

"...

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğünün durdurulması istemlerini içeren 2.8.1994 günlü dava dilekçesinde aynen şöyle denilmektedir:

"8.6.1994 tarihinde TBMM'de kabul edilen 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun, 13 Haziran 1994 gün ve 21959 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak, yürürlüğe girmiştir.

Bu yasa ile, "kamu kurum ve kuruluşlarınca (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) ifa edilen, ileri teknoloji ve yüksek maddî kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin, yap - işlet - devret modeli çerçevesinde yaptırılması" amaçlanmış (Madde-1) ve yasanın 2. maddesinde sayılan yatırım ve hizmetlerin "(...) sermaye şirketleri(ne) veya yabancı şirketler(e) yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konuları" düzenlenmiştir.

Kaynakları sınırlı ülkelerin, kimi tesislerini bu yolla yaptırması, kuşkusuz akılcı bir yöntemdir. Ancak, bu işlem sırasında uygulanan yöntemin de hukuka ve Anayasa'ya uygun olması zorunludur. Bu açıdan bakıldığında 3996 sayılı Yasa, aşağıda ayrıntılarıyla açıklandığı gibi, Anayasa'ya aykırı maddeler içermektedir.

125., 155. ve 11. Madde Yönünden Anayasa'ya Aykırılık

Anayasa'nın 125. maddesinin ilk fıkrası şöyledir :

"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."

Böylece, idarenin hangi amaç ya da yolla yapılmış olursa olsun, hiçbir işleminin yargı denetimi dışında bırakılamayacağı, anayasal güvence altına alınmıştır.

Buna karşın, iptali istenen yasanın 5. maddesinde:

"Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapıl"acağı ve "Bu sözleşme(nin) özel hukuk hükümlerine tabi" olacağı belirtilmiştir.

Bilindiği gibi, daha önce yine iptali istenerek Anayasa Mahkemesi'ne başvuru olan 3974 sayılı Yasa da benzer bir hüküm içermiş, bu iptal isteminin temel gerekçesini oluşturmuş ve Yüce Mahkeme 11.4.1994 gün ve 1994/43 esas ve 1994/42-1 karar sayılı kararıyla, 3974 sayılı yasa hakkında "yürürlüğün durdurulması" kararı almıştır.

Anayasa'nın 125. maddesinin amir hükmü gereğince, idarenin hiçbir eylem ve işlemi yargı denetimi dışında bırakılamaz. İdari işlemlerin denetimini ise, idari yargı mahkemeleri ve Danıştay yapar.

İdari yargının görev alanı, yasa ve içtihatlarla belirlenmiştir. Nasıl özel hukuk alanına giren bir dava idari yargı yerlerinde görülemezse, idari yargının görev alanına giren bir dava

da, özel hukuk mahkemelerinde görülemez. Özel hukuk - yönetsel hukuk ayrımının kaynağı ve gerekliliği konusunda çok şey söylemeye gerek yoktur.

Ancak, iptali istenen Yasa'nın 5. maddesi ile getirilen düzenlemenin hukuka aykırılığının açıklanabilmesi için, bazı temel bilgilerin aktarılması zorunlu olmuştur.

"Yargısal içtihatlarımızla doktrinimizde benimsenen başlıca ölçü şudur :

İdarenin özel bir kişi ile yaptığı sözleşme, eğer sözleşmecinin bir kamu hizmeti yapmasını veya böyle bir hizmetin yapılmasına katılmasını öngörüyorsa, ilgili sözleşme idari niteliktedir." (Prof. Dr. T. Bekir BALTA, İDARE HUKUKUNA GİRİŞ. s 188. TODAİE Yayınları, 1970, Ankara)

İçtihadı göre idari sözleşmenin koşulları şunlardır:

"1- Sözleşmenin taraflarından birisinin idare olması,

2- Sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili olması,

3- Yönetime, özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması"(Prof. Dr. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, TÜRKİYE'NİN YÖNETİM YAPISI, s. 52 S Yayınları 1978, Ankara)

Bu açıklamalar ışığında:

1- İptali istenen Yasa uyarınca yapılacak sözleşmelerin taraflarından birisi idare'dir (Madde 3/d, 4, 5, 8, 9, 10, 11).

