

" ...

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren 27.9.1996 günlü dava dilekçesi şöyledir:

"Giriş

4180 sayılı "3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun", 4 Eylül 1996 gün ve 22747 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Söz konusu yasa ile daha önce iki maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 3996 sayılı Yasa'nın onbirinci maddesi değiştirilmiş ve hukuksal açıdan Anayasa Mahkemesi kararlarının nasıl uygulanamaz hale getirileceğine "örnek" olacak biçimde, Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği düzenlemeyi içeren Anayasa'ya aykırı bir Bakanlar Kurulu kararı, yasa maddesi yapılmıştır.

Anayasa ve Anayasa Mahkemesi kararları gereği, "imtiyaz sözleşmesi" ile verilebilecek "yap-işlet-devret projeleri", bu değişiklikle yeniden, "imtiyaz" kapsamı, dolayısıyla Danıştay denetimi dışına çıkarılmıştır.

4180 sayılı Yasa, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen Anayasa'ya aykırı bir düzenlemeyi yeniden yasalaştıran içeriği ve aşağıda ayrıntısıyla açıklanan öteki nedenlerle Anayasa'ya aykırıdır.

1- 4180 Sayılı Yasa'nın 1. Maddesi

4180 sayılı Yasa'nın 1. maddesi şöyledir:

"8.6.1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun 11 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Madde 11.- Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca aktedilen sözleşmeler gereği, yap-işlet-devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri için idare adına sermaye şirketleri ya da yabancı şirketlere, kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin satın alacakları mal ve hizmet bedelleri ile kamu kuruluşlarınca, bu şirketlere taahhüt edilmiş üretim girdilerinin temin edilememesi halinde ilgili sözleşme çerçevesinde ortaya çıkabilecek ödeme yükümlülükleri için garanti vermeye, bu çerçevede mali yükümlülük altına giren fonlar lehine garanti vermeye, gerektiğinde, proje ile ilgili anlaşmalardaki koşullar çerçevesinde köprü krediler sağlanmasına veya sağlanacak bu krediler için geri ödeme garantisi vermeye ve yap-işlet-devret modeline dayanan tesisin ve/veya şirket hisselerinin söz konusu projelere ilişkin anlaşmalardaki koşullara uygun olarak satın alınması halinde de dış kredi borçlarını yüklenecek kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin lehine, finansör kuruluşlara garanti vermeye ve garanti koşullarını belirlemeye Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu bakan yetkilidir."

2- 3996 Sayılı Yasa ve 94/5907 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı:

Yap-işlet-devret yöntemi (kimilerince, sonradan icat edilmiş özel bir finansman modeli" olduğu öne sürülse de), Osmanlı İmparatorluğu döneminden beri uygulanan; devlet kaynaklarının yetersiz olması nedeniyle, söz konusu yatırımın yüklenici tarafından gerçekleştirildiği, yatırımcının bu giderlerini karşılamak amacıyla tesisi belirli bir süre işlettiği ve sonra da, ilk günkü biçimiyle devlete devrettiği modelin adıdır ve özü gereği doğrudan "imtiyaz sözleşmesi"dir.

Osmanlı İmparatorluğu'ndan miras kalan acı deneyimleri nedeniyle Türkiye Cumhuriyeti "imtiyaz sözleşmeleri" konusunda daima "hassasiyet" göstermiş; bu sözleşmeler, 1924 Anayasası'nda TBMM, 1961 ve 1992 Anayasalarında da Danıştay denetimine tâbi kılınmıştır.

3996 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle, "yap-işlet-devret projeleri" "imtiyaz sözleşmesi" kapsamından ve dolayısıyla Danıştay denetiminden kaçırılmak istenmiş, ancak açılan iptal davası üzerine 3996 sayılı Yasa'nın 5. maddesindeki ilgili ifadeler ile 14. maddedeki "10 Haziran 1326 tarihli Menafii Umumiyye Mütteallik İmtiyaz Hakkında Kanun ile 25.6.1932 tarihli ve 2025 sayılı Kanun" hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin tümce, Anayasa Mahkemesi'nin E:1994/71, K:1995/23 sayılı ve 28.6.1995 günlü kararıyla iptal edilmiştir. (20.3.1996 günlü Resmi Gazete).

Böylelikle, yap-işlet-devret projelerini; idari yargı denetiminden kaçırma girişimi Anayasa Mahkemesi tarafından engellenmiştir.

Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı yeterli olmamıştır. Çünkü, 3996 sayılı Yasa'nın 4. maddesine göre çıkarılması gereken "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında 3996 sayılı Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar ("Usul ve Esaslara İlişkin Karar")", 3996 sayılı Yasa'nın Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önceki biçimine göre hazırlanıp yürürlüğe konulmuş (1 Ekim 1994 gün ve 22068 sayılı Resmi Gazete) ve doğal olarak "yap-işlet-devret projeleri", "imtiyaz" kapsamı dışında tutulmuştur.

