

**ÖZELLEŞTİRMENİN KAMU HUKUKU-ÖZEL HUKUK
AYIRIMINA ETKİLERİ VE BU BAĞLAMDA
GÜNCEL ÖZELLEŞTİRME TARTIŞMALARINDAKİ
BAŞLICA GÖRÜŞLER**

*Doç. Dr. Oğuz SANCAKDAR**

GİRİŞ

Gemi kaptanına evlendirme, ölüm kayıtları tutma gibi nüfus idaresine ait yetkilerin çok önceleri verilmesi ya da imtiyaz gibi uygulamalarla kamu hizmetinin özel kişilerce görülmesi, esasen geniş anlamda özelleştirme iken¹ hukuksal, ekonomik ve ideolojik döngü olarak söz konusu kavram ülkemiz gündemine 24 Ocak 1980 kararları sonrasında hukuki, siyasal ve toplumsal boyutlarıyla yerleşmeye başlamıştır. Bu olgunun uygulama alanı, o dönemde başta KİT'ler için mülkiyetin devri odaklı iken (dar anlamda özelleştirme), giderek devir dışı yöntemler ve hizmet özelleştirmeleri de dahil olmak üzere (geniş anlamda özelleştirme) yaygınlaşmıştır. Öte yandan konu, önce Anayasa md.47/3, 4'de (değ.13.8.1999-4446/md.1) ve sonrasında da 4046 s. Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (kısaca 4046 s. Kanun olarak zikredilecektir) başta olmak üzere çeşitli yasal düzenlemelere tâbi tutulmuştur. Bunlardan halen en yakın tarihli olanı yeni 5393 s.Belediye Kanunu md.14 ve 5216 s. Büyükşehir Belediyesi Kanunu md.7'de görevler sıralanırken "...yapmak veya yaptırmak²..." denilmek suretiyle *yerel kamu*

* DEÜ Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: oguz.sancakdar@deu.edu.tr

¹ **Hausbrichs** Willy, Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen, Wiesbaden 1978, sh.9 vd; von **Loesch** Achim, Privatisierung öffentlicher Unternehmen, 2. b., Baden-Baden, 1987, sh. 13 vd.

² Vurgu, tarafımızdan yapılmıştır.

hizmetlerinde de özelleştirme açık yasal zemine dayandırılmıştır³. Ancak şüphesiz ki, yerel kamu hizmetlerinin özelleştirilmesinde anayasal sınırlara (temel hak ve özgürlüklerin korunması, hukuk devleti, sosyal devlet ilkesi, eşitlik ilkesi, yerel yönetimlerin özerkliği ilkesinin korunması, lokal monopolün önlenmesi) uyulmalı ve gerek yararlananlar, gerekse hizmeti üstlenen özel kişiler bakımından sosyal sonuçları öngörülmalıdır⁴.

Ülkemizde konuya ilişkin öğretilerdeki tartışmalar nispeten yavaşlamış görünürken, mevzuattaki pozitif dayanaklar giderek artmakta, ancak idari yargı kararlarındaki iptallerin yanı sıra yüksek mahkemeler arasındaki içtihat farklılıkları da dikkati çekmektedir⁵.

Konu, disiplinler arası (multidisipliner) olmakla birlikte hukuki boyutu gözardı edilemeyecek önemdedir. Bilhassa özelleştirmenin idari şartlara

³ Öğretilerdeki tartışmalarda özelleştirilen yerel kamu hizmetlerinden özellikle trafik, su ve atık su ile çöp hizmetleri, enerji, eğitim üzerinde durulduğu dikkati çekmektedir. Bkz. *Privatisierung kommunaler Aufgaben* (Hrsg. Fettig **Wolfgang**/Lothar **Späth**), Baden-Baden, 1997, sh.9 vd.; **Grabbe** Jürgen, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben*, Berlin 1979, sh.19 vd.; **Gromoll** Bernhard, *Rechtliche Grenzen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben untersucht am Beispiel kommunaler Dienstleistungen*, München 1982, sh. 142 vd.

⁴ **Grabbe**, 140 vd.; **Funk** Bernd-Christian, *Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte, Rechtsprobleme der Ausgliederungen des Staates in Form von privatrechtlich organisierten Rechtsträgern ohne imperium*, Wien 1981, sh.8 vd.; **Hesse** Günter, *Staatsaufgaben, Zur Theorie der Legimitation und Identifikation staatlicher Aufgaben*, Baden-Baden 1979, sh. 11 vd.

⁵ Örneğin İstanbul Şehir Plancıları Odası'nın başvurusunda Danıştay, özelleştirme kapsamına alınan limanlara ilişkin imar planı yapma yetkisinin Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na ait olduğu, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın, özelleştirme kapsamına alınan limanlara ilişkin imar planı yapma yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, GALAPORT ile ilgili bu konuda, özelleştirme kapsamına alınan limanlara ait imar planlarının Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından yapılmasını öngören ve Danıştay'ın "yürütmenin durdurulması" kararına dayanak teşkil eden yasal düzenlemenin iptali talebini reddetmiştir (Bilgi için bkz. <http://www.galataport.org/>). Öte yandan Anayasa Mahkemesi, özelleştirme işlemleri yapılan bölgelerdeki planların imar mevzuatındaki kısıtlamalara tabi olmamasını öngören düzenlemeyi ise Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir (<http://www.aksam.com.tr>). Örneğin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, TÜPRAŞ'ın yüzde 51'lik hissesinin blok satışına ilişkin ihale komisyonu kararının yürütmesini durdurmuştur (<http://www.ntvmsnbc.com/news/379657.asp>). Danıştay 13. Dairesi, Erdemir satışında ÖYK onayının daha önce yürütmesi durdurulan Rekabet Kurulu kararına dayanılarak alındığı gerekçesiyle yürütmesini durdurmuştur (<http://www.ntvmsnbc.com.tr/news/379991.asp>).

bağlanarak yapılması⁶ ve bu şartların somut olaya göre belirlenmesi ve denetlenmesi gerekli, hatta giderek zorunlu gözükmektedir. Çok geniş boyutları olan bu konuya bir makale ölçeğinde de olsa farklı hukuki yönleri ile dikkati çekmek istedik.

I. KAMU HUKUKU-ÖZEL HUKUK AYIRIMI BAĞLAMINDA ÖZELLEŞTİRMENİN MUHTEMEL HUKUKİ ETKİLERİ

Hukukun bilinen en yaygın ayırımı Ulpianus'un yaptığı Kamu Hukuku (jus publicum)-Özel Hukuk (jus privatum) ayırımı olup, hâlen günümüzde de geçerlidir. Ancak söz konusu ayırım sınırlarının özelleştirme uygulamaları esnasında bulanıklaşıp, belirsizleştiği, sonrasında da Kamu Hukuku aleyhine şekillendiği görülmektedir.

Özel hukuka ait bazı hukuki yöntemlerden yararlanan İdare, idari-ticari nitelikli kamu hizmetlerinin yürütülmesinde de yeterli ve doğrudan asgari bir garantiyi, hizmetten yararlananlara adil olarak sunmalıdır. Dolayısıyla İdarenin, özelleştirme uygulamalarında da *hissedilmesi* ve serbest rekabetin özüne dokunmadan düzenleme (=regülasyon) işlevinin⁷ *ekonomik idari kolluk* alanında da devamı vazgeçilemez önemdedir⁸.

A. ŞEFFAFLIK VEYA (DAHA DOĞRUSU) ALENİLİĞİN KAYBINA KATLANMA TEHLİKESİ

Şeffaflık ve (giderek) açıklık (aleniye) ilkesi, hukuk devleti ve demokrasi ilkesinin önemli alt ilkelerindedir. İdareye hakim olan "demokrasi ilkesi"nin (Anayasa md.2) İdare Hukukundaki başlıca görünümü; idarenin açıklığı, anlaşılabilirliği, ölçülülüğü ve öngörülü olmasıdır⁹. İdare, özel

⁶ Sancakdar Oğuz, "Alman İdare Hukukunda Kamusal Yükümlülüklerin Özelleştirilmesinin Sınırları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2, 2004, sh.255 vd.

⁷ von Heimbürg Sibylle, *Verwaltungsaufgaben und Private*, Berlin 1982 sh. 86 vd.; Osterloh Lerke, "Privatisierung von Verwaltungsaufgaben", Hengstschläger Johannes/Osterloh Lerke/Bauer Hartmut/Jaag Tobias, *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, Bericht und Diskussionen auf der Tagung der Deutschen Staatsrechtler in Halle/Saale vom 5. bis 8. Oktober 1994*, Berlin 1995, sh. 209 vd.

⁸ Ehlers Dirk, *Verwaltung in Privatrechtsform*, Berlin 1984, sh. 259.

⁹ von Simson Werner/Kriele Martin, *Das demokratische Prinzip im Grundgesetz*, Berlin 1971, sh. 38 vd.

hukuksal alana ne kadar çok girerse, saydam olmama tehlikesi de o nispette artar. Çünkü özel hukukta şeffaflık ve (giderek) aleniyet ilkesi kural değildir. Sözgelimi Alman Hukukunda limited şirketlerin bilançoğu ilan etme zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla özelleştirmede limited şirket biçimindeki bir formdan yararlanma alenilik bakımından sakıncalı olabilecektir. Kamu hukukundaki usuller daima güvenilir devletsel alandan kaynaklanır. Oysa idarenin özel hukuk yöntemlerinden yararlanarak doğrudan katıldığı işletmeler veya onlardan türeyen işletmeler hizmetin yürütülmesinde şeffaf olmayan örgütlenme (teşkilat) yapısı oluşturabilir.

Öte yandan yönetime katılma anlayışı da kamusal ve özel alanda farklıdır. Yönetime katılmanın gerekçeleri, yetki ve yükümlülüğün niteliğine ve amacına göre belirlenir. Örneğin, nükleer enerji santrali inşasına katılım, şehrin eski kısımlarının modernleştirilmesi ya da sözgelimi federal yabancı kültür politikasında yabancı ülkelerden baskı gelmemesi amacıyla özel hukuksal yöntemler yerine halkın katılımını esas alan bir anlayış sergilenmesinde kamu yararı vardır.

4982 s.Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, İdarede açıklığı (aleniyeti) sağlayan temel düzenlemelerdendir. Bu Kanunun 2. maddesine göre ilgililer ancak kamu kurum ve kuruluşlarından bilgi isteyebilirler. Dolayısıyla özelleştirme ile kamu kurumu niteliğini kaybeden kurum ve kuruluşlar özel hukuk kişisi haline geleceğinden bu konu ve dolayısıyla yönetimde açıklık ilkesinin kapsamından çıkacaklardır.

