

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 1996/63

Karar Sayısı : 1997/40

Karar Günü : 26.3.1997

R.G. Tarih-Sayı :28.06.2001-24446

İPTAL DAVASINI AÇAN : Mümtaz SOYSAL ve 112 Milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 30.8.1996 günlü, 4180 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen "3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun"un 11. maddesinin, Anayasa'nın Başlangıç'ının dördüncü paragrafı ile 2., 5., 7., 10., 11., 153. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

30.8.1996 günlü, 4180 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen "3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun"un 11. maddesi şöyledir:

"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."

B- İlgili Yasa Kuralları

8.6.1994 günlü 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un "Yetki" başlıklı 4. maddesi ile 4180 sayılı Yasa ile değiştirilmeden önceki 11. maddesi şöyledir:

1- "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."

2- "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."

C- Dayanılan Anayasa Kuralları

İptal isteminde dayanılan Anayasa kuralları şunlardır:

1- Anayasa'nın Başlangıç'ının dördüncü paragrafı :

"Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu;"

2- "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."

3- "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."

4- "MADDE 7.- Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez."

5- "MADDE 10.- Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

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

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz."

7- "MADDE 153.- Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.

Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.

Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.

İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukukî boşluğu dolduracak kanun tasarı veya teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar.

İptal kararları geriye yürümez.

Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar."

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 Cumhurbaşkanını; 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 uyarınca Yekta Güngör ÖZDEN, Selçuk TÜZÜN, Ahmet N. SEZER, Samia AKBULUT, Haşim KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Mustafa BUMİN, Lütfi F. TUNCEL, Mustafa YAKUPOĞLU, Fulya KANTARCIOĞLU ve Aysel PEKİNER'in katılmalarıyla 4.10.1996 günü yapılan toplantıda, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki rapor geldikten sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi, işin esasına ilişkin rapor ve ekleri, iptali istenilen yasa kuralıyla dayanan Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ve öbür yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşüldü :

A- 11. Maddenin Anlam ve Kapsamı

4180 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile değiştirilen 3996 sayılı Yasa'nın dava konusu 11. maddesinde, "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" sağlanması öngörülen kredilerle verilecek garantiler ve garanti koşullarını belirleme konusunda, Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu bakana yetki verilmektedir.

Değişiklikten önceki içeriğiyle karşılaştırıldığında, incelenen maddede, "4 üncü maddeye göre yürürlüğe konulacak Bakanlar Kurulu kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca aktedilen sözleşmeler" ibaresindeki, "konulacak" sözcüğünün, "konulan" biçiminde değiştirildiği idarece verilen garantiler kapsamının ise genişletildiği görülmektedir. Bu madde ile göndermede bulunulan 3996 sayılı Yasa'nın "Yetki" başlıklı 4. maddesinin ilk fıkrasında, "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 Teşkilâtı müsteşarlığı, Hazine müsteşarlığı ve Dış Ticaret müsteşarlığınca müştereken hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulur" denilmektedir. Buna göre hazırlanan "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında 3996 Sayılı Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin karar, 1/10/1994 günlü, 22068 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6/8/1994 günlü, 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulmuştur. Kararın "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin (f) bendinde, "Uygulama Sözleşmesi"nin "Yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesiyle ilgili olarak idare ve görevli şirket arasında özel hukuk hükümlerine göre aktedilen ve imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikteki sözleşmeyi" ifade edeceği belirtilmiştir. Ancak kararın yasal dayanağını oluşturan 3996 sayılı Yasa'nın "Sözleşme" başlıklı, "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"

