

ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ

# DENİZ HUKUKU SEMPOZYUMU

24-25 Mart 2011



Editör  
**Sami Doğru**

Birinci Baskı : 2012

# İkinci Oturum: Prof. Dr. Sezer Ilgın

## Danıştay Kararları Işığında

### Türkiye’de Liman Özelleştirmeleri

Metin Kayaçağlayan<sup>1</sup>

#### I. Giriş

Danıştay kararlarında da işaret edildiği üzere, Türkiye, Limanlarının Akdeniz'deki konumunun ortaya koyduğu şansı henüz kullanamamıştır. Limanlar önümüzdeki 10-15 yıl içerisinde artacak olan konteyner trafiğine cevap verecek yeterli altyapı ve üst yapıya sahip olmamakta, gelişen teknolojiye ve taşıma şekillerine zamanında ayak uyduramamakta, dünya standartlarında çalışmamakta ve dolayısıyla bölge limanları ile rekabet şansı düşük olmaktadır. Limanların gelişen teknoloji ve taşıma şekillerine ayak uydurarak ülke ekonomisine daha fazla katkı sağlaması için Türkiye'nin ithalat ve ihracat yüklerinin etkin, verimli, güvenilir ve hızlı olarak elleçlenmesini sağlayacak şekilde geliştirilmesi, modernleştirilmesi, kapasitelerinin artırılması, transit taşımacılık trafiğinin geçiş koridoru olma özelliğini kazanması, bölge limanlarıyla rekabet edebilecek bir ana aktarma limanı ve dağıtım merkezi konumuna getirilmesi gerekmektedir.<sup>2</sup>

Bu gereksinimler, limanların özelleştirilmesini gündeme getirmiştir. Bu yazıda, öncelikle kamu hizmetleri ile ilgili bir değerlendirme yapıldıktan sonra, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesine değinilecek ve nihayet limanların özelleştirilmesi konusundaki hukuksal durum Danıştay Kararları ışığında değerlendirilecektir.

#### II. Kamu Hizmeti

İdare işlevi genel olarak, “Devletin yasama ve yürütme erklerinin saptadığı siyasi yönde ve hukuki çerçeve içerisinde, toplumun düzenli ve uygarca yaşamasını sağlamak ve sürdürmek için (esas itibarıyla) kamu gücü ve usulleri kullanılarak doğrudan, devamlı ve ahenkli surette kamusal faaliyet yürütülmesi” olarak tanımlanmaktadır.<sup>3</sup>

Malum olduğu üzere, idare tarafından görülen hizmetler zaman içinde çeşitlenerek çoğalmıştır. 19. yüzyıl ortalarına kadar devlet ulusal savunma, yargı ve kolluk gibi zorunlu hizmetleri sunmakla yetinip; özellikle ekonomik hayata hiç karışmazken, zaman içinde sunulan hizmetler nitelik ve nicelik itibarıyla artmıştır. Kamu hizmetlerinin genişlemesi olarak adlandırılan bu sürecin, bir genişleme krizi olarak da nitelendirildiği hatırd tutulacak olduğunda, yetmişli yıllarla birlikte bu genişleme krizinin öncelikle ivme kaybettiğini ve ardından daha sonra “daralma krizi” olarak adlandırılacak ikinci bir krizin bu ilkinin takip ettiğini belirtmek gerekir.

Yetmişli yıllarla bağlayıp hızla genişleyen özelleştirme politikaları ile hedeflenen kamu kesiminin daraltılmasıdır. Bu gelişmenin de beraberinde, kamu hizmeti

<sup>1</sup> Avukat, Ankara Barosu.

<sup>2</sup> Danıştay 13. Dairesi'nin, 7.11.2006 tarih ve E. 2006/ 363, K. 2006/ 4219 sayılı kararı.

<sup>3</sup> Lütfü Duran, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 1982, s. 10.

anlayışındaki değişimi beraberinde getirdiği tartışmasızdır. Bu bağlamda bir yandan devletin üstlendiği hizmetler nicel olarak azaltılmaya çalışılırken, diğer yandan da idarenin üstlendiği hizmetlerin daha etkili, verimli ve süratli bir biçimde yerine getirilmesinin yolları aranmaya başlanmıştır. Bu doğrultuda, idarede “*hukuksal akılcılığın*” yerini “*işletmecî akılcılığın*” alması gerektiği savunulmaya başlanmış ve kamu hizmetleri alanında hukuksal düzenlemelerin baskısını azaltmaya yönelik, bu dönemin gözde kavramı deregülasyon kavramı üzerinde durulmaya başlanmıştır.

