

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı:1994/71

Karar Sayısı:1995/23

Karar Günü:28.6.1995

R.G. Tarih-Sayı:20.03.1996-22586

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Mümtaz Soysal, Nami Çağan ve seksensekiz milletvekili.

İPTAL DAVASININ KONUSU : 8.6.1994 günlü, 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun"un 5. maddesinin Anayasa'nın 2., 5., 8., 9., 11., 125., 129. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline; bu maddenin iptali Yasa'da öngörülen işlemlerin yapılmasını olanaksız kılacağından, Yasa'nın tümüyle iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

8.6.1994 günlü, 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun" tümüyle şöyledir:

"Amaç

MADDE 1.- Bu Kanunun amacı kamu kurum ve kuruluşlarınca (kamu iktisadî teşebbüsleri dahil) ifa edilen, ileri teknoloji ve yüksek maddî kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılmasını sağlamaktır.

Kapsam

MADDE 2.- Bu Kanun, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsar.

Birinci fıkrada öngörülen yatırım ve hizmetlerin bu Kanuna göre sermaye şirketleri veya yabancı şirketler eli ile gerçekleştirilmesi bu yatırım ve hizmetlerin, ilgili kamu kurum ve kuruluşları (kamu iktisadî teşebbüsleri dahil) tarafından görülmesine ilişkin kanunların istisnasını teşkil eder.

Tanımlar

MADDE 3.- Bu Kanunda geçen;

a) Yap-İşlet-Devret Modeli: İleri teknoloji ve yüksek maddî kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini,

b) Sermaye Şirketi: Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre kurulmuş veya kurulacak olan ve gerektiğinde kamu kurum ve kuruluşlarının da (kamu iktisadî teşebbüsleri dahil) ortak olduğu ve bu Kanunun 4 üncü maddesinde belirtilen Bakanlar Kurulu Kararında öngörülen şartları taşıyan anonim şirketi,

c) Yabancı Şirket: 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu hükümleri uyarınca Türkiye'de faaliyette bulunmasına izin verilen kuruluşu,

d) İdare : Yüksek Planlama Kurulunca bu kanunda öngörülen yatırım ve hizmetleri yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırmak üzere sermaye şirketi veya yabancı şirket ile sözleşme yapmaya yetkili kılınan ve hizmetin aslı sahibi olan kamu kurum ve kuruluşlarını (kamu istisadi teşebbüsleri ve fonları dahil),

İfade eder.

Yetki

MADDE 4.- Bu Kanunun 2 nci maddesinde öngörülen yatırım ve hizmetlerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketleri veya yabancı şirketler eli ile gerçekleştirilmesindeki usul ve esaslar; bu şirketlerde aranılacak özellikler, sözleşmelerin kapsamı, yatırım sonucu oluşacak mal ve hizmetlerin ücretinin belirlenmesinde uygulanacak kriterler ve konuya ilişkin diğer ilkelere yer verilmek suretiyle Maliye, Bayındırlık ve İskân, Ulaştırma, Enerji ve Tabii Kaynaklar bakanlıkları, Devlet Planlama Teşkilatı müsteşarlığı, Hazine müsteşarlığı ve Dış Ticaret müsteşarlığınca müştereken hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulur.

Bu Kanunda öngörülen yatırım ve hizmetleri yap-işlet-devret modeline göre yaptırmak isteyen İdare, Yüksek Planlama Kuruluna müracaat eder ve bu Kurulun izninden sonra sermaye şirketi veya yabancı şirketle sözleşme imzalayabilir.

Sözleşme

MADDE 5.- Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir.

Sorumluluk ve Tazminat

MADDE 6.- Yatırım ve/veya hizmetin belirlenen süre içerisinde projelendirilmesi, finansmanı, kurulması ve işletilmesinden sermaye şirketi veya yabancı şirket sorumludur. Bu şirketlerin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde idarenin uğrayacağı zararın tazminine ilişkin hükümler sözleşmede yer alır.

Süre

MADDE 7.- Yapılacak sözleşmelerde sermaye şirketinin veya yabancı şirketin yapım ve işletmesini üstleneceği yatırım ve hizmetin süresinin belirlenmesinde yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dahil) ve yatırım için sağlanan kredilerin geri ödeme süresi ile projenin mahiyeti, sermayenin miktarı ve işletme esasları dikkate alınır. Sözleşmelerin süresi 49 yıldan fazla olamaz.

