

ÖZELLEŞTİRME UYGULAMALARINDA YOLSUZLUK VE ALINMASI GEREKEN ÖNLEMLER

CORRUPTION ON THE PRIVATIZATION
AND MEASURES HAS TO BE TAKEN AGAINST TO IT

Hasan DURSUN*

Özet: Özelleştirmenin gerekçelerinden birisi kamu işletmelerinin özel sektöre devredilerek yolsuzluğun ortadan kaldırılmasıdır. Ancak bu gerekçe, yolsuz bir şekilde özelleştirmenin kılıfı olamaz. Özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğa karşı etkin savaşım verilebilmesi amacıyla hukuk, ekonomik ve kamu yönetimi alanında köklü önlemlerin alınması gerekmektedir. Ayrıca, özelleştirmeyi iptal eden yargı kararlarına da zamanaşımı olmaksızın uyulması gerekir.

Anahtar Sözcükler: Özelleştirme, yolsuzluk, yargı kararlarına uyum, ihale, etik kurallar.

Abstract: One reasoning for privatization is to eradicate of corruption. However, that reasoning cannot be mask for corrupt privatization. To combat effectively against corrupt privatization, scope of legal, economy and public administration measures have to be taken. Besides, without time limitation, court decisions that annulled the privatization have to be enforceable.

Keywords: Privatization, corruption, conformity with court decisions, auction, ethical rules.

Özelleştirme için sunulan gerekçelerden birisi, kamunun sahip olduğu mal varlığının özel kesime geçirilerek yolsuzluğun önlenmesidir. Gerekçe bu şekilde ortaya konulduğunda özelleştirme yapılmasına kimse itiraz etmemektedir. Ancak dünyada yapılan özelleştirme uygulamaları, yolsuzluğun azalmasına yol açmamış, daha açık bir de-

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) doktora öğrencisi.

yişle, yolsuzluğun kabuk değiştirerek başka bir şekle bürünmesine yol açmıştır.

Bu çalışmada, özelleştirme ve yolsuzluk konusunda genel bir bilgi verilecek, daha sonra ise özelleştirme ile yolsuzluk arasındaki ilişki üzerinde durulacak, sonunda ise Türkiye'deki özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğu önleyebilmek için alınması gereken önlemler üzerinde durulacaktır.

I. GENEL BİLGİ

Özelleştirme; değişik bilim alanlarına göre farklı şekillerde tanımlanabilmektedir. Ekonomi bilimi açısından özelleştirmeyi dar ve geniş olmak üzere iki boyuttan tanımlamak olanaklıdır. Gerçekten de, Geriş'in belirttiği üzere, bunlardan dar anlamda özelleştirme, kamu iktisadi kuruluşlarının mülkiyetinin kısmen veya tamamen özel şahıs ve kuruluşlara devredilmesidir. Geniş anlamda özelleştirme ise; kamu ekonomik kuruluşlarının mülkiyetinin özel kişi ve kuruluşlara devredilmesi yanında, kamu kesimi tarafından üretilen mal ve hizmetlerin finansmanının özel kesimce sağlanması, yönetimin özel kesime devri, mal ve hizmetlerin üretimindeki kamu tekellerinin kaldırılması ile piyasaya kamunun müdahalede bulunmamasıdır.¹ Geniş anlamda özelleştirmeyi, kısaca, devletin mal ve hizmet üretimi biçimindeki iktisadi faaliyetinin azaltılmasını; ekonomide piyasa düzeneğini en iyi şekilde yerleştirilmesini; serbest girişimin faaliyette bulunmasını sağlamak için yasal ve yapısal çerçeveyi sağlanması şeklinde ifade etmek olanaklıdır.²

Özelleştirmeyi hukuk bilimi açısından da tanımlamak olanaklıdır. Hukuk bilimi açısından özelleştirme; kamu iktisadi teşebbüslerinin yönetiminin özel kesime devredilmesidir.³ Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, özelleştirme bağlamında, hukuk bilimi açısından önem taşıyan husus, kamu ekonomik kuruluşlarının *yönetiminin özelleştirilmesi* olmaktadır.⁴

¹ Geriş, *Türkiye'de Özelleştirme ve Türk Telekom Örneği*, s. 15.

² *Sorunlar ve Görüşler*, TİSK, s. 145.

³ Bkz. Baytan, *Özelleştirme*, s. 5.

⁴ A. g. e.

Özelleştirmenin olduğu yolsuzluğun da değişik bilim alanlarında farklı tanımları yapılmaktadır. Bu bağlamda, yolsuzluğun, hukuki, felsefi, ekonomik ve kültürel tanımlarını yapabilmek olanaklıdır. Bununla birlikte, günlük yaşamda kullanılan “*yolsuzluk*” sözcüğünün sınırlarını tam olarak belirlemek olanaklı olamamaktadır. Çünkü çoğu durumlarda, kullanılan yolsuzluk kavramının içeriğinde birbirine geçişler (overlapping) görülmektedir.⁵

Değişik bilim alanlarının farklı yolsuzluk tanımlarının ortak noktalarını alarak öğretilen, en kapsamlı ve bütüncül yolsuzluk tanımı; van Duyne tarafından yapılmaktadır. Daha somut bir deyişle, van Duyne, yolsuzluk kavramının değişik bilim alanlarındaki ortak unsurlarından hareketle şöyle bir tanım yapmaktadır: *Yolsuzluk, karar alma sürecinde karşılaşılan bir uygunsuzluk veya bozulma olup, karar vericinin (özel sektörde veya kamuda), karar verme sürecinde, karar için aranan ölçütlerden, kararı haklı göstermeyecek bir takım çıkar ya da çıkar beklentileri veya çıkar sözü karşılığında ayrılmaya rıza göstermesidir.*⁶

Kanımca, van Duyne'nin yapmış olduğu bu yolsuzluk tanımından uygulamada oldukça yaygın bir şekilde yanlış anlaşılan iki hususun doğrusu açıklığa kavuşmaktadır. Bunlardan birincisi, zimmet ve ihtilas suçlarının karar vermeye bir ilgisi bulunmadığından, yolsuzluk olarak değil hırsızlık olarak adlandırılmasının daha doğru olacağıdır. İkincisi ise, vermiş olduğu kararlardan ötürü kimseye hesap verme yükümlülüğü altında bulunmayan kral, diktatör gibi kimselerin yapmış olduğu yasa dışı işlerin yolsuzluk olarak değil yine hırsızlık olarak adlandırılmasının daha doğru olacağıdır. Çünkü bu kimselerin vermiş olduğu kararların haklı olup olmadığı tartışılmamakta ve karar için aranan ölçüt veya ölçütsüzlüğü yine bu kimseler oluşturmaktadır.⁷

Bu yolsuzluk tanımıyla, van Duyne, yolsuzluğun evrensel olduğunu vurgulamakta ve ona karşı tepki ve savaşım verilmesinde kişilerin sorumluluğunu açık bir şekilde göstermektedir.⁸

⁵ van Duyne, *Combatting Corruption: Acts and Attitudes*, s. 23.

⁶ A. g. e.

⁷ Van Duyne, a. g. m., s. 24.

⁸ Levay, *Combatting Corruption*, s. 74.

Bununla birlikte, van Duyne'nin yapmış olduğu yolsuzluk tanımının hem olumlu hem de olumsuz yönleri⁹ bulunmaktadır. Gerçekten de, söz konusu tanımın öncelikle, olumlu unsurlarından başlamak gerekirse, van Duyne, yapmış olduğu tanımla, sosyal dizge (system) ve tarihsel süreçten bağımsız olarak yolsuzluğun genel niteliğini (characteristics) açıkça ortaya koymuştur. Bundan da öte, van Duyne'nin tanımı, dizgenin yolsuz olduğunu ve kişilerin sadece ona uyacağı şeklindeki göreceli ve yanlış bir ahlaki yargıya da yer vermemiştir.¹⁰

Ancak, az önce belirtildiği üzere, van Duyne'nin yapmış olduğu yolsuzluk tanımının bazı olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Gerçekten de, Levay'ın belirttiği üzere, van Duyne'nin yapmış olduğu yolsuzluk tanımı her şeyden yolsuzluğun tarihsel yorumu bakımından elverişli değildir. Bundan da öte, söz konusu tanım, yolsuzluk olgusunun yasal ve yasal olmayan boyutları bakımından ortaya çıkan sorunlara bir çözüm getirmekten de uzaktır. Çünkü yolsuzluk konusunda ceza hukuku politikası bakımından kaçınılmaz bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede; "*yolsuzluk*" ve "*yolsuzlukla ilgili suçlar*" ibaresi eş anlamlı kavramlar değildir. Diğer yandan, yolsuzluk olgusunun yasal ve yasa dışı boyutu bakımından sınırlarının saptanması, yolsuzluğa karşı ceza hukuku önlemleriyle verilecek tepkinin sınırlarını saptamak açısından da önemlidir.¹¹

Öte yandan, van Duyne'nin yapmış olduğu yolsuzluk tanımı, yolsuzluk olgusunun yükselmesine yol açan temel sosyo-ekonomik unsurların dizgesel açıklamasını yapmak bakımından da kısmi bir eksiklik taşımaktadır. Gerçekten de, yine Levay'ın belirttiği gibi her toplumda görülen yolsuzluğun genel niteliğinin yanı sıra, yolsuzluğun değişik sosyo-politik dizgelerde farklı nitelik taşıyan özellikleri de bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, yolsuzluk her toplumda özdeş özellikleri göstermemekte, sadece o toplumun dizgesine özgü farklı nitelikleri bünyesinde barındırmaktadır.¹² Bu çerçevede, yolsuzluğun her toplumsal dizgede nasıl özgül niteliklere sahip olduğunu gösterebil-

⁹ Her ne kadar van Duyne'nin yapmış olduğu tanım kapsamlı ve bütüncül bir nitelik taşısa da.

¹⁰ Levay, a. g. m., s. 74.

¹¹ Levay, a. g. m., s. 74-75.

¹² Levay, a. g. m., s. 75.

mek açısından sosyalist bir düzende yolsuzluğun nasıl işlediğini incelemek uygun olacaktır.¹³

Sosyalist politik-ekonomik dizgenin ayırt edici karakteri, malların ve hizmetlerin olduğu kadar gücün de belirli bir merkezde toplanmasıdır. Daha açık bir deyişle, sosyalist rejimlerde, güç, tek partide (komünist partisinde) toplanmıştır. Bu tek parti, parlamento ve yerel seçimleri kontrol etmiş, bu ülkelerde bağımsız yargı ve basın özgürlüğü sağlanamamıştır. Sosyalist ülkelerde tam anlamıyla temsili bir demokrasiden veya siyasi gücün ve özeysel (merkezi) ve yerel uygulamaların saydamlığından söz edilememiştir. Bu dönemde yalnızca partiye¹⁴ bağlılığa dayanan özel bir siyasi patronluk (*clientism*) görülmüştür. Bu özelliği nedeniyle sosyalist sistem bütün totaliter ve dikta dizgelerinde olduğu gibi bizatihi kendi başına bir siyasi yolsuzluk tipini oluşturmuştur.¹⁵

Sosyalist ülkelerde mal ve hizmetin toplanması olgusuna gelince; söz konusu toplanma, devlet varlığının baskın olmasına, devletin mal varlığına kamu otoritesinin hakim olmasına ve onu yönetmesine ve planlı ekonomiye dayanmıştır. Bu dizgenin en önemli sonuçlarından birisi, örneğin, yasal piyasada üretilen mal ve hizmetlerin, piyasada oluşan talebi karşılamaması ve bir ekonomik darboğazın oluşmasıdır. Sosyalist ülkelerde ekonomik kıtlık nedeniyle doğan yolsuzluk, piya-

¹³ Yolsuzluk olgusunun sosyalist düzende nasıl işlediği konusunda verdiğimiz örnekten, serbest piyasa düzenini benimsemiş rejimlerde söz konusu olgunun bulunmadığı sonucuna varılmamalıdır. Bu bağlamda, serbest piyasa düzenini savunanlar; devletin ekonomik düzenden çekilmesiyle yolsuzluğun ortadan kalkacağını savlamaktadırlar. Kanımızca, bu sav, son derece tutarsızdır. Çünkü, hiç bir "ekonomik düzenin" (liberal, karma, sosyalist) yolsuzluğa karşı bağımsızlığı bulunmamaktadır. Hatta liberal ekonomik düzen, insanlarda paraya taparcasına bir sevgi oluşmasına yol açtığı için gizilgüç olarak yolsuzluğu daha da artırıcı bir özelliğe sahiptir. Yolsuzluğa karşı savaşım verilirken gözden uzak tutulmaması gereken husus, yolsuzluğun olduğu gibi yolsuzlukla savaşımın da karmaşık bir olgu olduğu ve çok yönlü önlemlerin (ekonomik, sosyal, kültürel, hukuki) alınmasını kaçınılmaz kıldığıdır. Hukuksal boyutu itibariyle yolsuzluğa karşı etkin bir savaşım verilebilmesi için ise van Duyné'nin belirttiği gibi saydamlık ve herkesin hukuka bağlı olması ilkeleri çerçevesinde söz konusu ilkelere uygun düşmeyen tüm mevzuatın kaldırılması gerekir. Fazla bilgi için bkz. van Duyné, a. g. m., s. 54-57.