Anayasa'yı ve Anayasa Mahkemesi kararlarını çiğnemeyi "âdet" haline getirenler, Anayasa Mahkemesi'nin 3996 sayılı Yasa'nın kimi maddelerini iptal etmesinden sonra, Bakanlar Kurulu tarafından kendiliğinden değiştirilmesi gereken "Usul ve Esaslara İlişkin Karar"ı, Anayasa'ya uygun hale getireceklerine, iptali istenen 4180 sayılı Yasa ile yeniden yasa hükmü haline getirmişlerdir.

"Usul ve Esaslara İlişkin Karar"ın öyküsü ilginçtir:

"Usul ve Esaslara İlişkin Karar", yap-işlet-devlet modelinin uygulanmasına ilişkin esasları düzenlediği için, hazırlanması sırasında çeşitli çevrelerin baskılarına maruz kalmış ve birkaç değişiklik geçirmiştir. Söz konusu Bakanlar Kurulu Kararını hukuk tarihimize geçiren yön, kararnamenin bir bakandan diğer bakana giderken değiştirilmesi ve bunun basına da yansımalarıdır.

Olay özetle şudur:

Dönemin Dışışleri Bakanı Mümtaz SOYSAL'ın imzasına, bir hafta ara ile iki ayrı Bakanlar Kurulu Kararı (BKK) örneği sunulmuş, BKK metinlerinde değışiklikler yapıldığının görölmesi üzerine konu yetkililere iletilmiştir.

Devlet Planlama Müsteşarlığı'nda, dönemin Devlet Bakanı Aykon DOĞAN'ın başkanlığında, DPT ve Hazine Müsteşarları ile diğer devlet erkanının katıldığı toplantıda metinlerde değışiklik olduğu belirlenerek, yeni bir çalışma ile söz konusu Bakanlar Kurulu kararı düzeltilmiş ve bundan sonra imzalar tamamlanarak yayınlanmıştır. Yapılmak istenip de önlenen değışikliklerin özellikle, alınacak kredilere Hazine garantisi getirmeyi ve 3996 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önceki bazı projeleri 3996 sayılı Yasa'daki ayrıcalık ve güvencelerden yararlandırmayı amaçlıyor olması dikkate şayandır.

"Usul ve Esaslara İlişkin Karar" hâlen yürürlüktedir ve Anayasa Mahkemesi kararından önce çıkarıldığı için, Anayasa'ya aykırı yönler taşımaktadır.

"Usul ve Esaslara İlişkin Karar"ın "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin "Uygulama sözleşmesi" altbaşlıklı (f) bendinde:

"Uygulama sözleşmesi: Yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesiyle ilgili olarak, idare ile görevli şirket arasında özel hukuk hükümlerine göre akdedilen ve imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikteki sözleşme" olarak tanımlanmıştır.

Aynı "Usul ve Esaslara İlişkin Karar"a göre "diğer sözleşmeler" ise; "Uygulama sözleşmesine bağlı olarak imzalanan ve uygulama sözleşmesi hükümlerine aykırı hükümler ihtiva etmeyen sözleşmeleri (...) ifade eder."

Alıntılardan anlaşılacağı gibi, 3996 sayılı Yasa'ya göre çıkarılan "Usul ve Esaslara İlişkin Karar", 3996 sayılı Yasa'nın, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonraki biçimiyle çelişmekte ve Anayasa Mahkemesi kararını geçersiz kılan hükümler içermektedir. Anayasa Mahkemesi, 3996 sayılı Yasa'daki yap-işlet-devret projelerinin "özel hukuk hükümlerine tâbi, imtiyaz oluşturmayacak nitelikte sözleşmelerle yapılacağı"na ilişkin hükümleri iptal etmiş olmasına karşın, "Usul ve Esaslara İlişkin Karar", hâlâ bu sözleşmelerin "imtiyaz teşkil etmeyeceği"ni söylemektedir ve iptali istenen yasa Anayasa'ya aykırı Bakanlar Kurulu Kararını, Anayasa Mahkemesi ile yarışır biçimde yeniden yasa hükmü haline getirmektedir.

3- Yap-İşlet-Devret Yöntemi ve İmtiyaz Sözleşmeleri:

Doğal olarak, bu tür konularda Anayasa Mahkemesi'nin yüce heyetini bilgilendirmeye gerek yoktur ancak, yap-işlet-devret yöntemi bazı çevrelerde bir "saplantı" halini aldığı ve sürekli olarak "imtiyaz" kapsamı dışına çıkarılmaya çalışıldığı için bir özet sunulmasında yarar görölmüştür.

