

## ANAYASA MAHKEMESİ VE ÖZELLEŞTİRME (İktisadi Yaklaşım)

*Prof. Dr. Vural Fuat SAVAŞ(\*)*

### I. GİRİŞ

Özelleştirme 1970'li yıllarda pek çok ülkede ve çeşitli nedenlerle kamu oyunun dikkatini üzerine çekmiştir. Ülkemizde de, benzer nedenlerle özelleştirme devlet yönetimini yakından ilgilendiren bir yöntem halini almıştır. Özelleştirmenin nedenlerini, gerçekleştirme yöntemlerini ve sosyo-ekonomik etkilerini tartışmak bu tebliğin amacı dışındadır.

Bu tebliğin konusu Anayasa Mahkemesi (AYM)'nin özelleştirme ile ilgili bazı yasa ve kanun hükmünde kararnameyi (KHK) hangi gerekçelerle Anayasa'ya aykırı bulduğunu ve İPTAL kararı verdiğini incelemektir. Bu amaçla ilgili AYM kararları incelenmiş ve bu incelemede Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AYMKD) kaynak olarak kullanılmıştır.

Yapacağımız değerlendirmeler iktisat teorisinin bize öğrettikleri ile sınırlı olduğu için tebliğimizin başında "İktisadi Yaklaşım" alt başlığını kullandık. Her konuda olduğu gibi, "Özelleştirme" konusunda da yaşadığımız çağın gerçeklerine uygun yasal ve idari düzenlemelerin ancak hukuk ve iktisatın işbirliği ile sağlanacağına inanıyoruz. Bu nedenle tebliğimizin hem iktisatçı ve hem de hukukçu meslektaşlarımızın ilgisini çekeceğini ve yararlı tartışmalara neden olacağını ümit ediyoruz.

Aşağıdaki inceleme sonuçlarından da anlaşılacağı üzere AYM'nin özelleştirme ile ilgili bazı yasa ve KHK'yi iptal gerekçelerinin bir çoğuna katılmak mümkün değildir. Ancak şaşırtıcı olan, bu iptal kararları açıklandığı zaman, toplumun büyük kesiminin, bu kararları, gerekçelerini incelemeye lüzum görmeden benimsemiş olmasıdır. Bu, özelleştirmenin; yasama ve yürütme organları tarafından, ciddi bir ön hazırlık yapmadan ve kamu oyunun desteğini almadan büyük bir telaş ve karmaşa içinde yapılmaya başlanmış olmasının bir sonucudur. Toplum, bütçe açıklarını kapatmak için Cumhuriyet Dönemi'nde yaratılan KİT'lerin bir miras

(\*) Marmara Üniversitesi Türkiye Ekonomisi Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürü.

yedi davranışı içinde elden çıkarılacağı kaygısına kapılmıştır. Bu nedenle büyük çoğunluk, gerekçelerini incelemeye lüzum görmeden AYM'nin iptal kararlarını onaylamıştır.

On yılı aşkın bir süredir, yasama ve yürütme organları ile AYM arasında ciddi bir "hukuk savaşı" yaşanmıştır. AYM iptal gerekçelerinde ısrarlı davranmış, yasama ve yürütme organları da çıkarılacak yasa ve KHK'lerde AYM'nin iptal gerekçelerini dikkate alan düzenlemeleri yapmanın gayreti içinde olmuştur. Konu, yavaş ta olsa doğal gelişme seyri içine girmiş görünmektedir.

Duygusal tepkilerin azaldığı bu ortamda AYM'nin iptal gerekçelerini ciddi ve ayrıntılı bir incelemeye tabi tutmak çeşitli yönlerden yararlı olacaktır.

Bu tebliğ böyle bir düşünceden kaynaklanmıştır.

## II. ANAYASA VE ÖZELLEŞTİRME

AYM, özelleştirme konusunu ilk defa 3974 sayılı TEK'in özelleştirilmesi ile ilgili yasanın iptali için açılan dava ile ilgili kararında, ayrıntılı biçimde ele almış aynı görüşü dava konusu edilen diğer yasa ve KHK ile ilgili kararlarında tekrarlamıştır (E. 1994/49; K.1994/45-2, K.G.7.7.1994; AYMKD, S.31, C.1, s.275-318).

Özelleştirmeyi "...kamuya ilişkin hak ve varlıklarla para ile ölçülebilen kamu kaynaklarının, yerli ya da yabancı özel kesime aktarılması" olarak tanımlayan AYM, (AYMKD, S.31, C.1, s.288). Anayasa'da "kamulaştırma"nın (m.46) ve "devletleştirme"nin (m.47) tanımlandığını fakat "özelleştirme" ile ilgili bir düzenleme yapılmadığını tespit ettikten sonra bu durumun özelleştirmeye bir engel teşkil etmediğini belirtmiştir. "...özelleştirme konusunun Anayasa'da özel olarak düzenlenmemiş olması, yasaklandığı anlamına gelmez. Anayasa'da doğrudan özelleştirmeye ilişkin kurallar bulunmaması nedeniyle yasa koyucu, Anayasa'nın genel ilkelerine aykırı olmamak koşuluyla, konuyu düzenleme yetkisine sahiptir. Başka bir anlatımla, Anayasa'da özelleştirmenin öngörülmemiş olması yasa koyucunun bu konuda düzenleme yapmasını engellemez." (AYMKD, S.31, C.1, s.289).

Yasa koyucunun uyması gereken düzenleme şeklinin ne olacağını belirlemek için AYM devletleştirmeyi düzenleyen m.47'e yollamada bulunmuştur: "Çünkü, devletleştirme, özelleştirmenin tersi bir işlemdir. Bu nedenle, devletleştirmeye yetkili organın özelleştirme konusunda da yetkili olduğunun kabulü gerekir." Bilindiği gibi Anayasa'nın 47. Maddesi aynen şöyledir: "Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir.

Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığının hesaplanma tarz ve usulleri kanunla düzenlenir.”

Buna göre 47. Madde; devletleştirmenin a) Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler için, b) kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde, c) gerçek karşılığı üzerinden ve d) yasayla yapılacağı öngörülmektedir.

AYM, 47. Maddede öngörülen bu dört koşuldaki TEK'in özelleştirilmesi ile ilgili 3974 sayılı yasanın iptali davasında sadece devletleştirmenin “yasayla yapılacağı” öngören koşul üzerinde durmuş, diğer koşullar yönünden “devletleştirme” ile “özelleştirme” arasında nasıl bir paralellik kurulacağı veya böyle bir paralellik kurulup kurulamayacağı üzerinde durma gereği duymamıştır. Ancak 3987 sayılı yasanın iptali davasında, “KİT'lerin özelleştirilmesinde gerçek değerinin gözetilmesi gerekir.” (AYMKD., S.30, C.1, s.264). diyerek bu koşullardan birini daha dikkate almıştır. Bununla birlikte bu davada da Anayasa'ya aykırılık iddiasını özelleştirmenin “yasayla yapılması gerektiği”ne dayandırmıştır.

Bu görüşünü desteklemek için de 20.11.1984 günlü, 3082 sayılı yasada yer alan “Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilmesi kanunla düzenlenir.” hükmüne yollama yapmış, ayrıca Anayasa'nın 35. Maddesinde yer alan ve mülkiyet hakkının kanunla sınırlanabileceğini öngören koşulla özelleştirme arasında bir paralellik kurmuştur. Buna göre

“Anayasa'nın 35. Maddesindeki mülkiyet hakkıyla ilgili korumanın (3987) sayılı yasa ile ilgili kararda “korunmanın” denilmiştir.), kamu mülkiyeti için de özel mülkiyetle eşit biçimde değerlendirilip düzenlenmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle, özel teşebbüslerin devletleştirilmesinde olduğu gibi kamu varlıklarının özelleştirilmesinde de yetki, yasama organındır. Bu yetki, yasama organının kamu mülkiyetinin de koruyucusu olmasının doğal sonucudur.” (AYMKD, S.31, C.1, s.290 ve AYMKD, S.30, C.1, s.264).