Deregülasyon, pazara giriş ve pazardaki faaliyetler üzerindeki sınırlamaların kaldırılması ve dolayısıyla işleyiş pazar mekanizmalarına bırakmayı içermesi itibarıyla devletin yapması gereken temel faaliyeti pazar mekanizmasına aykırı kuralları kaldırmak olarak tanımlar. Ancak bu yaklaşım, özellikle özelleştirmelerle ortaya çıkan pazar yapısı dikkate alındığında yanıltıcıdır. Çünkü bu alanlar, baştan itibaren aslında sıkı biçimde regüle edilmiş alanlardır ve yalnızca mülkiyet yapısına ilişkin değişiklik sonucunda pazarın biçimsel olarak serbestleştirilmesi istenen amaca ulaşmak için yetersizdir. Bu nedenle yapılan aslen bir regülasyon çerçevesinin başka bir çerçeveye değiştirilmesidir<sup>4</sup>. Özellikle doğal tekel sayılan ve ölçek ekonomisinin geçerli olduğu şebeke kurulmasını ve işletilmesini içeren alanlarda yeni bir çerçevenin geliştirilmemesi, hakim durumdaki işletmecinin bu durumunu devam ettirmesinden başka bir işe yaramaz. Dolayısıyla yapılan, devletin yeni durum karşısında artık yeni bir regülasyon faaliyetine girişmesi ve bunu yapmak için gereken kurumlari oluşturmasıdır.<sup>5</sup>

#### A. Kamu Hizmeti Kavramı

Kamu hizmeti, 1982 Anayasası’nda kimi kez işlevsel yani “*faaliyet, iş, uğraş*” anlamında, kimi kez de yapısal yani “*kamu kuruluşları*” anlamında kullanılmıştır. Anayasa’nın 128. maddesinde, “*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*” denilerek “*kamu hizmeti*” işlevsel açıdan tanımlanmış, 70. maddesinde ise, “*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir*” denilerek yapısal anlamda kamu hizmetinden söz edilmiştir.

Kamu hizmeti kavramının idare hukukunun uygulama alanının ve idari yargının görev alanının belirlenmesinde ölçüt kavram niteliği taşımasına karşın, tanımlanması son derece güçtür. Kavramın yasalarda ve yargı kararlarında sıklıkla kullanılıyor olması da bu güçlüğü ortadan kaldıramamaktadır. Yasa koyucunun “*kamu hizmeti*” kavramını tanımlama endişesi olmadığı, yargı yerlerinin değerlendirme serbestisini kaybetmemek adına tanımlamadan kaçındığı; öğretinin ise, tüm çabasına rağmen tanımlamayı başaramadığı ileri sürülmektedir.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Viktor Mayer-Schönberger / Mathias Strasser, “A Closer Look At Telecom Deregulation: The European Advantage,” Harvard Journal of Law & Technology, Volume 12, Number 3, Summer 1999, s. 565.

<sup>5</sup> Ayhan Tekinsoy, Türk Sosyal Bilimler Derneği, 9. Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi, Kongre Sunumu, Regülasyon Döneminin Muktedirleri, Düzenleyici Kurumların Yapı ve İşlevleri, 2005, s. 8 vd.

<sup>6</sup> Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 433.

XIX. yüzyıl başlarında “Devletin toplumun ortak gereksinimlerini karşılamak için giriştiği faaliyetler kamu hizmeti niteliği taşır ve bunun için idarenin yaptığı eylem ve işlemler de idare hukukunun konusunu oluşturur” yolundaki görüş, zaman içinde yaşanan değişimler sonucunda önemini yitirmiş olmakla birlikte, hala ölçüt - kavram olma niteliğini korumaktadır ve idari işlem, kamu mali, kamu görevlisi ve idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde kamu hizmeti kavramından ölçüt olarak yararlanıldığı bir gerçektir.<sup>7</sup>

Anayasa Mahkemesi’ne göre, kamu hizmeti, “Devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.”<sup>8</sup> Çalışmamızda, Anayasa Mahkemesi’nin bu tanımı esas alınmıştır.

### **B. Kamu Hizmetinin Özellikleri**

İdarenin toplumun ortak bazı gereksinimlerini karşılamak amacıyla doğrudan veya yakın gözetimi ve sorumluluğu altında, kamusal yetki ve usuller kullanarak yürüttüğü faaliyetler olarak tanımlanan “kamu hizmeti” kavramı üç unsuru ile belirlenmektedir.