Bilindiği gibi, kamu hizmetinin özel kesim tarafından yerine getirilmesi, bu konuda bir imtiyaz sözleşmesi yapılmasıyla olanaklıdır ve Anayasa'nın 155. maddesine göre imtiyaz sözleşmeleri Danıştay denetimine tâbidir. Bunun, Osmanlı döneminden kalmış deneyimlerin sonucu olduğu, 1924 Anayasası'nda imtiyaz sözleşmelerini kabul yetkisi TBMM'ye tanınmışken, 1961 ve 1982 Anayasalarında Danıştay'ın görevlendirildiği bilinmektedir.

Yap-işlet-devret projelerinin talibi daha çok yabancı sermaye olduğu için, özellikle uygulanacak hukuk sistemi konusunda sorunlar çıkmakta, talip şirketler "ihtilaf" halinde, kendi

ulusal hukuk kurallarının ya da uluslararası hukuk kurallarının uygulanmasını istemekte, Danıştay da, Türk hukuk sisteminin uygulanması gerektiği konusunda "ısrar" etmektedir.

Bunun nedeni ve haklılığı açıktır. Türkiye, "bağımsız" bir devlet ise, kendi ülkesi içinde kendi ulusal hukuku uygulanacaktır ve bu konuda "uluslararası tahkim" dahil, hiçbir başka yöntemi ve kuralı kabul etmesi mümkün değildir.

Ancak, yap-işlet-devret projeleri daha çok, yabancı sermayenin Türkiye'ye getirilmesi amacıyla kullanılmak istendiğinden, nedense Türkiye'yi bağımsız bir devlet değil de, "manda" ya da "sömürge" zannedenler, bu şirketlerin tüm isteklerini kabul etmeyi kendileri için bir görev saymakta ve ısrarla yap-işlet-devret projelerini, imtiyaz kapsamından çıkarmaya çalışmaktadırlar.

Kuşkusuz, her ticarî şirket, "kâr" saikiyle hareket eder ve yapacağı yatırımın karşılığını mümkün olan en kısa sürede ve en çok biçimde almak ister. Ama, bağımsız bir devletin bu amaca alet olması düşünülemez. Çünkü devlet, bu yatırım karşılığında, söz konusu şirketin kârını maksimize etmenin yollarını bulmakla değil, kamunun yarar ve çıkarını korumakla yükümlüdür. Yapılan imtiyaz sözleşmelerinde kamu yararının kollanıp kollanmadığını denetleyecek olan da, Danıştay'dır.

Baştan beri, bu nedenle Danıştay devre dışı bırakılmak istenmekte, bunun için "hukuksal" toplantılar düzenlenmekte (örneğin, A.Ü. Hukuk Fakültesi'nde, Mayıs 1996'da öğretim üyeleri ile yüksek yargı organları ve özel kesim temsilcilerinin katıldığı bir toplantı düzenlenmiş ve mevcut kurallar çerçevesinde yap-işlet-devret projelerini imtiyaz kapsamından çıkarmanın mümkün olmadığını gören bazı konuşmacılar Anayasa ve yasa değişikliği istemişlerdir), bu modelin Türkiye için ne kadar önemli, vazgeçilmez vs. olduğu dile getirilmekte ve T.C. Anayasası'nın ve Türk hukuk düzeninin uygulanmasını savunanlar, "Türkiye'nin ilerlemesine engel olmak"la suçlanmaktadır.

İptali istenen Yasa'nın görüşülmesi sırasında iktidar ortaklarından DYP Grubu adına yapılan konuşmada da bu amaç doğrudan dile getirilmiştir.

"İmtiyazla ilgili sorunun çözümü için, Anayasa Mahkemesinin, bu konunun, yani 3996 sayılı Kanunun 5 ve 14 üncü maddelerinin iptali de göz önünde bulundurularak, Anayasa'nın 155 inci maddesinin değiştirilmesi veya Anayasa'nın 155 inci maddesine göre imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay incelemesinden geçirilmesini öngören hükmün, Türk Ticaret Kanunu, vergi kanunları, 1326 tarihli Menafii Umumiyye Muteallik İmtiyaz Hakkında Özel Kanun ve 1932 tarih ve 2025 sayılı Kanun hükümlerinin de dikkate alınarak, gerekli kanuni düzenlemelerin yapılması ile 3996 sayılı Kanuna beklenen işlerlik kazandırılmış olacaktır. Özellikle yabancı sermayenin, yap-işlet-devret finansman modeli çerçevesinde, güvenli bir şekilde ülkemize gelmesi sağlanmış olacaktır." (DYP Grubu adına Isparta Milletvekili Halil YILDIZ, TBMM Tutanak Dergisi cilt 10, sayfa 437, 5. paragraf)

Anayasa'ya bağlılık yemini etmiş, ulusu TBMM'de temsil eden bir parlamenterin, parlamento çatısı altında, yabancı sermayenin ve uluslararası çıkarların savunuculuğunu yapması ve korumakla yükümlü olduğu "devletin varlığını ve bağımsızlığı"nı tehlikeye attığını fark etmemesi Türkiye için bir talihsizliktir. Kuşkusuz, "güvenli" ortama kavuşturulması gereken, yabancı sermaye değil; Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve yurttaşlarıdır.

