

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı:2003/71

Karar Sayısı:2008/79

Karar Günü:11.3.2008

R.G. Tarih-Sayı:16.04.2008-26849

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet Partisi (Cumhuriyet Halk Partisi) Grubu adına Grup Başkanvekilleri Oğuz OYAN ve Haluk KOÇ

İPTAL DAVASININ KONUSU: 5.6.2003 günlü, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 3. maddesinin;

1- (d) bendinin,

2- (e) bendinin,

3- (f) bendinin ikinci tümcesinin

Anayasanın Başlangıcı ile 2., 3., 6., 9., 11., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

5.6.2003 günlü, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun iptali istenilen kuralları da içeren 3. maddesi şöyledir:

"Doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin esaslar

MADDE 3. - a) Yatırım serbestisi ve millî muamele

Uluslararası anlaşmalar ve özel kanun hükümleri tarafından aksi öngörülmedikçe;

1-Yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye'de doğrudan yabancı yatırım yapılması serbesttir.

2- Yabancı yatırımcılar yerli yatırımcılarla eşit muameleye tabidirler.

b) Kamulaştırma ve devletleştirme

Doğrudan yabancı yatırımlar, yürürlükteki mevzuat gereğince; kamu yararı gerektirmedikçe ve karşılıkları ödenmedikçe kamulaştırılmaz veya devletleştirilemez.

c) Transferler

Yabancı yatırımcıların Türkiye'deki faaliyet ve işlemlerinden doğan net kâr, temettü, satış, tasfiye ve tazminat bedelleri, lisans, yönetim ve benzeri anlaşmalar karşılığında ödenecek meblağlar ile dış kredi ana para ve faiz ödemeleri, bankalar veya özel finans kurumları aracılığıyla yurt dışına serbestçe transfer edilebilir.

d) Taşınmaz edinimi

Yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynî hak edinmeleri serbesttir.

e) Uyuşmazlıkların çözümü

Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir.

f) Nakit dışı sermayenin değer tespiti

Nakit dışındaki sermayenin değer tespiti, Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılır. **Yabancı ülkelerde kurulu bulunan şirketlerin menkul kıymetlerinin yatırım aracı olarak kullanılması halinde, menşe ülke mevzuatına göre değer tespitine yetkili makamların veya menşe ülke mahkemelerince tespit edilecek bilirkişilerin ya da uluslararası değerlendirme kuruluşlarının değerlendirmeleri esas alınır.**

g) Yabancı personel istihdamı

Bu Kanun kapsamında kurulan şirket, şube ve kuruluşlarda istihdam edilecek yabancı uyruklu personele, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çalışma izni verilir.

27.2.2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun 23 üncü maddesi uyarınca Hazine Müsteşarlığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca müştereken hazırlanacak yönetmelikte; yabancı sermayeli şirket ve kuruluşlardan hangilerinin bu kapsama gireceği ile söz konusu yönetmelik kapsamında izin verilecek kilit personelin tanımı ve çalışma izinlerine ilişkin özel nitelikteki diğer esas ve usuller belirlenir.

Bu kapsamda istihdam edilecek personele, 4817 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uygulanmaz. İstihdam edilecek yabancı uyruklu kilit personele, 4817 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının hangi durumlarda uygulanacağı hazırlanacak yönetmelikte belirlenir.

h) İrtibat büroları

Müsteşarlık, yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketlere, Türkiye'de ticarî faaliyette bulunmamak kaydıyla irtibat bürosu açma izni vermeye yetkilidir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 3., 6., 9., 11., 125. ve 138. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN ve Fazıl SAĞLAM'ın katılımlarıyla 7.10.2003 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin

esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen Yasa kuralları, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Genel Açıklamalar

5.6.2003 Günlü, 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, 17 Haziran 2003 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmış ve aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. 4875 Sayılı Kanun, yürürlük ve yürütme maddeleri dahil toplam yedi maddeden oluşmaktadır.

4875 sayılı Kanunun 3. maddesinin (d) ve (e) bentleri ile (f) bendinin ikinci cümlesinin Anayasaya aykırılığı iddiası ile iptal davası açılmıştır. Yasa'nın 3. maddesinin iptali istenilen (d) bendi, yabancı yatırımcıların Türkiye'de taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak edinmelerinin serbest olduğuna; (e) bendi, yabancı yatırımcıların Türkiye'deki yatırım faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda milli veya milletlerarası tahkime başvurulabileceğine; (f) bendinin ikinci cümlesi ise, yabancı yatırımcı tarafından Türkiye'de şirket kurulurken yabancı ülkede kurulu bulunan şirketlerin menkul kıymetlerinin yatırım aracı olarak kullanılması halinde bu menkul kıymetlerin değerinin hangi yöntemle tespit edileceğine ilişkindir.

