

## ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KAMU MALINA BAKIŞI

*Prof. Dr. Sait GÜRAN (\*)*

Gündeme, Anavatan Partisi'nin seçim bildirgesinde «işsizlik» başlığı altında ve bu temel sorunun çözüm araçlarından biri sayılarak<sup>1</sup> girilen; seçim propagandaları boyunca giderek «siyasal» bir nitelik kazandıktan ve Hükûmet Programında da ifade edildikten<sup>2</sup> sonra, «satarım, sattırmam» havasına sokulan köprü, baraj, elektrik santrali, karayolu, demiryolu, telekomünikasyon sistemleri, deniz ve hava liman-

---

(\*) Prof. Dr. Sait GÜRAN, İ.Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesidir.

1) «İŞSİZLİK: ... Bu anlayış içersinde, işsizliğin azaltılabilmesi için aşağıdaki politika ve uygulamaları esas alıyoruz. ... İktisaden geri ödeme gücüne sahip alt yapı projeleri işletmeye alındıktan sonra halka açılacaktır. Örnek olarak, Boğaz Köprüsü, Keban Barajı ve Hidroelektrik Santrali gibi tesisler değerlendirilerek, güvenilir, devamlı ve enflasyona karşı korunan şartları haiz hisse senetleri kısmen halka satılabilir. Buradan elde edilecek paralar ile İkinci Köprü, Karakaya, Atatürk Barajı gibi projeler sür'atle tamamlanır ve bunlar da halka açılabilir. Bu şekilde tasarruflar devamlı olarak arttırılır ve yeni projeler vasıtasıyla yeni tasarruf kaynakları meydana gelir. İç tasarrufların arttırılarak yatırımlara dönüşmesi işsizliğin çözümünde önemli rol oynayacaktır.» ANAP: ANAVATAN PARTİSİ PROGRAMI, SEÇİM BEYANNAMESİ VE HÜKÜMET PROGRAMI, 74-75 (Ankara, 1983).

2) TBMM'nde 19.12.1983 günü okunan Hükûmet Programı: «İktisaden geri ödeme gücüne sahip altyapı projeleri işletmeye alındıktan sonra halka açılacaktır. Örnek olarak Boğaz Köprüsü, Keban Barajı ve Hidroelektrik Santrali gibi tesisler değerlendirilerek, güvenilir, devamlı ve enflasyona karşı korunan şartları haiz gelir senetleri kısmen halka satılacaktır. Buradan elde edilecek paralar ile İkinci Köprü, Karakaya, Atatürk Barajı gibi projeler sür'atle tamamlanabilecek ve bunlar da halka açılacaktır.» (RG: 25.12.1983 - 18262/Sf: 38).

ları ve benzeri «altyapı tesislerinin» gelirlerine gerçek ve hükmî şahısların ortak edilmesi konusu; sonunda, 29.2.1984 tarihli ve 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun ile «hukuksal» bir konuya dönüştü. Ancak, nitelik değişimi, konunun artık gündemden çıkmasına yol açmadığı gibi, aksine, bir taraftan uygulama yönetmeliğinin yayınlanması<sup>3</sup> ve Boğaziçi Köprüsünün gelirine ait gelir ortaklığı senetlerinin satışa çıkarılması; diğer taraftan, anamuhalefet partisi sıfatıyla Halkçı Parti'nin «Anayasa aykırılık» şeklinde, meseleyi, Anayasa Mahkemesi'ne götürmesi<sup>4</sup>, meselenin bu boyutlarıyla canlılığını korumasını sağlamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin, 2983 sayılı kanunun iptaline ilişkin dâvayı, 18.2.1985 tarihli, E: 1984/9, K: 1985/4 sayılı kararlarla sonuçlandırmaması<sup>5</sup> da, bu konuyu hukuksal bir sorun olarak gündemden çıkartmamış, sadece tartışma zeminini değiştirmiştir. Herne kadar kararda red hükmüne bağlanan yasa maddeleri, Anayasa gereği, on yıl için Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelebilecek ise de: Mahkeme'nin kararı Türk İdare Hukukunun oybirliğiyle kabul görmüş ve yerleşmiş ilkele-ri karşısında, ciddi tartışmaya ve eleştiriye açık yönleri nedeniyle hukuksal bir problem olarak, öğretinin gündeminde kalacağı gibi, kamu malları ve özelliklerine ilişkin bu konu, başka dâvalarda Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelecek; Mahkeme de, yasa hükmü bakımından getirilen on yıl yasağını uygulamayacaktır<sup>6</sup>.

---

3) Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği (RG: 13.9.1984 - 18514).

4) Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliğine 15.5.1984 günü, 544 sıra ve 1984/9 esas sayısı ile yapılan iptal dâvası başvurusu.

5) Karar, Resmi Gazete'nin 26.6.1985 günlü, 18793 sayılı nüshasında yayınlanmıştır.

6) Nitekim, bu makale kaleme alındıktan sonra, kamu mallarından orta malı kategorisinin, yollar, köprüler, meydanlar, barajlar, göllerle birlikte, klâsik ve tipik örneği olan kıyılar ve bunlardan yararlanma konusu, 3086 sayılı Kıyı Kanununun iptali dâvasında, Anayasa Mahkemesi'nin önüne yeniden gelmiş ve anılan yasa, bu noktalardan incelenerek iptal de edilmiştir. (AYM: 25.2.1986; E: 85/1, K: 86/4; RG: 10.7.1986 - 19160) ... Ayrıca, on yıl yasağının da bir ayırım yapılarak uygulanması gerekir. Bu kural, Anayasanın, Anayasa Mahkemesi kararlarının hukuksal sonuçlarını düzenleyen 153. özel maddesinde değil, itiraz yoluna ilişkin bulunan 152. maddesinde yer almıştır. Bu yerleştirilme tarzından yola çıkılarak, on yıl yasağının, sadece, itiraz yoluyla Mahkeme'ye intikal eden dâvalarda verilen esastan red kararlarını kapsadığı söylenebilir. Bunun, pratik ve hukuksal sonucu, on yıl geçmeden aynı yasa hükmünün iptalinin istenememesinin ancak, red kararının, itiraz yoluyla gelmiş bir dâvada