Kamu hizmeti imtiyaz usulü gibi istisnalar dışında ancak doğrudan idarece yerine getirilir. Zaman içindeki gelişme özel kişilerin kamu hizmeti ile görevlendirilmeleri uygulamalarının değişik hukuki rejimler uygulanarak yaygınlaşması yönünde olmuştur. Ancak, hizmetin asli sahibi niteliğini koruyarak idarenin sahip olduğu yetkiler önem kazanmaktadır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında, “Kamu hizmetleri aslında bir bütündür. Bunun yerine getirilmesi de ilke olarak devlete aittir. Ancak, toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmamakta, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirileceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, kamusal hizmet birimlerinin nitelik ve özellikleriyle uyuşabildiği ölçüde, kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikte yapılandırılmaları mümkündür. Bu sebeptendir ki, kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülsün, kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri varolduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur.”<sup>9</sup> denilmiştir.

Kamu hizmetleri toplumun ortak gereksinimlerinin karşılanmasına yönelik faaliyetlerdir. Bununla birlikte, “toplumun ortak gereksinimlerinin karşılanması” cümlecigiinden hareketle, niteliği gereği kamu hizmeti sayılabilecek faaliyetlerden söz edilebilmesi mümkün değildir. Öğretide, niteliği gereği kamu hizmeti sayılan

<sup>7</sup> Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt 2, Ekin Yayınevi, Bursa, 2003, s. 217 vd..

<sup>8</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 24.1.1995 tarih ve 22181 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 9.12.1994 tarih ve E. 1994/ 43, K. 1994/ 42-2 sayılı kararı, s. 21.”. Çalışmamızda, Anayasa Mahkemesi’nin bu tanımı esas alınmıştır.

<sup>9</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 17.6.1990 tarih ve 20551 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 12.4.1990 tarih ve E. 1990/ 4, K. 1990/ 6 sayılı kararı, s. 42 vd. denilmiştir.

faaliyet olmadığı, bu nitelemenin hizmeti kuranların iradesine bağlı olduğu, dolayısıyla herhangi bir sosyal faaliyetin her zaman kamu hizmetine dönüştürülebileceği kabul edilmekte<sup>10</sup>, bu nedenle kamu hizmetinin hukuki bir kategori olmaktan çıkıp *"instrument politique"* olduğu ileri sürülmektedir.<sup>11</sup> Bu nedenle, kamu hizmetinin belirlenmesinde yetkili kamu otoritesinin iradesi - ki yasama organıdır - önem kazanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, *"Hiç şüphesiz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde yasama organı, herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis edebilir."*<sup>12</sup> diyerek bu tezi doğrulamaktadır.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin *"niteliğine göre kamu hizmeti"* anlayışını yansıtan ve öğretide sıkça tartışılan ve sert bir biçimde<sup>13</sup> eleştirilen kararında,<sup>14</sup>

*"Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturmuştur. Çünkü, bunun yokluğu toplum yaşamını altüst eder. Bir kamu hizmeti, ülke çapında, tüm halkın gereksinmesine yanıt verebileceği gibi; belli bir yörede belli bir topluluğun gereksinmesini de karşılayabilir. Başka bir anlatımla, hizmetin ülkesel, yöresel veya toplumun bir kesimi için söz konusu olması onun kamu hizmeti olma niteliğini etkilemez. "Kamu hizmeti kavramı"nın gerek öğretide gerekse uygulamalarda Devletçe ve öteki kamu tüzel kişilerince genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamın da gittikçe genişlediği bir gerçektir. Çağdaş kamu hizmeti kavramına giren hizmetler yalnızca devlet etkinlikleri ile sınırlandırılmaz."*

*Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 26.3.1974 günlü, Esas 1973/32, Karar 1974/11 sayılı kararında, "...kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindendir" denilerek, elektrik hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu açıkça vurgulanmıştır."*

*Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımıyla bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasa koyucunun istenci rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal*

<sup>10</sup> Gözübüyük, Tan, a.g.e., s. 435.

<sup>11</sup> Gözübüyük, Tan, a.g.e., s. 435.

<sup>12</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 21.1.1986 tarih ve 18995 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 26.11.1985 tarih ve E. 1985/ 2, K. 1985/ 22 sayılı kararı, s. 42 vd.

<sup>13</sup> Gözler, a.g.e., s. 217 v.d. eleştirilen kararında,

<sup>14</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 24.1.1995 tarih ve 22181 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 9.12.1994 tarih ve E. 1994/ 43, K. 1994/ 42-2 sayılı kararı, s. 21.

gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur.

**Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez. Nitekim, Anayasa'nın 47. maddesinde, "kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler.... devletleştirilebilir" denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir."**

Anayasa Mahkemesi'ne göre "kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindendir"<sup>15</sup>; "elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetleridir"<sup>16</sup>; "köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, deniz ve havalimanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir"<sup>17</sup>; "çok önemli bir kamu hizmeti olan sağlık hizmeti"<sup>18</sup>, "eğitim ve öğretim hizmetlerine, devletçe öteki kamu hizmetleri arasında önemli bir ağırlık verilmesi zorunluluğu vardır"<sup>19</sup>, "yeminli mali müşavirlerce yapılacak tasdik işlemi kamu hizmeti niteliğindedir", "çağımızda önemli bir kamu hizmeti niteliği kazanan dış ticaretin düzenlenmesi", "radyo-televizyon yayını gibi çağın en ileri teknolojik aşamasını yapmış kamu hizmeti" "Devlet ve diğer amme hükmi şahısları (kamu tüzel kişileri) tarafından veya bunların nezaret ve murakabeleri, kontrolleri altında umumi ve kolektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, amme menfaatini sağlamak için icra edilen ve umuma arz edilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetlere amme (kamu) hizmeti"<sup>20</sup> denilmektedir.

### III. Özelleştirme

Kavramsal analizini ve özelliklerini özet bir biçimde ortaya koymaya çalıştığımız kamu hizmetlerinin, çeşitli usullerle özel sektöre devri olarak tanımlanabilecek olan özelleştirme Anayasa'nın 47. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir."

<sup>15</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 26.3.1974 tarih ve E. 1973/ 32, K. 1974/ 11 sayılı kararı, AMKD, Sayı: 12, s. 122.

<sup>16</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 24.1.1995 tarih ve 22181 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 9.12.1994 tarih ve E. 1994/ 43, K. 1994/ 42-2 sayılı kararı, s. 21.

<sup>17</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 20.3.1996 tarih ve 22586 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 28.6.1995 tarih ve E. 1994/ 71, K. 1995/ 23 sayılı kararı, s. 49.

<sup>18</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 17.6.1990 tarih ve 20551 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 12.4.1990 tarih ve E. 1990/ 4, K. 1990/ 6 sayılı kararı, s. 42 vd., s. 12.

<sup>19</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 24.1.1995 tarih ve 22181 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 9.12.1994 tarih ve E. 1994/ 43, K. 1994/ 42-2 sayılı kararı, s. 21.

<sup>20</sup> Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, 1966, 3. Bası, s. 13.

4046 sayılı Kanun'un 1/ f maddesi uyarınca, özelleştirme "*Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıklara ait mal ve hizmet üretim birimlerinin işletilmesi haklarının, ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak*" amacıyla gerçekleştirilen bir uygulamadır.

Söz konusu amacın temini için yürütülen özelleştirme işlemlerinde birtakım ilke ve esaslar gözetilmektedir.

Öncelikle, özelleştirme sonucunda doğabilecek istihdam azalmaları ile ilgili olarak mevcut kanunlarda ve/ veya toplu iş sözleşmelerinde öngörülen tazminatlara ek olarak "*İş Kaybı Tazminatı*"nın verilmesi kuralı 4046 sayılı Kanunla yürürlüğe konulmuştur. Yine özelleştirmelerde, genel bir yöntem belirlenmesi yerine, kuruluşların özelliklerine ve içinde bulundukları şartlara göre, özelleştirme yöntemlerinin belirlenmesi esası getirilmiştir. Özelleştirme neticesinde elde edilecek gelirlerin kullanılması da kurala bağlanmıştır. Buna göre, özelleştirme uygulamalarından elde edilecek gelirlerin genel bütçe harcama ve yatırımlarında kullanılması mümkün değildir.

Özelleştirilecek hizmetlerin daha önce tekel biçiminde yürütülüyor olmasından kaynaklanabilecek olumsuz etkilerin önlenmesi, mülkiyet yaygınlığının yanı sıra, yönetim sorumluluk ve yetkilerini üstlenebilecek ortak grubunun temin edilmesi, özelleştirme uygulamaları çerçevesinde kamu bankalarının da öncelikle özelleştirilecek kuruluşlar arasına alınarak süratle özelleştirilmesinin sağlanması, stratejik konularda devletin sahip olacağı imtiyazlı hisse oluşturulması, tabii kaynakların, belli bir süre için sadece işletme hakkının verilmesi suretiyle özelleştirilmesi, özelleştirme işlemlerinin değer saptaması da dahil aleniyet içinde yürütülmesi, özelleştirme uygulamalarında, milli güvenlik ve kamu yararının gerektirdiği durumlar hariç, kamu kurum ve kuruluşları ile mahalli idarelere devir yapılmaması ilkeleri özelleştirme uygulamalarında esas alınmaktadır.

