrıca dört bakanın katıldığı

¹⁵ Ankara 8. İdare Mahkemesi E. 2003/1355, K. 2003/1030.

¹⁶ Danıştay 13. Daire, E. 2005/5304, Ayrışık Oy: Orhun Yet.

¹⁷ Danıştay, 10.D; 29.4.1993, E.991/1-K.993/1752, Danıştay Dergisi, sayı:88, s. 463 vd.

Özelleştirme Yüksek Kurulunca alınan karar, Başbakanca alınan bir karar niteliğini fazlasıyla taşıdığından, buna karşı açılan davanın ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülmesi, yasanın amaçsal yorumunun gereğidir. Çünkü Danıştay Kanununun, Başbakanca veya Bakanlar Kurulunca alınan kararlar ile müşterek kararnameleri, idari yargının geleneksel ve köklü üst yargı yeri olan Danıştay'a bırakırken, konunun çözümünde farklı bir irdelemeyi zorunlu görmüştür. Bu zorunluluğun, Başbakanca alınan işlemlere ve birden fazla bakanca alınan ortak kararnamelere ege-men olan yöntemin ve siyasal iradenin daha fazlasını içeren, başbakan ve bakanlardan oluşan kurul kararlarında da bulunduğu tartışılmaz bir gerçektir.”¹⁸

ifadelerine yer vermiştir. Bu karar karşısında Sivas İdare Mahkemesi'nin aşağıda anılan kararı konuya ilişkin daha isabetli bir tutum sergilemektedir. Buna göre:

“Erzincan Pamuklu Sanayi işletmesinin ... şirkete satışına Başbakanın başkanlığında, iki Devlet Bakanı, biri Maliye Bakanı diğeri Sanayi ve Ticaret Bakanı olmak üzere Teşekkül eden Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile karar verilmiş ise de, bu kararı Başbakanlıkça alınan veya müşterek kararname olarak nitelemeye ve kabul etmeye olanak bulunmamaktadır. Bu karar tesis edilmekle hukuk alanında tek taraflı sonuç doğuran, kesin yürütülebilir bir idari işlem mahiyetindedir. Bu niteliği itibariyle idari mahkemelerinin bakmakla görevli kıldığı tipik iptal davalarına da konu olabilecektir. Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak göreceği davalar Danıştay Kanunun 24. maddesinde sayma yoluyla tek tek belirlendiğinden, bu maddenin kapsamının yorum yoluyla genişletilmeye gidilmesi Kanun koyucunun amacının aşarak idari yargı düzeni içerisinde yer alan mahkemeler arasında (özellikle İdare Mahkemesi ile Danıştay) önu alınmayan görev karmaşasına yol açacaktır.”¹⁹

¹⁸ Ankara 1.İdare Mahkemesi E.1995/1334, K.1995/1786, K.t.21.12.1995.

¹⁹ Sivas İdare Mahkemesi E.1996/437, K.t 26.6.1996.

II. ÖZELLEŞTİRME İŞLEMLERİNE KARŞI VERİLEN İPTAL KARARLARININ DEĞİŞİK GEREKÇELERİ

A. Kamu Kaynaklarının En Verimli Şekilde Kullanılması İlkesi: Gerçek Değer

Özelleştirmenin önemli amaçlarından biri olan kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılması ilkesi, özelleştirmede kuruluşların gerçek değerleri üzerinden yapılmasını gerekli kılmaktadır. Kuruluşların rayiç değerleri aranmaksızın gerçek değerlerinden uzak bedeller karşılığında özelleştirilmesi hukuka aykırıdır. Nitekim, Devlet Denetleme Kurulu da 2005 tarihinde yayımlanan raporunda özelleştirilen bazı kuruluş, işletme ve varlıkların değerinin altında satıldığı, açık artırma yoluna gidilmeden ihalelerin sonuçlandırıldığı ve idare tarafından yeterince denetlenmeksizin onaylandığı yönünde eleştirilere yer vermiştir.²⁰ Danıştay da benzer şekilde varlıkların gerçek değerleri üzerinden gerçekleşmeyen özelleştirmeleri kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılması ilkesine aykırılığı dolayısıyla iptal etmektedir.