4875 sayılı Kanun'un amacı, Kanun'un 1. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre, Kanunun amacı; doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesi, yabancı yatırımcıların haklarının korunması ile yatırım ve yatırımcı tanımlarında uluslararası standartlara uyulması, doğrudan yabancı yatırımların gerçekleştirilmesinde izin ve onay sisteminin bilgilendirme sistemine dönüştürülmesi ve yabancı yatırımların artırılmasına ilişkin esasların düzenlenmesidir.

4875 sayılı Kanunun 2. maddesinde ise, "*yabancı yatırımcı*" ve "*doğrudan yabancı yatırım*" kavramları tanımlanmıştır. Buna göre, "*yabancı yatırımcı*" kavramı, Türkiye'de doğrudan yatırım yapan, yabancı gerçek kişiler ile yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını ve yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişileri ve uluslararası kuruluşları ifade etmektedir. "*Doğrudan yabancı yatırım*" kavramı ise Kanunun 2. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: Doğrudan yabancı yatırım, Yabancı yatırımcı tarafından, yurt dışından getirilen; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na alım satımı yapılan konvertibl para şeklinde nakit sermaye, şirket menkul kıymetleri (Devlet tahvilleri hariç), makine ve teçhizat, sınai ve fikrî mülkiyet hakları; yurt içinden sağlanan; yeniden yatırımda kullanılan kâr, hâsılat, para alacağı veya malî değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar, doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar gibi iktisadî kıymetler aracılığıyla; yeni şirket kurmayı veya şube açmayı veya menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az % 10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmayı ifade etmektedir.

Doğrudan yabancı yatırımlar konusu, 4875 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce, 1954 tarihli ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu ile düzenlenmiş bulunuyordu. Bu iki Kanunda yer alan düzenlemeler arasındaki başlıca benzerlikler ve farklılıklar özetle şöyledir:

1954 tarihli, 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'na göre, yurt dışında yerleşik kişi ve kuruluşların Türkiye'de yatırım yapmaları, ticari faaliyette bulunmaları, ortaklığa katılmaları, hisse almaları, ticari faaliyette bulunmaları, şube açmaları ve irtibat bürosu kurmaları;

sözü geçen etkinliklerin, ülkemizin ekonomik kalkınmasına yararlı olması, Türk özel sektörüne açık bulunan bir faaliyet sahasında çalışılması kaydıyla serbestti ve yerli ve yabancı yatırımcılar kural olarak aynı hak ve yükümlülüklerle sahip bulunuyorlardı.

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'na göre de; Uluslararası anlaşmalar ve özel kanun hükümleri tarafından aksi öngörülmedikçe yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye'de doğrudan yabancı yatırım yapılması serbesttir ve yabancı yatırımcılar yerli yatırımcılarla eşit muamele (milli muamele ilkesine) tabidirler.

4875 sayılı Yasada, yatırım serbestisi daha geniş kapsamlı olarak düzenlenmiş ve önceki yasada aranan kimi koşulların aranmasından vazgeçilmiştir. Bununla beraber, yatırım serbestisi ve milli muamele ilkesine, "uluslararası anlaşmalar ve özel kanun hükümleri tarafından aksi öngörülmedikçe" şeklinde bir sınırlama da getirilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, 815 sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Karasuları Dahilinde İcrayı Sanat ve Ticaret Hakkında Kanun, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu gibi çeşitli yasalarda kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu sağlığı ve kamu yararı gerekçeleriyle öngörülmüş bulunan kısıtlamalar etkisini devam ettirmektedir. Ayrıca, 3213 sayılı Maden Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu gibi kimi yasalarda yer alan izin alma zorunluluğu da varlığını sürdürmektedir.

4875 sayılı Kanunla, yabancı sermayeli olarak kurulacak şirketlerin şirket kuruluşu için Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğünden almak zorunda oldukları ön izin kaldırılmıştır. Önceki mevzuatta, Türkiye'de yabancı yatırım yapılması izin sistemine bağlı tutulmuşken yeni Yasada bu noktada izin ve onay koşulu aranmamakta, bunun yerine Hazine Müsteşarlığına bilgi verilmesi yeterli görülmektedir.