## 2983 SAYILI KANUN ÖNCESİ VERİLER

2983 sayılı yasa tasarısı TBMM'ne sunulurken, köprülerin, barajların, elektrik santrallerinin, karayollarının, demiryollarının, telekomünikasyon sistemlerinin ve diğer «altyapı tesislerinin»<sup>7</sup>, orta malı veya hizmet malı türünden yapay kamu malı olduğunda Türk İdare Hukukunda, Doktrin ve İçtihad ittifak etmektedir. Bırakınız Cumhuriyet öncesi düzenlemelerle hukuksal görüşleri<sup>8</sup>; Cumhuriyetten sonra, Türk İdare Hukukunun temel taşlarının döşenmeğe başladığından bu yana geçen yarım yüzyılı aşan bir zaman dilimi içinde, az önce sayılan altyapı tesislerinin «kamu malı» olduğu kanısı, kesin, bölünmez, tereddütsüz, mutlak bir şekilde benimsenmiş, uygulanmıştır. Bu hususta kaynaklık eden Türk İdare Hukukunun başmimarı Onar'dan alıntılarla kamu malı hakkında Doktrini hatırlatalım:

Amme hükmî şahıslarının ellerinde bulunan menkul ve gayrimenkul mallardan âmme tarafından istifade edilenlerle bir âmme hizmetine o hizmetin bir unsurunu teşkil edecek şekilde bağlanmış olanlar

---

verilmesi halinde düşünülebileceğidir. Bunun ötesindeki sonuç da, ilk red kararı 150. maddedeki doğrudan doğruya iptal dâvasının ürünü olduğu takdirde (ki olayımız bu duruma örnek teşkil etmektedir) aynı yasa hükmünün, bu defa, mahkemeler önünde itiraz yoluyla aykırılığının ileri sürülerek 152. madde kanalıyla Anayasa Mahkemesi'ne ulaştırılması olanağının bulunmasıdır.

- 7) Bu örnekler ve kavram, Hükûmet Tasarısında (x) ondan önce ANAP'ın seçim beyannamesiyle Hükûmet Programında (xx): 2983'te ve Yönetmelikte kullanılmıştır (xxx) ... (x) Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun Tasarısı, 1 (2 TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı 14, 1984); (xx) ANAP: n. 1, 74-75; (xxx) Kanun, Md. 3, Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği, Md. 4/a (Tanımlar).
- 8) «Türk Hukuk tarihinde Devlet malları hakkındaki telâkkiler, muasır batı hukuklarına nazaran daha ileridir... 1274 (1858) tarihli 'Arazi-i Kanunname-i Hümayun' ile en mütekâmil şeklini alan toprak rejimimiz bu günün en ileri sosyal telâkkilerine ve ihtiyaçlarına tamamen uygundur. Bizde toprak rejimi... Osman Gazi'nin timar kanunu ile başlamış, Kanunî Sultan Süleyman devrinde Ebusuut Efendi fetvalarının ışığı altında incelenmiş ve nihayet son mütekâmil şeklini bu kanunla almıştır. Bu suretle köklerini çok derinlerden alan Arazi Kanununa göre rakabesi (kuru mülkiyet) Devlete ait olan topraklar üzerinde de Devletin haiz olduğu hak, bir mülkiyet hakkı değildir. Devlet bunlar üzerinde dilediği gibi tasarruf edemez; Devletin bu mallar üzerindeki hakkı, muhtelif nevide ve genişlikte selâhiyetlerden ibarettir. ...Devlet bu nevi topraklarda (arazi-i metruke) sadece umumi ve müşterek istifadeyi temin ve tazmin etmekle mükelleftir.» SİDDİK SAMİ ONAR: İDARE HUKUKUNUN UMUMİ ESASLARI, 1289, 1291. (Hak Kitabevi, 3. bası, 1966).

âamme emlakidir<sup>9</sup>. ...Bu tarife göre denizler ve göllerle nehirler ve sair akarsular ...ile kıyılar, yollar, umumî meydanlar ...otomobil parkları, çocuk bahçeleri ...hastahaneler, cezaevleri, müzeler, istihkâmlar, askerî bölgeler, müzelerdeki eşya, kitaplar, limanlar, demiryolları hep kamu malıdır<sup>10</sup>.

Türk İdare Hukukunun özellikle Doktrinde ittifak bulan kamu malı tanımını ve kuramını, 1961 Anayasası yapılırken birinci adımı teşkil eden İstanbul Üniversitesinde çalışan ve Milli Birlik Komitesince, Onar'ın Başkanlığında kurulan Anayasa Komisyonu'nun hazırladığı «Anayasa Öntasarısı»na yansımıştır. Öntasarınının 158. maddesinde doğal kaynak ve servetler, 159. maddesinde ormanlar hakkında iki ayrı madde yazıldığı gibi, 157. madde, müstakil olarak kamu mallarına özgülenmiştir. Aynen aktarıyoruz:

«Halkın faydalanmasına bırakılmış olan mallarla, bir kamu hizmetinin görülmesi için zorunlu olarak o hizmete ayrılmış mallar, arkeolojik sahalar, eski eserler, sanat ve tarihi anıt ve eserler, millî parklar, tabiat güzelliğinin parçası olan yerler, kamu mallarıdır. - Bunlar alınıp satılamaz, süre aşımı ile edinilemez, herhangi bir hususî hukuk tasar-

- 
- 9) Bu tanım ve aşağıdaki örneklere Onar, kitabınının 1944'deki basısında yer vermektedir. S. S. ONAR: İDARE HUKUKU, 954-983 (İ. Akgün, 2. bası, 1944); «Amme hizmetlerinin görülmesi için bir takım eşyaya ihtiyaç vardır. Bu eşya da âamme hizmetlerinin bir unsurunu, idarî teşkilâtın elindeki vasıtalarından birini teşkil eder. Yollar, limanlar, meydanlar, Devlet ve diğer âamme hükmi şahıslarına ait ormanlar ve çiftlikler ... bu mahiyettedir... Amme hizmetlerinin diğer vasıtaları gibi bu aynı vasıtaların da bu hizmetlerin bünyelerine ve icaplarına uygun bir takım hususî kaidelere tabi olmaları zaruridir. Bu zaruret, bu nevi eşyaya hususi hukukun mülkiyet ve aynı haklar rejimi dışında idare hukukuna mahsus bir rejimin tatbikini icap ettirir.» id. 954-955.
- 10) ONAR: n. 8, 1312-1317; aynı örnekler ve tanım için ayrıca bakınız... SÜHEYP DERBİL: İDARE HUKUKU, 357-376 (Ankara, 3. bası, 1950); T. BEKİR, BALTA: Kamu Mallarından Özellikle Genel Mallardan Yararlanmanın Tabi Olduğu Rejim; SU KAYNAKLARININ KULLANILMASI HAKKINDAKİ KANUN TASARISI İLE İLGİLİ BİLİMSEL HAFTA, 117-122 (AÜHF Yayını, 1972); LÜTFİ DURAN: İDARE HUKUKU MESELELERİ, 57, 152, 301, 535 (İÜHF Yayını, 2 bası, 1964); A. ŞEREF GÖZÜBÜYÜK: YÖNETİM HUKUKU, 148-150 (Ankara, 1983); İSMET GİRİTLİ - PERTEV BİLGİN: İDARE HUKUKU DERSLERİ, 102-105 (İstanbul, 1979); AKIN DÜREN: İDARE MALLARI, 45, 113-135 (AÜHF Yayını, 1975); ERDEN KUNTALP: DENİZ KIYILARININ HUKUKSAL DÜZENİ, 89-102 (Ankara, 1981); SADIK KIRBAŞ: DEVLET MALLARI, 17-20 (Ankara, 1985); HAMZA EROĞLU: İDARE HUKUKU, 298-300 (Ankara, 4. bası, 1983).