#### **IV. Limanların Özelleştirilmesi**

Limanlar gemilerin olumsuz deniz ortamında sığınabilecekleri, yanaşabilecekleri, yükler için yükleme ve boşaltma, yolcular için indirme ve bindirme yapabilecekleri fiziksel ortamı sağlayan ve bunlara ilişkin alt yapılar, açık - kapalı mekanlar ve tesisler ile gemi, yük ve yolculara yönelik hizmetleri veren, kontrol ve güvenlik işlemleri için gereken yerleşik birim ve örgütleri içeren, ülkenin belli bölgesi üzerinde ekonomik faktör teşkil eden, taşıma sistemleri arasında dönüşüm noktası olarak tanımlanan yerlerdir.<sup>21</sup>

Kuruluşların özelliklerine ve içinde bulundukları şartlara göre özelleştirme yöntemlerinin belirlenmesi ilkesi, tanımda aktarılan özellikleri nedeniyle, limanların özelleştirilmelerinde çok önemli bir rol oynamıştır.

Danıştay kararlarında, limanların özelleştirilmesinin kendine özgü özellikler taşıdığı derhal göze çarpmaktadır. "*Kanun'da 'kuruluş' olarak sayılanların, Kurul'ca,*

<sup>21</sup> Ulaştırma (Denizyolu Ulaştırması) - Özel İhtisas Komisyonu Raporu, DPT Yayını, Ankara 2001, s. 102.

belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak için özelleştirilmesi yoluna gidebileceği, limanların da işletme hakkının verilmesi veya kiralanması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri yöntemlerle özelleştirilmesinin mümkün olduğu görülmektedir”<sup>22</sup> denilerek, limanların özelleştirilmesi konusunda, özelleştirme yöntemine ilişkin bir kısıtlama olduğuna işaret edilmiştir.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’un 37. maddesi uyarınca, “Limanlar hakkında mülkiyetin devri suretiyle özelleştirme yapılamaz” Danıştay 13. Dairesi’nin bir kararında söz konusu düzenlemenin gerekçesi ortaya konulmuştur; “Limanın özelleştirilmesinde, işletme hakkı devri yöntemin esas alındığından mülkiyet hakkının devri suretiyle yapılan özelleştirmelerin aksine Devletin mülkiyet hakkına bağlı olarak, Liman’ın özelleştirme sonrası hizmetin 4046 sayılı Yasa’nın amacı doğrultusunda devamını sağlayacak üretim ve yatırımı gözetken şartların idarece belirlenerek alıcıya bu doğrultuda bir takım taahhütler konulması gerektiği kuşkusuzdur.”<sup>23</sup>

Limanların özelleştirilebilmeleri için izlenecek prosedür de, gerek 4046 sayılı Kanunda, gerekse Danıştay kararlarında ortaya konulmuştur. Bunun için öncelikle, özelleştirilmesi söz konusu olan limanın, Özelleştirme Yüksek Kurulu kararıyla özelleştirme programına alınması gerekmektedir. Ardından özelleştirme yöntemi belirtilmektedir. Bu yöntemler yukarıda da işaret etmiş olduğumuz gibi, işletme hakkının verilmesi veya kiralanması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri yöntemlerdir. Sonraki aşamada, özelleştirme işlemleri için bir süre belirlenmesi gerekmektedir. Bu aşamayı takiben, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun’da yer alan ilkelere ve özelleştirme yöntemine uygun olarak, özelleştirilmesine karar verilen limanın özelleştirilmesinin ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlama amacını sağlayıp sağlamayacağının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu noktada, limanın, özelleştirme işlemleri tamamlanıncaya kadar kamunun yönetiminde kalması gerekmektedir. Özelleştirme sonrası limanı devralacak yatırımcıların bakım, onarım ve diğer yükümlülüklerine ilişkin denetim ve kontrollerin kamu tarafından yerine getirilmesi ve bu yükümlülüklerin devir sözleşmesinde tereddüde mahal bırakmayacak açıklıkta ortaya konulması zorunludur.