¹⁴ Daha açık bir deyişle, Komünist Partisi'ne.

¹⁵ Levay, a. g. m., s. 75-76.

sa yolsuzluğunun sosyalist dizgeye özgü bir türüdür.¹⁶ Bir başka deyişle, sosyalist dizgelerde yer alan yolsuzluk, temel olarak, talebin çıkarına değil arzın çıkarına olarak işlemiş ve, hangi tür statü ve mevkii işgal ederse etsin toplum katmanlarındaki her kişi yolsuzluğa katkı sağlayabilmiştir.¹⁷

Bundan da öte, sosyalist ülkelerde yolsuzluğu besleyen başka öğeler de bulunmuştur. Gerçekten de bu dizgede, özel kişiler tarafından sağlanabilecek hizmetlerin kamu tarafından üstlenilmesi ve bu hizmetlerde çalışan kişilerin maaşlarının veya ücretlerinin yapay bir şekilde düşük tutulması, söz konusu ülkelerdeki yolsuzluğu körüklemiştir. Bu bağlamda, çeşitli meslek mensupları, örneğin, taksi sürücüleri, berberler, kuaförler doktorlar, maaş veya ücretleriyle değil almış oldukları bahşişlerle geçimlerini sağlama yoluna gitmişlerdir.¹⁸

Bununla birlikte, yolsuzluğun önceki bütün sosyalist ülkelerde aynı çizgiyi izlediği düşünülmemelidir. Gerçi, 1960'lı yıllara kadar söz konusu ülkelerde bağımsız bir yargının bulunmaması ve bu olgunun, uyduruk bir çok davaya neden olmasına karşın, örneğin, 1980'li yılların ortasına kadar Macaristan ve Polonya'da gücün ve mal ile hizmetin merkezde toplanması durumu, Çekoslovakya'ya nazaran daha az boyutta kalmıştır. Bu olgu dışında, başka iki öğe de söz konusu ülkelerdeki yolsuzluğun boyutunu etkilemiştir. Bunlardan ilki, söz konusu ülkelerdeki geleneklerin farklı olmasıdır. İkincisi ise, o ülkeyi yöneten liderin "cemaatsel yolsuzluk"¹⁹ (parochial corruption) konusundaki tutum ve davranışlarıdır.²⁰

Kısacası, sosyalist düzene sahip ülkelerdeki yolsuzluğu özetlersek; totaliter siyasi sistem ve ekonomik darboğaz anılan ülkelerdeki yolsuzluğu körüklemiştir. Bu ülkelerde, kamu görevlilerine takdir hakkının tanındığı alanlara gelince; söz konusu ülkelerde kamu görevlileri, takdir haklarını nasıl kullanacaklarına dair nesnel (objective) öl-

¹⁶ Levay, a. g. m., s. 76.

¹⁷ A. g. e.

¹⁸ A. g. e.

¹⁹ Bu yolsuzluk, sosyalist koşullarda ortaya çıkan bir kavram olup, koruma dizgesi veya piyasa yolsuzluğu ile sosyalist bağlantı yolsuzluğunu ifade eden bir olgudur. Bkz. a. g. e., s. 76-77.

²⁰ A. g. e.

çütlerden komünist partisi lehine vazgeçmişler ve bu fedakarlık! karşılığında, örneğin, “görevde yükselme” şeklinde siyasi nitelikte çıkar elde etmişlerdir.²¹

Sosyalist ülkelerdeki yolsuzluğun özgül nitelikleri konusunda verdiğimiz örnekten, yolsuzluğun yalnızca o ülkelere özgü bir olgu olduğu sonucu çıkartılmamalıdır.²² Aslında, yukarıda da belirtildiği üzere, hiç bir siyasi-ekonomik rejimin (sosyalist, serbest piyasa ve karma) yolsuzluk ve rüşvete karşı bir bağımsızlığı bulunmamaktadır. Bundan da öte, günümüzde, yolsuzluk ve rüşvetin yükselen bir eğilim taşıdığı da gözlemlenmektedir. Gerçekten de, Kim’in belirttiği üzere, yolsuzluk ve rüşvet, günümüzde herhangi bir ulusal sınır tanımamaktadır. Yazar, uluslararası ticaret ve yatırımın hızlı büyümesi ve çok uluslu şirketlerin küresel anlamda ekonomik bütünleşmeyi derinleştirilmesi sonucunda, rüşvet ve yolsuzluğun uluslararası rekabet ortamını bozduğunu ve ticaret ile yatırımın önüne en büyük engel oluşturduğunu ifade etmektedir. Ayrıca, yazar, geçmiş yıllarda, ülkelerin, kural olarak, yalnızca, yurt içi kamu görevlilerine rüşvet verilmesini yasaklamakla yetindiklerini; bununla birlikte, yolsuzluk ve rüşvetin uluslararası ticaret ve yatırım faaliyetlerine doğru genişlemesi sonucunda, ülkelerin, uluslararası ticaret işlemlerindeki yolsuzluklarla da uğraşmaya başladıklarını belirtmektedir. Kim, bu bağlamda bir örnek vererek, başını, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı’nın (OECD) çektiği çalışmalarla, zengin ticari gizilgücü bulunan ülkelerin, yabancı kamu görevlisine rüşvet verilmesini cezalandırma yoluna gittiklerini belirtmektedir.²³ Yolsuzluk ve özelleştirme hakkında bu genel bilgileri verdikten sonra, ikisi arasındaki ilişkinin incelenmesi uygun olacaktır.

²¹ A. g. e. s. 77.

²² Lucchini, haklı olarak, cemaatsel yolsuzluk (parochial corruption) ile piyasa yolsuzluğu (market corruption) bir ayırım yapmakta ve birincisinin bir yakınlık yolsuzluğu olduğunu belirtmekte ve bunun örneğin, aile, kabile veya etnik grup içerisindeki ileri gelenin kimliğiyle yakın ilgisi olduğunu, ikincisinin ise daha kişilik dışı ve serbest piyasa dizgesinde evrimleştiğini ve bu yolsuzluk türünün herkesin gizilgücü (potential) olarak el altından rekabet yapmaya hazır olması olgusunu simgelediğini ifade etmektedir. Bkz. a. g. e., s. 76 dipnot 76. Kanımızca, piyasa yolsuzluğu türünde, gizilgücü olarak herkes yolsuzlukta rol oynayabileceği için bu tür, cemaatsel yolsuzluk türünden daha tehlikelidir.

²³ Kim, *Korean Implementation of the OECD Bribery Convention: Implications for Global Efforts to Fight Corruption*, s. 33.

II. ÖZELLEŞTİRME İLE YOLSUZLUK ARASINDAKİ İLİŞKİ

Özelleştirme ile yolsuzluk arasında iki boyutu bakımından bir ilişki bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ekonomik olarak az gelişmiş ülkelerin²⁴ serbest piyasa ekonomisine geçişleri aşamasındaki yapısal durumlarıdır. Gerçekten de, Macar yazar György Varga'nın belirttiği üzere, demokrasisi ve piyasa ekonomisi gelişmekte olan ülkelerde yolsuzluğa karşı etkin bir şekilde önlem alınmamıştır. Daha doğru bir deyişle, bu tür ülkelerde, resmi ve hukuksal olarak yolsuzluğa karşı gerekli önlemler alınmış olsa da, toplumun, piyasanın ve rekabetçi siyasi çevre endişe kaynağı olmaktadır. Bu durum "vahşi batı"ya ve kapitalizmin ilk aşamasına benzemektedir. Çünkü geçiş ülkesi konumunda bulunan ülkelerde vahşi batı ve kapitalizmin ilk aşaması gibi güç ve mal ile hizmetlerin yerleştirilmesi olgusuna rastlanılmaktadır. Varga, bu durumun, iyi yerleşmiş demokrasi ve kapitalizme sahip olan ülkelerin dünyasından oldukça farklı olduğunu ve uzun bir süre de farklı kalmaya devam edeceğini ifade etmektedir. Bununla birlikte, yazar, yolsuzluğun, demokrasisi köklü olan ülkelerde de görülebileceğini, bu tip ülkelerde, yolsuzluğun, köklü kapitalizmin kuruluşuna katılan köklü aileler tarafından mevcut statülerini korumak ve diğerlerinin zararına olarak daha fazla zenginleşmek amacıyla sürdürüldüğünü ifade etmektedir.²⁵

Varga, devamla, demokrasisi ve kapitalizmi iyice oturmuş bulunan ülkelerdeki yolsuzluğu işlevsel yolsuzluk (*operational corruption*) olarak adlandırmaktadır. Bununla birlikte, yazar, piyasa ekonomisine geçiş konumunda bulunan ülkelerdeki geçiş süreci ile özelleştirmeyi statü kazanma yolsuzluğu "*position-gaining corruption*" olarak adlandırmaktadır. Ancak, yazar, geçiş konumundaki ülkelerde, piyasa ekonomisine ve gelişen demokratik kurumlara eşlik eden işlevsel yolsuzluğun da bulunabileceğini, bu tip yolsuzluğun, kısmen, sosyalist düzenin bir mirası olduğunu belirtmektedir.²⁶

²⁴ Türkiye dahil.

²⁵ Nak. Levay, a. g. m., s. 78.

²⁶ A. g. e.

Varga'nın da belirttiği üzere devletçi bir ekonomik-siyasi düzenden kapitalist düzene geçiş sürecinde bulunan ülkelerdeki yolsuzluğun temel kaynağı statü kazanma çabasıdır. Statü kazanmanın temel yolu da bu ülkelerdeki özelleştirmedir. Gerçekten de, geçiş konumunda bulunan ülkelerde, kamu malvarlığının özel malvarlığına dönüştürülmesi dönüşüm aşamasında, yolsuzluğu teşvik edici bir rol oynamıştır.²⁷

Ekonomisi ve siyasi dizgesi geçiş konumunda bulunan ülkelerde,²⁸ özelleştirmenin yolsuzluğu teşvik etmesinde altında bir çok neden yatmaktadır. Bunlardan ilk temel nedeni, özelleştirmenin, basit bir şekilde kamu malvarlığının değişimini değil, dizgenin değişimini sağlaması oluşturur. Gerçekten de, bu ülkelerdeki yeni siyasi liderler, kendi adamlarını, özelleştirme yoluyla siyasi ve ekonomik bir güç halinde getirmekte ve böylelikle önceki rejim döneminde güç sahibi olan kişilere karşı bir denge sağlamaya çalışmaktadır. Bunun sonucunda da, siyasi ve ekonomik güç inanılmaz boyutta karmaşık ve girift bir hale gelmektedir.²⁹

Geçiş konumunda bulunan ülkelerdeki özelleştirmenin yolsuzluğu artırmadaki ikinci temel neden ise, bu ülkelerin sermaye yetersizliği çekmeleridir.³⁰ Sermaye yetersizliği sonucunda da, bir taraftan çok-uluslu şirketler özelleştirme sürecinde daha iyi koşullarla yer almışlar, diğer taraftan ise özelleştirilen varlık ve malvarlığının elde edilmesi bağlamında (bakımından) "*sermaye bağlantısının*" (*connection capital*) rolünün artmış olmasıdır.³¹

²⁷ A. g. e.

²⁸ Türkiye dahil.

²⁹ Levay, a. g. m., s. 79. Bu olgu hakkında Macaristan'dan verilen bir örnek için aynı yere bakınız.

³⁰ Bununla birlikte, bu ülkelerdeki sermaye yetersizliği, yalnızca özelleştirmede yapılan yolsuzluğu teşvik etmekle kalmamakta, başka alanlarda da yolsuzluğu teşvik etmektedir. Örneğin, söz konusu ülkelerde, sermaye yetersizliği yüzünden siyasetin finansmanında da yolsuzluk görülmekte, iktidar partisinin kesesini doldurmasını sağlamak ereğiyle yapılan skandallere (örneğin, Macaristan'da) rastlanılmaktadır. Bkz. a. g. e., s. 80.

³¹ A. g. e., s. 80. Bu konu hakkında Macaristan'dan verilen bir örnek için aynı yere bakınız.