rufuna konu olamaz ve bunlar kimin elinde olursa olsun geri alınır.  
- Kamu mallarının korunması, kullanılması ve tahsisi bu esaslara göre kanunla düzenlenir»<sup>11</sup>.

İçtihadada bakıldığında, aynı anlayış ile karşılaşılabacaktır. Yargıtay, yolları, meydanları, hükümet konaklarını, okulları, köprüleri, parkları, Onar'dan yukarıda aktardığımız tanım gereği kamu malı saymış ve özel mülkiyetten ayrı bir yapıya sahip olduklarını, özel mülkiyete konu teşkil edemeyeceklerini açık sözcüklerle belirtmiştir<sup>12</sup>. Danıştay da, örneğin yakın tarihli bir danışma kararında, kamu malı kuramı ve pratiğini ayrıntılı biçimde irdelenmiştir. Şu anda değindiğimiz noktaya ilişkin bulunan satırlardan şunları aktarabiliriz:

«İdare Hukuku ilkelerine göre, kamunun kullanma ve yararlanmasına ait olan veya bu amaca tahsis edilen eşya ve mallarla bir kamu hizmetinin unsuru ve ayrılmaz bir parçası sayılabilecek olan mallar kamu malı olarak kabul edilmektedir»<sup>13</sup> ve İdarenin kamu malları üzerindeki yetkisi idare hukuku mülkiyetinin bir sonucu sayıldığından bu yetki ve bundan kaynaklanan «haklar özel hukuktaki mülkiyet haklarına benzemez. İstisnaî mahiyette olan bu hakların tamamı idare hukukuna mahsus bir mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmektedir»<sup>14</sup>.

- 
- 11) KAZIM ÖZTÜRK: TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI, 69-70 (İş Bankası yayını, 1966) ... Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu'nun özel alt komisyonu (Doğan Avcıoğlu, Ragıp Sarıca, Hâzım Dağlı) da, Anayasa metninde böyle bir maddenin bulunmasını uygun görmüşler, orta malı, hizmet malı kavramlarını benimsemişler ve maddeyi daha kısa bir metinle (Devlet, tabii güzellikleri, milletin tarihî ve güzel sanatlar servetini, kamu hizmetine ve halkın faydalanmasına ayrılan malları korur) Komisyona önermişlerdir (id. 533). Anayasa Komisyonu ve Temsilciler Meclisi, 1961 Anayasasında kamu malları ile ilgili özel madde bulunması görüşüne iltifat etmemişlerdir. Bu tavır, kamu malı kuramının ve kavramının Türk Hukukundaki varlığını reddi değil; sadece Anayasa kuralına çevrilmesinin uygun bulunmamasından ibaret bir hukuksal anlam taşır. ... Fakat, ilginç olan cihet şudur ki, ne zaman kamu malları, yasal bir düzenlemeye alınmak için girişimde bulunulsa, bunlar parlamentolarda sonuçlandırılmamıştır. Kırklı ve ellili yıllardaki Kamu Malları Kanunu tasarısının, daha sonra, CHP İstanbul milletvekili Reşit Ülker ve arkadaşlarının yetmişli yıllardaki teklifinin yasalasmaması iki örnektir. Birincisi için, bakınız, ONAR: n. 10, 1298-1299'a.
- 12) Bakınız, DÜREN: id. 59, 134; YHGK: 30.9.1981, E: 79/1-167, K: 81/656 (8/1 Yargıtay Kararlar Dergisi 164-172) ile 30.9.1981, E: 80/3-1715, K: 81/645 (8/3 Yargıtay Kararlar Dergisi 307-310).
- 13) Dş. 3. D. 13.10.1980, E: 157, K: 181 (44-45 Danıştay Dergisi 59).
- 14) Dş. Genel Kurul: 13.4.1981, E: 4, K: 25 (44-45 Danıştay Dergisi 68). Ayrıca, bakınız, DÜREN: n. 10, 59-60'daki yollamalara.

Kamu malı kavramı, Anayasa Mahkemesi'nin gündemine ender gelen bir konu olmakla beraber, bu dâvanın çözümlenmesinde dikkate alınması gereken önemli bir farkı vurgulayan açıklamalara yer verilmiş olan 1965 tarihli bir karar bulunmaktadır. Bu kararında, Anayasa Mahkemesi, şunları ortaya koyuyordu:

Kamu mallarının doğal kamu malı grubunu oluşturan ve en tartışmasız örneği sayılan doğal kaynak ve servetleri, Anayasa, Özel Hukuk «hükümlerine bağlı mülkiyet düzeninin kapsamı dışında bırakmakta; onlara, Devletin Devlet olmak niteliği ile eli altında tuttuğu nesnelere düzeni içinde yer vermektedir. Her iki düzen başka başka koşullara ve kurallara bağlıdır; değişik niteliktedir; aralarında birbirlerine karıştırılmalarını önleyecek bellilik ve kesinlikte sınırlar vardır<sup>15</sup>. Anayasanın 130 ncu maddesi, tabii servetlerin ve kaynaklarının Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğunu açıklamakla, aynı zamanda bunların mülkiyet konusu olamayacağını da hükme bağlamıştır. ...Aslında mülkiyet düzenine bağlı bulunmayan bir nesnede, mülkiyetin devri de öncelikle söz konusu olamaz»<sup>16</sup>.