Yasa'nın 2. maddesine göre, yabancı ülke vatandaşı gerçek kişiler ile yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler ve uluslararası kuruluşların yanı sıra, yurtdışında yerleşik Türk vatandaşları da yabancı yatırımcı sayılmaktadır. Önceki yasada ise yurt dışında yerleşik Türk vatandaşlarının yabancı yatırımcı tanımına dahil edilmesi söz konusu değildi.

Yasa'nın 3. maddesinin (d) bendinde, *"Yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinmeleri serbesttir"* hükmüne yer verilmiştir.

(e) bendinde de, "Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir" hükmü yer almıştır.

4875 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce de, hem Anayasanın 125. maddesinde kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesine olanak tanınmıştı, hem de Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, pek çok ülkeyle yaptığı yatırımların karşılıklı korunması ve teşvik edilmesi konusundaki ikili uluslararası antlaşmalarda yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim usulüne başvurulabileceğine ilişkin hükümlere yer verilmişti.

Böylece, önceki yasal rejimde, Anayasada ve çeşitli uluslararası andlaşmalarda düzenlenmekle birlikte yabancı yatırımlar konusundaki özel yasa olan Yabancı Sermayeyi Teşvik

Kanunu'nda ayrıca düzenlenmemiş olan tahkim konusu, yeni yasal rejimde, uyuşmazlık durumunda yabancı yatırımcıların milli veya milletlerarası tahkime başvurabilmeleri güvence altına alınarak Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Önceki rejimde, yabancı yatırımcılar için getirmeleri gereken asgari bir sermaye miktarı öngörülmüşken yeni rejimde, yabancı yatırımcılar için özel bir kurala yer verilmemiştir. Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde Anonim ve Limited şirket kurulabilmesi için gerekli olan asgari sermaye miktarlarına ilişkin hükümlerin hem yerli hem de yabancı girişimciler için uygulanacağı açıktır.

B- Yasa'nın 3. Maddesinin (d) Bendinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 4875 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin (d) bendi ile, yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde karşılıklılık koşulu olmaksızın kamu yararı ve ülke güvenliği açısından belli alanlar dışlanmadan ve miktar bakımından sınırlama yapılmaksızın taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinmelerine imkan sağlandığı; bu durumun Anayasanın Başlangıç kısmı ile 2., 3. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen (d) bendinde, taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinilmesi konusunda, yabancı yatırımcıların yerli yatırımcılarla aynı statüde değerlendirildikleri, aralarında hiçbir fark gözetilmediği, yabancı yatırımcıların kurdukları veya iştirak ettikleri şirketlerin taşınmaz mülkiyeti edinmeleri konusunda miktar yönünden herhangi bir sınırlamaya yer verilmediği görülmektedir. Böylece, herhangi bir miktar kısıtlaması olmaksızın ve yatırım faaliyeti bakımından gerekli olup olmadığına bakılmaksızın yabancı yatırımcılar Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinebileceklerdir.

Bilim ve teknolojiadaki gelişmeler, artan ulaşım ve iletişim olanakları, ekonomik, sosyal ve siyasal ilişkilerde beliren yeni yapılanma gereksinimleri, uluslararası ilişkilere yoğunluk ve yeni boyutlar kazandırmıştır. Bunun sonucu olarak kimi durumlarda yabancı yatırımcılara mülk edinme hakkının tanınması ve buna koşut olarak da konunun ülke koşullarına göre belli yasal sınırlamalara bağlı tutulması gereği ortaya çıkmıştır.

Anayasa'nın Cumhuriyet'in niteliklerini belirleyen 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin 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 Devleti olduğu vurgulanmaktadır. Bu maddeyle göndermede bulunularak Cumhuriyetin nitelikleriyle özdeşleştirilen Anayasa'nın Başlangıç'ının beşinci paragrafında ise, hiçbir faaliyetin, Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin karşısında korunma göremeyeceğine işaret edilmektedir.

Anayasa'nın 5. maddesinde de, 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 çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmaktadır.

Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 5. maddesi bağlamında anlam ve içerik kazanan hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup, güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştiren sürdüren,

Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı, işlem ve eylemleri yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa'nın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Dava konusu yasa kuralıyla yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinmeleri serbesttir denilmiştir. Hukuk devletinin yukarıda belirtilen işlevlerinin yaşama geçirilebilmesi bağlamında milli ekonominin ulusal çıkarlar doğrultusunda düzenlenebilmesi için yabancı yatırımcıların edineceği taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hakların iktisap amacı, kullanım şekli ve devrine ilişkin esas ve usullerin Yasada belirlenmesi gerekirken bu yönde hiçbir düzenleme yapılmamış olması belirsizliklere yol açmakta ve yabancı yatırımcılara sınırsız bir şekilde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak edinme olanağı tanınmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır; İptali gerekir.

Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Dava konusu Yasa kuralı, Anayasanın 2. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden, Anayasanın Başlangıcı ile 3. ve 11. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

C- Yasa'nın 3. Maddesinin (e) Bendinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen Yasa kuralıyla, özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde uluslararası tahkime olanak sağlandığı, oysa Anayasa'nın 125 inci maddesinde, sadece kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesinin düzenlendiği; 125 inci maddedeki tahkim olanağının, idare ile yatırımcı arasındaki özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerini kapsamadığı, idare ile yatırımcı arasındaki özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinin de kapsama alınmasının, tahkimin sınırlarının Anayasa'ya rağmen genişletilmesi anlamına geldiği; Anayasa'nın izin verdiği, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin milli veya milletlerarası tahkim aracılığıyla çözümüne ilişkin düzenlemeye, idare ile yatırımcı arasındaki özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim aracılığıyla çözümünün eklenmesiyle, Anayasa'nın 125 inci maddesine açıkça aykırı olan bir düzenleme ortaya çıktığı; Anayasa'ya aykırı bir hükmün Anayasa'nın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ve 11 inci maddesindeki Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle bağdaşmayacağı ileri sürülmüştür.

Dava konusu Yasa kuralına göre, *"özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar"* ile *"kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesi için"* milli veya milletlerarası tahkim yoluna başvurulabilecektir.

Dava konusu Yasa kuralıyla yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için tahkim yoluna gidilebilmesi iki koşula bağlanmıştır. Bunlardan birincisi ilgili tarafların anlaşması kaydıyla tahkime gidilebilmesi, ikincisi ise, ilgili mevzuatta aranan koşulların gerçekleşmesi şartıyla tahkime başvurulabilecek olmasıdır. Bu itibarla, yatırım uyuşmazlıklarında tahkim yoluna

gidilebilmesi için, başta 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu olmak üzere ilgili yasalarda öngörülen bütün koşulların gerçekleşmiş olması şarttır.

Dava konusu Yasa kuralıyla, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü bağlamında, görevli ve yetkili mahkemelere başvurulabilmesi imkanı ortadan kaldırılmamış, taraflara bu konuda seçim hakkı tanınmıştır. Böylece, taraflar, isterlerse uyuşmazlığın çözümü için devlet mahkemelerine, bunu tercih etmemeleri durumunda ise, HUMK'na tabi olan milli tahkim yoluna başvurabilecekleri gibi, Milletlerarası Tahkim Kanunu ve ilgili diğer ulusal ve uluslararası sözleşmeler çerçevesinde cereyan edecek olan milletlerarası tahkim yoluna ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurabileceklerdir.

Anayasanın 125. maddesinde sadece, imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için tahkime gidilebileceğine dair bir hüküm yer almaktadır. Bununla birlikte, Anayasanın hiçbir maddesinde, özel hukuka tabi yatırım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için tahkime başvurulabilmesine engel teşkil eden yasaklayıcı bir kural bulunmamaktadır.

Bu nedenle, yabancı yatırımcının tarafı olduğu ve özel hukuka tabi yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında tahkim yönteminin uygulanmasına yasayla izin verilmesinde Anayasayla bağdaşmayan bir yön bulunmadığından dava konusu kural Anayasanın 125. maddesine aykırı değildir; iptal isteminin reddi gerekir.

Şevket APALAK bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın Anayasanın 2. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

D- Yasa'nın 3. Maddesinin (f) Bendinin İkinci Tümcesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 4875 sayılı Yasanın 3. maddesinin (f) bendinin iptali istenilen ikinci tümcesinin Anayasaya aykırılığı bağlamında özetle; egemenliğin kayıtsız şartsız Millete ait olduğu; Türk Milletinin egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle kullandığı; Yetkili organların yasama yetkisini kullanan TBMM, yargı yetkisini kullanan bağımsız mahkemeler ile yürütme yetkisini/görevini kullanıp/yerine getiren Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulundan ibaret bulunduğu; Yargı yetkisinin Türk Ulusu adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı ve Anayasanın 6. ve 9. maddelerinin birlikte düşünülmesi halinde, bir başka devletin yargı organı kararlarının veya tespitlerinin Türk hukuk sisteminde geçerli olamayacağı; bir başka devletin yargı organı kararlarının veya tespitlerinin Türk Mahkemelerinde geçerlilik kazanabilmesi için, bunların Türk Mahkemeleri kararı ile istenmesi ve verdikleri kararlar ile tespitlerin yine Türk Mahkemeleri tarafından benimsenmesi gerektiği; yabancı ülkelerde kurulu bulunan şirketlerin menkul kıymetlerinin yatırım aracı olarak kullanılması halinde, bunların değerlendirmelerinin menşe ülke mevzuatına göre değer tespitine yetkili makamların veya menşe ülke mahkemelerince tespit edilecek bilirkişilerin ya da uluslararası değerlendirme kuruluşlarının değerlendirmelerinin esas alınması suretiyle yapılmasının, Türk mahkemelerinin ve hakimlerin bağımsızlığını zedeleyeceği; hakimlerin uygun gördükleri kişileri bilirkişi olarak seçememeleri ve verecekleri kararda dava konusu (f) bendinde tanımlanan makam, bilirkişi ya da uluslararası değerlendirme kuruluşlarının değerlendirmelerini esas almak zorunda bırakılmalarının Anayasanın 6, 9 ve 138 inci maddelerine aykırı olduğu savı ileri sürülmüştür.

