

ÖZELLEŞTİRME İŞLEMLERİNİN YARGISAL DENEYİMİ

*Onur KARAHANÖĞÜLLARİ**

GİRİŞ

Özelleştirme işlemlerinin yargısal denetimi konusu, “özelleştirme işlemi” kavramının açıklanması ve konunun incelenmesi bakımından hangi yargı kolunun esas alındığının belirtilmesiyle somutlaştırılmalıdır.

Özelleştirme uygulamaları hukuken, kanunlar, idari işlemler ve idarenin özel hukuk işlemleri olarak somutlaşmaktadır. Bu bağlamda, her üç işlem türü için sözkonusu olan yargısal denetim ayrı ayrı ele alınabilir.

Özellikle, son yıllarda yasama faaliyeti özelleştirme uygulamaları konusunda yoğunlaşmış, çıkartılan kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin birçoğu Anayasa Mahkemesi'nin denetiminden geçirilmiştir. Gelişmiş bir içtihat mevcuttur.

Özellikle PTT'nin “T”si vesilesiyle verilen dört iptal kararının da etkisiyle ilgi, yasalara (KHK'lere) ve bunların Anayasa Mahkemesi'nce denetlenmesine yönelmiş olsa da özelleştirme, idari işlemlerle uygulamaya geçirilmektedir. Özelleştirme, sağlam dayanak oluşturacak yasal düzenlemeler yapılma ihtiyacı hissedilmeden uygulamaya ağırlık verilerek gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Hukukun uygulamayı izlemesi yöntemi tercih edilmiştir.

Bugün pek çok özelleştirme kararı dava edilmiş durumdadır. Ancak, yasaların (ve KHK'lerin) yargısal denetiminden farklı ola-

* A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü İdare Hukuku Araştırma Görelisi Eleştirileriniz için “e-mail:karahan@politics.ankara.edu.tr”

rak, idari özelleştirme işlemlerinin yargısal denetimi konusunda henüz bir içtihat gelişmemiştir.

Özelleştirme uygulamalarında ortaya çıkan üçüncü bir işlem türü, idarenin özel hukuk alanında gerçekleşen işlemleridir. Bunların yargısal denetimi konusunda da henüz bir içtihat oluşmamıştır.

Özelleştirmede ortaya çıkan bir diğer denetim konusu da özelleştirme personelinin sorumluluğudur.

Çalışmamızda özelleştirmeyi gerçekleştiren idari işlemlerin idari yargıca denetlenmesini ele almaya çalışacağız.

Özelleştirme, oldukça genel bir kavramdır. Özelleştirme türleri ve özelleştirme yöntemleri çeşitlidir. Örneğin özelleştirme yalnızca KİT'lerin bir bütün olarak elden çıkarılarak özel kesime devrini ifade edebildiği gibi herhangi bir mülkiyet devri sözkonusu olmadan kamu hizmetlerinin özel kesime gördürülmesi (devri) de özelleştirme kapsamında değerlendirilebilir. Farklı özelleştirme türleri bakımından farklı yöntemler, farklı yetkili makamlar sözkonusudur. Bu nedenle konuyu ortak başlıklar altında ele almak zorlaşmaktadır.

Çalışmada konu, idari yargı denetiminde ortaya çıkan yöntem sorunları bağlamında değerlendirilecek, ancak yargısal denetimin tüm başlıkları ele alınmayacaktır. Esas olarak ilk derece idare mahkemesi kararlarının izlenmesinden ortaya çıkan bu çalışmada yöntemsel sorunlara hasredilmiş iptal nedenleri, incelemenin dışında bırakılmıştır.

İncelemeyi kolaylaştırıcı bir yöntem olarak, özelleştirmeye ilişkin "genel kapsamlı özel yasa" olan 4046 sayılı Özelleştirme Yasası¹ esas alınacaktır. Diğer yasalara farklılıkları oranında değinilecektir.

1. 24.11.1994 tarih ve 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", 27 Kasım 1994 tarih ve 22124 sayılı Resmi Gazete. Bundan sonra, "4046 sayılı Özelleştirme Yasası" olarak anılacaktır.

1. ÖZELLEŞTİRME İŞLEMLERİNE KARŞI AÇILAN DAVALARINDA DAVALI

A. Özelleştirme Yüksek Kurulu Özelleştirme İdaresi Başkanlığı

“Özelleştirme Yüksek Kurulu”, 4046 sayılı Özelleştirme Yasasıyla özelleştirme konusunda temel yetkili organ olarak kurulmuştur. Ayrıca, Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun sekreterlik işlerini yürütmek ve kendisine Yasayla ve Kurulca verilen yetkilerle özelleştirme kararlarının uygulanmasını gerçekleştirmek üzere Özelleştirme İdaresi Başkanlığı oluşturulmuştur.

4046 sayılı Özelleştirme Yasası’nın 3. maddesine göre, Özelleştirme Yüksek Kurulu,

1. Başbakanın başkanlığında,
2. Başbakan yardımcısı (Bakanlar Kurulu’nun birden fazla siyasi parti tarafından oluşturulması halinde, TBMM’de en çok üyesi olan diğer iktidar partisine mensup başbakan yardımcısı)
3. Başbakanın belirleyeceği bir devlet bakanı,
4. Özelleştirmeden sorumlu devlet bakanı (bu konuda görevlendirilmiş bir devlet bakanının olmaması halinde başbakanın belirleyeceği bir devlet bakanı),²
5. Maliye bakanı ile
6. Sanayi ve ticaret bakanından oluşur.³

Kurul, üyelerinin tamamının katılımı ile toplanır ve kararları oybirliği ile alır.⁴ Kurulun sekreterlik hizmetlerini yürütmek üzere

-
2. Sümer Holding A.Ş. özelleştirmelerine karşı açılan iptal davalarında, karar alınırken Özelleştirme Yüksek Kurulu’nda özelleştirmeden sorumlu bir devlet bakanının bulunmadığı ve başbakanın bu konuda bir bakanı da görevlendirmedeği, Kurula herhangi bir devlet bakanının girdiği ileri sürülmüştür.
 3. Sümer Holding A.Ş. özelleştirmelerine karşı açılan iptal davalarında, güvenoyu almamış/alamamış bir hükümetin bakanlarından oluşan Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun tam yetkiler kullanıp özelleştirme kararı veremeyeceği, ancak verilmiş olan kararların uygulanmasını sağlayabileceği ileri sürülmüştür.
 4. Devlet Bakanı Ufuk Söylemez, Özelleştirme Yüksek Kurulu kararlarının ekden imza yoluyla alındığını açıklamıştır. Kurul kararlarının toplantıyla alınması zorunluluktur. Bu zorunluluğa uyulmaması işlemi yokluk derecesinde sakatlar.

Özelleştirme İdaresi Başkanlığı kurulmuştur. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, başbakanlığa bağlı kamu tüzel kişiliğine sahip özel bütçeli bir kuruluştur. Özelleştirme İdaresi Başkanı, müşterek kararnameye, başkan yardımcıları, başkanın teklifi ve başbakanın onayı ile diğer personel ise başbakan tarafından atanır.

4046 sayılı Özelleştirme Yasası kapsamındaki özelleştirmeler konusunda esas yetkili organ Özelleştirme Yüksek Kuruludur. Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun görevleri genel hatlarıyla şu şekilde sıralanabilir:

1. Bu Kanunu'nun 1. maddesinde sayılan kuruluşların *özelleştirme kapsamına alınmasına* karar vermek.

2. Özelleştirme kapsamına alınanlardan mevcut durumu itibarıyla özelleştirilebilir nitelikte olmayanların mali ve hukuki açıdan *özelleştirmeye hazırlanmasına* karar vermek. Bunlardan gerekli görülenlerin küçültülmesine, faaliyetlerinin durdurulmasına, kapatılmasına veya tasfiyesine karar vermek.

3. Hazırlık işlemleri tamamlananların bu işlemlerin tamamlanmasından sonra, hazırlık işlemlerine gerek görülmeyenlerin ise doğrudan *özelleştirme programına alınmasına* karar vermek. Gerekli görülen hallerde, özelleştirme programındaki kuruluşların hisse senetleri ile bu kuruluşlara ait her türlü menkul kıymet ve diğer kıymetli evrakın satın alınmasına ve tekrar satılmasına karar vermek.

4. Özelleştirme kapsamına alınan kuruluşların özelleştirme işlemlerinin tamamlanması için *süre tespit etmek*.

5. Kuruluşların özelleştirme yöntemlerinden *hangisi* ile özelleştirileceğine karar vermek.

6. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından gerçekleştirilen *nihai devir işlemlerini onaylamak*.

Görüldüğü gibi özelleştirme yetkisi Özelleştirme Yüksek Kurulundadır. Ancak, ÖYK, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na "hizmetin ifası için gerekli gördüğü hallerde parasal sınırları ile usul ve esaslarını açıkça belirlemek kaydıyla" özelleştirme programındaki kuruluşların hisse senetleri ile bu kuruluşlara ait her türlü menkul

kıymet ve diğer kıymetli evrakın satın alınmasına ve tekrar satılmasına karar vermek yetkisi ile “Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından gerçekleştirilen nihai devir işlemlerini onaylamak” yetkisini devredebilir. Hemen hemen tüm ÖYK kararlarında, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı’na yetki devredildiği görülmektedir. Devir sonucunda, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, kendi gerçekleştirdiği nihai devir işlemlerini kendisi onaylama yetkisine sahip olmaktadır. Bu uygulama, onay kavramının niteliğiyle bağdaşmaz zira onay, denetlemeyi barındırır içinde; uygun bulmayı ifade eder. Bir makamın yaptığı bir işlemi kendisinin onaylaması, uygun bulması onay kurumunun işlevine ters düşer.

Özelleştirme Başkanlığı’nın temel görevi, Özelleştirme Yüksek Kurulu kararlarını uygulamak ve Kurul tarafından verilen görevleri yerine getirmektir. Kuruluş amacı, Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun “sekreterlik hizmetlerini yürütmek” olarak belirtilmekle birlikte, ÖYK’nın ÖİB’ye yetki devretmesi imkanı ve ÖİB’nin yasa da sayılan yetkileri incelendiğinde farklı sonuca varılabilir. ÖİB’nin yetkileri bir sekreteryaya kuruluşunu aşan niteliktedir.

B. ÖYK ve ÖİB’nin Taraf Ehliyeti

Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun “özelleştirme kapsamına alma”, “özelleştirme süresini belirleme”, “nihai devir işlemlerini onaylama”, “kuruluşları küçültme, kapatma”, “kuruluşların hisse senetleri ile menkul kıymetlerinin alım satımına karar verme” işlemlerinden hangilerinin iptal davasına konu olabilecek nitelikte idari işlemler olduğu tartışması bir yana, bu işlemleri yapan Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun davalarda taraf olup olamayacağı da tartışmalıdır.

4046 sayılı Özelleştirme Yasası’nda Özelleştirme İdaresi Başkanlığı’nın tüzel kişiliğe sahip olduğu açıkça belirtilmesine karşın, Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun tüzel kişiliğe sahip olup olmadığı hususunda bir hüküm yoktur. Taraf olma ehliyeti hukuki kişilik kazanmaya bağlı olmakla birlikte Danıştay’ın yerleşik içtihadına göre, icrai karar alma yetkisine sahip olan fakat tüzel kişiliği bulunmayan kamu kuruluşları da iptal davasında davalı durumda bulunabilmektedir. “İptal davalarında “husumetin behemehal tüzel kişiliği haiz bir kuruluşa yöneltmesi gerekmeyip, işlemi, üst bir merciin

direktifi ile bağlı olmaksızın kesin ve lazimülicra şeklinde tesis etmek yetkisini haiz idari kuruluşlara yöneltilmesi' gerekir."⁵

Danıştay'ın, bu içtihadına rağmen, Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun aldığı özelleştirme kararlarına karşı açılacak iptal davalarının da husumet konusunda farklı kararlar çıkmaktadır.

Ankara 5. İdare Mahkemesi HAVAŞ hisselerinin özelleştirilmesine ilişkin ÖYK kararının iptali ismetiyle Özelleştirme Yüksek Kurulu hasım gösterilerek açılan davada, husumetin Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na yöneltilmesine karar vermiştir.⁶

Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ve Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun birlikte hasım olmasına ilişkin mahkeme kararı da mevcuttur. Van İdare Mahkemesi, Van Çimento Sanayi A.Ş.'nin özelleştirilmesine karşı Özelleştirme İdaresi Başkanlığı hasım gösterilerek açılan davada "Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın yanında Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun da hasım mevkiine alınmasına" karar vermiştir.⁷

Özelleştirme Yüksek Kurulu kararını, başbakanlığa atfederek, husumetin başbakanlığa yöneltilmesi gerektiğine de karar verilmiştir. 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 Başkanlığı'nın husumet mevkiinden çıkartılarak dava dilekçesinin yalnızca Başbakanlığa tebliğine... 24.7.1996 gününde oybirliği ile karar*" vermiştir.⁸ Kararda Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın neden hasım olamayacağına ve neden Başbakanlığın hasım olması gerektiğine ilişkin herhangi bir gerekçe yoktur.

5. Amme İdaresi Dergisi, cilt 5, sayı 1, s.153, 11.5.1971 tarih ve E.1969/1498, K.1971/1220 sayılı Danıştay 12. Daire kararı. Aktaran, A. Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, 10.bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 1996, s. 171
6. Ankara 5. İdare Mahkemesi E.1995/1344; Aynı yönde, Ankara 5. İdare Mahkemesi E.1995/1312; Ankara 9. İdare Mahkemesi E.1995/1335
7. Van İdare Mahkemesi E.1996/699
8. Konya İdare Mahkemesi, E. 1996/761

Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları iptal davasına konu olabilecek nitelikte kesin ve yürütülmesi gereken kararlardır. Özelleştirme Yüksek Kurul, kesin ve yürütülmesi gereken kararlar alan ve Bakanlar Kurulu'ndan ve Başbakan'dan bağımsız olan bir kuruldur. Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun tüzelkişiliği olmaması davalı olarak gösterilmesine engel değildir. Tüzel kişiliği olmayan idari makamların da davalı olarak gösterilebileceği öğretide ve Danıştay kararlarında kabul edilmektedir.

Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun sekreterlik işlerini Özelleştirme İdaresi Başkanlığı yürütmekte, bu nedenle de açılan davalarda Özelleştirme Yüksek Kurulu, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı avukatlarınınca temsil edilmektedir. Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun davalarda, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı avukatlarınınca temsil edilmesi ile doğru hasım konusunu karıştırmamak gerekir. Sekreterlik hizmetlerinin ÖİB tarafından veriliyor olması, hukuki temsilin ÖİB avukatlarınınca gerçekleştiriliyor olması doğaldır. Bu husus, işlemin Özelleştirme Yüksek Kurulu işlemi olduğu ve davalının da Özelleştirme Yüksek Kurulu olduğu gerçeğini değiştirmez. ÖYK kararlarına karşı açılan davalarda da davalı ÖYK'dır ve hukuki temsil ÖİB'ce gerçekleştirilebilir.

Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, davalara gönderdiği yanıtlarında, işlemin Başbakan tarafından yapıldığını bu nedenle husumetin Başbakanlığa yöneltilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Nitekim bu iddia yukarıda aktardığımız Konya İdare Mahkemesi kararında da kabul edilmiştir. Başbakan, Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun sadece bir üyesidir. Özelleştirme Yüksek Kurulu'nda, Başbakanın yanısıra beş üye daha bulunmaktadır. ÖYK, başbakan'dan ve bakanlar kurulundan bağımsız bir kuruldur. Bu kurulun kararlarının başbakana atfedilmesi gerektiğine ilişkin bir kural mevcut değildir.

Kanımızca, 4046 sayılı Özelleştirme Yasası çerçevesinde alınan özelleştirme kararlarına karşı açılan iptal davalarında husumetin Özelleştirme Yüksek Kurulu'na yöneltilmesi gerekmektedir.

Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun işlemlerine karşı açılan iptal davalarında, davalı olarak Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın gösterilip gösterilemeyeceği tartışmasını, ÖİB'nin kendi işlemlerine karşı açılan iptal davalarında taraf olmasından ayırmamız gerekir. Tüzel kişiliği ve lazımlücrâ işlem yapma yetkisi alan ÖİB'nin kendi işlemlerine karşı açılan davalarda taraf olacağı açıktır.

II. MADDE İTİBARIYLA YETKİ

4046 sayılı Özelleştirme Yasası çerçevesinde, Özelleştirme Yüksek Kurulu veya Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından yapılan idari işlemlere karşı açılan davaların idari yargı düzeninde hangi ilk derece mahkemesinde görüleceği saptanmalıdır.

Özelleştirme Yüksek Kurulu kararlarına karşı açılan davaların Danıştay'ın görev alınana girdiği ileri sürülmektedir. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, özelleştirme kararlarına karşı açılan iptal davalarına gönderdiği yanıtlarda, Özelleştirme Yüksek Kurulu kararlarının başbakana atfedilmesi ve bu nedenle davanın Danıştay'da görülmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Nitekim, 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.

“Ele alınan bu uyuşmazlık, ülkenin değişik yörelerindeki kamu mallarıyla ilgili çekişmeden çok, siyasal etkinliğin ekonomik tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin kararlar silsilesi içinde, kamu iktisadi kuruluşlarının yapısının değiştirilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu noktada çekişmeyi tek bir iktisadi kuruluşla sınırlamak olanağı bulunmadığından uyuşmazlığın ülke genelinde egemen olan ekonomik ilke kararlarından soyutlanamayacağı açıktır.

Olayın ve ilgili yasa kurallarının birlikte yorumundan, Başbakanın bulunduğu ve ayrıca dört bakanın katıldığı 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 ve 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 egemen olan yöntemin ve siyasal iradenin daha fazlası-

nı içeren, başbakan ve bakanlardan oluşan kurul kararlarında da bulunduğu tartışılmaz bir gerçektir.”⁹

Yukarıda da belirttiğimiz gibi Özelleştirme Yüksek Kurulu, kesin ve yürütülmesi gereken işlem yapabilen bir kuruldur. Kurul, başbakan başkanlığında beş bakanca oluşturulmakla birlikte, başbakan ve bakanlar kurulundan bağımsızdır. Aldığı kararlar üzerinde ne başbakanın ne de bakanlar kurulunun vesayet ya da hiyerarşik denetim yetkisi vardır. ÖYK kararının başbakana atfedilmesi gerekliliğine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut olmadığı gibi tutarlı bir hukuki yorumla da bu sonuca varmak mümkün değildir.

4046 sayılı Özelleştirme Yasası’ndan önce yapılan bir özelleştirme uygulamasına ilişkin Danıştay’da açılan davada Danıştay görevlilik kararı vermiştir. Ancak, sözkonusu uygulamada bir başbakanlık işlemi sözkonusudur; dava edilen işlemler başbakanlık işlemi ve Başbakanlık Kamu İdaresi Başkanlığı işlemleridir.

Hangi davaların ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da görüleceği Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinde sayılmıştır. Numerus clausus sayılan yetkiler arasında, ÖYK ve ÖİB’nin işlemlerinden doğrudan söz edilmemiştir. Ancak bu yetkiler incelendiğinde üç durumda ÖYK ve ÖİB işlemlerine karşı Danıştay’da dava açılacağı görülmektedir:

1. Bu kuruluşların çıkaracağı ve ülke çapında uygulanacak olan düzenleyici işlemlere karşı Danıştay’da dava açılabilecektir (m.24/d). Henüz bir örneğine rastlanmamıştır.

2. Birden çok İdare Mahkemesi’nin yetki alanına giren bir özelleştirme işlemi sözkonusu olduğu zaman dava Danıştay’da açılacaktır. Burada yer itibarıyla yetkiden kaynaklanan madde itibarıyla yetkili yargı yeri değişimi sözkonusudur. Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları kimi zaman birden fazla kuruluşun özelleştirilmesine ilişkin olmaktadır. Aşağıdaki başlık altında da ele alacağımız gibi, ÖYK kararına konu olan kuruluşların ülkenin farklı yerlerinde olması durumunda yer itibarıyla yetki sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda madde itibarıyla yetki konusu da hususiyet arz etmek-

9. Ankara 1. İdare Mahkemesi E.1995/1334, K.1995/1786, k.t.21.12.1995; Dosyanın Danıştay safhasına ilişkin bilgiye ulaşılamamıştır.

tedir. Taşınmazları kapsayacak şekilde birden fazla kuruluşun satışını (özelleştirilmesini) öngören ÖYK kararına karşı açılacak iptal davalarında İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 34. maddesine göre birden fazla yetkili idare mahkemesi sözkonusu olabilecektir. Bu durumda görevli yargı yerinin Danıştay olması gerekmektedir. Kimi davalar idare mahkemelerince bu gerekçeyle reddedilmiş ve dosyalar Danıştay'a gönderilmiştir. Örneğin, Zonguldak İdare Mahkemesi ORÜS A.Ş.'nin altı işletmesinin özelleştirilmesine ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 96/I sayılı kararının iptali istemiyle açılan davayı görev yönünden reddederek Danıştay'a göndermiştir.

“dava konusu olan işlem ORÜS A.Ş. ne ait 6 adet işletmenin özelleştirilmesine dair olup bu işletmelerden Devrek İlçesinde bulunan fabrika açısından yetkili mahkeme 2577 sayılı Yasanın 34/I. maddesi gereğince Mahkememiz ise de diğer işletmeler Zonguldak, Bartın, Karabük ve Kastamonu İllerinin sınırları dışında kaldığından diğerleri açısından başka idare mahkemeleri yetkilidir. Açıklanan nedenlerle davanın görev yönünden reddine, dava dosyasının Danıştay'a gönderilmesine 22.5.1996 gününde oybirliğiyle karar vermiştir.”¹⁰

Bu gibi birden fazla kuruluşun özelleştirilmesini içeren ÖYK kararına karşı açılan davalarda bazı idare mahkemeleri davanın, ÖYK kararının kapsadığı her kuruluş için ayrı ayrı açılması gerektiğine karar vermektedirler. Buna aşağıda değinilecektir. Danıştay'ı görevli kılacak bir başka olasılık da özelleştirme kararının yarı ayrı yerlerde taşınmazlara sahip tek bir işletmeye ilişkin olmasıdır. Bu durumda da taşınmazlardan dolayı birden fazla idare mahkemesi yetkili olacak ve dava yine Danıştay'da görülecektir. Birden fazla İdare Mahkemesi'nin yetkisine girdiği gerekçesiyle ilgili mahkemelerce Danıştay'a gönderilen davalarda Danıştay henüz bir karar vermemiştir.

3. ÖYK-ÖİB'ce gerçekleştirilen özelleştirmelerde bağitlanan imtiyaz sözleşmelerinden doğan davalar¹¹ da ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecektir. Ancak, 4046 sayılı Özelleştirme

10. Zonguldak İdare Mahkemesi E.1996/489, K.1996/428, k.t.22.5.1996

11. Danıştay Kanunu'nda, “imtiyaz sözleşmelerinden doğan idari davalar” tabiri kullanılmış, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun'ndan farklı olarak sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık “tarafilar arasında çıkan uyuşmazlıklar”la sınırlanmamıştır.

Yasası kapsamında gerçekleştirilen kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi uygulamalarının hangilerinin hukuki biçiminin imtiyaz sözleşmesi olması gerektiği de tartışmalıdır. Ayrıca, diğer yasalar kapsamında farklı makamlarca gerçekleştirilen imtiyaz sözleşmelerinden doğan davalar da ilk derece mahkemesi olan Danıştay'da görülecektir. Sözleşmelere karşı açılan davalar ve imtiyaz incelemesi başlığı altında aktardığımız AKTAŞ kararı bunun tipik bir örneğidir.

Özelleştirme Yüksek Kurulu kararına karşı ilk dava doğrudan Danıştay'da açılmış, Danıştay davayı görev yönünden reddetmiştir. 3.1.1995 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun Karabük Demir Çelik Fabrikaları Müessesesinin özelleştirme kapsamına alınmasına ve devrine ilişkin 30.12.1994 tarih ve 94/16 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davayı 10. Daire,

“2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 32. maddesinde de, göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu kanunda veya özel kanunlarda yetkili İdare Mahkemesi'nin gösterilmemiş olması halinde, yetkili İdare Mahkemesi'nin dava konusu olan idari işlem veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi olduğu hükmüne yer verildiği”

gerekçesinden hareket ederek görev yönünden reddetmiş ve dava dosyasının Ankara İdare Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermiştir.¹²

İdare mahkemelerinden çıkan görevlilik kararları da mevcuttur. Sümer Holding A.Ş.'nin Erzincan Pamuklu Sanayi İşletmesinin satış yöntemiyle özelleştirilmesine ilişkin 96/1 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptaline ilişkin Özelleştirme İdaresi Başkanlığı hasım gösterilerek açılan davada, davalı idarenin, dava konusu kararın Başbakanlığa atfedilmesi ve bu nedenle davanın Danıştay'da görülmesi gerektiğine ilişkin iddiası üzerine Sivas İdare Mahkemesi görevlilik kararı vermiştir.

“Erzincan Pamuklu Sanayi İşletmesinin ... şirkete satışına Başbakanın başkanlığında, iki Devlet Bakanı, biri Maliye Bakanı diğeri Sanayi ve Ticaret Bakanı olmak üzere Teşekkül eden

12. Danıştay 10. Daire E.1995/928, K.1995/1228 k.t. 20.3.1995

Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile karar verilmiş ise de, bu kararı Başbakanlıkça alınan karar 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 idare mahkemelerinin bakmakla görevli kılındığı tipik iptal davalarına da konu olabilecektir. Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak göreceği davalar Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde sayma yoluyla tek tek belirlendiğinden, bu maddenin kapsamının yorum yoluyla genişletilmeye gidilmesi Kanun koyucunun amacının aşılması idari yargı düzeni içerisinde yer alan mahkemeler arasında (özellikle İdare Mahkemesi ile Danıştay) önü alınmayan görev karmaşasına yol açacaktır.”¹³

Yukarıda aktardığımız Danıştay ve irade mahkemeleri kararında görüldüğü üzere özelleştirme işlemlerine karşı açılan davalarda ilk derece yetki, istisnalar dışında genel kural olarak idare mahkemelerindedir.

III. YER İTİBARI İLE YETKİ

İdari yargıda genel yetkiyi düzenleyen İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 32. maddesine göre, “yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir.”

Nitekim yukarıda madde itibariyle yetki konusunda değindiğimiz Karabük Demir Çelik Fabrikaları Müessesinin özelleştirme kapsamına alınmasına ve devri işleminin iptali istemine ilişkin kararında Danıştay 10. Dairesi,

“2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 32. maddesinde de, göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu kanunda veya özel kanunlarda yetkili İdare Mahkemesi'nin gösterilmemiş olması halinde, yetkili İdare Mahkemesi'nin dava konusu olan idari işlem veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi olduğu hükmüne yer verildiği”

13. Sivas İdare Mahkemesi E.1996/437, k.t. 26.6.1996; Sivas İdare Mahkemesi'nin E.1996/641 sayılı davada da aynı gerekçeye dayanan görevlilik kararı mevcuttur. Ayrıca, Eskişehir Nöbetçi İdare Mahkemesi, E.1997/46, k.t. 31.7.1997

gerekçesiyle dava dosyasının *Ankara İdare Mahkemesi*'ne gönderilmesine karar vermiştir.¹⁴

A. Taşınmazları İçeren Özelleştirmelerde Yetki

Genel yetki bu olmakla birlikte özelleştirme kararlarının genellikle taşınmazları da içermesi nedeniyle taşınmaz mallara ilişkin özel yetki kuralının devreye girmesi gerekmektedir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 34. maddesine göre, "imar, kamulaştırma, yıkım, işgal, tahsis, ruhsat ve iskan gibi taşınmaz mallarla ilgili mevzuatın uygulanmasında veya bunlara bağlı her türlü haklara veya kamu mallarına ilişkin idari davalarda yetkili mahkeme, taşınmaz malların bulunduğu yer idare mahkemesidir."

Danıştay 10. Daire 20.3.1995 tarihli Karabük Demir Çelik kararında taşınmazlara ilişkin özel yetki kuralını hiç gözönüne almamıştır. Ancak daha sonra çeşitli özelleştirme işlemlerine karşı açılan davalar nedeniyle olumsuz yetki uyuşmazlığı doğmuş ve sorun İYUK'un 43. maddesinin 1/b hükmü gereği Danıştay'ın önüne gelmiştir.