Ücret

MADDE 8.- Bu Kanuna göre yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilecek yatırım sonucu üretilen mal ve/veya hizmetlerin karşılığı olarak ödenecek ücretler 4 üncü maddeye göre Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulacak usul ve esaslar uyarınca gerekli görülen hallerde idarenin bağlı veya ilgili bulunduğu bakan tarafından belirlenebilir.

Devir

MADDE 9.- Bu Kanuna göre sermaye şirketi veya yabancı şirket tarafından yapılan yatırım ve hizmetler, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte her türlü borç ve taahhütlerden ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer.

Kamulaştırma

MADDE 10.- Bu Kanunda öngörülen yatırım ve hizmetler için gerekli kamulaştırma işlemleri idare tarafından 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre yapılır. Kamulaştırılan taşınmazın mülkiyeti idareye aittir. Kamulaştırma bedelinin tamamen veya kısmen sermaye şirketi veya yabancı şirketçe ödenmesi hususu idare ile bu şirketler arasında yapılacak sözleşmelerde hükme bağlanabilir.

Garantiler

MADDE 11.- 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 malî yükümlülük altına giren fonlar lehine garanti vermeye ve garanti koşullarını belirlemeye Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan yetkilidir.

Muafiyetler

MADDE 12.- 2 nci maddede belirtilen konularda ve yap-işlet-devret modeli çerçevesinde idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirketin yapacağı bütün iş ve işlemler 1.7.1964 tarihli ve 488 sayılı Kanuna göre alınan damga vergisi ile 2.7.1964 tarihli ve 492 sayılı Kanun uyarınca alınan harçlardan muaftır.

Saklı Tutulan Kanun Hükümleri

MADDE 13.- 4.12.1984 tarihli ve 3096 sayılı, 28.5.1988 tarihli ve 3465 sayılı Kanunların hükümleri saklıdır.

Uygulanmayacak Kanun Hükümleri

MADDE 14.- 4 üncü maddede belirtilen Bakanlar Kurulu kararına göre gerçekleştirilecek yatırımlar 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi değildir. Bu Kanuna göre yapılacak yatırım ve hizmetler hakkında 10 Haziran 1326 tarihli Menafii Umumiyye Mütteallik İmtiyazat Hakkında Kanun ile 25.6.1932 tarihli ve 2025 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz.

GEÇİCİ MADDE 1.- Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihte 3096 ve 3465 sayılı Kanunlar kapsamında idare ile sözleşmeleri sonuçlandırılarak, idarenin bağlı veya ilgili olduğu Bakan tarafından onaylanmış olan ve çalışmaları halen devam eden projelere işbu Kanunun 4 ve 8 inci madde hükümleri uygulanmaz.

Yürürlük

MADDE 15.- Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 16.- Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde dayanılan Anayasa kuralları şunlardır:

1- "MADDE 2.- Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir."

2- "MADDE 5.- Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

3- "MADDE 8.- Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir."

4- "MADDE 9.- Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır."

5- "MADDE 11.- Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır."

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz."

6- "MADDE 125.- İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."

Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askerî Şûranın kararları yargı denetimi dışındadır.

İdarî işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar.

Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.

İdarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir.

İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür."

7- "MADDE 129.- Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.

Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez.

Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.

Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.

Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır."

8- "MADDE 155.- Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek, idarî uyuşmazlıkları çözümlmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.

Danıştay üyelerinin dörtte üçü, birinci sınıf idarî yargı hâkim ve savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; dörtte biri, nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı; tarafından seçilir.

Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri ve daire başkanları, kendi üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla dört yıl için seçilirler. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler.

Danıştayın, kuruluşu, işleyişi, Başkan, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ile üyelerinin nitelikleri ve seçim usulleri, idarî yargının özelliği, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir."

III- İLK İNCELEME ve YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİ

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Yekta Güngör ÖZDEN, Güven DİNÇER, Mustafa GÖNÜL, İhsan PEKEL, Selçuk TÜZÜN, Ahmet N. SEZER, Samia AKBULUT, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ali HÜNER ve Lütfi F. TUNCEL'in katılmalarıyla 16.8.1994 günü yapılan toplantıda "Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine" oybirliğiyle ve "Kanun'un 5. maddesinin yürürlüğünün durdurulması isteminin reddine" oyçokluğuyla karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

İşin esasına ilişkin rapor, dava dilekçesi ve ekleri, iptali istenen yasa kuralı ile dayanak yapılan Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ve öteki yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- 3996 sayılı Yasa'nın 5. Maddesinin Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Yasa'nın 5. maddesinde "Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir" denilmektedir.