kurallarını içeren 5. maddesinin ilk tümcesindeki "imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte" sözcükleriyle, "Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir" biçimindeki ikinci tümcesi, Anayasa'ya aykırı olduğundan, 14. maddesinin ikinci tümcesini oluşturan "Bu Kanuna göre yapılacak yatırım ve hizmetler hakkında 10 Haziran 1326 tarihli Menafii Umumiyyeye Muteallik İmtiyaz Hakkında Kanun ile 25.6.1932 tarihli ve 2025 sayılı kanun hükümleri uygulanmaz" kuralı da, iptal nedeniyle uygulanma olanağını yitirdiğinden Anayasa Mahkemesi'nin 28.6.1995 günlü, Esas: 1994/71, Karar: 1995/23 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bu karar, 20.3.1996 günlü, 22586 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, 11. maddenin "Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca aktedilen sözleşmeler" biçimindeki bölümünün, daha önce iptal edilen bir yasa hükmüne dayanılarak çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararını yeniden yasa hükmü haline getirdiği, Anayasa Mahkemesi'nin, 3996 sayılı Yasa'nın 5. maddesine ilişkin iptal kararında, bu Yasa uyarınca yapılacak sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olduğu ve Danıştay denetimine bağlı olduğunun kabul edildiği; oysa, maddede göndermede bulunulan Bakanlar Kurulu Kararında, bu Yasa'ya göre imzalanacak sözleşmelerin imtiyaz oluşturmayaacağı, bu bağlamda Danıştay denetiminden de geçirilmeyeceğinin belirtildiği; bu nedenle, yapılan değişiklikle Anayasa'ya aykırı "Usul ve Esaslara İlişkin Karar"ın geçerli hale getirildiği; ayrıca bu kararda, Bakanlar Kurulu her zaman değişiklik yapabileceği için düzenlemenin aynı zamanda "süresiz ve sınırsız" bir yetki devri olduğu ileri sürülerek söz konusu bölümün, Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına ilişkin 153. maddesine, yasaların Anayasa'ya aykırı olamayacağına ilişkin 11. maddesine, yasama ile yürütmenin ilişkisini düzenleyen "Başlangıç"ının dördüncü paragrafına, yasama yetkisinin devredilemeyeceğine ilişkin 7. maddesine, hukuk devleti ilkesini benimseyen 2. maddesine, imtiyaz sözleşmelerinin denetimi için Danıştay'ı görevlendiren 155. maddesine aykırı olduğu belirtilmiştir. Maddenin diğer bölümünün de, yapılan düzenlemenin, ne için olduğu anlaşılmayacak biçimde, üretim girdilerinde devlet garantisi getirmesinin, aynı girdilerle üretim yapan öteki şirketler zararına ayrıcalık yaratarak eşitliği bozacağı; ayrıca, Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı bulunduğu Bakanlığa tanınan yetkinin sınırlı ve bağlayıcı olmaması nedeniyle aynı Yasa kapsamındaki projelerden bazılarında bu garantinin verilebileceği, bazılarında da verilmeyeceği, bu yönden de eşitsizliğe yol açılabileceği; 3996 sayılı Yasa kapsamındaki hizmetlerin kamu hizmeti olması nedeniyle ancak imtiyaz sözleşmeleriyle devredilebileceği; imtiyaz sözleşmelerinin temel özelliklerinden olan yönetimi üstün kılan kurallardan, devlet adına sözleşmeyi imzalayacak idarenin vazgeçemeyeceği; Yasa'nın, buna izin veremeyeceği; devletin ve onun adına hareket edenlerin devlete ait yetkileri geri alınmayacak biçimde özel şirketlere devretme yetkisinin bulunmadığı belirtilerek, Anayasa'nın 2. maddesi ile "Türk Milletinin bağımsızlığını korumak", "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak amaç ve görevlerini devlete veren 5. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

1- İncelenen Maddenin "Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca aktedilen sözleşmeler..." Bölümünün Anayasa'nın 153. Maddesi Yönünden İncelenmesi

