

“ ...

## I - İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren 18.3.1994 günlü dava dilekçesinde aynen şöyle denilmektedir:

" Giriş

1 Mart 1994 tarih ve 21864 sayılı Resmî Gazete’ de yayımlanan, 3974 sayılı Kanun ile 3291 Sayılı 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Kanunu, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu, 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu, 7/11/1985 Tarihli ve 3238 Sayılı Kanun, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve 1177 Sayılı Tütün Tekeli Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanun’a ek maddeler eklenmiştir.

Bu yolla, Türkiye Elektrik Kurumunun mevcut ya da yeniden yapılanma sonucu oluşacak teşebbüslerinin özelleştirilmesine karar verme yetkisi, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının önerisi üzerine Bakanlar Kuruluna; müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri için ise, yine aynı bakanın önerisi üzerine Yüksek Planlama Kuruluna verilmiş; TEK işletmelerinin tümünün satılması mümkün hâle getirilmiştir.

Bu yasa ile daha önce bir bakanlar kurulu kararı ile ikiye ayrılan TEK’in tümünün özelleştirilmesi amaçlanmış; ayrıca aynı amaçla, birer kamu kuruluşu olan TEDAŞ (Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.), TEAŞ (Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.) ya da aynı alanda daha sonra kurulacak herhangi bir iktisadi devlet teşekkülü tarafından üçüncü kişilerle yapılacak (ve aslında birer imtiyaz sözleşmesi olan) sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyeceği hükme bağlanmıştır. Oysa hangi sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi sayılacağı öğreti ve içtihatlarla belirlenmiştir.

Aynı yasa ile Anayasa’nın 167., 168. ve 48. maddeleri gereği alınması gereken önlemler de alınmamıştır.

Söz konusu yasa, aşağıda ayrıntılarıyla anlatılan gerekçelerle Anayasa’ya aykırıdır.

I- Anayasa’nın 167., 168. ve 48. maddesine aykırılık

Anayasa’nın 167. maddesi ile devlete bazı görevler verilmiştir

167. maddenin ilk fıkrası şöyledir:

"Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler."

Doğal olarak bu görevi yerine getirecek organlardan birisi de yürütme organı olan bakanlar kurulu ve tek tek bakanlardır.

3974 sayılı Kanun'da "...teşekkül, kuruluş, müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri(nin) tamamen özelleştiril"mesi (madde 1/2) vardır, "sermayelerindeki kamu payı (nın) %50'nin altına düş"mesi (mad. 2/2) vardır; ama tekelleşme veya kartelleşmeye karşı hiçbir önlem yoktur. Ayrıca "hizmet piyasası (nin) sağlıklı ve düzenleyici işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler"de yoktur.

Anayasa'nın "Tabiî servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi"ne ilişkin 168. maddesine göre; devlet "tabiî servet ve kaynakların... işletilmesi" (ni), belli bir süre için gerçek ve tüzel kişilere devredebilir. Ancak, bu durumda gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir."

Oysa iptali istenen Kanun'da ne gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken koşullar vardır, ne de devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ile yaptırımlar düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 48. maddesi ile devlete "özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirler alma" görevi verilmiştir.

Ancak söz konusu yasada böyle bir düzenlemeye de yer verilmemiştir.

Yasa ile amaçlanan, devlete ait tesislerin özelleştirilmesidir. Başka bir anlatımla, bu tesislerin işletme hakkı özel teşebbüse devredilecektir. Ancak ne devir koşullarına ne çalışma koşullarına ne de bu işletmeleri alan özel teşebbüsün ulusal ekonominin hangi gereklerine uygun davranacağına ilişkin hiçbir düzenleme yoktur.

Oysa bu kuruluşların hizmetten yararlananın gözünde güvenilirlik kazanması, ancak çalışma koşullarının ve yükümlülüklerin herkes tarafından bilinmesi ile olanaklıdır. Bu, aynı zamanda özel teşebbüsün de kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak; çeşitli çekincelerle gerek hizmeti yürütmesini gerek hizmetin daha iyileştirilmesi için gerekli yatırımları yapmasını engellemeyecektir.

Sonuç olarak söz konusu Kanun, devlete ait bir tekel yetkisini özel kişi ve kuruluşlara devreder ve böylelikle enerji alanında bölgesel tekeller doğmasına olanak verirken bunların uyması gereken esaslar konusunda hiçbir düzenlemeye gitmediği, devletin gözetim ve denetimi nasıl yapacağını belirlemediği, uygulanacak yaptırımlara yer vermediği ve özel teşebbüsün ulusal ekonomiye uygun davranmasını sağlayacak önlemleri almadığı için; Anayasa'nın 167., 168. ve 48. maddelerine aykırıdır.

## II- Anayasa'nın 2., 5., 8., 11. ve 125. maddesine aykırılık

Bilindiği gibi 1990'da TEK'e ait kimi elektrik tesislerinin işletme hakkı, özel kuruluşlara verilmiş; yapılan sözleşmeler, Danıştay denetiminden geçirilmediği yani Anayasa'nın 155. maddesinin amir hükmüne uyulmadığı için Danıştayca iptal edilmiştir.