“Dosyadaki belgeler ile Başbakanlık Teftiş Kurulunun 16.03.2007 tarih ve 07/16 sayılı inceleme raporu birlikte değerlendirildiğinde, Şirketin asıl değerini arsasının oluşturduğu, Değerleme Raporunda da bu husus belirtildiği halde arsanın m²’si için 30 ABD Doları değer tespiti ilişkin somut bilgi ve belgelerin ortaya konulmadığı; ihale öncesinde 31.1.2005 günlü, 2005/06 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile Şirket arasında yapılan imar planı değişikliğinin gerek ihale ilanında gerekse ihale Şartları Belgesinde belirtilmediği, Başbakanlık Teftiş Kurulunca teşkil olunan bilirkişi heyetince söz konusu arazinin değerinin 46.250.000. YTL olarak hesaplandığı, nitekim Şirketin devri gerçekleştikten sonra 92.228 m²’lik Şirket arsasının 55.000 m²’lik kısmının 13.750.000 ABD Doları bedelle Manisa 1. Noterliğinin 20.12.2005 tarih ve 33820 yevmiye No.lu Düzenleme Şeklindeki Gayrimenkul Satış Vaadi Anlaşması ile ... A.Ş.’ne satıldığı, keyfiyetin Manisa 2. Bölge Tapu Sicil Müdürlüğündeki tapu kaydına tescil edildiği, ... A.Ş.’nin arsa alımından vazgeçmesi sonrası ise 13.4.2007 tarihin-

²⁰ Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu, 2005/4 sayılı Özelleştirme İdaresi Başkanlığının 2001, 2002, 2003 Yılları Eylem ve İşlemlerinin Araştırılıp Denetlenmesine İlişkin Rapor, 22.09.2005.

de taşınmazın 25.000.000. Avroya (46.250.000. YTL)
A.Ş.'ye satıldığı görülmektedir.

Bu itibarla, yapılan bu tespit ve değerlendirmeler karşısında Şirketin değerinin gerçeğe uygun belirlenmediği, ihalenin açıklık ve rekabet ilkelerine göre yapılmadığı anlaşıldığından...”²¹

TÜPRAŞ ve PETKİM'in satışı işlemleri ise değerlerinin çok altında satıldıkları gerekçesiyle en çok eleştirilen özelleştirmelerden olmuştur. Bu özelleştirmelerin özellikle ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azaltma amaçlarına da aykırı olduğu savunulmuştur.²² Danıştay 13. Dairesi de Oymapınar Hidroelektrik Santrali'nin işletme hakkının Eti Alüminyum'a devrine karşın, üretim kapasitesi artışını sağlayan teknoloji ve modernizasyon yeniliklerini öngören sistem dikkate alınmadan mevcut üretim sistemi ve kapasitesiyle üretim şartı getirilmesi sebebiyle ekonomide verimlilik sağlanması ve kamunun mahrum kalacağı net gelirin saptanamaması nedeniyle kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılması ilkelerinin gerekliliklerinin yerine getirilmediğini belirtmiştir.²³

B. İhale Şartnamesinin Özelleştirmeden Beklenen Yararları Güvenceye Alacak Koşullar ve Taahhütler İçermesi Gerekir.

4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un öngördüğü ekonomik verimlilik artışı amacının bir yansıması olarak özelleştirmeden beklenen yararlar ihale şartnamesinde de güvence altına alınmış olmalıdır. Bu çerçevede, özelleştirmelerin kamu yararına ve hukuka uygun kabul edilebilmesi için ihale şartnamesinde gerekli yatırımların yapılmasını öngören hükümlerin varlığı gerekli ve yeterli sayılmıştır. Örneğin, bazı elektrik santrallerinin özelleştirilmesine ilişkin dava konusu şartnamede “Alıcı, işletme hakkı devir sözleşmesi sonunda santralleri tam ve eksiksiz olarak kullanıma hazır bir şekilde geri vermeyi sağlayacak her türlü yatırımı yapmakla yükümlüdür. Bu amaçla Alıcı işletme hakkını aldığı üretim tesislerinde sözleşme süresi boyunca; ihtiyaç duyulacak her türlü ilave tesis ve rahabilitasyon ve gelişme amaçlı yatırımları ADÜAŞ ve varsa kamu kurumlarından onay alarak gerçekleştirecektir” hükmü elektrik üretim özelleştirmelerinin hukuka uygunluğu bakımından önem arz etmektedir.²⁴ Öte yandan, TÜPRAŞ'ın % 51 oranındaki kamu hisselerinin blok satış yoluyla özelleştirilmesine ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptaline ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin açılan davanın Danıştay 13.

²¹ Danıştay 13. Daire; E. 2007/10127- K. 2009/944, T. 23.1.2009.

²² TAN Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s. 408.

²³ Danıştay 13. Daire E. 2005/7873-K. 2007/7894 T. 27.11.2007.

²⁴ TAN Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s. 409.