Osmanlı Devleti'nin son yüz yıllık tarihini ve Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş sürecini iyi bilenler, genç cumhuriyetin ve kurucularının, ekonomik bağımsızlığı her şeyden üstün tuttuğunu bilirler.

Yabancı sermayenin bir ülkeye girişi için, ulusal tavizler verilmesinin sonuçları kapitülasyonlar ve sömürge olmaktır. Yabancı sermaye bir ülke için gerekli olabilir ama, gelişinin kural ve koşullarını o ülkenin "bağımsız" biçimde belirlemesi, kendi ulusal çıkarlarını yabancı sermayenin çıkarlarından önde tutması ve bunun tartışmasına bile girmemesi şartıyla...

Ama, nedense, bazıları Türkiye'ye yabancı sermaye girişini, her şeyden önemli görmekte, bunun için tüm mesaini sarf etmekte, TBMM'yi tatil deyken toplamakta, üstelik gerçek amacı kamuoyundan ve TBMM'den gizleyerek, yapılan değişikliği, 1996 Mali Yılı Bütçe Yasası'nda "unutulmuş", "teknik" bir düzeltme olarak açıklamaktan çekinmemektedir.

Bilindiği gibi, elektrik alanındaki "yap-işlet-devret projeleri" de imtiyaz kapsamındadır ve aynı biçimde bu sözleşmelerin de imtiyaz kapsamından çıkarılmasına çalışılmaktadır. 3996 sayılı Yasa'nın ilk halinde "enerji" yatırımları da yer alırken, daha sonra 4047 sayılı Yasa ile 3996 sayılı Yasa'da değişiklik yapılarak, enerji yatırımları yap-işlet-devret kapsamından çıkarılmış, bu da yetmeyince "devret"ten vazgeçilerek "yap-işlet" ile yetinilmiş, hatta bu konuda "yasal dayanağı" olmayan bir Bakanlar Kurulu kararı bile çıkarılmıştır.

Yabancı sermaye tarafından yapılacak yatırımlarda, Danıştay'ın devre dışı bırakılması ve Türk hukuk sisteminin uygulanmaması için icad edilen yeni yöntem "ikili yatırım anlaşmaları"dır. Anayasa ve Türk hukuk sistemi gelenekleri çerçevesinde, "engel" gördükleri Danıştay'ı aşamayacaklarını anlayanlar bu kez, ikili anlaşmalar yoluyla "uluslararası tahkim"i yürürlüğe koymaya çalışmaktadırlar (örneğin, bu konuda İngiltere ile imzalanan ikili anlaşma 9 Mayıs 1996 günlü Resmi Gazete'de yayımlanmıştır ve Anlaşma "yürürlüğe girmesinden önceki ve sonraki tüm yatırımlar" için "uluslararası tahkim"i kabul etmektedir. Anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihte, İngiltere'nin ya da İngiliz şirketlerinin henüz bu tür bir yatırımı olmadığı için Türkiye açısından geçmişe yönelik bir tehlike yoktur. Ancak, bu tarihten sonraki yatırımlarda uygulanacaktır ve bundan daha önemlisi, örnek gösterilerek diğer ülkelerle de imzalanabilecektir).

Sonuç olarak, Osmanlı döneminden beri uygulanan bir yöntem niteliği taşıyan ve kamu hizmetine giren alanlarda doğrudan "imtiyaz sözleşmesi" konusunda olan yap-işlet-devret projeleri, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin varlık ve bağımsızlığını tehlikeye düşürecek biçimde, çeşitli yollarla bu kapsamdan çıkarılmak istenmektedir ve iptali istenen Yasa da, bu amaca yöneliktir. Oysa, yabancı sermaye Türkiye'ye ancak, Türkiye'nin belirlediği kural ve koşullarla girebilir ve bu konuyu doğrudan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin bağımsızlığı ile ilgilidir.

4- 4180 Sayılı Yasa'nın 1. Maddesinin Anayasa'ya Aykırılığı :

a) "Bu Kanun'un 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca aktedilen sözleşmeler gereği" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı:

3996 sayılı Yasa'nın 5. maddesindeki, bu yasa kapsamındaki sözleşmelerin "imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte" yapılacağını ve "özel hukuk hükümlerine tabi" olacağını belirten hükümler, Anayasa Mahkemesi'nin E: 1994/71, K: 1995/23 sayılı ve 28.6.1995 günlü kararıyla

iptal edilmiştir (20.3.1996 günlü Resmi Gazete) ve bu kararın sonucu olarak 3996 sayılı Yasa uyarınca yapılacak sözleşmeler imtiyaz sözleşmesidir ve Danıştay denetimine tabidir.