Söz konusu kanun ile de TEDAŞ ve TEAŞ ya da daha sonra kurulacak bir iktisadi devlet teşekkülüne ait her türden kuruluşun özelleştirme adı altında satışı düzenlenmiş ancak bunların satış işlemlerine dair hiçbir hükme yer verilmemiştir.

Üstelik bu yetmiyormuş gibi ek 5. madde ile yukarıda sözü edilen kuruluşların ya da Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının "...bu kanuna dayanarak veya diğer kanunların özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutların işletme haklarını devir almalarını öngören hükümlerine göre üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmeler (in) özel hukuk hükümlerine tabi ol (duğu ve) imtiyaz teşkil etme"yeceği belirtilmiştir.

Oysa yönetsel sözleşmenin koşulları olan;

"a) Sözleşmenin taraflarından birisinin yönetim olması,

b) Sözleşmenin, kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili olması,

c) Yönetime, özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması" hâllerinin her üçü de bu kanun kapsamına göre yapılacak devirlerde vardır.

a) Sözleşmenin taraflarından biri; kimi kez bakanlık, en azından bir iktisadi devlet teşekkülü, kısaca yönetimin bir temsilcisi olacaktır.

b) Sözleşme, bugüne kadar kamu kuruluşları tarafından yerine getirilen ve enerji gibi bir ülkedeki her yurttaşın yararlandığı bir kamu hizmetin yürütülmesi ile ilgilidir.

"Yargısal içtihatlarımızla doktrinimizde benimsenen başlıca ölçü şudur: İdarenin özel bir kişi ile yaptığı sözleşme, eğer sözleşmecinin bir kamu hizmeti yapmasını veya böyle bir hizmetin yapılmasına katılmasını öngörüyorsa, ilgili sözleşme İdarî niteliktedir."

c) Yönetime sözleşme için görünüşte özel hukuk yetkilerini aşan bir yetki tanınmamış hatta sözleşmenin "özel hukuk hükümlerine tabi" olacağı belirtilmiştir (ve bu da istemimizde iptal nedenlerinden birini oluşturmuştur) ancak, "çıkacak uyuşmazlığın idari yargı düzeninden başka bir yargı düzenine ait olacağının belirtilmesi sözleşmenin niteliğini kestirmede önem taşımaz."

Zaten;

1- Kanun'un 1/2 maddesindeki "...tamamen özelleştirilinceye kadar ...Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ilgileri devam eder."

11- 2/2. maddesindeki "Sermayelerindeki kamu payı %50'nin altına düşünceye kadar kuruluşları, faaliyetleri, organları, yönetimi, denetimi, sermaye miktarını tespiti, bu işlemleri kolaylaştırıcı tedbirleri almaya Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı yetkilidir."

111- 2/4. maddesindeki "Elektrik enerjisi dağıtım alanında faaliyet gösteren kuruluşlarının Elektrik Enerji Fonunda toplanmak üzere sektör altyapı giderlerine katkı paylarını, bunların enerji satış tarifelerinin %10'unu geçmeyecek şekilde tespiti, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı yetkilidir." gibi düzenlemeler, yönetime özel hukuk yetkisini aşan yetkiler tanındığının da kanıtıdır.

"İdari mukavelelerin en tam ve mükemmel tipi ise, imtiyaz mukaveleleridir."

"İmtiyaz mukavelesi,... bir amme hizmetinin her türlü masraf ve hasarı kendisine ait olmak üzere, idare tarafından konulacak şartlar, temin edilecek salâhiyetler ve taahhüt olunan malî menfaatler mukabilinde hususî bir şahıs tarafından ifasını tazammun eden mukaveledir."

"Bunlar, gerek diğer âkidin yani hususi şahsın vecibelerinin mevzuu bir amme hizmetinin kurulması ve işletilmesi olması ve gerek bu şahsa hizmetin götürülmesini temin için fertlere karşı amme kudretine dayanan birtakım salâhiyetlerin tanınması ve gerekse idarenin hizmetin muntazam ve müstekâr bir tarzda ifasını sağlamak için diğer âkide karşı medenî hukuk mukavelelerinin verdiği normal salâhiyetlere mâlik olması bakımından İdarî mukavelelerin tekml karakterlerini haizdir."

"...yardımlı veya yardımsız, menafî garantisini muhtevi veya garantiden arî olarak bir amme hizmetinin masrafı kendisi tarafından yapılmak ve kendisine hizmetten müstefid olanlardan muayyen bir tarife dairesinde bir ücret istifası hak ve mezunuyeti verilmek suretiyle bir ferde veya bir şirkete uzun bir devre için gördürülmesi ve onun bu hizmetle mükellef tutulması esasına müstenit bulunan mukavelelere amme hizmeti imtiyaz mukaveleleri denir."

Anayasa'nın 155. maddesine göre "imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek", Danıştay'ın görevleri arasında sayılmıştır. Bu son derece açık hüküm gereği, kamuya ait elektrik, üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme hakkının devri, bir imtiyaz sözleşmesinin konusu olacak, bu nedenle de Danıştay denetiminden geçecektir ve normal olarak; yaptığı sözleşmelerde "kamunun çıkarlarını kollayan" idarenin bundan çekinmesini gerektiren bir durum yoktur.