Orman Ürünleri Sanayi A.Ş.'nin Isparta Pazarköy işletmesinin satışına ilişkin Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın 19.1.1996 tarih ve K-01 sayılı kararının iptali istemiyle Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığına karşı açılan davayı, Ankara 4. İdare Mahkemesi yetki yönünden reddetmiş¹⁵ dosyayı Antalya İdare Mahkemesi'ne göndermiştir. Antalya İdare Mahkemesi'nin

14. Danıştay 10. Daire, E.1995/928, K. 1995/1228 k.t. 20.3.1995

15. Ankara 4. İdare Mahkemesi E.1996/800, K.1996/922, k.t. 4.7.1996; Aynı yönde, Ankara 8. İdare Mahkemesi E.1995, K.1997, k.t. 13.1.1997. Bu son karar, özelleştirme işlemlerinin yargısal denetiminde yaşanan bir sıkıntıyı da göstermektedir. 1995'in başında açılan dava, dosya tekemmül ettikten sonra, 1997'nin başında iki yıl sonra, yer itibarıyla yetkisizlikten reddedilmiştir. Yer itibarıyla yetki, dava açılır açılmaz saptanabilecek bir husustur. Bunu saptayabilmek için idarenin savunmasını, repliği ve düpliği almak gereksizdir. Dosyanın iki sene sonra yer itibarıyla yetkiden reddedilmesinin yarattığı gecikmeye, bir de dosyayı alan yeni mahkemenin, dosya tekemmül etmiş olmasına rağmen iddia-savunma sürecini yeniden başlatmasının yarattığı gecikme eklenmektedir. Yer itibarıyla yetki kurallarının temelinde davalının savunma hakkını korumak endişesi yer alır ve bunlar özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklarda önem kazanır. Davalının geniş bir örgütlenme ağına sahip idare olduğu idari yargıda, yer itibarıyla yetki kurallarının iki sene sonra davanın reddi sebebi yapıлып yargılama sürecinin aksatılmaması için daha esnek davranılması ve eğer yetkide bir sorun varsa bunun ilk inceleme aşamasında halledilmesi gerekmektedir.

de kendisini yetkisiz görmesi¹⁶ nedeniyle ortaya çıkan yetki uyuşmazlığı Danıştay 10. Dairesi tarafından taşınmazlara ilişkin özel yetki kuralına dayanılarak çözülmüş; yer itibariyle yetkili mahkemenin Adana İdare Mahkemesi olduğu hükme bağlanmıştır.¹⁷

Bu durumda 10. Dairenin “yetkili yargı yerinin belirlenmesi” kararıyla, benzer nitelikteki özelleştirme işlemine karşı açılan davada Ankara İdare Mahkemesi’ni yetkili gösteren Karabük Demir Çelik kararı arasında bir içtihat aykırılığı çıkmıştır. Nitekim bu aykırılığın giderilmesi için içtihadın birleştirilmesi talebinde bulunulmuştur.

Özelleştirme kararında İYUK’un taşınmazlara ilişkin özel yetki kuralının uygulanması konusunda farklı idare mahkemesi kararları da mevcuttur. Örneğin, Sümer Holding Adana Pamuklu Sanayinin özelleştirilmesine ilişkin ÖYK’nın 96/İ sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada Ankara İdare Mahkemesi’nin yetkisizlik kararı üzerine dosya kendisine gelen Adana 1. İdare Mahkemesi, taşınmazlara ilişkin kuralın uygulanamayacağına bu nedenle yetkisiz olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre,

“olayda 34. maddenin I. bendinde yer alan konulara ilişkin bir durum sözkonusu olmadığı gibi uyuşmazlık özelleştirme mevzuatından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla imar, kamulaştırma, yıkım, işgal, tahsis, ruhsat ve iskan gibi taşınmaz mallarla ilgili mevzuatın uygulanmasından kaynaklanmayan ve bunlara bağlı haklara ilişkin olmayan ve kamu malına ilişkin bir dava mahiyetini taşımayan işbu davada yetkili idare mahkemesi idari işlemi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki Ankara İdare Mahkemesidir.”¹⁸

Taşınmaz mallara ilişkin yetki kuralı genel yetki kuralının istisnasını oluşturmaktadır. Özel yetki genel yetkiyi kaldırır. İYUK’un 34.b maddesine göre yetkinin belirlenmesinde, “taşınmaz malın mülkiyete konu teşkil edip etmemesi, mülkiyetin özel veya kamu mülkiyeti olup olmaması, özel mülkiyete konu taşınmaza yapılan kamusal müdahalenin türü ve hukuki yapısı önemli değildir. I. fik-

16. 7.8.1996 tarih ve E., 1996/871, K., 1996/376 sayılı yetki yönünden red kararı

17. Danıştay 10. Dairesi E.1996/8601 K.1996/6544 k.t. 31.10.1996; aynı yönde Danıştay 10. Daire E.1996/9144 K.1996/6545, k.t. 31.10.1996

18. Adana İdare Mahkemesi E.1996/726, K.1996/1014, k.t. 30.7.1997

rada sayılan konular sınırlayıcı değil örnek olarak verilmiş konulardır. ... Bu kural taşınmaza bağlı her türlü haklar ve kamu malları için de geçerlidir. Taşınmaz malların yalnız mülkiyetini etkileyen idari kararlar değil, taşınmaz üzerinde tesis edilen idari irtifaklar gibi taşınmaza bağlı olarak doğan her türlü haklara ilişkin idari kararlar aleyhine açılan davalar da bu madde hükmüne tabidir.”¹⁹ Özelleştirme mevzuatında da taşınmazlara bağlı haklara ilişkin sonuçlar doğuracak yetkiler mevcuttur. 4046 sayılı Özelleştirme Yasası’nda yer alan özelleştirme yöntemlerinden pekçoğu taşınmaza bağlı hakları etkileyecek sonuçlar doğuracaktır. Örneğin, satış, işletme hakkının verilmesi, mülkiyetten gayri aynı hakların tesisi yöntemleri aynı hak devrini gerektiren yöntemlerdir.

Taşınmazdan kaynaklanan hakları etkileyen yöntemlerle gerçekleştirilen özelleştirmelere karşı açılacak davaların 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 34. maddesindeki özel yetki kapsamına girmesi ve taşınmaz malın bulunduğu yer mahkemesinde açılması gerekmektedir.

B. Birden Fazla İşlem-Ayrılarak Açılma

Özelleştirme kararları genellikle tek bir işletmeye ilişkin olmakta, kimi zaman ise, birden çok kuruluş bir kararla özelleştirilmektedir. Örneğin, Çimento fabrikaları için ayrı kararlar çıkarılmıştır. 96/22 sayılı Kars Çimento Sanayii Ticaret A.Ş.’nin satış kararı, 96/23 sayılı Edirne Lalapaşa Çimento Sanayii Ticaret A.Ş.’nin satış kararı vs... ÖYK’nın 96/1 sayılı kararı Sümer Holding A.Ş.’ye ait yedi işletmenin satışını içermektedir. Orman Ürünleri Sanayi (ORÜS) A.Ş.’nin altı işletmesi ÖYK’nın 96/4 sayılı kararıyla satılmıştır.²⁰

Bazı idare mahkemeleri, birden fazla kuruluşun özelleştirilmesini içeren ÖYK kararına karşı, kararının kapsadığı her kuruluş için ayrı ayrı dava açılması gerektiğine karar vermiştir. Bu kararlara göre, “tek bir ÖYK kararının içinde her özelleştirilen kuruluş için ayrı bir idari işlem mevcuttur ve bu ayrı idari işlemler arasında da tek bir dilekçe ile dava açılabilmesi için 2577 sayılı İdari Yargıla-

19. Şeref Gözübüyük-Güven Dinçer, *İdari Yargılama Usulü*, I. B., Ankara, Turhan Kitabevi, 1996, s.554-555

20. İki karar da 20 Ocak 1996 tarih ve 22529 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

ma Usulü Kanunu'nun 5. maddesinin aradığı "maddi ve hukuki yönden bağıllık ya da sebep sonuç ilişkisi yoktur. Kararda mündemiç bulunan her işlem ayrı ayrı dava edilecektir." Ankara 6. İdare Mahkemesi ORÜS A.Ş.'nin altı işletmesinin satılmasına ilişkin 96/4 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada her işletmeye ilişkin ayrı ayrı dava açılması gerektiğine karar vererek dava dilekçesini reddetmiştir:

"Dava dilekçesinin tetkikinden davacı tarafından Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 19.1.1996 tarih ve 96/4 sayılı kararında yer alan, tüm işletmelerin, satış işleminin mi, yoksa sadece anılan kararda yer alan Bafra işletmesinin satılması işleminin mi dava konusu yapıldığı konusunda tereddüte düşülmektedir. Bu konunun açık bir şekilde belirtilmesi gerekmektedir. Ayrıca, anılan kararda yer alan tüm işletmelerin satışına ilişkin işlemler dava konusu yapılmak isteniyor ise, işlem tek olmakla beraber içeriğinde ayrı ayrı işlemleri barındırdığı dikkate alınarak 2577 sayılı Yasanın 5. maddesi uyarınca her birinin ayrı ayrı dava konusu yapılması gerekir."²¹

Aynı kararda yer alan her işletme için ayrı ayrı dava açılması durumunda, tek karar sayısı alan biçimsel olarak tek olan işlemten kaynaklanan, farklı idare mahkemelerinde görülen ayrı davalar söz konusu olacaktır. Bu yorum çelişkili sonuçlar doğurabilecektir. Örneğin, ÖYK'nin ORÜS'e ilişkin 96/4 sayılı kararı, içerdiği altı işletme için birden fazla idare mahkemesinde dava edilecektir. Hukuka aykırılığı saptayan mahkeme Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının tamamını mı, yoksa sadece işletmeye ilişkin bölümünü mü iptal edecektir? Kanımızca hukuka aykırılığın, ÖYK'nin yetkisizliğinden ya da ÖYK kararı alınırken yanlış yöntem izlenmesinden kaynaklandığı durumda kısmen iptal kararı verilebilmesi mümkün değildir. Bir mahkemenin iptal ettiği kararı, aynı ÖYK işlemini inceleyen diğer bir mahkemenin hukuka uygun görme olasılığı mevcuttur. Bu tip çelişkiler bir yana "ayrılarak açma" kararları, idari işlem kuramı ve bağlantı kavramı açısından da tartışmalı niteliktedir.

21. Şu kararlar da örnek olarak verilebilir: Ankara 2. İdare Mahkemesi, E.1996/245, K.1996/285, k.t.11.3.1996; Ankara 10. İdare Mahkemesi E.1996/142, K.1996/141, k.t.13.2.1996; Ankara 5. İdare Mahkemesi E.1996/148, K.1996/552, k.t.28.5.1996; Ankara 5. İdare Mahkemesi E.1996/147, K.1996/551, k.t.28.5.1996; Ankara 5. İdare Mahkemesi E.1996/146, K.1996/55, k.t.28.5.1996; Ankara 4. İdare Mahkemesi E.1996/230, K.1996/557, k.t.7.5.1996

Ortada tek bir işlem mevcuttur; her biri ayrı dava konusu olabilecek ayrı işlemler sözkonusu değildir. Mahkemeler önce ayrı işlemler olduğunu kabul etmişler, daha sonra da bu işlemler arasında bağlantı bulunmadığı için her işlem için ayrı dava açılması gerektiğine karar vermişlerdir.

Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin kararında tam bir kavram karışması mevcuttur. Mahkeme "*anılan kararda yer alan tüm işletmelerin satışına ilişkin işlemler dava konusu yapılmak isteniyor ise, işlem tek olmakla beraber içeriğinde ayrı ayrı işlemleri barındırdığı dikkate alınarak ...*" diyerek ilk önce "karar" "işlem" ayrımı yapmış, daha sonra da aslında tek olan işlemin tek olmadığını söylemiştir.

Kanımızca, ortada tek bir işlem vardır. Örneğimizde, ÖYK'nın 96/4 sayılı kararı. Aynı yetkili makam tarafından aynı yöntem izlenerek alınmış, tek karar numarası taşıyan, Resmi Gazete'de tek parça halinde yayınlanan, fiziksel olarak da tek olan bir idari işlemin birden fazla idari işlemi içerdiğini ileri sürmek mantıksal tutarsızlıktır. Böyle bir ayırmaya gitmede amaç, karara konu olan her işletmenin ayrı ayrı değerlendirilmesini sağlamak ve bir işletmeden kaynaklanan hukuka aykırılık nedeniyle tüm işlemin iptalini önlemekse, bu amacı gerçekleştirmek için kısmi iptal yolunu kullanmak imkanı mevcuttur. Örneğin, sözkonusu olan altı işletmeden bir, özelleştirme kapsamına alınması mümkün olmayan bir işletmeyse mahkeme, kararın sadece o işletmeyi kapsayan kısmını iptal edecektir.

IV. İPTAL DAVASINA KONU OLABİLECEK ÖZELLEŞTİRME İŞLEMİ

Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun "özelleştirme kapsamına alma", "özelleştirmeye hazırlama", "özelleştirme programına alma", "özelleştirme yöntemini belirleme", "özelleştirme süresini belirleme", "nihai devir işlemlerini onaylama", "kuruluşları küçültülme, kapatma", "kuruluşların hisse senetleri ile menkul kıymetlerinin alım satımına karar verme" işlemleriyle Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın, örneğin, ihale ve satış sözleşmesini yapma işlemlerinin iptal davasına konu olabilecek nitelikte olup olmadığını saptamak önem arz etmektedir. Soyut olarak ele alıp her işlemi ayrı ayrı tartışmayı bir yana bırakırsak konu mahkeme kararlarında iki sorun etrafında önem kazanmaktadır.

Birinci sorun, ÖİB'nin, ÖYK, kararından sonra, sözkonusu kuruluşu özelleştirmek için ihaleye çıkarma kararının iptal davasına konu olup olamayacağıdır.²²

İçtihatlarda ve öğretide kabul edildiği gibi idari sözleşmenin yapılış süreci, idari yargı denetimine tabidir. "İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar, sözleşmenin teşekkül safhasından sona erişine kadarki; ihaleye hazırlık çalışmaları, ilan, ihale ve sözleşmenin yapılış ile sözleşmenin uygulanışı ve feshi konularına ilişkin olabilir. Sözleşmenin "teşekkül-sona erme" çizgisinde (daha çok sözleşmenin yapılışına kadar) ortaya çıkabilecek bu uyuşmazlıklar, sözleşmeden doğan ve onunla ilgili; ancak ondan 'ayrılabilen' işlem ve kararlara ilişkin uyuşmazlıklardır."²³

Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın ihale kararı idare davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlemidir. İhaleyi gerçekleştirmek, 4046 sayılı Kanun'la Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na verilmiş bir yetkidir. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın ihale kararıyla, ihale süreci başlamakta, ilgili kuruluş ihaleye çıkarılmakta, ihale süreci sonucunda bir sözleşme imzalanmaktadır. İhale kararı olmadan, ihaleye çıkılamayacağı açık olduğuna göre, ihale kararı etkisiz bir işlem değil, kesin ve yürütülmesi gereken etkili bir idari işlemidir.

İkinci sorun, özelleştirme sürecinde herhangi bir aşamada iptal davası açma imkanının bitip bitmediğidir. Sorunun yanıtının dava açma süresine ilişkin önemli sonuçları vardır.