Özelleştirme ve yolsuzluk arasındaki bağıntı konusunda yapılacak analizlerde gözden uzak tutulmaması gereken bir nokta da, organize suç gruplarının özelleştirme sürecine müdahil olmalarıdır.³² Aslında, organize suç gruplarının özelleştirme sürecine doğası gereği müdahale edecekleri sonucuna, organize suçun organizasyon yapısı incelenerek de ulaşılabilir. Gerçekten de mafya tipi çoğu organize suç organizasyonlarının teşkilat şemasında “*yolsuzluğa bulaştıran*” ve “*yolsuzluğa bulaşmış*” kadroları bulunmaktadır. Yolsuzluğa bulaştıran kadrosunda bulunan kimse organize suç aile üyelerinin güvenliğini sağlama ve onların tutuklanma, soruşturma ve cezalandırmadan bağımsızlığını temin etmek üzere polis ve kamu görevlilerine rüşvet vermekte, onları satın almakta, yıldırma, müzakerelerde bulunmakta ve kandırmaktadır. Mafya tipi suç organizasyonlarının organizasyon şemalarında açık bir şekilde gösterilmese de “*yolsuzluğa bulaştıran*” görevi, “*yolsuzluğa bulaşmış*” görevi gibi gayri resmi bir pozisyonudur ve bu görev, organize suç ailesindeki eleman, şef, patron yardımcısı, hatta patron tarafından bile yerine getirilebilmektedir.³³

Konu hakkında daha da ayrıntı vermek gerekirse, her bir organize suç grubu için en az bir tane “*yolsuzluğa bulaştıran*” görevini yapan bir kimse bulunmaktadır. Ayrık durumlarında ise, en fazla iki organize suç grubu için bir tane yolsuzluğa bulaştıran kimse bulunabilmektedir. İki organize suç grubu adına ve hesabına çalışan bu kimse, söz konusu organize suç gruplarının belirli bir coğrafi bölgedeki yolsuzluk faaliyetlerini yürütmektedir. Bununla birlikte, yaygın olarak, bir organize suç grubunda birden fazla olarak “*yolsuzluğa bulaştıran*” görevini yapan kişi bulunmaktadır. Örneğin, bu kimselerden bazıları polis veya il genel meclisi gibi devletin bazı kurumlarını yolsuzluğa bulaştırma işiyle uğraşmakta, diğer birisi, Tekel idaresi gibi başka kamu kurumu görevlilerinin ahlaki değerlerini zayıflatarak onları kandırmaya uğraşmakta, başka birisi ise hakim, savcı ve diğer adalet personelini yolsuzluğa bulaştırarak işlerini kolay yürütebilmelerinde yardımcı olmaktadır. Hangi kamu kurumunda kişinin tanıdığı olmasına göre yolsuzluğa bulaştıranların rolleri değişebilmektedir. Bazı

³² Rus organize suç gruplarının açık veya örtülü olarak özelleştirme sürecine müdahalelerini inceleyen bir yazı için bkz. Shelley, Louise, *I. Privatization and Crime: The Post-Soviet Experience, Trends in Organized Crime*, Summer 1996, s. 71-73.

³³ Fazla bilgi için bkz. Cressey, *Criminal Organizations Its Elementary Forms*, s. 36- 37.

durumlarda ise bir “baş yolsuzluğa bulaştıran” kimse bulunmakta ve bu kimse diğer yolsuzluğa bulaştıran görevini yapan kişilerin faaliyetlerinde eşgüdüm sağlamaktadır. Yolsuzluğa bulaştıran görevine atanan kimselerin görevi kalıcı olmamakla birlikte, oldukça uzun bir süreyi kapsamaktadır.³⁴

Organize suç gruplarında, her bir yolsuzluğa bulaştıran kişinin karşılığında genellikle bir “yolsuzluğa bulaşmış” kadrosunda kişi bulunmaktadır. Genel olarak, bir organize suç ailesi, aileye nasıl şef, muhasebeci, özel şoför seçip alırken belli bir takım ölçüt ve yöntemleri uyguluyorsa “yolsuzluğa bulaşmış” görevine de eleman alırken aynı yöntem ve ölçütleri izlemektedir. Bununla birlikte, organize suç grubunda “yolsuzluğa bulaşmış” görevine atanan kimse, atandığı organize suç grubunun üyesi konumunda bulunmamakta, yalnızca o ailenin iş bölümü açısından rolü bulunmaktadır. Bazı durumlarda ise, organize suç ailesi, kendisine “yolsuzluğa bulaşmış” görevini yapacak eleman almamakta, yolsuzluğa bulaştıran kişi veya kişilerin yardımıyla, bazı kişi veya kişileri kamu kurumuna yerleştirmektedir. Bu tip kişilerin sahibi, kendisini işe yerleştiren organize suç ailesidir.³⁵

Genel olarak sınır aşan nitelikte faaliyet göstermeye başlayan suç organizasyonları konusunda, halkın da, son yıllarda dikkati, yolsuzluk üzerinde toplanmaya başlamıştır. Suç organizasyonları yolsuzluğa bulaşmış, bir başka deyişle, kandırılmış kamu görevlilerinin yardımıyla faaliyetlerini düzgün ve basiretli bir şekilde yürütmektedirler. Bu durum yalnızca demokrasiye artan ortan oranda bir tehdit oluşturmakla kalmamakta, aynı zamanda uluslararası ticari faaliyetlere de artan oranda bir zarar oluşturmaktadır. Ancak, organize suçun demokrasiye ve uluslararası ticarete verdiği zarar genellikle yazarlar tarafından eş anlamlı olarak incelenmemiştir. Bundan da öte, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD), Amerikan Devletleri Organizasyonu (OAS), Avrupa Birliği (EU), Uluslararası Para Fonu (IMF) gibi kuruluşlar sadece kamu görevlileri ile yasal şirketler veya işadamları arasındaki yolsuzluk konusuna eğilmişler, dahası da, yapılan bu çalışmalarda yasal iş dünyasının, yolsuzluk konusundaki rolü ve sorumluluğu konusunda yeterli dikkat ve özen harcanmamıştır. Diğer yandan,

³⁴ A. g. e., s. 37.

³⁵ A. g. e.

paranın yazı ve tura kısmı gibi birbirinden ayrıştırılması imkansız olan yolsuzluk ve organize suç, söz konusu kuruluşlar tarafından gerek önlem temelinde gerekse araştırma temelinde sanki birbirinden ayrı olgular gibi soyutlanarak da incelenmiştir.³⁶

Yolsuzluğa karşı pratik önlemler getirilebilmesi için bir çok ülke ve bölgesel kuruluş, değişen sosyo-ekonomik koşullar çerçevesinde yolsuzluğa neden olan sebep ve sonuçların dizgesel olarak dikkate alınması gerektiği bilincine ulaşmışlardır. daha açık bir deyişle, hiç bir ülke ve rejimin, yolsuzluğa karşı bir bağımsızlığı bulunmadığından, yolsuzluğa karşı alınacak tedbirlerin, kuşkusuz, her şeyden önce yolsuzluğa sebep olan faktör analizine dayanması gerekir. Yolsuzluğa karşı tedbir alma sürecinde, yolsuzluğa katkı sağlayan hiç bir faktörü yadsımamak gerekir. Örneğin, bazı durumlarda yasal şirketler tarafından ödenen rüşvet; tefeciler, beyaz kadın ticareti yapanlar ve hatta büyük suç şebekelerinin ödediği rüşvetten daha fazla zarar doğurabilmektedir. Analitik bir çerçevede, yasal iş dünyası ile suç şebekelerinin yolsuz faaliyetlerinin birbirinden ayrılması mümkün değildir. Bu açıdan kamu görevlilerinin gerek iş alemi gerekse suç şebekeleriyle ilişkilerinde görevlerini nasıl ve hangi boyutta kötüye kullandıklarının ortak bir şekilde incelenmesi kaçınılmazdır.³⁷ Dolayısıyla, organize suç gruplarının özelleştirmeye müdahalelerini göz ardı eden bir incelemenin eksik kalacağı açıktır.

III. ÖZELLEŞTİRME UYGULAMALARINDA YOLSUZLUĞU ÖNLEYEBİLMEK İÇİN ALINMASI GEREKEN ÖNLEMLER

Özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğa karşı savaşım verilirken göz önünde tutulması gereken nokta; söz konusu savaşımın etkin bir şekilde yapılabilmesi için çok boyutlu önlemlerin alınması gerekliliğidir. Aslında, yolsuzluğun kendisi, girift ve karmaşık bir olgu olduğundan ona karşı alınacak önlemlerin de çok boyutlu olması gerektiği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Daha açık bir deyişle, özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğa karşı etkin bir savaşım verilebilme-

³⁶ Passas, *A Structural Analysis of Corruption. The Role of Criminogenic Asymmetries*, s. 42.

³⁷ A. g. e.

si için yalnızca hukuksal önlemlerin alınması yeterli olmamakta, bunun yanında, mali, idari, kültürel ve siyasi bir takım önlemlerin alınması da gerekmektedir.³⁸ Bununla birlikte, çalışmanın oylumunu genişletmemek için bu çalışmada yalnızca özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğa karşı alınması gereken temel hukuki önlemler üzerinde durulacaktır.

1. Yargısal Denetim ve Sonuçlarının Gereğini Yerine Getirme Bağlamında Alınması Gereken Önlemler³⁹

Bu kısımda, yargı organlarının kararlarını getirme yükümlülüğü ile özelleştirme işlemlerinin yargısal denetiminde karşılaşılan hukuksal sorunların çözümü üzerinde durulacaktır.

a. Yargı Organlarının İptal ve Yürütmeyi Durdurma Kararlarına Tam Bir Uyumun Sağlanması

Özelleştirme uygulamaları mevcut idari teşkilat ve süreç içerisinde gerçekleştirilmeye uygun bir işlem olmasa da, hukuka uygun bir şekilde yapılmak zorundadır.⁴⁰ Özelleştirme işlemlerinin hukuka uygun yapılmasının olmazsa olmaz koşulu (*conditio sine quo non*), konu hakkında verilen yargı kararlarına koşulsuz ve zamanaşımına uğramaz bir sürede uyum sağlanmasıdır. Hangi tür önlem alınırsa alınsın konu hakkında verilen yargı kararlarına tam bir şekilde uyum sağlanmaz ise özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğu önleyebilmek ham bir hayalden öteye gitmez. Ancak, özellikle, özelleştirmenin iptali ve yürütmesinin durdurulması kararının gereğinin yerine getirilmemesi yönünde Türkiye’de adeta bir millî birlik ve beraberlik! sağlanmıştır.

Gerçekten de, bir iktisadi devlet teşekkülü olan ÇİTOSAN’a ait beş çimento şirketindeki kamu hisselerinin bir Fransız firmasına satışına dair Yüksek Planlama Kurulu’nun, 6.9.1988 tarih ve 89/74 sayılı kararı ile bir başka kamu iktisadi teşebbüsü olan USAŞ’taki kamu his-

³⁸ Krş. Dursun, *Yargı Organlarının Yolsuzlukla Mücadelesi Sırasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, s. 162.

³⁹ Kuşkusuz, yöntemsel olarak bu konunun en sonda incelenmesi gerekirse de, konunun önemi dolayısıyla bu başlığa öncelik verme gereğini duydum.

⁴⁰ Emek, *Özelleştirme Uygulamalarında Kural Hakimiyeti*, s. 70.

selerinin bir başka yabancı firmaya satışına dair 9.2.1989 tarih ve 89/3, 10.8.1989 tarih ve 89/21 sayılı kararlarının idari yargı tarafından iptal edilmesi üzerine Bakanlar Kurulu 27.4.1992 tarihli şöyle bir prensip kararı almıştır: “...konunun iç hukuku olduğu kadar dış hukuku da ilgilendirecek boyutlara ulaştığı, anılan yargı kararlarının uygulamaya konulması hâlinde Türkiye ile yabancı şirketler ve giderek ülkeler arasında yeni hukuki sorunlar doğmasının kuvvetle muhtemel bulunması sebebiyle; durumun, iç hukukumuzdan ziyade, ülkemizin diğer devletler ve milletlerarası kamuoyu nezdindeki itibarı ve çıkarları ile milletlerarası münasebetlerin gerektirdiği istemler çerçevesinde değerlendirilmesinin daha uygun olacağına şüphe yoktur. Bir başka deyimle, devletlerin imzaladıkları uluslararası sözleşmelere uyma zorunluluğu getiren ve milletlerarası camia tarafından umumi kabul görmüş bulunan “ahde vefa” gibi bir devletlerarası kuralın yukarıda belirtilen iptal kararı sebebiyle gözardı edilmesinin maddi ve ekonomik bakımından Türkiye’nin yararına olamayacağı bir yana, böyle bir uygulamanın milletlerarası hukukun genel 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 ... Pinson olayı dolayısıyla milletlerarası hakem tarafından verilen kararlarda devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü sarahaten belirtilmiştir...Danıştay İctihatları Birleştirme Kurulu’nun 9/7/1966 tarihli ve E. 65/21, K. 66/7 sayılı Karar’ında da belirtildiği gibi, iptal hükmü, idari işlem, idarece verildiği tarihten itibaren ortadan kaldırılmış 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 yeniden belirleyen 7/3/1990 tarihli ve 90/2 sayılı Yüksek Planlama Kurulu Kararı dolayısıyla, anılan satış işlemleri konusunda geriye veya ileriye dönük şekilde yeniden işlem tesisine hukuken imkan bulunmadığına Bakanlar Kurulu’nca 27/4/1992 tarihinde karar verilmiştir.”⁴¹

Bakanlar Kurulu’nun söz konusu prensip kararıyla yapılan bu onarılmaz hata dışında, Özelleştirme Yüksek Kurulu da konu hakkında 1997 yılında vermiş olduğu bir kararla vahim bir hata yapmıştır. Gerçekten de, Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun 6.12.1997 tarih ve 97/66

⁴¹ Nak., Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 319-320.

sayılı kararında, özelleştirme uygulaması sonucunda devir-teslim yapıldıktan sonra, özelleştirme işlemleri hakkında iptal veya yürütmenin durdurulması kararı verilmesi halinde, bu kararların uygulanmasının fiilen olanaksız olduğu ifade edilmiş ve şu görüşlere yer verilmiştir:

“Anayasa Mahkemesi tarafından 4046 sayılı yasanın 18. maddesinin (B) ve (C) bentlerinin iptal edilmesinden önce yürürlükteki bu madde gereğince yürütülen özelleştirme uygulamasına ilişkin işlemlerin iptal istemiyle açılan davalar sonucunda, Mahkemelere özelleştirme uygulamalarına ilişkin işlemlerin hukuki dayanaktan yoksun kaldığı gerekçesi ile yürütmenin durdurulması ve iptal kararları verilmektedir.