Sonuç olarak oyçokluğu ile alınan şu karara ulaşılmıştır: “Özelleştirme, Anayasa'da yasaklanmadığına göre yasama organı; yararlı, gerekli ya da uygun gördüğü kamu varlıklarının özelleştirilmesini Anayasa'nın 11. Maddesi gereğince Anayasa'nın ilkelerine ve kurallarına bağlı kalarak, yasayla belirleyebilir. Devletleştirmede olduğu gibi özelleştirmede de esas ve yöntemlere ilişkin bir düzenlemenin yasayla yapılması zorunluluğu açıktır. Özelleştirmeyi genelde düzenleyen böyle bir yasanın varlığı, özelleştirilecek her KİT için yasama organınca gerektiğinde özel bir yasama çıkarılmasını engellemez.” 3987 sayılı yasa ile ilgili kararda ise son cümle “...özelleştirilecek her KİT için yasama organının olurluğunu öngören özel bir yasa çıkarılması gereksinimini

ortadan kaldırmaz.” şeklinde daha açık ve net biçimde düzenlenmiş ve özelleştirilecek her KİT için ayrı bir yasa çıkarılmasını şart koşmuştur. (AYMKD., S.30, C.1, s.264).

Özetlemek gerekirse AYM, özelleştirmeyi, “devletleştirmenin tersi bir işlem” olarak kabul etmiş ve devletleştirmeye karar veren organın özelleştirmeye de karar verebileceğine, söz konusu yetkili organ TBMM olduğuna göre özelleştirmenin de devletleştirme gibi, mutlaka yasayla yapılması gerektiğine hükmetmiştir. AYM’nin bu kararı bazı yönlerden eleştiriye açıktır:

“Devletleştirme” ile “özelleştirme” sadece “devlet”in iki işlemdeki konumu yönünden “tersine bir işlem” sayılabilir. Devletleştirmede devlet “alıcı” iken özelleştirmede “satıcı” kimliğindedir. İki işlem arasında kurulabilecek tek benzerlik iki işlemde de devletin bir “taraf” olmasından ibarettir. Gerçekleşme süreci ile yaratacağı etkiler yönünden iki işlem birbirinden tamamen farklı olup “tersine işlem ilkesi” uyarınca birbiri arasında paralellik kurulamaz. Devletleştirme, Anayasa’da öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde devletin tek yanlı iradesiyle ortaya çıkar. Devletleştirilen özel teşebbüsler için dava yolu açıksa da, devletin tek yanlı iradesi, işlemin tamamlanması için gerekli ve yeterlidir.

Özelleştirme ise bir “piyasa işlemi” olup, işlemin tamamlanması için hem satıcının ve hem de alıcının; fiat, ödeme ve teslim konularında pazarlık yapması ve uzlaşması gerekir. Bu nedenle özelleştirmede ne “gerçek değeri” ve ne de diğer “satış koşullarını” önceden belirlemek mümkündür. Bu nedenle özelleştirmeyi devletleştirmenin tersi bir işlem olarak görmek ve “ters işlem” ilkesine göre özelleştirmenin anayasal koşullarını belirlemek doğru olmaz.

AYM, özelleştirmenin mutlaka yasa ile düzenlenmesi gerektiği yolundaki kararını, ayrıca yukarıda da belirtildiği üzere, Anayasa’nın 35. Maddesine de dayandırmıştır. Özelleştirme ile bireyin mülkiyet hakkını koruma altına alan bu madde arasında her hangi bir ilişki kurmak mümkün değildir. AYM’nin böyle bir “zoraki ilişki” kurma çabasının nedeni, özelleştirmenin yasayla yapılması gerektiği yolunda kararına ek bir gerekçe bulmaktır. Bilindiği gibi mülkiyet hakkını koruyan 35. Madde Anayasa’nın İkinci kısım’ının İkinci Bölümü’nde yer alan “Kişinin Hakları ve Ödevleri” arasında olup, Anayasa’nın 91. Maddesine göre KHK ile düzenlenmesi mümkün değildir. Nitekim 3974 sayılı yasanın iptali ile ilgili dava kararında öne sürülen bu görüş 3987 sayılı yasa ile ilgili dava kararında daha ayrıntılı biçimde şöyle açıklanmıştır: “...Kişisel mülkiyeti güvenceye bağlayan Anayasa’nın, kamu mülkiyetini güvencesiz bıraktığı düşünülemez. Nitekim mülkiyet hakkını kişiler yönünden güvenceye alan 35. Maddenin birinci fıkrası yanında, ikinci ve üçüncü fıkralarındaki bu hakkın ancak yasayla sınırlanabileceği ve kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hususları kamu

mülkiyetini de kapsamaktadır. Kamu mülkiyeti için de geçerli olan bu güvence gözardı edilemez. Kamu mülkiyeti de kamu yararı amacıyla sınırlanabilir ve toplum yararına aykırı biçimde kullanılamaz.” (AYMKD., S.30 C.1, s.265). Bu gerekçelere dayanılarak verilen karar da şöyle olmuştur: “...Bu nedenle Anayasa'nın 35. ve 91. Maddeleri gereğince özelleştirmeye ilişkin düzenlemenin yasa ile yapılması zorunludur.” (aynı karar, s.266).

Bu gerekçe ve ona dayalı karar ile ilgili bir kaç noktaya değinmek yararlı olacaktır. Birincisi, söz konusu gerekçeye, 3974 sayılı yasa ile ilgili davada üç üye, 3987 sayılı davada ise beş üye katılmamıştır. (Karşı oylardaki bu artış 3987 sayılı davaya bir asli üyenin yerine yedek üyenin girmesinden ve bir üyenin de zaman içinde görüş değiştirmesinden kaynaklanmıştır.) Bu üyelere birinin ayrı olarak, dördünün de topluca yazdıkları Karşı Oy; “Kamu mülkiyet hakkı ile kişinin mülkiyet hakkı arasında 35. Maddeye göre paralellik kurmak mümkün değildir.” görüşünü savunmuştur. Biz de bu görüşe katılıyoruz.

İkinci konu, kanımızca bundan daha önemlidir. Eğer AYM'nin özelleştirmeyi 35. Maddedeki mülkiyet hakkının korunması ile ilişkilendirmek söz konusu olursa, yukarıda alıntı yaptığımız “...Kamu mülkiyeti de kamu yararı amacıyla sınırlanabilir.” Yargısı, özelleştirmeye karşı olarak değil, aksine özelleştirmeyi savunmak için kullanılabilir. Eğer kamu işletmeciliğinin etkin olmadığı, kötü yasa dışı çıkarlar için kullanıldığı (corruption) ve devlet bütçesine yük getirdiği savlar geçerli görülürse, özelleştirme “kamu yararını korumak amacı” nedeniyle zorunlu hale gelir. Bu nedenle özelleştirme konusunu, kişinin mülkiyet hakkını koruyan 35. Madde ile ilişkilendirmek doğru değildir.

Özetlersek AYM'nin Anayasa'da düzenlenmemiş olmasına rağmen özelleştirmenin tıpkı “kamulaştırma” ve “devletleştirme” gibi, yasa koyucu tarafından düzenlenmesinin mümkün olduğunu kabulü yerinde bir karardır. Ancak özelleştirmenin nasıl düzenlenmesi gerektiği konusunda “devletleştirme” ile “özelleştirme” arasında “tersine işlem” ilişkisi olduğu, dolayısıyla devletleştirme ile ilgili düzenlemelerin aynen özelleştirilmeye de uygulanacağını hükmetmesi yanlış olmuştur. Ayrıca kişinin mülkiyet hakkını koruyan 35. Maddenin kamu mülkiyeti ile ilişkilendirilmesi de uygun değildir.