Ankara 3. İdare Mahkemesi, ÖYK'nin "özelleştirme kapsamına alma", "özelleştirme" ve ÖİB'nin "satış" işlemine karşı açılan davayı süreden reddetmiştir.²⁴ Mahkemeye göre, "kaynak işlem", ÖYK'nin "özelleştirme" kararıdır; ÖİB'nin "satış" kararı onun "uzantısı niteliğindedir". Dava, sözkonusu ÖYK kararından itibaren süresinde açılması gerekirken uygulama işlemi niteliğinde olan ÖİB işlemi esas alınarak açılmıştır.

22. ÖİB'nin ihale kararına karşı açılan dava Samsun İdare Mahkemesinin 26.4.1997 tarih ve E.1996/508, K.1997/306 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

23. Celal Karavelioğlu, *İdari Yargılama Usulü Kanunu cilt I*, 1993, s.145

24. Ankara 3. İdare Mahkemesi E:1997/721, K.1997/1021, k.t.7.10.1997; Aynı yönde, Ankara 1. İdare Mahkemesi E.1997/690; K.1997/836, k.t.10.7.1997

Mahkeme kısmi red kararı vermediğine göre, ÖİB işleminin dava edilebilir bir işlem olmadığını ve özelleştirme sürecinde dava edilebilir işlemlerin "kaynak işlemler"le bittiğini kabul etmiştir.

Kanımızca, yukarıda belirttiğimiz özelleştirme aşamalarındaki işlemlerin tümü dava edilebilir işlemlerdir.

Özelleştirme işlemlerinde süre sorunu konusunda, dayanak işlem-uygulama işlemi ilişkisi doğru kurulmalıdır. ÖYK'nın özelleştirme kapsamına alma kararı tüm özelleştirme işlemlerinin dayanak işlemidir. Kapsama alma kararının uygulanmasına ilişkin tüm işlemler, örneğin ÖİB'nin ihale kararı, ÖYK'nın özelleştirme kararı, dava edilebileceği gibi bununla birlikte dayanak işlem de dava edilebilir.²⁵ Süre bakımından, İYUK m. 7/4'ün dar yorumu dayanak işlem-uygulama işlemi konusunda dava açma hakkını kısıtlayıcı sonuçlar doğurur.

V. ÖZELLEŞTİRME DAVALARINDA LOCUS STANDI (SIFAT)²⁶

Özelleştirme işlemlerinin yargısal denetiminde karşılaşılan önemli sorunlardan biri de yargısal denetimi harekete geçirme im-

25. Fransız Danıştay, sonuç işleme ulaşmak için gerçekleştirilen ön işlemlerden her biri (*opération complex*) süresi için de dava edilebileceği gibi sonuç işlem ortaya çıktık-tan sonra süre geçmiş olsa da ön işlemlerin dava edileceğini kabul etmektedir. André de Laubadère, *Droit Administratif (Manuel)*, 14e édition, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1992, s. 109. Kanımızca özelleştirme işlemleri için de aynı sonuca varabiliriz.
26. İdari yargıda ehliyet kavramını ele alırken bir ayrıma gidilmektedir. "Taraf ehliyeti"ni ve "dava ehliyeti"ni içeren genel ehliyet kavramı ve idari davaların tanımlarından çıkarılan "menfaat-hak ihlali" kavramlarını kapsayan "subjektif ehliyet" kavramı. İptal davası bakımından subjektif ehliyet kavramı yalnızca, dava konusu edilecek idari işlemle menfaati (veya değişiklikten sonra kişisel hakkı) ihlal edilmiş olan kişilerin dava açmaya ehil olmasını ifade etmektedir. İdari işlemle menfaati ihlal edilmeyen davalar, İYUK'un 15. maddesinin 1-b bendi hükmüne göre ehliyet yönünden reddedilmektedir. Kanımızca, dava konusu ile davacının ilişkisini kurma ihtiyacının ifadesi olan menfaat-hak ihlali koşulunu ehliyet boşluğu altında değerlendirebilmek mümkün değildir. Medeni yargılama hukukunda benzer koşul için "taraf sıfatı (husumet)" terimi önerilmektedir. "Sıfat, dava konusu subjektif hak ile taraflar arasındaki ilişkidir. Taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve davayı takip yetkisi, davanın taraflarının kişilikleriyle ilgili olduğu halde, taraf sıfatı dava konusu subjektif hakka ilişkindir." İdari yargılama usulündeki "subjektif ehliyetle kastedilen aslında bu taraf sıfatıdır, fark -ya da tartışma- kaynağının subjektif hak olmamasıdır. Uygulamada ve öğretide, bu koşulun "subjektif ehliyet kavramı" içinde değerlendirilmesi, İYUK'ta, dava konusu işlemle yeterli ilgisi bulunmayan kişilerin davalarını reddedebilmek için dayanacak hükmün bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Bu koşul

kanının kimlerde olduğunu saptayabilmektir. Bugüne kadar açılan davaların bazıları dava ehliyeti yokluğundan reddedilmiştir. Kararlar incelendiğinde ilginç bir sonuçla karşılaşılacaktır. Özelleştirilen kuruluşta çalışan işçilerin, özelleştirilen kuruluşta örgütlü sendikaların ve milletvekillerinin açtığı davalar, davacıların özelleştirme işlemleriyle ilgilerinin bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Eğer bu içtihat yerleşirse özelleştirme işlemlerinin idari yargıda denetlenebilme imkanı fiilen ortadan kalkacaktır. Ancak 4046 sayılı Özelleştirme Yasası'nın, tüm özelleştirmelerde uygulanmış olan değer tesbitine ilişkin 18/B-C hükmünün Anayasa Mahkemesi'nce iptalinden sonra, dava konusu edilmiş işlemler için "otomatik iptal"lerde ehliyet geniş yorumlanmaya başlanmıştır.

A. Vatandaşın Davacı Sıfatı

Iptal davalarının *actio popularis* niteliği taşımadığı Türk-Fransız idare hukukunda genel kabul gören görüştür. Ancak, iptal davasının objektif niteliği ve kimi dava konularının toplumsal-genel niteliği, iptal davasını, sınırlı olarak, *actio popularise* dönüştürme eğilimleri yaratmaktadır.

Aksi yönde pek çok karar bulunmakla birlikte, toplumun tümünü ilgilendiren konularda vatandaşların davacı sıfatını kabul eden Danıştay kararları mevcuttur:

"Hukuk devleti esasının tüm kurum ve kuralları ile yerleştirilmesi, ülkede yaşayan herkesin mafaati gereği olduğundan, toplumun ve dolayısıyla bireyin menfaatini zedeleyen, hukuk devleti esaslarına aykırı uygulamalara ilişkin işlemlere karşı bireylerin dava açmakta menfaat ilişkisinin bulunmadığını söylemek mümkün değildir. ... Öte yandan, dava konusu Bakanlar Kurulu kararı ile yabancı silahlı kuvvetlerin yurda çağırılması olayını, savaş doğurucu, kışkırtıcı bir unsur olarak gören her Türk vatandaşının, hem hukuk devleti ilkesini yerleştirme gereği olarak, hem de ülkede çıkabilecek bir savaş bakımından kişisel, meşru ve aktüel bir menfaati bu-

-Anayasa Mahkemesinin iptal kararına kadar- iptal davasının tanımında yer almış, fakat, eksiklik durumunda ne yapılacağı İYUK'ta açıkça belirtilmemiştir. Uygulamada, dava konusu işlemlerle ilgili kurulumayan kişilerin davaları 15. maddede bulunan "ehliyet" koşuluna dayanılarak reddedilmektedir. Medeni yargıtama hukukunda önerilen taraf sıfatı kavramından ziyade, dava konusu işlemlerle davacı arasında yeterli ilgi bulunması koşulunu ifade etmek üzere "locus standi" terimi kullanılmaktadır (İngilizce'de *standing to sue*, Fransızca'da *qualite*.).

lunduğundan, davalı idarenin ehliyet konusundaki itirazı kabul edil-meyerek dosya incelendi. (Danıştay 10 Daire, E.1990/4964, K.1992/3569, k.t. 13.10.1992, Danıştay Dergisi, sy 87, s.478)"

Nitekim, özelleştirme işlemlerine karşı milletvekillerinin açtığı davalar Danıştay'ca davaların "vatandaş" sıfatıyla açıldığı gerekçe-siyle kabul edilmiştir. Bu kararlara aşağıda değinilecektir.

4046 sayılı Özelleştirme Yasası'nın, tüm özelleştirmelerde uy-gulanmış olan değer tesbitine ilişkin 18/B-C hükmünün Anayasa Mahkemesi'nce iptalinden sonra, dava konusu edilmiş işlemler için verilen "otomatik iptal"lerden birinde vatandaşın davacı sıfatı kabul edilmiştir. Kütahya Manyezit İşletmeleri A.Ş.'nin özelleştiril-mesine ilişkin 95/67 sayılı ÖYK kararına karşı Ankara'da ikamet eden bir vatandaşın açtığı davada Ankara 5. İdare Mahkemesi iptal kararı vermiştir²⁷. Kararda, davalının usule ilişkin itirazlarının ye-rinde görülmediği belirtilmiş, sifata ilişkin birg erekçeye yer veril-memiştir.

B. Özelleştirilen Kuruluşta Çalışan İşçilerin, Örgütlü Sendi-kanın, TEK Abonesinin, Özelleştirilen Hizmetin Bulundu-ğu Yer Sakininin, İlgili Meslek Kuruluşunun Davacı Sıfatı

Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan Elektrik Mü-hendisleri Odası'nın Türkiye Elektrik Kurumu'nun iki ayrı anonim şirket olarak teşkilatlanmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararının ip-tali istemiyle açtığı dava menfaat ilgisi kurulamadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

"Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan davacı Oda-nın, Türkiye Elektrik Kurumunun ek kararda belirtilen şartlar-da Türkiye Elektrik Üretim, İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi unvanlı iki ayrı iktisadi dev-let teşekkülü şeklinde teşkilatlanmasına ilişkin Bakanlar Kuru-lu Kararıyla kişisel bir menfaatinin ihlal edilmediği, iptali iste-nilen işlemle davacı arasında ciddi ve makul bir menfaat ilgisi olmadığı anlaşıldığından ehliyetsiz kişi tarafından açılan dava-nın esastan incelenme olanağı bulunmamaktadır."

27. Ankara 5. İdare Mahkemesi, E.1995/1312, K.1997/910, k.t.16.9.1997

28. Danıştay 10. Daire, E.1993/4903, K.1993/4528, k.t. 23.12.1993, Danıştay Dergisi, sayı 89

Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü Orta Anadolu Linyitleri İşletme Bölge Müdürlüğüne Bağlı B ve C sahalarında kömür üretilmesi işinin Park Teknik Elektrik Madencilik Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye ihale edilmesi ve sözleşme imzalanmasına ilişkin özelleştirme işlemi, ihaleye verilen kömür ile çalışacak olan santralden elektrik alacağı ve santralin elektrik üretim maliyetindeki artışın tüketici fiyatlarına, dolayısıyla giderlerine yansıtacağı gerekçesiyle o bölgede oturan ve aynı zamanda özelleştirilen kuruluştaki çalışan bir kişi tarafından dava edilmiştir. İstem "(işlemin iptalinin) salt o bölgede oturulması veya TEK aboneli olan kişi sıfatıyla istenilmesinden dolayı kişisel hak ihlalinden söz edilemeyeceği gibi işlemle davacı arasında ciddi ve güncel bir menfaat ilişkisi kurulması için de yeterli görülmemiştir" gerekçesiyle reddedilmiştir.²⁹

Aynı özelleştirme işlemine karşı o iş yerinde örgütlü sendika tarafından açılan dava da ehliyetten reddedilmiştir.

"1999 yılında işletmeye açılmak üzere ihaleye çıkarılarak devredilen sahalarda halen işçi çalıştırılmadığından ve Sendika olarak ihaleye iştirak söz konusu olmadığından, salt sendikanın Çayırhan Orta Anadolu Linyit İşletmelerinde örgütlü olması nedeniyle güncel ve kişisel (doğrudan) hak ihlalinden söz edilemeyeceği gibi işlemle davacı arasında ciddi ve makul bir menfaat ilişkisi de görülmemiştir. Bu nedenle ehliyetsiz kişi tarafından açılan davanın esasınca incelenme olanağı bulunmamaktadır."³⁰

Sümerbank Holding A.Ş.'nin çeşitli işletmelerinin özelleştirilmesine ilişkin 46/1 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali istemiyle ilgili işletmelerde örgütlü TEKSİF Sendikasının açtığı dava da ehliyetten reddedilmiştir.

"Sendikalar Kanunu'nun 32. maddesinin 3. fıkrasında (sendikaların) hangi hallerde dava açacakları belirtilmiştir. Buna göre; ancak, toplu iş sözleşmesinden, çalışma hayatından, mevzuattan örf ve adetten doğan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen veya yazılı başvuruları üzerine nakliye, neşir veya adi

29. Ankara 1. İdare Mahkemesi E.1996/353, K.1996/313, k.t. 4.4.1996

30. Ankara 1. İdare Mahkemesi E.1996/351, K.1996/314 k.t. 4.4.1996

şirket mukaveleleri ile hizmet akdinden doğan hakları ve sigorta haklarından üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açabilirler. (..) Yapılan satış işleminin Sendikalar Kanunu'nun 32. maddesinde sayılan dava açma halleri arasında değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır. Bu durumda Özelleştirme Yasası kapsamına alınarak satış yöntemiyle özelleştirilen Nevşehir Pamuklu Sanayi İşletmesinin ihale yoluyla satılmasında davacı sendikanın ihaleye katılmak ve işletmeyi satın almak için herhangi bir girişim ve başvurusunun bulunmaması ve yapılan ihalede taraf olmaması nedeniyle davacı sendikanın herhangi bir hakkının ihlal edilmesi sözkonusu olmayacağından (...) davanın ehliyet yönünden reddi gerekir.”³¹

Kararda dikkat çeken husus menfaat bağı kurulabilmesi için davacının özelleştirmeye alıcı olarak taraf olmasını esas almasıdır. Bu karardaki anlayışa göre, özelleştirmede “talip” olmayanın “taraf” olma hakkı da olamayacaktır. Davacı ile dava konusu işlem arasında menfaat bağı kurulabilmesi için ihaleye katılmanın ölçüt alınması özelleştirmenin basit bir ihale süreci olarak algılanması anlamına gelir. Özelleştirme süreci, yalnızca ihaleden ibaret değildir. Özelleştirme süreci, 4046 sayılı Yasa örneğinde Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı kararları, Değer Tespit Komisyonları çalışmaları ve ihale süreciyle bir bütündür. Dava konusu edilen karar idari işlemdir ve idari işlemlere karşı iptal davası açabilmek için, kişisel haklar üzerine kurulan özel huktan farklı olarak, sözleşmenin tarafı olmak ya da bir sözleşme ilişkisine girmek koşulu aranmaz. Aksi yorumlar, idare hukukunun ve idari yargının varlık nedenini bilmemek anlamına gelir. Özelleştirme işlemi özel hukuka tabi basit bir satış sözleşmesi değildir. Özelleştirme, sözleşme taraflarının iradesine bırakılabilecek denli özel çıkar ve haklara ilişkin bir hukuksal kurum değildir. Özelleştirmenin bir tarafı özel hukuk kişisiyse, diğer tarafı bir bütün olarak “kamu”, yani sözlük anlamıyla “halk”tır. Özelleştirme uygulamasıyla, “devlet”in değil “kamu”nun bugüne kadar oluşturulan varlıkları özel sektöre devredilmektedir. Özelleştirmeyi, satışa indirgemek ve bu noktadan kalkarak, hukuk düzenini korumayı amaçlayan objektif nitelikli bir dava olan iptal davasını açabilmek için, bir “icap”ta bulunarak (ihaleye katılarak) sözleşme ilişkisine girmiş ol-

31. Kayseri İdare Mahkemesi E.1996/341, K.1996/457, k.t. 6.6.1996; Aynı yönde, Sivas İdare Mahkemesi E.1996/437, K.1996/912, k.t. 24.12.1996

mayı aramak dava konusu işlemin kamu hukuku niteliğini gözardı etmek anlamına gelir.

