

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2018/138

Karar Sayısı : 2019/94

Karar Tarihi: 24/12/2019

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Özgür ÖZEL, Engin ÖZKOÇ ile birlikte 139 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 26/7/2018 tarihli ve 7146 sayılı Askerlik Kanunu ile Diğer Bazı Kanunlarda ve 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9. maddesiyle 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen "...Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projeleri..." ibaresinin Anayasa'nın 2., 5., 17., 45., 56., 63., 90., 166. ve 169. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

7146 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle eklenen ibarenin yer aldığı 3996 sayılı Kanun'un 2. maddesi şöyledir;

"Kapsam

*Madde 2- (Değişik birinci fıkra: 24/11/1994 - 4047/1 md.) Bu Kanun, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, kongre merkezi, kültür ve turizm yatırımları, ticari bina ve tesisler, spor tesisleri, yurtlar, tema parklar, balıkçı barınakları, silo ve depo tesisleri, jeotermal ve atık ısıya dayalı tesisler ve ısıtma sistemleri (Ek ibare: 20/12/1999 - 4493/1 md.) elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, trafiği yoğun karayolu, demiryolu ve raylı sistemler, gar kompleksi ve istasyonları, teleferik ve telesiyey tesisleri, lojistik merkezi, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava alanları ve limanları, yük ve/veya yolcu ve yat limanları ile kompleksleri, **Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projeleri**, sınır kapıları ve gümrük tesisleri, milli park (özel kanunu olan hariç), tabiat parkı, tabiatı koruma alanı ve yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında planlarda öngörülen yapı ve tesisleri, toptancı halleri ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, yap-ışlet-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 ve kuruluşları (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) tarafından görülmesine ilişkin kanunların istisnasını teşkil eder."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz

PAKSÜT, Recep KÖMÜRÇÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 17/10/2018 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Fatma KARAMAN ODABAŞI tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükmü, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. İptal Talebinin Gerekçesi

3. Dava dilekçesinde özetle; Kanal İstanbul Projesi olarak adlandırılan Karadeniz-Marmara Kanalı Projesi'nin öngörülen planı itibarıyla çevresel zararlara neden olacağına bilimsel raporlarla ortaya konulduğu, bu bağlamda projenin Marmara Denizi'nin ekolojisini ve ilgili kıyı alanlarının dengesini bozacağı, sulak alanlar üzerinde tahribata sebebiyet vereceği, Marmara Denizi'ndeki kirlenmeyi hızlandıracığı, projenin gerçekleştirileceği alanda deprem riskinin ve kanalın planlanması itibarıyla kaza riskinin yüksek olduğu, projenin etki alanında çayırıkların, meraların, tarım arazilerinin, ormanlık alanların ve fundalıkların, arkeolojik ve doğal sit alanlarının bulunduğu, bu alanların amaç dışı kullanımını ve tahribini önlemek bakımından gerekli tedbirlerin alınması gerektiği, çevre, doğa ve insan yaşamı üzerinde olumsuz etkileri olan projenin hayata geçirilmesinde üstün kamu yararı bulunmadığı gibi projenin çevrenin korunmasına ilişkin uluslararası yükümlülüklerle de uygun olmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 17., 45., 56., 63., 90., 166. ve 169. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 47. maddesi yönünden de incelenmiştir.

5. Kamu kurum ve kuruluşlarının ifa edilen ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılmasını sağlamak amacıyla çıkarılan 3996 sayılı Kanun'un dava konusu kuralı da içeren 2. maddesinde Kanun'un kapsamı düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında, bu Kanun'un köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, kongre merkezi, kültür ve turizm yatırımları, ticari bina ve tesisler, spor tesisleri, yurtlar, tema parklar, balıkçı barınakları, silo ve depo tesisleri, jeotermal ve atık ısıya dayalı tesisler ve ısıtma sistemleri, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, trafiği yoğun karayolu, demiryolu ve raylı sistemler, gar kompleksi ve istasyonları, teleferik ve telesiyer tesisleri, lojistik merkezi, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava alanları ve limanları, yük ve/veya yolcu ve yat limanları ile kompleksleri, Kanal İstanbul ve benzeri su

yolu projeleri, sınır kapıları ve gümrük tesisleri, milli park (özel kanunu olan hariç), tabiat parkı, tabiatı koruma alanı ve yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında planlarda öngörülen yapı ve tesisleri, toptancı halleri 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 kapsadığı belirtilmiştir. Anılan fıkrada yer alan “...Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projeleri...” ibaresi, dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

6. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

7. Hukuk devleti ilkesi gereğince kanunların kamu yararı amacını gerçekleştirmek amacıyla yapılması gerekir. Anayasa Mahkemesince *kamu yararı* konusunda yapılacak inceleme, kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığının araştırılmasıyla sınırlıdır. Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa'da bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği gibi kamu yararı; bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararadır. Kamu yararı düşüncesi olmaksızın yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak kanun hükmü konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması hâlinde söz konusu kanun hükmü Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer. Açıklanan istisnai hâl dışında bir kanun hükmünün gereksinimlere uygun olup olmadığı, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği kanun koyucunun takdirinde olduğundan bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.

8. Anayasa Mahkemesi daha önce Anayasa'nın idari sözleşmelerin ve dolayısıyla bunların özel bir türü olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin kamu hukuku kurallarına tabi olmasını zorunlu kıldığı, bu sözleşmelerin kanunla özel hukuk hükümlerine tabi kılınmasının Anayasa'ya aykırı olduğu görüşünü benimsemiş; bu bağlamda 3996 sayılı Kanun kapsamındaki yatırım ve hizmetlerin özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler ile yerine getirilmesini mümkün kılan kanun hükümlerini iptal etmiştir (AYM, E.1994/71, K.1995/23, 28/6/1995; E.1996/63, K.1997/40, 26/3/1997).

9. Bu kararlardan sonra 13/8/1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 47. ve 155. maddelerinde değişiklikler yapılarak Anayasa'nın 47. maddesine “*Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebilirliği kanunla belirlenir*” biçimindeki dördüncü fıkra eklenmiştir. 4446 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliğinin genel gerekçesinde, Anayasa'nın 47. maddesine eklenen bu fıkra ile kamu tüzel kişilerince yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliğinin kanunla belirlenmesi ilkesinin getirildiği ifade edilmiştir.

10. Anayasa değişikliğinin gerekçesi ile değişikliğe yol açan olgular (Anayasa Mahkemesi kararları) dikkate alındığında Anayasa'nın anılan maddesine eklenen dördüncü fıkrayla amaçlanan hususun geleneksel olarak kamu hukuku kurallarına tabi olduğu kabul

edilen idari sözleşmelerle (özellikle imtiyaz sözleşmesiyle) özel kesime gördürülen kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerle de gördürülebilmesine imkân sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Değişiklikle kanun koyucunun takdir yetkisinin kapsamı genişletilmiş ve kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından görülmesini sağlayan sözleşmelerin çıkarılacak bir kanun ile kanun koyucunun iradesine bağlı olarak özel hukuk kapsamında da yapılabilmesi mümkün kılınmıştır. Dolayısıyla Anayasa'nın 47. maddesine eklenen bu fıkradan sonra kanun koyucunun imtiyaz sözleşmesinin unsurlarını taşısa dahi herhangi bir sözleşmeyi özel hukuk hükümleri kapsamına alması ve geleneksel olarak kamu hukuku kurallarına tabi sözleşmelerle yürütülen kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri aracılığıyla özel kesime gördürülmesi yolunda düzenleme yapması mümkün hâle gelmiştir. Anayasa Mahkemesi bu değişiklikten sonra benzer yöndeki düzenlemeleri Anayasa'ya aykırı bulmamıştır (AYM, E.2013/50, K.2015/38, 1/4/2015).