Ancak, 3996 sayılı Yasa'nın uygulama usul ve esaslarını gösteren Bakanlar Kurulu Kararı, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararından önce yürürlüğe konduğu için, bu yasaya göre imzalanacak sözleşmelerin imtiyaz oluşturmayaacağını, dolayısıyla Danıştay denetiminden geçirilmeyeceğini belirtmektedir ve Anayasa'ya aykırıdır.

Şimdi yapılan değişiklik ile, Anayasa Mahkemesi'nin kimi hükümleri iptal eden kararından sonraki 3996 sayılı Yasa değil, bu yasaya göre çıkarılmış Anayasa'ya aykırı "Usul ve Esaslara İlişkin Karar" geçerli duruma getirilmektedir. Üstelik, "Usul ve Esaslara İlişkin Karar"da Bakanlar Kurulu her zaman değişiklik yapabileceği için, düzenleme aynı zamanda "süresiz ve sınırsız" bir yetki devridir. Çünkü, Bakanlar Kurulu'na Anayasa Mahkemesi yasanın hangi hükmünü iptal ederse etsin ve yasa neyi emrederse etsin, yine bildiğini okuma yetkisi vermektedir.

İptali istenen sözcükler, "3996 sayılı Yasa uyarınca aktedilen sözleşmeler"den değil, 3996 sayılı Yasa'nın 4. maddesine dayanılarak yürürlüğe konulan "Bakanlar Kurulu kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca aktedilen sözleşmeler"den söz etmektedir. Böylelikle, Anayasa Mahkemesi tarafından kimi hükümleri iptal edilerek, Anayasa'ya uygun hale getirilmiş yasa değil, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önce çıkarılmış ve Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla Anayasa'ya aykırılığı ilân edilmiş Bakanlar Kurulu kararı uygulanacaktır.

Bu hüküm, Anayasa'nın Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının bağlayıcılığına ilişkin 153. maddesine, yasaların Anayasa'ya aykırı olamayacağına ilişkin 11. maddesine, yasama ile yürütmenin ilişkisini düzenleyen Başlangıç bölümünün 4. fıkrasına, yasama yetkisinin TBMM'ye ait olduğuna ve devredilemeyeceğine ilişkin 7. maddesine, Türkiye'nin hukuk devleti olma niteliğini ihlal ettiği için Anayasa'nın 2. maddesine ve doğal olarak da imtiyaz sözleşmelerinin denetimi için Danıştay'ı görevlendiren 155. maddesine aykırıdır.

Görünüşe göre, 4180 sayılı Yasa'nın gerekçesi, 1996 Mali Yılı Bütçe Yasası'nda yer almadığı için, uygulamada zorluk yaşanan bir sorunun aşılmasıdır ve düzenleme son derece "teknik" nedenlerden kaynaklanmaktadır. Ama esasa girildiğinde, iptali istenen ibarelerin, hukuk tarihimizde örneği az görülebilecek bir "ustalık" ile Anayasa'ya aykırı bir Bakanlar Kurulu Kararı'na, yasallık kazandırmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Oysa, aynı amaca yönelik düzenleme daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bu nedenle, yeniden yasalaştırılması Anayasa Mahkemesi kararlarını geçersiz kılma anlamına gelir ve Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme, yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağına ilişkin Anayasa'nın 153/son maddesine aykırıdır.

Yapılan düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı Anayasa Mahkemesi kararlarıyla sabit olduğuna göre, getirilen hüküm, Anayasa kurallarının, en başta yasama organını bağlayan temel hukuk kuralları olduğunu ve yasaların Anayasa'ya aykırı olamayacağını belirten 11. maddesi ile güçler ayrımının devlet organları arasında üstünlük sırası anlamına gelmediğini, belli devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı uygar bir işbölümü olduğunu, üstünlüğün yalnız Anayasa ve yasalarda bulunduğu belirtilen Başlangıç bölümünün 4. fıkrasına aykırıdır.

Ayrıca, iptali istenen bölüm Bakanlar Kurulu'na "süresiz ve sınırsız" bir yasama yetkisi tanıdığı için Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır. Çünkü, yap-işlet-devret sözleşmelerinin esas ve usullerini Bakanlar Kurulu belirleyecek ve dava konusu örnekte olduğu gibi, Anayasa'ya ve dayanağı olan yasaya aykırı usul ve esaslar yürürlükte kalabilecektir ki; bu, bakanlar kuruluna, yasama yetkisinin devri demektir ve yasama yetkisinin Türk Ulusu adına TBMM'nin olduğuna ve devredilemeyeceğine ilişkin Anayasa hükmüne aykırıdır.

Son olarak düzenleme yukarıda gönderme yapılan Anayasa kurallarının tümünü içeren ve "hukukun üstünlüğü" kuralının ifadesi olan, Anayasa'nın 2. maddesindeki "hukuk devleti" ilkesine aykırıdır.