Özelleştirme gibi ülke yaşamının dönüm noktası sayılabilecek bir uygulamayı düzenleyen mevzuatta, özelleştirme işlemlerinin özelliikli niteliğine mahsus herhangi bir denetim mekanizması öngörülmemiş olduğu için; idare içi genel disiplin denetimi dışında temel güvence olarak, hukuka aykırı ve usulsüz olduğu düşünülen özelleştirme işlemlerine karşı vatandaşların harekete geçirileceği idari yargı yolunun önemi artmaktadır. Saptayabildiğimiz davalar arasında, özelleştirme ihalelerine katılanların veya sözleşmeye taraf olanların açtığı bir davaya rastlanamamıştır. Özelleştirme işlemlerine karşı açılan davaların işçiler, sendikalar, milletvekilleri, meslek odaları, yöre sakini ve yurttaşlar tarafından açılmaktadır.

Özelleştirme işlemiyle iptal davası açabilmeye yetecek bir bağ kurmak için ihaleye katılmak ya da katılmak için girişimde bulunmak koşulunun aranması çelişkili sonuçlar da doğurmaktadır. İhalenin, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı kararından 60 gün sonra gerçekleştirilmesi durumunda, dava açabilmek için menfaat ihlali koşulunu gerçekleştirenlerin bile dava açmak imkanı kalmayacaktır.

Sendikalar Kanunu'nda, sendikaların dava açması konusunda özel hüküm bulunmaktadır. Sendikalar Kanunu'nun 32. maddesinin 3. bendine göre, "çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlar"da sendika kendiliğinden, üyeleri ile ilgili diğer konularda ise, üyelerinin veya bunların mirasçılarının yazılı istemi üzerine dava açabilir.

Kanun "çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda" sendikanın dava açabilmesi için üyelerinden yazılı bir başvuru gelmesini aramamaktadır. Bu hususlarda sendikalar doğrudan dava açabilmektedir.

Vurgulanması gereken bir diğer husus da sendikalarının iştigal alanın özelleştirme ihalelerine katılarak özelleştirilen kuruluşları almak değil, çalışma ilişkilerinde üyelerinin ortak sosyal ve ekonomik haklarını korumak ve geliştirmek olduğudur. Aslında sendikanın, sendika tüzelkişiliği olarak özelleştirmeye taraf olması *ultra vires*dir.

Sendikalar Kanunu'nun 32. maddesinin yukarıda alıntıladığımız karardaki yorumu, sendikaların dava ehliyetlerinin kanuna aykırı bir şekilde kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır. Bu kararlar "çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda" sendika tarafından açılacak davalar için kanuna aykırı olarak ek "temsil" koşulu getirilmektedir.

Özelleştirme işlemleriyle satılan işletmelerde birçok sendikali işçi bulunmaktadır. Üyelerinin durumlarını doğrudan etkileyecek, işlerine son verilmesi sonucunu doğuracak özelleştirme kararına karşı sendikaların kendi adına ve üyelerine temsilen dava açabilme imkanı bulunmaktadır. İşyerlerinin özelleştirilmesi sonucunda işçilerin işlerini kaybetme, emekli olma ya da iş koşullarının değişmesi tehdidi altında kalmasının Sendikalar Kanunu'nun 32. maddesinde belirtilen "çalışma hayatından kaynaklanan hususlar" arasında bulunduğu ve özelleştirme işlemiyle sendika arasında yeterli bir ilgi kurduğu açıktır.³²

Ehliyetin sorun yapılmadığı kararlar da mevcuttur. Bunlar iki kategoride değerlendirilebilir. Davanın esaslan reddedildiği ve ehliyetin bu suretle kabul edildiği kararlar ile davanın açıkça kabul edildiği kararlar.

Örneğin, AFŞİN-ELBİSTAN özelleştirmesine karşı özelleştirilen işyerinde çalışan işçinin açtığı dava esaslan reddedilmiş ancak davalı idarenin ehliyet konusunda yaptığı itirazlar da kabul edilmemiş ve davacının "Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne devredilen Afşin-Elbistan Linyitleri İşletmesinde çalışan ve işyerinin üretim biçimi, istihdam koşulları ve işyerinin hukuki niteliğine ilişkin idari tasarruflarla meşru, aktüel ve ciddi menfaat ilgisi bulunduğu" kabul edilmiştir.³³ ORÜS'ün özelleştirilmesine karşı özelleştirilen kuruluşlarda çalışan işçiler tarafından açılan davalarda da ehliyet ihtirazları kabul edilmemiştir.³⁴

32. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da, bir sendikanın, kimi üyelerinin yanlış yapılan intibakları aleyhine açtığı iptal davasında, sendikanın dava konusu kararla menfaat ilgisinin bulunduğu ve buna göre kendi adına veya üyelerini temsilen dava açabileceğine karar vermiştir (Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun 24.3.1972 tarih ve E.1971/348, K.1972/243 sayılı kararı).

33. Danıştay 10. Daire, E.1995/2011, K.1996/7928, k.t. 26.11.1996

34. Ankara 6. İdare Mahkemesi E.1996/768, K.1997/337, k.t. 12.3.1997; Samsun İdare Mahkemesi E.1996/478, K.1997/197, k.t. 19.3.1997

İstanbul'un belli bölgelerinde TEK'e ait bulunan elektrik dağıtım ve tesisleri ile ticaretine ilişkin işletme haklarının AKTAŞ Elektrik Tic. A.Ş.'ye devrine ilişkin sözleşmenin iptali istemiyle özelleştirilen kuruluşta çalışan personel tarafından açılan dava kabul edilmiş ve sözleşme iptal edilmiştir (bu karar AKTAŞ-1 olarak anılacaktır). Kararın temyizi aşamasında da ehliyet, "*Türkiye Elektrik Kurumunda çalışan ve bu Kurum ile Aktaş Elektrik Ticaret A.Ş. arasında imzalanan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi kapsamında bulunan davacının özlük hakları güvencelerinde azalma olduğu*" gerekçesiyle oyçokluğuyla kabul edilmiştir.³⁵

4046 sayılı Özelleştirme Yasası'nın, tüm özelleştirmelerde uygulanmış olan değer tesbitine ilişkin 18/B-C hükmünün Anayasa Mahkemesi'nce iptalinden sonra, dava konusu edilmiş işlemler için çıkan "otomatik iptal"lerde de sendikanın davacı sıfatları kabul edilmektedir.

C. Özelleştirme Davalarında Milletvekillerinin Davacı Sıfatı

Milletvekillerinin sırf bu sıfatları nedeniyle özelleştirme işlemlerine karşı dava açabilip açamayacakları, bir başka deyişle milletvekilliği sıfatının, işlemle davacı arasında varolması gereken ilgiyi kurmak için yeterli olup olmadığı tartışmalıdır.

Bugüne kadar dört özelleştirme hakkında milletvekilleri tarafından dava açılmıştır. USAŞ³⁶ ve ÇİTOSAN'ın³⁷ özelleştirme iş-

35. Danıştay 10. Daire, E.1991/1, K.1993/1752, k.t. 29.4.1993, D.D., yıl 24, sayı 88, 1994, sayfa, 463-466; İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E.1993/358, K.1994/10, k.t. 21.1.1994

36. Dava, USAŞ'ın sermayesinin %70'ine tekabül eden hisse senetlerinin SAS Service Partner şirketler grubundan birine satılması hakkında Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığı'na yetki verilmesine ilişkin Yüksek Planlama Kurulunun 9.2.1989 tarih 89/3 sayılı karar ile Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresine verilen satış yetkisine dayanılarak USAŞ'ın satışına ilişkin 10.8.1989 tarih ve 89/21 sayılı Yüksek Planlama Kurulu kararının iptali istemine ilişkindir. Milletvekillerinin açtığı dava kabul edilerek, dava konusu işlemler, Ankara, 6. İdare Mahkemesince, 21.3.1990 tarih ve E.1989/3374, K.1990/459 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. 6. İdare Mahkemesinin kararı, Danıştay 10. Dairesince, 25.11.1991 tarih ve E.1990/2308, K.1991/3355 sayılı kararıyla onanmıştır. Karar düzeltme talebi 10. Dairenin 23.12.1992 tarih ve E.1992/317, K.1992/4581 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

37. Dava, Yüksek Planlama Kurulu'nun 6.9.1989 tarih ve 89/24 sayılı kararıyla, Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'nun 30.4.1987 tarih ve 54 sayılı kararı ile özelleştirilmesine karar verilen Türkiye Çimento ve Toprak Sanayii T.A.Ş. (ÇİTOSAN)'ın bazı bağlı ortaklıklarındaki hisselerinin tamamı ile Afyon Çimento Sanayii

lemlerine karşı milletvekilleri tarafından açılan davalar kabul edilerek bu işlemler iptal edilmiştir. AKTAŞ-2³⁸ ve AFŞİN-ELBİSTAN³⁹ özelleştirmelerine karşı bir milletvekili tarafından açılan davalar ise “davacının milletvekili sıfatıyla dava açma ehliyeti bulunmadığından” reddedilmiştir.⁴⁰

Ankara 6. İdare Mahkemesince milletvekili tarafından açılan USAŞ davasında, davacının işlemle ilgisi, davacının milletvekilliği niteliğine dayanılarak kurulmamış; yurttaş ve hizmetten yararlanan niteliğine vurgu yapılmıştır:

“Davacı Adnan Keskin davayı ana muhalefet partisinin üst yöneticisi, milletvekili ve yurttaş sıfatıyla kendi adına ve SHP’yi temsilen olmak üzere ayrı sıfatlarla açmıştır. Davacının dava açma ehliyeti ve dava konusu işlemle menfaat ilişkisi tartışma

- T.A.Ş.’nin bir kısım hisselerinin Societe Ciments Français firmasına satılması hakkındaki satış kararının iptali istemine ilişkindir. Milletvekillerinin açtığı dava kabul edilerek, dava konusu işlemler, Ankara, 1. İdare Mahkemesince, 30.3.1990 tarih ve E.1989/3352, K.1990/977 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. 1. İdari Mahkemesinin kararı, Danıştay 10. Dairesince, 19.6.1991 tarih ve E.1990/1742, K.1991/2328 sayılı kararıyla onanmıştır. Karar düzeltme talebi 10. Dairenin 20.12.1991 tarih ve E.1991/3001, K.1991/3922 sayılı kararıyla reddedilmiştir.
38. Dava, 3096 sayılı Yasanın 5. maddesine göre, 16. Görev bölgesinde 89/14393 sayılı kararname uyarınca görevli şirket statüsünde bulunan Aktaş Elektrik A.Ş.’ye Türkiye Elektrik dağıtım A.Ş.’ye ait dağıtım tesislerinin işletme haklarının verilmesine ilişkin 28.12.1994 tarih ve 94/6544 sayılı Bakanlar Kurulu kararının iptaline ilişkindir. Bir önceki başlıkta ele alınan işçinin açtığı farklı konudaki “AKTAŞ-1” davasıyla karışmaması için “AKTAŞ-2” olarak anılacaktır.
- İptal sistemi, Danıştay 10. Dairenin 8.6.1995 tarih ve E.1995/3000 sayılı kararıyla ehliyet yönünden reddedilmiş; 10. Dairenin bu kararı, İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’na, 9.2.1996 tarih ve E.1995/829, K.1996/79 sayılı kararla onanmıştır. Karar düzeltme istemi de reddedilmiştir.
39. Dava, 3096 sayılı Yasanın 3., 5. ve 9. maddelerine göre, ERG-VERBUNG Elektrik Üretim ve Ticaret A.Ş.’ye Kahramanmaraş görev bölgesinde yer alan Afşin Elbistan (A) Termik Santralinin belli ünitelerinin yapılması, kömür sahalarının işletilmesi, elektrik üretimi ve ticareti görevi verilmesi ve Santralin işletme haklarının, santrale kömür temin eden saha ile birlikte şirkete devredilmesi kararının iptaline ilişkindir. İptal istemi, Danıştay 10. Dairesinin 8.6.1995 tarih ve E.1995/2009, K.1995/3001 sayılı kararıyla ehliyet yönünden reddedilmiş; 10. Dairenin bu kararı, İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’na, 9.2.1996 tarih ve E.1995/827, K.1996/43 sayılı kararıyla onanmıştır. Karar düzeltme istemi de reddedilmiştir.
40. FRUKO-TAMEK, özelleştirmesinde de bir milletvekili tarafından açılan dava Ankara 2. İdare Mahkemesince Fruko Tamek Meyve Suları Sanayii A.Ş., Tamek Gıda Sanayi A.Ş. ve Mekta Ticaret A.Ş.’deki kamu hisselerinin satışına ilişkin “Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile Ankara milletvekili olan davacının kişisel haklarını ihlal eder nitelikte olmadığından davanın esasına geçilme olanağı bulunmaktadır” gerekçesiyle, dosya tekemmül ettikten sonra, 20.12.1995 tarih ve E.1995/747, K.1995/1808 sayılı kararla reddedilmiştir. Karar temyiz aşamasındadır.

konusu edildiğinde; davacının yurttaş olmak sıfatıyla, bir kamusal hizmetin kamusal alandan özel alana aktarılması nedeniyle ve davanın esasını oluşturan iddialar çerçevesinde özelleştirme Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'nun 30.4.1987 gün 54 sayılı kararı çerçevesinde yapılırsa idi, şahsen yararlanma olanağının da bulunabileceği düşünülerek dava açma ehliyetinin ve dava konusu işlemle menfaat ilişkisinin varlığı mahkememizce kabul edilmiştir.”