### III. ANAYASA'YA AYKIRILIK İNCELEMESİ

Anayasa Mahkemesi, bilindiği gibi iptal istemiyle açılan bir davayı görüşürken, iptal dilekçesinde öne sürülen belli Anayasa maddelerine ilişkin aykırılık iddialarını incelediği gibi, istem ile sınırlı olmak üzere kendisinin tespit edeceği kimi Anayasa maddeleri yönünden de dava konusunu inceleyebilir. Aşağıda Anayasa'ya aykırılık iddialarının

Anayasa Mahkemesi tarafından bu iki yönteme göre nasıl değerlendirildiği ve hangi sonuçlara vardığı ele alınacaktır.

III. 1. Ekonomik Bağımsızlık (Başlangıç ve m. 5 Yönünden inceleme):

Anayasa Mahkemesi'nin özelleştirme ile ilgili kararlarının tartışmaya en fazla açık olanlarından biri Anayasa'nın "Başlangıç" kısmı ile 5. Maddesine dayanarak verdiği iptal kararlarıdır. İlk defa TEK'in özelleştirilmesini düzenleyen 22.2.1994 günlü ve 3974 sayılı yasa ile ilgili olarak yapılan bu uygulamayı şöyle özetleyebiliriz:

Anayasa Mahkemesi'ne göre; anayasa metninden sayılan Başlangıç'ın yedinci paragrafında "Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatleri...nin karşısında korunma göremeyeceği..." ilkesi ile 5. Maddesinde yer alan ve Devlet'in temel amaç ve görevleri arasında "Türk Milletinin bağımsızlığını" ve "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak" olduğunu belirleyen ilkesi yasa koyucu tarafından dava konusu yasada gözardı edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir karara varmasının nedenleri ise şöylece özetlenebilir:

a) Dava konusu yasa ile TEK'in ve bağlı kuruluşlarının tüm hisse ve varlıkları, hiçbir sınır getirilmeden yerli ve yabancı sermaye şirketlerine satılacaktır.

b) Hiçbir sınır getirilmeden yabancılara yapılacak satışlar, "özelleştirmeyi yabancılaştırmaya" dönüştürecektir.

c) Böyle bir durum hem siyasal ve hem de ekonomik bağımsızlıktan oluşan "Milli bağımsızlığı" tehlikeye düşürür.

d) Böyle bir satış sonucu, KİT'lerin mal varlığına dahil pek çok gayri menkul de yabancıların eline geçecektir ki, bu Anayasa Mahkemesi'nin daha önce yabancılara arazi satışını sınırlamayı ve karşılıklılık ilkesine bağlanmayı öngören kararının hükümsüz hale gelmesine neden olacaktır.

e) Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtım gibi stratejik önemi olan alanlara yabancıların girmesi ve egemen hale gelmesi ülke güvenliği yönünden de sakıncalıdır.

Anayasa Mahkemesi bu gerekçelerle ve oybirliği ile şu karara varmıştır:

"Bu nedenlerle, dava konusu Ek 1. maddenin son fıkrası ile Ek 4. Maddesinde herhangi bir sınır getirilmeden TEK'in teşebbüs, kuruluş,

müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimlerinin yabancılara satılmasına olanak sağlanması Anayasa'nın Başlangıç'ının yedinci paragrafındaki "Türk Milli menfaatlerinin korunması" ve 5. Maddesindeki devletin, "Türk Milleti"nin Bağımsızlığı"nı ve "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğu"nu sağlama ilkelerine aykırıdır, iptalleri gerekir." (AYMKD. S.31, C.1, s.295).

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, kanımızca, çeşitli yönlerden eleştirilebilir. Herşeyden önce, TBMM tarafından "Türk Milli Menfaatleri"ni, "Türk Milleti'nin bağımsızlığı"nı ve "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğu"nu gözetmeyen bir yasa çıkarılacağı tasavvur dahi edilemez. Aksine, bunların korunup kollanması, her kurum ve kişiden önce TBMM'nin görevidir ve ona emanet edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin TBMM tarafından kabul edilen ve Cumhurbaşkanınca onaylanan yasaları, TC Hükümeti tarafından hazırlanan KHK'leri bu ilkeler açısından yargılama yetki ve görevi yoktur.

İkincisi ne dava konusu yasa ile kendisine eklemeler yapılan 3291 sayılı yasanın özelleştirmeyle ilgili 13.-17. Maddelerinde ve ne de dava konusu 3974 sayılı yasa ile getirilen Ek 1-5. Maddelerde "yabancılara satış"tan söz edilmektedir.

Gerçi davanın görülmesi sırasında istenen hükümet görüşünde "yabancı sermayenin teşvikinden" söz edilmekte olması (AYMKD, S.31, C.1, s.293) ile o günlerde kamu oyunda oluşan görüş yabancılara satışın ağır basacağı yolunda şekillenmişse de Anayasa Mahkemesi'nin, incelediği bir yasada yer almayan bir olasılıktan söz etmesi, daha da önemlisi aldığı iptal kararını bir olasılığa dayandırması açıklanması zor bir durumdur.

Üçüncüsü, gerek TEK ile ilgili 3974 sayılı yasa ile ilgili davada ve gerekse daha sonraki benzer davalarda Anayasa Mahkemesi'nin üzerinde durduğu bir konu da "karşılıklılık ilkesi"dir. TEK'e ait kararda bu ilkenin TEK'in sahip olduğu taşınmaz mal varlıkları ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır: "Karşılıklılık İlkesi gözetilmeden TEK'in satış yöntemiyle özelleştirilmesi Anayasa'ya aykırı olur." (AYMKD, S.31, C.1., s.294). Uluslararası ilişkilerde temel bir kriter görevi üstlenmiş olan "karşılıklılık ilkesi"nin özelleştirmede kesinlikle yeri olamaz. Çünkü özelleştirme uluslararası karşılıklı bir ilişki olmayıp, tek taraflı olarak ulus tarafından gerçekleştirilen bir girişimdir. Karşı taraftan "karşılıklılık ilkesi"ne uyulmasını istemek (sadece taşınmazların satışı için dahi olsa) söz konusu olamaz. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin öne sürdüğü bu koşulu özelleştirme konusu ile bağdaştırmak mümkün değildir.

Bütün bunlardan daha önemlisi yaşadığımız çağın son çeyreğinde "ulusal ekonomik bağımsızlık" ilkesinin yerini "uluslararası ekonomik

bağımlılık” ilkesinin almış olmasıdır. Sermayenin ulusal sınırları elektronik işlem hızıyla aştığı, teknolojinin bütün ülkelerin hem “üretim” ve hem de “tüketim” biçimlerini belirlediği, çok uluslu şirketlerin birbirleriyle birleşerek” ulusüstü” (transnational) işletmeler haline geldiği ve bir üründe çeşitli ülkelerin katkısının bulunduğu bir ekonomik dünya ortamında “ulusal ekonomik bağımsızlığın” korunması, bazı mal ve hizmet üretiminin devlet tarafından yapılması ile sağlanamaz. Aksine böyle bir yöntem, çağımızın gerçekleri ile bağdaşmadığı için ulusal ekonomik gücü zayıflatıcı ve dünya ekonomisi ile bütünleşmesini, modern teknolojiyi aktarmasını engelleyecek, en azından geciktirecektir.

