

ANKARA BAROSU SAYIN BAŐKANLIĐI'NA

KONU _____ : 01.12.2010 – 02.12.2010 TARİHLİ ULUSAL BASINDA YER VERİLEN YASA TASARISI İLE İLGİLİ GÖRÜŐLERİMİZİN SUNULMASIDIR.

ANLATIM _____ : **1.** Tasarının tam metni TBMM resmi internet sitesinde yer almakla; görüşlerimiz basında yer alan haberler bağlamında kaleme alınmıştır.

2. 01.12.2010 tarihinde Ulusal basına yansıyan haberlere göre, Yasama organının “Kamu alacaklarının yeniden yapılandırılması ve istihdam paketine ilişkin torba kanun tasarisına, **bazı özelleştirmelerde verilen iptal kararlarını ortadan kaldıran, 93. Madde ile 4046 s.K.’na ‘Geçici 25. Madde’ eklenmesi**” yönünde bir tasarı hazırlandığı belirtilmektedir (gazete kesik’leri dilekçemiz ekindedir).

2.1. Yüksek Danıştay ve yerel İdare Mahkemelerinden verilen “özelleştirmenin iptali, ihale komisyon kararının iptali, ihale şartnamesinin iptali, vs” yönündeki kararları uygulanamaz hale getirecek olan böylesi bir tasarının yasalaşması verili mevzuatımıza göre mümkün değildir, olamamalıdır. Öyle ki, benzeri nitelikteki pek çok dava derdesttir ve **tasarının yasalaşması, devam eden davaları akamete uğratacak olup, olası çıkarılacak olan yasa, başta Anayasanın 2, 11, 90 ve 138. maddelerine aykırı olacağı gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesine de aykırı** olacak, akamete uğrayan dava dosyaları dâhil olmak üzere pek çok dava dosyasının AİHM’ne taşınması halinde Ülkemiz, yasalaşması beklenen yasa ile sözde elde edeceği “yarar”dan daha fazlası bir oranda, tazminatlara mahkûm edilebilecektir. Nitekim AİHM’nin geçmişte, Ülkemizdeki özelleştirme işlemlerine ilişkin verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının uygulanmaması nedeniyle yapılan başvuruları Türkiye aleyhine olarak sonuçlandırmıştır.

2.2. Tasarının yasalaşması halinde, olasılıktır ki, derdest davalar ile ilgili olarak da bir hükme yer verilebilecek ya da derdest davalarda verilecek kararları da “etkisiz” hale getirebilecek bir hükme de yer verilebilecektir. Bunun yanında, bir an için bu yönde bir hükme yer verilirse bile, hâlihazırda özelleştirme işlemleri sonucu “kamu hizmeti ya da malını satın alan” alıcılar yönünden, işletmeyi devretmemek

uğruna yöntemler içeren bir içerik ortaya çıkacak, yargılama sonuçlanıncaya kadar alıcı, bu yöntem üzerinden “önlem” alacak ve yargı yerinden y.d. ya da iptal kararı verilse bile, bu kararlar dahi uygulanamaz hale gelecektir. Başka bir anlatımla, tasarının yasalaşması yalnızca bugünü değil ve fakat geleceği de, anlatılan haliyle olumsuz etki alanına alabilecektir. Böylesi bir aşamada, **“kanunlar geriye yürümez”** ya da **“her dava açıldığı tarihteki maddi ve hukuki koşullara göre sonuçlandırır”** yollu hukuk kuralları da, nihayetinde uzun bir tartışma ve yargılama sürecine mal olacaktır.

2.3. Tasarının yasalaşması halinde, yasanın Anayasaya aykırılığı ileri sürülebilecektir. Ancak böylesi bir sürecin dahi hangi tarih aralıklarında sonuçlanabileceği hususu, verili ortam ve koşullarda, “belirsiz”e yazgılı bir husustur. Sorun, özelleştirme olarak bilinen uygulamaların yanında olmak ya da karşısında olmak sorunu değil; Hukuk Devleti’nin yanında olmak ya da karşısında olmak sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim, geçmişte de benzeri nitelikte girişimler olmuş ise de, gelinen tarih itibarıyla ve geçmişe oranla, Ulusal ve ulus üstü mevzuat, bu yöndeki girişimlerin engeli olmalıdır:

2.3.1. *“... Anayasa Mahkemesi 24.12.2003 günü verdiği bir kararla, yargı kararlarına uymayan yasama organının da böyle bir yetkisinin olmadığını; bu nedenle verilmiş bir mahkeme kararının sonuçlarını bertaraf etmek için yapılan bir yasal düzenlemenin anayasaya aykırı olduğunu tespit ve kabul ederek iptaline hükmetmiştir. Sorun, THK’nun çalışmalarını düzenleyen tüzüğün Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlükten kaldırılması ve yine bu kararla kurumun yöneticilerinin görevlerine de son verilerek hükümetçe yeni bir tüzük hazırlanıp yürürlüğe konulmasından kaynaklanmıştır. Görevden alınanlar hukuka aykırı olan bu düzenleme dolayısıyla yürütmeyi durdurma istemi ile adli ve idari yargıda davalar açmışlar; her iki yargı yeri de dava sonuna kadar yürütmeyi durdurmaya karar vermiştir. İşte bu kararların gereklerini yerine getirmekten kaçınmak amacıyla Bakanlar Kurulu acele olarak bir yasa tasarısı hazırlamış ve Meclise sunmuştur. / Meclis bu tasarıyı ivedilikle görüşerek kabul edip kanunlaştırmıştır. Bunun üzerine davaları görmekte olan Danıştay ve Yargıtay, sözü geçen yasanın, davaların konusu ile doğrudan ilgili hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptalini dava ettiler. / Yukarıda andığım Anayasa Mahkemesi iptal kararı, işte bu dava üzerine verilmiş olan karardır. Bu kararın ağırlık noktası şudur: Yürütme ve idare başta olmak üzere hiçbir organ, kişi veya makam yargı kararlarına aykırı işlem yapamaz ve kararın gereklerini yerine getirmekten kaçamaz. Bu sayıma yasama organı da dahildir. (...) / Mahkeme kararı terimi, bir dava ilişkisi içinde mahkemenin vereceği bütün kararları kapsar. Yani, bu kapsama yürütmeyi*

*durdurma kararları da girer. Çünkü onlar da mahkeme kararıdır. (...)*¹ denilebilmiş, yine

2.3.2. Yüksek Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na ait 27.12.2007 tarih ve YD İtiraz No:2007/939 sayılı yürütmenin durdurulması kararında “.. Özelleştirme uygulamaları idari işlemler yoluyla gerçekleştirildiğinden, bu işlemlere karşı açılan iptal davalarının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden yargısal denetime tabi tutulmaları gerekmektedir. Özelleştirme işlemlerinin iptali istemiyle açılan davalarda yargısal denetimin hukuka uygunluk denetimi olduğu, yerindelik denetimini içermediği hususunun göz ardı edilmesi hukuken mümkün değilse de özelleştirmeye ilişkin işlemlerin teknik özellikler taşıdığı, siyasi iktidarların tercihlerini yansıttığı, dolayısıyla yargısal denetiminin daha ziyade işlemin yetki ve şekil unsurları üzerinde yapılabileceği de hukuken kabul edilemez. Bu çerçevede konu değerlendirildiğinde özelleştirme işlemlerinin yetki, şekil, sebep ve konu unsurlarının yanı sıra maksat yönünden de hukuka uygunluk denetiminin yapılması zorunludur. Bütün idari işlemlerin kamu yararı maksadını taşıması gerektiği tartışmasızdır. İdare işlem tesis ederken kişisel, siyasal, üçüncü kişilere yarar sağlama amacı gütmemeli, mali çıkar sağlama² amacıyla yetki saptırması içinde bulunmamalı, ayrıca birden fazla kamu yararının çatışması durumunda ‘üstün kamu yararını’ dikkate almalıdır. Dolayısıyla idari işlemin maksat yönünden yargısal denetimi de işlem ile sağlanan her türlü yarar ve işlemin ortaya çıkardığı tüm sakıncalar göz önüne alınarak yapılmalıdır. Ayrıca, yasada özel bir amaç belirlenmiş ise işlemin bu amaca uygun olması gerektiği de kuşkusuzdur.(...) 4046 sayılı Kanun özelleştirme uygulamalarında ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamayı amaçladığına göre; petrokimya ürünlerine olan talebin sürekli arttığı ülkemizde, yapılan yatırımlarla üretim kapasitesi artan ve kar eden büyük bir petrokimya kompleksi olan PETKİM'in %51 oranındaki kamu hisselerinin özelleştirilmesinde **üstün kamu yararı** bulunmadığı sonucuna varılmıştır. (...)”denilebilmiş,

¹ **Aydın AYBAY**, *Yargı Kararlarının Uygulanması*, Cumhuriyet Gazetesi, 16.09.2004 tarihli nüsha, s.2; “mevzuatta meydana gelen değişikliğin, yargı kararının uygulanmasını imkansız kılmayacağı” (D.1.D., 11.12.2003, E:2003/159, K:2003/169).