Yasanın 3. maddesinin (f) bendinin dava konusu ikinci tümcesinde, *"yabancı ülkelerde kurulu bulunan şirketlerin menkul kıymetlerinin yatırım aracı olarak kullanılması halinde, menşe ülke mevzuatına göre değer tespitine yetkili makamların veya menşe ülke mahkemelerince tespit edilecek bilirkişilerin ya da uluslararası değerlendirme kuruluşlarının değerlendirmeleri esas alınır"* hükmü yer almaktadır.

Buna göre; yabancı ülkelerde kurulu bulunan şirketlerin menkul kıymetlerinin değeri, -Menşe ülke mahkemelerince tespit edilecek bilirkişiler tarafından, -Menşe ülke mevzuatına göre değer tespitine yetkili makamlar tarafından veya -Uluslararası değerlendirme kuruluşları tarafından belirlenebilecektir.

Anayasanın, "Egemenlik" başlığını taşıyan 6. maddesinde; *"Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz."* hükmüne yer verilmiş; "Yargı Yetkisi" başlığını taşıyan 9. maddesinde de *"Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır."* denilmiş; "Mahkemelerin bağımsızlığı" başlığını taşıyan 138. maddesinde ise *"Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."* düzenlemesine yer verilmiştir.

İptali istenilen yasa kuralında, yabancı yatırımcı tarafından Türkiye'de bir şirket kurulması veya kurulu bir şirkete ortak olunması sırasında, sermaye olarak yurt dışında kurulu bulunan şirketlerin menkul kıymetlerinin getirilmesi halinde, bu şirketlerin menkul kıymetlerinin değerlendirilmesi gerektiğinde, bu değerlendirmeyi yapması için Türk mahkemelerince bilirkişi tayin edilmesinin söz konusu olmayacağı; bunun yerine, sözü edilen menkul kıymetlerin değerinin tespiti noktasında yasada sözü edilen makam, bilirkişi ya da uluslararası değerlendirme kuruluşlarının yapacakları değerlendirmelere itibar edileceği açıkça belirtilmektedir.

Bu nedenle, (f) bendinin ikinci tümcesinde sözü edilen yabancı makam, bilirkişi ya da uluslararası değerlendirme kuruluşlarının söz konusu menkul kıymetlerin değerine ilişkin yapmış oldukları tespit veya değerlendirmeler hakkında (bunların gerçeği yansıtmadığı, değerlendirmede hile yapılmış olduğu vb. iddialarla) Türk mahkemelerinde bir dava açılması durumunda, Türk mahkemelerinin uyuşmazlığın çözümünde sözü edilen değerlendirmelerle bağlı olacağı sonucuna varmak mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasanın 6., 9. ve 138. maddelerine aykırı değildir; iptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasanın 2. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

V- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesi ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'nce, Anayasa'ya aykırı olduğundan, iptaline karar verilen kanun, kanun hükmünde kararname veya TBMM İçtüzüğü ya da bunların belirli madde veya hükümleri iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı gün yürürlükten kalkar. Ancak, Anayasa Mahkemesi iptal kararı ile meydana gelecek hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlal edici nitelikte görürse, boşluğun doldurulması için iptal kararının yürürlüğe gireceği günü ayrıca kararlaştırabilir.