Bu nedenle, maddenin başındaki "Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirtilen esas ve usuller uyarınca aktedilen sözleşmeler gereğince" sözcüklerinin iptali istenmektedir.

b) Maddenin Geri Kalan Bölümünün Anayasa'ya Aykırılığı:

Maddenin geriye kalan bölümünde, Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu bakana; (ı) Yap-işlet-devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri için idare adına sermaye şirketleri ya da yabancı şirketlere, kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin satın alacakları mal ve hizmet bedelleri ile kamu kuruluşlarınca bu şirketlere taahhüt edilmiş üretim girdilerinin temin edilememesi halinde ilgili sözleşme çerçevesinde ortaya çıkabilecek ödeme yükümlülükleri için garanti verme, (ıı) Bu çerçevede mali yükümlülük altına giren fonlar lehine garanti verme, (ııı) Gerektiğinde, proje ile ilgili anlaşmalardaki koşullar çerçevesinde köprü krediler sağlanması veya sağlanacak bu krediler için geri ödeme garantisi verme, (ıv) Yap-işlet-devret modeline dayanan tesisin ve/veya şirket hisselerinin sözkonusu projelere ilişkin anlaşmalardaki koşullara uygun olarak satın alınması durumunda da, dış kredi borçlarını yüklenecek kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin lehine, finansör kuruluşlara garanti verme ve garanti koşullarını belirleme yetkisi verilmektedir.

3996 sayılı Yasa'nın 11. maddesinin değişiklikten önceki hali ise şudur:

"4 üncü maddeye göre yürürlüğe konulacak Bakanlar Kurulu kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca aktedilen sözleşmeler gereği, yap-işlet-devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri için idare adına sermaye şirketlerine veya yabancı şirketlere, mal ve hizmet bedellerine ilişkin olarak ödeme garantisi vermeye; gerektiğinde, proje ile ilgili sözleşme ve eklerindeki koşullara uygun olarak köprü krediler sağlamaya veya sağlanacak krediler için kısmen veya tamamen geri ödeme garantisi vermeye ve bu çerçevede mali yükümlülük altına giren fonlar lehine garanti vermeye ve garanti koşullarını belirlemeye Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan yetkilidir."

Değişiklik ile maddeye; "kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin satın alacakları mal ve hizmet bedelleri ile kamu kuruluşlarınca, bu şirketlere taahhüt edilmiş üretim girdilerinin temin edilememesi halinde ilgili sözleşme çerçevesinde ortaya çıkabilecek ödeme yükümlülükleri için garanti ver"ilmesi eklenmiştir.

Yani devlet, üretim girdilerinin sağlanamaması durumunda, üretimi azalacak veya tümüyle duracak olan şirketin bu durumundan doğan gelir kaybını karşılayacaktır.

Bunun iki anlamı vardır. Bunların ilki, üretilen ürünün alımı için yap-işlet-devret projelerinin başından beri proje taliplerince üretilen malın tümünün alımı için istenen garantinin verilmesidir ve bu garanti, yap-işlet-devret projeleri sonucunda "rekabet" ortamı doğacağı ve daha kaliteli ürünün daha ucuz fiyata satılacağı savlarının gerçek olmadığını ortaya koymaktadır. Çünkü, devlet üretimin tamamının alınmasını taahhüt ettiği takdirde, çeşitli üreticiler arasından "en ucuz" ve "en kaliteli" olanı seçme hakkından peşinen vazgeçmiş olmaktadır.

İkincisi, şirket hiç üretim yapmasa da, sürekli bir gelir sahibi olacaktır. Üretim girdisinin azlığını, yokluğunu, istenen nitelikte olmamasını bahane ederek, tesisi işletmeyecek ama, üretim yapıyormuşçasına devletten parasını almaya devam edecektir.

Konunun diğer bir ilginç yönü, yapılan düzenlemenin özellikle "doğal gaz"a dayalı enerji tesisleri içinmiş gibi savunulmasıdır. Hükümet adına konuşan Devlet Bakanı Abdullah GÜL, TBMM Genel Kurulunda "doğal gazla ilgili iki projenin müzakerelerinin tamamlanmak üzere olduğunu" açıklamıştır (TBMM Tutanak Dergisi Cilt 10, Sayfa: 439 2. ve 3. paragraf).

Oysa, 3.12.1994 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan 4047 sayılı Yasa ile 3996 sayılı Yasa'da değişiklik yapılmış ve "enerji" yatırımları 3996 sayılı Yasa kapsamından çıkarılmıştır. Bu durumda enerji yatırımlarının 3996 sayılı Yasa'dan yararlanması zaten söz konusu değildir.

Bu durumda yine iki olasılık ortaya çıkmaktadır.