2983 sayılı yasa tasarısı Hükûmet tarafından hazırlanıp Parlamente'ye sunulurken ve TBMM'nde görüşülürken, bu bilgiler, uyuşmazlık halinde tasarının ve yasanın hukuksal geçerliliğini belirleyecek Türk İdare Hukuku esasları olarak mevcut bulunuyordu.

Konu Meclise intikal ettikten sonra, yasalaşma süreci boyunca, gerek milletvekilleri, gerek kamuoyu ciddî, aydınlatıcı uyarı ve eleştirileri dile getiriyordu. Bir örnek olmak üzere, milletvekilliğinden önce maliye profesörü yanı sıra bilinen, Memduh Yaşa, kamu malı kuramını, ka-

---

15) Bu tesbit ve ilkeler, orta malı ile hizmet malı kategorilerine giren ve 2983 sayılı yasada «altyapı tesisi» olarak tanımlanan köprüler, barajlar, enerji santralleri, ekspres yollar, limanlar, telekümünikasyon sistemleri için de, evleviyetle geçerlidir. Buraya kadarki açıklamalarımız, sanırız, bu kimlik eşitliğini kuşkusuz biçimde ortaya koymaktadır.

16) AYM: 16.2.1965, E: 63/126, K: 65/7 (3 AMKD 25/1966) ... Nitekim «nitelikleri itibariyle MK'nun 641. maddesi gereğince kamunun yararlandığı ve aynı yasanın 912. maddesi gereğince tescile tabi olmayan deniz, göl, akarsu, kumluk, kayalık, bataklık gibi yerler üzerinde imar ve ihya suretiyle özel mülkiyet kurulamaz. - Bu gibi yerlerin yanlışlıkla tapuya tescil edilmiş olması, kayıt maliklerine mülkiyet hakkı bahsedemeyeceği gibi, tapu kaydına dayanarak iktisap edenlerin MK'nun 931. maddesinin koruyuculuğundan yararlanma olanakları yoktur.» Y 1. HD: 1.10.1985, E: 7234, K: 10247 (12/4 Yargıtay Kararlar Dergisi 499/1986).

mu malından meccanî (karşılıksız) yararlanma ilkesini ve bu ilkenin istisnalarının boyutlarıyla niteliğini, bu malların başta borçlanma, kira, rehin, ipotek gelmek üzere, özel hukuk tasarruflarına konu yapılamaması, hem birey, hem İdare açısından «akar» olarak bir fonksiyon verilememesi<sup>17</sup>, bireylerin kamu mallarından bizzat yararlanmasının, hiç bir zaman doğrudan da olsa, dolaylı da olsa, mutlaka ve sadece bunların kendisinden yararlanmanın dışında bir olanak şeklinde beliremeyeceği niteliklerinden<sup>18</sup> yola çıkarak ve topluca bu ilke ve niteliklere dayalı olan açıklamaları TBMM Genel Kurulu'nun 28 Şubat 1984 tarihli 38. Bileşiminde ifade ediyordu. Gelir ortaklığı senedinin, aslında, kamu malı olan tesislerin karşılık gösterilerek borç senedi ihracı, borçlanma olduğunu; Millet'in malının rehin gösterilip para alındığını vurgulayan Yaşa, «alınmakta olan ücret bir fiyat değildir. Bu ücret, kısmen kullananın elde ettiği faydanın karşılığı, fakat büyük kısmıyla da vergidir. Çünkü, bu alt yapı yatırımlarının faydaları yalnız hizmeti (malı) kullananlara değil, bütün memlekete şamildir ve bu itibarla da bütün dünyada bu hizmetleri bedava sunmak bir özlemdir.»<sup>19</sup> dedikten sonra, gelir senedi sahiplerinin, bu hizmet malları ile orta mallarından yararlanmanın bedelinin artmasını isteyeceklerine ve bunun etkilerine dikkatleri çekiyordu<sup>20</sup>.

Yaşa'nın bu açıklamaları, tasarıdaki, kanundaki ve en sonunda yönetmelikteki hükümler karşısında, daha çok kulak verilmesi gereken uyarılara dönüşüyordu. Çünkü, kanun, 10. maddesinde, ilgili İdare'ye gelir ortaklığı senetlerini «piyasa şartlarına uygun ve bu senetlerin değerini arttıracak» kararları almak görevini vermiş; yasanın uygulanmasının sağlanması amacıyla yapılan yönetmeliğin 14. maddesi de, alt yapı tesislerince üretilecek mal ve hizmetlere ait fiyat ve tarifelerin<sup>21</sup>, hak sahiplerine «istikrarlı ve güvenilir gelir verilmesi» ilkesi ile «yıllık enf-

---

17) «Gerçi, Âmme Emlâki Nazariyesine göre, İdarenin bu kabil mallardan (kamu mallarından) bazı hususi ve istisnai şekillerde bir takım menfaatler te'min etmesi caiz ise de, bunlar üzerinde kira gibi şahsî haklar tesisi suretiyle fayda sağlanması hukuken imkânsız ve memnudur.» DURAN: n. 10, 152.

18) Kamu mallarının hukuksal nitelikleri ile bu mallardan genel, özel, istisnai yararlanmalar için bakınız on numaralı dipnotundaki kaynaklarda anılan sayfa- larla devamı sayfalara.

19) II TBMM TUTANAK DERGİSİ 173 (1984).

20) ibid.

21) Yani, kamu malından ve vazgeçilmez unsuru olduğu kamu hizmetinden yararlanmanın bedeli, parasal karşılığı...

lâsyon oranları» da gözönünde tutularak tesbit edileceğini buyurmuş bulunmaktadır.

Bir yasanın Anayasaya aykırılığını araştırırken, TBMM'ndeki yasa-salaşma sürecine bir hayli önem veren Anayasa Mahkemesi, 2983'e, Yaş'a'dan önce, daha Komisyonunda, bir takım kayda değer eleştirilerin geldiğini görmüş olmalıdır<sup>22</sup>. Nitekim, Plân ve Bütçe Komisyonunun bazı üyeleri, yazdıkları muhalefet şerhlerinde, diğer hususlarla birlikte, tasarıyla «kamu malı» kavramının «temelinden sarsılacağını» açıkça ifade etmişlerdi<sup>23</sup>.