Bu çerçevede bazı kuruluşların özelleştirilmesine ilişkin işlemler hakkında verilen yürütmeyi durdurma ve iptal kararları bu kuruluşların devir ve teslim işlemleri gerçekleşmeden önce Özelleştirme İdaresi Başkanlığına tebliğ edilmiştir. Bunlardan özelleştirme işlemleri tamamlanarak devrine karar verilen ve fakat nihai devir sözleşmesi imzalanarak devir ve teslim edilmemiş bulunan Deniz Nakliyatı T.A.Ş. konusundaki verilen yürütmeyi durdurma kararı hakkında Özelleştirme Yüksek Kurulunun 12.11.1997 tarihli ve 1997/51 sayılı kararı ile Erdemir Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş.’ndeki kamu hisselerinin satışına ilişkin ihale işlemleri devam etmekte iken verilen iptal kararı ise, Özelleştirme İdaresi Başkanlığının 5.8.1997 tarihli ve 499 sayılı kararı ile mahkeme kararları doğrultusunda işlemler tesis edilmiştir.

Ancak Sümer Holding A.Ş.’ ye ait Eskişehir, Nevşehir ve Şanlıurfa İşletmeleri, ORÜS-Orman Ürünleri Sanayi A.Ş.’ ye ait Vezirköprü, Bafra, Pazarköy, Ayancık İşletmeleri, TDİ- Türkiye Denizcilik İşletmesi A.Ş.’ ye ait Hopa Limanı ile Lalapaşa Çimento San. ve Tic. A.Ş., Elazığ Altınova Çimento San. Tic. A.Ş., Havaş Havaalanı Yer Hizmetleri A.Ş. KÜMAŞ- Kütahya Manyezit İşletmeleri A.Ş. ve Petlas Lastik San. ve Tic. A.Ş. gibi bazı kuruluşların özelleştirilmesine ilişkin olarak açılan davalar sonucunda verilen yürütmenin durdurulması veya iptal kararları ise bu kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanıp devir ve teslim işlemleri tamamlanarak devredilmesinden sonra Özelleştirme İdaresi Başkanlığı’na tebliğ edilmiştir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesinin bahse konu iptal kararından önce sözleşmeleri imzalanarak devir ve teslim işlemleri tamamlanan bazı kuruluşlar ile ilgili olarak açılan davalar da mevcut olup henüz sonuçlanmamıştır.

*Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 4046 sayılı Kanun'un 18. maddesinin (B) ve (C) bentlerinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinden önceki dönemde yürürlükte bulunan mevzuata göre, Özelleştirme Yüksek Kurulu tarafından alınan kararlar gereğince gerçekleştirilen özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra bu kuruluşlarla ilgili olarak Özelleştirme İdaresi Başkanlığına tebliğ edilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararları hakkında; özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçları ile birlikte tamamlanmış bulunması söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, istihdam ve bunlara bağlı her türlü ticari ve mal tasarruflarında bulunulması ve böylece devir tarihi ile yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na tebliğ edildiği tarih arasında önceki duruma göre fiilen geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması nedenleri ile oluşan fiili imkansızlık karşısında bu kuruluşları devir almış 3. şahıs durumundaki gerçek ve tüzel kişilere karşı yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarına ilişkin geriye veya ileriye yönelik işlem tesisine imkan bulunmadığına karar verilmiştir."*⁴²

Yukarıya aktarılan gerek Bakanlar Kurulu'nun, gerekse Yüksek Planlama Kurulu'nun söz konusu kararları, devletin varlık nedenine (*raison d'être*) aykırı düşmektedir. Çünkü bir devletin temel varlık nedeni, tarafsız olan yargının kararını yerine getirmek olduğundan, yabancı şirketlere yapılan özelleştirmelerin iptal edilmesi veya devir ve teslimi yapılan özelleştirilen kuruluşlar hakkında iptal ve yürütme kararlarının uygulanmayacağını savlamak devletin kuruluş kökenine aykırılık oluşturur. Konu oldukça önemli olduğundan üzerinde bir takım açıklamaların yapılması uygun olacaktır.

Rousseau'nun belirttiği gibi bir devlet, sözleşme, bir diğer deyişle, toplum sözleşmesi (*du contrat social*) yoluyla kurulmuştur.⁴³ Rousseau'nun haklı ve isabetli olarak belirttiği üzere toplum sözleşmesiyle kurulan devletin egemenliğinin bir unsuru, Hobbes'in belirttiği üzere, yargılama yetkisidir. Hobbes, yargılama yetkisinin, bir başka deyişle, toplumsal veya doğal hukukla veya olgularla ilgili olarak orta-

⁴² Nak., Evren, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar*, s. 220-221.

⁴³ Fazla bilgi için bkz. Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, s. 14 vd.

ya çıkabilecek bütün anlaşmazlıkları dinleyip çözüme bağlama yetkisinin, egemenliğin bir parçası olduğunu ifade etmektedir. Çünkü anlaşmazlıklar çözüme bağlanmaz ise çıkarılmış olan bütün yasalar boşunadır ve herkes kendini korumanın doğal ve gerekli isteğinden hareketle, kendini kendi gücüyle koruma hakkına sahip olmaya devam eder.⁴⁴

Rousseau ve Hobbes'in isabetli bir şekilde yapmış olduğu analizlerden anlaşılacağı üzere sosyal sözleşmeyle kurulmuş olan devletin tarafsız bir üçüncü kişi olarak uyuşmazlıkları çözmesi gerekmektedir. Çünkü insanlar, uyuşmazlıklarının tarafsız bir başvuru organı (yargılama makamı) tarafından çözülmesini istedikleri için devleti kurmuşlardır. Uyuşmazlığı çözen yargı kararının yerine getirilmesi devletin varlık nedeni olduğundan hem de zamaşımına bir şekilde, devletin, yargı kararının gereğini yerine getirmesi işin doğası gereğidir. Yabancı şirketlere yapılan özelleştirilmelerin iptal kararlarının uygulanmamasını belirtmek veya özelleştirilen kuruluşların devir ve tesliminin yapılmasından sonra verilecek yargı kararlarının uygulanmayacağını savlamak, devletin kuruluş ereğinin açık bir şekilde inkar edilmesinden başka bir anlam taşımaz.⁴⁵

⁴⁴ Fazla bilgi için bkz. Hobbes, *Leviathan*, s. 136 vd.

⁴⁵ Bakanlar Kurulu'nun prensip kararı (söz konusu prensip kararının *Resmi Gazete*'de yayımlanmaması ve Cumhurbaşkanının imzasını taşınamaması da ayrı bir garabet) ile Yüksek Planlama Kurulu'nun almış olduğu karar, hukuk devleti (rule of law) kavramının kendisine de ters düşmektedir. Gerçekten de, Bakanlar Kurulu, söz konusu prensip kararında, yabancı şirketlere yapılan özelleştirmelerin iptaliyle ilgili yargı kararının uygulanmama gerekçesini "ahde vefa" adlı milletlerarası hukuk kuralına dayandırmaktadır. Yargı kararının gereğinin yerine getirmenin ahde vefa (pacta sunt servante) ilkesine aykırı olacağını savlamak, kavram çarpıtmasından başka bir anlam taşımaz. Öte yandan, uluslararası toplum, bütün ülkelerde hukuk devleti ilkesinin tüm kurum ve kurallarıyla yaşama geçmesi yönünde çaba verirken ve yargı kararını yerine getirmek de hukuk devleti ilkesinin olmazsa olması koşulunu oluştururken asıl böyle bir prensip kararıyla milletlerarası hukuk kuralına ters düşülmüştür. Öte yandan, Yüksek Planlama Kurulunun bahsi geçen kararında özelleştirilen kuruluşların devir ve teslimleri yapıldıktan sonra verilecek yargı kararlarının uygulanmasında fiili imkansızlık olacağı görüşü savunulmaktadır. Bu görüş de kavram çarpıtmasından başka bir şey değildir. Çünkü fiili olanaksızlık nedeniyle özelleştirilen kuruluşlar hakkında verilen iptal ve yürütüme kararlarının gereğinin yerine getirilmemesi için deprem, heyelan, sel gibi doğal afetler veya yangın gibi olaylar sonucunda o kuruluşun ortadan kalkması gerekir. O kuruluş, fizik olarak mevcut olduğu müddetçe, aradan ne kadar zaman geçerse geçsin, yargı kararının gereğinin yerine getirilmesi gerektiği açıktır.

Bundan başka, Bakanlar Kurulu'nun söz konusu prensip kararı⁴⁶ ile Yüksek Planlama Kurulu'nun bahsi geçen kararı özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğa karşı verilecek savaşıma da açık bir zarar vermektedir. Geçekten de, Bakanlar Kurulu'nun bu prensip kararı yüzünden, yabancı şirketlere yapılan özelleştirmelerde, Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun söz konusu kararı yüzünden de devir ve teslimi yapılan özelleştirilen kuruluşların özelleştirme sürecinde yolsuzluk yapılırsa ve salt bu yüzden söz konusu özelleştirmelerin iptaline veya yürürlüğünün durdurulmasına ilişkin verilen yargı kararları uygulanmayacaktır ki, bunun kabul edilemez bir tutum olduğu ortadadır.

b. Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetiminde Görülen Karmaşanın Giderilmesi

Özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğa karşı etkin bir savaşım verilebilmesinin temelini, özelleştirme sürecinin etkin bir şekilde yar-

⁴⁶ Bakanlar Kurulu'nun bu prensip kararı iptal edilmiştir. Gerçekten de, Danıştay 10. Dairesi'nin 28.5.2004 tarih ve E.2002/4061, K. 2004/5219 sayılı kararında; Bakanlar Kurulu'nun söz konusu prensip kararı, açıkça hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiş ve kararda şu gerekçeler ileri sürülmüştür: *"İdarenin yargı kararlarına maksadına uygun biçimde uygulaması zorunluluğu, toplumda korunması gereken hukuk düzenince kişilere sağlanan hukuk güvenliği ve devlet işlemlerindeki istikrarının sonucudur. Her türlü işlem ve eylemi yargı denetimine tabi olan idarenin yargı kararlarına uyması ve bu kararların gereklerine göre işlem ya da eylemde bulunmak zorunda olması aynı zamanda Anayasamızın 2. maddesinde kabul edilmiş bulunan "hukuk devleti" ilkesinin de bir gereğidir. Anayasamızın 2. maddesinde yer alan bu ilke karşısında idarenin Mahkeme kararlarını "aynen ve gecikmeksizin uygulaması" anayasal bir zarurettir. Anayasamızın ve 2577 sayılı Yasanın yukarıda aktarılan hükümleri ile ortaya konulan hukuki durum karşısında, yargı yerlerince verilen kararların, ilgili mercilerce uygulanması asıl olup, bu yoldaki hukuki işlemlerinde yine aynı merciler tarafından hukuk kuralları çerçevesinde yapılması hukuka bağlı devlet ilkesinin bir gereğidir. Hal böyle iken, Bakanlar Kurulunun iptali istenilen 27.4.1992 tarihli kararı ile bu kararda sözü edilen kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmamasını öngörür nitelikte bir prensip kararı alınması açıkça hukuka aykırı bulunmaktadır. Karar hakkında fazla bilgi için bkz. (<http://www.danistay.gov.tr/keriism/EsasNoKararC.jsp?dai=10&eyil=2002&eno=4061...> Erişim Tarihi, 22.1.2009). Aslında, Bakanlar Kurulunun bu prensip kararı öyle hukuka aykırıdır ki, (çünkü, yargı kararlarının gereğinin yerine getirilmesi Anayasamızın 138'inci maddesinin son fıkrasında verilen bir emirdir) Danıştay'ın bu kararı (ve önüne geldiği zaman Yüksek Planlama Kurulu'nun bahsi geçen kararını) "iptal" etmek yerine yalnızca "yok" olduğunu saptamakla yetinmesi gerekirdi. Danıştay'ın kararı iptal etmesi sonucunda, Bakanlar Kurulu'nun söz konusu prensip kararının iptal kararına kadar hukukun geçerli olduğu gibi bir izlenime yol açmaktadır ki, bu izlenimin doğmaması gerektiği açıktır.*

gı denetimine tabi tutulması oluşturur. Ancak, özelleştirme sürecinin yargısal denetiminde tam bir karmaşa hakim bulunmaktadır.