### III. 2. Yetki Devri (m. 7 Yönünden İnceleme)

Anayasa Mahkemesi, özelleştirme ile ilgili bazı yasa ile KHK’lerin iptal gerekçesini, Anayasa’nın “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi’nindir. Bu yetki devredilemez.” Buyruğunu içeren 7. Maddesine dayandırmıştır. Bu uygulamanın “tipik” bir örneğini 10.6.1994 günlü 4000 sayılı “Telgraf ve Telefon Kanunu’nun Bir Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun”un kimi madde ve fıkralarının iptali ile ilgili kararında (E. 1994/70, K.1994/65-2 ve K.G. 22.12.1994) görüyoruz. Bu uygulamayı “tipik” olarak nitelendirmemizin nedeni ise, Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu iptal kararını dava dilekçesinde yer alan Anayasa’ya aykırılık iddialarına dayandırmayıp, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa’nın 29. Maddesi ile kendisine tanınan “istemle bağlı kalmak koşulu ile başka gerekçe”ye dayanarak da Anayasa’ya aykırılık kararı verebilme yetkisini kullanması ve iptal kararını 7. Maddeye dayandırmasıdır.

Anayasa Mahkemesi, 4000 sayılı yasada Ulaştırma Bakanı’na tanınan yetkilerin “açık olmayıp son derece belirsiz ve sınırsız” olduğunu, ve bu hususların “tümüyle yasa ile düzenlenmesi gereken” konular olduğunu öne sürmüştür. Anayasa Mahkemesi’ne göre Yürütmeye yetki gücü verildiği durumlar Anayasa’nın 121, 122, 73 ve 67 maddeleri ile düzenlenmiş olup bu durumlar dışında “yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütme organının subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yürütme organının yasa ile yetkili kılınmış olması da yasa ile düzenleme anlamına gelmez.” (AYMKD, S.31, C.1., s.412). Bu görüşü benimseyen Anayasa Mahkemesi, söz konusu yasada Ulaştırma Bakanı’na verilen yetkileri, TBMM’ne ait yasama yetkisinin devredilmesi olarak görmüş ve ilgili yasa maddesini iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi daha önce benzer bir durumla ilgili olarak verdiği 1.2.1990 gün ve E.1988/64 ve K.1990/2 sayılı kararında yasa koyucunun idareye yetki verebileceğini şöyle açıklamıştır:



“Yasa koyucu, belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yönünden sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare, ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlayacaktır.

Esasen Anayasa'nın 8. Maddesinin, “yürütme yetkisi ve görevi Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” hükmünün anlamı da budur.”

Buna ilaveten Anayasa Mahkemesi'nin, daha önce açıkladığımız gibi, özelleştirme konusunu genel biçimde düzenleyen genel bir yasa yanında “özelleştirilecek her KİT için yasama organınca gerektiğinde özel bir yasa çıkarması engellenemez. Yasama organı özelleştirilecek kimi KİT'ler için anayasal ilkelere uygun olmak koşuluyla çerçeve yasaya aykırı biçimde özelleştirme kurallarında değişiklik yapma yetkisine sahip bulunmaktadır” Şeklinde ifade edilen ve özelleştirmenin, esas itibariyle; süreci ve sonucu önceden kestirilemeyen bir “piyasa işlemi” olması ile uygunluk gösteren ve yasama organına yapacağı düzenlemelerde esneklik sağlama olanağı veren bir görüşü vardır. Bu nedenle 4000 sayılı yasa'da Ulaştırma Bakanı'na tanınan yetkileri de özelleştirmeye konu olan alanın özelliklerinin bir gereği saymak mümkündür.

Nitekim bu dava ile ilgili olarak ve Ulaştırma Bakanı'na tanınan “belirsiz” ve “sınırsız” yetkileri bir “yetki devri” sayarak “Yasama yetkisi... devredilemez.” diyen 7. Maddeye aykırı bularak verilen iptal kararına dört üye muhalif kalmıştır. Bu üyelere biri yazdığı karşı oy yazısında iptal edilen fıkralarda (4000 sayılı yasa ile Telgraf ve Telefon Kanunu'na eklenen Ek 18. Maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları) “TBMM'nin yetkilerinin devri anlamına gelecek bir belirsizlik ve sınırsızlık yoktur. Başka bir anlatımla yürütme organına, subjektif hakları etkileyecek bir düzenleme yetkisi verilmemektedir.” diyerek karara katılmadığını belirtmiştir. (AYMKD, S.31, C1. s.425). Karara karşı olan diğer üç üye ise, tamamen katıldığımız daha ayrıntılı bir açıklama yapmıştır. “Yetki devri” iddiasına, özellikle özelleştirme ile ilgili davalarda, sıkça başvurulduğu için bu karşı oy yazısının “sonuç” kısmında yer alan eleştirileri aynen aktarıyoruz (AYMKD, S.31, C.1., s.433-434):

“...İptali istenen (maddelerde):

-Yasa koyucunun genel hatları ile bir çerçeve çizdiği ve bu çerçeve içerisinde yapılacak işler ve alınacak kararlar için yürütme organına yetki tanıdığı;

-Çizilen bu çerçevenin ve yürütmenin uygulama yetkisine bırakılan sahanın azlığı veya çokluğu konusunda her zaman subjektif değerlendirmelerin yapılabileceği, bu yönde bir irdelemenin “YERİNDELİK DENETİMİ”ne gireceği... (vurgulama bizim),

-...hızla değişen ekonominin kurallarına bağlı olarak alınacak kimi kararlarda geç kalınmadan işin gereğinin yapılabilmesi için çizilecek çerçevenin sınırlarının asgaride tutulmasının hizmetin gerekleri bakımından daha yerinde olacağı;

- Bu şekilde ekonominin gereklerine uygun olarak, yürütmenin daha dikkatli ve cesur davranmasının sağlanabileceği...

- Bunun sonucunda da yasa koyucunun da kimi ayrıntılarla uğraşma yerine, özellikle ekonomik konularda ana esasları tespit etme ve uygulamada yürütmeye daha geniş alan bırakma imkanına kavuşabileceği;

düşünülmektedir.”

Eğer iktisat terminolojisi ile ifade edilmek istenseydi, bütün bu sözleri şöylece özetlemek mümkündür: Özelleştirme bir piyasa işlemidir. Bu işlemin hangi koşullarla ve hangi sürede sonuçlanacağını önceden kestirmek mümkün değildir. Dolayısıyla bu konuda her ayrıntıyı yasayla düzenlemek tümüyle geçersiz bir yöntemdir. İlgili kuruluşlara bu konuda geniş bir hareket ve karar serbestisi tanımak, işin niteliği gereğidir. Bu şekilde düzenlenen bir genel yasanın “yasama yetkisinin devri”ne neden olacağı tezi geçersizdir.

### III. 3. Tekel Yaratılması (m.167 ve m.172 Yönünden İnceleme)

Özelleştirme davalarında Anayasa Mahkemesi'nin üzerinde durduğu konulardan biri de özelleştirmenin tekel yaratmayacak şekilde düzenlenmesidir. Anayasa Mahkemesi'nin bu isteminin KİT'lerin bir çok alanda fiili bir tekel halinde olması ve bu gibi KİT'lerin özelleştirilmesi halinde ortaya özel tekellerin çıkma olasılığıdır. Anayasa Mahkemesi TEK ile ilgili kararında bunu şöyle açıklamıştır: “Özelleştirilecek kuruluş tekel konumunda ise, kamu tekelinin yerini özel tekelin alması kaçınılmazdır. Kamu tekeli durumunda mal ya da hizmet üretimine Devlet'in doğrudan karışması olanağı varken, özel tekel durumunda bu olanak söz konusu olmayacak, mal ve hizmet fiyatları kamu tekeline olduğundan daha yüksekte belirleneceği gibi kalite de olumsuz etkilenecektir.” (AYMKD, S. 31, C.1., s.296).