Ancak söz konusu Kanun'la, bir imtiyaz sözleşmesi yapılırken bunun zorlama yollarla idari yargı denetimi dışında bırakılmaya çalışılması akla ciddi sorular getirmektedir. Unutulmamalıdır ki Türkiye, yeni devletini kurarken bir önceki devletin yıkılışına neden olan imtiyaz sözleşmeleri konusunda çok hassas davranmış ve 1924 Anayasası'nda bunların denetimini doğrudan TBMM'ye bırakmıştır.

Bugün yeniden aynı sömürü biçimleri yaratılmaya çalışılırken Anayasa'nın 8. maddesiyle kendisine verilen "yetki ve görevi ... Anayasa'ya uygun olarak kullan"makla görevli olan yürütmenin imtiyaz sözleşmelerini Anayasa'nın öngördüğü İdarî yargı denetiminin dışına çıkarmaya çalışması, Anayasa'ya ciddi bir aykırılık oluşturmaktadır.

Çünkü Anayasa'nın 125/1. maddesine göre idarenin her tür eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır ve bu Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerinde düzenlenen sosyal hukuk devletin de bir gereğidir.

Ancak söz konusu yasa ile idare, yönetsel işlemlerini (burada yönetsel sözleşmelerini) denetime tabi tutulması gereken yönetsel yargı alanının dışına taşımış; diğer bir deyişle kaçırmıştır.

Çünkü burada yapılacak asıl denetim, devletin kendisine ait bulunan tesislerin işletme hakkını özel kişi ya da kuruluşlara devrettiği yönetsel sözleşmelerin "hukuka uygunluğu" denetimidir.

Ek 5. madde ile en başta daha önce bir TEK kuruluşunun imtiyaz sözleşmesini kendi denetiminden geçirilmediği için iptal eden Danıştayın bu denetimi engellenmektedir.

Anayasa'nın 11. maddesi ile de "Anayasa hükümleri(nin) yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları" olduğu hükme bağlanmışken bu yasa ile yürütmenin Anayasa'nın diğer maddelerinde kendisini bağlayan hükümlerin dışına çıkması sağlanmıştır ki bu da 11. madde yönünden Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır.

Sonuç olarak söz konusu Kanun'un ek 5. maddesi yukarıda belirtilen nedenlerle Anayasa'ya aykırıdır.

Ancak, bu madde gereğince yapılacak sözleşmeler, önceki dört maddeyi de etkileyecek; yasanın asıl amacı olan "özelleştirme"yi Anayasa'nın emri olan yönetsel yargı denetiminin dışında bırakacak; böylece yasanın tümü için Anayasa'ya aykırı bir durum doğacaktır.

Bu nedenlerle yasanın tamamı Anayasa'ya aykırıdır.

### III- Yürürlüğün Durdurulması Gereği

Anayasa'nın 153/5. ve 153/1. madde hükümleri ne yazık ki idare tarafından Yüce Mahkeme'nin iptal kararı Resmî Gazete'de yayımlanana kadar Anayasa'ya aykırı uygulamaların devamı için bir mazeret olarak kullanılmakta ve bu durum, Anayasa'ya aykırı uygulamalar için anayasal bir gerekçe oluşturmaktadır.

İptali istenen yasa hakkında Yüce Mahkeme kararı Resmî Gazete'de yayımlanana kadar geçecek sürede de idare, aynı yolu izleyerek imtiyaz sözleşmeleri ile elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesislerinden bir bölümünün işletme hakkını devredebilecek ve böylece yasa iptal edilse bile kimi tesisler özel kişilere geçmiş olacaktır.

Daha önce kimi devlet arazilerinin yabancılara satışı, milletvekillerine süper emeklilik hakkı verilmesi vb. konularda olduğu gibi Anayasa'ya aykırı uygulamalar, Anayasa'nın 153. madde gereği yasallaştırılabilmekte ve bu, kamu adına telafisi mümkün olmayan zararlara yol açmaktadır.

Bunu gözönüne alan Anayasa Mahkemesi, 509 sayılı KHK'nın iptali davasında, 1993/33 Esas, 1993/40-1 Karar sayılı ve 21.10.1993 tarihli kararı ile "yürürlüğün durdurulması" kararı vermiştir. İptali istenen yasa için de aynı durum söz konusudur. Bu nedenle "yürürlüğün durdurulması" kararı da istenmektedir.

### Sonuç ve İstem

Yukarıda belirtilen neden ve gerekçelerle, 1 Mart 1994 gün ve 21864 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 3974 sayılı Kanun'un

a) Uygulanmasının devamı halinde telafisi mümkün olmayan durumlar yaratacağından YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI'na,

b) Anayasa'nın 167., 168., 48., 2., 5., 8., 11. ve 125. maddelerine aykırı olması nedeniyle İPTALİNE karar verilmesini,

aşağıda ad ve imzaları bulunan milletvekilleri olarak arz ve talep ederiz." ..."