Ankara 1. İdare Mahkemesi ÇİTOSAN özelleştirilmesine karşı 10 milletvekilinin açtığı davada da benzer bir ayrıma giderek davayı kabul etmiştir:

“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 Kurulu'nun 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.”

AKTAŞ ve AFŞİN-ELBİSTAN özelleştirmelerine karşı bir milletvekilinin açtığı davalarda da “milletvekili sıfatı-vatandaş sıfatı” ayrımı kullanılmış, fakat bu kez, davaların milletvekili sıfatıyla açıldığına karar verilerek ehliyetten red kararı verilmiştir. Davacının durumu, ÇİTOSAN davacılarıyla tamamen aynı olmasına rağmen neden bu kez davanın milletvekili sıfatıyla açıldığına karar verildiği anlaşılammaktadır. İki ret karar da aynı gerekçeyi taşımaktadır:

“Davanın, ... milletvekili olarak, tüm milleti temsil ettiği, Anayasa'ya bağlı kalacağına, koyduğu kuralların uygulamasını sağlayacağına ilişkin and içmesi nedeniyle bu yeminin gereklerini yerine getirmek, kamunun zarara uğramasını engellemek amacıyla açıldığı anlaşılmaktadır. (...) Bilindiği gibi milletvekilliği hukuksal bir statüdür. Bir milletvekilinin bu sıfatla dava açabileceği haller Anayasamızın 85. ve 150. maddelerinde özel

olarak düzenlenmiş olup, Anayasa Mahkemesine anılan maddelerde öngörüldüğü biçimde iptal davası açabilmesi milletvekili statüsünden doğan bir dava yetkisinin kullanılmasıdır. Bu belirtilenin dışında milletvekillerine milletin 'vekaletini' aldıkları gibi bir düşünce ile iptal davası açabilmek yetkisi tanınamaz. Aksine bir düşünce kaynağını Anayasadan almayan bir yetkinin kullanılması anlamı taşır ki, bunun da hukuken kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır. Diğer taraftan Anayasanın 80. maddesine göre, 'Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil bütün milleti temsil ederler' şeklinde belirlenmiş olan 'milletin temsili' siyasi bir temsildir. Bundan hukuki anlamda dava açmaya 'vekalet' niteliği anlaşılamaz. Açıklanan nedenlerle davacının milletvekili sıfatıyla dava açma ehliyeti bulunmadığından ... davanın ehliyet yönünden reddine oybirliğiyle karar verildi (abç)."

Yukarıda aktardığımız davaların ilginç bir yanı da, Türk Kamu Hukuku öğretisinin önemli simalarının davacı (AKTAŞ ve AFSİN-ELBİSTAN'ın davacısı Prof. Dr. Mümtaz Soysal), vekil (USAŞ ve ÇİTOSAN'da KOİ vekili Prof. Dr. Yahya Zabunoğlu ve Ciments Français vekili Prof. Dr. Reha Poroy) ve görüşü sunulan kişiler (Prof. DR. Erdoğan Teziç, Prof. Dr. Lûtfi Duran, Prof. Dr. Şeref Gözübüyük) olarak davalarda yer almalarıdır.

Erdoğan Teziç, ÇİTOSAN kararının temyizi aşamasında dosyaya sunulan görüşünde, milletvekilinin özelleştirme davalarında davacı sıfatı olamayacağını ileri sürmüştür. Teziç'in görüşü, milletvekilliğinin "davaya vekalet" yetkisi tanımayacağı temeline dayanmaktadır:

"Milletin vekili olan gerçekte, bireysel olarak mebus ya da milletvekili değil fakat kolektif bir varlık olan TBMM'dir. (...) Millet ile Meclis arasındaki vekalet özel hukuk vekaleti gibi bağlayıcı değil, siyasi yani serbest bir vekalettir. (...) Bu temsil siyasi nitelikte olacağı için, milleti temsilen milletvekillerine davalarda temsil olanağı vermez. (...) Milletvekillerinin bu sıfatları ile hangi hallerde dava açabilecekleri Anayasada sınırlı ve sayılı (numerus clausus) olarak öngörülmektedir: Üyeliğin düşürülmesi ve yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına karşı (m.85) ve kanunların, Meclis İçtüzüğü'nün, kanun hükmünde kararnamelerin iptali için iptal davası açılması (m.148). (...)

Milletvekilinin temsilciliği siyasi nitelikte olduğu için hükümetin siyasi tercihlerine ilişkin işlemlerini ve faaliyetlerini denetleme yolları da siyasi denetim mekanizmalarını harekete geçirecek biçimde düzenlenmiştir. Bunlar Anayasada tek belirtilmiş olup (soru, gensoru gibi ...) yaptırımı da siyasidir. Bu bakımdan milletvekillerinin halk adına yargılama makamlarına dava açabilme olanağının verilmediği kuşkuyla yer bırakmayacak bir açıklıktadır.”

Dosyada sunulan görüşünde Şeref Gözübüyük de “yönetmelik istikrar” gerekçesiyle milletvekilinin özelleştirme davalarında davacı sıfatı olamayacağını savunmuştur:

“(…) Dava dilekçesinde yer alan ifadelerden anlaşıldığı üzere, milletvekilleri, bu davayı kişisel menfaatlerinin etkilendiği için değil, Anayasanın 80. ve 81. maddelerinin milletvekillerine yüklediği görevleri yerine getirmek için açtıklarını belirtmişlerdir. Hemen belirtelim ki, milletvekili olma, milletvekiline doğrudan kendisini kişisel olarak etkilemeyen işlemlere karşı dava açma hakkı vermez. Tersini düşünmek, yönetimin hukuka uygun hareket etmesini sağlamak için, herkese yönetmelik işlemlerinin iptali için dava açma hakkını tanımak olur ki, bu da iptal davasının özüne ve yönetmelik ‘istikrara’ ters düşer. Actio Popularis’i tanıma anlamına gelir. Hele bu hakkı milletvekillerine tanımak, yönetimin tüm işlemlerinin dava konusu yapılması olasılığını da beraberinde getirir. Tüm yönetmelik işlemlerinin, muhalif milletvekillerince dava konusu yapılabilmesi ise, yönetimin işleyişini olumsuz yönde etkileyen bir uygulama olur.”

Şeref Gözübüyük’e göre, davanın vatandaş sıfatıyla açıldığı kabul edilse bile,

“İdare Mahkemesi’nin kendiliğinden ileri sürdüğü gerekçelerin hiçbirisi davacılar için dava açma hakkını vermez. Gerek Danıştayımızın gerekse Fransız Danıştayının içtihatlarına göre, ne vatandaş olmak, ne ulusal düzeyde vergi mükellefi olmak, ne de hisse senetleri satışında potansiyel alıcı olmak menfaat ilişkisi için yeterli değildir.”

Dosyaya sunulan görüşünde Lûtfi Duran da benzer gerekçelerle aynı sonuca varmaktadır:

“Davacılar, mahkemeye ister vekil ister asil olarak başvurmuş olsunlar, ne Anayasanın işaret edilen maddeleri (80 ve 81. maddeler O.K.) ne de İYUK’un anılan hükmü ve idare hukuku kuralları, sırf ‘milletvekili’ sıfatıyla, kendilerini etkilemeyen bir idari işleme karşı iptal davası açma hakkını onlara vermez. Gerçekten, Anayasanın 80. maddesindeki ‘bütün milleti temsil’ yetkisi, kendi seçmenlerine ‘emredici vekalet’ (mandat imperatif) ile bağlı olmadıklarını ... gösteren siyasi bir düzenlemedir. Aynı şekilde Anayasanın 81. maddesindeki milletvekili andında yer alan ‘hukukun üstünlüğüne bağlılık’ ve ‘Anayasa’ya sadakatten ayrılmama’ yükümleri de, sadece Meclis içindeki yasama görevlerinde üyelerin uymaları gereken vecibelerinden ibaret olup, Parlamento dışında hiçbir yetki ve ödevi içermez. Bu itibarla milletvekilleri ne teker teker ne de topluca ‘milletin bütünü’nü temsil’ en yürütme ve idarenin işlem ve eylemlerini mahkemeler önünde dava konusu yaparak denetlemeye yetkili kılınmamışlardır. Yasama meclisi üyelerinin hükümeti ve yönetimi denetlemesi ancak Anayasa’da öngörülen siyasi denetim yol ve yöntemleri ile TBMM’nde gerçekleştirilir. (...) ‘Hukuk devletini’ ve ‘kamu yararını’ korumak savıyla, özelleştirme işleminin iptalini talep ve dava ettiklerini belirten milletvekillerinin; kendilerine ait belirli bir menfaate dokunmayan ‘toplum yararı’na ilişkin bir konuda, sırf parlamenter sıfatlarıyla dava ehliyetine haiz oldukları iddiası doğru ve kabule şayan değildir.”

Bu saptamaları yaptıktan sonra Lûtfi Duran, milletvekillerinin hangi durumlarda dava açma ehliyetine sahip olduklarını belirlemektedir. Kanımızca Duran’ın görüşü özelleştirme işlemlerinin kamusal niteliğini kavramaktan uzaktır.

“Davacı milletvekilleri, özelleştirilen Afyon Çimento Fabrikası şirketinin hissedarlarından ya da çimento sanayii alanında rakip, satışa çıkarılan fabrikalara talip veya müşteri durumlarında olsalardı, uyuşmazlık konusu idari işlemle aralarında “menfaat ilişkisi” bulunduğu bahisle bunun iptalini talep edebilirlerdi.”

Gerek AKTAŞ ve AFŞİN-ELBİSTAN kararlarında gerekse, Teziç, Gözübüyük ve Duran’ın görüşlerinde milletvekilinin davacı sıfatı, “milletvekilinin idarenin her işlemine karşı dava açma hakkı var mıdır” ve “milletvekili milleti temsilen, millete vekaleten dava

açabilir mi” soruları bağlamında değerlendirilmiştir. Sorunun kavramlaştırılması tamamen yanlıştır. Hatta, millet ile Meclis arasındaki vekaletin özel hukuk vekaleti olmadığını; bunun milleti temsilen milletvekillerine davalarda temsil olanağı vermeyeceğini belirtmek sorunu karikatürize etmektir.

Önemli olan diğer bir nokta da konunun “özelleştirme işlemleri” özelinde tartışılmamış olmasıdır. Milletvekilinin davacı sıfatına ilişkin genel bir kural konmakta özelleştirme konusunun özellikleri ve önemi değerlendirilmemektedir.

Milletvekilinin, özelleştirme işleminin iptali için, milletle arasındaki bir temsil ilişkisine ya da bir vekaletle dayanarak dava açamayacağı tartışmasıdır. Vekalet, vekil ile müvekkil arasındaki bir ilişkiyi gerektirir; vekaleti üstlenilen bir müvekkilin mevcut olmadığı açıktır.

Sorun, milletvekilliği sıfatının, dava edilen özelleştirme işlemi ile davacı arasında bir bağ kurup kurmadığının saptanmasıdır. İster menfaat ihlali isterse hak ihlali deyimi ile anlatılmış olsun sorun, iptal davası açma isteminde bulunan milletvekilinin konuyla ilişkisi ve iptal davasına konu yapılabilecek işlemle arasındaki bağın değerlendirilmesidir.

Milletvekilliği görevi, özelleştirme işlemine ilişkin iptal davasında işlemle bağı güçlendirici niteliktedir. Elbette kişinin milletvekili olması, kendisi ile doğrudan veya dolaylı bir ilişkisi olmayan bir işlemin iptali için dava açmada ilgisi olduğunu göstermez. Ancak, sözkonusu olan herhangi bir idari işlem, genel müdür atanması, başbakanın annesine camide mezar yeri tahsisi işlemi⁴¹ değildir. İdarenin kamu mallarının tasarruf şekillerini ve kamu hizmetinin görülmesi usullerini bütünüyle değiştiren işlemleriyle milletvekilleri arasında doğrudan veya dolaylı hiçbir ilişkinin var olmadığı kabul edilemez. Hatta, kamu mallarının tasarruf şekillerini ve kamu hizmetinin görülmesi usullerini bütünüyle değiştiren idari işlemlerle, kamu mallarının sahibi olan kamunun yani halkın menfaati arasında bir ilişki mevcuttur. Nitekim milletvekillerinin açtığı USAŞ ve ÇİTOSAN davalarında bu görüş hakim olmuş kararda esas olarak davacıların yurttaş niteliğine dayanılmıştır.

41. Mezar yeri tahsisine karşı milletvekilinin açtığı davayı Danıştay ehliyet yokluğundan reddetmiştir.

Özelleştirme işlemleriyle kamunun sıkı bir ilişkisi vardır. Milletvekilliği ise bu menfaat ilişkisini güçlendirici bir görevdir.

Özelleştirme kararları siyasi tercihlere dayanan kararlardır. Ancak bu siyasi tercihler neticesinde seçilen yöntemlerin ve oluşturulan hukuki düzenlemelerin ulusal yapıyla, devletin ekonomik varlıklarının özellikleriyle, Atatürk ilkeleri ve Anayasa'nın genel yapısı içinde belirlenen düzenle uyumlu olması zorunludur. Bu uygulamaların siyasal ve hukuksal olarak denetlenebileceği açıktır. Milletvekillerinin tüm özelleştirme uygulamalarını (Bakanlar Kurulu'nu, Özelleştirme Yüksek Kurulu'nu, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nı) denetlemek için hukuksal ve siyasal tüm denetim imkanlarını kullanmaları anayasal bir gerekliliktir. Zira, milletvekilleri göreve başlarken, Anayasa'nın 81. maddesine göre, "hukukun üstünlüğüne, Atatürk ilke ve inkılâplarına bağlı kalacakları, Anayasa'ya sadakatten ayrılmayacakları" konusunda yemin ederler. KİT'ler, Anayasa'da yer alan, Atatürk ilkelerinden "devletçilik" kapsamında kurulmuş ve Anayasamızın öngördüğü sosyal devlet (Anayasa madde 2) niteliğinin gerçekleşmesinin aracı olarak geliştirilmişlerdir. Ayrıca, KİT'ler Anayasa'da da düzenlenmiştir. Anayasa'nın 128, 135, 160, 161 ve 165. maddelerinde KİT'lere ilişkin düzenlemeler yer alır. Ayrıca, Anayasa'nın 165. maddesiyle kamu iktisadi teşebbüslerinin denetimi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bırakılmıştır. Anayasa'nın 81. maddesine göre, "hukukun üstünlüğüne, Atatürk ilke ve inkılâplarına bağlı kalacakları, Anayasa'ya sadakatten ayrılmayacakları" konusunda yemin eden milletvekillerinin, KİT'lerin ve daha genel olarak kamu varlıklarının özelleştirilmesinin Anayasal ilkeler çerçevesinde, hukuka uygun biçimde gerçekleşip gerçekleşmediğini denetlemek için siyasal ve yargısal tüm yolları harekete geçirmeleri anayasal bir gerekliliktir.