B. KAMU YARARININ ÖZEL HUKUK YÖNTEMLERİNE UYARLANMASI (ADAPTASYONU) SORUNU

İdare, özelleştirme uygulamalarında kamusal bir amaca ulaşmak için özel hukuka ait yöntemlerden de yararlanabilmektedir. Elbette ki, İdare, kamu yararını dikkate alarak özel hukuktan yararlanma biçimini, süresini, usul ve esaslarını kendisi belirler. Bazen özel hukuksal yöntemlerin kamu hukuksal yöntemlere göre, bir yükümlülüğü genişletme veya değiştirme bakımından esnek olması nedeniyle daha iyi olduğu da söylenebilir. Dolayısıyla özel hukuksal formlardan yararlanma genelde idarenin büyük bir esneklikle hedeflediği amaca göre seçilir ve bu konuda idarenin takdir yetkisinden söz edilmelidir. Bunun kimi zaman ileride sorun olmaması için kamusal amacın ve bundan kaynaklanan idari yükümlülüğün somut olarak tespitinden kaçınıldığı da görülmektedir. Bu durumda idarenin somut kamusal yarar

yerine soyut, adsız, genel bir kamu yararından bahsedilecektir. Hukuk literatüründe bu yaklaşım “*genelleme stratejisi*” olarak adlandırılmaktadır¹⁰. Bunun yöntem olarak ilgili mevzuatta, idari sözleşmelerde ya da karma nitelikli özel hukuk sözleşmelerle getirildiği de görülmektedir.

Kamusal işletmenin teşkilat yapısının özel hukukla bağdaştırılması veya ilgilendirilmesi modeli, bunların ancak mal ve hizmetlerini halk için hazır bulundurması koşuluyla kabul edilebilir. Örnek olarak da elektrik ihtiyacının karşılanması, çöplerin toplanması ve tasfiyesi, toplu konut yapımı gibi alanlardan söz edilebilir. Burada belirleyici olabilecek kriterlerin başlıcaları; faaliyetin amacı, hizmet verilecek alanın büyüklüğüne ve yoğunluğuna göre izin verilmesi, verimlilik ve sorumluluğun güvence altına alınması, ekonomik dengelerin korunması, tüketiciyi koruma, teşvik alıp alamayacağını göz önünde bulundurulmasıdır. Özelleştirmedeki idari ve somut ön koşullar dikkatli, titiz belirlenmelidir. Aksi takdirde somut ön koşullardaki eksiklikler büyük tehlike oluşturabilir. Çünkü özel hukuk kişisi, yükümlülüğünü ifa yerine az ya da çok verimlilik ve kârlılık eğilimindedir. Piyasa koşulları şirketleri bizatihi tek başına kazanç ve kâr kriterlerini öncelikle dikkate almaya mecbur bırakmaktadır. Yine özel hukuksal birlikler, şirket birleşmeleri, tekelleşmeler farklı mali hedeflere yönelik politikalar kurabilir, bu durum da kamu yararının gözden kaçırılmasına neden olabilir. Özellikle Bütçe Hukuku yönüyle bu tür özel ortaklıklar veya birleşmeler kurulması istenmeyebilir. Dolayısıyla kamusal irade, özelleştirmede Maliye Bakanlığı'nın önerilerini de dikkate almalıdır. Öte yandan federal işletmelerin birleşmesi veya holding oluşturmasının ekonomi ve Rekabet Hukukuna ilişkin etkileri ile işletmenin başarıya ulaşması yegane kriter olmamalıdır¹¹.

Önemi sebebiyle *özelleştirme ve rekabet ilişkisine* değinmekte de yarar vardır. Özelleştirilen kuruluşların faaliyette bulunduğu piyasanın daha rekabetçi bir yapıya dönüştürülerek, ekonomik etkinliğin artırılması ekonomi politikası aracı olarak özelleştirmenin önemli hedeflerinden kabul edilmektedir. Rekabet Kurulundan izin alınması gereken birleşme ve devralmalar Rekabet Kanunu ve Rekabet Kurulunun tebliğleri ile düzenlenmiştir. Öte yandan 5398 sayılı Kanun ile 4046 s.Özelleştirme Kanunda yapılan değişiklikler ile özelleştirme programında bulunan kuruluşların birleşme, bölünme ve yeniden yapılandırılmaları hususlarında karşılaşılan güçlükler giderilmiştir.

¹⁰ Hesse, 55 vd; Ehlers, 259;

¹¹ Ehlers, 260-262.

Özelleştirme sürecinde ihale işlemlerine başlamadan önce kamu kurumlarının ilgili pazarlarda sahip olduğu hâkim durumun, özelleştirme sonrası ve hâkim durumun rekabet üzerine etkilerine ilişkin Rekabet Kurulunun görüşünün alınması, ihale sonrasında devralma işleminin Rekabet Kurulunun iznini gerektirmesi, rekabet ve özelleştirme ilişkisinin önemini ortaya koymaktadır. Rekabet Kurumu ile Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ve ilgili bakanlıklarla sıkı ve uyumlu bir işbirliği özelleştirme uygulamalarının başarısında büyük önem taşımaktadır. Sadece özelleştirmenin yapılması değil, rekabet ortamının da yaratılması önemli ve gereklidir. (4054 s.Rekabetin Korunması Hakkında Kanun md.7, 27). İhale şartlarının kamuoyuna duyurulmasından önce Rekabet Kurumuna ön bildirimde bulunarak, ilgili pazarda böyle bir özelleştirmenin ne gibi sonuçlar doğuracağı, özelleştirilecek teşebbüsün varsa sahip olduğu hukukî veya fiilî imtiyazların özelleştirme sonrası durumunun ne olacağı hususlarının değerlendirilmesi ve ihale şartlarının buna göre belirlenmesi gerekir. Kamu iktisadî teşebbüsleri özelleştirilirken verimliliğin sağlanması ve yeni tekelere rekabeti sınırlayıcı uygulamalara meydan verilmemelidir. Özelleştirme süreci, özelleştirilecek kuruluşun “özelleştirme kapsamına alınması”ndan başlar, “nihai devir işlemleri”nin Özelleştirme Yüksek Kurulu tarafından onaylanması ile sona erer. Bu nedenle konu Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ve Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun yanı sıra Rekabet Kurulu ve Sermaye Piyasası Kurulu gibi kamu tüzel kişilerini de ilgilendirir. Özelleştirme sürecinde Rekabet Kurumuna yer veren düzenlemeler gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. Rekabet Kanununun yürürlüğe girmesiyle özelleştirme sonucunda işletmelerin piyasalardaki davranışları Rekabet Kanunu kapsamında ele alınmıştır. Öte yandan Özelleştirme Yüksek Kurulu tarafından belirlenecek imtiyazlı hisseler rekabeti etkileyebileceği veya engelleyebileceği sorun oluşturabilmektedir. Bunun ölçütleri çok açık ne 4046, ne de 4054 sayılı Yasalar da yer almaktadır¹². Özelleştirme öncesi kamusal tekel ve imtiyazların kaldırılması veya yumuşatılması kadar, özelleştirme sonrası ilgili sektörde rekabeti sağlayacak gözetim ve denetim mekanizmalarının oluşturulması da bir o kadar önemlidir.

¹² Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu, 5 Kasım 1999, Açılış Konuşmaları, (<http://www.rekabet.gov.tr>).

C. ÖZELLEŞTİRMENİN ÖZEL HUKUKUN MAHIYETİNİ DEĞİŞTİRME TEHLİKESİ

Bazı özelleştirme uygulamalarında kamu hizmeti, örgütlenme ve bütçe hukukundan doğan denetimden kurtulmak için “özel hukuka kaçış” olduğu görülmüştür. Gerek gerçek kişiler ve gerekse gerçek kişilerin kendi aralarında kurdukları tüzel kişiler arasındaki hukuki ilişkilere dair ilke ve kuralların oluşturduğu bir özel hukuk anlayışı vardır. Özel hukukun kurum ve kurallarının özelleştirme yöntemleri ile kamu gücü yoluyla “suiistimal” edilmemesi gerekir. Devletin ve Kamu Hukukunun görev ve yetki alanına giren sorunların çözümü ve ilkelere bağlanması, özel hukuksal normların ve düzenlemelerin ilk adresi ve işgal alanı değildir. Bununla birlikte özelleştirmede özel hukuk usullerinden ve kurumlarından yararlanılması halinde onun özel hukuka özgü felsefe ve ilkeler ile bağdaştırılması da zorunludur. Özel hukuk usul ve kurumlarından yararlanma, özelleştirmenin amaçlarındaki kamu yararına aykırı olmaması koşuluyla bir anlam taşır. Bunun soyut olarak ilke bazında belirlenmesi oldukça güç olup, her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılmalıdır. Diğer taraftan, özel hukukun felsefesi dikkate alındığında özel hukuk kişilerine devlet ve kamu hizmetlerinin yürütülmesinde yetkiler verilmesine zemin hazırlayan uygulamalarla kamu yararının sağlanması ve korunması hususunda ihtiyatlı olunmalıdır¹³. Öğreti ve yargı kararlarında kamu hizmetlerinin yürütülmesinde özel hukuk ilke ve kurallarından yararlanma “ancak gerekli olduğu ölçüde olması koşuluyla” kabul edilmiştir.

Bununla birlikte İdarenin, örneğin anonim şirket yönteminden yararlanarak kamu görevlerini ifa etmesi, bir taraftan sermayesi ile borçlarından dolayı sınırlı sorumluluk nedeniyle özel inisiyatife cesaret verme, diğer taraftan da hizmetlerin ve malların değişimini kolaylaştırma imkanını sağlaması nedeniyle kimi hallerde kamu yararı da içerebilir¹⁴. Öte yandan özel hukukta geçerli yöntemlerden yararlanma sadece Şirketler Hukuku ile sınırlandırılmamalı, sözcülemi uygun olabildiği ölçüde kamu hizmetlerinin yürütülmesinde dernek ve vakıf yöntemlerinden de yararlanma yolları araştırılmalıdır¹⁵.

¹³ Ehlers, 278.

¹⁴ Ossenbühl Fritz, “Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private”, Berlin 1971, sh. 137 vd. Ehlers, 279.

¹⁵ Ehlers, 280; Ossenbühl, 169.

Bununla birlikte özel hukuksal müesseseleri ihdas eden olarak devletin ve yasama organının, söz konusu özel hukuksal kurumların anlam ve amacına saygı duyması ve bunları dejenere eder şekilde yararlanma yönünde tutum sergilememesi gerekir.

D. HİZMETLERİN YÜRÜTÜLMESİ VEYA DENETİMİNDE ETKİLİ OLAMAMA VE/VEYA MAĞDURİYETE SEBEP OLABİLME TEHLİKESİ

Özel hukukta şekil serbestisi ve tarafların özgür iradeleri önemlidir. Oysa kamusal işleyişte sıkı bir şekil kontrolü ve giderek bürokrasi hakimdir. Bu yöntem İdarenin alelacele karar almasını önleyip, İdareyi düşünmeye sevk ettiği ve de ispat kolaylığı sağladığı için belirli ölçüde yararlı olmakla birlikte, kimi durumlarda hizmetin yürütülmesini, etkinliği ve verimliliğini de aksatabilir. Öte yandan İdareden farklı olarak özel kurum ve kuruluşların ekonomi ve finans planlaması yapma konusunda mevzuattan kaynaklanan yükümlülükleri de yoktur. Bununla birlikte idarenin özel kuruluşlar üzerindeki etkinliği bilhassa vergi alanı ve dış kontrol yönüyle bulunmakta olup, kontrol ve etki alanı da özellikle bu amaç ve amacın genişletildiği alan üzerindedir. Kontrol ve etkililik yükümlülüğün gerektirdiği tedbirleri alma özellikle federal devletin katıldığı işletmeler bakımından ön plana çıkmaktadır¹⁶. Dolayısıyla yöntemsel ve amaçsal farklılıklar nedeniyle özelleştirme uygulamaları etkili olamayabilir veya bunların denetiminde yararlananlar aleyhine mağduriyetler oluşabilir.