Bu bağlamda, Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun (ÖYK) özelleştirme işlemlerine karşı açılacak davalarda husumetin kimse yöneltileceği (davalı sıfatını kimin taşıyacağı) konusunda mahkeme kararları arasında derin görüş ayrılıkları bulunmaktadır.⁴⁷ Karahanoğulları'nın da isabetli olarak belirttiği üzere, ÖYK kararları, iptal davasına konu olabilecek nitelikte kesin ve yürütülmesi gereken kararlardır. Bir başka deyişle, ÖYK, kesin ve yürütülmesi gereken kararlar alma yetisine sahip ve Bakanlar Kurulu ile Başbakan'dan bağımsız olan bir kurumdur. Söz konusu kurulun tüzel kişiliğinin bulunmaması, onun davalı olarak gösterilmesine engel değildir. Tüzel kişiliği olmayan idari makamların da davalı olarak gösterilebileceği öğretide ve Danıştay içtihatlarında benimsenmiştir. Bu bağlamda, söz konusu kurulun kararlarına karşı açılan davalarda davalının ÖYK olması gerekir.⁴⁸

24.11.1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 27. maddesinde, 3.7.2005 tarih ve 5398 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle bir değişiklik yapılarak, özelleştirme uygulamalarına ilişkin idari davaların, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görüleceği ifade edilmektedir. Bu hüküm, özelleştirme uygulamalarında madde itibarıyla yetki ve yer itibarıyla yetki kurallarından "*birden fazla işlem ayrılarak açılma*" sorunlarını⁴⁹ ortadan kaldırmasına rağmen, kanımızca, taşınmazları içeren özelleştirmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda doğan yetki sorununu ortadan kaldırıcı nitelikte olmadığı gibi amaca da uygun değildir. Gerçekten de, 6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 34. maddesinde 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 mahkemenin, taşınmaz malla-

⁴⁷ Bu konudaki karmaşa konusunda bilgi için bkz. Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 283-284.

⁴⁸ Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 285. Aynı yerde, haklı olarak, Karahanoğulları, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın (ÖİB) onaya tabi olmayan kararları ile icrai kararlarına karşı husumetin ÖİB'na yöneltilmesi gerektiğini de savlamaktadır.

⁴⁹ Bu sorunlar hakkında bkz. Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 286-290, 293-295.

rın bulunduğu yer mahkemesi olduğu ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere 2577 sayılı Kanun'un 34. maddesinde taşınmaz mallarla ilgili özelleştirmelerde özel bir yetki kuralı konulmuştur. Bu özel yetki, genel yetki kuralını⁵⁰ ortadan kaldırır.⁵¹ Aslında, taşınmazdan kaynaklanan hakları etkileyen yöntemlerle gerçekleştirilen özelleştirmelere karşı açılacak davaların, 2577 sayılı Kanun'un 34. maddesindeki özel yetki kapsamına girmesi ve yalnızca, taşınmaz malın bulunduğu yer mahkemesinde⁵² açılması⁵³ gerekir.⁵⁴ Uygulamada, iptal davasına konu olabilecek özelleştirme işleminin niteliği konusunda da sorunlar çıkmaktadır. Daha somut bir deyişle, bu bağlamda, uygulamada temel olarak iki sorunla karşılaşılmaktadır. Bunlardan birincisi, ÖİB'nin, ÖYK, kararından sonra, söz konusu kuruluşu özelleştirmek için ihaleye çıkarma kararının iptal davasına konu olup olmayacağı, ikincisi ise özelleştirme sürecinde herhangi bir aşamada iptal davası açma olanağının bitip bitmediğidir.⁵⁵ İlk sorun, özelleştirme aşamalarındaki işlemlerin tümünün icrai nitelikte dava edilebilir işlem olarak kabul edilmesiyle aşılr. Çünkü burada zincir işlem esası geçerli olup zincirdeki her halka birbirinden kopartılabilir. İkinci sorun ise, dayanak işlem-uygulama işlemi bağlantısını doğru kurup 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 4. fıkrasının geniş yorumlanmasıyla, daha açık bir deyişle, uygulama işleminin, dayanak işleminden (özelleştirme kararından) ayrı olarak dava edilebileceği esasının benimsenmesiyle aşılr.⁵⁶

Özelleştirmenin iptali davalarında, *locus standi*⁵⁷ (davacı) sıfatının belirlenmesinde de sorunlar çıkmaktadır. Bu bağlamda, yurtta-

⁵⁰ 4046 sayılı Kanun'un 27. maddesi gereği Danıştay'ın.

⁵¹ Fazla bilgi için bkz. Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 292-293.

⁵² Özelleştirilen kuruluşun birden fazla yerde gayrimenkulu varsa taşınmazın bulunduğu her bir yer idare mahkemesinde.

⁵³ Çünkü o gayrimenkulun hukuksal durumunun da değerlendirilmesi gerekir.

⁵⁴ Karahanoğulları, a. g. m., s. 293. Bu bağlamda, 4046 sayılı Kanun'un 27. maddesinde 2005 yılında yapılan değişiklik, kanımızca, 2577 sayılı Kanun'un 34. maddesini ortadan kaldırmamıştır.

⁵⁵ Bu konular hakkındaki farklı mahkeme içtihatları için bkz. Karahanoğulları, a. g. m., s. 296-297.

⁵⁶ Krş. Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 297.

⁵⁷ *Locus standi* konusunda bilgi için bkz. Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 297, dip not 26.

şın, özelleştirilen kuruluştaki çalışan işçilerin, örgütlü sendikaların, elektrik abonesinin,⁵⁸ özelleştirilen hizmetin bulunduğu yer sakininin, ilgili meslek kuruluşunun, milletvekilinin özelleştirme süreci bakımından davacı sıfatına sahip olmayacağı konusunda yargı organlarının kararları arasında çelişkiler bulunmaktadır.⁵⁹

Kanımızca, özelleştirme sürecinde yapılan yolsuzlukları etkin bir şekilde önleyebilmek için sayılan tüm kesimlere,⁶⁰ özelleştirme işleminin iptali konusunda dava açma hakkının tanınması gerekir. Bu savın iki gerekçesi bulunmaktadır. Özelleştirilen kuruluş, bir kamu malı olduğuna göre o kamu malı üzerinde yapılan usulsüzlük ve yolsuzlukları ortaya çıkarıp özelleştirmeyi iptal ettirmek her yurttaşın hak ve ödevidir. Diğer yandan, iptal davası, Roma hukukunda bulunan bir nevi "halk davası" (*actio popularis*)⁶¹ niteliği taşımaktadır. Adeta bir nevi halk davaları olan iptal davalarında halkın her bir ferdine özelleştirmenin iptali davası açma hakkının tanınması kaçınılmaz bir zorunluluktur.⁶²

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, özelleştirme işlemlerinin yargısal denetiminde derin bir karmaşa ve kriz yaşanmaktadır. Özelleştirme işlemlerini sağlıklı bir şekilde yürütebilmek daha açık bir deyişle, yolsuzluğun görüldüğü özelleştirme işlemlerini kolaylıkla iptal ettirebilmek için konu hakkında bir Danıştay içtihadı birleştirme kararının çıkartılması ve yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde hukuksal sorunların giderilmesi uygun olacaktır.

2. Özelleştirme İhalesi Bağlamında Alınması Gereken Önlemler

Özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğa karşı etkin bir savaşım verilebilmesi için yapılan özelleştirme ihaleleri bağlamında da bir takım önlemlerin alınması kaçınılmazdır. Bununla birlikte, söz konusu

⁵⁸ Elektrikle ilgili kamu iktisadi kuruluşlarının özelleştirilmesinde.

⁵⁹ Bu çelişkiler konusunda bilgi için bkz. Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 297-309.

⁶⁰ Sıradan yurttaşa bile.

⁶¹ *Actio popularis* hakkında bilgi için bkz. Dursun, *Vergi Uyuşmazlıklarından Doğan Davalarda Feragat ve Kabul*, s. 148.

⁶² Krş. Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 298-309.

önlemleri incelemeye geçmeden önce uygulamada oldukça yanlış anlaşılan iki hususa temas etmek uygun olacaktır.

Uygulamada, ihalenin bir özelleştirme yöntemi olduğuna dair yaygın bir yanlış kanı bulunsa da, ihale, bir özelleştirme yöntemi değildir. Çünkü ihale bir sözleşme türü değildir. Daha açık bir deyişle, ihale, ister özel hukuka isterse kamu hukukuna (idare hukukuna) tabi olsun, İdarenin sözleşme iradesini oluşturmada izlemesi gereken bir yöntemdir.⁶³

Bu bağlamda, özelleştirme iki hususu kapsar. Bunlar, kamu mallarının özelleştirilmesi ve kamu hizmetlerinin görülmesinin özelleştirilmesidir. Kamu hizmetlerinin gördürülmesinin özelleştirilmesi, genel olarak idari sözleşmeler⁶⁴ yoluyla gerçekleştirilir. Ayrıca, doğrudan kamu hizmeti niteliği bulunmayan ancak sonuç olarak kamu hizmetine katkıda bulunan hizmetlerin, İdarenin yeterli kaynak ve personeli varken özel kesimden karşılanması da ihale olmayıp özelleştirme değildir. Örneğin, gerekli tüm kaynak ve personel varken bir üniversitenin temizlik ve yemek işlerinin sözleşmeyle özel kesime gördürülmesi, ihale olmayıp özelleştirme değildir. Bu hizmetler, özel hukuk sözleşmeleriyle karşılanmaktadır.⁶⁵ Bu açıklamalar çerçevesinde, özelleştirme sürecinde izlenmesi gereken bir yöntem olan ihale temelinde alınması gereken önlemlerin incelenmesi uygun olacaktır.

İkinci olarak, özelleştirme ihaleleri, kamu ihalelerinin bir çeşidi olduğuna göre genel olarak tüm kamusal ihalelerde yolsuzluğu önleyebilmek için etkin cezai ve idari önlemlerin alınması kaçınılmazdır. Bununla birlikte, kamu ihalelerinde yolsuzluğu önleyebilmek için Türk Ceza Kanunu, Devlet İhale Kanunu, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda öngörülen cezai ve idari yaptırımlar son derece yetersizdir.⁶⁶ Kamusal ihalelerde⁶⁷ yolsuzluğu etkin bir şe-

⁶³ Karahanoğulları, *Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale*, s. 4.

⁶⁴ Anayasa'nın 47 ve 125. maddelerinde Ağustos 1999 tarihinde yapılan değişikliklerle bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

⁶⁵ Karahanoğulları, *Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale*, s. 4.

⁶⁶ Bu yetersizlikler konusunda bkz. Dursun, *Kamu İhalelerinde Yolsuzluğa Karşı Öngörülen İdari ve Cezai Yaptırımlara Genel Bir Bakış*, s. 199-221.

⁶⁷ Bu arada özelleştirme ihalelerinde.

kilde önleyebilmek için ihalenin tasarımından uygulanması sürecine kadar köklü önlemlerin alınması ve organize suç gruplarının ihalelere müdahalesinin⁶⁸ önlenmesi gerekmektedir.⁶⁹ Konu üzerinde başka bir çalışmada üzerinde durduğumuz için⁷⁰ burada daha çok özelleştirme ihalelerine özgü önlemler üzerinde durulacaktır.

a. İhalelerde Melez Model Uygulanması

Özelleştirme süreci, yalnızca basit bir ihaleden ibaret olmadığı gibi basit bir satış sözleşmesi de değildir.⁷¹ Özelleştirme sonucunda kamu malının veya kamu hizmetinin gördürülmesi usulünün özel sektöre devri olgusu doğacağına göre yapılacak ihalelerde kamunun en fazla yararına olacak şekilde ihale yönteminin oluşturulması gerekmektedir. Kanımızca, özelleştirme sürecinde kamunun en fazla yararına olacak ihale yöntemi, melez model⁷² yöntemidir. Bununla birlikte, 4046 sayılı Kanun'da öngörülen ihale yöntemi melez modelin tam tersidir.