## MAHKEME EVRESİNDEKİ VERİLER

2983'ün yürürlüğe girmesinden bir ay yirmi gün sonra, anamuhalefet partisi sıfatıyla o zamanki Halkçı Parti iptal dâvasını açmış; Anayasa Mahkemesi ilk incelemesini, 22.5.1984 günü yapmıştır. Dâvanın «iptidaen kabulü» ile başlayıp, 18.2.1985 tarihinde kararın verilmesi ile tamamlanan bu evrenin verileri, son derecede ilginçtir. Çünkü, 2983'ün Anayasaya aykırılığını inceleyip hükme bağlayacak Hey'etin, alt yapı tesislerinin mahiyeti, özetle kamu malı niteliği ve bu nitellemenin hukuksal sonuçları hakkında ve dâva konusu yasa ile irtibatlandırılarak bir ikisi Mahkeme'nin dışından, en az dört ciddi, açık, anlaşılır, bilimsel düzeyde uyarı yapılmıştır. Mahkeme'nin dikkati, bu noktaya, doyurucu, düşünme ve tartışmayı dâvet edici, red halinde karşılığının mutlaka verilmesini gerektirici bir şekilde çekilmiştir. Mahkeme, artık, 2983'ün Anayasaya aykırılığı hukuksal sorununu çözümlerken, bu verileri bilmektedir.

Karar tarihinden bir ay önce, İdare Hukuku profesörü ve Danışma Meclisi üyesi ve 1982 Anayasasının ilk taşlarını koyan Anayasa Komisyonu üyesi Dr. Turgut Tan, aksi yöndeki bir görüşün<sup>24</sup> eleştirisini yapan, oradaki temel yaklaşım ve hareket noktası yanlışını düzelten, o görüşün tek ve herkesin paylaştığı izah tarzı olmadığını, bu nedenle, itibar ederken dikkatle karşılanması gerektiğini vurgulayan makalesinde, özellikle Anayasa Mahkemesine seslenmiştir. Türk İdare Huku-

22) Bakınız, RG: 26.6.1985 - 18793; Sf: 18.

23) Tasarrufların Tesviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Plân ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/451) II TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı 14, 5 vd...

24) VURAL ARIKAN: Köprü Satış Yasası ve Anayasa (Hürriyet, 6 Mart 1984).



ku'nun kamu hizmeti kavram ve kuramına dayalı olmakla beraber, kamu malına da yansıyan makalenin, bu incelememizle ilgili satırlarını hep birlikte okuyalım:

2983 sayılı yasanın kamu hizmeti anlayışı açısından değerlendirilmesinde yarar görmekteyiz. Sayın Vural Arıkan, uygulamanın «amme emlâkinin kullanma tarzı» ve «kamu hizmetinin icra ve ifası bakımından» Anayasa'ya uygun olduğunu savunmuştu<sup>25</sup>.

Yasanın madde 10/6, Yönetmeliğin de madde 14 hükümleri<sup>26</sup> «gelir ortaklığı senedi sahiplerine yıllık enflasyon oranı üzerinde istikrarlı ve güvenilir bir gelir garanti etmektedir. İşte, gelir ortaklığı uygulaması ile kamu hizmeti<sup>27</sup> anlayışı arasında gördüğümüz çelişki de buradan kaynaklanmaktadır. ... (O)rtaklara garanti edilen enflasyon üzerindeki istikrarlı gelir, o kamu hizmetinin görülmesi sırasında alınan bedel ile karşılanacak demektir. Hiç kuşkusuz, kamu hizmeti karşılıksız sunulan bir hizmet demek değildir. Kamu hizmetlerinden yararlananlardan da değişik isim ve yöntemlerle bir karşılık alınabilmektedir. Ancak bu karşılığın piyasa koşullarına göre oluşan bir fiyat olmadığı da bilinmektedir»<sup>28</sup>.

«Boğaziçi Köprüsü gelir ortaklığı senetlerinin satışından sonra köprü geçiş ücretleri yükseltilmiş, Keban Baraj ve Hidroelektrik Santrali gelir ortaklığı senetlerinin satışı için basına verilen ilânlarda «Elektrik

---

25) ibid; «Sayın Arıkan yazısında kamu hizmetinin görülmesi açısından yaptığı değerlendirmeyi yalnızca Anayasa'nın kamu görevlileri ile ilgili 128. maddesine dayandırmıştı. Bu tür bir değerlendirmenin en azından eksik olacağını düşündüğümüzden, sorunu kamu hizmetinin temel ilkeleri açısından ele alıp, gelir ortaklığı uygulaması ile kamu hizmeti anlayışı arasındaki çelişkiye dikkat çekmek istiyoruz», TURGUT TAN; Gelir Ortaklığı Konusundaki Çelişki (Milliyet 18 Ocak 1984).

26) Bu maddelerin ilgili kısımları daha önce verilmiştir.

27) Biz ekliyoruz, Hizmetin yürütülme vasıtası ve vazgeçilmez asli unsuru olan kamu malı...

28) TAN: n. 25, 2; «... günümüzde kamu hizmetlerinin çoğunluğu sınıf ve ticari nitelik taşıdığından paralıdır. Ancak, yararlananlardan istenen ve alınan para, piyasa ekonomisi anlamında bir bedel, ücret veya fiyat olmayıp modern maliye teori ve tekniğine göre saptanan geniş manada vergi niteliğindedir. Bu itibarla, kamu organları, kamu hizmetlerinin karşılıklarını düzenlerken, maliyet ve kâr hesaplarını değil, bunların topluma sağlamlasını istedikleri yararları, birevlerin ve toplulukların korunması veya korunmaması gereğini ve ödeme güçlüklerini gözönünde tutarlar.» LÜTFİ DURAN: İDARE HUKUKU DERS NOTLARI - 308 (İÜHF Yayını, 1982).

enerjisi fiyatlarındaki artışa paralel olarak, senetlerin payları da giderek artacaktır' şeklinde açıklama konmuştur»<sup>29</sup>.

Tan'ın, kamu hizmetini eksen yaptığı için kamu malı kuramına dayalı surette değinen açıklamaları, Mahkeme'nin içinden gelen muhalefet görüşünün yazdıkları ile tamamlanmaktadır. Yani, kamu hizmeti ile hizmet malları, yol, köprü gibi orta malları ve bunlardan bireylerin yararlanması ve fiyatlandırılmaları arasında, bu incelememizde ortaya koyageldiğimiz bağlantı ve bunun 2983'teki ifadesi, Tan'ın makalesi ile başlayıp, muhalefet oyları ile tamamlanırken, çizmek istediğimiz tablo, göstermek istediğimiz hukuksal aykırılık tam anlamıyla belirlemektedir<sup>30</sup>.