E. AYRICALIKLARIN KARIŞMASI TEHLİKESİ

Kamu gücünden yararlanan İdare, kamu hukukuna tabi etkinliklerinde özel hukuku kendisine koruma yapma kaygısını taşımaz ve buna gerek de duymaz. Hatta temel hak ve özgürlüklere dayalı olması veya diğer Kamu Hukuku esaslarına bağlı kalması nedeniyle özel hukuk sujelerine göre bazı kısıtlamalara da tabidir. Belirtelim ki, İdarenin özel hukuku kullanması onun ayrıcalıklı bir faaliyeti anlamına da gelmez. Hem kamu, hem de özel hukukta kabul edildiği gibi idare, özel hukukun konusunu oluşturan bir etkinliğe giriştiğinde kamu hukukundan doğan ayrıcalıklarını bırakır¹⁷. Öte yandan,

¹⁶ Ehlers, 269.

¹⁷ Ehlers, 282.

rekabetten muafiyet, vergi vb. ayrıcalıklardan yararlanan idarenin faaliyetlerinde özel hukuksal yöntemleri kullanmasının sert tepkilere neden olduğu da bir gerçektir. Bir kısım yazarlara göre, “devletsel yükümlülüklerin rönesansı” niteliğinde de kabul edilen özelleştirme uygulamalarının sınırlarının belirlenmesi ve hangi kamusal yükümlülüklerin devlette kalması gerektiği belirsizdir¹⁸. Dolayısıyla özelleştirme kamusal ayrıcalıkların anlam ve önemini işlevsiz bırakabilir veya karmaşıktırabilir.

F. YARGISAL KORUNMAYI KARMAŞIKLAŞTIRMA VEYA HALEL GETİREBİLMESİ TEHLİKESİ

Anglo-Sakson sisteminden farklı olarak eksik idari rejimin uygulanmadığı Kara Avrupası ülkelerinde İdarenin yargısal denetimi genel ve özel görevli idari mahkemeler eliyle yapılır (§40VwGO). Özelleştirme işlemlerinin yargısal denetimine adli ya da idari yargıdan hangisinin bakacağına tepside (görev sorunu) öncelikle karara ilişkin ayırımın yasama organınca isabetli yapılması gerekir¹⁹.

Adli ve idari mahkemeler arasında öncelikle görev sorunu ortaya çıkabilir. İdari faaliyetin materyalleri ve idari yargının kontrol yetkisi adli yargıdakinden farklıdır. Özellikle medeni yargılama usulünde kural duruşma (sözlülük) ilkesi iken, idari yargıda yazılılıktır. Yine idari yargılama usulünde kural, maddi gerçeğe ulaşma (re’sen araştırma ilkesi) iken, medeni yargılama usulünde taraflarca hazırlama ilkesi hakimdir. Delillerin sunulması yöntemi, yargılama giderleri vs. her iki yargı düzeninde farklıdır. Bir tarafta kamusal normlar, diğer tarafta özel hukuk kuralları bulunmaktadır. Dolayısıyla her iki yargı düzeninde sıkıntı yaratabilir ve yargıya yönelik çifte yargısal yönlendirme rizikosunu ortaya çıkabilir. İlgililer farklı yargı düzenlerinde dava açabilirler (özellikle idare mahkemeleri ile iş veya asliye hukuk mahkemeleri arasında). Yine hukuki korumanın niteliği ve kapsamı da değişebilir.

Özelleştirmenin yargısal korunmayı karmaşıktırması bağlamında özelleştirme işlemleri aleyhine açılan davalarda²⁰ idari yargının dava açma ehliyetine bakışı üzerinde durulabilir. Danıştay, Türkiye Cumhuriyeti vatan-

¹⁸ Gusy Christophy “Privatisierung als Herausforderung an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik”, Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien-Grenzen-Folgen, Baden-Baden, 1998, sh. 330 vd.; Ehlers, 283.

¹⁹ Ehlers, 284.

²⁰ Burada geçen kararlar için bkz.<http://www.danistay.gov.tr>

daşı olma dışında bir niteliği olmayan kişinin, Sümerbank'ın özelleştirilmesine ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu kararını dava konusu edemeyeceğini (D. 10D., T. 3.12.1997, E. 1996/2608, K. 1997/5233), yine benzer bir kararında da; gerçek ve tüzel kişilerin, salt vatandaş veya tüzel kişilikleri olması nedeniyle iptal davası açma hakkı bulunmadığı, işlemle davacı arasında makul ve ciddi bir ilişkinin, kişisel, meşru, aktüel bir menfaat bağının bulunması gerektiğinden söz etmiştir (D. 10D., T. 23.09.1999, E. 1998/2251, K. 1999/4119). İşlem ile davacı arasındaki ilişkinin "ciddiliği"nin nasıl ve hangi kriterlere göre belirleneceği bizce belirsizdir. Bir başka olayda, davacı olan Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi Vakfı'nın, her ne kadar vakfın amaçları arasında özelleştirme uygulamalarının izlenmesi ve değerlendirilmesinin bulunsa da dava konusu özelleştirme işlemlerine karşı vakfın, meşru, kişisel ve güncel menfaatinin etkilenmediği sonucuna varılmıştır (D. 10D., T. 28.12.1998, E. 1998/3993, K. 1998/7250). Oysa mülkiyetin devri suretiyle satışta hisseler öncelikle çalışanlarına, yöre halkına, küçük tasarruf sahiplerine, yurt dışındaki işçilerimize ve halka satışı daha önce esasa bağlanmış hususlardandır. Bu durum menfaat ilgisini ortaya koyar gözükmektedir. Danıştay bir kararında; kamu hizmeti ve kamu malları topluluğunun kamusal alandan özel alana aktarılması niteliğini taşıyan KİT'lerin özelleştirilmesi işleminin vatandaş sıfatıyla özelleştirmeden yararlanma olanağı olan ilgililerce dava konusu edilebileceğini düzenlemiştir ((D. 10D., 19.06.1991, E. 1990/1742, K. 2328/5233). Kamu malları vatandaşların vergileriyle edinilmiştir. Dolayısıyla vatandaş sıfatı, mülkiyetin devrini içeren özelleştirme uygulamalarında dava açabilmek için yeterli olmalıdır. Kanımızca özelleştirme uygulamalarında dava açma ehliyetinin dar değil, geniş yorumlanmasında kamu yararı vardır.

G. KAMUSAL YÜKÜMLÜLÜKLER VE ÖZEL BEKLENTİLERİN ÇELİŞMESİ SORUNU

Bu noktada özelleştirme uygulamaları çeşitli biçimlerde karşımıza çıkabilir. Örneğin idari yükümlülüğün yanlış anlaşılması tehlikesi, belirli görev ve yetkilerin yürütülmesinde kamusal-özel alan arasında kesişme, geçişme veya çatışmaya ortaya çıkabilir. Sözelimi Alman Televizyon Limited Şirketinin özelleştirilmesi konusunda federal ve bazı federe devletler arasında tartışma olmuştur. Bu konuda Federal Devlet, özel hukuksal yönde çözümden yanaydı. Ancak Alman Anayasası bakımından özellikle kültürel konularda federe devletlerin yetkili olduğu gerekçesiyle kültürel yükümlülük-

lere ilişkin federal devletin yetkisizliği ileri sürülmüştür. Daha sonra ortalama çözüm olarak federal ve federe devletin her ikisinin de yetkili olduğu bazı alanların bulunabileceği sonucuna varılmış, müteakiben bu alanda ekonomik rekabet gündeme gelmiştir.

Öte yandan üzerinde durulması gereken bir başka nokta, devletin iç güvenlik alanında, güvenlik hizmetlerinin özelleştirilmesi yoluyla idari kolluk düzenini sağlaması oldukça güç olduğudur. Bu uygulama Devletin varlığının sorgulanmasını da eleştiriye açık hale getirebilir²¹.

Diğer bir durum ise işlevsel yaklaşım olup, özelleştirmenin amaçları ile özelleştirmeye konu kurumun işlevi örtüşmelidir. Ultra-vires (konu ile sınırlı ehliyet) ilkesi hizmet ademi merkezîyet biçimindeki kamu hukuku tüzel kişileri (yani örneğin KİT'ler) için de geçerli bir ilkedir. İdari sözleşmeler yoluyla özel hukuk kişileri, hizmet ademi merkezîyet kurumları ya da kamu-özel hukuk niteliği karışmış hukuk kişileri (örneğin KİT'ler) hizmeti yürüten olarak görev alanındaki faaliyetine devam edebilir. Bu ihtimalde dışsal yönden (yani dış görünüş bakımından) kamu iktisadi teşebbüsleri ve yarı-kamusal birlikler diğer özel hukuk kişilerinden ayrılamaz. Dolayısıyla özelleştirmenin, işlevsel (fonksiyonel) yönü, daima göz önünde bulundurulmalıdır. Bu konuda Alman Hukukunda kamusal planlamada komünlerin katılımı yoluyla karar ve hizmetlerin üretilmesinde yoğunluk ve derinlik sağlanmaktadır. Komünler, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde *işlevsel yaklaşıma* önem vermekte ve bu husus özelleştirme uygulamalarında belirleyici bir etkiye sahip olmaktadır²².

Özelleştirme uygulamalarında muhatap olarak kamusal yönü ağır basan kamuya yararlı dernek ve vakıflar özel hukuk kişisi olmasına rağmen, uygulanacak hukuki rejimin belirlenmesi de kimi kez hukuki güçlülere sebep olabilir.

Personelin hizmete bakışı konusundaki tehlikelere dikkat çekilmelidir. Özel hukukta derneklere ait yetkiler, kamu hukukuna mensup olmayan kişi veya kurullarca kullanılır. Bu kişilerde, memur veya kamu hukukundaki

²¹ **Lange** Hans-Jürgen, "Privatisierung als nicht-intendierte Folge staatlicher Aufgabenkritik", Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien-Grenzen-Folgen, Baden-Baden, 1998, sh. 215 vd.; **Ehlers**, 263.

²² **Ehlers**, 264.

sözleşmeli personelden beklenen “devletsel düşünce” kaygısı olmayıp, sadece özel iş anlayışını düşünür²³.