Nitekim bir Danıştay kararında bu husus açıkça ortaya konulmuştur;

“Liman’ın hangi şartlarla özelleştirileceğini düzenleyen ihale şartnamesinin 4046 sayılı Kanun’da öngörülen özelleştirme amacına uygun olması zorunlu olup, davalı idarenin Liman’ın özelleştirme gerekçesi olan, yatırımların yapılması durumunda, modernizasyon ihtiyacının ve kapasite artırımının karşılanması ve ülke ekonomisine katkısının artırılmasının sağlanması ve kısıtlı kamu imkanlarıyla yapılması güç olan yatırımların özel sektör tarafından sağlanması hususlarının ihale şartnamesinde yer alması gerekmektedir.”<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Danıştay 13. Dairesi’nin, 7.1.2006 tarih ve E. 2006/ 363, K. 2006/ 4219 sayılı kararı.

<sup>23</sup> Danıştay 13. Dairesi’nin, 20.11.2006, E. 2005/ 7997, K. 2006/ 4380 sayılı kararı.

Nihayet, Limanın özelleştirilmesi sonucu elde edilecek gelirin devredilmesine ilişkin esasların belirlenmesi gerekmektedir. Danıştay tüm bu koşulların yerine getirilmesi halinde, liman özelleştirmesi işlemlerini hukuka uygun bulmaktadır.<sup>25</sup>

Limanların özelleştirilmesi konusunda gündeme gelen sorunlardan biri de kabotaj hakkının kullanımıdır. 815 sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) Ve Limanlarla Kara Suları Dahilinde İcrayı San'at Ve Ticaret Hakkında Kanun'un 1. maddesinde *"Türkiye sahillerinin bir noktasından diğerine emtia ve yolcu alıp nakletmek ve sahillerde limanlar dahilinde veya beyinde cer ve kılavuzluk ve her hangi mahiyette olursa olsun bilcümle liman hidematını ifa etmek yalnız Türkiye sancağını hamil sefain ve merakibe münhasırdır"* denilerek kabotaj hakkı düzenlenmiş bulunmaktadır. 4046 sayılı Kanunun 37. maddesinde de, *"815 sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahariye (Kabotaj) ve Limanlarla Kara Suları Dahilinde İcrayı San'at ve Ticaret Hakkında Kanun hükümleri ile 29.6.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 823'üncü maddesi hükmü saklıdır"* denilerek, limanların özelleştirilmesi konusunda kabotaj hakkının kullanımı hususuna riayet edilmesi zorunluluğu bir kez daha teyit edilmiştir.

Danıştay 13. Dairesi'nin bir kararında<sup>26</sup>, Danıştay Savcısı; *"Yabancı uyruklu kişilerin de teklif verebildiği bu ihalede, ihale konusu şartname ile limanda yürütülecek hizmetlerin sayma yoluyla belirlenerek sınırlandırılması gerekirken, yürütülecek hizmetler yönünden herhangi bir sınır getirilmeyerek, yalnızca Türk vatandaşları tarafından yapılması zorunlu kabotaj hizmetlerini de kapsayabilecek şekilde hizmet kapsamının genişletilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır"* diyerek, kabotaj hakkını ihlal ettiğini değerlendirdiği özelleştirme işleminin iptali gerektiği yolunda görüş beyan ederken, Danıştay 13. Dairesi, aynı dosyada verdiği kararında, *"İçinde yabancılık unsuru taşıyan tüzel kişilere ait olan gemilerle, bu tüzel kişilerin TTK'nun 823. maddesinde sayılan koşulları taşımaları halinde, 815 sayılı Kanun'un 1. maddesinde sayılan hizmetleri yerine getirebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. İzmir Limanı'nda kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. tarafından yerine getirildiğinden, şartnamede bu hizmetlere açıkça yer verilmemesi, ihale kapsamı dışında tutulduklarını göstermekte olup, bu hizmetler dışında şartname kapsamında bulunan hizmetlerden yalnızca palamar hizmeti, denizde gemilerle ya da teknelerle yerine getirilebilecek hizmet niteliğindedir. Bu hizmetin 815 sayılı Kanun'un 1. maddesi kapsamında yer alması nedeniyle Türk bayrağı taşıyan gemilerle ifa edilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu nedenle de, palamar hizmetinin ihale kapsamında yer alması ve denizde verilen bu hizmete yönelik olarak Liman'da bir adet palamar botunun bulunması, işleticinin sözü edilen hizmeti Kabotaj Kanunu hükümlerine aykırı olarak yürüteceği sonucunu doğurmayacaktır"* diyerek davanın reddine karar vermiştir.