Muhalefetin açıklamalarına geçmeden önce, çoğunluğun kamu malı, kamu hizmeti kavram ve kuramları hakkındaki anlayışı ile «dâva konusu olaya bakış açısının derecesini» ve buna karşılık muhalefetin ne söylemeğe çalıştığını göstermesi bakımından iki alıntıya **tüm dikkatleri çekmek istiyoruz:**

Onbir üyeli Anayasa Mahkemesi'nin sekiz üyesi şöyle yazmaktadır: «Öte yandan, **gelir ortaklığı senedi**, malikine, aynî hak sağlamayan ve ilgili bulunduğu tesislerin yönetiminde temsil hakkı da vermiyen **bir tür istikraz senedi niteliğindedir**»<sup>31</sup>.

---

29) TAN: ibid.

30) Anayasa Mahkemesi kararından görüldüğü kadarıyla, dâvacı Halkçı Parti, özellikle gelir ortaklığı konusunda ileri sürdüğü aykırılık nedenleri arasında, altyapı tesislerinin kamu malı olduğuna ve kamu mallarının hukuksal nitelikleri ile bunlardan bireylerin ve Devletin yararlanmasına ilişkin esaslara yer vermemiştir. Dâvacı, bu kuramın sadece bir noktasına değinmekle kalmıştır: «Altyapı tesislerinden örneğin Boğaziçi Köprüsünden alınan geçiş paraları, ekonomik ve hukuksal anlamda bir ücret değil, kendine özgü bir harç veya vergi niteliğindedir. Bu itibarla bu gelirleri özel kişilere devretmek mümkün değildir. Asıl olan bu hizmetlerden parasız ya da asgari bedelle yararlandırmaktır. Belirtilen sistemle bu imkân ortadan kaldırılmaktadır.» (Resmî Gazete: 26.6.1985 - 18793; Sf: 12).

31) Resmî Gazete: 26.6.1985 - 18793; Sf: 26; Bu alıntıdaki niteleme kararın bir başka sayfasında dokuz yüksek yargıç tarafından daha net biçimde ve Anayasa aykırı bir husus bulunmadığının gerekçesi olarak tekrarlanmıştır: «Ancak maliklerine aynî hak sağlamayan, konusu oldukları altyapı tesislerinin yönetiminde temsil hakkı vermeyen ve *bir borç senedi niteliğinde olan 'gelir ortaklığı senedi'nin ...*» (id. 23); metindeki ve dipnotundaki alıntılarda vurgulamasını istediğimiz kısımların altı tarafımızdan çizilmiştir... Mahkeme, bu cümlelerle, yasa da altyapı tesisi adı verilen kamu mallarından ve bunların

Dokuz üyeli çoğunluğa göre:

«Vergi ödevinde kişinin belirli bir hizmetinden doğrudan doğruya yararlanması karşılığı olarak bir ödemede bulunması değil, bütün kamu hizmetleri giderlerine karşı anonim bir katılma payını üstüne alması sözkonusudur. Altyapı tesislerinden doğrudan doğruya yararlanma karşılığı alınan para bu nitelikte olmadığından vergi ve benzeri yükümlülük olarak kabul edilemez. - Karayollarından, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazı, demiryolları, karayolları, kimi hastahane ücretleri gibi, iktisadî şartlara göre oluşturulan ve hizmetin konusu tesislerin bakım ve idamesini ve yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen bir fiyattır ve belirtilen nitelikleri bakımından muayyen kamu hizmetleri karşılığı kişilerden alınan resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerden de sayılmaz. Bu itibarla, bunların 'Gelir Ortaklığı Senedi' yolu ile özel kişilere bırakılmasında Anayasanın 73. maddesine aykırı bir yön bulunmamaktadır»<sup>32</sup>.

Çoğunluğun bu yorumunun değerlendirilmesini, incelememizin son kısmına bırakırken, şu anda, şu kadarını ifade edelim mi, baştaki açıklamaları Türk İdare Hukukunun yerleşmiş esasları olarak kabul etmiş bir kimsenin, bu satırlara katılması olanaksızdır.

Makalemizin temasını oluşturan konuya değinen karşı oyları iki yüksek yargıç yazmıştır. Bunlardan, meseleyi bu yanıyla ele alan, irdeleyen, dile getiren, çoğunluğun bilgisine, ilgisine ve tartışmasına sunan, böylece dâvacının bile dokunmadığı bir boyutunu gündeme getiren ve bu mesaisi ile konunun sözcüsü mevkiinde bulunan **Muammer Turan**<sup>33</sup>, Mahkeme'nin, hüküm kısmı dâhil dokuz sayfa tutan esas hakkındaki görüşlerine karşılık, altı sayfaya yaklaşan muhalefetinin Anayasanın 73. maddesi yönünden yaptığı inceleme kısmında şunları yazmıştır<sup>34</sup>:

---

kullanılmasıyla sunulan kamu hizmetlerinden, bu mallarla üretilen hizmet karşılık gösterilerek ve manipüle edilerek borçlanma cihetine gidilmesinin Türk Hukukunda olabileceğini tereddütsüz ve tartışmasız beyan etmektedir. Bu tez kabul edildiğinde, doğabilecek hukuksal sorunlara incelememizin sonunda değineceğiz.

32) id. 23-24.

33) Diğer muhalif üye Yekta Güngör Özden'in açıklamalarına, Turan'ın muhalefetini aktarırken dipnotlarında yer vereceğiz.

34) Aşağıdaki alıntılarda ilk bakışta göze çarpmasını istediğimiz yerlerin altı tarafımızdan çizilmiştir.

«Bu Kanunun, haklarında 'Gelir Ortaklığı Senedi' çıkarılması için yetki verdiği **mallar** (köprü, baraj, elektrik santrali, karayolu, demiryolu, telekomünikasyon sistemleri ile sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzerleri gibi altyapı tesisleri) **Devletin kamu mallarıdır**. Yani, kamu tüzel kişilerinin ellerinde bulunan taşınır ve taşınmaz mallardan, kamunun doğrudan doğruya yararlandığı veya bir **kamu hizmetine o hizmetin bir unsuru** teşkil edecek şekilde bağlanmış olan mallardır»<sup>35</sup>.