Kamu kurum ve kuruluşlarınca ileri teknoloji ve büyük maddî kaynak gerektiren kimi yatırım ve hizmetlerin, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılmasını sağlamak amacıyla çıkarılan 3996 sayılı Yasa'nın 2. maddesine göre, yap-işlet-devret modeli, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, iletimi,

dağıtımını, 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 sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsamaktadır. Yasa'nın 4. maddesinde, bu usul ve esasların Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacağına işaret edildikten sonra 5. maddesinde, sermaye şirketi veya yabancı şirketle imzalanacak sözleşmenin imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte olacağı ve özel hukuk hükümlerine bağlı tutulacağı belirtilmiştir. Ancak, sözleşmenin bu şekilde nitelendirilmesinin ve özel hukuk rejimine bağlı tutulmasının Anayasa'ya aykırı olduğu Anayasa Mahkemesi'nin 28/6/1995 günlü, Esas: 1994/71, Karar: 1995/23 sayılı kararı ile hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılabilmesi için Yap-İşlet-Devlet Modeli çerçevesinde yapılacak sözleşmelerin hukuksal niteliğinin saptanması gerekir.

3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde, 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 ödenmesi" biçiminde tanımlanmıştır.

Bu sözleşmenin, taraflarından biri İdare, konusu ise Yasa'nın 2. maddesinde sayılanlarla benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesidir. Sözleşmenin diğer tarafı olan şirketin yapacağı yatırım projeleri için 11. madde ile garanti verilmekte 10. maddede de Yasa'da öngörülen yatırım ve hizmetler için gerektiğinde idare tarafından kamulaştırmaya olanak sağlanmaktadır. Bunun yanı sıra 12. maddede, şirketlere yapacakları bütün iş ve işlemler için vergi bağışıklığı getirilmektedir. Böylece, kamu yetki ve usullerinin kullanılması öngörülmüş olmaktadır. 7. maddede, sözleşmelerin 49 yıla varan uzun sürelerle yapılmasına olanak tanınmaktadır. Ayrıca, sözleşmenin imzalanması aşamasında ve gerçekleştirilecek yatırım sonucu üretilecek mal ve/veya hizmetlerin karşılığı olarak ödenecek ücretlerin belirlenmesi sırasında 4. ve 8. maddelerle, idareye özel hukuk sözleşmelerini aşan üstün yetkiler verilmektedir. Yap-İşlet-Devret Modeli çerçevesinde yapılacak sözleşmelerin, Yasa ile belirlenen bu özellikleri birlikte değerlendirildiğinde, bunların idarî sözleşmeler olduğu açıkça görülmektedir. Çünkü kamu hukukunda, idarenin yaptığı sözleşmelerden, konusu kamu hizmeti olan ve idareye üstünlük ve ayrıcalık tanıyan sözleşmelerin "idarî" sayılacağı kabul edilmektedir. İdarî sözleşmeyi belirleyen ölçütler arasında en tartışılanı "kamu hizmeti"dir.

Görevsel bakımdan bir girişim ve etkinliğin kamu hizmeti sayılması veya sayılmaması, değişik koşullar dikkate alınarak yasakoyucunun görüşleri doğrultusundaki belirlemelerine göre şekillenen değişken ve göreceli bir konudur. Kamu hizmetinin yönetsel ögesi, genelde kamusal yönetim biçimi ise de, idarenin özel hukuk hükümlerine göre yürüttüğü kimi etkinliklerin de bu nitelikte olduğu görülmektedir. Fakat bir hizmetin amacı kamu yararı ise kamu hukuku esaslarına bağlı kalacağı açıktır. Bu nedenle idarenin, toplumun yararına olarak genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak için giriştiği etkinlikler hangi yol ve usulle yapılırsa yapılsın kamu hizmeti sayılacağından "kamu hizmeti" kavramının en önemli ögesi yönetim biçimi değil, hizmetin amacı ve bunun sorumluluğunu üstlenen organın niteliğidir. Böyle olunca, kamu hizmetleri, devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin toplumun genel ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla yürüttüğü veya buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı etkinlikler olarak tanımlanabilir.

