

"...

## **I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ**

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren 10.3.2000 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

### **“I- GENEL YAKLAŞIM**

TBMM, 13.08.1999 t. ve 4446 sayılı Yasayla, Anayasanın 47, 125 ve 155 hükümlerini kısmen değiştirmiştir. Değişiklik hükümleri; özelleştirme, kamu hizmetlerini özel hukuk sözleşmeleriyle yürütebilme (yaptırma/devir), imtiyaz anlaşmazlıklarında tahkim gibi önemli alanları kapsamaktadır.

Parlamento, Anayasa değişikliklerinin zorunlu kıldığı uyum-uygulama kurallarını, ayrı ayrı tasarılarla kanunlaştırmıştır. Davaya konu kılınan 21.01.2000 t, 4501 sayılı Yasa, uyum yasalarının 3'üncüsüdür. Daha önce Danıştay ve İdari Yargılama Usulü yasaları ile 08.06.1994 t. ve 3996 sayılı Yasada değişikliği öngören iki ayrı uyum yasası çıkarılmıştır.

Bir bütünlük içinde ve paket halinde gerçekleştirilen Anayasa değişikliğine karşın uyuma ilişkin yasa değişikliklerinin bir çerçeve (paket) kanunla yapılmaması, dikkat çekicidir. Her üç yasanın hazırlık çalışmalarının (Tasarı, komisyon, Genel Kurul aşamalarının) Yüksek Mahkeme'ce celbi ve tetkiki; parça tasarılarla tasarlanan ve Anayasa ile çatışan amacı açıkça ortaya koyacaktır. (13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı muadil Anayasayla ilgili Anayasa Komisyonu ve Genel Kurul görüşme tutanaklarının celbi de yararlı olacaktır).

Sözgelimi Danıştay uyumunda komisyon aşamasında reddedilen, Yap-İşlet-Devret uyumunda Bütçe-Plan Komisyonu'nda Anayasal sayı üstünlüğü ile kabul edilmesine rağmen Genel Kurul'ca ret ihtimalinin belirmesi üzerine geri çekilen aynı hükmün, bu kanun ile nasıl yeniden getirildiği görülecektir. Her üç tasarıda yeralan bu hüküm, tahkimin geriye yürütülüp yürütülemeyeceğine ilişkin bir Anayasal hukuk tartışması ile ilgilidir.

Tasarılarda sergilenen parça parça uyum yöntemi, kökeninde Anayasayı dolanmayı amaçlayan bir mühendislik yöntemidir, çerçeve uyum, böylesi bir taktik manevrayı önleyici bir hukuki yöntemdir. İktidar çoğunluğundaki karşı görüş, bu manevralarla eritilmiştir: Kaldı ki, kamu hizmetlerinin devir ve özel hukuk işlemleriyle yaptırma yöntemlerinde gözetilecek ilkeler/ölçütler konusunda bir hüküm sevk etmeyen bu uyum yasaları, global olarak Anayasa'ya aykırıdır. (Any. Mad.47., 13.08.1999 t. ve 4446 sayılı Yasa ile değişik son fıkrası).

Anayasa değişikliği, gelişen Türkiye'nin önündeki kimi engellerin aşılması için gerekli idi ve bu gerçekleştirilmiştir. Anayasa yapımında sergilenen uzlaşmacı tavır, uyum yasalarında ortaya konmamış ve hatta bundan bilinçli olarak kaçılmıştır. Bir ihtisas komisyonu olan ve bu işlere mutlak şekilde bakmak zorunda bulunan Anayasa Komisyonu, bu işte by-pass edilmiştir.

Yabancı sermaye, elbette ki gereklidir. Enerji, elbette ki lazımdır. Tahkim, kurucu iktidarcı kabul edilmiştir. Ama bunlar, bunlarla ilgili yasalar, Anayasa'ya uygun olmak zorundadır. Yasama organı, kurulu düzen; kurucu-düzenle, Anayasa ile bağlıdır. “Ben yaptım, oldu” zihniyetinin Anayasal demokrasilerde yeri yoktur.