«Kamu hizmetlerinden ve kamunun orta mallarından yararlanmak, **ilke olarak meccanidir, parasızdır**. Bu hizmetlerin ve tesislerin giderleri geniş anlamdaki (kapsamdaki) vergilerden karşılanır. Bazen dar anlamdaki vergilerden (Kamu giderlerini karşılamak üzere malî gücüne göre herkesin ödemekle yükümlü olduğu vergiler) başka, görülen kamu hizmeti dolayısıyla ilgililerden alınan paraları uygulamada ismi ne olursa olsun, **serbest piyasa şartlarına ve bir çok ekonomik unsurlara göre oluşması gereken** (normal, fiyat, emek, sermaye, taşınmaz ve müteşebbis paylarına göre, yani ücret, faiz, kira, rant, amortisman, kâr ve unsurlarına göre oluşur) **fiyat, bedel, ücret saymak doğru olmaz**. Bunların geniş anlamdaki (ekonomik ve hukukî mahiyetleri bakımından) vergiler (vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler) kavram ve kapsamına girdiğini kabul etmek gerekir»<sup>36</sup>.

Turan, mevzuatımızda, aynı tür parasal yükümlülüklerin adlarının farklı tutulduğuna, hattâ aynı yükümlülüğün, mahiyeti ve niteliği değişmeksizin, adının değiştiğine -resim/vergi; resim, pay/vergi, harç-örnekler verdikten ve vergi, resim, harç kavramlarının tanımlarını hatırlattıktan<sup>37</sup> sonra; kamu malları ve bunlardan yararlananlardan alınan para ilişkisini şu açıklamalarla sürdürmektedir:

«Anayasa Mahkemesi de pek çok kararında kamu idareleri tarafından alınan paraların isminin önemli olmadığını, **mahiyetlerine göre değerlendirilmesi gerektiğini** açıklamakta; temel unsurlarını belirtmeden, işlem ve kapsamını, sınırlarını koymadan idareye yetki tanıyan kanunları iptal etmektedir. Buna, Borsaların aldığı tescil ücreti'ne ait

---

35) RG: 26.6.1986 - 18793; Sf: 33; Devamla «Bu köprü, yol, liman, hatta hizmet malları gibi altyapı tesisleri ve orta malları, Devletin temin etmek ve korumakla yükümlü olduğu seyahat ve çalışma gibi temel hak ve hürriyetlerle de yakinen ilgili bulunmaktadır.» (ibid).

36) ibid.

37) id. 33-34.

...2/4/1981 günlü Resmî Gazete'de yayınlanan iptal kararı son bir örnek gösterilebilir»<sup>38</sup>.

«Bu arada şu hususu önemle belirteyim ki: Çıkarılan gelir ortaklığı senedi ile yalnız ve soyut **istikraz** yapılmakla kalınmamakta, Devletin bir nevi 'Vergi, resim, harç ve benzeri' **gelirleri**<sup>39</sup> yerli ve yabancı gerçek ve tüzel kişilere devredilmekte; bu kişilerle, ücret vs. adlar altında mezkûr yükümlülükleri ödemek suretiyle **orta mallarından ve kamu hizmetlerinden** yararlananlar arasında çıkar çatışmasına da yer verilmiş olmaktadır<sup>40</sup>.

Turan - Özden ikilisinin karşı oylarındaki ısrarlı açıklamalarıyla, Anayasa Mahkemesi'nin 2983 sayılı yasanın Anayasaya aykırılığı meselesini görüşmeğe başlayıp hükme ulaşırken dikkate alınması gereken tüm veriler tartışma masasına getirilmiş bulunmaktadır. Özellikle, konunun kamu malı, kamu hizmeti boyutu yeterince ortaya konmuştur.

## MAHKEME'NİN OLANAĞI VE YÜKÜMÜ

İdarî mahkemeler gibi, Anayasa Mahkemesi de, üstlendiği denetim ve yaptırım görevinin doğal bir gereği olarak, Anayasaya aykırılık iddialarını inceleyip hükme bağlarken, dâvacının ileri sürdüğü aykırılık

---

38) id. 34.

39) Kamu malından ve kamu hizmetinden yararlanmanın karşılığı paralar olduğunu Turan daha önce açıklamıştı.

40) RG: 26.6.1986 - 18793; Sf: 35.

40) RG: 26.6.1985 - 18793, Sf: 35 ...İkinci muhalif üye *Özden*, söz bu noktaya gelince, çoğunluğa şu hususları da hatırlatmaktadır: «Kamu hizmetlerine ayrılarak kamunun yararlanmasına özgülenmiş varlıkların 'salt ticarî işletme değeri' durumuna indirgenerek istenilen işlemlere konu yapılması, sürüme çıkarılması, Anayasa'nın uygun karşılayabileceği düzenlemeler değildir.» (id. 28); «Ayrıntılarda *kâr ortaklığı*, *senedinin tahvilden farkı görülmemekte*, ücretleri arttırılarak sağlanacak gelirin hemen alınması için uzun süreli borçlanma yönteminin seçildiği, *laikliğe* dolaylı biçimde aykırı bir tutum izlendiği, faiz adının kullanılmasından kaçınılarak ayrı ödemenin -*kâr payı*- ya da -*gelir ortaklığı*- adıyla yapılmak istendiği, *vergi nitelikli ücretlerin* özel kişilere aktarıldığı, *gelir oranı düşünce* geçiş ücretini *arttırmak* yoluna gidileceği, ...vergi yükümlülüklerinin gelirleriyle gerçekleşmiş kuruluşların yalnız pay belgesi alanların yararlanmasına açılacağı, *ücret arttırımının* da bunlara yarayacağı ...gelecekleri karşılık gösterilerek yapılan borçlanmanın, *değişken faizli devlet tahvili* niteliğindeki gelir ortaklığı senedine bağlandığı, *kamu hizmeti araçlarının* sanayi kuruluşu ya da salt ekonomik yatırım gibi gelir - satım konusu edildiği anlaşılmaktadır.» (id. 29).

sebepleri ile bağılı değildir. Nitekim, bu ilke, Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve yargılama usullerini düzenleyen yasanın 29. maddesinde ifade edilirken, Mahkeme'nin, başka gerekçelerle de Anayasaya aykırılık kararı verebileceği açıkça öngörülmüştür. İdarî yargıda da bulunan ve inquisitorial özelliğinden kaynaklanan bu müessese<sup>41</sup>, Anayasa Mahkemesi yargıcına büyük bir olanak ve «özerk» bir düşünme, algılama ve tartışma alanı sağlamaktadır.