Yap-İşlet-Devret Modeli çerçevesindeki idarî sözleşmeler, aynı zamanda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleridir. Çünkü bunlar, idarenin, özel kişiyle yaptığı sözleşme ile bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya belli bir süre işletilmesi karşılığında, yararlananlardan ücret ya da bedel almak, masrafları kâr ve zararı imtiyazcıya ait olmak üzere kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimi olan kamu hizmeti imtiyazının bütün özelliklerini taşımaktadır.

Yasa'nın 3. maddesinde, Yap-İşlet-Devret Modeli çerçevesinde yapılacak yatırımların bedelinin (elde edilecek kâr dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması yoluyla ödenmesi öngörülmekte; 9. maddesinde ise "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" denilmektedir. Sözleşmelerin, 7. maddede belirtildiği biçimde, 49 yıla varan sürelerle yapılması da dikkate alındığında bunların imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığı sonucuna varılmaktadır.

Bu nedenle, sözleşmeye konu edilen hizmetin niteliği gözardı edilerek bunların, imtiyaz teşkil etmeyecek biçimde yapılmasını ve özel hukuk hükümlerine bağlı tutulmasını öngören 3996 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin ilgili kuralları, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Ancak, dava konusu yasa kuralı ile iptal edilen kurallara koşut düzenleme içeren bir Bakanlar Kurulu Kararına gönderme yapılarak aynı kurallar dolaylı yoldan aynen yasalaştırılmıştır.

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince Yasama Organı, yapacağı yeni düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmamak, bu kararları etkisiz bırakacak biçimde yeni yasa çıkarmamak ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları yeniden yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Üstelik, yasama organı, kararların yalnız sonuçları ile değil bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Çünkü, kararlar gerekçeleriyle genel olarak yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Bu nedenle yasama organı, yasa çıkarırken, iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de göz önünde bulundurmamak zorundadır. İptal edilen yasalarla sözcükler ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılmaması gerekir. Yasa'nın 4. maddesine dayanılarak çıkarılan 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu kararı, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına konu olan düzenlemeye koşut hükümler içermesine karşın yürürlükten kaldırılmamıştır. Dava konusu madde ile bu karara göndermede bulunulması, Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği sözcük ve kurallarla benimsenen ilkelerin yeniden yasalaştırılması anlamına gelmektedir.

Bu nedenle, maddenin "Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca aktedilen sözleşmeler..." bölümü Anayasa'nın 153. maddesine aykırıdır; iptali gerekir.

Mustafa BUMİN ve Lütfi F. TUNCEL bu görüşlere katılmamışlardır.

Maddenin bu bölümü Anayasa'nın 153. maddesine aykırı bulunarak iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın Başlangıç'ının 4. paragrafı ile 2., 5., 7., 10., 11. ve 155. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

2- Maddenin Kalan Bölümünün Anayasa'nın 2., 5. ve 10. Maddeleri Yönünden İncelenmesi

Dava dilekçesinde, maddenin yap-işlet-devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri için idare adına sermaye şirketleri ya da yabancı şirketlere verilecek kimi garantileri düzenleyen diğer bölümünün Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İmtiyaz sözleşmelerinde, kamu yararıyla özel çıkarın bağdaştırılması için idareye imtiyazlı şirket üzerinde gözetim ve denetimi sağlayacak yetkiler tanınması, imtiyaz sahibine de kimi güvenceler verilmesi gerekmektedir. İmtiyazlı şirketin, yüklendiği hizmeti, sözleşmenin hüküm ve şartları ile kamu hizmetinin genel ilkelerine göre yerine getirme yükümlülüğü, buna karşılık, sözleşmenin mali dengesinin korunmasını ve sağlanmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Ayrıca idare tarafından şirkete imtiyazlı hizmetle ilgili taşınır ve taşınmaz mallar, araç ve gereçler de sağlanabilmektedir. Ancak, bunlardan kamu malı niteliğinde olanların, yalnız hizmete tahsis edilmiş sayılacağı fakat tasarruf edilemeyeceği açıktır. İmtiyaz alan, bu tür haklardan yararlanacağı gibi genellikle o konudaki tekelden de yararlanabilecektir. İdare aynı konuda başkasına imtiyaz ve çalışma izni vermemeyi kabul edebileceği gibi imtiyaz sahibine, kamu malları üstünde ve altında tesisler yapmak için bayındırlık imtiyazları veya irtifak hakları da tanıyabilir. Bu nedenle, davacıların ileri sürdüğü gibi dava konusu düzenleme ile devlet ve onun adına hareket edenler, devlete ait yetkileri geri alınamayacak biçimde özel şirketlere devretmemekte, imtiyaz sözleşmesinin gereklerini yerine getirmekte olduklarından, Anayasa'nın 2. maddesi ile çelişen bir durum söz konusu değildir.