Gerçekten de 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 18. maddesinin (C) bendinin (c) alt bendinde; özelleştirme ihalelerinin kapalı teklif, pazarlık, açık artırma, belli istekliler arasında kapalı teklif usulüyle yapılacağı ifade edilmiştir. Kapalı teklif usulünde, tekliflerin yazılı olarak alınacağı, bir kaç istekli tarafından aynı fiyat teklif edildiği ve bunların da uygun olduğu anlaşıldığı takdirde, bu oturumda aynı teklifte bulunan isteklilerin hazır olması halinde, bu isteklilerden ikinci bir yazılı teklif alınacağı ve bu işlemin eşitlik bozuluncaya kadar sürdürüleceği, kapalı teklif usulü ile yapılan ihalelerde istekli çıkmadığı veya teklif komisyonca uygun görülmediği takdirde, yeniden aynı usulle ihale açılacağı veya komisyonca yarar görüldüğü takdirde ihalenin pazarlık ya da açık artırma usulü ile sonuçlandırılacağı ifade edilmiştir. Belirli istekliler arasında ihale usulünde, çıkılan

⁶⁸ Türkbank'ın özelleştirilmesine, bir organize suç grubunun müdahalesinden doğan skandal hala hafızalardadır.

⁶⁹ Bu konularda derin bilgi için bkz. Dursun, *Kamu İhalelerinde Yolsuzluğa Karşı Öngörülen İdari ve Cezai Yaptırımlara Genel Bir Bakış*, s. 183-226.

⁷⁰ Bir üstteki dip nota bkz.

⁷¹ Bu konularda geniş bilgi için bkz. Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 301 vd.

⁷² Melez model hakkında az sonra bilgi verilecektir.

ihaleden sonuç alınamaması halinde, Kurulun onayı alınmak kaydıyla belirli istekliler arasında ihale usulü ile ihale yapılacağı, hazırlanacak ihale şartnamesi çerçevesinde istekli veya isteklilerden proje ve taahhütlerini içeren tekliflerinin alınacağı, tekliflerin alınmasından sonra istekli ya da isteklilerce tek tek veya müştereken görüşme yapılmasına ihale komisyonunca karar verileceği, yine bu maddenin (C) bendinin (c) alt bendinde ifade edilmiştir. Bu maddenin (C) bendinin (d) alt bendinde ise varlık satışı suretiyle yapılacak özelleştirme uygulamalarına ilişkin ihalelerde, kapalı teklif, pazarlık ve açık artırma usullerinden birinin uygulanacağı, kapalı teklif usulü ile gerçekleştirilecek ihalelerde, tekliflerin alınmasından sonra değer tespit sonuçları ve alınan teklifler dikkate alınarak pazarlık veya açık artırma usulü ile ihaleye devam edilmesine komisyonca karar verilebileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, 4046 sayılı Kanunda öngörülen bu ihale yöntemleri yolsuz davranışlara uygun bir zemin hazırladığı gibi yüksek gelir getirici, dolayısıyla kamunun yararına en üst seviyeye çıkarmaya da uygun değildir.

İşte, bu sakıncaları önlemek bir başka deyişle, ikinci fiyat ihalelerinin (artan fiyat ve ikinci fiyattan kapalı teklif usulü); bir taraftan yüksek gelir getirmeleri, diğer taraftan da rekabet karşıtı davranışlara açık olması nedeniyle, Klemperer, melez (*hybrid*) bir model öngörmektedir. "*Anglo-Dutch Modeli*" olarak adlandırılan bu modele göre ihale iki aşamadan oluşmaktadır. Tek nesnenin satıldığı bir ihalede iki oyuncu kalana kadar artan fiyat yöntemi uygulanmaktadır. Daha açık bir deyişle, ilk ihalede en yüksek teklifi veren iki veya daha fazla sayıda oyuncunun ilk fiyat kapalı teklif usulüyle sonul olarak en iyi tekliflerini yapmaları istenmektedir. Kapalı teklifin bulunmadığı, sadece artan fiyat ihalelerinde gizilgüç rakipler güçlü oyuncunun her hâlikarda ihaleye alınacağını düşünerek ihaleye katılmayabilmektedir. Anglo-Dutch dizgesinin kapalı teklif usulü aşaması, ihalenin sonuçta kim tarafından kazanılacağı konusunda belirsizlik yaratacağından piyasalara, yeni oyuncuların sonul aşamada ihaleyi kazanabilme şanslarının bulunduğu yönünde bilgi sağlayabilecektir. Ayrıca, kapalı teklif bölümünde şebeke üyelerinin anlaşmayı ihlal etmesi olanaklı olacağından kartelin, ihaleye katılanlar tarafından yapılan anlaşmayı de-

netlemesi de güçleşecektir.⁷³ 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu'nda öngörülen ihale yöntemleri, Klemperer'in öne sürdüğü İngiliz-Hollanda melez ihale usulünün tam tersi olduğundan o yöntemlerin kaldırılarak Klemperer'in ihale yöntemine geçilmesi uygun olacaktır.

b. Hangi Oranda Olursa Olsun Her Türlü Kamu Payının Özelleştirilmesinde Birden Fazla Teklif Alınmasının Şart Koşulması

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 18. maddesinin (C) bendinin (c) alt bendinin ikinci paragrafında garip bir hükme yer verilmektedir. Bu paragrafa göre, pazarlık usulünde; ihalelere birden fazla teklif sahibinden kapalı zarf içerisinde teklif alınmak şartıyla başlanabileceği, sermayesindeki kamu payı yüzde onbeşin altında olan iştirak hisselerinin özelleştirilmesinde birden fazla teklif alınması şartının aranmayacağı şeklinde bir hükme yer verilmiştir.

Bu hüküm bize oldukça garip gelmektedir. Kanımızca, bu hüküm, TÜPRAŞ'ın %14, 76'sının, satış kararının alınmasından itibaren üç gün içinde İsraili Sami Ofer'e satılması⁷⁴ üzerine kamuoyunda oluşan yolsuzluk algısını⁷⁵ örtbas etmek ereğiyle 4046 sayılı Kanuna konulmuştur. Halbuki bu hüküm, son derece tehlikeli ve yolsuzluk için adeta zemin hazırlayan isabetsiz bir hükümdür. Çünkü bu hüküm yüzünden, kamu varlıklarının %15'in altındaki iştirak hisseleri tek bir kişiye pazarlıkla satılabilecektir. Yolsuzluk, az önce de belirtildiği üzere doğa-

⁷³ Emek, *Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Denetlenmesi*, s. 45.

⁷⁴ Bu satış hakkında ayrıntılı bilgi için TÜPRAŞ'tan Özelleştirme Dersleri başlıklı incelemeye bkz. (<http://forum.memurlar.net/topic.aspx?id=602058>, Erişim Tarihi, 13.8.2009).

⁷⁵ Dikkat edilirse "algısını" şeklinde bir ibare kullanmaktayız. Gerçekten de, yolsuzluk, doğası gereği gizli olduğundan ortaya çıkartılması, bir başka deyişle, kanıtlanması oldukça zor bir olgudur. Zaten kanıtlanıyorsa, kişinin, doğrudan Cumhuriyet Savcılığına elindeki kanıtlarla birlikte başvurarak suç duyurusunda bulunması gerekir. Bu açıdan, kural olarak, yolsuzluk kanıtlanmaz, sadece "algısı" olur. Nitekim merkezi Berlin'de bulunan Uluslararası Saydamlık Örgütü (Transparency International) her yıl yayımladığı raporlarda, ülkelerdeki gerçek yolsuzluk durumunu değil, Yolsuzluk Algılama Endeksi'ni (Corruption Perception Index) yayımlamaktadır. Bununla birlikte, yolsuzluk algısının, bir ülkedeki yolsuzluk hakkında önemli bir fikir vereceği de unutulmamalıdır.

sı gereği gizli olduğundan bu durum, onun için uygun bir ortam hazırlayacağı gibi, yapılan pazarlıkta hiç bir yolsuzluk yapılmaya bile kamuoyunda, haklı olarak, o pazarlık sürecinde yolsuzluğun yapıldığına dair bir kanı doğacaktır. Çünkü yolsuzluk algısını oluşturan temel etmen yapılan işlemde gizliliğin bulunması ve rekabetin olmamasıdır. Bu hükmün, bir an önce ortadan kaldırılması yerinde olacaktır.

**c. İhale Komisyonunun Kararlarının Onaylanmasında
Yalnızca Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun
Yetkili Kılınması ve Kurulun Etkin Bir
Yolsuzluk Denetimi Yapması**

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasında; Başbakanın başkanlığında, Başbakanın belirleyeceği dört bakandan oluşan Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun (Kurul) kurulduğu, Kurul'un üyelerin tamamının katılımı ile toplanacağı ve kararlarını oybirliğiyle alacağı ifade edilmekte ve Kurul'un sekreteryaya hizmetlerinin Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na yürütüleceği ifade edilmektedir. Bu maddenin 2. fıkrasında, Kurul'un görevleri sayılmakta ve bu bağlamda söz konusu fıkranın (d) bendinde; özelleştirme programına alınan kuruluşların "*satış, kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflarla gerçek ve/veya özel hukuk tüzel kişilerine devredilmesi*" yöntemleriyle yapılan ihaleler sonucunda ihale komisyonlarınca verilen nihai⁷⁶ kararları onaylamanın Kurul'un görevleri arasında olduğu ifade edilmektedir. Maddenin 3. (son) fıkrasında ise, bu görevin, Kurul tarafından Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na devredilebileceği ifade edilmektedir.

Bu madde, hukuksal sakatlıklarla dolu olduğu gibi özelleştirme uygulamalarında yolsuzlukla etkin bir savaşım verebilmek bakımından da yetersizdir. Her şeyden önce, uygulamada, neredeyse tüm ÖYK kararlarında, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na yetki devredil-

⁷⁶ 4046 sayılı Kanun'da, "nihai karardan" bahsedilmesi, bu kanunu kaleme alanların, temel idare hukuku kavram ve kurullarından habersiz olduklarının somut kanıtıdır. Çünkü idare hukukunda "nihai karar" olmaz, bunun yerine, duruma göre "icrai karar", "idari işlem" "kesin işlem", hatta "idari tasarruf" gibi kavramların kullanılması gerekir.

diği görülmektedir. Bu devir sonucunda ise, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, kendisi gerçekleştirdiği devir işlemlerini kendisi onaylama yetkisine sahip olmaktadır. Bu uygulama, onay kavramının niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Çünkü onay, bünyesinde denetlemeyi barındıran bir işlem olup, uygun bulmayı ifade eder. Daha açık bir deyişle, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın, kendisinin oluşturduğu ihale komisyonunun kararlarını onaylaması, bir başka deyişle, uygun bulması, onay kurumunun işlevine bütünüyle ters düşmektedir.⁷⁷

Maddede dikkat edileceği üzere, ÖYK, ihale komisyonunun vereceği kararı onaylarken, bu onayın hangi nesnel ölçüte/ölçütlere göre yapılacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Onay işleminde nesnel ölçüt/ölçütlerin bulunmaması yüzünden, uygulamada, ihale komisyonlarınca verilen ihale kararlarının neredeyse tümü, Kurul⁷⁸ tarafından onaylanmaktadır. Halbuki özelleştirme işlemlerinde yolsuzluğa karşı etkin bir savaşım verebilmek için nesnel bir ölçüt çerçevesinde, ÖYK'nun, yapılan özelleştirme işleminde yolsuzluk yapıp yapılmadığını denetlemesi, yolsuzluğun olmadığına kanaat getirdiği durumlarda ise ihale komisyonunun kararını onaylaması gerekir.

3. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Personeli İçin Etik Kuralların Öngörülmesi

Bu kısımda, özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğa karşı etkin bir savaşım verilebilmesi için Özelleştirme İdaresi Başkanlığı personeli bakımından ayrıntılı etik kurallara yer verilmesinin önemi üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda, şu hususu belirtmek gerekir ki, her ne kadar 4046 sayılı Kanun'da Özelleştirme İdaresi Başkanlığı bir sekreteryaya kuruluşu olarak öngörülse bile söz konusu başkanlığın yetkileri incelendiğinde ve yukarıda bahsedildiği üzere Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun kendisine yetki devri birlikte düşünüldüğünde, Başkan-

⁷⁷ Bkz. Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 283. Bu durum, özelleştirme uygulamalarında yolsuzlukla savaşım bakımından da zafiyet doğurucu niteliktedir. Çünkü diyelim ki, ihale komisyonu özelleştirme işleminde bir yolsuzluk yaptığı zaman, bu yolsuzluğun ortaya çıkartılması, bağlı olduğu ÖİB'den beklenecektir ki, bu beklenti, ham bir hayalden ibarettir.