Dairesince reddi üzerine yapılan itiraz  zerine Danıştay; ihale şartnamesinde, sadece Batman Rafinerisi yönünden; Rafinaj sektörü ve ülke ekonomisi için kısa sayılabilecek bir süreyle sınırlı işletme garantisi verilmesi, yine Danıştay'ın TüPRAş'ın % 51 kontrol hissesinin devrinin sadece üç yıllık bir süre için idare onayına tabi kılınmış olması ve üretim sürekliliği için teknoloji, kapasite arttırma ve  evre konularında yapılması zorunlu yatırımlara yönelik hiçbir taahhüdün yer almaması nedeniyle, sayılan bu hususların  zelleştirme sonrası süreçte şirketin mevcut kapasitesinin altında üretim yapması halinde ülkenin işlenmiş petrol ihtiya ının büyük bir kısmını üretim yoluyla değil ithalat yoluyla karşılanmasına yol açabileceğini de göz önünde bulundurarak  zelleştirme sonrasında hizmetin 4046 sayılı Yasanın amacı doğrultusunda devamını sağlayacak alıcı taahhütlerin dava konusu şartnamede yer almaması nedeniyle hukuka uyarlık görmemiştir.²⁵

C. Rekabet Ortamının Oluşturulmaması, Tekelci Yapının  nlenmemesi, Aleniyet İlkesine Aykırılık

Özelleştirme sürecinde ihalelerin rekabet ortamı oluşturulmadan yapılması, rekabet ilkesini pekiştiren tekelci yapının  nlenmemesi ve aleniyet ilkesine aykırılık özelleştirmelerin hukuki denetiminde en sık rastlanılan iptal nedenidir. Yeni bir hakim durum yaratmamak veya mevcut bir hakim durumu g  lendirmemek yönünde Danıştay 10. Dairesinin POAş'ın % 51 oranındaki kontrol hissesinin blok satış yöntemiyle özelleştirilmesinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde rekabet hukuku açısından bir sakınca bulunmadığına ilişkin Rekabet Kurumu kararını esas aldığı değerlendirmesi bulunmaktadır. Danıştay bu kararında petrol sektöründe jet yakıtı, madeni yağ ve diğer beyaz ve siyah ürünlerin akaryakıt ürünleri dağıtımı olmak üzere üç ayrı ürün pazarının mevcut olduğunun, POAş'ın farklı pazar payları ile her üç sektörde de girişimci olduğunun, POAş'ın yanı sıra sektörde on dört firmanın daha faaliyet gösterdiğinin, akaryakıt ürünleri ile madeni yağ pazarında özellikle ülkenin batı bölgelerinde yoğun bir rekabetle karşı karşıya kaldığının altını çizerek POAş'ın % 51 oranındaki kontrol hissesinin blok satış yolu ile özelleştirilmesinde ortak girişim gruplarından herhangi birisinin POAş'ı devralmasının yeni bir hakim durum yaratmayacağı veya mevcut bir hakim durumu g  lendirmeyeceği sonucuna varmıştır.²⁶

Özelleştirme için yapılan ihaleye iki teklif sahibinin katılması Ankara 10. İdare Mahkemesi tarafından rekabetin sağlanması ilkesine aykırı olarak değerlendirilmiştir: "TüPRAş'ndeki % 65.76 oranındaki kamu payının blok olarak satışına ilişkin ihaleye yalnızca iki teklif sahibi katılmış olduğundan

²⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu YD. İtiraz No: 2005/864.

²⁶ Danıştay 10. D; E. 2000/1776 – K. 2002/4183.

açık artırma yapılması durumunda rekabet ortamı oluşumuna engel teşkil edeceği belirtilmek suretiyle gerekli rekabet ortamının sağlanmadığı da ortaya konulmuştur.”²⁷ Sözü geçen kararın istinafa götürülmesi üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesi iki teklif sahibinin katıldığı ihalelerde yabancı yatırımcıların her artırım için yetkili organlarından yeniden yetki almak zorunda olmalarının açık arttırma usulünün uygulanmasını fiilen imkansız hale getirdiğinden özelleştirme uygulamalarının amacının ekonomide verimlilik ve kamu giderlerinde azalmayı sağlamak olması nedeniyle, “...bu amaçla yapılan ihalelerde en yüksek bedelin her zaman kamu yararına uygun olmayacağı, bazı ahvalde özelleştirmenin gerçekleştirilmiş olmasının kamu yararına uygun olacağı hususları gözetilerek açık arttırma usulü uygulanmaksızın ihalenin sonuçlandırılmasında takdir yetkisinin hukuka uygun olarak kullanıldığı...” sonucuna ulaşmış ve istinafta yapılan itirazı kabul etmiştir.²⁸ Dolayısıyla Bölge İdare Mahkemesi rekabet ortamının oluşturulması ilkesinin özelleştirmeden elde edilecek faydaya feda edilebileceği yönünde bir tutum sergilemiştir. Danıştay 10. Dairesi ise temyiz incelemesinde, yukarıdaki kararlarda yer alan iki firmanın katılmış olması nedeniyle ihalede rekabetin sağlanmadığı yolundaki gerekçeler karşısında “...ihale ilanının yurt içinde ve yurt dışındaki gazetelerde yayınlanmış, yabancı ülkelerde ihale ile ilgilenebilecek şirketlerle toplantılar yapılarak brifing verilmiş olması, ihaleye katılma iradesini açıklayan 29 şirket ile gizlilik anlaşması yapılması... ihaleye katılımı artırmak için teklif süresinin 24.10.2003 tarihine kadar uzatılmış, geniş bir duyurunun yapılmış olması buna rağmen işin boyutu itibarıyla ikiden fazla firmanın katılmamasının ihalede rekabetin sağlanmadığı sonucunu doğurmayacağından isabet bulunmamakta...” demektedir.²⁹ Anılan kararlar arasında en isabetli tutumu Danıştay sergilemiştir çünkü tek başına ihaleye katılan teklif sayısı rekabetçi ortamın oluşup oluşmadığı hususunda yeterli bir kriter değildir.