Bu dava, hiçbir yerindelik zaruretinin, kaygısının veya örtülü amaçların, Anayasa'ya aykırı yasa ihdasına meşru sebep oluşturamayacağına Yüksek Yargı analizine sunulduğu bir talebi güncelleştirmektedir.

## II- AYKIRILIKLAR - GEREKÇELER

A) Yasanın “Geçici 1’inci maddesi”, 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı muadil Anayasa'nın 4’üncü maddesi, Anayasamızın 2, 10, 48 ve 167 hükümlerine aykırıdır:

1) 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Yasa, yürürlük maddesi dahil, bütün hükümleri, “bir Anayasa” hükmüdür. Nitekim yürürlük maddesi de, Anayasa'nın teklif-karar nisabı ile ve müzakere usulü ile sonuçlandırılmıştır. (Any.Mad.175)

a) Sözü geçen 4’üncü madde, değişiklik hükümlerinin “yayımlı tarihinde” yürürlüğe gireceğini öngörmektedir. Yayımlı tarihi, 14.08.1999'dur. Bu tarih, uyum yasalarının yürürlük tarihinin tabanını oluşturur. Bu tarihten geriye etkili (sözelimi 10.08.1999 tarihinde tamamlanan ilişkiyi konu edinen) yasa, Anayasa'nın yürürlük normunu ihlaldir. Böyle bir sonuç, ancak Anayasa'nın geriye doğru bir tarihten itibaren yürürlüğe konması ile sağlanabilirdi.

b) Geçici 1’inci madde, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki imtiyazlara da “Bakanlar Kurulu Kararı” ile uygulanabileceğini öngörmektedir. Bu hüküm, mahiyeti itibarı ile “geriye yürüme normu”dur. Dayanağı olan Anayasa hükmünün yürürlük öncesini kapsayan muhtevası, üst-norma aykırıdır. 14.08.1999 öncesi yürürlükte olan Anayasa, imtiyazda tahkimi yasaklamaktadır. (Any. Mad. 155, 125). Önceki Anayasa hükümlerinin etkisi, değiştiren Anayasa'nın yürürlük başlangıcına kadar filhal devam eder. Bu, normların zaman bakımından yürürlüğü alanındaki temel bir ilkedir. (Any. Mad. 2).

c) Hiçbir yerindelik kaygısı, mali veya finans telakkileri, Anayasa'yı aşmanın bir yolu olamaz. (Any. Mad. 11). Anayasa, kuruslandırılmaz.

2) Geriye yürüme kararında Bakanlar Kurulu'nun gözeticeği kriterlerin “yasa ile belirlenmesi” gerekir. Aksi takdirde, her somut olay için öngörüye göre değişken, subjektif ölçütler devreye girer ve hukuk devleti ilkesi, zarar görür. (Any. Mad. 2). Nitekim özelleştirme işlemlerinde bu tür kriterlerin yasada yokluğu Yüksek Mahkeme’ce, Anayasa'ya aykırı sayılmıştır. Hüküm, bir yolsuzluk alanı yaratmaya elverişlidir. (Any. Mad. 100).

3) İmtiyaz ilişkilerinin kurulduğu tarihte tahkim kaydının yokluğuna dayanarak bu ilişkinin tarafı olma yönünde girişimde bulunmayan, bulunamayan veya hazırlık aşamasında vazgeçen yahut ihalede ona göre teklif veren kişilerle imtiyaz sözleşenleri (akitleri) arasında, bir eşitsizlik yaratılmaktadır. Çok az rastlanabilecek bu eşitsizlik türü, Anayasal himaye görmez, görmemelidir.

4) Devlet (bittabi yasama), girişim özgürlüğünün ve piyasa ekonomisinin gereklerine uymak zorundadır. (Any. Mad. 48, 167). İmtiyazlaşma tarihinde, “tahkim yokluğu” bir “risk” faktörüdür. Bu alandaki girişimcileri caydırıcı bir etmendir. İlişkinin kuruluş tarihindeki risk ve rekabet faktörlerini, geriye etkili olarak bertaraf eden yasa, ekonomi kuralları ile çatışır. Geriye yürüme kuralı, bu yönüyle de hukuka aykırıdır. Kural, Devlete ve Yürütmeye güveni erozyona uğratan imtiyaz hükmü niteliğindedir. Her üç uyum yasasındaki müzakerelerde işin bu yönleri ayrıntılı olarak dile getirilmiştir.