Dava dilekçesinde, madde kapsamına giren sözleşmelerin idari sözleşmenin tüm koşullarını taşıdığı; yargı kararlarında, idarenin özel bir kişi ile yaptığı sözleşme bir kamu hizmeti yapılmasını veya böyle bir hizmetin yapılmasına katılmayı öngörüyorsa, o sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edildiği, Yap-İşlet-Devret Modeline ilişkin sözleşmelerin de bu nitelikte olduğu; ayrıca, Yasa'nın kimi kurallarıyla yönetime özel hukuk yetkisini aşan yetkiler tanındığından söz konusu sözleşmelerin idari nitelikte olduğu; oysa, dava konusu kuralla bu sözleşmelerin idari yargı alanının dışına çıkarılmak istenildiği; öte yandan, bu sözleşmelerin aynı zamanda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olduğu; Anayasa'ya göre imtiyaz sözleşmelerini incelemenin Danıştay'ın görevleri arasında bulunduğu; yapılan düzenleme ile bu sözleşmelerin Danıştay denetiminden kaçırıldığı; bu nedenlerle, Yasa'nın 5. maddesinin Anayasa'nın, 2., 5., 8., 9., 11., 125., 129. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenilmiştir.

Maddede, Yasa'da gösterilen kimi yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesine ilişkin sözleşmelerin bir yandan "özel hukuk hükümlerine tabi olduğu" belirtilirken öte yandan da bu sözleşmelerin "imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte" olması öngörülmektedir. Bu iki konunun birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerekir.

1- Sözleşmelerin Özel Hukuk Hükümlerine Bağlı Tutulmasının Öngörülmesi Nedeniyle Maddenin Anayasa'nın 2., 11., 37. ve 125. Maddeleri Yönünden İncelenmesi

Anayasa'nın 2. maddesinde "hukuk devleti" olmak, Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılmış; 11. maddesinde, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve öbür kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu vurgulanmış; bu kuralların doğal gereği olarak da 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın 125., 140. ve 155. maddelerinin birlikte incelenmesinden idarî eylem ve işlemlerin yargısal denetiminin idarî yargının görev alanına girdiği anlaşılmaktadır. Anayasa'nın "Kanunî Hakim Güvencesi" başlığını taşıyan 37. maddesinde ise "Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz" denilmektedir. Bu kurallara uygun yapılmayan yasal düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılık oluşturacağı kuşkusuzdur. Bu durum, dava konusu 5. maddenin anılan kurallar yönünden incelenmesini gerektirmektedir.

Öğretide de kabul edildiği gibi, bir sözleşmenin "idarî sözleşme" sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gereklidir.

"Kamu hizmeti" kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır. Bununla birlikte kamu hizmeti çeşitli biçimlerde tanımlanmaya çalışılmıştır. En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri 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.

Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturur. Çünkü, bunun yokluğu toplum yaşamını altüst eder. Bir kamu hizmeti, ülke

düzeyinde, 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" kavramının gerek öğretide gerekse uygulamalarda devlet ve öteki kamu tüzel kişilerinca genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve bunun da gittikçe genişlediği bir gerçektir.

Yasa'nın 2. maddesinde belirtilen köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bunlar, toplumun ortak gereksinmelerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinliklerdir.

Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların iradesi olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımla, bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasakoyucunun iradesi rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin zorunlu 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 kamusal olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğini etkilemez. Nitekim, Anayasa'nın 47. maddesinde, "kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler.... devletleştirilebilir" denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir.

3996 sayılı Yasa'da, özel hukuk kurallarına bağlı yerli ve yabancı sermaye şirketlerinin, 2. maddede belirtilen kimi yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi ile görevlendirilmelerine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir. "Yap-İşlet-Devret Modeli"ni içeren yasalarda, yönetimi üstün kılan kurallar bulunması kaçınılmazdır. 5. maddeye göre düzenlenecek sözleşmeler için sözleşmenin taraflarından biri olan yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler verildiği görülmektedir.