İdari yargı organları, ilgili kuruluşun hukuki ve fiili durumu gerektirmesine rağmen Rekabet Kurulu görüşü alınmaksızın ya da kurulun koşullu izin vermesi halinde koşulun yerine getirilmesi beklenmeksizin özelleştirmenin gerçekleştirilmesini hukuka aykırı bulmaktadır:

“Zira özelleştirme suretiyle satışta olduğu gibi teşebbüsün statüsünde değiştirilmesi suretiyle satışı halinde ön bildirim ve izin konusundaki prosedüre uyulmaksızın ya da satış işleminin tesisinden sonra verilen koşullu izin ile satış ve devir işlemlerinin gerçekleştirilmesinden sonra geri dönüşün sağlanması çok güç veya imkansız olabileceği gibi bu

²⁷ Ankara 10. İdare Mahkemesi; E. 2004/293 – K.2004/1192.

²⁸ Ankara Bölge İdare Mahkemesi Y.D. İtiraz No: 2004-1478.

²⁹ Danıştay 10. D; E. 2004/8257 – K. 2004/7618.

durumun ülkenin özelleştirme ile çözüm beklediği ekonomik ve sosyal çıkarlarında telafisi imkansız zararlar doğurabileceği ve özelleştirmeden beklenen kamu yararının gerçekleşmeyeceği açıktır.

Nitekim Rekabet Kurumunca da bu gerekliliğin farkına varılarak... 12.9.1998 tarih ve 24361 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 98/4 sayılı 'Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ' yürürlüğe girmiştir.

Anılan tebliğ ile teşebbüsün ilgili ürün piyasasında toplam pazar payı % 21'i veya cirosu 20 trilyonu aşması veya bu eşikler aşılsa dahi teşebbüsün hukuki veya fiili imtiyazlara sahip olması halinde ihale şartlarının kamuoyuna duyurulmasından önce Rekabet Kurulu'ndan ilgili pazarda böyle bir özelleştirmenin ne gibi sonuçlar doğuracağı, özelleştirilecek teşebbüsün sahip olduğu imtiyazların özelleştirme sonrası durumun değerlendirilmesi bakımından 'görüş' alınmasının, devralma işlemlerinin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için ise 'izin' alınmasının zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır."³⁰

Petrol Ofisi A.Ş'nin %25.8 oranındaki kamu hissesinin Doğan Petrol Yatırımları A.Ş'ye satılması yöntemiyle özelleştirilmesinden sonra satış bedelinin yeniden vadelendirilmesi ise özelleştirmenin yapıldığı tarihteki koşulları dikkate alarak kamu hissesini borsada satın almak için teklif getirebilecek diğer yatırımcılar aleyhine eşitliği ve rekabeti bozması sebebiyle hukuka aykırı bulunmuş ve başlangıçtaki satış işlemi de sakat kabul edilmiştir.³¹

Bu hususta, son olarak, aleniyet ilkesinin gereklerinin yerine getirilmesi de önem taşımaktadır. Keza, ihaleye çıkarılma kararının Türkiye çapında yayımlanan gazetelerde ve ihale ilanının Resmi Gazete'de yayımlanması ile özelleştirme işlemlerinin ilgili aşamaları kamuoyuna duyurularak bir yandan gerekli rekabet ortamı oluşturulurken bir yandan da özelleştirmenin kuruluşların gerçek değerleri üzerinden yapılması sağlanmaktadır.³²

³⁰ Ankara 6. İdare Mah; E. 1998/773 – K. 1999/101.

³¹ Ankara 10. İdare Mah; E. 2003/1692.

³² Ankara 5. İdare Mahkemesi, E. 1998/407- K. 1998/1030.