⁷⁸ Kurulun ayrıksı olarak bu yetkisini kullandığı durumlarda. Az önce de belirtildiği üzere, Kurul, "onay kavramının" varlık nedenine aykırı olarak söz konusu yetkisini ÖİB'ne devretmektedir.

lığın özelleştirme işlemlerinde teme yetkili ve görevli kuruluş olduğu anlaşılmaktadır.⁷⁹ Bu bakımdan söz konusu başkanlığın personelinin uyması gereken etik kuralların tam bir şekilde saptanması ve uygulanması, özelleştirme sürecindeki yolsuzlukların önlenmesi bağlamında yaşamsal bir rol oynamaktadır.

Hali hazırdaki, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı personelinin uyması gereken ayrıntılı etik kurallar bulunmamakta, bu konuda, 4046 sayılı Kanun'da dağınık ve bütünlükten kopuk hükümlere yer verilmektedir. Gerçekten de, 4046 sayılı Kanun'un 7. maddesinde; özelleştirme programında bulunan kuruluşlardan Sermaye Piyasası Kanunu'nun kapsamına giren ve hisseleri borsada işlem gören kuruluşların; yönetim kurulu başkan ve üyeleri, denetçileri, diğer personeli, Özelleştirme İdaresi personeli ile Özelleştirme Yüksek Kurulu Başkan ve üyelerinin görevleri dolayısıyla bu kuruluşların hesap ve işlemleri ile işletmelerine ilişkin öğrendikleri, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri açıklamayacakları, bu bilgileri kendilerine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak, sermaye piyasalarında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamalarına yönelik olarak borsa içinde ve dışında bu kuruluşlarla ilgili menkul kıymet alım satımı yapamayacakları, özelleştirme programında bulunan ve sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait kuruluşların yönetim kurulu başkan ve üyelerinin, denetçilerinin, genel müdürlerinin, İdare personeli ile Kurul başkan ve üyelerinin özelleştirme programında bulunan kuruluşların hisselerinin veya varlıklarının satış, kira, kira, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi, gelir ortaklığı modeli ve sair hukuki tasarruflar yöntemleriyle yapılacak özelleştirme işlemlerine dolaylı ya da dolaysız yararlanan sıfatıyla taraf olmayacakları, bu yasağın, bu maddede belirtilen kişilerin eş ve çocuklarını da kapsayacağı, Özelleştirme Yüksek Kurulu Başkan ve Üyeleri ile Özelleştirme İdaresi Başkanı, Başkan Yardımcıları, Daire Başkanları, Hukuk Müşavirleri ve Değer Tespit Komisyonu Başkan ve üyelerinin özelleştirilen kuruluşlarda, özelleştirme tarihinden iki yıl süreyle görev alamayacakları ifade edilmiş, 2. fıkrasında ise, bu yasaklara aykırı hareket edenlerin, altı aydan iki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı, ancak, verilecek adli para ce-

⁷⁹ Benzer şekilde, Karahanoğulları, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, s. 283.

zası miktarının, edinilen haksız kazancın üç katından az olamayacağı belirtilmiştir.

4046 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 3. fıkrasında ise, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ile özelleştirme programına alınan kuruluşlarda çalışan personel ve sözleşmeli olarak çalıştırılan personelin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi sayılacakları ve bu personelin özelleştirilmenin(!)⁸⁰ paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar ile ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı haklarında Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitap üçüncü kısım dördüncü bölüm ile dördüncü kısım birinci bölüm altında yer alan suçlara ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

4046 sayılı Kanun'un 7. maddesinde yer alan bu hüküm, yetersiz, eksik ve isabetsizdir. Bu kusurlara temas etmeden önce, bu konuda öne sürülebilecek bir sava temas etmek gerekir. Denilebilir ki, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nda çalışan personel kamu görevlisidir, dolayısıyla, söz konusu personelin uyması gereken etik kurallar, yalnızca 4046 sayılı Kanun'un 7. maddesinde değil, diğer mevzuatta da bulunduğundan bu konuda yetersizlik, eksiklik ve isabetsizliğin bulunmadığı savlanabilir. Bu savın yanlışlığı aşağıda ayrıntılı bir şekilde gösterilmektedir.

Kamu görevlilerinin (Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nda çalışan personel dahil) uymaları gereken etik kurallar, daha önceleri, sadece, 14.7.1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun değişik maddelerinde (örneğin, 8, 10, 29 ve 30. maddeleri gibi) düzenlenmiştir. Daha sonra ise, 25. 5. 2004 tarih ve 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'la; Başbakanlık bünyesinde Kamu Görevlileri Etik Kurulu kurulmuştur. 5176 sayılı Kanun'un 3 ve 7. maddeleri dayanak yapılarak konu hakkında bir de 13 Mayıs 2005 tarihinde Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır.

⁸⁰ Bu ibare bize oldukça tuhaf ve kapalı gelmektedir. Kanımızca, kanun koyucu, böyle bir ibareye yer vermekle, kanun metnini son derece özensiz bir şekilde kaleme almıştır.

Kamu görevlilerinin uymaları gereken etik ilkeler hakkında yapılan bu düzenlemelerin yeterli ve yerinde olduğu savunulamaz. Her şeyden önce kamu görevlilerinin uymaları gereken etik kurallar konusunda 657 sayılı Kanun'da yapılan düzenlemeler dağınık, yetersiz ve eksiktir.

Kamu görevlilerinin etik kuralları konusunda çıkartılmış bulunan 5176 sayılı Kanun ise yetersiz ve eksik olduğu gibi Anayasa'ya ve kamu yönetimi ilkelerine de aykırıdır.⁸¹ Esasen, 5176 sayılı Kanun'da kamu görevlilerinin uymaları gereken herhangi bir etik ilkeye de yer verilmemiştir. Nitekim 5176 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 1. fıkrasında, Kanunun amacının, kamu görevlilerinin uymaları gereken saydamlık, tarafsızlık, dürüstlük, hesap verebilirlik, kamu yararını gözetme gibi etik davranış ilkeleri belirlemek ve uygulamayı gözetmek üzere Kamu Görevlileri Etik Kurulu'nun kuruluş, görev ve çalışma usul ve esaslarının belirlenmesi olduğu ifade edilerek söz konusu kanunun etik ilkeleri düzenlemek yerine kurumsal yapıyı düzenlediği vurgulanmıştır.

5176 sayılı Kanun, kamu yönetimi ilkelerine de uyersizlik taşımaktadır. Gerçekten de, yazılı bir hukuk geleneğine sahip olan Türkiye, sağlam bir etik altyapısı oluşturabilmek için her şeyden önce konu hakkında çerçeve bir yasa çıkartmalıdır. Çıkartılacak bu yasada kamu çalışanlarının uymaları gereken etik kurallar ve ihlali halinde yaptırımlar genel hatları ile belirlenmelidir. 5176 sayılı Kanun'da olduğu gibi etik kurallar konusunda usul ve esaslar gösterilmeyerek etik kuralları belirleme yetkisinin Kamu Görevlileri Etik Kurulu'na bırakılması doğru değildir.

Kamu görevlilerinin uymaları gereken etik kurallar konusunda çıkartılan Yönetmelik de eksik ve yetersiz olduğu gibi Anayasaya da aykırıdır.⁸² Her ne kadar Yönetmeliğin amaç başlıklı 1. maddesinde, Yönetmeliğin amacı; kamuda etik kültürünü yerleştirmek, kamu görevlilerinin görevlerini yürütürken uymaları gereken etik davranış il-

⁸¹ 5176 sayılı Kanun'un neden Anayasa'ya aykırı olduğu konusunda bkz. Dursun, *Kamu Görevlilerinin Uymaları Gereken Etik Kurallar Hakkında Bir Kanun Önerisi*, s. 180-181.

⁸² Yönetmeliğin, Anayasa'ya aykırılığının gerekçesi için bkz. Dursun, *Kamu Görevlilerinin Uymaları Gereken Etik Kurallar hakkında Bir Kanun Önerisi*, s. 182-183.

kelerini belirlemek, bu ilkelere uygun davranış göstermeleri açısından onlara yardımcı olmak ve görevlerin yerine getirilmesinde adalet, dürüstlük, saydamlık ve tarafsızlık ilkelerine zarar veren ve toplumda güvensizlik yaratan durumları ortadan kaldırmak suretiyle kamu yönetimine halkın güvenini artırmak, toplumun kamu görevlilerinden beklemeye hakkı olduğu davranışlar konusunda bilgilendirmek ve Kamu Görevlileri Etik Kurulu'na başvuru usul ve esaslarını düzenlemek olarak ifade edilse de, Yönetmelikte öngörülen etik ilkeler yetersiz ve eksiktir. Örneğin kamu görevlilerinin uymaları gereken etik konusunda düzenleme yapılması gereken temel alan, kamu görevlisinin "çıkar çatışması" (*conflict of interest*) durumlarına girmesini önlemek⁸³ olması gerekirken, Yönetmelikte bu konu üzerinde durulmamıştır.

Görüldüğü üzere, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nda çalışan

⁸³ Çıkar çatışmasını önleme konusuna şu şekilde bir örnek vermek uygun düşecektir. Özelleştirmesi yapılacak bir kuruluş için açılacak ihaleye üç anonim şirketin katıldığını düşünelim. Söz konusu anonim şirketlerin birisinde ihale komisyonu başkan veya üyelerinden veya Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nda çalışan yetkilinin birisinin veya babasının %10 kurucu hisseye sahip olduğunu düşünelim. Böyle bir anonim şirketin bu ihaleye katılması kanunen olanaklıdır. Çünkü 4046 sayılı Kanun'da bunu engelleyen bir husus bulunmadığı gibi diğer kanunlarda da engel bir husus bulunmamaktadır. Zaten 4046 sayılı Kanun'un 12. maddesinde, son derece gereksiz ve isabetsiz (çünkü, genel uygulamadan sapılan her şeyde yolsuzluk kuşkusuna doğar) bir şekilde, özelleştirme işlemlerinin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun vize ve tescile ilişkin hükümlerine tabi olmadığı belirtilmektedir. Bununla birlikte, böyle bir olay etik olmadığı gibi çıkar çatışması durumuna da olanak verir. Çünkü o ihaleye katılacak diğer anonim şirket temsilcileri, bahsedilen anonim şirket ihaleyi almazsa, diğer özelleştirme ihalelerini kazanmalarının veya işlerini kolay bir şekilde yürütmelerinin zor, hatta olanaksız olduğunu bilirler veya en azından diğer anonim şirket temsilcilerinde böyle bir kanı oluşabilir. İşte bu durum, tam bir çıkar çatışması olduğundan özelleştirme idaresinde çalışan bir kamu görevlisinin veya babasının, bir şirketin en küçük bir kurucu hissesine sahip olsa bile, o şirketin, özelleştirme ihalesine girmesinin önüne geçilmesi gerekir. Özelleştirme uygulamalarında çıkar çatışmasını önleyebilme konusunda Rusya'da ilginç bir gelişme yaşanmıştır. Daha açık bir deyişle, Rusya'da yaz 1995 döneminde bir kanun çıkartılarak; özelleştirilen kuruluş devralan özel sektörün o kuruluşu yeniden yapılandığı zaman, yapılandırılan şirketteki özel şahısların paylarını yayımlaması ve şirketin ve hisse senetlerinin tipini, hisse senetlerinin bölünmesi ve birleştirilmesini kayıt altına alması zorunluluğu getirilmiştir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Shelley, Louise I., Privatization and Crime: The Post-Soviet Experience, *Trends in Organized Crime*, Summer 1996, s. 70.

personelin, uyması gereken etik kurallar, tam olarak,⁸⁴ ne 4046 sayılı Kanun'un 7. maddesinde, ne de diğer mevzuatta düzenlenebilmiştir. Bundan başka, 4046 sayılı Kanun'un 7. maddesine özgü bir takım yanlışlıklar da bulunmaktadır.