Eğer bu düzenleme, doğal gaz ile çalışacak termik santraller düşünülerek çıkarılmışsa, yasayı hazırlayanlar, enerji yatırımlarının 3996 sayılı Yasa kapsamında olmadığını bilmemektedirler.

Eğer, biliyorlarsa, bu kez de herkesi yanıltmakta; ilgili şirketin ithal edeceği, petrol, kömür vb. ürünleri getirtmemeleri durumunda devlet bütçesinden fazladan ödeme yapacaklarını gizlemektedirler.

Her iki durum da, devleti yönetenler açısından kaygı vericidir.

Çünkü, 3996 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde sayılanlardan "köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, maden ve işletmeleri, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetler" için "üretim girdisi" gibi bir sorun olmayacağına göre, geriye yalnızca "fabrika ve benzeri tesisler" kalmaktadır.

Bunlar, ülke için ne "hayati ve vazgeçilmez" bir "üretim" yapacaklardır ki, "üretim girdileri" için devlet garanti vermektedir. Üstelik, niçin bu garanti, aynı alanda üretim yapan ya da aynı girdilerle üretim yapan herkese değil, belirli şirketlere verilmektedir?

Sonuç olarak, yapılan düzenleme, ne için olduğu anlaşılmayacak bir biçimde "üretim girdileri" için devlet garantisi getirmektedir.

Türkiye, "bağımsız" bir devlettir. Bağımsız devletler, ticari ilişkilerini, "ulusal çıkarlar"ına göre yönlendirirler, kamu yarar ve çıkarlarına öncelik verirler.

Anayasa Mahkemesi'nin 3996 sayılı Yasa hakkında verdiği kararda da belirtildiği gibi, 3996 sayılı Yasa kapsamındaki hizmetler kamu hizmetidir ve bu nedenle imtiyaz sözleşmeleriyle devredilebilirler. İmtiyaz sözleşmesinin temel özelliklerinden birisi de, yönetimi üstün kılan kurallar bulunmasıdır ve devlet adına sözleşmeyi imzalayacak idare bundan vazgeçemez.

Oysa, şimdi söz konusu bir yasa ile devlet doğrudan bu yetki ve haklarından vazgeçmektedir, yasama organı bunu yapamaz. Çünkü gerek hukuk devleti ilkesi açısından, gerekse anayasal ilkeler açısından, devletin ve onun adına hareket edenlerin devlete ait yetkileri geri alınamayacak biçimde özel şirketlere, hele yabancı sermayeli şirketlere devretme yetkisi yoktur. Bu nedenle, yapılan düzenleme, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasa'nın 5. maddesinde sayılan devletin temel amaç ve görevleri arasında "Türk Milletinin bağımsızlığını korumak", bunun yanı sıra "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak" vardır.

Ama, bu düzenleme ile, devlet özel kesimin belirli bir bölümüne yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, yurttaşlarının kullanımına sunduğu "üretim girdi"lerinden vazgeçmeyi üstlenmektedir. Çünkü, Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı bulunduğu Bakanlık, yükümlendiği girdileri sağlayamadığı takdirde ya para ödeyecek ya da söz konusu girdiyi yurttaşlardan ya da diğerlerinden keserek şirketin hizmetine sunacaktır ki, bu Anayasa'nın 5. maddesine aykırıdır.

Ayrıca, Türkiye'de aynı girdilerle üretim yapan yüzlerce kuruluş vardır. Bu yasa ile aynı işkolunda aynı girdilerle üretim yapan kuruluşlar ikiye ayrılmakta, bunlardan bir bölümüne ötekilerin aleyhine ayrıcalık tanınmaktadır. Bu da Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

Hatta, maddenin yazılış biçimi göz önüne alındığında, Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı bulunduğu Bakanlığa tanınan yetkinin "sınırlı ve bağlayıcı" bir yetki olmadığı, Bakanlığın aynı yasa kapsamındaki projelerden bazılarında bu garantiyi verebileceği, bazılarında vermeyebileceği, böylelikle bu açıdan da ayrı bir eşitsizliğe neden olunacağı ortadadır ki, bu da Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. Çünkü Anayasa'nın 10. maddesi gereğince nasıl herkes yasa önünde eşitse, kimseye yasa ile bu eşitliği bozacak uygulama yapma yetkisi de verilemez.

c) Yargının yetki alanına giren bir konuda yürütmeye yetki verilmesi nedeniyle Anayasa'ya aykırılık:

Konuya, bu yetkinin tanındığı makam açısından bakıldığında ise, ayrı bir Anayasa'ya aykırılık ortaya çıkmaktadır.

Söz konusu yasa ile düzenlenenin, doğrudan "imtiyaz sözleşmesi" ile düzenlenebilecek bir alan olduğuna ve bu konuda Anayasa'nın 155. maddesi Danıştay'ı yetkilendirdiğine göre, Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu bakanlığa verilen yetki Anayasa'nın 155. maddesine aykırıdır.