D. Anayasa Mahkemesinin İYUK m.2'ye İlişkin İptal Kararından Sonra Özelleştirme Davalarında Locus Standi

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10.6.1994 tarih ve 4001 sayılı Yasanın I. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin, iptal davası açabilmek için, "kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar hariç olmak üzere kişisel hak ihlali" koşulu öngören 1/a hükmü Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir⁴².

42. Anayasa Mahkemesi, E.1995/27, K.1995/47, k.t. 21.9.1995, Resmi Gazete 10.4.1996, sayı:22607

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş 2. maddesi hükmü, idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı, çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hükümler hariç olmak üzere, kişisel hakları ihlal edilenlerin iptal davası açabileceğini öngörmekte idi.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı karşısında subjektif ehliyet sorununu çeşitli olasılıklara göre değerlendirmek gerekmektedir.

1. Menfaat İhlali Koşulu Arayan Eski Hükümün Kendiliğinden Yürürlüğe Girmesi

Anayasa'da ve diğer mevzuatta, iptal edilen kuralın yerine, değiştirilen ya da yürürlükten kaldırılan önceki hükmün kendiliğinden yürürlüğe gireceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı dolayısıyla idari yargıda iptal davası açabilecekler için genel ehliyet koşullarının dışında özel koşullar aramak imkânı kalmamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin 2577 sayılı Yasa'nın "kişisel hak ihlali" ölçütünü getiren düzenlemesini iptal etmesiyle birlikte dava açabilecekler için aranacak ehliyet koşulları sadece medeni hukukta aranan genel ehliyet koşullarından ibarettir. İdare hukukuna ait bulunan "subjektif ehliyet" yani "menfaat ya da hak ihlali" koşulu iptal kararından sonra ortadan kalkmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla, öğretide ve yargı kararlarında iptal davası açma hakkına pratik amaçla getirildiği kabul edilen menfaat ya da hak ihlali sınırlaması kalmamıştır. Bunun sonucu olarak, iptal davası açma imkanına pratik amaçlarla getirilmiş sınırlama ortadan kalkmıştır. Yasama organının Anayasa'ya uygun olarak yapacağı yeni düzenlemeye kadar iptal davası için özel bir koşul aranması mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin kendisinden önceki yasa hükmünü yürürlükten kaldıran bir yasa kuralını iptal etmesi durumunda, daha önce yürürlükten kalkan yasanın kendiliğinden ve yeniden yürürlüğe giremeyeceği Anayasa Mahkemesi'nce de kabul edilmiştir (AYMK. 11.11.1963, E. 1963/106, K. 1963/270). Yargıtay ve As-

keri Yüksek İdare Mahkemesi kararında da aynı sonuca varılmıştır (Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı 24.5.1982, E.1982/1, K.1982/1, Yargıtay Kararlar Dergisi, Ağustos 1982, sayfa 1053-1054; AYİM Birinci Daire Kararı 25.5.1993, E:1991/2202, K.1993/557).

Nitekim Anayasa Mahkemesi iptal kararında, yeni düzenleme yapılması için yasama organına süre vermiştir. Eğer iptalden sonra eski hükümler kendiliğinden yürürlüğe girseydi, süre verilmesine gerek kalmazdı.

Kişisel hak ihlâli koşulu iptal edildiği için uygulanamayacağı gibi, eski hüküm de kendiliğinden yürürlüğe giremez. Yani eski düzenlemede yer alan "menfaat ihlâli" koşulu da aranmayacaktır. Böyle bir yorumun, mahkemelerin dava yükünü artıracığı yolundaki muhtemel muhalefetin de, Anayasa'nın hak arama özgürlüğü ile ilgili 36. maddesinden hareketle kabul görmemesi gerekir. Devletin adalet dağıtmaktan kaçınmaması temel bir kuraldır.

2. Boşluk- "Yorum" Yoluyla Doldurma

Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra, idare mahkemelelerinden çıkan ehliyetten ret kararları mevcuttur. Örneğin 46/1 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali istemiyle açılan dava "davacı sendikanın menfaati ihlal" edilmediği gerekçesiyle ehliyetten reddedilmiştir.⁴³ Konya İdare Mahkemesi'nin kararına göre,

"İptal davalarının bugün de kabul edilen klasik teorisine göre bu davalar, idari işlem nedeniyle 'menfaati ihlal' edilenler tarafından açılabilir. Esasen iptal davalarında ön kabul koşulu olarak böyle bir sınırlama getirmenin amacı herkes tarafından açılacak davalar nedeniyle idarelerin devamlı dava tehdidi altında kalmasını önlemek ve idari işlemlerde istikrarı sağlamanın amaçlandığından kuşkuya yer yoktur."

Yönetsel yargının varlık nedeni idarenin yargısal denetimiyle hukuka bağlı idareyi gerçekleştirmektir. "İdarede istikrarı" sağla-

43. Konya İdare Mahkemesi, E.1996/285, K.1996/510, k.t. 17.4.1996; Aynı yönde, Kayseri İdare Mahkemesi E.1996/341, K.1996

mak, tarafsız yargı organının görevi olamaz. İdarede istikrarın, yargısal denetimin kapsamının daraltılarak sağlanması hukuk devleti kavramıyla bağdaşmaz. Hukuk devletinde idarenin istikrarı hukuka uygunluk çerçevesinde kalındığı oranda önemlidir. Hukuka bağlı bir devlette, Anayasanın ve hukuk devletinin bir gereği olan idarenin yargısal denetiminin en temel ve en etkili aracı olan iptal davalarının, varlık nedeni ve görev alanı idarenin yargısal denetimi olan yönetsel yargı tarafından "idareye yönelik bir tehdit" olarak değerlendirilmemesi gerekir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Anayasa'da ve diğer mevzuatta iptal edilen kuralın yerine değiştirilen ya da yürürlükten kaldırılan önceki hükmün kendiliğinden yürürlüğe gireceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda, iptal davası için ne "kişisel hak ihlâli" koşulu ne de eski düzenlemede yer alan "menfaat ihlâli" koşulu aranabilecektir.

Mahkemenin yorumla dolduracağı bir "boşluk" yoktur. Boşluk, bir hukuki soruna yürürlükteki hukuk kurallarının çözüm göstermemesi halidir. Anayasa Mahkemesi'nin her iptal kararı boşluk yaratmaz. İptal davası açılabilmesi için kişisel hakkın ihlal edilmiş olmasını arayan hükmün iptal edilmiş olması durumunda boşluk doğmaz. Mahkemelerin "ihkakı hak"tan imtinaları sonucunu doğuran bir durum söz konusu değildir. Burada sonuç, bu koşulun artık aranmamasıdır.

Yargı denetimi hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur. Hak arama özgürlüğünü daraltan bütün sınırlamaların kaldırılması ve bu yolla yargı denetiminin yaygınlaştırılarak adaletin gerçekleştirilmesinin sağlanması Anayasamızca benimsenen hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Herhangi bir yasal dayanak gösterilmeden iptal davası açma hakkına artık mevcut olmayan bir sınırlama getirilmesi Anayasa'nın hukuk devleti, hak arama özgürlüğü ve idarenin yargısal denetimini düzenleyen hükümlerine aykırı olacaktır.

Anayasa'nın 36. maddesiyle güvence altına alınan hak arama hürriyetinin, iptal davaları bakımından yorumla sınırlanması mümkün değildir. Anayasa, kamu hürriyetlerinin sınırlanmasında "kanun koşulu" aramaktadır. Kanun gerektiren bir hususta yorumla sınırlama getirilmesi hukuka aykırıdır.

3. İptal Öncesi İYUK m. 2/1a Hükümünde Yer Alan “Kamu Yararını Yakından İlgilendiren Hususlar” İstisnası

Subjektif ehliyetin iptalden önceki yasaya göre değerlendirilmesi gerektiği kabul edilse bile İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1/a bendinde yer alan kişisel hak ihlali koşulunu istisna getiren “Kamu Yararını Yakından İlgilendiren Hususlar” hükmünün uygulanması gerekmektedir.

1994 yılında çıkarılan 4001 sayılı Yasa ile İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1/a bendinde değişiklik yapılarak iptal davasının önkoşullarından olan “menfaat ihlâli” kavramı yerine “kişisel hak ihlâli” kavramı getirilmiştir.

“Çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren” yönetsel işlemlere karşı açılacak iptal davaları “kişisel hak ihlâli” koşulunun dışında tutulmuştur. İstisna hükmünü tanımlarken kullanılan “gibi” sözcüğünden “sınırlı (tüketici) sayma”nın sözkonusu olmadığı anlaşılmaktadır. Kamu yararını ilgilendiren ve maddede sayılan benzeri konularda herkes davacı olabilir.

Kamu mallarının tasarruf şekillerini ve kamu hizmetinin görülmesi usullerini bütünüyle değiştiren özelleştirme işlemi “kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar” kapsamı içinde değerlendirilebilir. Tersini düşünce, satılan tesislerin çevresel etkilerine ilişkin bir idari işleme karşı açılan davasında “kişisel hak ihlâli” koşulunun aranmamasına karşın, tesislerin özelleştirilmesi işlemine karşı açılan davada bu koşulun aranması gibi İYUK'un öngörmediği çelişkili bir uygulamaya yol açar.

VI. SÖZLEŞMELERE KARŞI AÇILAN DAVALAR VE İMTİYAZ İNCELEMESİ

Girişte de belirttiğimiz gibi özelleştirme yalnızca kamu mallarının el değiştirmesi olarak tanımlanamaz. Kamu hizmetlerinin özel kesime devri de geniş anlamda özelleştirme kapsamı içinde yer alır. Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin temel biçimi idari sözleşmelerdir (ruhsat yöntemini değinilmeyecektir). Kamu hizmeti devri sözleşmelerinin klasik ve en yaygın tipi imtiyaz sözleşmeleridir. Kamu hizmetinin özelleştirilmesi amacıyla çeşitli yasalarla yeni tip devir sözleşmeleri yaratılmaya çalışıldıysa da Ana-

yasa Mahkemesi ve idari yargı kararlarıyla bu yeni tip sözleşmeler imtiyaz sözleşmesi kapsamı içinde değerlendirilmiştir. Örneğin, yap-işlet-devret sözleşmesi, görev sözleşmesi. Yazımızın başında konuyu idari yargı denetimiyle sınırladığımızdan Anayasa Mahkemesi'nin idari sözleşmelere ilişkin kararlarına değinilmeyecektir.

Ankara 4. İdare Mahkemesi, 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun'a dayanılarak yapılan TEK ile Aktaş Elektrik Ticaret A.Ş. arasındaki "işletme hakkı devir sözleşmesi"nin imtiyaz sözleşmes niteliği taşıdığı, bu nedenle görevli idari yargı merciinin Danıştay olduğuna karar verilmiştir.

"Dava Bakanlar Kurulu'nun 24.8.1989 tarih ve 89/14393 sayılı kararı gereğince TEK Boğaziçi Elektrik Dağıtım Müessese Müdürlüğü'nün hizmet alanı içerisinde yer alan İstanbul İli Anadolu Yakasında ... alan içerisinde kalan görev bölgesinde, elektrik dağıtım ve ticareti ile görevlendirilen Aktaş Elektrik A.Ş. ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı arasında 24.11.1989 tarihinde imzalanan görev verme sözleşmesine dayanılarak Türkiye Elektrik Kurumuna ait elektrik dağıtım tesisleri ile ticaretine ilişkin işletme haklarının 30 yıl süreyle Aktaş Elektrik Ticaret A.Ş. devrine ilişkin 30.3.1990 tarihli sözleşmenin iptali istemiyle açıldığı anlaşılmıştır. (...) bir kamu hizmetinin gerçek ve tüzel kişilere idarece kamu yararı çerçevesi içinde gördürülmesi amacıyla yapılan sözleşmeler imtiyaz sözleşmelerinin konusunu teşkil ettiğinden, elektrik dağıtım ve ticareti ile 30 yıl süreyle görevlendirilen Aktaş Elektrik Ticaret A.Ş. ile TEK Genel Müdürlüğü arasında akdedilen sözleşmenin bir kamu hizmetinin bir tüzelkişiliğe gördürülmesi suretiyle imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıması nedeniyle sözleşmenin iptali istemiyle açılan işbu davanın görüm ve çözümü yukarıda açıklanan madde hükmü uyarınca Danıştay'ın görevine girmektedir. (...) Açıklanan nedenlerle davanın görev yönünden reddine, 2577 sayılı Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca dosyanın Danıştay'a gönderilmesine..."⁴⁴

Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin bu kararından sonra dava Danıştay'da açılmış ve Danıştay 10. Dairesi sözleşmeye ilişkin benzer

44. Ankara 4. İdare Mahkemesi E.1990/527, K.1990/1887, k.t. 16.10.1990

saptamalar yaparak Danıştay incelemesinden geçirilmeyen “işletme hakkı devir sözleşmesi”ni iptal etmiştir.

Danıştay ilk olarak idari sözleşmenin iptal davasına konu olabileceğini belirtmiş; daha sonra sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olduğunu ve sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin tüm unsurlarını taşıdığını saptamıştır.

“İdari işlem niteliği taşıyan idari sözleşmelerin yapılması, uygulanması, yorumlanması ve sona ermesinden çıkacak her türlü uyumsuzluk, idarenin tek yanlı işlemlerinde olduğu gibi idari yargının görev yetki alanına girmektedir. (...) 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesi 3. bendine göre, Türkiye Elektrik Kurumu bir kamu iktisadi kuruluşudur. Bu kurum tarafından veya bu kurumun gözetimi altında olan bir özel girişimci tarafından kamuya sağlanan, elektrik üretimi, iletimi, dağıtım tesislerini kurmak ve işletmek, ticaretini yapmak şeklindeki hizmet, bir kamu hizmetidir. (...) Kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari bir sözleşmeyle özel girişimciye devredilmişse, kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesi sözkonusu olup, imtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin yasa ile saptanacak bir tarife üzerinden tahsil edilecek olması ve bu hizmet devrinin uzun ve belli bir devre için yapılması kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran özelliklerdir. (...) 3096 sayılı Yasa hizmeti imtiyaz sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran özelliklerdir. (...) 3096 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde yapılan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesinin konusunu kamu hizmetinin oluşturduğu, sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tüm unsurlarını taşıdığı, imtiyaz sözleşmesi niteliğinde bulunduğu anlaşılmaktadır. (...) Anayasa hükmüne uyulmadan, Danıştay’ın incelemesinden geçirilmeden yürürlüğe konulduğu anlaşılan Türkiye Elektrik Kurumu ile AKTAŞ Elektrik Tic. A.Ş. arasında imzalanan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesinin iptaline ... oybirliğiyle karar verildi.”⁴⁵

45. Danıştay 10. Daire, E.1991/1, K. 1993/1752, k.t. 29.4.1993, D.D., yıl 24, sayı 88, 1994, sayfa, 463-466; bu karar İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun E.1993/358, K.1994/10 sayılı ve 21.1.1994 tarihli kararıyla onanmıştır.