D. Kamu Yararına Uygunluk

Kamu yararı kavramı yukarıda değinilen kararların hemen hepsi bakımından dile getirilmiş ve özelleştirme işlemleri bakımından da geniş yorumlanarak diğer iptal nedenleriyle birlikte gündeme gelmiştir. Ayrıca, Danıştay özelleştirme işlemleri bakımından birden fazla kamu yararının çatıştığı durumlarda üstün kamu yararını dikkate aldığını belirtmektedir. Bu bağlamda, tartışılması gereken bir husus bir kamu iktisadi devlet teşekkülünün halihazırda kar ediyor oluşunun tek başına özelleştirmeye engel olacak şekilde kamu yararına aykırılık teşkil edip etmediğidir. Petkim Petrokimya Holding A.Ş.'nin % 51 oranındaki kamu hissesinin satış yöntemiyle özelleştirilmesine, satışın blok satış yöntemiyle gerçekleştirilmesine ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun kararına karşı açılan davada karşı oyda belirtildiği üzere Anayasanın 47. maddesinde kamu iktisadi teşebbüslerinin karlı olup olmadıkları şeklinde bir ayırım yapılmaksızın özelleştirilmesinde kamu yararı bulunduğu vurgulandığı gibi; 4046 sayılı Yasada, yapılacak özelleştirmelerde kuruluşların nitelikleri yanında ülke ekonomisinin gereklerinin dikkate alınacağı ifade edilmektedir. Böylece anılan yasal düzenlemelerde, bir kamu iktisadi devlet teşekkülünün özelleştirilmesi konusunda, sadece kuruluşun halen karlı oluşunun değil, ihtiyaç duyulan yeni teknoloji ve yatırım ihtiyacının, sektörün gelecekteki durumunun, ülke ekonomisinin şartlarının değerlendirilmesi ve izlenen ekonomik politikalar çerçevesinde karar verilmesi öngörülmektedir.³³

III. İPTAL KARARLARININ UYGULANMASINDA KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Yargı organlarınca verilen iptal kararlarının iki sonucu olabilir: hüküm sonucunun gerektirdiği icrai işlemlerin yerine getirilmesi yani kararın uygulanması ya da uygulanmaması. Ancak özelleştirme işlemleri tekelinde tek bir ayırıks örnek dışında iptal kararlarının uygulanmadığı hatta bunun için gerekli yasal dayanağın da ilgili kanunlara ek maddeler getirilmek suretiyle elde edilmeye çalışıldığı görülmektedir.

Daha evvel milletvekillerinin özelleştirme işlemleri bakımından dava ehliyetini haiz olup olmadıkları tartışılırken bahsi geçen USAŞ ve ÇİTOSAN çimento fabrikalarının özelleştirilmesi kararlarının iptal edilmesine karşın kararlar uygulanmamış ve bu kararların uygulanmayacağına ilişkin Bakanlar Kurulu 1992 tarihli prensip karar çıkarmıştır. Prensip kararda gerekçe olarak, ilgili özelleştirmelerin yabancılara blok satış yöntemiyle gerçekleştirilmesi öngörüldüğünden bu özelleştirmelerin iptallerinin Türkiye'nin milletlerarası kamuoyu nezdindeki itibar ve çıkarlarını zedeleyeceği, ayrıca bu durumun ahde vefa ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Danıştay Bakanlar Kurulu'nun bu prensip kararını iptal ederken idarenin her türlü eylem ve

³³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu YD. İtiraz No: 2007/939.

işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunun ve yargı yolu sonunda elde edilen kararların uygulanmasının hukuk devleti, hukuk güvenliği ve devlet işlemlerindeki istikrar bakımından öneminin altını çizmiştir. Danıştay'ın bu kararına rağmen iptal kararlarının uygulanmaması yolundan uzaklaşmamış, örneğin 6.12.1997 tarihli 97/66 tarihli Özelleştirme Yüksek Kurulu kararında da “kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra bu kuruluşlarla ilgili olarak ÖİB'ye tebliğ edilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararları hakkında özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, istihdam ve bunlara bağlı her türlü ticari ve mali tasarruflarda bulunulması... Önceki duruma göre fiilen geri dönülemeyecek bir yapı ortaya çıkması nedenleriyle oluşan fiili imkansızlık karşısında...” iptal kararlarının uygulanmayacağını bildirmiştir.³⁴ Yargı organlarının kararlarına rağmen idarenin bu tavrı 2010'lu yıllara gelindiğinde dahi değişmemiştir. 2012 yılında 6300 sayılı yasa ile 4046 sayılı yasaya ek 5. madde getirilmiştir. Buna göre;