Nitekim, 3996 sayılı Yasa'nın "Yetki" başlığını taşıyan 4. maddesinde, 2. maddede öngörülen yatırım ve hizmetlerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketi veya yabancı şirketler eli ile gerçekleştirilmesindeki usul ve esaslar, bu şirketlerde aranılacak özellikler, sözleşmelerin kapsamı, yatırım sonucu oluşacak mal ve hizmetlerin ücretinin belirlenmesinde uygulanacak kriterler ve konuya ilişkin diğer ilkelerin, maddede sayılan Bakanlıklar ve kamu kurumlarınca ortaklaşa hazırlanacağı ve Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulacağı belirtilmektedir.

"Ücret" başlıklı 8. maddesine göre de, Yasa'da öngörülen model çerçevesinde gerçekleştirilecek yatırım sonucu üretilecek mal ve/veya hizmetlerin karşılığı olarak ödenecek ücretler, 4. maddeye göre Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacak usul ve esaslar uyarınca, (gerekli görülen hallerde idarenin bağlı veya ilgili bulunduğu bakan tarafından) belirlenebilecektir.

Yasa'nın 10. maddesinde, bu yatırım ve hizmetler için gerektiğinde "kamulaştırma" öngörülmüş; 11. maddesinde ise, yap-işlet-devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri için idare adına sermaye şirketlerine veya yabancı şirketlere çeşitli garantiler vermeye Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu bakan yetkili kılınmıştır.

Bu nedenlerle, 5. madde kapsamında bulunan ve "özel hukuk hükümlerine" bağlı olduğu belirtilen sözleşmelerin "idarî sözleşmeler" olduğu kuşkusuzdur. Dolayısıyla, bu tür sözleşmelerin yargısal denetiminin Anayasa uyarınca idarî yargı tarafından yapılması zorunludur. 5. madde ile, bu sözleşmeler idarî yargının görev alanından çıkarılmakta, böylece maddenin ikinci tümcesi Anayasa'ya aykırı düşmektedir. Çünkü, niteliği gereği idarî olan bu sözleşmelerin yasa kuralıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulması olanaksızdır.

Anayasa'nın "yargı yolu" başlığı altındaki 125. maddesinin birinci fıkrasındaki "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" biçimindeki kural, kuşkusuz, yönetimin kamu hukuku ve özel hukuk alanına giren "her türlü" eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Bunlardan, kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler için idarî yargının, özel hukuk alanındakiler için de adlî yargının görevli olduğunda duraksanamaz. Anayasa kuralları gereğince yasama organı, idare hukuku alanına giren bir idarî eylem ya da işleme karşı adlî yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir. Tersine bir düzenleme, Anayasa'nın "Kanunî hâkim güvencesi" başlığı altındaki 37. maddesinin birinci fıkrasında "hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz" biçimindeki buyurucu kurala aykırılık oluşturur. Bunun içindir ki, Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında, idarî uyuşmazlıkları çözümleme Danıştay'ın görevleri arasına alınmıştır.

Bu nedenlerle, 3996 sayılı Yasa'da öngörülen kimi yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında yapılacak idarî nitelikteki sözleşmeleri özel hukuk kurallarına bağlı tutarak idarî yargı denetimi dışına çıkaran 5. maddenin ikinci tümcesi, Anayasa'nın 2., 11., 37. ve 125. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

2- Sözleşmelerin, İmtiyaz Teşkil Etmeyecek Nitelikte Olmasının Öngörülmesi Nedeniyle Maddenin Anayasa'nın 155. Maddesi Yönünden İncelenmesi

Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında, imtiyaz sözleşmelerini incelemek Danıştay'ın görevleri arasında sayılmıştır. Bu kuralla, bir yandan Danıştay'ın görevleri belirlenirken, öte yandan da imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay'ın öndenetimine bağlı olması öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2., 11. ve 125. maddelerine ilişkin inceleme bölümünde yer verilen açıklamalar, 5. maddenin birinci tümcesinin sözleşmeleri "imtiyaz sözleşmesi" olmaktan çıkaran içeriği yönünden de geçerlidir.

İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabûl edilmektedir. Kamu hizmetinin, uzun süreli bir "idarî sözleşme" uyarınca, sermayesi, kârı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerince yerine getirilmesine İMTİYAZ denir. Gereksinimler karşısında yönetimin işinin çokluğu ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin uygulanmasını zorunlu kılmakta ve kamu hizmetinin özel girişime gördürülmesine olanak sağlamaktadır. Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri" olarak tanımlanmaktadır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, gerek konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idarî sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar.

Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararlarına göre de, "bir amme hizmetinin tanzim ve işletilmesini temin", "amme hizmetinin görülmesinin.....devri", "amme hizmetlerinden birini ifa", "kamu hizmetlerinin yürütülmesini sağlamak" hukuksal sonucunu doğuran uzun süreli sözleşmeler, yalnız bu nedenle "idarî sözleşme" olduğu gibi, aynı zamanda bir "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi"dir.

Bu açıklamalar karşısında 3996 sayılı Yasa ile düzenlenen yap-işlet-devret yönteminin kamu hizmeti imtiyazından, 2. maddede öngörülen yatırım ve hizmetlerin yaptırılmasına, işletilmesine ve devredilmesine ilişkin sözleşmelerin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığı görülür. Gerçekten, Yasa ile getirilen yöntem, imtiyazın tüm öğelerini içermektedir. Yatırım bedeli, riski de kendisine ait olmak üzere sermaye şirketi tarafından konulacak ve idare ile aralarında en çok 49 yıl süreli bir idarî sözleşme yapılacaktır. Yönetimin hizmet konusunda gözetim, denetim, yaptırım uygulama ve yararlanacaklardan alınacak bedeli belirleme yetkileri vardır. Yasa'nın 9. maddesine göre sözleşmenin sona ermesiyle sermaye şirketi veya yabancı şirket tarafından yapılan yatırım ve hizmetler borçtan ve yükümlülükten arınmış olarak idareye geçecektir. Öte yandan Yasa'nın 2. maddesindeki "görevlendirme" sözcüğünün, yapılan sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi kapsamı dışına çıkarıp Danıştay öndenetiminden geçirilmesini önlemek için kullanıldığı anlaşılmaktadır.

5. madde, yasa kapsamındaki yatırım ve hizmetlerin yaptırılmasında yap-işlet-devret modelinin uygulanması için yapılacak sözleşmelerin Danıştay'ın öndenetiminden geçirilmemesini sağlamak amacıyla düzenlenmiştir. Oysa, Türkiye Cumhuriyeti kurulurken, imtiyaz sözleşmeleri konusunda çok duyarlı davranılmış; 1924 (mad. 51), 1961 (mad.140) ve 1982 (mad.155) Anayasaları ile bu yetki Danıştay'a verilmiştir. Aslında bu sözleşmelerle kamu hizmetinin görülmesinin uzun süre özel kesime bırakıldığı ve bu nedenle, sonradan giderilmesi güç sonuçlar doğurabilecek nitelikte oldukları için, Danıştay öndenetimine bağlı tutulmalarında kamu yararı da bulunmaktadır.

Anayasa yargısı alanında bir hizmetin "kamu hizmeti", bir sözleşmenin de "imtiyaz sözleşmesi" olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir. Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Yasal düzenlemeler bu niteliği değiştirici etki yapamaz. Tersine durum, Anayasa'nın yargıya ve ödenetime ilişkin kurallarıyla bağdaşmaz. Öte yandan, hukuk devleti ilkesi, yürütmenin ve yasamanın tüm işlemlerinin yargısal denetime bağlı tutulmasını gerektirir ki, idarî yargı ve Anayasa yargısı bunun için öngörülmüştür. Kuşkusuz, düzenleme yetkisi yasama organıdır. Ancak, bu yetkinin kullanılması anayasal ilke ve kurallarla sınırlıdır. Anayasa'ya uygunluk denetiminde yetkinin anayasal sınırlar içinde kullanılıp kullanılmadığı belirlenirken, kimi saptamalar yapmak, kimi yargılara varmak gerekir. Anayasal denetime, Anayasa'da olmayan sınırlar getirilirse denetim, amacından uzaklaşır ve anlamsız kalır.

Bu nedenlerle, yönetim ile sermaye şirketleri arasında yapılacak sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte olması öngörülerek, Danıştay'ın öndenetimi dışına çıkaran içeriği nedeniyle 5. maddenin birinci tümcesi Anayasa'nın 155. maddesine aykırıdır. Tümcedeki "imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte" sözcüklerinin iptali gerekir.