11. Kaynağını Anayasa'nın 7. maddesinden alan yasamanın genelliği ilkesi gereğince Anayasa'da düzenlenmemiş bir alanın -Anayasa'nın temel ilkeleri ile hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla- öngörülebilir ve uygulanabilir şekilde kanunla düzenlenebileceği, bu konuda kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir. Anayasa'nın 47. maddesinde yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliğinin veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği ifade edilmekle birlikte bu yatırım ve hizmetlerin hangi usul veya yöntemle ve ne tür özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek veya tüzel kişilere gördürüleceğinin belirlenmesi hususunda herhangi bir sınırlama getirilmemiştir.

12. Dava konusu kuralla Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projelerinin 3996 sayılı Kanun kapsamında yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesi suretiyle gerçekleştirileceği hükme bağlanmış olup anılan projelerin hangi yöntemle gerçekleştirileceğinin ve buna ilişkin sözleşme usul ve esaslarını belirleme yetkisinin anayasal güvenceler gözetilmek kaydıyla kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında bulunduğu açıktır.

13. Kural, sunulması planlanan hizmetin ve gerçekleştirilecek yatırımın gereklerinden hareketle özel sektörün kaynak ve sermayesinden yararlanılmasının anayasal olarak sınırlandırıldığı bir alanda düzenleme yapmamaktadır. Bu bağlamda Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projelerinin büyük finansman ve ileri teknoloji gerektirmesi hâlini gözönüne alan kanun koyucunun -kuralın gerekçesinde de ifade edildiği şekilde- bu projelerin ileri teknolojiye, günümüz ihtiyaç ve şartlarına uygun şekilde hızlı, etkin ve verimli bir biçimde gerçekleştirilmesini, projelerde özel sektörün tecrübe ve sermayesinden faydalanılmasını, rekabet gücünün artırılarak proje maliyetlerinin düşürülmesini amaçladığı anlaşılmakta olup belirtilen amacın kamu yararına aykırı bir yönünün bulunduğu söylenemez.

14. Öte yandan dava dilekçesinde, Kanal İstanbul olarak adlandırılan projenin çevre üzerindeki olumsuz etkileri sebebiyle Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmekte ise de kuralda sadece anılan projenin gerçekleştirilebilmesi hususundaki yöntem belirlenmiştir. Kural; projenin çevresel etkilerinin ortaya konulmasını, bu yönde gerekli çalışmaların yapılmasını, çevrenin korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesi için zorunlu, etkili ve işlevsel tedbirlerin alınmasını engelleyen bir ifade ve içerik taşımadığı gibi kuralın projenin gerçekleştirilmesi bakımından tarım arazilerinin, çayırın, meraların, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının, ormanların ve genel itibarıyla çevrenin korunmasına yönelik anayasal ilke ve

kurallara uygun hareket edilmesi zorunluluğunu ortadan kaldıran bir yönü de bulunmamaktadır.

15. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin 15/11/2017 tarihli ve E.2016/133, K.2017/155 sayılı kararında da (§ 17) belirtildiği şekliyle su yolu, idarenin düzenleyici işlemi niteliğinde olan imar planı kararıyla yapay olarak oluşturulduğundan esasında imar planının da bir parçası olup su yolunun planlama ve şehircilik ilkelerine aykırı olduğu iddiasıyla imar planının iptali talebiyle idari yargı mercilerinde dava açılmasına da herhangi bir engel bulunmamaktadır.

16. Bu itibarla Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projelerinin gerçekleştirilme yönteminin belirlenmesi kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kamu yararı dışında bir amaç gözettiği de saptanamayan kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

17. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 47. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 5., 17., 45., 56., 63., 90., 166. ve 169. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

18. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralın uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararlar doğabileceği belirtilerek yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

26/7/2018 tarihli ve 7146 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen "...Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projeleri,..." ibaresine yönelik iptal talebi 24/12/2019 tarihli ve E.2018/138, K.2019/94 sayılı kararla reddedildiğinden bu ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması talebinin REDDİNE 24/12/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

26/7/2018 tarihli ve 7146 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen "...Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projeleri,..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE 24/12/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