- “(1) Özelleştirme uygulamaları sonucunda nihai devir sözleşmesi imzalanarak devir ve teslim işlemleri tamamlanmış olan özelleştirme işlemleri hakkında verilen yargı kararlarının uygulanmasında ortaya çıkan fiili imkansızlık nedeniyle;
- a) Eti Alüminyum AŞ'nin % 100 oranındaki hissesinin satış yöntemiyle özelleştirilmesi,
- b) Türkiye Denizcilik İşletmeleri AŞ'ye ait Kuşadası Limanı'nın işletme hakkı verilmesi yöntemiyle özelleştirilmesi,
- c) Türkiye Denizcilik İşletmeleri AŞ'ye ait Çeşme Limanı'nın işletme hakkı verilmesi yöntemiyle özelleştirilmesi,
- ç) SEKA-Türkiye Selüloz ve Kağıt Fabrikaları AŞ'ye ait Balıkesir İşletmesi'nin varlık satışı yöntemiyle özelleştirilmesi,
- d) Türkiye Petrol Rafinerileri AŞ'nin % 14,76 oranındaki hissesinin İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Toptan Satışlar Pazarı'nda satılması, işlemlerini iptal eden yargı kararlarıyla ilgili olarak geriye ve ileriye yönelik herhangi bir işlem tesis edilmemesi ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nca bu yönde yapılmış olan iş ve işlemlerin devam ettirilerek sonuçlandırılması kararlaştırılmıştır.”

³⁴ Danıştay 10. Daire E. 2002/4061 K.2004/5219 T. 28.5.2004.

Benzer bir şekilde 2014 yılında da 6552 sayılı yasa ile geçici 27. madde getirilerek bu maddenin yayımı tarihi itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden 5 yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen haller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilmeyeceği öngörülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi ek 5. ve geçici 27. maddelerin ikisini de Anayasa'nın 2, 125 ve 138. maddelerine aykırılıkları dolayısıyla iptal etmiştir. Bu maddeler Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğunu güvence altına almaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararına göre:

“Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.

Hukuk devleti ilkelerinin yerine geldiğini bilmek, hukukun üstünlüğü prensibinden doğar. Devlete ve adalete olan inancı, güven duygusunu ve de saygıyı pekiştirir. Adalet erişim ve hak arama hürriyetini korur.

Adalet olan inancın ve güven duygusunun sarsıldığı hâller, Devletin temeli sayılan adaleti koruyan ve sağlamakla görevli yargı organını işlevsiz hâle getirecek, kararının bağlayıcılık ifade etmemesi algısı yaratıldığında ise idareye keyfi davranış sergileme imkânı verilmiş demek olacaktır.”

İdarenin, mahkeme kararlarını yerine getirmesi, Anayasa'nın 138. maddesinde öngörülen bağlayıcılık ilkesi gereği temel bir ödevi olup kararları uygulamama gibi bir tercih hakkı bulunmamaktadır.”³⁵

Dolayısıyla, fiili imkansızlık veya idari istikrar ve milletlerarası platformda güvenilirlik ilkelerinin arkasına sığınarak hukuk devleti ilkesinden ödün vermek yerinde değildir.

Anayasa Mahkemesi aynı kararında ek 5. maddenin 4 bendinde geçen SEKA-Türkiye Selüloz ve Kağıt Fabrikaları AŞ'ye ait Balıkesir İşletmesi'nin varlık satışı yöntemiyle özelleştirilmesini inceleyerek bunun yargı organlarınca verilen iptal kararının uygulandığı bir örnek olması sebebiyle hakkında iptal kararı verilen diğer özelleştirme işlemlerine de örnek teşkil etmesi gerektiğini değerlendirmektedir. Türkiye Selüloz İş Sendikasının özelleştirme ihalesinin

³⁵ Anayasa Mahkemesi Kararı Esas Sayısı : 2012/73 Karar Sayısı : 2013/107 Karar Günü : 3.10.2013 R.G. Tarih-sayı : 27.3.2014-28954.