Çünkü, maddenin başındaki ibare ile imtiyaz sözleşmeleriyle düzenlenmesi ve Danıştay denetiminden geçirilmesi zorunlu bir alan, imtiyaz kapsamı dışına çıkarılmakta ve bu sözleşmeler konusunda bir bakanlık yetkili kılınmaktadır. Bu durum Anayasa'nın 155. maddesine aykırı olmasının yanı sıra, yargı ve yürütme arasındaki ilişkilerin bir "üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu"na "ve üstünlüğün ancak Anayasa ve

kanunlarda bulunduğu"na ilişkin Başlangıç bölümünün 4. fıkrası ile de çelişen bir görünüm yaratmaktadır.

5- Yürürlüğün Durdurulması İstemi

Anayasa Mahkemesi'nin ilk kez 509 sayılı KHK hakkında açılan davada "yürürlüğün durdurulması" kararı aldığı ve bugüne kadar birçok davada bu kararı verdiği bilinmektedir.

Anayasa Mahkemesi, yürürlüğü durdurma kararı ile hukuka aykırılık ve telafisi mümkün olmayan zararları önlemenin yanında ve bunlardan daha önemli olarak Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının uygulanamaz hale gelmemesini sağlamaya çalışmaktadır ve bu "hukuk devleti" açısından vazgeçilmez bir önem taşımaktadır.

İptali istenen yasa, tümüyle ve doğrudan doğruya, aynı konudaki bir Anayasa Mahkemesi kararını geçersiz kılmaya yöneliktir. Anayasa Mahkemesi, yap-işlet-devret projelerinin "imtiyaz sözleşmesi" konusu olduğunu açıkça belirtmiş ve bunu önlemeye çalışan iki maddeyi iptal etmişken, yapılan değişiklikle Anayasa'ya aykırı bir Bakanlar Kurulu Kararı, yasa hükmü yapılmış ve Anayasa'ya ve Anayasa Mahkemesi kararlarına aykırı bir uygulama "kalıcı" ve "yasal" bir hale getirilmiştir.

Düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı ve Anayasa Mahkemesi kararlarını geçersiz kılmaya yönelik olduğu çok açıktır ve Anayasa Mahkemesi'nin, 1996 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun iptali için açılan davada, daha önce Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen hükümlerin yeniden yasalaşması üzerine aynı maddeler için hemen yürürlüğü durdurma kararı verdiği bilinmektedir. Durum, aynıdır.

Ayrıca, yasanın uygulanması durumunda telafisi mümkün olmayan zararlar doğacağı, bizatihi Devlet Bakanı Abdullah GÜL'ün, TBMM'ndeki açıklamalarıyla sabittir. Sayın Bakan "şu anda iki tane projenin müzakeresi"(nin) "tamamlan"dığını, "bu kanun çıktıktan bir, iki ay süre geçtikten sonra, hemen inşaatlarına başlanabilece"ğini "doğal gazla ilgili diğer iki projenin de müzakerelerinin tamamlanmak üzere" ve toplamının 1,3 milyar dolar civarında" olduğunu "ülkemizin portföyünde (ise) yaklaşık 30-35 milyar dolarlık yap-işlet-devret- projesi" bulunduğunu açıkça dile getirmiştir.

Kısaca konu, "İvedi"dir.

Sonuç olarak, Anayasa'ya aykırı bir Bakanlar Kurulu Kararı'nı bir iptal kararına karşın, yeniden yasaya dahil ederek, Anayasa Mahkemesi kararını uygulanamaz hale getirmeyi amaçlayan; Anayasa'ya aykırılığı ve uygulanması sonucunda ilk bir-iki ayda Türkiye'ye ilgili Bakanın "resmi" açıklamasına göre 1,3 milyar dolar, birkaç yıl içinde ise 30-35 milyar dolar zarara uğratacağı, dolayısıyla telafisi mümkün olmayan zararlar yaratacağı açık yasa hakkında yürürlüğün durdurulması kararı verilmesi istenmektedir.

6- Sonuç ve İstem

Yukarıda ayrıntısıyla açıklanan nedenlerle, 4180 sayılı Yasa'nın;

1- Daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiğinden Anayasa'ya aykırılığı açık, 1. maddesi için yürürlüğün durdurulması kararı verilmesi,

Esas Sayısı : 1996/63

Karar Sayısı : 1997/40

2- Aynı madde hakkında Anayasa'nın Başlangıç'ının 4. fıkrasına, 2., 5., 7., 10., 11., 153. ve 155. maddelerine aykırı olduğu için iptal kararı verilmesini,

3- 1. maddenin yürürlüğünün durdurulması ve iptali diğer maddelerin varlık nedenini ortadan kaldıracağı için yasanın tümünün yürürlüğünün durdurulmasını ve iptalini dileriz.""