2- İptali istenen Yasa'nın 1. maddesinde genel olarak, 2. maddesinde ayrıntılarıyla yaptırılması amaçlanan yatırım ve hizmetler, kamu yatırımı ve kamu hizmetleridir.

3- Bu Yasa uyarınca yapılacak sözleşmelerde, işi alana (yönetene) yaptığı hizmet karşılığı alacağı ücreti toplaması (Madde 3/a, 8), dolayısıyla tahsil edemediği alacakları için özel hukuk yetkilerini aşan bazı yetkiler, ayrıca devlet tarafından bazı güvenceler verilmesi gibi (Madde 11), yetki ve ayrıcalıklar tanınmaktadır ki, bu da, bu Yasa uyarınca yapılacak sözleşmelerin birer idari sözleşme olacağını göstermektedir.

Bu temel açıklamalardan sonra, 3996 sayılı Yasa'nın 5. maddesi incelendiğinde iki açıdan Anayasa'ya aykırılık ortaya çıkmaktadır.

a) İmtiyaz sözleşmesi olup olmama:

Bunlardan ilki, maddenin ilk cümlesinde bir ölçüde güvenceye alınmaya çalışılmış olan ya da o izlenim verilmeye çalışılan "imtiyaz" olup olmama konusudur.

Taraflarından birinin idare olduğu, özel hukuk kişisine, diğer özel hukuk kişilerine tanınan yetkilerin çok üstünde, yönetimin yetkilerine yakın yetkilerin tanındığı sözleşmelerin, idari sözleşme sayılacağı, yukarıda açıklanmıştır.

"İdari mukavelelerin en tam ve mükemmel tipi (olan), imtiyaz mukaveleleri" (Prof. Dr. Sıddık Sami ONAR, İDARE HUKUKUNUN UMUMİ ESASLARI, s. 395, Marifet Basımevi, 1952, İstanbul.) şöyle tanımlanabilir:

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

Bunlar, gerek diğer akidin yani hususi şahsın vecibelerinin mevzuu bir amme hizmetinin kurulması ve işletilmesi olması ve gerek bu şahsa hizmetin götürülmesini temin için fertlere karşı amme kudretine dayanan bir takım salâhiyetlerin tanınması ve gerekse idarenin hizmetin muntazam ve müstekâr bir tarzda ifasını sağlamak için diğer âkide karşı medeni hukuk mukavelelerinin verdiği normal salâhiyetlere mâlik olması bakımından idarî mukavelelerin tekmil karakterini haizdir." (Prof. Dr. Sıddık Sami ONAR, İDARE HUKUKUNUN UMUMİ ESASLARI, s. 395 Marifet Basımevi, 1952 İstanbul.)

"... yardımcı veya yardımsız, menafi garantisinden arî olarak bir amme hizmetinin masrafı kendisi tarafından yapılmak ve kendisine hizmetten müstefid olanlardan muayyen bir tarife dairesinde bir ücret istifası hak ve mezuniyeti verilmek suretiyle bir ferde veya bir şirkete uzun bir devre için gördürülmesi ve onun bu hizmetle mükellef tutulması esasına müstenid bulunan mukavelelere amme hizmeti imtiyaz mukaveleleri denir." (Ag.es. 1145.)

Anayasa'nın 155. maddesi 2. fıkrası gereğince de, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme yetki ve görevi Danıştay'ındır.

Görünürde yasa koyucu, yasanın 5. maddesine; kamu çıkarlarını korumak amacıyla "imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılı" hükmünü koymuştur ama bu, yapılan sözleşmenin imtiyaz sözleşme olmasını engellemeyeceği gibi, idari sözleşme olmasını da engellemez.

Bir sözleşme ya da şartlaşmanın gerek idari yargı alanına girip girmediğinin, gerek "imtiyaz" niteliği taşıyıp taşımadığının denetimi de, yine yargı organları tarafından yapılabilir.