4875 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin dava konusu (d) bendinin iptaline karar verilmesi ile meydana gelen hukuksal boşluk kamu yararını ihlâl edici nitelikte görüldüğünden, yeni düzenleme

yapılabilmesi için yasama organına süre tanımak amacıyla iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun bulunmuştur.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

5.6.2003 günlü, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 3. maddesinin;

A- (d) bendine ilişkin iptal hükmünün süre verilerek yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu bende yönelik YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

B- (e) bendine ve (f) bendinin ikinci tümcesine yönelik iptal istemleri, 11.3.2008 günlü, E.2003/71, K.2008/79 sayılı kararla reddedildiğinden, bu bent ve tümceye ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

11.3.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

5.6.2003 günlü, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 3. maddesinin;

A- 1- (d) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- (e) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Şevket APALAK'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- (f) bendinin ikinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- İptal edilen (d) bendinin doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükmünün, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

11.3.2008 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Sacit ADALI
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN
Üye A. Necmi ÖZLER	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Şevket APALAK

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

5.6.2003 günlü, 4875 sayılı "Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu"nın genel amacı, yabancı yatırımcıların kurdukları veya iştirak ettikleri şirketlerin yerli yatırımcılarla aynı haklara sahip bulunması ve onlarla aynı yükümlülüklerle tâbi olmasıdır. Çünkü, bu şirketler Türk hukukuna göre kurulacak, tüzel kişilik kazanacak ve faaliyet göstereceklerdir. Öğreti ve uygulamada da Türkiye'de ve Türk hukukuna göre kurulmuş ve idare merkezi Türkiye'de bulunan yabancı sermayeli ortaklıkların Türk uyruklu olduğu kabul edilmektedir.

4875 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılan 6224 sayılı "Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu"nın 10. maddesinde "Yerli sermaye ve teşebbüslere tanınan bütün haklar, muafiyetler ve kolaylıklardan, aynı sahalarda çalışan yabancı sermaye ve teşebbüsler de aynı şartlar dahilinde istifade ederler" denildiğinden; yabancı yatırımcılar Türkiye'de taşınmaz edinimi ve sınırlı aynı haklar bakımından yerli yatırımcılarla eşit muameleye tâbi tutulmaktaydılar. Diğer bir deyişle, 4875 sayılı Kanun'un 3/d maddesi ile getirilen taşınmaz edinimi (sınırlı aynı haklar dahil) olanağı eski uygulamaya nazaran yeni bir düzenleme niteliğini taşımadığı, yabancı yatırımlar hukuku alanında düzenleme ve uygulamanın devam ettirildiği görülmektedir.

Türkiye'de yatırım ve üretim faaliyetinde bulunacak olan yabancı yatırımcının asıl hedefi taşınmaz edinmek olmayıp, planladığı yatırım ölçeğinde pazarda pay için üretim ve sermaye yatırımının getireceği sınıra bağlı olası kâr transferidir, kaldı ki olası kârın; ülke içinde kalarak rekabet edebilme, kalite, fiyat avantajını muhafaza, büyüyen pazara yetişmek için teknoloji yenileme, araştırma ve geliştirme konularına büyük oranda ayrılacağı da bir başka gerçektir.

Doğrudan yabancı yatırım, sadece kazanç sağlama amacı ile yapılan (hisse senedi alımları hariç) üretim işletmelerinin alınması, kurulması, ya da ortaklık edinilmesi olup yabancı yatırımcı yönünden başka ülkede kalıcı ekonomik çıkar elde etmek ve sermaye yatırımcısı ile ülke arasında uzun dönem bağımlılığı ifade etmektedir.

Yabancı sermaye çekmeye yönelik iptali istenen düzenleme yönünden Türk vatandaşının edinimine açık bölgelerde, karşılıklılık koşulu aranmadan, miktar sınırlanması yapılmadan, yatırım faaliyeti yönünden gerekliliği belirlenmediği hususları kararın gerekçesi olmuştur.

Doğaldır ki, yabancı yatırımcı sermayesinin gerektirdiği yatırım planı ve programı ile ilgili taşınmaz ya da sınırlı aynı hak edinecektir. Kaldı ki, aynı alanda faaliyet gösteren yerli şirketlere tanınan hak ve muafiyetlerden aynı şekilde yararlanma hakkına sahip yabancı sermayeli Türk şirketi, yerli sermayeli Türk şirketi ile aynı sorumluluğu taşımakta olup yatırımcı sermaye grubu, yatırım teşvik sistemine göre halen ülkede dört ilde ücretsiz olmak üzere ücretsiz arazi, gelir vergisi indirimi, enerji desteği, KDV muafiyeti, faiz desteği gibi v.b., çeşitli teşviklerden doğrudan ve eşit şekilde yararlanmaktadır.