H. ÖĞRETİNİN TEPKİSİ

Kamu hizmetini başarıyla yürüten idarenin hizmet alanlarından koparılıp hizmetlerinin özel hukuk alanına kaydırılması konusunda pek çok şikayet bulunmaktadır. Böyle bir yaklaşım sergilenmesi sosyal devlet uygulamasını sağlayan idari enstrümanların bir kısmının kaybedilmesine yol açacaktır. Ayrıca idareye ait olması gereken bir hizmetin elbisesini değiştirme suretiyle özel alana kaydırılması gereksiz ve yersiz bir uygulamadır. Çünkü İdarenin genel gözetim ve denetim yükümlülüğü yine devam edecektir. Ayrıca varsa özelleştirmenin tabi tutulduğu şartlara uyulup uyulmadığı da araştırılacaktır. Dolayısıyla idarenin etkinliği yine devam edecektir, görüşü öğretide ciddi taraftar bulmaktadır²⁴.

II. GÜNCEL ÖZELLEŞTİRME TARTIŞMALARINDAKİ BAŞLICA GÖRÜŞLER

Günümüzde yoğun bir şekilde, devletin ekonomik yeterliliğini aşan yük altına girmesi nedeniyle küçültülmesi ve özelleştirmeye ağırlık verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir²⁵. Kamu sektörünün mâli kaynaklarının daralması tehlikesi, statükonun daha fazla devamının politik olarak mümkün olmaması, küreselleşme olgusu, tasarruf amacı ve özellikle Avrupa Birliği’ne giriş için (EGV md.109j) öngörülen kriterler de konunun gelişiminde önemli rol oynamıştır. Benzer gerekçeler ve sorunlar genellikle OECD ülkelerinde de bulunmaktadır. Eğer ekonomi ve rekabet yoluyla küreselleşilemez (globalleşilemez) ve uluslararası olunamazsa, problemlerin globalleşmesinin etkisinden de kaçınılamaz²⁶. Bu bağlamda ileri sürülen başlıca görüşler şunlardır:

²³ **Blanke** Thomas/**Sterzel** Dieter, Privatisierungsrecht für Beamte, Baden-Baden 1999, sh.29 vd.; **Ehlers**, 274.

²⁴ **Kirmer**; 180; **Kibler** Leo, “Privatisierung von Staatsaufgaben. Kriterien und Grenzen aus sozialwissenschaftlicher Sicht”, Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien-Grenzen-Folgen, Baden-Baden, 1998, sh. 57 vd.; **Ehlers**, 290;

²⁵ **Gusy** Christoph, “Privatisierung als Herausforderung an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik”, Privatisierung von Staatsaufgaben:Kriterien-Grenzen-Folgen, Christoph **Gusy** (Hrsg), Baden-Baden,1998,sh.330.

²⁶ **Gusy**, 331; **Osterloh**, 220; **Schoch** Friedrich, “Privatisierung von Verwaltungsaufgaben”, Deutsches Verwaltungsblatt 1994, sh. 962 vd.

A. EKONOMİK DÜZEN POLİTİKASI VE KÜRESELLEŞME GEREKÇESİNİN İRDELENMESİ

1. Özelleştirmeyi Savunanların Görüşleri

a. Pazar Ekonomisinin Üstünlüğü

Özelleştirmenin ekonomik rasyoneli serbest piyasa ekonomisini güçlendirmektir. Günümüzde artık pazar ekonomisine göre yönlendirilmiş ekonomik bir düzenin üstünlüğüne de inanılması gerekir. Farklı üretim kalemlerinde, güvenilir, teknik standartlara uygun işlevsel bir rekabetin gerçekleştirilmesi ve onun içinde yer alınabilmesi için özelleştirme uygulamalarından kaçınılması gerekir. Tüketici için de gerçek güvence, iyi işleyen bir rekabet ortamıyla sağlanabilir. Rekabette devamlı kontrol de vardır. Rekabet, sadece kişisel özgürlüklerin gelişimi ve işletmelerin ekonomik yayılma olasılıklarına değil, aynı zamanda tüketim ve imalatın ucuzlaması ile sosyal bedel talep edilmemesine de hizmet eder²⁷.

Özelleştirme devlet yararına gayri safi milli hasılanın artmasının yanı sıra pazar ekonomisinin rizikolarını ve düzensizliğini de azaltabilir. Sosyal devlete geri dönüş, kamu idaresinde pazar ekonomisine ilişkin mekanizmaların işletilmesi ve özelleştirme ile daha kolay sağlanabilir. Böylece hem sosyal etikte bozulma önlenir, hem de temel haklar üzerindeki olumlu etkisi nedeniyle “demokrasi ilkesi” gelişir. Dolayısıyla özelleştirmeye karşı olanların “dokunulmazlaştırma stratejisi” isabetli değildir²⁸.

Öte yandan özel işletmelerin kazancı daha iyi yönlendirdikleri de görülmektedir. Nitekim daha önce kamusal işletme niteliğinde iken zarar eden işletmelerin, özel sektöre geçtikten sonra kâr eder hale geldiği de görülmektedir. Gerçekte müteşebbis bu yolla sadece kâr maksimizasyonunu değil, işletmenin hedefinde rol oynayan dinamikler ile iç (işletme iç yönetimi, çalışma arkadaşları vs.) ve dış sistemlere (faaliyetler, sendikalar, partiler vs.) göre işletmenin amaçlarından birisine ulaşmayı hedeflemektedir.

b. Etkliliği Arttırma ve Yolsuzluğu Önleme

Özelleştirme ve özel işletmeler yoluyla üretimde artışın sağlanması, ekonomik faaliyetlerdeki farklılık ve dinamiklere çabuk tepki gösterme ve

²⁷ Osterloh 215; von Hagemester, 85.

²⁸ von Hagemester, 86.

rasyonelleşme araçlarında verimliliği sağlayabilir ve yolsuzluklar önenebilir. Bu yöntemle gerek yükümlülüklerin, gerekse kaynakların hem kamu sektörü, hem de özel sektör için optimal şekilde belirlenmesi mümkün olabilir.

Özelleştirme yöntemleri içinde çalışanlara ve ilgililere fazla esnekliği sağlayan yöntemler de vardır. Bu durum gerek demokrasi ilkesi ve gerekse işletmeler arasındaki koordinasyonu sağlamaya katkıda bulunur²⁹.

Özelleştirme yoluyla idare ve idareciler, politikacıların ve baskı gruplarının olumsuz talepleri ve yönlendirmelerinden kurtulabilir. Ayrıca özelleştirilen alanda yerli ve yabancı uzmanlardan yararlanma imkanı da bulunacağından hizmetin kalitesi de artar.

c. Rekabeti Canlandırma

İsrafa yol açabilen uygulamalarıyla devletin pazar ekonomisi kurallarına göre ticaret yapması ne mümkün, ne de zorunludur. Değerli bazı malların pazar fiyatı zaten yoktur. Bununla birlikte İdare, bazı alanlarda finans yöntemleri yoluyla fiyat ayarlamaları yapmaktadır. Özelleştirme, serbest inisiyatifi desteklemesi nedeniyle ekonomik demokrasi (Wirtschaftsdemokratie) ve rekabeti (Wettbewerb) canlandırabilir. Devlet korumacılığı ve kamu hizmetlerinin güvence altında olması her ülkede özel rekabeti engeller niteliğe sahiptir. İdarenin özel hukuksal faaliyeti ile de gerçek rekabetin sağlanması mümkün değildir.

Devlet, rekabetin korunmasına kimi zaman kamusal işletmelerin lehine olmak üzere duyarlı davranmamaktadır. Kamusal işletmelerin yaptıkları hizmetlerde sürekli kamu yararının bulunduğu ve Rekabet Hukukuna ilişkin yasakların uygulanmaması gerektiği görüşü artık terk edilmelidir. Kamu işletmelerinin serbest pazar ekonomisinde adeta “yabancı madde” gibi durdukları söylenebilir³⁰.

d. Sosyal Çöküşün Olmayacağı

Özelleştirme iş alanlarının kaybı anlamına gelmeyeceği gibi, rasyonelleşmeyi de sağlar. İlgililer için özelleştirilen bir işletme ile

²⁹ **Schüsselbauer** Gerhard, Privatisierungsmethoden, Eine Analyse ihrer Ausgestaltung in den ehemals sozialistischen Ländern Mitteleuropas, Bern 1998, sh. 49 vd.; von **Hagemeister**, 86, 87.

³⁰ von **Hagemeister**, 94.

daha avantajlı özel tercihlere ulaşma imkanı bulunmaktadır. Kamu sektöründe devlet katılımının olduğu işletmelerin satılması veya onlara özel hukuk metotlarının uygulanması uğraşılan sosyal hizmetleri esasen geriletmez.

e. Devlet Monopolünün Tasfiyesi

Özelleştirme, devlet monopolünün sona erdirilmesine hizmet edecek ve bu yolla monopol kontrol aracı olarak monopol işletmelerinin devletleştirilmesi de görülmeyecektir. Devletsel monopol giderek her ülkede kalkma eğilimindedir. Devlet monopolünün kaldırılması esnasında dikkat edilmesi gereken nokta, özel monopolün oluşturulmamasıdır. Monopol olarak yapılan hizmetin kalitesinin bozulma tehlikesi vardır. Monopol şeklinde yapılan bir hizmetteki fiyat artışlarına karşı kamu yararı amacıyla kimi yatırımcılar lehine bireysel yardım niteliğindeki sübvansiyon uygulamasına gidilebilir. Sonuçta, yapısal bir değişim gereklidir ve bu değişim özelleştirmenin hızını doğrudan etkiler³¹.

2. Özelleştirme Karşıtları

a. Özel Müteşebbisin Kâr Sağlama Hedefi

“Devletsel yükümlülüklerin ticarileştirilmesi”, “bedelin sosyalliğinin özelleştirilmesi” gibi özlü ifadelerle özelleştirmenin karşısında olanlara göre; özel müteşebbisin tek bir hedefi vardır o da kâr etmek. Bu nedenle onlar kamusal faaliyet içinde kazanç getirebilen yükümlülükleri ilk sırada takip ederler ve kamuda problem çıktığında o yükümlülüğü kendi alanlarına dahil etmek isterler.

Özelleştirme savunucuları devletin esas görevlerinin güvenlik, alt yapı, gibi hizmetler olduğunu ve devletin ekonomiden elini çekmesi gerektiğini ifade ederler. Devletin görevlerinin bu şekilde sınırlanması esasen liberalizmin kendi devlet anlayışını kullanırken vurguladığı ifadelerdir³².

Pazar ekonomisi uygulamasıyla karşılaştırma yapmak da yanlıştır. Devlet, pazar ekonomisi ekseninden bağımsız bir iş yapmakta ve hizmetten

³¹ Schüsselbauer, 27 vd.; von Hagemester, 96.

³² Değirmenci Koray, Özelleştirme ve Sosyal Devlet, TÜRK-İŞ, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Eğitim Yayınları No:48, Ank 2000, sh. 7; Ruhi M. Emin, 1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet ve Özelleştirme, Ank 2003, sh. 220 vd.

yararlananlar daha az bedel ödemektedirler. Kamu malları serbest pazar faaliyeti için üretilmemektedir. Böylesine değerli malların piyasa fiyatı yoktur. Onların değeri “işletme amaçları”, “ekonomiklik”, “kazanç getirme kapasitesi” değil, “tersine “sosyal sözleşme” ile ölçülmelidir³³.