Sonuç olarak, yaptırımı olmayan ve yargı denetimi dışında bırakılmaya çalışılan idari sözleşmeler için, yasa ile getirilen "imtiyaz teşkil etmeyecek biçimde bir sözleşme yapılı" ibaresi, sözleşmenin, imtiyaz sözleşmesi sayılmaması için yeterli değildir.

Hatta, bir sözleşmede, açıkça; "bu sözleşme bir imtiyaz sözleşmesi değildir" hükmünün yer alması bile, bu o sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olmaması için yeterli değildir. Yapılan sözleşmenin ne tür bir sözleşme olduğuna şekil ve içeriği ile bir bütün olarak, kimi kez maddelerinde aksini içeren hükümlere rağmen, karar verilir.

Kaldı ki, iptali istenen Yasa'nın başka maddelerindeki bazı ifadeler, yapılacak sözleşmenin bir "imtiyaz sözleşmesi" olacağına karine oluşturmaktadır.

Örneğin, imtiyaz sözleşmelerinin unsurlarından biri olan "uzun bir devre için gördürülme" (Sözleşmelerin süresi 49 yıldan fazla olamaz. Madde 7),

"Her türlü masraf ve hasarı kendisine ait olmak üzere" gördürülme (Madde 9), "Salâhiyetler temin ve malî menfaatler taahhüt etme" (Madde 3. "...yatırım bedelinin (...)

şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi", Madde 4, "... mal ve hizmetlerin ücretinin belirlenmesinde uygulanacak kriterler", Madde 8 ".. üretilen mal ve / veya hizmetlerin karşılığı olarak ödenecek ücretler" Madde 11 ile getirilen güvenceler),

"Konunun bir amme hizmetinin kurulması ve işletilmesi" olması (Madde 1, 2, 3/a, 4, 6, 7, 9) unsurlarının hepsi, bu yasada vardır.

Bu nedenle, 3996 sayılı Yasa'nın 5. maddesindeki "imtiyaz teşkil etmeyecek biçimde bir sözleşme yapılır" hükmünün, yapılacak sözleşmenin içeriğini belirlemek açısından bir anlamı yoktur. Ancak, bir niyeti göstermektedir ki, o da maddenin son cümlesinde açığa çıkmakta ve ikinci aykırılığı oluşturmaktadır.

b) Özel hukuk - İdari hukuk sorunu:

3996 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin son cümlesi şöyledir:

"Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir."

Bu hükmün Anayasa'ya aykırılığı son derece açıktır ve aslında, hiçbir geçerliliği yoktur. Çünkü, "çıkacak uyuşmazlığın idari yargı düzeninden başka bir yargı düzenine ait olacağının belirtilmesi sözleşmenin niteliğini kestirmede önem taşımaz." (Prof. Dr. Bekir BALTA, İDARE HUKUKUNA GİRİŞ. s. 190. TODAİE Yayınları, 1970, Ankara) Yalnızca bir niyeti yansıtmaktadır. Anayasa'nın 9. maddesine göre de, "yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır."

Yasa ile de olsa bir sözleşmenin, hangi yargı alanına gireceği belirlenemez. Bu, bağımsız yargı tarafından kararlaştırılabilir.

Bir sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olması ile idari yargıya tabi olması arasındaki temel ayrım; ilkinde yalnızca sözleşmenin tarafları, ikincisinde ise, konuyla ilgili başta meslek kuruluşları ve üçüncü kişiler olmak üzere birçok kişi ya da kurum tarafından dava açılabilmesidir.

Yapılacak sözleşmelerde, kamu yararı önde tutulmuş ve sermaye şirketi ya da yabancı şirkete, mevcut hukuk düzenine aykırı kimi ayrıcalıklar verilmemiş ise, yargı denetiminden kaçmayı gerektirecek bir husus yoktur. Buna karşın, gerek daha önce 3974 sayılı Yasa'da, gerek iptali istenen 3996 sayılı Yasa'da ısrarla, idari sözleşmelerin idari yargı denetimi dışında bırakılmaya çalışılması, akla bazı sorular getirmektedir.