Anayasa Mahkemesi bu şekilde ortaya çıkması muhtemel “tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyici hiç bir düzenlemeye yer vermeden” yapılan bir özelleştirmeyi, Devlet'e hem “piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemek” görevini veren 167. Maddesine ve hem de “tüketicileri koruma” görevini veren 172. Maddesine aykırı bulmuş ve iptal etmiştir.

Oyçokluğu ile alınan bu kararda eleştirilecek bazı yönler vardır. Birincisi, “kamu tekelinin yerini özel tekelin alması” tümcesinde gizlidir. Tarihsel süreç içinde bazı mal ve hizmetlerin üretimi, belli nedenlerle (sermaye birikiminin yeterli olmaması, teknik bilgi azlığı ve kaliteli

emek yokluğu gibi) zorunlu olarak devlet tarafından yapılmışsa bu, ilgili mal ve hizmet üretiminin mutlaka bir tekel halinde yapılması anlamına gelmez. Bu nedenle de özelleştirme, herşeyden önce kamu tekelinin ortadan kaldırılmasına neden olacağı için Devletin 167. ve 172. Maddelerde yer alan görevini gerçekleştirmenin bir aşaması olarak nitelendirilmelidir. Anayasa Mahkemesi, TEK ile ilgili kararında, aşağıda aynen nakledilen alıntıda da görüleceği üzere bir “doğal tekel niteliği taşıyan” tanımlaması yapmaktadır. Bu tanımlama üzerinde de durmak gerekiyor. Çünkü Anayasa Mahkemesi özelleştirme ile ilgili pek çok kararında, özelleştirmeye konu olan KİT’leri tanımlarken bu nitelemeyi kullanmaktadır. İktisat teorisinde “doğal tekel”, herhangi bir mal veya hizmet piyasasında tekel durumunda olan bir firmanın, üretimini arttırdıkça masraflarını azaltma olanağına sahip olması, iktisatçıların deyimiyile büyük ölçekli üretimin sağladığı masraf azaltıcı etkilerden yararlanması ve bu nedenle bir taraftan “aşırı kar” elde ederken diğer taraftan da bu üstünlüğü nedeniyle aynı üretim dalına ikinci bir üretici firmanın girmesine fırsat vermemesi halini anlatır. Doğal tekel durumundaki firmalar, bu özelliklerinin hem sebebi ve hem de sonucu olarak, çok geniş sabit sermaye birikimine sahiptir. Eğer Anayasa Mahkemesi, kararlarında yer verdiği “doğal tekel” kavramını bu anlamda kullanıyor ise, özelleştirme ile Devlet’in kendisine verilen “tekelleri önleme” ve “tüketiciyi koruma” görevlerinin gerçekleştirilmesi yolunda önemli bir adım atıyor demektir.

Bunun çeşitli sebepleri vardır. Birincisi ve en önemlisi özelleştirme nedeniyle Devlet’in ilgili üretim alanından çekilmesidir. Böylelikle “devlet tekeli” ortadan kalkacaktır. Özelleştirme ile daha önce devlet tekelinde bulunan bir üretim dalının özel tekele dönüşeceği iddiası yerinde değildir. Piyasanın sürükleyici gücü olan rekabet, devlet tekelinin ortadan kalkması ile birlikte, kısa veya uzun sürede, fakat mutlaka kendini gösterecek, yeni özel firmaların eğer karlı ise, bu üretim alanına girmesi söz konusu olacaktır.

Kaldı ki özelleştirmeden sonra da Devlet, başta üretilen hizmet veya mal ile ilgili bakanlık olmak üzere, çeşitli merkezi ve yerel otoriteler eliyle fiyat ve kalite kontrolü yaparak tekelleşmeyi önlemek durumundadır. Nitekim TEK ile ilgili kararda, bu konuda karşı oy kullanan üyeler de TEK’in özelleştirilmesi halinde gerekli fiyat kontrolünün Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından yapılacağını ve bu nedenle bir tekel fiyatının söz konusu olamayacağını belirtmişlerdir. (AYMKD, S.31, C.1., s.313-318).

Bundan daha önemli saydığımız ikinci eleştiri konusu Anayasa Mahkemesi’nin “özelleştirme” ile “kamu hizmetlerinin özel sektöre devri”ni bir ve aynı şey kabul etmesidir. Örneğin TEK ile ilgili kararda aynen şöyle söylenmiştir: “Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı gibi temel

kamu hizmeti üreten ve doğal tekel niteliği taşıyan ve stratejik yönden önemli olan TEK'in özelleştirilmesi, önlem alınmadığında, özel tekelleşme olanağı sağlanması, başka bir anlatımla kamu hizmetinin özel sektörü devri anlamına gelir." (AYMKD, S.31, C.1, s.296) Yukarıda da değindiğimiz gibi tarihsel süreç içinde, ülke ekonomisinin içinde bulunduğu koşullar bazı mal ve hizmetlerin özel sektör eliyle üretilmesini imkansız kılabilir ve devlet tarafından üretilmeleri kaçınılmaz olur. Nitekim Cumhuriyet hükümetleri; elektrik, demir yolu, kara yolu, posta, telefon ve telgraf gibi alanlarda "üretici" olarak görev almak zorunda kalmıştır. Bu durum, tarihsel koşullar altında devlet tarafından yapılması kaçınılmaz olan bu faaliyetleri "kamu hizmeti" yapmaz. Dolayısı ile koşullar değişip, bu hizmetlerin özel sektör eliyle ifası mümkün olduğunda özelleştirilmeye gidilmesi, "kamu hizmetlerinin özel sektöre devri" anlamına gelmez, aksine devletin tarihsel koşullardan kaynaklanan ve "asli görevleri" dışında kalan bazı faaliyetlerden kurtarılıp asli görevlerine döndürülmesi demektir.

"Kamu hizmetleri" konusu, özelleştirme nedeniyle yeniden güncellik kazanan önemli bir konu haline geldiği için aşağıda ayrıca ele alınacaktır. Bu nedenle burada, yukarıdaki açıklamaların ışığında sadece devlet tekeli halinde bulunan şirketlerin özelleştirilmesiyle özel tekellerin oluşacağı yolundaki görüşün doğru olmadığını aksine; devlet tekeli halinde bulunan şirketlerin özelleştirilmesiyle devletin, Anayasa'nın 167. Maddesi ile kendine verilen "tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme" görevi ile 172. Maddesi ile verilen "tüketiciyi koruma" görevini yerine getirmede önemli bir adım atmış olacağını belirtmekle yetineceğiz.

#### III. 4. Doğal Kaynakların Durumu (m. 168 Yönünden İnceleme)

Anayasa Mahkemesi, TEK gibi, üretimde bulunabilmesi için akarsu, göl ve maden rezervi ve benzeri doğal kaynaklardan yararlanması zorunlu olan KİT'lerin özelleştirilmesi halinde bu gibi kaynakların mülkiyetinin de özel şahıslara geçeceğini ve bu durumda da Anayasa'nın "Tabii servetler ve kaynaklar Devlet'in hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlet'e aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzel kişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin Devlet'in gerçek ve tüzel kişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzel kişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken şartlar ve Devlet'çe yapılacak, gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunla gösterilir." diyen 168. Maddesine aykırı olacağını karara bağlamıştır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre: "168. Maddeye göre Devlet'in olan doğal servetler ve kaynakların işletme hakkı gerçek veya tüzel kişilere ancak süreli olarak devredilebilir. TEK'in doğal servet ve kaynaklardan

yararlanan üretim birimlerinin varlıklarının satış yoluyla özelleştirilmesinde bunların yararlandıkları doğal servet ve kaynakların mülkiyetinin gerçek ve tüzelkişilere devri olanaksızdır.” (AYMKD, S.31, C.1, s.297). Bu görüşe dayanan Anayasa Mahkemesi, TEK’in bazı ünitelerinin özelleştirilmesini zorlaştıran şu karara varmıştır: “TEK’in doğal zenginlik ve kaynaklardan yararlanarak elektrik üreten teşekkül ve birimlerinin özelleştirilmesinin, bunların yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların işletme hakkının belli süreyle devri biçiminde olması zorunludur. Bunların işletme hakkının süresi devri biçiminde özelleştirilmeleri Anayasa’nın 168. Maddesine aykırı düşer.” (AYMKD, S.31, C.1, s.298).