Özelleştirme uygulamalarından sonra işletmelerin kârı maksimize etmek için rekabetin gerektirdiği kuralların dışına çıkarak mağduriyet yaratabilen uygulamaları da daha rahat tespit edilebilmektedir.

Özelleştirme sadece ekonomik sorunlara bir çare arayışı değil, aynı zamanda ideolojik bir tercihtir. Özelleştirme savunucularının demir, çelik, telekomünikasyon, enerji ve petrol gibi alanları özelleştirmede öncelikli alan olarak görmeleri tesadüfi değildir. Bu sektörler hem kârlı, hem de ülke ekonomisinin temel direkleridir. Bu sektörlerde hakim olan ülke ekonomisine de hakim olur³⁴. Ülkemiz açısından örneğin 1991den itibaren kablolu TV hizmetlerinin özelleştirilmesi, 1995’den itibaren de uydu hizmetlerinin özelleştirilmesi söz konusu olmuş, GSM ihalelerindeki süreç de hızlanmıştır. Son dönemde tele-kulak skandallarının yaygınlaşması da tesadüf değildir. Yine özelleştirme savunucularının söylediklerinin aksine özelleştirilen bölgelerde (örneğin ÇEAŞ, AKTAŞ gibi) özel sektör elektrik kaçaklarını düşürmemiş tersine kaçaklar artmıştır. Enerji yolsuzlukları ve elektrik kesilmeleri kanıksanmış olgular haline gelmiştir. Hayali ihracat, vergi kaçakçılığı gibi özel kişilerce yaratılan ve yürütülen türlü yolsuzluklara da rastlanmaktadır. Dolayısıyla özelleştirmenin yolsuzlukları önleyeceği tezi isabetsizdir.

b. Etkinliği Arttırmaması

Optimal işlev görme sadece özel işletmelere has bir özellik değildir. Kamu işletmeleri de optimal işlev görebilir. Kaldı ki, özel işletmeler içinde de optimal olmayan, verimsiz olanlarına rastlanabilmektedir. Diğer taraftan, özel müteşebbisin nitelik ve nicelik olarak aynı hizmeti kamuya göre daha uygun fiyatla yaptığı da söylenemez.

Özelleştirme esas itibarıyla bir hizmetin merkez dışı olmasını sağlama yönüyle hizmet adem-i merkeziyete ve virtüel kamu hizmetine yaklaşmakla birlikte farklı hukuki statüler söz konusudur. Özelleştirme uygulamaları sonucu yine kurum içi merkezîyetçilik ve bürokrasi de ortaya çıkabilir.

³³ von Hagemester, 90;

³⁴ Hirsche, 65; Değirmenci, 41.

Yine rekabetin sağlanması için mutlaka özelleştirmeye gerek de bulunmamaktadır.

Özelleştirme uygulamaları *özel monopol tehlikesi* (Private Monopolfahr) ve giderek hakim sermaye gruplarının da etkisiyle rant tehlikesi doğurur. Fiyat açısından bakıldığında da özellikle damping uygulamalarıyla muhatap özel şirket fiyatı yönlendirebilir. Fiyatın belirlenmesinde kamu yararı dikkate alınmayacaktır. Dolayısıyla fiyatlar, talebe göre ani sıklıkla değişkenlik gösterecektir. Şayet kâr yoksa özel şirket hizmeti sunmaktan da vazgeçebilir. Oysa özellikle sosyal kamu hizmetleri fiyattan bağımsız olarak verilmek ve sunulmak zorundadır. Öte yandan devletin elindeki doğal tekeller en etkin ve uygun ekonomik yapı da oluşturabilirler. Nitekim ülkemizde kâr rekoru kıran KİT'ler de bulunmaktadır.

c. Hizmetin Gelişim Olasılıklarında Kayıp

Özellikle yerel yönetim iktisadi işletmelerinin (Örneğin belediye iktisadi teşebbüsleri (BİT'ler)) özelleştirme yoluyla onlardan kopartılması, önemli bir mâli araçtan yoksun bırakılması anlamına gelir. Buna bağlı olarak da önemli bir bütçe açığı ve onun kapatılması için de tasarrufa gerek duyulur. Bu durum sözcülemi, kültür ve boş zamanları değerlendirmeye ilgili yerel hizmetin yerine getirilmesinin nitelik ve/veya niceliğinde azalmaya ya da bu hizmetlerin yüksek bir bedelle bağlantılı hale getirilme rizikosunu ortaya çıkarabilir. Bu durum ayrıca zamanla dolaylı da olsa komşu yerel yönetimlerin iş yükünün artmasına da sebep olabilecektir³⁵.

Öte yandan KİT'lerin alıcı ve satıcı olarak ilişkide olduğu müşteri kesimi de devlet tarafından desteklenmeyeceklerini ve özelleştirilecek KİT'lerin sattığı mal ve hizmetleri daha pahalı alacaklarını düşünmektedirler.

Demokrasi ilkesi ile ilgili özelleştirme savunucularının "özelleştirme demokrasi getirir" tezine katılmak da mümkün değildir. Çünkü serbest piyasa düzeninde piyasa kararları, özgür iradelerin belirlenmesiyle değil, ekonomik güce sahip olanların yönlendirmesine göre belirlenir.

d. Sosyal Çöküş Zemin Hazırlaması

Öncelikle özelleştirme rasyonelleştirme, verimlilik gibi gerekçelerle çalışanlar üzerinde "işsizlik korkusu" yaratmaktadır. Diğer yandan sözcülemi

³⁵ Grabbe Jürgen, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben, Berlin 1979, sh. 50 vd.; von Hagemeyer, 92.

genellikle dış ülkelerden temin edilen iş gücü ile hizmeti alan özel şirket, belirlediği fiyatı çalışanlarına dikte ettirmektedir. Yine aynı işi yapan kamu ve özel sektörde çalışanlar arasındaki fiyat farkı huzursuzluk yaratabilir, verimi ve çalışma başarısını sektöre uğratabilir. “Özelleştirmenin kamudaki çalışan fazlalığını” önleyeceği tezindeki çözüm, çalışanların “sokağa atılmasından” başka bir şey değildir.

Hizmetten yararlanan ve tüketici sıfatıyla vatandaşlar da, özelleştirme sonucunda piyasadaki hakim ekonomik güçlerin dava edilemeyen ve de garanti edilemeyen hizmetlerinin olumsuzluklarını hesaba katmak zorunda kalacaklardır³⁶.

B. MÂLÎ (FİNANS) POLİTİKASI GEREKÇESİNİN İRDELENMESİ

1. Özelleştirmeyi Savunanların İddiaları

Özelleştirme ile verimlilik artar, serbest piyasa ekonomisini geliştirir, sermaye piyasası güçlenir ve döviz gelirleri artar. Yine verimliliği artırmak da önemlidir. Çünkü kamu sektöründeki ortalama verimlilik oranı çoğunlukla özel sektörden düşüktür. Kamunun verimliliğini yükseltecek çağdaş teknolojik gelişmelerin yakından izlenememesi, işgücü maliyetini yükselten siyasal tercihlili istihdam politikasının uygulanması, ücretlerin düşüklüğü ve rasyonel yatırım programlarının uygulanmaması kamudaki verimsizliğin başlıca nedenidir³⁷. Özelleştirme serbest piyasa ekonomisini geliştirir. Çünkü; KİT’ler genelde fiyat ve kalite yönünden piyasa istemlerine karşı duyarsızdırlar. İflas tehlikeleri yoktur, zararları genel bütçeden karşılanır. Dolayısıyla kaliteyi geliştirmek, fiyat ve maliyeti düşürmek gibi kaygıları da yoktur. Özelleştirme sermaye piyasasını güçlendirir. Çünkü bu yolla kamusal menkul değerlerin, sermaye piyasasına akımı ile hükümetin gelişmeleri akılcı biçimde denetlemesi amaçlanır. Yine özelleştirme yoluyla döviz gelirlerini artırma da ödemeler dengesi açığını kapatmada önemlidir. Diğer taraftan özelleştirme yoluyla yabancı yatırımcı ülkeye çekilmiş olacaktır. Böylelikle küresel rekabete ayak uydurulabileceği gibi, istihdam da yaratılabilecektir.

Özelleştirme taleplerinin asıl gerekçesi gelir sağlama olup, kamusal yükümlülüklerin artmasına paralel olarak kamusal masraf ve harcamalar da

³⁶ von Hagemester, 98.

³⁷ Schoch, 963; Cevizoğlu, 18.

artmıştır. Federal devlet, federe devletler ile komünlerin etkinliklerinin artırılabilmesi için özelleştirme yoluyla kamu kasasının (hazine) yükünün hafifletilmesi gerekir. Böylece devletsel ve yerel hizmet noksanlıkları da giderilmiş olacaktır. Bu hedefe ulaşma; bir taraftan harç-vergi alınmasındaki yeni düzenlemeler yolu ile ancak diğer taraftan da hizmetin uygun bedelle üretimi ile başarılabilir. Tasarruf konusunda ise ilk akla gelen husus personel giderlerinin azaltılması ile para yardımı (Subvention) esaslarının isabetli düzenlenmesidir³⁸. Vergiye tâbi olması gereken kimi kamusal etkinliklerin özelleştirilmesi ile kurumlar ve muamele vergisi de artabilir. Özelleştirme, mali bunalımlarda devlete gelir sağlar. Vergi gelirlerine alternatif bir gelir kaynağıdır.

2. Özelleştirme Karşıtlarının İddiaları

Bütçe açığını kapatmanın özelleştirmenin yapılması için kabul edilebilir bir gerekçe olduğundan şüphe duyulmalıdır. Özelleştirmenin tasarrufu arttırdığı ve belli kamu hizmetlerinin giderlerini azalttığı tereddütle karşılanmaktadır. Kaldı ki, devlet borçlarının ödenmesini sağlayan başka mâli politikaların olduğu da bilinmektedir. Özelleştirmenin her şeyden önce tasarruf amacıyla yapılması bir süre sonra “kartellere teslim olmayı” gündeme getirecektir. Bunu rasyonelleşme gerekçesiyle işsizlik, sosyal güvenlik ve sosyal yardım bedellerindeki olumsuz gelişmelerin takip etmesi de kaçınılmazdır. Bu olumsuz durumun yanı sıra yükümlülüklerin yeniden düzenlenmesi, özelleştirme koşulları ve uygulamasına bağlı olarak çevreye verilen zarar, yine örneğin özelleştirilen banliyö hizmetleri vs. de olduğu gibi, vatandaş tarafından ödenen fiyatlarda da artışlara sebep olabilecektir.

Özelleştirme türlerinden uygun birisini “süratle, bir kez, bütçedeki deliği kapatma amacı”yla hizmeti bırakma anlayışı uzun vadede hemen her hizmeti bırakma anlayışına dönüşebilir. İstisna kural haline gelebilir. Sonuçta fiyatlardaki artış enflasyonu da yükseltecek, işletmelerin uygun koşullarda kredi bulmaları da güçleşecektir³⁹. Özel sektörün aşırı kâr dürtüsü üretilen mal ve hizmetlere aşırı zam yapılmasına sebep olabilecektir.