Yasanın 5. maddesinin son cümlesindeki "sözleşmenin özel hukuka tabi" olacağı hükmü bu açıdan önem taşımaktadır. İdarenin her türlü eylem ve işlemi yargı denetimine açık olduğuna ve bu yargı denetimini de idari yargı yerleri yapacağına göre, yukarıdaki hüküm, idarenin yapacağı sözleşmeleri, idari yargı denetimi dışında bırakmayı amaçlamaktadır ki, bu Anayasa'ya kesin biçimde aykırılık oluşturmaktadır.

Çünkü, idare ile sermaye şirketi ya da yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, yasa uyarınca özel hukuk hükümlerine tabi olursa; hem bir imtiyaz sözleşmesi olsa bile Danıştay tarafından denetlenemeyecek, hem de sözleşmeye karşı dava açmak isteyecek ilgili kişi ve kuruluşlar, sözleşmenin tarafı olmadıkları için dava açamayacaklardır.

Sonuç olarak, iptali istenen yasa ile bir idari sözleşmenin konusu olan ve bu nedenle de idari yargının yetki alanına giren hizmetlerin yaptırılması sözkonusuyken, bunun gerçekleştirilmesi için yapılacak sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olmayacağının önceden belirlenmesi, ayrıca öyle olsa bile uyuşmazlıkların özel hukuka tabi olacağının önceden belirtilmesi, 125 ve 155. maddeler açısından açıkça Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır.

Bilindiği gibi Anayasa'nın 11. maddesinin 2. paragrafında açıkça, yasaların Anayasa'ya aykırı olamayacağı belirtilmiştir. İptali istenen yasa, Anayasa'nın yukarıda anlatılan maddelerindeki hükümlerin uygulanmasını olanaksız hale getirdiği için, Anayasa'ya aykırıdır ve bu da bir iptal nedenidir.

Buna ek olarak, yapılan düzenleme;

Yürütme organının veya ona üye bakanların Anayasa'nın 8. maddesindeki; "Yürütme yetkisi ve görevinin, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir" hükmüne; idare temsilcilerinin yani memurlar ve diğer kamu görevlilerinin Anayasa'nın 129. maddesindeki "Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa(ya) ... sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler" hükmüne aykırı işlemler yapmasına yol açmakta; bu ayrıca, Anayasa'nın 2. ve 5. maddesindeki "hukuk devleti" ilkesi ile de çelişmektedir.

Yürürlüğün Durdurulması İstemi:

Anayasa Mahkemesi'nin ilk kez 509 sayılı KHK, daha sonra da 3974 ve 3990 sayılı yasaların iptali için açılan davalarda verdiği yürürlüğün durdurulması ve 3987 sayılı yasa için açılan iptal davasında ise, "yürürlüğün durdurulması isteminin reddi" kararlarında belirtildiği gibi, "yürürlüğün durdurulması kararı" alabileceği yönünde bir içtihat oluşmuştur.

Bunun yanı sıra, Anayasa Mahkemesi, 3974 sayılı Yasa'nın iptali için açılan davada 11.4.1994 gün ve 1994/42-1 karar sayılı kararı ile "yürürlüğün durdurulması" kararı almıştır.

"Yürürlüğün durdurulması kararı alınan yasa ile şu anda iptali istenen yasanın Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri aynıdır. Her ikisinde de, idari sözleşmeler, Anayasa'nın öngördüğü yargı denetiminin dışında bırakılmak istenmektedir."

Yürürlüğün durdurulması kararı verilen 3974 sayılı Yasa için açılan iptal davasının yürürlüğün durdurulması isteminin gerekçesinde:

"Anayasa'nın 153/5. ve 153/1. madde hükümleri; ne yazık ki, idare tarafından Yüce Mahkeme'nin iptal kararı Resmi Gazete'de yayımlanana kadar, Anayasa'ya aykırı uygulamaların devamı için bir mazeret olarak kullanılmakta ve bu durum, Anayasa'ya aykırı uygulamalar için, Anayasal gerekçe oluşturmaktadır." denilerek, Yüce Mahkeme'nin iptal kararı Resmi Gazete'de yayımlanana kadar, o yasa gereği idareye tanınan yetkiler kullanıldığı takdirde, iptal kararı verilse bile, kimi tesislerin özel kişilere geçebileceği belirtilmiş ve daha önce "devlet arazilerinin yabancılara satışı, milletvekillerine süper emeklilik hakkı verilmesi vb gibi konularda" Anayasa'ya aykırı uygulamaların, Anayasa'nın 153. maddesi gereği yasallaştırılabilmesinin mümkün olduğu ve bunun "kamu adına telafisi mümkün olmayan zararlara yol açacağı" ileri sürülmüştü.