² “**Mali değerlendirmeler hukuki olarak idarenin mali çıkarlarının tanınması veya bunların tatmin yöntemlerinin üzerinde etkili olsa bile, idarenin mali çıkarları ilke olarak kamu yararı değildir.**” Prof. Dr. Didier TRUCHET, *Fransız Danıştay'ı Kararlarında Kamu Yararı: Kaynağa ve Dengeye Dönüş* isimli makale (Çev.:Doç. Dr. E. Ethem ATAY), Prof.Dr. A.Şeref GÖZÜBÜYÜK'e Armağan, s.370-371, Turhan Kitabevi, 2005/Ank.

2.3.3. “... Yakın tarihlerde Türkiye ile ilgili bu konuya ilişkin kararlarda, yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle ardı ardına AİHM’den ihlal ve tazminat kararları çıkmıştır. Bergama ilçesinde altın madeni arama ve işletme faaliyetlerine karşı açılan iptal başvurularında Danıştay aşamasında kesinleşen yargı kararlarının uygulanmaması (üstelik uygulanmayacağına dair Bakanlar Kurulu Prensipten Kararı alınması) AİHM tarafından Sözleşme’nin 6/1. Maddesinin ihlali anlamına geleceği saptamasında bulunulmuştur. ‘...Başbakanlığın talimatıyla verilen bakanlık izinleriyle... başlayan deneme niteliğindeki üretim faaliyetinin hiçbir yasal dayanağı bulunmamakta olması nedeniyle bu durum [iptal edilen ruhsata rağmen faaliyete devam etme] yargı kararının dolanılması anlamına gelmektedir. Böyle bir durum, hukukun üstünlüğü ve hukuk güvenliği ilkelerinin dayandığı hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır...’ / Yargı kararının uygulanmasını istemek aynı zamanda ‘hukuksal kesinlik hakkı’ (right to res judicata)’nın bir gereğidir. Bu nedenle iptal kararının yerine getirilmesi sadece doğan zararın tazmin edilmesi ile sağlanamaz. Kişinin hukuksal durumundaki belirliliğin sağlanmasına yönelik her türlü önlemin alınıp, işlemin olumsuz sonuçlarının silinmesi gerekir. / (...) Keza bir idari işlemi tamamlayan ikincil derecedeki (accessory) ve bağlı nitelikteki işlemler de yerine göre iptale konu olan karardan etkilenmektedir. Fransa uygulamasında bu türden işlemler yargı yeri tarafından ‘sonuç yoluyla iptal’ (annulation par voie de consequence) uygulamasına tabi tutulabilmektedir. Birbirine neden-sonuç bakımından sıkı sıkıya bağlı olan ve biri diğerinin uygulama işlemi olduğu düşünülen bir işlem iptale konu olabilmektedir. (...)”³ denilebilmiş ve

2.3.4. “... (B)ir mahkeme tarafından verilen hükmün yerine getirilmesi, yargılamanın bütünüleyici bir parçası olarak görülmelidir. (...) bir davada davacının etkili biçimde korunması ve hukuki durumun düzeltilmesi için, idari makamların bu mahkemenin kararına uyma yükümlülüğünün bulunmasını gerektirir. Mahkeme bu bağlamda idari makamların, hukuka bağlı Devletin bir unsurunu oluşturduğunu ve bu nedenle idari makamların menfaatlerinin adaletin gereği gibi yerine getirilmesiyle örtüşüğünü gözlemlemektedir. (...)” (AİHM, Hornsby-Yunanistan, 19.03.1997-18357/91 (Esas Hk.) denilebilmiş olması karşısında,

2.3.5. Ulusal Basında sözü edilen tasarının yasalaşması mümkün değildir, olmamalıdır. Nihayetinde, TBMM tüzel kişiliği, böylesi bir tasarımı yasaya

³ Dr. Müslüm AKINCI, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, s. 408, 412; Turhan Kitabevi, 2008/Ankara.

dönüştürmesi halinde, tüzel kişiliğe karşı, özelleştirmelerin iptali kararlarından yarar umanlar (işçiler, memurlar, vd) ve benzeri hukuksal konumda olanlar tarafından “maddi-manevi tazminat” istemli davalar (AY md. 2, 11, 90 ve 138’e aykırılıktan) açılabilir. Ancak bu dahi çözüm değildir ve yurttaşları bu yöne itecek tüm girişimlerden kaçınılmalıdır.