Bu bağlamda, 4046 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasında, özelleştirmeye ilgili kamu görevlilerinin "içerden öğrenme ticareti" (*insider trading*) suçu tanımlanmıştır. İçerden öğrenme ticareti suçu, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddesinin 1. fıkrasının (A) bendinde de tanımlanmıştır. İki kanun arasında içerden öğrenme ticareti suçunun tanımı arasında bir bağlantının kurulmaması vahim bir hata olmuştur. Çünkü bir içerden öğrenme ticareti suçunun söz konusu olduğu halde, hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı belli olmadığından büyük sorunlarla karşılaşılacaktır.⁸⁵

Yine, 4046 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasında; özelleştirme programında bulunan kamu kuruluşlarında çalışan bir kısım kamu görevlileri ile bunların eş ve çocuklarının özelleştirme işlemlerine dolaylı ya da dolaysız yararlanan sıfatıyla taraf olamayacaklarının belirtilmesi de eksik olmuştur. Özelleştirme uygulamalarında kayırmacılığı önleyebilmek, dolayısıyla, yolsuzluğa karşı etkin bir savaşım verilebilmesi için özelleştirme programında bulunan kamu kuruluşlarında çalışan tüm kamu görevlileri ile onların ana-baba, eş, çocuk ve üçüncü derece dahil (yeğen gibi) tüm hısımlarının özelleştirme işlemlerine taraf olamayacaklarının belirtilmesi uygun olacaktır.

Yine, bu maddenin söz konusu fıkrasında; Özelleştirme İdaresi başkanı, Başkan yardımcıları, daire Başkanları, Hukuk Müşavirleri ve Değer Tespit Komisyonu başkan ve üyelerinin, özelleştirilen kuruluşlarda, özelleştirme tarihinden itibaren iki yıl süreyle görev alamayacakları ifade edilmektedir. Bu hükmün, ne kadar, yanlış, isabet-siz ve eksik olduğu ortadadır. Her şeyden önce, özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğa karşı etkin bir savaşım verilebilmesi için söz konusu yasak özelleştirme tarihinden itibaren değil, hangi statüde olursa

⁸⁴ Çıkar çatışmasını da önleyici.

⁸⁵ Aslında, 2499 sayılı Kanun'da yapılan içerden öğrenme suçunun tanımı da bünyesinde çeşitli sorunları barındırdığından o tanımın da gözden geçirilmesi gerekmektedir. Konu hakkında geniş bilgi için bkz. Dursun, *Ekonomik Suçlar ve Türkiye'deki Sürdürülebilir Kalkınmaya Etkileri*, s. 230 vd.

olsun bütün personelin, Özelleştirme İdare Başkanlığındaki görevinden ayrılmasından sonra başlamalıdır. İkinci olarak, söz konusu yasağın iki yıl olarak saptanması da son derece isabetsizdir. ÖİB personelinin, özelleştirilen kuruluşla tam bir şekilde ilgisini kesebilmek, böylece, özelleştirmede kayırmacılığı önleyebilmek için personelin görevden ayrıldıktan sonra en az beş yıl özelleştirilen kuruluşta görev alamayacağını belirtmesi uygun olacaktır. Ayrıca, ÖİB’de çalışan personelin yalnızca kendisinin özelleştirilen kuruluşta görev almasını önlemek yetmez, bunun yanında, personelin eşi ile personelin usul ve fûru ve üç dereceye kadar tüm hısımlarının özelleştirile kuruluşta personelin görevden ayrılmasından itibaren 5 yıl süreyle görev almasının yasaklanması uygun olacaktır.

Öte yandan, yukarıda belirtildiği üzere, yalnızca, Özelleştirme İdare Başkanlığı personelinin değil, tüm kamu görevlilerinin uyması gereken etik kurallar konusunda Türk hukukunda büyük bir boşluk olduğundan, yeni bir Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Uymaları Gereken Etik Kurallar Hakkında Kanun hazırlanmalı,⁸⁶ bu kanunda, etik kuralların temel ilke, usul ve esasları düzenlenerek, ikincil ve uygulamaya yönelik kurallar ise her bir kurum ve kuruluşun çıkaracağı yönetmeliğe bırakılmalıdır. Bu bağlamda, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı da konu hakkında bir yönetmelik çıkararak, yönetmelikte, çıkar çatışmasını da önleyici tarzda, personelinin uyması gereken etik kurallara tam ve ayrıntılı bir şekilde yer vermesi uygun olacaktır.

SONUÇ

Bu çalışmada da görüldüğü üzere Türk pozitif hukukunda özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğa karşı öngörülen önlemlerin neredeyse tümü eksik, hatalı ve yersizdir. Ayrıca, öngörülen söz konusu önlemler, gerek bizatihi kanunun içerisinde, gerekse kanunların kendi aralarında birbiriyle tutarsız, kopuk ve bütüncüllükten uzak bir kolumda bulunmaktadır.

Türkiye; 1980’li yıllardan itibaren görülen liberalleşme, 1990’lı yıllardan itibaren hız kazanan küreselleşme akımlarının etkisiyle karma

⁸⁶ Böyle bir kanun önerisi için bkz. Dursun, *Kamu Görevlilerinin Uymaları Gereken Etik Kurallar Hakkında Bir Kanun Önerisi*, s. 185-195.

ekonomi modelinden hızla uzaklaşarak serbest piyasa ekonomisine yönelmiş, bu erekle, bir takım özelleştirme uygulamalarına girişmiştir. Söz konusu özelleştirme uygulamalarının temel ereklerinden birisini, kamu işletmelerinde görülen yolsuzluğun önlenmesi oluşturmaya karşın, özelleştirme uygulamasının, bizatihi kendisinin, yolsuzluk olduğu doğrultusunda kamuoyunda bir kanı oluşmuştur.⁸⁷

Türkiye'nin karma veya serbest piyasa ekonomisine göre yönetileceği, bu bağlamda, özelleştirme uygulamalarına gidilip gidilmeyeceği bütünüyle siyasal bir konudur. Konu, siyasal bir konu olduğu için de herkesin kendi dünya görüşüne göre özelleştirmenin lehinde veya aleyhinde farklı tutum takınması olağandır. Ancak, özelleştirme uygulamasının yolsuzluktan uzak bir şekilde yapılması hukuksal bir konudur ve özelleştirmenin bu doğrultuda yapılmasında herkese önemli görevler düşmektedir. Bu bağlamda, özelleştirme uygulamalarında yolsuzluk yapıldığı yönünde, kamuoyunda oluşan kanıyı⁸⁸ ortadan kaldırmak veya en aza indirebilmek için herkesin üzerine düşen çabayı göstermesi gerekir.

Bu çabalardan ilki, yargı kararıyla özelleştirmesi iptal edilen kuruluşların,⁸⁹ devlet tarafından bir an önce geri alınması gerekir. Aslında, özelleştirmesi, yargı kararıyla iptal edilen kuruluşları, kamunun geri alması bir zorunluluktur.⁹⁰ Gerçekten de, Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrası ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, idare, yargı kararlarının kendisine tebliğinden itibaren bu kararları uygulamak zorunda olup, bu zorunluluk belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kalkmaz.⁹¹ Daha açık bir

⁸⁷ Bu kanı öylesine yaygın ve bilinen bir kanıdır ki, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 238. maddesinin 2. fıkrası gereği, kanıtlanmasına bile gerek yoktur.

⁸⁸ Yukarıda belirtildiği gibi yolsuzluk, doğası gereği gizli olduğundan kanıtlanması oldukça zordur, yolsuzluk konusunda genellikle kaniya göre bir varlığa ulaşılabilir.

⁸⁹ Örneğin, bazı ORÜS işletmelerinin veya Eti Bakır İşletmesi'nin veya yukarıda belirtilen bir Fransız şirketine satılan beş çimento fabrikasının.

⁹⁰ Yüksek Planlama Kurulu'nun, özelleştirilen kuruluşların özel sektöre devri ve teslimi durumunda, iptal ve yürütmenin durdurulması yönündeki yargı kararlarının uygulanmayacağını belirten kararı, öyle hukuka aykırılık göstermektedir ki (Anayasa'nın 11 ve 138. maddeleri, 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesi) yok hükmündedir.

⁹¹ Bu konularda geniş bilgi için bkz. Dursun, *İdari Yargı İlamlarının Uygulanmamasından Dolayı Açılacak Tazminat Davaları Zamanaşımına Uğrar mı?*, s. 110 vd.

deyişle, idare, özelleştirmesi yargı kararıyla iptal edilen bir kuruluşu zamanaşımına bağlı olmaksızın geri almak zorundadır.⁹²

Bu çalışmayı bitirirken son olarak (ancak önem açısından son değil) bir hususun belirtilmesi uygun olacaktır. Yolsuzluk, oldukça karmaşık ve girift olduğundan özelleştirmede yolsuzluğa karşı etkin bir savaşım verilebilmesi için eş anlı ve çok boyutlu önlemlerin alınması gerekir. Bu açıdan, yalnızca en ileri ve en çağcıl yasalar öngörülse bile yolsuzluklarla etkin bir savaşım verebilmek olanaksızdır. Çünkü söz konusu yolsuzluğu önleyebilmek için salt hukuksal savaşım yetersizdir. Bu bağlamda, özelleştirmeye yalnızca gelir gözüyle bakıldığı, özelleştirme uygulamasına müdahale eden siyasilerin dokunulmazlık zırhına büründüğü, özelleştirmenin kamu malının özel sektöre transferinden ziyade bir dizge (system) değişikliği⁹³ olarak algılanmadığı, kapitalist düzenin bir yolsuzluk ve ahlaksızlık düzeni olduğu yönünde halkta oluşan kanı ortadan kaldırılmadığı müddetçe, özelleştirme uygulamalarında yapılacak yolsuzlukların etkin bir şekilde önlenmesi olanaklı değildir. Özelleştirme uygulamalarında yolsuzluğun kalıcı bir şekilde önlenmesi için çok boyutlu ve eş anlı önlemlerin alınması gerektiği hiç bir zaman zihinden uzak tutulmamalıdır.

KAYNAKLAR

- Adamoli Sabrina, Nicola Di Andrea, Savona U. Ernesto, Zoffi Paola, *Organized Crime Around the World*, HEUNİ, Helsinki 1998.
- Baytan, İlhan, *Özelleştirme*, Ankara 1999.
- Cressey, R. Donald, *Criminal Organization Its Elementary Forms*, Heinemann Educational Books, London 1972.
- Dursun, Hasan, *Organize Suça Genel Bir Bakış*, DPT Yayınları, Ankara 2001.
- _____, Yargı Organlarının Yolsuzlukla Mücadelesi Sırasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 55, Kasım/ Aralık 2004.
- _____, Ekonomik Suçlar ve Türkiye'deki Sürdürülebilir Kalkınmaya Etkileri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 58, Mayıs/ Haziran 2005.
- _____, Kamu İhalelerinde Yolsuzluğa Karşı Öngörülen İdari ve Cezai Yaptırımlara Genel Bir Bakış, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt:10, Sayı:1, 2008.

⁹² Özelleştirilen kuruluşu devralan firmanın tazminat davası açma hakkı saklıdır.

⁹³ Sosyalist veya karma ekonomiden "serbest piyasa ekonomisine" geçiş şeklindeki dizge değişikliği.

- _____, Kamu Görevlilerinin Uymaları Gereken Etik Kurallar hakkında Bir Kanun Önerisi, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Sayı: 19, Mart 2008.
- _____, *Vergi Uyuşmazlıklarından Doğan Davalarda Feragat ve Kabul*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- _____, İdari Yargı İlamlarının Uygulanmamasından Dolayı Açılacak Tazminat Davaları Zamanaşımına Uğrar mı?, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Sayı: 35, Temmuz 2009.
- Emek, Uğur. *Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Denetlenmesi*, DPT Yayınları, Yayın No: 2657, Ankara, 2002.
- _____, *Özelleştirme Uygulamalarında Kural Hakimiyeti, İktisat İşletme ve Finans*, 21. yıl, Nisan 2006.
- Evren, Altay, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2004.
- Geriş, Nazım, *Türkiye’de Özelleştirme ve Türk Telekom Örneği*, Roma yayınları, Ankara 2007.
- Hobbes, Thomas, *Leviathan* (Çev. Semih Lim), 7. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2008.
- Karahanogulları, Onur, *Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 45, Sayı 1-4, 1996.
- _____, *Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale*, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, (1998), sayfa, 104-109. bkz. <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/ozellestirmeihale.htm>, Erişim Tarihi, 24.11.2008).
- Kim, Jong Bum, *Korean Implementation of the OECD Bribery Convention: Implications for Global Efforts to Fight Corruption*, *Responding to The Challenges of Corruption*, UNICRI, Publication No.63. Rome/Milan 2000.
- Levay, Miklos, *Combatting corruption in Five Issues In European Criminal Justice*, HEUNI, 1999.
- Passas, Nicos, *A Structural Analysis of Corruption. The Role of Criminogenic Asymetries*, *Transnational Organized Crime*, Vol. 4, No.1, Spring 1998.
- Rousseau, Jean-Jaques, *Toplum Sözleşmesi* (Çev. Vedat Günyol), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2007.
- Sorunlar ve Görüşler*, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK) Yayın No: 130, Ajans-Türk Matbaacılık Sanayi A.Ş., Ankara (Tarihsiz).
- Van Dwyne C. Petrus, *Combatting Corruption: Acts and Attitudes in Five Issues In European Criminal Justice*. HEUNI, 1999.