Anayasa Mahkemesi’nin bu kararında dayandığı 168. Madde, hiçbir yorum yer bırakmayacak kadar açıktır. Dolayısıyla özelleştirme ile ilgili hukuki düzenlemelere (yasa ve/veya KHK) özelleştirmeye konu olan şirketlerin, faaliyetleri esnasında yararlandıkları doğal kaynakların, üretime herhangi bir nedenle son verilmesi halinde yine Devlet Mülkiyeti statüsü kazanacağını belirten bir koşul eklenmesi, veya bu tür doğal kaynakları, özelleştirilen firmanın mal varlığı dışında tutup, kiralama veya işletme hakkının belli süre için devri şeklinde bir düzenleme yapılması gerekecektir.

### III. 5. Kamu Hizmeti-İmtiyaz Sözleşmesi (m. 2, 11, 37 ve 125 Yönünden İnceleme)

Anayasa Mahkemesi’nin özelleştirme ile ilgili bazı yasaları ve KHK’leri iptal gerekçelerinden biri, özelleştirmeye konu olan faaliyeti bir “kamu hizmeti” ve özel sektöre devir işlemini de bir “imtiyaz sözleşmesi” kabul eden görüşüdür. Bu görüş nedeniyle de yasa koyucunun bunların “özel hukuk hükümlerine tabi olacağı”nı ve “imtiyaz sözleşmesi sayılmayacağını” öngören düzenlemelerini Anayasa’nın 2., 11., 37., ve 125. Maddelerine aykırı bularak oy birliği ile iptal etmiştir.

3974 sayılı ve TEK’in özelleştirilmesini düzenleyen yasa Anayasa Mahkemesi’nin E.1994/43, K.1994/42-2, K.G. 9.12.1994 kararı ile (AYMKD, S.31, C.1, s.275-306) 3996 sayılı ve yap-işlet-devret genel yasası da E.1994/71, K.1995/23 ve K.G. 28.6.1995 kararı ile iptal edilmiştir. (AYMKD, S.32, C.1, s.144-168).

Biz burada konunun 24.6.1910 günlü “Menafii Umumiyye Mütteallik İmtiyaz Hakkında Kanunu’na kadar uzanan ve Danıştay’ın konuyla ilgili çelişik kararları ile daha da içinden çıkılmaz hal alan hukuki yönü üzerinde durmayacağız.\* Bunun yerine hukuk için olduğu

\* Bu konuda Bkz: Bülent Serim; *Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özelleştirme* (Ankara; İzgi Yayınları 1994, s.255-256).

kadar iktisat için de büyük önem taşıyan “kamu hizmeti” kavramının nasıl belirlenmesi gerektiği konusu üzerinde duracağız.

Anayasa Mahkemesi, TEK’in özelleştirilmesi ile ilgili kararında: “Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür...” dedikten sonra: “Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi’nin 26.3.1974 günlü Esas 1973/32, Karar 1974/11 sayılı kararında, “...kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindedir.” denilerek, elektrik hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu açıkça vurgulanmıştır.” denmektedir. (AYMKD, S.31, C.1, s.300-301).

Anayasa Mahkemesi’nin hem bu kararına ve hem de yollama yaptığı daha eski kararına katılmak mümkün değildir. Bunun nedenini açıklamak ve “kamu hizmeti” kavramının içeriğini günümüz koşullarına uygun bir biçimde belirlemek için bazı temel iktisadi kavramları yeniden hatırlamak gerekmektedir.

Piyasa mekanizmasına dayalı liberal ekonomilerde, bazı mal ve hizmetler, sahip oldukları özellikler nedeniyle özel girişimciler tarafından ya hiç üretilmezler ya da yeteri kadar üretilmezler. Bu gibi mal ve hizmetlere “kamusal mallar” adı verilir. Örneğin ulusal savunma sistemi, polis hizmetleri, caddeler ile cadde aydınlatma sistemleri, deniz fenerleri, kent kanalizasyon sistemi, selleri önleyici barajlar, bulaşıcı hastalıklara karşı yürütülen aşı kampanyaları, bataklık kurutma hizmetleri, çeşitli istatistiklerin yayınlanması gibi pek çok mal ve hizmet kamusal mal sayılabilir.

Kamusal malların birbirini tamamlayan ikisi pozitif, biri normatif içerikli üç temel özelliği vardır. Pozitif içerikli özellikler, “tüketimde rekabetin yokluğu” ile “Bazı tüketicilerin dışlanma imkanının yokluğu” özellikleridir. Bu iki özelliği kısaca şöyle açıklayabiliriz: Bir kamusal mal üretildiği zaman, örneğin cadde aydınlatma sistemi oluşturulduğu zaman yaratılan bu olanaktan o caddeden geçen herkes aynı şekilde yararlanır. Birinin yararlanması, bir başkasının yararlanmasına engel olmaz buna “tüketimde rekabetin yokluğu” özelliği adını veriyoruz. Kamusal malların tüketimindeki bu özellik onların üretiminde de önemli bir özelliğe neden olur. Kamusal malların her yeni tüketiciye arz edilmesinin hiçbir maliyeti yoktur. Örneğin o caddeden kente yeni taşınan insanlar da geçer ve hem caddeden hem de aydınlatmadan yararlanırlar. Onlara bu hizmeti arz etmenin ek bir maliyeti yoktur. Teknik bir deyişle, her yeni tüketici açısından kamusal malın marjinal arz maliyeti sıfırdır.

Kamusal malların ikinci özelliği “bazı tüketicilerin dışlanma olanağının olmaması”dır. Yine cadde aydınlatma sistemi örneğine dönersek, bu sistem kurulup işlemeye başladıktan sonra o caddeden geçen herkes bundan yararlanır. Sokaktan geçen insanların bir kısmının bu hizmetten yararlanması, herhangi bir biçimde engellenemez.

Anayasa Mahkemesi kararlarında kamusal mal olduğu öne sürülen “su, elektrik ve havagazı”nın hiç birisi bu özelliklere sahip değildir. Örneğin elektrik üretimini ele alalım. Elektriği tüketenler arasında rekabet vardır. Bir başka deyişle bir bireyin tükettiği elektrik miktarı, bir başkasının tüketilebileceği elektrik miktarını azaltır. Buna bağlı olarak elektrik tüketicilerinin sayısı arttığı zaman elektrik üretiminin ek masraflar yapılarak artırılması gerekir. Öte yandan elektrik tüketimi belli bir ücrete tabi tutulmak suretiyle, tüketicilerden bir kısmının elektrik tüketimine engel olunması, yani dışlanması mümkündür. Dolayısıyla elektriği bir “kamusal mal” olarak nitelendiremeyiz. Aynı şey su ve havagazı için de geçerlidir.