Anayasa Mahkemesinin özelleştirmede değer tespiti ile ilgili verdiği bir karara değinmekte yarar vardır. 4046 s. Kanun md.18’de özelleştirme prog-

³⁸ von **Hagemeister**, 81, 82.

³⁹ **Osterloh**, 213; von **Hagemeister**, 84; **Hirsche Kurt**, Die Komödie der Privatisierung, der Kampf um die öffentliche Wirtschaft, 2. b., Köln 1959, sh. 54.

ramına alınan kuruluşların özelleştirilmesine ilişkin değer tespiti ile ilgili olarak, değer tespit işlemlerinde bu kuruluşların nitelikleri ve bunlara uygulanacak özelleştirme yöntemleri dikkate alınarak; a) İndirgenmiş nakit alımları (net bugünkü değeri), b) Temettü verimi, c) Defter değeri, d) Net aktif değeri, e) Amortize edilmiş yenileme değeri, f) Tasfiye değeri, g) Fiyat/kazanç oranı, h) Piyasa kapitalizasyon değeri, ı) Piyasa değeri/defter değeri, i) Ekspertiz değeri, j) fiyat/nakit akım oranı, gibi genel kabul görmüş değerlendirme metodlarının kullanılacağından söz edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, değerlendirme metodlarının sadece isimlerinin belirlenmiş olması ve bunların sadece adlarının sayılarak bunlardan birini seçmede İdareye yetki tanınmamasının gerçek değere ulaşmayı zorlaştırdığını, değerlendirme metodlarındaki bu belirsizliğin yasama organınca kurala bağlanmamasının Anayasa md.7'ye aykırı olduğu sonucuna varmış ve düzenlemeyi iptal etmiştir (AY Mah. T.09.04.1997, E. 1997/35, K.1997/45 için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr>).

Öte yandan özelleştirme de kamu iktisadi teşekküllerinin (KİT) de aktiflerini değerlendirecek uzmanların az olması yabancı yatırım bankerleri ile işbirliğini gerektirir. Bu durum dışarıya önemli miktarda döviz ödenmesine de yol açacaktır.

C. BÜROKRASİ GEREKÇESİNİN İRDELENMESİ

Bürokrasi resmi otoritenin kötüye kullanılması gibi kötüleyici ve aşağılayıcı (pejoratif) anlamda da kullanılan bir terim olup, bu anlamıyla “kuralcılık”, “kırtasiyecilik” anlamına gelir. Weber’e göre bürokrasi; işbölümü, otorite hiyerarşisi, yazılı kurallar, yazışma ve faaliyetlerin dosyalanması, gayri şahsilik, disipline olmuş bir yapı ve resmi pozisyonlardan oluşan örgüt biçimidir. Genel kabul görmüş anlayışa göre bürokrasinin yapısal ve işlemsel (prosedürel) olmak üzere iki temel yönü vardır⁴⁰.

1. Özelleştirmeyi Savunanların İddiaları

a. İdarenin Kapasitesini Aşan Yük Altına Girmesi

İfa edilen hizmetin çokluğu, idari yükümlülüklerin karmaşıklığı ve dinamikliği nedeniyle bürokrasi artık gelişmemekte, hizmet noksanlığı bilinmektedir. Hizmet kalitesi için yeterli teşviğin olmaması, kalite eksikliği

⁴⁰ Hesse, 79 vd.

halinde yatırımların yetersiz olması ve hizmette verimlilik baskısı ve kaygısının olmaması idari işleyişi olumsuz etkiler⁴¹. Hatta bu görüşte olanlara göre, söz konusu kalitesizliği belli ölçüde memuriyet anlayışının temel ilkelerini oluşturan memuriyet mesleğinin devamlılığı, kariyer sistemi, barem sisteminin oluşturduğu da ifade edilmiştir.

b. Masraflar

Bürokrasi fazla masrafa sebep olmaktadır. Bunun temel sebepleri; işe kayıtsız kalma, memurun prestij üstünlüğü kaygısı, memuriyet sayısındaki artış, gereğinden fazla resmi dairenin bulunması, hatalı yönlendirmeler ve dolayısıyla memuriyet alanı, mali rejimi ve prestiji üzerinde olumsuz baskılar ortaya çıkarmasıdır⁴².

c. Bürokratların Güç Kaybetmek İstememeleri

KİT'ler çeşitli bakanlıklara bağlı olduğu için bunların satılması veya diğer özelleştirme uygulamalarına konu olması halinde bazı bürokratların yetki alanının sınırlanacağı ve güçlerinin azalacağı düşünüldüğünde, gizli veya açık olarak özelleştirmeye tepki gösterdikleri ileri sürülmektedir.

2. Özelleştirme Karşıtlarının İddiaları

a. Bürokrasinin Yararları

Devletin sahip olduğu personel ve teknik araçları, özelleştirmeye talip olanın sahip olduğu araçlardan geri değildir. Sözgelimi kamusal binaların temizlenmesi veya çöplerin kaldırılmasını devlet veya ilgili idare zaten yapmış ve daha iyisini de yapabilecek kapasiteye en azından kuramsal olarak sahiptir. Her ne kadar eleştirilse de bürokrasinin kamusallığın ve aleniyetin sağlanmasındaki önemi yadsınamaz.

Bürokrasiden vazgeçilmesi mümkün olmayan rutin işlemlerde vardır ve bunlar özel sektör için de gereklidir. Sonuçta bürokrasi ile uygulanan idari usuller işlemin revizyon ve kontrolü ile standartlaşmanın sağlanmasında

⁴¹ **Budäus** Dieter, "Privatisierung öffentlich wahrgenommener Aufgaben-Grundlagen, Anforderungen und Probleme aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht", Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien-Grenzen-Folgen, Christoph **Gusy** (Hrsg), Baden-Baden, 1998, sh.12 vd.; von **Hagemeister**, 72.

⁴² von **Hagemeister**, 73, 74.

önemli işleve sahiptir. Bürokrasi belli ölçüde hem idare ve hem de ilgililer için haklarının korunmasında ispat kolaylığı da sağlar. Diğer taraftan özelleştirme uygulaması yapılırken verilerin korunmasına (Datenschutz) özen göstermek zorunludur⁴³. Aksi uygulama özelleştirme için menfi durum yaratır.

b. Masrafların Hizmetin Gereği Olduğu

Bürokrasinin gerektirdiği kırtasiye masrafları abartılmamalıdır. Diğer taraftan devletin özel sektörün global ve kamu düzenini etkileyebilecek nitelikli hatalarını önlemek için daha fazla faaliyette bulunması da gerekebilir. Ayrıca hizmetin gereği olarak ilgili özel sektörde de bürokrasinin artması görülebilir⁴⁴.

D. SOSYAL DEVLET VE SOSYAL POLİTİKAYA İLİŞKİN GEREKÇELERİN İRDELENMESİ

1. Özelleştirmeyi Savunanların İddiaları

a. Devletsel Faaliyetlerin Artması

Özelleştirme gelir ve servet dağılımındaki adaletsizlikleri düzeltebilir ve servetin geniş kitlelere yayılmasında özelleştirme politikasından yararlanılabilir. Hisse senetlerinin çalışanlara, yöneticilere belli avantajlarla satılması ile özelleştirmenin sosyal boyutu güçlendirilmiş olur. Yine mülkiyetin tabana yayılması da sosyal devlet ilkesinin bir uygulamasıdır. ESOP (Employee stock Ownership Plan) ile çalışanların işletmeye ortak olması, hisse senetlerinin çalışanlara satılması sağlanır. Böylece çalışanlar ve endüstri ilişkileri açısından çalışma barışının sağlanması ve devamına katkıda bulunulabilir. Kamusal yükümlülüklerin artması nedeniyle özgürlüklerin (özellikle çalışma özgürlüğü) sınırlandırılmaması gerekir. “İdarenin isteksizliği”nin vatandaş nezninde devleti yaralamaması da gerekir. Yine devletin özel inisiyatifin gerekleri ve ölçülerine bağlı olduğu durumlar da bulunmaktadır. Bu görüştekilere göre, özelleştirme sadece demokrasinin kazanması değil, daha az devletsel faaliyet ve daha fazla özel sektör anlamına da gelir⁴⁵.

⁴³ Schüsselbauer, 102 vd. ; von Hagemester, 75.

⁴⁴ von Hagemester, 76.

⁴⁵ Schüsselbauer, 44 vd.; von Hagemester, 77.

Özelleştirme, hükümetin finansal ve yönetsel yükünü azaltmak, rekabeti, yatırımlarda verimliliği artırmak, etkinliğini geliştirmek, kamu kesiminin ekonomideki payını küçülterek varlığını azaltmak suretiyle maliyet-fayda analizi çerçevesinde yapısal sorunların çözümüne yardımcı olur⁴⁶. Tüketicinin seçme özgürlüğünü sınırlayan kamusal yasal tekeller önlenir. Çünkü kamusal tekeller ellerindeki piyasa güçlerini acımasızca kullanırlar.

Öte yandan kamu sektöründe ücret adaletsizliği vardır. Maaşlar, özel sektördeki ücretlerin genelde gerisindedir. Özelleştirme ile çalışanların maaşlarının artması sağlanabilir. Özelleştirme, kamu kesiminin borçlanma gereksinimini ve özel sektörün yatırım kararları almasında hükümete olan bağılılığı azaltır. Özelleştirme sermayenin tabana yayılmasını sağlar, kartelleşmeyi önler ve böylelikle servet dağılımındaki dengesizlikleri azaltır. Özellikle düşük gelir gruplarına pay senedi satmak, bunların büyük sermayenin elinde bulunmasını engeller. Sermaye tabana yayılınca altın ya da taşınmaz mal gibi ölü yatırımlar ekonomiye yönlendirileceği için aktif yatırımlar da artar. Bunda da kamu yararı vardır. Öte yandan devletin sınırlı kaynakları KİT'lerin borçlarının ödenmesi yerine halkın öncelikli gereksinimlerini karşılamaya ayrılacaktır. Bu da sosyal devlet ilkesine uygundur.

Anayasa Mahkemesi, özelleştirmeyi sosyal hukuk devletinin gerçekleştirilmesinde bir araç olarak görmektedir. Bu nedenle KİT'ler sosyal devletin olmazsa olmaz unsuru olmayıp, bunların özelleştirilmesi devletçilik ve sosyal devlet ilkesine aykırılık oluşturmadığı görüşündedir⁴⁷.

Ülkemiz bakımından 4046 s.Özelleştirme Kanunu md.21 de iş kaybı tazminatına hak kazananların bu tazminat ve diğer hizmetlerden yararlanabilmesi için hizmet akitlerinin sona erdiği tarihten itibaren otuz gün içinde İş ve İşçi Bulma Kurumuna başvurmaları zorunlu olduğu gibi, bu kurumun da en geç otuz gün içinde gerekli incelemeyi yaparak iş kaybı tazminatına hak kazanıldığını tespit etmesi gerekir. Ancak yaşlılık aylığına hak kazananlar bu tazminattan yararlanamazlar (Y.9.HD., T. 2.10.2003, E. 2003/15931, K. 2003/15934 <http://www.yargitay.gov.tr>).