İmtiyazlı şirketlere, sözleşmenin özelliğinden kaynaklanan kimi yetkilerin tanınmasının, Anayasa'nın 5. maddesi ile bir ilgisi bulunmadığından, dava dilekçesindeki bu hususa ilişkin sav yerinde görülmemiştir.

İmtiyaz sözleşmelerinde yürütülecek hizmetin özelliği göz önünde bulundurularak, öngörülecek garantilerin koşullarındaki farklılıklar, işin özelliğinden kaynaklanabileceğinden, garanti koşullarını belirlemede, Bakanın kullanacağı yetkinin uygulamada eşitsizlik doğurabileceği savı da, geçerli değildir. Çünkü, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulması anlamına gelen mutlak eşitlik değil, yasalar önünde aynı durumda bulunanların aynı kurallara bağlı tutulmasını sağlamaya ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemeye yönelik hukuksal eşitliktir. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı değil uygun kılar.

Aynı işkolunda aynı girdilerle iş yapan şirketler arasında imtiyazlı şirket yararına garantiler sağlanmasının da eşitliği bozan bir yanı yoktur. Çünkü, imtiyazlı şirket ile aynı işkolunda iş yapan diğer şirketler, bir imtiyaz sözleşmesinin tarafı konumunda ve aynı hukuksal durumda değildir.

Açıklanan nedenlerle, incelenen kuralın bu bölümünün, Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varıldığından bu konudaki iptal isteminin reddi gerekir.

Yekta Güngör ÖZDEN, Güven DİNÇER ve Ahmet Necdet SEZER bu görüşlere katılmamışlardır.

C- İptalin Diğer Kurallara Etkisi

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.

Madde'de iptal edilen bölüm nedeniyle bunu izleyen "gereği" sözcüğünün uygulanma olanağı kalmadığından iptali gerekir.

V- SONUÇ

30.8.1996 günlü, 4180 sayılı "3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"un 1. maddesiyle değiştirilen 3996 sayılı Yasa'nın 11. maddesinin:

1- "Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca aktedilen sözleşmeler..." bölümünün, Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Mustafa BUMİN ile Lütfi F. TUNCEL'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Yekta Güngör ÖZDEN, Güven DİNÇER ile Ahmet N. SEZER'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- İptal edilen bölüm nedeniyle uygulama olanağı kalmayan "...gereği..." sözcüğünün de Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 2949 sayılı Yasa'nın 29. maddesi gereğince İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE, 26.3.1997 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Yekta Güngör ÖZDEN	Güven DİNÇER	Selçuk TÜZÜN
Üye	Üye	Üye
Ahmet N. SEZER	Samia AKBULUT	Haşim KILIÇ
Üye	Üye	Üye
Yalçın ACARGÜN	Mustafa BUMİN	Ali HÜNER
Üye	Üye	
Lütfi F. TUNCEL	Fulya KANTARCIOĞLU	