Kamusal malların, normatif içerikli, dolayısıyla kişisel değer yargılarına göre ele alınabilecek üçüncü özelliği bu tür malların kişisel yararlar yanında, ayrıca; iktisatçıların “dışsal yararlar” veya “kamusal yararlar” adını verdiği ve toplumun bütün bireylerinin yararlanacağı bazı faydalar sağlamasıdır. Bu nedenle de toplum tarafından bu gibi mal ve hizmetlerin hem çeşitlerinin ve hem de miktarlarının artırılması istenir. Örneğin bulaşıcı hastalıklara karşı sürdürülen aşı kampanyası, sadece aşı olan kimseyi söz konusu hastalığa karşı korumakla kalmaz, aynı zamanda toplumun diğer bireylerinin de hastalığa yakalanma riskini azaltır.

Ancak önemle üzerinde durulması gereken nokta şudur: bu örneğin, yukarıdaki su, elektrik, havagazı gibi mallardan herhangi bir farkı yoktur. Aşılama işlemi de tüketimde rekabet vardır ve bir kısım bireyin böyle bir hizmetten yararlandırılmaması mümkündür. Bu gibi mal ve hizmetlerin “kamusal mal” diye nitelendirilmesi, ancak, sağladıkları bireysel yarar yanında toplumsal bir yarar, teknik deyişle “kamusal yarar” da sağladığının düşünülmesidir. Bu nedenle bu gibi mal ve hizmetlerin devletçe üretilmesi, yani bir “kamu hizmeti” sayılması görüşü gelişmiştir. “Refah Devleti” anlayışı, “kamu yararı” kavramından hareket ederek bu gibi mal ve hizmetlerin sayısını alabildiğine çoğaltmıştır. Böyle bir anlayış yukarıda sözü edilen “tüketimde rekabet yokluğu” ve “bazı tüketicilerin dışlanmaması” gibi açık ve tutarlı kriterlere dayanmamaktadır ve bu nedenle de ideolojiktir. Çünkü küçük bir hayal gücüyle, yaşadığımız ortamdaki her türlü mal ve hizmetin; hem bireysel ve hem de toplumsal yararları olduğunu söylemek ve hepsini “kamusal mal” saymak mümkündür. Böylesi bir ideolojik tercihin, piyasa mekanizmasına dayalı liberal bir toplumun ekonomik, siyasi ve

ahlaki değer yargıları ile bağdaşmayan sonuçlar yaratacağı açıktır. Bu nokta “kamusal mal” ile “kamusal hizmet” arasındaki ilişki açıklandığı zaman daha iyi anlaşılacaktır.

Kamusal malları açık ve tutarlı kriterlere dayanarak tanımlamanın önemi, “kamusal hizmetleri” belirleyici olmalarında yatar. Bir başka deyişle bir “kamu hizmeti” “kamusal mal” üreten bir hizmet olarak tanımlanmalıdır. Ancak yukarıda da değinildiği gibi “Refah Devleti” anlayışı, kamusal malların sayısını hızla çoğaltırken, nüfus artışı ve hızlı kentleşme gibi sosyo-ekonomik değişmeler, bazı kamusal malların, “kamusal mal olma nitelikleri”ni büyük ölçüde yok etmektedir. Örneğin kara yolları, bir taraftan hızla artan trafik yoğunluğu nedeniyle bir taraftan da devlet bütçe olanaklarının yeni karayolları üretme ihtiyacını karşılayamadığı için “paralı yollar” olmaya dönüşmüş ve kamusal malların yukarıda belirtilen “tüketimde rekabet yokluğu” ve “bazı tüketiciyi dışlama imkansızlığı” özelliklerini ortadan kaldırmıştır. Bu durum yukarıda sıraladığımız kamusal malların büyük çoğunluğu için söz konusudur.

Örneğin deniz fenerleri, kent kanalizasyon sistemi, barajlar, cadde, sokaklar ve bunların aydınlatılması gibi kamusal mallar bunlardan yararlanan bireylerin ya yapımına katkıda bulunarak ya da kullanırken belli ücret ödemek zorunda kaldıkları “piyasa malları” haline dönüşmüştür. Kamusal yararı tartışma konusu yapılamayacak kadar önemli olan eğitim hizmetleri dahi, en azından ilk öğretimden sonra, ücreti ödenen bir hizmet halini almıştır. Bunun nedenleri ve yaratacağı sonuçlar konumuz dışındadır. Burada üzerinde durmak istediğimiz nokta bugün, “tüketimde rekabet yokluğu” ve “bazı tüketicilerin dışlanamaması” özelliklerine sahip kamusal malların sayısının son derece azalmış olduğudur.

Bu nedenle literatürde kamusal mallar “gerçek kamusal mallar” ve “kamusal mal benzeri mallar” diye ikiye ayrılmaktadır. Ulusal savunma ve polis hizmetleri başta olmak üzere Devlet idari örgütünün yerine getirdiği hizmetler gerçek “kamusal mallar”ı temsil etmektedir. Dolayısıyla “kamusal hizmetler” de sadece “devletin idari hizmetleri”ni kapsamalıdır. Aynı şekilde; bu idari hizmetlerden bir kısmı eğer özel kişilere gördürülecekse idare ile özel kişi arasındaki bu sözleşme bir “imtiyaz sözleşmesi” sayılmalıdır.

Bu kısa analiz bizi önemli bir sonuca ulaştırır: Çağımızda kamusal mallar, devletin klasik hizmetleri olarak tanımlanan savunma, emniyet ve adalet hizmetlerinin ürettiği kamusal hizmetlerle belirlenir ve sınırlanır.

Bu nedenle Anayasa Mahkemesi’nin yukarı nakledilen kararında (ve Danıştay’ın pek çok kararında) yer alan elektrik, su ve havagazı üretim,



iletim ve dağıtım hizmetlerinin kamu hizmeti sayılması gerektiği yolundaki savı kabul edilemez. Ayrıca bu gibi hizmetlerin özel sektör eliyle yapılmasını öngören düzenlemelerin de “imtiyaz sözleşmesi” sayılması ve idari yargının ön denetimine ve yargılamasına bırakılması doğru değildir. Bugünün sosyo-ekonomik koşulları, devleti; ekonomik yaşamı düzenleyecek kuralları belirleyen, kurallara uyulmasını kolluk kuvvetleriyle ve ceza yaptırımlarıyla sağlayan “tarafsız bir yönlendirici” haline getirmiştir. Dolayısıyla “kamu hizmetleri”nin nelerden ibaret olacağı da buna göre belirlenmelidir.

Hukuk literatüründe “kamu hizmeti”nin tanımındaki belirsizlik, iktisatın belirlediği “kamusal mal” tanımı ile “kamusal mal üretimi kamusal hizmeti belirler.” ilkesi hukukçularımız tarafından benimsendiği zaman ortadan kalkacaktır. Böyle bir benimsemenin, yüzyılımızın başında çıkmış hukuki metinlerde çözüm aramaktan daha kolay olduğunu düşünüyorum.

III. 6. Anayasa Mahkemesi'nin Yürütmeyi Durdurma Kararı Verme Yetkisi Yoktur:

Anayasa Mahkemesi'nin özelleştirme ile ilgili kararları arasında üzerinde önemli durulması gerekenlerden biri de dava konusu yasanın veya KHK'nin “yürürlüğünün durdurulması” kararıdır.

Anayasa Mahkemesi bu konudaki ilk kararını 20.8.1993 günlü ve 509 sayılı “Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ile ilgili açılan “yürürlüğün durdurulması” ve “KHK'nin iptali” istemiyle açılan davada vermiştir. E. 1993/33, K. 1993/40-1 ve K.G. 21.10.1993 günlü bu kararında Anayasa Mahkemesi, söz konusu Kanun Hükmünde Kararname'nin “iptaline yönelik istem karara bağlanıp karar yürürlüğe girinceye kadar uygulamadan doğacak giderilmesi güç ve olanaksız durumları önlemek için KHK'nin YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA... OY ÇOKLUĞU” ile karar vermiştir. (AYMKD, S.29, C.1, s.562-563).