<sup>24</sup> Danıştay 13. Dairesi'nin, 20.11.2006, E. 2005/ 7997, K. 2006/ 4380 sayılı kararı.

<sup>25</sup> Danıştay 13. Dairesi'nin, 21.1.2008 tarih ve E. 2007/ 10296, K. 2008/ 950 sayılı kararı..

<sup>26</sup> Danıştay 13. Dairesi'nin, 9.12.2008, E. 2007/ 9903, K. 2008/ 6674 sayılı kararı.

Danıştay, 815 sayılı Kanun'un 1. maddesinde getirilen kısıtlamanın, Türk Ticaret Kanunu'nun 823. maddesi ışığında değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nun, 5136 sayılı Yasa ile değişik 823. maddesi uyarınca,

*“Birlikte mülkiyet esaslarına göre birden fazla kişilere ait olan gemiler, pay çokluğunun Türk vatandaşlarına ait olması şartıyla Türk gemisi sayılırlar. Türk kanunları uyarınca kurulup da;*

*1. Tüzel kişiliği haiz olan teşekkül, müessese, dernek ve vakıfların mali olan gemiler idare organını teşkil eden kişilerin çoğunluğu Türk vatandaşı olmak,*

*2. Türk ticaret şirketlerinin mali olan gemiler, şirketi idare ve temsil etmeye yetkili ortakların çoğunluğu Türk vatandaşı olmak ve şirket sözleşmesine göre oy çoğunluğu Türk ortaklarda bulunmak, anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde ayrıca payların çokluğunun nama yazılı ve bir başkasına devri şirket yönetim kurulunun iznine bağlı bulunmak şartıyla Türk gemisi sayılırlar.”*

Limanların özelleştirilmesi konusunda değinmek istediğimiz son başlık, liman özelleştirmeleri sırasında doğabilecek “rekabet” uyuşmazlıklarıdır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un, “Birleşme veya Devralma” kenar başlıklı 7. maddesi, “*Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder*” kuralını getirmiştir. Bu hüküm doğrultusunda yürürlüğe konulan “Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Geçerlik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ”in 3. maddesinde Rekabet Kurulu'nun görüşünün alınmasının zorunlu olduğu haller sayılmış, belirtilen eşiklerin dışında da, hukuki ve fiili imtiyaz doğuran hallerde de Rekabet Kurulu'nun görüşünün alınması zorunlu kılınmıştır.

Nitekim Danıştay da bir kararında<sup>27</sup>, “İlgili pazarda böyle bir özelleştirmenin ne gibi sonuçlar doğuracağı, özelleştirilecek kuruluşun varsa sahip olduğu hukuki veya fiili imtiyazların özelleştirme sonrası durumunun ne olacağı hususlarının değerlendirilmesi ve bu konularda ihale şartları belgesinin hazırlığına esas olacak menfi veya müspet, Rekabet Kurulu'nun görüşünün alınması gerekirken Rekabet Kurulu'nun görüşü alınmaksızın söz konusu limanın ihaleye çıkarılmasında ve mahkemece olayda hukuki ve fiili tekel söz konusu olmadığı sonucuna varılarak karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir” diyerek, Rekabet Kurulu'nun görüşü alınmadan yapılacak özelleştirmelerin hukuka aykırı olduğunu tespit etmiştir.

Rekabet Kurulu'nun görüşünün alınmasını zorunlu gören Danıştay, Kurul görüşü doğrultusunda hareket edilmesini ise zorunlu görmemektedir. “İzmir Limanına ilişkin Rekabet Kurulu görüşünde ilgili mevzuatında öngörülen kurallar çerçevesinde özelleştirmenin ilgili pazarda hakim durum yaratılması veya hakim durumun daha da güçlendirilmesi sonucunu doğurup, doğurmayacağı yönünde bir değerlendirmesinin

<sup>27</sup> Danıştay 13. Dairesi'nin, 28.2.2006, E. 2005/ 7150, K. 2006/ 1231 sayılı kararı.

yapılmasından çok, Limanın özelleştirme sonuçları tartışılıp, ilgili pazardaki denetim ve regülasyon eksikliği sebebiyle ortaya çıkması olası düzensizlikler dikkate alınarak Limanın bölümlendirilerek iki ayrı teşebbüs ve/veya teşebbüs birliğinin işletilmesine verilmesinin önerilmesi niteliğinde olduğu, öte yandan, işletme hakkını devrini düzenleyen sözleşmede işleticinin hakim durumunu kötüye kullanmasını engelleyecek tedbirlerin alındığı görüldüğünden, davacının, Rekabet Kurulu'nun ön görüşüne uyulmayarak Limanın tek parça özelleştirilmesinin rekabet hukukuna aykırı olduğu yolundaki iddiasının dayanağı bulunmamaktadır.<sup>28</sup>