iptali için açtığı piyasa değeri 51.2 milyon ABD doları olan SEKA Balıkesir İşletmesi'nin özelleştirilmesi için pazarlık usulü ile yapılan ihale sonucunda 1.1 milyon ABD dolarına satılmasına ilişkin dava konusu işlemde kamu yararına ve özelleştirmenin amacına uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle önce yürütmenin durdurulması daha sonra iptal kararı verildiği görülmektedir. Bu iptal kararının gerekliliği olarak ise Özelleştirme İdaresi Başkanlığı 19.02.2004 tarihinde bildirimde bulunarak Albayrak Turizm Seyahat İnşaat Ticaret A.Ş.'den Balıkesir SEKA İşletmesinin iadesini istemiş; 10.06.2003 tarihli sözleşme kapsamında anılan firmaya devredilen taşınmaz ve irtifak hakları ile taşınırın SEKA'ya iadesi talebiyle anılan firma aleyhine Balıkesir 1. Asliye Hukuk Mahkemesine E. 2005/59, Bigadiç Asliye Hukuk Mahkemesine ise E: 2005/50 sayılı dosyalarla iki dava açmıştır. Bu davalar Özelleştirme İdaresi Başkanlığı lehine sonuçlanmıştır. Keza, bu davalar kapsamında Bigadiç tapu sicilinde Albayrak Turizm Seyahat İnşaat Ticaret A.Ş. adına kayıtlı bulunan 15 adet taşınmaz ile 16 adet taşınmaz üzerinde anılan firma lehine kurulan irtifak haklarının iptal edilerek, SEKA (Sümer Holding A.Ş.) adına tesciline karar verilmiştir. Ancak iptal kararının sadece özelleştirilen kuruluşun iadesi yoluyla uygulanması beklenemez. Özelleştirme işlemlerinde idarenin karşısında olan özel hukuk kişilerinin de zararlarının tazmini gerekir. Örneğin, özelleştirmenin iptaline karar verilmesi halinde özelleştirmeye konu işyerinde çalışmakta olan işçilerin işe iadesi ve arada geçen sürede oluşan özlük ve parasal haklarının yasal faizleriyle birlikte ödenmesi zorunludur. Bu paralelde, Albayrak Turizm Seyahat İnşaat Ticaret A.Ş. ise, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ile SEKA (Sümer Holding A.Ş.) aleyhine özelleştirme bedeli 1.1 milyon ABD Dolarına mahsuben yapılan 460 803 ABD Doları peşinat ve birinci taksit ödemesi ile işçilere yapılan ihbar tazminatı, izin ücreti, SSK primi ve işletmenin mevcut haliyle muhafazası için dava tarihine kadar yapılan diğer zorunlu harcamalar karşılığı olarak (fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla) 700 000 TL'nin ödenmesi talebiyle Balıkesir 1. Asliye Hukuk Mahkemesine E. 2005/59 sayılı dosyasında karşı dava açmıştır.³⁶

SONUÇ

Özelleştirme işlemlerinin usulüne ilişkin olarak, öncelikle milletvekillerinin milletin vekaletini aldıkları gibi bir düşünceyle iptal davası açamazken ancak kendi vatandaşlık sıfatlarına dayanarak dava açabilecekleri ve özel hukuk tüzel kişilerinin ise kişisel, güncel ve meşru menfaat ilişkilerinin kuruluş amaçlarıyla sınırlı olmak üzere ve kamu menfaatini ilgilendiren konularda mevcut olduğu ve bu konularda dava açmalarının mümkün olduğu görülmektedir. Davalı sıfatı belirlenirken ise esas alınması gereken kriter tüzel kişilikten ziyade kendi başına karar alma ve icra etme yetkisine sahip bulunan bağımsız bir birimin

³⁶ Anayasa Mahkemesi Kararı Esas Sayısı : 2012/73 Karar Sayısı : 2013/107 Karar Günü : 3.10.2013 R.G. Tarih-sayı : 27.3.2014-28954.

var olup olmadığının tespiti olduğundan Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları da iptal davasına konu olabilecek nitelikte kesin ve yürütülmesi gereken kararlardır. Hazırlık işlemlerinin iptal davasına konu olup olamayacakları hususu bakımından hazırlık işleminin konusunun kesin ve yürütülmesi gereken işlem niteliğinde olup olmadığı esas alınırken zincir işlemler bakımından içtihatlarda ve öğretide kabul edildiği gibi Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun özelleştirme programı kapsamına alma kararı, ihaleye çıkma, ihale komisyonu kararı ve yapılan sözleşme ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda bu işlemlerin ayrılabilen zincir işlemler niteliğinde ve tek başlarına kesin ve yürütülebilir nitelikte olması önem arz etmektedir. Görevli yargı yeri özel bir yasayla özel hukuk sözleşmesi olduğu belirtilmeyen özelleştirmeye ilişkin sözleşmeler bakımından idari sözleşme olup olmadıkları sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması kriterlerine göre belirlenmektedir.

Özelleştirme işlemlerinin esasına ilişkin olarak ise, varlıkların gerçek değerleri üzerinden gerçekleşmeyen özelleştirmeler hakkında kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılması ilkesine aykırılığı dolayısıyla iptal kararı verilmiştir. Yine 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un öngördüğü ekonomik verimlilik artışı amacının bir yansıması olarak özelleştirmeden beklenen yararlar ihale şartnamesinde de güvence altına alınmış olmalıdır. Özelleştirme sürecinde ihalelerin rekabet ortamı oluşturulmadan yapılması ve rekabet ilkesini pekiştiren tekelci yapının önlenmemesi ve aleniyet ilkesine aykırılık özelleştirmelerin hukuki denetiminde en sık rastlanılan iptal nedenidir. Kamu yararı kavramı yukarıda değinilen kararların hemen hepsi bakımından dile getirilmiş ve özelleştirme işlemleri bakımından da geniş yorumlanarak diğer iptal nedenleriyle birlikte gündeme gelmiştir. Ayrıca, bir kamu iktisadi devlet teşekkülünün özelleştirilmesi konusunda, sadece kuruluşun halen karlı oluşunun değil, ihtiyaç duyulan yeni teknoloji ve yatırım ihtiyacının, sektörün gelecekteki durumunun, ülke ekonomisinin şartlarının değerlendirilmesi ve izlenen ekonomik politikalar çerçevesinde karar verilmesi öngörülmektedir.