⁴⁶ Cevizoğlu Hulki, Özelleştirme, "Dinozorlanmış KİT'lerin Özelleştirilmesi "Ekonomik Yöntem" mi, Yoksa "Siyasi Tercih" Mi?", 3.b., İst 1998, sh. 13 vd.

⁴⁷ AY. Mah., T. 18.2.1985, E. 1984/9, K. 1985/4, AYMKD., S. 21, sh. 59; Ruhi, 221 vd.

b. Yönlendirici Etkiler

Özelleştirme kişileri tasarrufa yönlendirir. Özelleştirmeyle birlikte kişiler hem hakları olan hizmetleri alır, hem de onun masrafını öderler. Bu noktada devletin ekonomiye mümkün mertebe girmemesi gerekir. Bu yönlendirmenin gerçekleştirilebilmesi için “küçük” veya “büyük” şeklinde nitelendirilebilecek özelleştirme yöntemlerinden yararlanılabilir. Örneğin Polonya’da yerel yönetimler alanında küçük özelleştirmelere yer verilmişken iken, Macaristan’da ön özelleştirme programlarından yararlanılmıştır. Büyük özelleştirmelerde ise özelleştirmenin somut konusuna göre “standart” olan veya “standart olmayan yöntemler” belirlenmelidir⁴⁸. İdarenin bu konudaki takdir yetkisinin hukuka uygunluğu idari yargı mercilerince denetlenebilecektir.

2. Özelleştirme Karşıtlarının İddiaları

a. Sosyal Devlet Anlayışı

Temel hakların gerektirdiği kimi taleplerin karşılanması zorunluluğu nedeniyle devlet hem hizmeti getirmekte ve hem de büyük ölçüde onun bedelini ödemektedir. Dolayısıyla sosyal devlet anlayışının gereği olan mali taleplerin karşılanabilmesi ekonomide kamu sektörünün varlığını kaçınılmaz kılar. Sosyal yükümlülüklerin yerine getirilmesinde en önemli işlev devlete ve devletsel yükümlülükler düşmektedir. Hukuki yönüyle devletsel yükümlülükler, devlet organlarındaki yetkinin bilinen gücü (kamu gücü) ile özdeşleşmiştir (Dış Güç Teorisi)⁴⁹. Özelleştirme yanlıları sosyal devlet ilkesini yıpratmaktadırlar. Mülkiyetin devrinin halka arz biçiminde mi yoksa blok satış biçiminde mi yapıldığı çok da önemli değildir. DURAN, KİT’lersiz sosyal hukuk devletin düşünüleceğini vurgulamıştır⁵⁰.

⁴⁸ Schüsselbauer, 145 vd.; von Hagemester, 78.

⁴⁹ Kirmer Petra, Der Begriff der öffentlichen Aufgaben in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, München 1995, sh. 70 vd.; von Hagemester, 78.

⁵⁰ Duran Lütfi, “Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye’nin Hukuk Düzeni”, Amme İdaresi Dergisi, C.19, S.1, Mart 1986, sh. 9. Yine bkz. Azrak Ülkü, “Sosyal Devlet ve 1961 Anayasasının Sistemi”, İÜHFİM, C.XXVII, S.1-4; Özyay İl Han, “Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Dramı”, İHİD, 1985, Yıl 5, Sayı: 1-3, sh. 93 vd.; Tan Turgut, “KİT’lerin Özelleştirilmesi ve Sorunlar”, Amme İdaresi Dergisi, C.25, S.1, Mart 1992, sh. 27 vd.; Giritli İsmet/Bilgen Pertev/Akgüner Tayfun, İdare Hukuku, 2.b., sh. 325 vd.; Günday Metin, İdare Hukuku, 8.b., Ank 2003, sh. 474 vd.; Güran Sait, “Devlet Personel Rejiminin Genel Görünümü ve Güncel Sorunları”, ORHİM görüşler Serisi 5, İst 1989;

Özel mülkiyete tâbi bir işletme tekel olma avantajını elde ederse bunu kötüye kullanabilir. Kaldı ki, kâr amacı gütmeyen KİT'ler de vardır.

Bir örnek vermek gerekirse sağlık sektöründe özelleştirme dengesiz tıbbi teknoloji ve ilaç tüketimini artıracak, sağlıkta bölgelerarası eşitsizlik derinleşecek, özelleştirilen hastaneler büyük kentler ve zengin bölgelerde daha zengin toplumsal sınıfların hizmetine sunulacaktır. Sağlıkta özelleştirme demek, sağlıktan para kazanmanın yollarının iyice açılması, acz içinde olan hastayı/yakınlarını ve giderek toplumu vahşi kapitalist mantığa teslim etmek demektir⁵¹.

b. İdeolojik Baskı Araçları

Özelleştirme savunucuları devletin esas görevlerinin güvenlik, alt yapı, gibi hizmetler olduğunu ve devletin ekonomiden elini çekmesi gerektiğini ifade ederler. Devletin görevlerinin bu şekilde sınırlanması liberalizmin kendi devlet anlayışını kullanırken kullandığı ifadelerdir.

Esasen pazar ekonomisi ideolojisi, onun çalışma koşulları ve araçları güç ve ağır bir demokrasi yaşatmaktadır. Şirketler kendi statüsünü koruyabilmek için gerçek işsizlik durumu da tam olarak yansıtmamaktadırlar⁵².

E. ÇALIŞMA SAATLERİ VE KAMU PERSONEL REJİMİNE İLİŞKİN GEREKÇELERİN İRDELENMESİ

1. Özelleştirmeyi Savunanlar

Özellikle çalışma saatlerinin belirlenmesinde, gerek esneklik ve gerekse verimlilik gerçeği özelleştirmenin gerekliliğini ortaya koymaktadır. Çalışılmış görülen ancak gerçekte verimli olmayan çalışma saatlerinin toplamı önemli bir rakama ulaşmaktadır.

Özelleştirme ile gelebilecek kısmi çalışma saatleri özellikle evli-çalışan kadınlar için yararlı olacaktır. Böylelikle yine sosyal güvenlik sınırları içinde

Akılhoğlu Tekin, "Rekabet Kuralları ve Özelleştirme Uygulamaları" Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu, 5 Kasım 1999, Açılış Konuşmaları, (<http://www.rekabet.gov.tr>); **Odyakmaz Zehra/Kaymak Ümit/Ercan İsmail**, Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, İdari Yargı, Ank 2005, sh. 490.

⁵¹ Türkiye'de Sağlık Politikaları, Sağlıkta Özelleştirme, Tüm Sağlık-sen (Tüm Sağlık çalışanları sendikası), Genel Eğitim Yayını-II (tarihsiz).

⁵² **Gusy**, 341 vd; von **Hagemeister**, 79.

olunacaktır. Çalışma saati ücreti ise her bir işletmedeki görevin niteliğine göre belirlenecektir. İşveren için de çalışmanın hazırlanması ve planlaması yoluyla kısa zamanda aynı kalitedeki işe ulaşılabilecektir⁵³.

Özelleştirme uygulaması kamu personel politikası bakımından kariyer şeması ve aylığın durağan olmasını önleyebilir. Kamu işletmelerinde özelleştirme yoluyla yapısal dönüşüme gidilmesi, her şeyden önce yeni görev konumları ve hizmet akitleri olasılığını, personel hareketliliğini daha iyi sağlayabilir. Böylece personel politikası, hizmet ve aylık hakkı, idareden bağımsız ve müteşebbisin yönlendirmesi ile uygulanacaktır. Sonuçta, personel rejimi alanında önemli bir yenilik gerçekleşecek ve yönetici yükümlülüğünü serbestçe belirleyecektir.

Ülkemiz bakımından Aralık 2000 tarihinde Dünya Bankası'yla yapılan sözleşmeyle uygulamaya konulan Özelleştirme Sosyal Destek Projesinden söz edilmelidir. Projenin hedef kitlesi, öncelikli olarak özelleştirme uygulaması yapılan işletmelerde çalışanlar olmak üzere, herhangi bir işte çalışmayan ve İŞKUR'da işsizlik kaydı bulunan tüm işsizlerdir. Projeye, iki farklı hizmet sunulmaktadır. Bunlardan birincisi, kendi işlerini kurmak isteyen kişilere yönelik olması, ikincisi de çalışma yaşamına iş gören olarak devam edilmesine yardımcı olmaktır.

2. Özelleştirme Karşıtları

Memur bir kişiye değil, objektif bir amaca hizmet eder. Memur, devlet düzenine bağlıdır. Memuriyet mesleği, başta tarafsızlık ve sadakatle somutlaşır. Mesai arkadaşlarıyla birlikte hizmetin yönlendirilmesi, mesleğin gereklerine katlanma ve bunun esaslarına göre kamu yararının belirlenmesi baskı grupları veya siyasi partilerin oyunlarındaki yanlışlara karşı denge oluşturur.

Özelleştirme özellikle kısa dönemde yoğun işsizlik yaratır. Özel sektörün ticari yönüne gereğinden fazla değer vererek kamu personel rejimi küçümsememelidir. Her şeyden önce Memur Hukukunda da personel hareketliliği mevcuttur. Özel sektördekinin aksine Memur Hukukunda grev hakkı, kamu hizmetinin sürekli ve düzenli görülmesi, memurun sadakat yükümlülüğü gibi gerekçelerle esas itibarıyla güç kabul edilebilir. Memur özelleştirme uygulamalarından korunmalıdır. Bu koruma gerek kurum içi ve gerekse yargısal

⁵³ von Hagemester, 79; Hirsche, 68; Gromoll, 205 vd.

yöntemlerle sağlanabilir. Öte yandan kamu personel rejiminde mevcut sorunları çözmeye hedefi olan ve özelleştirmeye zemin hazırlayan sorunları gideren bir reform da yapılabilir. Özelleştirmeye karşı Memur Hukukundaki alternatif koruma imkanlarından da yararlanılması olasıdır. Örneğin az ihtiyaç duyulan kurumların kaldırılması veya makul olmak koşuluyla emeklilik rejimi konusundaki bazı düzenlemelere katılması gibi⁵⁴.

Özelleştirme uygulamasına özellikle ekonominin kötü olduğu durumlarda başvurulmaktadır. Özelleştirmenin çalışma yaşamı ve sosyal güvenliğe bazı olumsuz etkileri vardır. Örneğin özel işletmelerdeki çalışmanın sözgelimi, temizlik hizmetlerindeki çalışmaların kamudakine göre yaklaşık %50 daha fazla olduğu görülmüştür. Sosyal durumu bakımından örneğin özel çöp işletmelerinde çalışanların gerek dinlenme odalarının, gerekse çalışma kıyafetleri ile korunma araçlarının yetersiz olduğu görülmüştür. Yine taşıma hizmetlerinde fazla yük yüklenilmekte, ayrıca çalışma saatlerini düzenleyen mevzuata göre şoförün dinlenmesine ilişkin kurallara genellikle riayet edilmediği de görülmektedir. Öte yandan özelleştirmenin muhatabı olan kimi işyerlerinin kalitesinin de iyi olmadığı tespit edilmiştir. Özel işletmelerin asıl hedefi kâr sağlama olduğundan, düşük ücret verme eğilimi içindedir. Diğer taraftan deneme süresine ilişkin sözleşmeler de kimi zaman konuluş amacına aykırı kullanılmaktadır. Emeklilik, işsizlik, hastalık sigortası ile sosyal yardım gibi önemli konular dikkate alındığında özelleştirme uygulamalarının genel bir sıkıntıya gebe olduğu söylenebilir⁵⁵.