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında izlenen geleneksel şekil şartlarına da uymayan ve gerekçesi açıklanmayan bu kararıyla Anayasa Mahkemesi, ne Anayasa'da ve ne de Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da öngörülmuş bulunan bir yetkiyi kullanmaya başlamıştır.

Anayasa Mahkemesi, bir yasanın veya bir KHK'nin yürürlüğünü durdurma gerekçelerini bir başka kararında açıklamıştır. 1.3.1994 günlü 3974 sayılı kanunun yürürlüğünün durdurulması istemi ile açılan dava ile ilgili kararında (E. 1994/43, K. 1994/42-1 ve K.G. 11.4.1994) ilgili yasanın yürürlüğünün durdurulmasına karar vermiş ve bu kararın gerekçelerini de ayrıntılı biçimde açıklamıştır. (AYMKD, S.30, C.1,

s.186-208) aşğıdaki sayfa no.ları bu kaynağı yollamadır) Bunları satır başları halinde özetlersek şu gerekçeleri elde ederiz:

-“Dava kavramı içinde yürütmenin durdurulması da vardır... Yürütmenin durdurulması kararı, yargı bütünlüğü ilkesinin bir ön uygulamasıdır”. (s.188).

-“Anayasa yargısının görevi anayasal denetim süreci içinde yasama işlemlerinin Anayasa’ya uygunluğunu etkin biçimde kollamaktadır. Bunun da yolu yürürlüğün durdurulması kararı verebilmesinden geçer.” (s.188).

-“Yürürlüğü durdurma kararının “kamu yararını” ve “kamu düzenini” kollayıp gözeten niteliğı de, Anayasa Mahkemesinin yargılamalarında gerektiğinde bu önleme başvurmasını zorunlu kılmaktadır. Anayasa Mahkemesi iptal kararı verip bu yayımlanıncaya kadar, kurallar Anayasa’ya aykırı niteliğıyle yürürlüğünü ve kamu yararı açısından olumsuz etkisini sürdürür. Bu durumda, kamu yararını kollamak ve ileride giderilmesi güç ve olanaksız durumların ortaya çıkmasını önlemek için yürürlüğü durdurma yetkisinin kullanılması gerekir.” (s.188-189).

-“Yasalarda açık hükümler bulunmaması durumlarında yargıcın hukuk yaratabileceğı, çağdaş hukuk sistemlerinde benimsenen bir görüştür.” (s.190).

-“...itiraz yoluna başvuran mahkeme, davayı Anayasa Mahkemesi kararına kadar geri bırakmaktadır ki, bu bir tür yürürlüğün durdurulmasıdır.” (s.193).

Anayasa Mahkemesi, esaslarını özetlediğimiz bu gerekçelere dayanarak Anayasa’da ve kendi kuruluş yasasında mevcut olmayan bir yetkiyi kullanarak söz konusu 3974 sayılı yasayı: “uygulanmasından doğacak ve sonradan giderilmesi güç ve olanaksız durum ve zararların önlenmesi bakımından;

A. Yasa’nın iptali isteminin reddi durumunda karar gününe kadar;

B. İptal isteminin kabulü durumunda ise, iptal kararının Resmi Gazete’de yayınlandığı güne kadar,

**YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASINA... oyçokluğuyla”**

karar vermiştir.

Karara katılmayan üyelere biri Karşı Oy Yazısı’nda TEK’in kimi birimlerinin özelleştirilmesinden “giderilmesi güç ya da olanaksız durum

ve zararlar doğabileceğini ileri sürmenin bir dayanağı” olmadığını belirtirken, iki üye Anayasa Mahkemesi’nin yürürlüğün durdurulması kararı verebileceğini ancak bunun “Anayasa’ya aykırılığı açıkça anlaşılmayan konularda kullanılmasını” uygun bulmadıklarını belirtmiştir. Diğer iki muhalif üye ise hem Anayasa’da ve hem de Anayasa Mahkemesi Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’da Anayasa Mahkemesi’ne yürürlüğün durdurulması yetkisini veren bir düzenleme olmadığını ve Anayasa’nın 6. Maddesinde yer alan “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa’dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” hükmü gereği Anayasa Mahkemesi’nin böyle bir yetkiyi kullanamayacağını vurgulamıştır. (s.200-208).

Yine bir karşı oy yazısında açıklandığı gibi “ikisi 1961 Anayasası ve biri de 1982 Anayasası zamanında olmak üzere istem [yürürlüğün durdurulması istemi] şimdiye kadar üç kez Anayasa Mahkemesi’nin önüne getirilmiş ve hepsinde de Anayasa ile Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Yasası’nda kanunların yürürlüğünün durdurulması konusunda tanınmış bir yetki olmadığı gerekçesiyle istemin reddine karar verilmiştir. (6.4.1972 gün ve E. 1972/13, K.1972/18; 24.5.1977 gün ve E. 1977/60, K. 1977/81; 1.8.1985 gün ve Muhabere E. 1985/659, K. 1985/4 sayılı kararlar.) İlk ikisi oyçokluğu ile sonuncusu ise oybirliğiyle alınmıştır.” (s.206).

Bu son iki Karşı Oy Yazısına aynen katılıyoruz. Anayasa Mahkemesi’nin yürürlüğün durdurulması kararı, Anayasa Mahkemesi’ni TBMM’nin üstünde ve onun iradesini kısıtlama gücüne sahip bir konuma getirir. Bu, Anayasa’nın, yukarıda değindiğimiz 6. Maddesine aykırı olduğu gibi, Başlangıç’ta yer alan “Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu”nu belirten temel ilkesine de aykırıdır.

#### IV. SONUÇ

Özelleştirmenin temel ilke ve esaslarının Anayasa’da belirlenmemiş olması hem yasama, hem yürütme ve hem de yargı organını gereksiz ve zaman kaybettirici arayışlar içine itmiştir. Anayasa Mahkemesi, mevcut anayasal ve yasal çerçeve içinde sorunu çözümlenmeye uğramıştır. Mevcut hukuki çerçevenin, özellikle İdare Hukuku’muzu oluşturan mevzuatın yirminci yüz yılın son çeyreğinde ortaya çıkan hızlı teknolojik gelişmeye, ulusal sınırları aşan sermaye hareketlerine ve çok uluslu şirketlerin uluslararası yatırım, üretim ve dağıtım faaliyetlerine ayak uydurma esnekliğinden yoksun olması, Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda gerçekçi ve yaşadığımız dünyanın koşullarına uygun kararlar almasına imkan vermemiştir.

Mevcut hukuki çerçeve içinde, özellikle “kamu hizmeti”nin yeniden tanımı büyük önem taşımaktadır. İlgililerin 1910 yılında çıkmış yasalarda ve onları yorumlayan kaynaklarda çözüm aramak yerine, iktisatın bu konuda geliştirdiği teorileri dikkate almasının yararlı olacağını düşünüyoruz.

Anayasa Mahkemesi'nin yasa ve KHK'lerin yürürlüğünü durdurma yetkisi yoktur. Böyle bir tutumun yerleşik bir içtihat halini almasına engel olmak gerekir. Bu konuda ilk görev Anayasa Mahkemesi'nde dava açma yetkisi olan T.B.M.M. üyelerine düşmektedir. Bu üyeler T.B.M.M. nin konumunu zedeleyen bu duruma engel olmak için “yürürlüğün durdurulması” istemiyle dava açmaktan çekinmelidir.