Mahkeme'miz çoğunluk gerekçesinde "yabancı yatırımcı" kavramını salt yabancılık hassasiyeti (toprak ülke varlığı arası ilişki) üzerine tanımlamış, Tapu Kanunu denetiminde öne çıkan gerekçeler, doğrudan yabancı yatırım içeriği dikkate alınmadan kullanılmıştır.

Mülk edinme ile ortaya çıkan Tapu Kanunu'nu yönünden değerlendirmeler, bağlı yabancı sermayenin bireyi aşan ülke ekonomik kalkınması için olan elzemliği bir yana teknoloji transferi, know-how, yönetim becerisi, dış pazarlara erişim, istihdam artışı, ülke ödeme dengesine katkı, üretim kapasite artışı, dış ticaret kısıtlamalarından kurtulma gibi sayısız yararları ülke adına beraberinde getirdiği, şirketler hukuku yönünden Türk hukuk sistemine dahil olduğu, kamusal yararın bireysel yararın ötesine geçtiği verileri, yasanın amaçsal yorumu yönünden değerlendirilmemiştir.

Yasa'da yabancı yatırımcı kavramı içinde, yabancı gerçek ya da tüzel kişi kadar yurt dışında yaşayan, ikamet eden TÜRK VATANDAŞLARI'da sayılmakta ve bunların bu ülkede kuracakları Türk şirketi aracılığı ile yapacakları yatırımlarının desteklenmek istendiği görülmektedir.

Amacın Türk ekonomisine sermaye katkısı sağlanması ve kalıcı yatırımın ülkeye yönlendirilmesi iken; sermayenin rengi, pasaportu olmadığı unutulurak, taşıyanın adı önündeki milliyet ya da Türk vatandaşları yönünden ülke milli sınırı dışında yaşıyor olmasını bile bir yabancılık hassasiyeti dahilinde görüp kabul eden kararın bizatihi kendisi yurtiçi ve dışında yaşayan T.C. vatandaşları yönünden Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık yaratmaktadır.

Bir diğer ifade ile; Türkiye'de yaşayan Türk'ün kuracağı Türk yatırım şirketi ile Türkiye'de dışında yaşayan Türklerden oluşan ancak Türkiye'de kurulacak yatırım şirketi yönünden haklarının eşit olmadığını ifade eden kararlar oluşturulan farklı statü; ayrımcılık ve eşitsizlik yaratmaktadır.

Bu anlamda bir Türk şirketi olan yabancı yatırımcı şirketin ortağının milliyetine bakılarak, Türk hukuku ve ekonominin ulusal çıkarları adına endişe duyuluyor olmasına katılmak mümkün olmamıştır.

Kaldı ki, netice olarak doğrudan yabancı yatırımlarda karşılıklılık beklenmediği sürece ülke yararı adına adeta sermaye ihraç etmeden bir nevi ithal etme kolaylığı getirilmekte, gelen sermaye adı üstünde doğrudan yatırıma veya yatırımlara ülkede uygulanan teşviklerden yararlanmaya özgülenmekte ve de zaten yatırım dışı alanlarda taşınmaz edinmek konusunda, Tapu Kanunu, Askeri Yasak-Güvenlik Bölgeleri Kanunu, Mukabele-i Bilmisil Kanunu, Hilafetin Kaldırılmasına ilişkin 431 sayılı Kanun, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu, Tarım Reformu Kanunu, 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu gibi kanuni sınırlamalarda kanuni ve fiili karşılık olarak yabancıların taşınmaz ediniminin önünde durmaktadır.

Günümüzde doğrudan yabancı yatırımın, kamu adına dış yardım ya da dış krediden kamu adına daha az yararlı ve faydalı olduğunu söylemek olası değildir.

Doğrudan yabancı yatırımın getirdiği eleştiri ve sorunları izole etmek de yasa koyucunun işidir. Bu anlamda yararı eleştirisinden yüksek ve öncelikli yabancı sermaye ve yatırımcısına avantaj sağlayan düzenlemelerde karardaki çoğunluk görüşünde yeralan "hak iktisabında kullanım şekli ve devrine ilişkin belirsizlikler" ifadesi, Sermaye Piyasası Kanunu, Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve bunlarda her an değişiklik yapma yetkisine haiz yasa koyucu var oldukça neyin ifade edildiği, ya da belirsizliğin ne olduğu konusunda kendi belirsizliğini korumaktadır. Ekonomi, yasa koyucunun eko-siyasasına göre yönetilir, Anayasal denetimi ile, kural düzenlemenin gayesinin Anayasa'nın normatif düzenini uygunluğunu araştırılmak olmalı, yargı kararları ile şekillendirilmemelidir.