B) Yasanın 7'nci maddesi, 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı muadil Anayasa'nın 4'üncü maddesi, Anayasa'mızın 2, 10, 48 ve 167 hükümlerine aykırıdır:

Bu dilekçemizin "II-A" bölümündeki tahliller, genel olarak bu bölüm içinde geçerlidir. Yüksek Mahkemeyi gereksiz tekrarlar muhatap kılmak yerine analogik referansla yetinilmiştir.

C) Yasanın 2'nci maddesi, Anayasa'nın 2 ve 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Yasa ile değişik 125/1 hükmüne aykırıdır:

Kaynak Fransız pozitif hukukunda, yabancılık unsurunu içermeyen imtiyaz sözleşmelerinde dış veya iç tahkim, daha doğrusu tahkim yasaktır. Uyrak ile devlet arasındaki imtiyaz ihtilafı, devlet yargısında bırakılmıştır. İşin amacına uygun olanı da budur.

Anayasa'nın dış-tahkimi, ancak yabancılık unsuru taşıyan imtiyaz uyuşmazlıklarda öngörmesinin özel anlamı var.

Yabancılık unsuru taşımayan bir uyuşmazlığı (iç-uyuşmazlığı), dış-tahkime taşımaya elverişli bir düzenleme, Anayasa'yı deler:

a) Yabancılık unsuru, Anayasa'nın 125/1 hükmünün amacı çerçevesinde "dar bir kapsamlı" tanımlanabilir. Yasa, yalnızca imtiyaz sözleşmesi kapsamında olan yabancılık unsurunu içermesi gerekirken, bağlantılı ilişkiler (kredi vb. sözleşmeler) de bu alana aktarılmıştır. Bu yolla nerede ise her imtiyaz sözleşmesi, yabancılık unsuru ile ilişkilendirilebilir. Anayasa'nın lafız ve ruhu, bu anlayışa yabancıdır.

b) Tanımda, ayrıca milletlerarası özel hukuk birikiminden de yararlanılması gerekirdi.

c) İç-tahkimi dolanmayı imkânsız kılacak, bu alanı çöktürmeyecek bir "yabancılık unsuru" tanımı, Anayasa gereğidir. Yasa, bunu başaramamıştır. Bundan öte, bilinçli bir Anayasa'ya aykırılık tercihi söz konusudur.

d) Yasanın amacı, Anayasa ile sağlanamayan sonucu -ki her türlü ihtilaflarda dış tahkim seçeneği, Anayasa değişikliği aşamasında muhalefetimizle önlenmiştir- bu yolla sağlamaktır.

### III- YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEĞİ

Yasanın 7'nci ve Geçici 1'inci madde hükümleri, uygulanması kısa sürede tamamlanacak ve tükenecek maddelerdir. Hiç olmazsa bu iki maddenin yürürlüklerinin durdurulması zorunluluğu ve ivediliği açıktır. Muhtemel iptal halinde, kural uygulanmış olacağı için, hükmün infaz kabiliyeti ve etkisi kalmayacaktır. (Any. Mad. 153, 138). Anayasa'ya aykırılığın ağırlığı, kuralların uygulanması ile sağlanacak imtiyazın (tahkim kaydının) kamu vicdanında makes bulacak yansıması, uygulama kriterlerinin yokluğu ve yolsuzluk üretmeye elverişliliği ve benzeri haklı nedenler, yürürlüğü durdurmayı zorunlu kılmaktadır.

TALEP: 1) Yasanın 2/c, 7 ve Geçici 1'inci maddelerinin iptaline,

2) İptale konu maddelerin (özellikle 7 ve Geçici 1'inci maddelerin) yürürlüklerinin ivedilikle durdurulmasına karar verilmesi arz ve talep olunur."