Ülkemiz uygulamasında 4046 s. Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İstihdam Fazlası Personelin Diğer Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Nakledilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ⁵⁶ ile özelleştirilen, faaliyetleri durdurulan, küçültülen, kapatılan veya tasfiye edilen kuruluşlardaki istihdam fazlası personelin diğer kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilmesinin esasları belirlenmiştir⁵⁷. Bu noktada nakledilen kurumlardaki görevlere uygun mesleki bilgi ve tecrübeye

⁵⁴ **Blanke /Sterzel**, 129 vd.

⁵⁵ **Kirmer**, 176; von **Hagemeister**, 81.

⁵⁶ RG., T. 13.3.2002, S. 24694.

⁵⁷ Söz konusu tebliğ 4046 s.Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun md. 22. ve 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname md.8/f'ye dayanılarak hazırlanmıştır.

sahip olmama gerek kamu personeli, gerekse İdare ve kamu hizmetlerinin yürütülmesi üzerinde menfi etkiler yaratmaktadır⁵⁸. Aylığı yüksek olanların aylıklarının dondurulması⁵⁹ gibi ciddi hukuki sorunlar da doğmuştur. Özelleştirme kapsamına alınan Petkim'deki kapsam dışı personelin ihbar önel ücreti ve kıdem tazminatı ödenerek iş sözleşmesi feshedilen davacının fesih işleminin iptali istemiyle açtığı davada uyuşmazlık mahkemesi adli yargıyı görevli kılmışken⁶⁰, Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Kurulu özelleştirme kapsamına alınan KİT ve bağlı ortaklıklarının özel hukuk tüzel kişiliğine geçiş döneminde kamu kurumu olan vasıflarını tamamen yitirmemiş oldukları, bu kurumlarda çalışan sözleşmeli ve kapsam dışı personelin⁶¹ kamu personeli sayıldığı, bu nedenle idare ile olan ilişkilerinden dolayı açılan davaların idarî yargının görevine girdiğine, karar vermiştir. Bu karardan kapsam dışı personelin -toplu iş sözleşmesine tâbi olmamakla birlikte- işçi sıfatı değişmediğine

⁵⁸ Özelleştirme kapsamında bulunan kuruluşlardan diğer kamu kurum ve kuruluşlarına atanmaların öncelikle bu kurum ve kuruluşlarda ünvanlarına eşdeğer ve yakın kadro olup olmadığının araştırılması ve varsa bu kadrolara atanmaları, yok ise 4046 sayılı Yasanın 25. maddesiyle ihdas edilen genel idare hizmetleri sınıfında memur ünvanlı kadrolarda Bakanlar Kurulu kararıyla kurumların hiyerarşik yapısı bozulmadan değişiklik yapılmak suretiyle eski ünvanlarına uygun veya eşdeğer hale getirilecek boş kadrolara naklen atanmaları gerekir (D.5.D., T. 27.05.1997, E. 1997/439, K.1997/1110).

⁵⁹ Sonuçta konu yargıya intikal etmiş, Danıştay 11. Dairesi, Petrol Ofisi Anonim Şirketinde sözleşmeli statüde görev yapmakta iken, kurumun özelleştirilmesi sonucu davalı İdareye (Millî Savunma Bakanlığı), 613 s.KHK Geçici md.5 uyarınca naklen atanan davacının, naklen atandığı tarih itibarıyla aldığı en son sözleşme ücretinin dondurularak, daha sonraki ücret artışlarından yararlandırılmamasında mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır (D.11D., T.19.01.2004, E. 2003/1579, K. 2004/21) (<http://www.danistay.gov.tr>). (Belirtelim ki, (bu KHK, Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş, müteakiben benzer yönde düzenleme getiren 4636 sayılı Yasa yürürlüğe girmiştir.Esasen yasama organının benzer yöndeki yaklaşımları da dikkate alındığında yasama organının yasama faaliyetinin yürütülmesinden doğan mali ve cezai sorumluluğu konusunun tartışmaya açılmasında yarar vardır).

⁶⁰ Uyuşmazlık Mah. E. 1994/22, K. 1994/24 (RG., T. 20.10.1994, S. 22087).

⁶¹ Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Kurulu, E. 1995/1, K. 1996/1 (RG., T.01.03.1996, S. 22567), sh.7 vd. "Özelleştirme" ile "özelleştirme kapsamına alma"nın farklı olduğunu vurguladıktan sonra denilebilir ki; 4046 s. Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine İlişkin Kanun md. 21 ve geçici md. 9'da zikredilen kapsam dışı personelin, toplu iş sözleşmesi kapsamında olmayan personel, toplu iş sözleşmesinden yararlananların ise kapsam içi personel olarak nitelendiğini vurgulayan Uyuşmazlık Mahkemesi sonuçta özelleştirme kapsamında bulunan KİT'lerde çalışan sözleşmeli personel ve kapsam dışı statüdeki personelin kurumlarıyla olan ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda idari yargıyı belirtilen kararda oy çokluğu ile görevli kılmıştır.

göre kurumlarıyla olan yargısal uyumsuzluklarının neden iş mahkemelerine değil de, idarî yargıya tâbi kıldığı karardan yeterince anlaşılmamaktadır⁶².

F. DİĞER GEREKÇELER

İşletme bilimi araçlarıyla bağlantı kurulmak suretiyle pazar ekonomisine uygun araçların uygulanması yoluyla işletme tahminleri tam olarak belirlenebilir ve işletme amacı da tanımlanabilir. Ayrıca işletme yönüyle özelleştirme İdarenin modernizasyonunu da sağlayacaktır⁶³. Karşı görüşe göre, İdarede modernizasyon özelleştirme olmadan da pekala sağlanabilir.

Özelleştirme vatandaş ile devlet arasındaki hoş gitmeyen ve kimi zaman mağduriyet yaratabilen ilişkileri de ortadan kaldırabilir. Böylelikle hizmetin yürütülmesinden kaynaklanan olası birey-devlet sürtüşmesi önlenmiş olur. Karşı görüşe göre, hizmet kalitesinin artırılmasıyla uğraşmak yerine hizmetten kaçılmamalıdır. Özel sektörün üretebileceği hizmet kalitesini, kamu sektörü de üretebilir. Kaldı ki, özel sektörde de hizmetin yürütülmesinden doğan şikayetler söz konusu olabilir.

SONUÇ

Özelleştirme idari bir işlem olup, Roma Hukukundan gelen Ulpianus'un yaptığı Kamu Hukuku ve Özel Hukuku ayırımı sınırlarını zorlayan yönleri bulunmaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesinin konuya ilişkin kararlarının çokluğu da bu yargıyı güçlendirmektedir. Şüphesiz değişen ve gelişen toplumsal ve ekonomik koşullar mevcut hukuku (de lege lata) etkilemekte ve yönlendirmektedir. Bu nedenle özelleştirmenin arka planını, dayanak ve gerekçelerini oluşturan görüşlerin, iddia ve argümanların yeterince bilinmesi önemli ve gereklidir. Önce zarar ettirilip, sonra özelleştirme gündeme getirilmemelidir. Konu kamu yararı ve ekonomik kamu düzeni ile de yakından ilgilidir. Yargısal denetimde özelleştirme kararının amaç(maksat) unsuru olan kamu yararının irdelenmesinde yukarıda açıklanan görüşlerin somut olaya göre değerlendirilmesi önem taşıyacaktır.

⁶² Öte yandan özelleştirilen kamu iktisadî teşebbüsünde sözleşmeli personel statüsünde çalışmakta iken sözleşmenin feshi halinde parasal hakların ödenmesi istemiyle açılan davada adli yargının görevli olduğu sonucuna varılmıştır (Uyuşmazlık Mah. E. 1994/7, K. 1994/20 (RG., T. 20.10.1994, S. 22087).

⁶³ Lange, 225; von Hagemester, 93.

Öte yandan uygulama sorunlu olmakla birlikte ülkemiz, ekonomi alanında KİT'lerin özelleştirilmesinde bugüne kadar beklediğini yeterince elde edememiştir. Bu konuda çok şey söylenmiş, birçok düzenleme yapılmış, bunların bir bölümü Anayasa Mahkemesi veya Danıştay'ca iptal edilmiştir. Şartları oluşturulmadan yapılan özelleştirmeler ciddi milli servet kaybıdır.

Kamusal mal veya hizmeti özelleştirmeden doğan kamu yararı ile özelleştirmeden doğan kamu zararı gerekçeli karşılaştırılmalı, kamu yararı ağır basmıyor ise özelleştirme yapılmamalıdır (Özelleştirmede Ölçülülük İlkesi). Öte yandan özelleştirme, mutlak şekilde "siyah" veya "beyaz" olarak nitelendirilememeli, somut olaya göre grinin yüzlerce tonu irdelenmelidir. Esasen başlangıcında özelleştirme tam anlatılmamış ve bazen de çarpıtılmıştır. Benzer şekilde, kimi özelleştirme uygulamalarının da gereksiz ve başarısız olduğu görülmüştür. Az da olsa başarılı özelleştirme örnekleri yok değildir. Söz gelimi, özelleştirme ile çalışanların mülkiyet sahibi yapıldığı Kardemir örneği gibi. Özelleştirme süreçlerinde karma ya da kısmi çözümlere yer verilmesi mümkündür. Dev boyutlarda, top yekun özelleştirmeler yerine ılımlı bir yaklaşım sergilenebilir⁶⁴.

Özelleştirme sürecinde Rekabet Kurumuna yer veren düzenlemeler gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. Eğer özelleştirme gerekli ve zorunlu ise, öncelikle sermayenin tabana yayılması (halka açık özelleştirmeler) yöntemleri araştırılmalıdır. Şayet istisnai olarak blok satış yöntemi uygulanacaksa; yerli sermaye odaklı, tüketici haklarını koruyan ve sıkı idari koşullara tâbi bir özelleştirme toplum nezninde içselleşebilir.

Özelleştirme öncesi kamusal tekel ve imtiyazların kaldırılması veya yumuşatılması kadar, özelleştirme sonrası ilgili sektörde rekabeti sağlayacak gözetim ve denetim mekanizmalarının oluşturulması da oldukça önemlidir.

⁶⁴ **Martin** Brendan, *Özelleştirme Kimin Çıkarına? (Kamu Sektöründe Reform)* (Çev. Osman Ç. **Deniztekin**), İst 1995, sh. 274.