Taşınmaz mülkiyeti ile, sınırlı aynî hakların; Türk hukuk sisteminde ticari şirketler yönünden nasıl kullanılacağı ya da devri yönünden bir belirsizlik bulunmaması, yabancı

yatırımcının doğrudan yatırım yapmakta ki amacının da SALT ana sözleşmesine endekslenmiş yatırım faaliyet alanı olacağı gözetildiğinde, taşınmaz ya da sınırlı ayni hak iktisap amacının ve de kullanım şeklinin bir de yasa da ayrıca belirtilmesi gerektiği yolundaki çoğunluk görüşünde isabet yoktur.

Anayasa'nın 5. maddesinde kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, sosyal devlet ile bağdaşmayacak ekonomik engelleri kaldırarak insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için şartları hazırlamak devletin en temel amaç ve görevleri arasında sayılmış olup, Anayasa'nın 167. maddesi ile de Devletin, para, kredi, sermaye yönünden tedbirler almak zorunda olduğunu ifade edilmektedir.

Küreselleşme öncesinde önemsenmeyen yabancı sermayenin, kalkınmaya olan katkısını önce anlayan sermaye kıt, emek bol ülkeler diğerlerine göre daha önce gelişmekte olup, 4875 sayılı Yasa'nın yabancı yatırımcıya verdiği önem, teşvik ve Türk sermaye şirketleri ile eşitlenen haklarında bu gereklerden doğduğu bir gerçektir.

4875 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (d) bendinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşen bir yönü de bulunmamaktadır. Anılan bende göre yabancı ortaklı Türk şirketlerinin taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinimlerinin usul ve esaslarının gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Çünkü, yukarıda işaret edildiği üzere, bu edinimi yapacak olan şirket Türk şirkettir ve Türk hukukuna göre de önünde bu yönde sınırlama olamayacağından, kuralda bir belirsizlik sözkonusu değildir. Aynı şekilde, ortada bir yabancı yatırım durumu bulunduğundan, Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararı ile işaret edilen ve salt yabancı gerçek kişiler ile yabancı ticaret şirketleri yönünden belirtilen hal ve durumlarını bu arada satın almanın amacı, koşulları ve Devletten Devlete uyulacak usullerinde yabancı yatırımcının taşınmaz edinimine uyarlanması düşünülmemelidir. Bu saptamanın doğal sonucu olarak da, iptal davasına konu olan kuralın hukuk devleti ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 4875 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (d) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığı kanaatine vardığımızdan, kuralın iptali yolundaki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Başkan
Haşim KILIÇ

Üye
Sait ADALI

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

AZLIK OYU

Anayasa 9. maddesinde yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını açıklamış, temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği öngörmüştür. 36. madde ile de hak arama özgürlüğü düzenlenirken yargı mercileri vurgusu yanında, hemen ikinci fıkrasında hiçbir mahkemenin davaya bakmaktan kaçınamayacağını belirtmiştir. Anayasa bununla da yetinmemiş 37. maddesi ile hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağını öngörmüştür. Bu bakımdan "yargı mercii" kavramının içinde barındırdığı hukuksal konumun

sözleşmelerle yapılan belirlemelerden çok önce yasalarla saptanmış bir statüyü, uyuşmazlıkları çözen bir "makam"ı öngördüğünü söylemek doğal bir sonuçtur.

Anayasa'nın "yargı mercii" kavramına yönelik bu belirlemesi dışında, 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu vurgulanırken, kamu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin tahkim olanağına değinilmiş ve böylece yargı yolunu veya mercii gösterirken gerek duyarsa yargı yanında hakem seçeneğine yer verebileceğine işaret etmiştir.

Anayasal bu görünüme karşın, iptali istenen kuralla özel hukuka tabi yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü yönünden yargı yolunun ve doğal yargıç ilkesinin tarafların anlaşmasıyla sınırlandırılmasına neden olunmaktadır. Ayrıca yetkin temyiz incelemesi hak arama özgürlüğünün doğal bir sonucu olduğundan, hak arama özgürlüğünün boyutu ve kapsamının bu nedenle de daraltılamayacağı kuşkusuzdur. Dahası yargı yerlerinin ve yargı yolunun, bireylerin istençleriyle tamamen silinmesinin anayasal ilkelerle örtüşmesi olanaksızdır.

Açıklanan nedenlerle 4875 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (e) bendi bu yönden Anayasa'nın 9., 16., 13., 36., 37. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir. Bu gerekçelerle kararın bu kısmına karşıyım.

Üye
Şevket APALAK