3. Merhum Prof. Dr. Özdemir ÖZOK, yürütme organının, yasama organının önüne “tasarı” olarak götürüp de yasalaşmasını sağlayamadığı kimi düzenlemeleri bu kez *uluslararası sözleşme üzerinden yasalaştırma gayretine girebileceğine* dikkat çekmiş ve Anayasanın 90.maddesine eklenen son fıkrayı eleştirmiş ve *milletlerarası andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde uygun bulunması için yapılan görüşmelerin, çok özensiz bir biçimde yapıldığını, bu tür çalışmaların Meclis’in verimsiz dönemlerinde yeterli inceleme yapılmadan gerçekleştirildiğini, bu şekilde yürürlüğe giren milletlerarası andlaşmaların iç hukuk hükümlerine oranla üstün tutulmasının ne kadar doğru ve hukuki olduğunu, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin onayı, yani Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin iradesi, katılımı olmaksızın bazı milletlerarası andlaşmaların, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin iradesinin bir ürünü olan yasalar karşısında üstünlük kazanmasının Anayasa’nın 7. maddesinde yer alan “yasama yetkisinin devredilmezliği” ilkesiyle çeliştiğinin söylenebileceğini, öte yandan, **yürütme organının, yasama organından geçiremeyeceğini düşündüğü kimi düzenlemeleri bu yolla yasama organının denetiminden / iradesinden kaçırmaya çalışmasının mümkün olduğunu, ayrıca 90. maddeye eklenen yeni tümcede ‘temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmelere’ üstünlük tanınacağı ve fakat hangi andlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma sayılacağı konusunda bir açıklık bulunmadığı, aynı şekilde milletlerarası andlaşmalar ile iç hukuk hükümleri arasında uyumsuzluk olup olmadığını kimin tespit edeceği sorusunun cevapsız olduğunu (...)**⁴ söyleyebilmişti. Görünen odur ki, yürütme organının “yasama organından geçiremeyeceği” bir yasa tasarısı ve bu yönde bir kaygısı kalmamıştır. Anayasanın 2. maddesinin ve Anayasanın en mağdur maddesi olan 138. maddesinin hiçbir önemi kalmamış, 2 ve 138. maddeler “de facto” yenilmiştir. Ve artık mağluplara kimse saygı duymamaktadır.*

⁴ **Prof. Dr. Özdemir ÖZOK**’un, “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md.90/son)” Konulu Ulusal Toplantının Birinci Oturumuna Sunduğu Önbildiri’den, Aktaran: Türkiye Barolar Birliği Yay., “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md.90/son)”, s.9,10; 2005/Ankara.

4. İptal kararlarının uygulanmamasına ilişkin yerleşik bir uygulama vardır ve özelleştirme işlemlerine yönelik y.d. ya da iptal kararlarının uygulanmaması bilinmeyen bir uygulama değildir elbette. Ancak idarelerin, yürütmenin tasarrufları olarak ortaya çıkan böylesi bir uygulamanın, Yasama organının tasarrufuna dönüşecek kerte abartılmış olması bir vahameti işaret etmektedir ve hepimiz dahil, hiçbir yurttaşın hukuksal güvenliğinin kalmadığının somut görünümüdür. Takdir olunur ki, “kişiyeye özel” yasa çıkarılması, yasama organının benimseyeceği bir tasarruf türü olamaz. Ancak sözü edilen tasarının yasalaşması halinde, bu kuralın dahi ihlal edildiği net bir biçimde gözlenebilecektir. Bu gözlem, 2002 yılından bu yana kaç adet özelleştirme işlemi tesis edildi, bunlardan kaç adedi İdari Yargı Yerlerince iptal edildi sorusu yanıtlandığında, yalnızca alanın uzmanları tarafından değil ve fakat tüm kamuoyu tarafından da gözlenebilir hale gelecektir. Bu yöndeki makale çalışması da dilekçemiz ekindedir.

5. Tasarının yasalaşması halinde, bu yasa, Anayasanın 2, 11, 90 ve 138.maddelerine aykırı olacağından Sayın Başkanlığınızdan bu yönde ve en ivedili bir biçimde gerekli hukuksal hazırlıkların yapılmasını saygılarımızla arz ederiz.03.12.2010

Av. Ali ALTAY
(17773)