## V. Değerlendirme

Geniş anlamıyla özelleştirme, daha önce kamu sektöründe gerçekleştirilen iktisadi faaliyetlerin özel sektöre devridir. Satış, kiralama, işletme hakkının devri, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi, gelir ortaklığı, ruhsat, imtiyaz, iltizam, müşterek emanet, ortak girişim ve benzeri yollarla gerçekleşen bu iktisadi faaliyet devri yöntemi konusunda seksenli yılların ortalarından 2000'li yılların başına kadar yürütme ile yargı arasında ciddi görüş ayrılıkları doğmuştur. Bu bağlamda, KHK ve kanunlarla yapılan düzenlemeler Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Daha sonra 4046 sayılı Kanun Anayasa Mahkemesi kararları ışığında değiştirilmiştir. Bu defa, söz konusu Kanun uyarınca tesis edilen işlemler, çeşitli nedenlerle Danıştay tarafından hukuka aykırı bulunmuştur. Nihayet 1999 yılında Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklikle özelleştirme alanında hukuki alanda bir mutabakatın sağlandığı ifade edilebilir.

Limanların özelleştirilmesi ise yine bu süreçte, kendine özgü özellikleri nedeniyle farklı bir seyir izlemiştir. 4046 sayılı Kanun'da limanlarla ilgili olarak ancak mülkiyetin devri dışında yollarla özelleştirme yapılabileceğine ilişkin kural, uygulanacak özelleştirme yöntemiyle ilgili önemli bir sınır çizmiştir. Buna göre, limanların özelleştirilmesinde, işletme hakkı devri yöntemi esas alındığından mülkiyet hakkının devri suretiyle yapılan özelleştirmelerin aksine Devletin mülkiyet hakkına bağlı olarak, Liman'ın özelleştirme sonrası hizmetin 4046 sayılı Yasa'nın amacı doğrultusunda devamını sağlayacak üretim ve yatırımı gözetken şartların İdarece belirlenerek alıcıya bu doğrultuda bir takım taahhütler konulması gerekmektedir.

Danıştay limanların özelleştirilmesine ilke olarak karşı olmamakla birlikte, özelleştirmeye gerekçe olarak gösterilen yatırım yapılması, modernizasyon ihtiyacının ve kapasite artırımının karşılanması ve ülke ekonomisine katkısının artırılmasının sağlanması ve kısıtlı kamu imkanlarıyla yapılması güç olan yatırımların özel sektör tarafından sağlanması gibi nedenlerin sadece özelleştirmenin nedeni olarak gösterilmesine rıza göstermemekte, bu gereksinimlerin karşılanması zorunluluğuna ihale şartnamesinde de yer verilmesini zorunlu addetmektedir.

Kabotaj Hakkının kullanımı konusunda, 815 sayılı Kanun'un 1. maddesinde getirilen kısıtlamayı tek başına değerlendirmeyi uygun görmeyen Danıştay, bu

<sup>28</sup> Danıştay 13. Dairesi'nin, 9.12.2008, E. 2007/ 9903, K. 2008/ 6674 sayılı kararı.

kısıtlamanın Türk Ticaret Kanunu'nun 823. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklik ışığında okunması gerektiğine de işaret etmektedir.

Nihayet, Danıştay özelleştirme uygulamalarında Rekabet Kurulu'nun görüşünün alınmasını zorunlu görürken, Kurul görüşü doğrultusunda hareket edilmesinin zorunlu olmadığını değerlendirmektedir.

Sonuç olarak, liman özelleştirmelerinde; hangi kurumların, ne tür sözleşmelerle özelleştirme yapabilecekleri, Rekabet Kurulu'nun liman özelleştirmesi sürecine katılımı ve bu katılımın alınacak kararlara etkisi, limanlara yapılacak yatırımlar konusunda getirilecek yükümlölükler, özelleştirme neticesinde elde edilen gelirin sarf edilmesi usulleri, kabotaj kuralları, süre sonunda geri dönüşler, ekonomik verimlilik artışının sağlanması, kamu giderlerinde azalmanın temini, bakım, onarım ve diğer yükümlölüklerin regüle edilmesi gibi konularda ortaya çıkan uyumsuzluklar yıllar içinde giderilmiş ve limanların özelleştirilmesi konusunda istikrarlı bir hukuksal duruma ulaşılmıştır