KARŞIOY GEREKÇESİ

3996 sayılı Yasa'nın değişik 11. maddesinin oyçokluğuyla iptal edilen bölümü, sonraki bölümün yaşama geçirilmesini sağlayan başlangıç niteliğindeki dayanaktır. Bağtlanan sözleşmelerin öngöreceği işler iptalden sonra kalan bölümde sayılmıştır. Yalnızca sözleşmeleri iptalle yetinmek, uygulamaya yönelik ayrıntılarda hukukla bağdaşmayan oluşumlara olur vermektir. Yasayla da olsa bir Bakana yetki verilemez. Yasa'nın uygun bulması, hukuksallığın, anayasal gereğin yerine getirilmesi değildir. Bu da bir tür yetki devridir. Aslolan, Bakanın yapabileceği işin ya da işlerin Yasa metninde çözüme bağlanması, uygun bulunan işlemlerin Bakan tarafından imzalanacağını belirtmesidir. Yöntemleri Bakanın özgürsüne (takdirine) bırakmak siyasal davranışı hukukun üstüne çıkarmak olur. Ölçütlerini, koşullarını öngörerek yasa belirler, Bakan bu doğrultuda ve sınırlarda uygular. Örneğin, güvence koşullarını Bakanın belirlemesi yerine Yasa'nın bu koşulları getirmesi gerekirdi. Ödeme yükümlülüklerini kapsayan güvence konusundaki bu geniş açılım, ilerde Devlete karşılanması güç akçalı yükler ekleyecektir. Yap-İşlet-Devret modelinin yolaçağı zararların bir olasılık biçiminde de olsa Yasa'da öngörülmesi, geleceğe ilişkin tehlikeleri ve kuşkuları yansıtmaktan ötede hukuku olumsuz biçiminde etkileyecek ilişkileri gündeme getirecektir. Kendi yükümlülüğünü yerine getirmeyen ortaklıklar değişik nedenlerle Devletten istemde bulunabilecektir. 3996 sayılı Yasa'nın enerji yatırımlarını dışarda bıraktığı gözardı edilerek 11. maddenin yürürlüğe konulduğu izlenimi de kalan bölümün iptali için yeterli nedendir. Yasa'nın 1. maddesinin saydıkları arasında "Fabrika ve benzeri tesislerin" bulunmadığına ilişkin dâvacıların savını karşılayacak bir açıklığa da çoğunluk değinmemiştir. Üretim girdileri için Devlet güvencesinin, imtiyaz sözleşmeleri nedeniyle korunacak yararları karşın, yönetimin Devlet yararına etkinliğini kaldıracak biçimde verilmesi başlıbaşına hukuksal bir sorundur ve Anayasa'ya uygunluk denetiminde üzerinde durulması gerekir. Üretim girdileri konusunda ikilemli uygulamaya yönelen ve Bakana tanınan "vazgeçme", kaynağında Anayasa'ya aykırıdır.

Bu nedenlerle, maddenin Bakana yetki tanıyan bölümünün de Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine aykırılığı gözetilerek iptal edilmesi gerekirken istemin reddine ilişkin yargıya, çoğunluk kararına, karşıyım. 26.3.1997

Başkan

Yekta Güngör ÖZDEN

KARŞIOY YAZISI

4180 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun"un dava konusu 11. maddesinin "Bu Kanunun 4. maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca akdedilen sözleşmeler..." bölümü iptal edilmiş, ancak, maddenin kalan bölümü Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır.

Maddenin kalan bölümünde, "... 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 malî 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" düzenlemesi bulunmaktadır.

Görüldüğü gibi, iptal edilmeyen bölümde, yap-işlet-devret yöntemi ile yaptırılacak işler için düzenlenen sözleşmeler gereğince, yine bu yöntem çerçevesindeki yatırım projeleri için, çok çeşitli konularda idare adına sermaye şirketleri ya da yabancı şirketlere garanti vermeye ve garanti koşullarını belirlemeye Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Bakan yetkili kılınmıştır.