Yargı organlarınca verilen iptal kararlarının iki sonucu olabilir: hüküm sonucunun gerektirdiği icrai işlemlerin yerine getirilmesi yani kararın uygulanması ya da uygulanmaması. Özelleştirme işlemleri tekelinde tek bir ayrık örnek dışında iptal kararlarının uygulanmadığı hatta bunun için gerekli yasal dayanağın da ilgili kanunlara ek maddeler getirilmek suretiyle elde edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Ancak, fiili imkansızlık veya idari istikrar ve milletlerarası platformda güvenilirlik ilkelerinin arkasına sığınarak hukuk devleti ilkesinden ödün vermek yerinde değildir.

KAYNAKÇA

- Anayasa Mahkemesi Kararı Esas Sayısı : 2012/73 Karar Sayısı : 2013/107 Karar Günü: 3.10.2013 R.G. Tarih-sayı : 27.3.2014-28954.
- Ankara 1. İdare Mahkemesi E.989/3352 K. 990/977.
- Ankara 1.İdare Mahkemesi E.1995/1334, K.1995/1786, K.t.21.12.1995.
- Ankara 5.İdare Mahkemesi E.1995/1344.
- Ankara 5. İdare Mahkemesi, E. 1998/407- K. 1998/1030. Ankara 5.İdare Mahkemesi E.1995/1312.
- Ankara 6. İdare Mah; E. 1998/773 – K. 1999/101.
- Ankara 6. İdare Mahkemesi, E.1989/3374 K. 1990/459.
- Ankara 8. İdare Mahkemesi E. 2003/1355, K. 2003/1030. Ankara 9.İdare Mahkemesi E.1995/1335.
- Ankara 10. İdare Mah; E. 2003/1692.
- Danıştay, 10. D; E. 1999/2543- K. 2002/348.
- Danıştay, 10.D; 29.4.1993, E.991/1- K.993/1752, Danıştay Dergisi, sayı:88, s. 463 vd.
- Danıştay 10. D; E. 2004/8257 – K. 2004/7618.
- Danıştay, 10. D; E.997/5974-K.997/4594.
- Danıştay 10. D; E. 2000/1776 – K. 2002/4183.
- Danıştay 10. Daire E. 2002/4061 K.2004/5219 T. 28.5.2004.
- Danıştay, 12. D; 11.5.1971, E.969/1498-K.971/1220, Amme İdaresi Dergisi, c.5. sayı: 1, s. 153.
- Danıştay 13. Daire E. 2005/7873- K. 2007/7894 T. 27.11.2007.
- Danıştay 13. D; E. 2007/10127- K. 2009/944, T. 23.1.2009.
- Danıştay, 13. D; 28.02.2006, E.2005/7150-K. 2006/1231. Danıştay Dergisi, sayı: 112, s.464 vd.
- Danıştay 13. D; E. 2005/5304, Ayrışık Oy: Orhun Yet.
- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu YD. İtiraz No: 2005/864.

- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu YD. İtiraz No: 2007/939.
- Konya İdare Mahkemesi, E. 1996/761.
- Sivas İdare Mahkemesi E.1996/437, K.t 26.6.1996.
- Van İdare Mahkemesi E.1996/699.
- ALTAY Ali, Özelleştirme İşlemlerinin İptali Ve Bu İşlemlere Dayalı Olarak Tesis Edilen Özel Hukuk İşlemlerinin Akıbeti (Gri Alan), Ankara Barosu Dergisi, s. 1-27, internet adresinden alındı.
- Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu, 2005/4 sayılı Özelleştirme İdaresi Başkanlığının 2001, 2002, 2003 Yılları Eylem ve İşlemlerinin Araştırılıp Denetlenmesine İlişkin Rapor, 22.09.2005.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref – TAN Turgut, İdare Hukuku c.2, Ankara 2016.
- KAPLAN Gürsel, “İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet Sorunu Üzerine Düşünceler”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2008/2, s. 23-54 (2008).
- KARAHANOGULLARI Onur, “Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 45, sayı 1-4, (1996), s. 279-323.
- TAN Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Ankara 2015.
- TAN Turgut, İdare Hukuku, Ankara 2016.
- TEKİN M.Önder, Özelleştirme Uygulamalarına İlişkin Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları, TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası Ankara Şubesi, 2006/Ankara.