B- İptalin Diğer Kurallara Etkisi

Yasa'nın 5. maddesindeki idare ile sermaye şirketi arasında özel hukuk kurallarına bağlı ve imtiyaz oluşturmayacak nitelikte bir sözleşme yapılacağına ilişkin kurala koşut olarak, 14. maddenin ikinci tümcesinde, "Bu kanuna göre yapılacak yatırım ve hizmetler hakkında 10 Haziran 1326 tarihli Menafii Umumiyye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanun ile 25.6.1932 tarihli ve 2025 Sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz" denilmiştir.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasında, yasanın belirli kurallarının iptali diğer kimi kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesi'nce iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

5. maddedeki iptaller nedeniyle 14. maddenin ikinci tümcesinin de uygulanma olanağı kalmamıştır. Bu nedenle, iptali gerekir.

Yılmaz ALİEFENDİOĞLU ile Samia AKBULUT bu düşünceye katılmamışlardır.

V- SONUÇ

A- 8.6.1994 günlü, 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun"un 5. maddesinin birinci tümcesindeki "... imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte ..." sözcükleriyle, "Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir." biçimindeki ikinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- İptal nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan aynı Yasa'nın 14. maddesinin ikinci tümcesini oluşturan "Bu Kanuna göre yapılacak yatırım ve hizmetler hakkında 10 Haziran 1326 tarihli Menafii Umumiyye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanun ile 25.6.1932 tarihli ve 2025 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz." kuralının, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince İPTALİNE, Yılmaz ALİEFENDİOĞLU ile Samia AKBULUT'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

28.6.1995 gününde karar verildi.

Başkan
Yekta Güngör ÖZDEN

Başkanvekili
Yılmaz ALİEFENDİOĞLU

Üye
İhsan PEKEL

Üye
Selçuk TÜZÜN

Üye
Ahmet N. SEZER

Üye
Samia AKBULUT

Üye
Yalçın ACARGÜN

Üye
Mustafa BUMİN

Üye
Sacit ADALI

Üye
Ali HÜNER

Üye
Lütfi F. TUNCEL

KARŞIOY YAZISI

Esas Sayısı:1994/71

Karar Sayısı:1995/23

2949 sayılı Yasanın 29. maddesine göre Anayasa Mahkemesi, "taleple" bağı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasaya aykırılık kararı verebilir. Ancak, yasanın, yasa hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu belirli madde veya hükümlerin iptali Yasanın, yasa hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, Anayasa Mahkemesi durumu gerekçesinde belirtmek koşuluyla bu kesimlerin de iptaline karar verebilir.

Anayasa Mahkemesinin bu maddeye göre "taleple" bağı olmadan karar verebilmesi, verilen iptal kararından sonra kalan bölümün, "uygulanmaması sonucunun" doğması koşuluna bağıdır.

Olayda, 3996 sayılı Yasanın 5. maddesinin iptali istenmiş ve istem, maddedeki bazı sözcükler yönünden kabul edilmiştir. İptal kararından sonra madde kalan sözcüklerle anlam ifade etmekte ve idarenin yap-işlet-devret esasına göre sözleşme yapmasına olanak tanımaktadır. Kaldığı, 14. madde Yasanın iptal edilmeyen öteki maddelerini de ilgilendirmektedir.

Söz konusu Yasanın 14. maddesinin iptali istenmemiştir. Yasanın 5. maddesindeki kimi sözcüklerin ve ikinci tümcesinin iptal edilmesi, dava konusu edilmeyen 14. maddenin "uygulanamaması" sonucunu doğurmaz. Çünkü 5. madde tümünden iptal edilmemiştir. Kimi sözcükleri iptal edilse de maddede, yap-işlet-devret modeline ilişkin sözleşme yapılması yetkisi saklı kalmıştır. "Uygulanmayacak yasa hükümlerini" belirleyen 14. madde, sözleşmenin yapılışında kapsamı göstermesi nedeniyle bütünüyle uygulanacak durumdadır ve anlam ifade etmektedir. Uygulanmayacak yasa hükümlerini belirleyen kural, olumsuz yolla uygulanmayı göstermektedir ve 5. maddedeki bazı sözcüklerin iptali 14. maddeyi etkilemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu edilmeyen 14. maddenin ikinci tümcesinin, 5. maddedeki kimi sözcüklerin iptali ile, "uygulanmaması sonucu doğduğu" kabul edilerek 2949 sayılı Yasanın 29. maddesinin ikinci fıkrasına göre iptali yönünde verilen karara karşıyız.

Üye

Yılmaz ALİEFENDİOĞLU

Üye

Samia AKBULUT