Bakan'a verilen bu yetki, sermaye şirketleri ya da yabancı şirketler, kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının satın alacakları mal ve hizmet bedelleri ile bu şirketlere kamu kuruluşlarınca taahhüt edilmiş üretim girdilerinin sağlanamaması durumunda ortaya çıkacak ödeme yükümlülükleri için garanti verilmesine, projelerle ilgili köprü krediler sağlanmasına ve bunlar için geri ödeme garantisi verilmesine, dış kredi borçlarını yüklenecek kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıkların lehine finansör kuruluşlara garanti verilmesine ve koşulların belirlenmesine kadar uzanan oldukça geniş ve çok önemli bir yetkidir.

Ülkenin geleceği yönünden çok önemli ekonomik konularda bir bakana tek başına garanti verme yetkisinin tanınması, erkler ayrılığı ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmaz. Böylesine önemli bir konunun yasakoyucu tarafından düzenlenmesi, en azından yasada, verilen yetkinin sınırlarının çizilmiş ve çerçevesinin açıkça belirtilmiş olması gerekir.

Kimi kamu kurum ve kuruluşlarıyla yerel yönetimlerin dış kredi yükümlülüklerinin çok büyük boyutlara ulaşması ve bunun Hazine'ye ve ülke ekonomisine olumsuz etkilerinin yoğun biçimde yaşanır olması, verilen yetkinin sınırlı, net ve çerçevesinin açıkça belirlenmesini zorunlu kılmaktadır.

Dava konusu maddenin iptalden sonra kalan bölümü, hukuksal altyapısı oluşturulmadan Hazine adına verilecek garanti ve koşullarının saptanması için Bakan'a yetki veren içeriğiyle Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olduğundan, maddenin bu bölümünün de iptal edilmesi gerektiğini düşünüyorum ve çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Ahmet Necdet SEZER

KARŞIOY YAZISI

3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun"un 11. maddesinde yer alan "Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararlarında belirlenen esas ve usuller uyarınca, akdedilen sözleşmeler..." kuralının, Anayasa'nın 153. maddesine aykırı bulunarak iptaline ilişkin çokluk görüşüne aşağıda açıklanan gerekçelerle katılmıyoruz.

Anayasa Mahkemesi'nin pekçok kararında açıklandığı gibi, bir yasa kuralının Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığından söz edilebilmesi için itiraz konusu kuralın, iptal edilen önceki kuralla "aynen" ya da "benzer" nitelikte olması, bu yargıya varılabilmesi için de amaç, anlam ve kapsam yönlerinden aralarında özdeşlik olduğunun saptanması gerekir.

Çokluk görüşünde Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığın varlığından söz edilirken, Anayasa Mahkemesi'nin 28.6.1995 günlü, Esas: 1994/71, Karar: 1995/23 sayılı kararıyla iptal edilen 3996 sayılı Yasa'nın 5. maddesi ile getirilen kuralla, itiraz konusu 11. madde karşılaştırılmış, 5. maddenin iptal edilen "imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte..." sözcükleri ve "Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir." biçimindeki tümcesi ile 11. maddede yer alan "Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca akdedilen sözleşmeler" kuralının benzer olduğu, itiraz konusu kuralla, iptal edilen kurala koşut düzenleme içeren bir Bakanlar Kurulu Kararına gönderme yapılarak aynı kuralların dolaylı yoldan yasalaştırıldığı açıklanmıştır.

İtiraz konusu kural, 3996 sayılı Kanun'un iptal edilen 5. maddesine değil, dava konusu edilmeyen 11. maddeye koşut, hatta özdeş niteliktedir. Bu nedenle, iptal edilen 5. maddeyle itiraz konusu 11. madde arasında bağ kurularak Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca iptal kararı verilmesinde isabet yoktur.

3996 sayılı Yasa'nın değişik 11. maddesinin, iptal başvurusunda dayanan ve Anayasa'nın 153. maddesi dışında kalan diğer maddelere aykırılığı irdelenerek karar verilmesi gerekirken, 153. maddeye aykırı bulunarak iptali yerinde görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, kararın bu bölümüne karşıyız.

Üye

Mustafa BUMİN

Üye

Lütfi F. TUNCEL