Danıştay, "görev verme (görev şirketi) sözleşmeleri"ne dayanılarak yapılan işletme hakkı devir sözleşmesinin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğuna karar verildiği gibi 3096 sayılı Yasa'daki "görev verme (görev şirketi) sözleşmeleri"nin de imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığına ve Anayasa gereği Danıştay incelemesinden geçirilmesinin zorunlu olduğuna ilişkin istişari görüş vermiştir.

"Gerek mevzuatın, gerekse uygulamada tip sözleşme niteliğinde hazırlanan üretim şirketi sözleşmesiyle görev şirketi sözleşmesi örneklerinde yer verilen hükümlerin incelemesinden, konusu kamu hizmeti olan bu sözleşmeler, idari karakterde olduğu kadar kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran ... tüm unsurları taşımaktadır."⁴⁶

Danıştay bu kararda, 3096 sayılı Yasa'da imtiyaz sözleşmesi ile "görev sözleşmesi" arasında ayırım yapıldığı nitekim, Yasa'nun geçici maddesinde, Kanunu'nun yayımı tarihinde mevcut elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaret imtiyazına sahip şirketlerin diledikleri takdirde "görev şirketi"ne dönüşme imkanı tanındığı yolundaki iddiaları da "görev şirketi veya üretim şirketi sözleşmeleriyle imtiyaz sözleşmelerinin temelinde bir fark gözlenmediği gibi geçici maddelerle bu şekilde bir düzenleme yapılmış olmasının amacı, mevzuat ve uygulama birliğini sağlamak yönünden geçiş hükümlerinin açıklanmasıdır" gerekçesiyle benimsememiştir.

VII. İPTAL KARARLARININ SONUÇLARI

Özelleştirme işlemlerine karşı açılan iptal davaları sonucunda çıkan iptal kararlarının uygulanması özellik arz etmektedir. Özelleştirme, en azından iki işlemin birleşmesinden oluşmaktadır. Örneğin, 3096 sayılı Yasa'ya göre, görev şirketi sözleşmesi ilk aşamayı oluşturmakta, ikinci aşamada işletme hakkı devir sözleşmesi yer almaktadır. 4046 sayılı Yasa'ya göre özelleştirme, "özelleştirme kap-

46. Danıştay 1. Daire, E.1992/232, K.1992/294, k.t. 24.9.1992, D.D., yıl 23, sayı 87, 1993, sayfa 33-40; Ayrıca, Danıştay Birinci Dairesi, yap-işlet-devlet modeli çerçevesinde 3096, 3974, 3996, 4046, 4047 sayılı Kanunlar çerçevesinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Birecik Barajı Hidro Elektrik Santrali Tesis ve İşletme A.Ş. arasında imzalanan sözleşmenin, ilgili mevzuat ve Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, imtiyaz sözleşmesi niteliğinde bulunduğu ancak, Danıştay'ın imzalanıp tamamlanmış ve taraflar arasında sonuçlarını doğurmaya başlayan sözleşmeyi inceleme imkanı bulunmadığına karar vermiştir. Danıştay 1.Daire, E.1995/49, K.1995/93, k.t. 26.4.1995

samına alma", "özelleştirme programına alma", "özelleştirme yöntemlerinden hangisi ile özelleştirileceğini belirleme", Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından gerçekleştirilen "nihai devir işlemlerini onaylama" ve "ihale ile değerlendirme sürecine ilişkin kararlar"dan oluşmaktadır.

Hangi aşamadaki işlemin iptalinin, özelleştirme sonucu gerçekleştirilen sözleşmeyi ya da devri sakatlayacağı tartışması bir yana, idari yargı tarafından verilen sözleşme iptali kararlarının uygulanması dahi sorun yaratmaktadır. İşletme hakkı devir sözleşmesi iptal edilmesine karşın AKTAŞ Elektrik A.Ş. fiilen dağıtım görevini sürdürmektedir.

Yukarıda aktardığımız USAŞ ve ÇİTOSAN'ın özelleştirilmesi kararları iptal edilmesine karşın kararlar uygulanmamıştır. Bakanlar Kurulu, kararların uygulanamayacağına ilişkin "prensip kararı" çıkarmıştır. Önemi nedeniyle kararın hemen hemen tamamını aktarıyoruz:

"(...) Konunun iç hukuku olduğu kadar dış hukuku da ilgilendirecek boyutlara ulaştığı, anılan yargı kararın uygulanmaya konulması halinde Türkiye ile yabancı şirketler ve giderek ülkeler arasında yeni hukuki sorunlar doğmasının kuvvetle muhtemel bulunması sebebiyle; durumun, iç hukuktan ziyade, ülkemizin diğer devletler ve milletlerarası kamuoyu nezdinde itibarı ve çıkarları ile milletlerarası münasebetlerin gerektirdiği isterler çerçevesinde değerlendirilmesinin daha uygun olacağına şüphe yoktur.

Bir başka deyimle, devletlerin imzaladıkları uluslararası sözleşmelere uyma zorunluluğu getiren ve milletlerarası camia tarafınan umumi kabul görmüş bulunan 'ahde vefa' gibi bir devletler arası kuralın yukarıda belirtilen iptal kararı sebebiyle gözardı edilmesinin maddi ve ekonomik bakımdan Türkiye'nin yararına olmayacağı bir yana, böyle bir uygulamanın milletlerarası hukukun temel prensipleri ile bağdaşmayacağı da izahtan varestedir.

Kaldı ki genel olarak uygulama incelendiğinde, milletlerarası içtihatların, devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğünü kabul ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim Fransa ile Meksika arasındaki 192* tarihinde Pinson olayı dolayısıyla milletlerarası hakem ta-

rafından verilen kararda devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü sarahaten belirtilmiştir.

Türkiye’de ise, Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesinin 21/12/19** tarihli ve 6064 sayılı, Temyiz Mahkemesi Genel Kurulu’nun *** tarihli ve *** sayılı kararlarında, devletler hukukunun prensip ve teamüllerine değer verildiği görülmüştür. Diğer taraftan 1961 ve 1982 Anayasalarında da, milletlerarası antlaşmalara, kanunlardan farklı bir yer ve kıymet izafe edildiği gözlenmektedir. Bu suretle, devletlerin müşterek iradelerinin mahsulü olan bir tasarrufun, bir iç hukuk organı vasıtası ile iptal edilemeyeceği esası, açıkça olmasa bile zımnen kabul edilmiş bulunmaktadır.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu’nun 9/7/1966 tarihli ve E.65/21, K.66/7 sayılı Kararı’nda da belirttiği gibi, iptal hükmü, idari işlem, idarece verildiği tarihten itibaren ortadan kaldırmış sayılmakta ise de, iç hukukumuz bakımından geçerli olan bu kuralın, milletlerarası boyut kazanmak suretiyle devletler hukuku alanına dahil olmuş bir olay hakkında ne derece uygulanabileceği meselesi de tartışmaya açıktır.

Gerek yukarıda açıklanan mülahazalar ve gerekse özelleştirme yöntemlerini belirleyen 7/3/1990 tarihli ve 90/2 sayılı Yüksek Planlama Kurulu Kararı dolayısıyla, anılan satış işlemleri konusunda geriye veya ileriye yönelik şekilde yeniden işlem tesisine hukuken imkan bulunmadığına Bakanlar Kurulu’nca 27/4/1992 tarihinde karar verilmiştir.”⁴⁷

Anayasa Mahkemesi’nin 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu’nun, tüm özelleştirmelerde uygulanan değer tesbit işlemlerine ilişkin 18. maddesinin B ve C bendlerini iptalinden sonra idare mahkemelerinden seri iptal kararları çıkması üzerine hükümetin bu kararların uygulanmasına engel olmak için benzer bir ilke kararı daha çıkaracağı haberleri basında yer almaktadır.

Kararın içeriğine ilişkin değerlendirmeye geçmeden hemen belirtelim ki, karar birçok açıdan hukuka aykırıdır. Anayasa’nın açık

47. Bu “prensip kararı” Resmi Gazete’de yayınlanmamıştır. Elimizdeki kopyada okunamayan yerler alıntıda yıldızla belirtilmiştir.

hükmüne rağmen yargı kararının uygulanamayacağına ilişkin Bakanlar Kurulu kararı alınması kararın esas hukuka aykırılık noktasıdır. Buna ek olarak, sözkonusu "prensip kararı" cumhurbaşkanının imzasını taşımamaktadır ve Resmi Gazete'de yayınlanmamıştır. Genel olarak, Bakanlar Kurulu'nun "prensip kararı" çıkarma yetkisinin bulunup bulunmadığı da ayrı bir sorundur.

Kararda, USAŞ ve ÇİTOSAN'ın özelleştirilmesi, tamamen yanlış bir şekilde devletler hukukuna ait bir konu olarak değerlendirilmiştir. ÇİTOSAN T.A.Ş.'a ait beş çimento şirketindeki kamu hisselerinin Societe Ciments Français S.A Firmasına satılması, USAŞ A.Ş.'deki kamu hisselerinin SAS Service Partner A/S Firmasına satılması devletler hukukuna ait bir konu değildir. Olsa olsa milletlerarası özel hukuk devreye girebilir. Ortada devletler arasında imzalanan bir antlaşma yoktur. Devletlerin müşterek iradelerinin mahsulü olan bir tasarrufun, bir iç hukuk organı vasıtası ile iptal edilemeyeceği esası kabul edilmiş olsa bile, USAŞ ve ÇİTOSAN'ın özelleştirilmesinde "devletlerin müşterek iradelerinin mahsulü olan bir tasarruf"un sözkonusu olmadığı açıktır.

Anayasanın açık hükmüne rağmen, mahkeme kararlarının uygulanmaması, devletin anayasayla saptanan hukuksal temelinin alt üst edilmesi anlamına gelir. Kararların uygulanması anayasal bir zorunluluktur. Yabancı şirketler özelleştirme konusu kamu hisselerini Türk hukukuna tabi olarak almışlardır ve uygulanacak hukuk Türk hukukudur. İptal kararının gereği yerine getirilir; bundan zarar gören firmalar, idarenin bir kusuru varsa, Türk hukukuna göre tazmin yoluna gidebilirler. Bakanlar Kurulu prensip kararında sözü edilen devletin uluslararası hukukta doğabilecek sorunluluğu ancak, ilgili firmaların tabiiyetinde bulunduğu devletlerin, ub durumu sorun yaparak Türkiye'ye baskı yapmaları durumunda ortaya çıkabilir ki, bunun da mahkeme kararlarının uygulanmamasını haklı çıkarması hiçbir şekilde mümkün değildir.

SONUÇ

1980 sonrası Türkiye'de özelleştirme, tüm hükümet programlarında yer almıştır. Üzerinde büyük bir siyasal mutabakat bulunan özelleştirme uygulamalarının hız kazanması 1980 sonlarıyla başlamıştır. Bu yıllara kadar, çıkarılan kanunlar ve kanun hükmünde kararnamele kamu girişimciliğinin yapısı değiştirilmiş, daha doğrusu alt üst edilmiş, ciddi bir örgütsel ve hukuksal karmaşa

yaratılmıştır. Daha sonra, doğrudan özelleştirme uygulamaları gelmiştir. Özelleştirme, yaşamın her alanında kamunun gerilemesi olarak gerçekleştirilmektedir. Özelleştirmeyi yalnızca kamu girişimciliğinin tasfiyesi olarak ele almak eksik kalır; özelleştirme bir bütün olarak devletin varlık nedeni olan kamu hizmetinin tasfiye edilmesidir. Devletin sunduğu kamu hizmeti, “mal”a, vatandaşlar da “müşteri”ye dönüştürülmektedir.

Üzerindeki büyük siyasal ve toplumsal mutabakata rağmen özelleştirme, hiçbir zaman istenilen yoğunlukta gerçekleştirilememiştir. Bunun nedeni olarak, uzun süre, sağlam bir hukuki alt yapının bulunmaması gösterilmiş; sorunun çözümü için 4046 sayılı Özelleştirme Yasası çıkarılmıştır. Ancak, yaratılmış olan hukuki kaosu sona erdirmeyi söyleyebilmek mümkün değildir. Tüm eski düzenlemeler yürürlüktedir; 4046 sayılı Özelleştirme Yasası diğer düzenlemelerle ilişki kurmamıştır. Bu mevzuat incelendiğinde özelleştirmede yetkili makam ve yöntem konusunda farklı düzenlemelerin halen yürürlükte olduğu görülmektedir. Bu hukuki karmaşa içinde, hukuka uygun özelleştirme yapmak neredeyse olanaksızlaşmıştır. Nitekim 4046 sayılı Özelleştirme Yasası'nın, tüm özelleştirmelerde uygulanan değer tesbit işlemlerine ilişkin 18. maddesinin B ve C bendleri Anayasa Mahkemesi'nce yasama yetkisinin devri niteliğinde görülerek iptal edilmiştir. Dava konusu edilmiş özelleştirme işlemleri Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından sonra iptal edilmektedir.

4046 sayılı Özelleştirme Yasası'nın ve diğer mevzuatın, kurduğu sistemde “denetime” hiç yer verilmemiştir. Yargısal denetimin önemi burada ortaya çıkmaktadır. Özelleştirme işlemlerinin denetiminde düzeltici sonuç doğurabilen tek yol yargısal denetimdir.

Özelleştirme işlemleri büyük ölçüde idari işlemlerden oluşmakta, bunların denetimi de idari yargıda gerçekleştirilmektedir. Ancak, özelleştirme işlemlerinin idari yargı denetimi çeşitli sorunlar taşımaktadır. Sorunların çözümü, tamamen yargının içtihat geliştirmesine bırakılmış, bu sorunlara öğreti yeterli ilgiyi göstermemiştir. Bu nedenle özelleştirme işlemlerine karşı açılan davalar, oldukça ağır ilerlemekte; yönetsel sorunlar nedeniyle esasa geçilecek yargısal denetim yapmak zorlaşmaktadır. Öğretinin, bu yönetsel sorunlara eğilerek içtihadın gelişimine katkıda bulunması ve özelleştirmenin yargısal denetiminin etkinleştirilmesi Türkiye için ivedi bir gereksinimdir.