Anayasa Mahkemesi de, bu savı kabul ederek 3974 sayılı Yasa için "yürürlüğün durdurulması kararı" vermiş, ayrıca Haşim KILIÇ tarafından verilen Ek Gerekçe'de de

"Yürürlüğün durdurulması kararı verilirken, (idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması (ile) işlemin hukuka açıkça aykırı olma şartlarının birlikte gerçekleşmesi) iki koşulun da dava konusu Yasa'da gerçekleştiği" belirtilmişti. "İptali istenen 3996 sayılı Yasa da, aynı tür bir sözleşme ile 1. maddesinde belirtilen "yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi"ni amaçladığına ve her iki iptal davasının da temel gerekçeleri aynı olduğuna göre, 3974 sayılı Yasa için yürürlüğün durdurulması kararının istenmesinde ve alınmasında esas olan gerekçeler, bu davada da aynen geçerlidir.

Bununla birlikte, yürürlüğün durdurulması istemini daha somut duruma getirebilmek için yürürlüğün durdurulması kararının verilmesini gerektiren hukuka aykırı düzenlemeler aşağıda kısaca özetlenmiştir:

İptali istenen yasa ile; bir yönetsel sözleşmenin tüm şartlarını taşıyan, bu nedenle yönetsel yargının yetki alanına giren; ayrıca birer imtiyaz sözleşmesi olacağı için Danıştay incelemesinden geçirilmesi de zorunlu olan sözleşmeler, yasa metninde yer alan Anayasa'ya aykırı bir hüküm ile (Madde 5) hem Anayasa gereği imtiyaz sözleşmelerini incelemekle görevli Danıştay'ın denetiminden kaçırılmak istenmekte, hem de idari yargının görev ve yetki alanına girdiği halde, özel hukuka tabi kılınmak istenmektedir.

Bu durum, idari yargıda yürütmenin durdurulması kararı verilirken göz önünde tutulan "hukuka açıkça aykırı olma" halinin en tipik örneğini oluşturmakta, buna ek olarak aranan "telafisi güç veya imkansız zararların doğması" durumunu da, kaçınılmaz olarak içermektedir.

Yasanın uygulanması durumunda, kimi mal ya da hizmetlerin yaptırılması için, sermaye şirketleri ya da yabancı şirketlerle yapılacak anlaşmalarla, karşılıklı yükümlülükler doğacak, iptal kararı verilmesi durumunda bile, karar geriye yürümeyeceği için bunlar devam edecek; ayrıca yapılacak sözleşme de, tümüyle hukuka aykırı olacaktır.

Bu nedenle, iptali istenen 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap - İşlet - Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun hakkında iptal kararı verilene kadar, yasanın uygulanması halinde hem hukuka açıkça aykırı bir durum ortaya çıkacağı, hem de telafisi güç veya imkansız zararlar doğacağı için, yürürlüğün durdurulması istenmektedir."

Sonuç ve İstem:

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 3996 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin Anayasa'nın 125., 155. ve 11. maddeleri ile 2., 5., 8., 9. ve 129. maddelerine aykırı olduğu için iptaline; bu maddenin iptali, Yasa'nın öngördüğü işlemlerin yapılmasını imkansız hale getireceği için yasanın tümüyle iptaline; gerekçeli iptal kararı Resmi Gazete'de yayımlanana kadar geçen sürede, bu yasaya dayanılarak yapılacak işlemler açıkça hukuka aykırı olacağı ve telafisi mümkün olmayan zararlara yol açacağı için yürürlüğün durdurulmasına karar verilmesini saygılarımızla arz ederiz.""