Gerek Kamu Hukuku Yargılama usullerinin bu temel ilkesinden, gerekse anılan 29. madde hükmünden hareketle, Anayasa Mahkemesi'nin, dâvacının dayanmadığı kamu malı kavramı ve kuramına girmesine hiç bir engel yoktu; aksine imkân ve bu dâvada ihtiyaç vardı.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin yargılama usulünü düzenleyen yasada açık hüküm bulunmamasına rağmen; «gerekçe» kavramının anlam ve işlevinin dokusuna girmiş bir husus olarak, Mahkeme'nin, çoğunlukla verdiği kararlarda, azınlık yargıçlarınca aykırılık ve iptal sebebi olarak ileri sürdükleri tezlerin, karar metninde mutlaka karşılanması gerekir. Dâvacının aykırılık iddialarının teker teker tartışılıp sonuçlandırıldığı ve bunun karar metnine gerekçe olarak da geçirilip yansıtıldığı bir yargılama ve yazım usulünde, bir «colleague»in tezlerinin ele alınmaması ve karşılanmaması kabil-i tasavvur bile değildir.

---

41) «Bir dâvada uyumsuzluk ya bizatihi maddî olayın mevcudiyetine ve cereyan tarzına, ya maddî olayın hukuki tavsifine ya da uygulanacak hukuk ilkesine ilişkin olabilir. Uyumsuzluk bu üç noktadan birisine inhisar edebileceği gibi her üçüne de şamil olabilir. - Uygulanacak hukuk ilkesinin tesbit ve tefsiri ve maddî olayın hukukî tavsifi Danıştay yargılama usulünde tamamen hakime mevdu bir görevdir. Hakim, tatbiki gerekli hukuk ilkesini bilmek ve re'sen uygulamakla yükümlüdür. Tarafların bu konudaki veya maddî olayın hukukî tavsifine ilişkin iddia, savunma ve mütalâaları hakimi hiç bir şekilde bağlamaz.» ERÇETİN YORGANCIOĞLU: Danıştay Yargılama Usulünde Re'sen İnceleme Yetkisi (İDARE HUKUKU VE İDARİ YARGI İLE İLGİLİ İNCELEMELER I; 231, Danıştay, 1976); «İşte, idarî tasarrufları oluşturan bu çeşitli unsurların ortaya çıkarılması ve tasarrufa âriz olan sakatlıkların, bu unsurlardan hangisine âriz olduğunun tesbiti yolundan ortaya konması, idarî 'yargı tekniğinde' bir büyük aşama olmuştur.» MUKBİL ÖZYÖRÜK: İDARE HUKUKU DERSLERİ, 146 (Teksir, Ankara, 1973); «İdare yargıcı, her dâvada, hukuk sorunlarıyla maddî olguları aktif biçimde araştırmakla görevli olup, bu incelemesi, tarafların sunduğu malzemelerle sınırlı değildir. Uygulamada, bu özgürlüğün anlamı, yargılama sürecinde, bir araştırma - soruşturma evresinin bulunması zorunluluğu ve burada mahkemenin tüm hukukî ve maddî noktaları araştırmasıdır.» BERNARD SCHWARTZ: FRENCH ADMINISTRATIVE LAW AND THE COMMON LAW WORLD, 133 (NYU Press, 1954).

Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi, yargılama sırasında, Turan ve Özden'in aykırılık nedeni sayarak ortaya attıkları kamu malı kavramı ve kuramından kaynaklanan açıklamalarını, iptal taleplerini reddederken, irdellemek ve çürütmekle yükümlüydü. Çünkü, bu nokta, iki üye tarafından, aykırılık sebepleri listesine eklenmiş bulunmaktaydı. Kararda bu yükümlüğün yerine getirildiğini söylemeyi mümkün kılacak satırlar yoktur. Düşününüz ki, iki üyeye göre 1983'ün gelir ortaklığı senedine ilişkin parçasını Anayasaya aykırı yapan hususlar bu hükümlerin, Türk Kamu Hukukunun ve bunun üzerine bina edildiği Türkiye Cumhuriyeti Devleti modelinin iki temel taşı olan kamu malları - kamu hizmeti ile Devletin ve toplumun siyasal ve ekonomik düzeninin din kuralları üzerine kurulmamasını emreden laiklik kavramı ve kuramlarıdır.

### ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİR BAŞKA KARARI

Anayasa Mahkemesi, 3086 sayılı Kıyı Kanununun iptali istemiyle açılan dâvada, kamu mallarının hukukî rejimi hakkındaki görüşlerini açıklamıştır. İncelememizin işlediği temanın ve tezin aydınlanması için yararlı gördüğümüzden Kıyı Kanununun tümünün iptaliyle sonuçlanan karardan<sup>42</sup> ilgili kısımları da aktarıyoruz.

Anayasa Mahkemesi'ne göre:

Anayasanın 43. maddesi «bütünüyle incelendiğinde; Anayasa Koyucunun, kıyıyı, yalnız deniz, göl ve akarsuya bitişik, bir doğa parçası değil, çok boyutlu kavram olarak öngördüğü anlaşılmaktadır»<sup>43</sup>; ve Mahkeme, az sonra, bir kamu malı saydığı kıyılara yalnız bir yanı sıra bakılan bir doğa parçası, yani taşınmaz mal değil, çok boyutlu bir «kavram» anlayışıyla yaklaşacaktır.

«Doğal niteliği itibariyle herkesin serbestçe yararlanmasına açık ve bu nedenle bir kamu malı olan kıyı» da; «Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunması nedeniyle 'kamu malı' niteliğinde olan kıyı» da; «Anılan 43. maddenin birinci fıkrasında, 'Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu' belirtilen, böylece kamu malı olduğu vurgulanan» kıyılarda<sup>44</sup>... Türk hukuku açısından Devletin hüküm ve tasarrufu altında

42) AYM: 25.2.1986, E: 85/1, K: 86/4 (RG: 10.7.1986 - 19160); alıntılarda vurgulamak istediğimiz yerlerin altı tarafımızdan çizilmiştir.

43) RG: 10.7.1986 - 19160, Sf: 12.

44) id. 13, 15, 16.

bulunma «**özel mülkiyete konu olmama anlamına gelmektedir**»; yani «**özel mülkiyet ilişkisi kurulması mümkün değildir**»<sup>45</sup>. Bu nedenle, «kıyıda, özel yapılanmalara izin verilmesi, doğal niteliği bakımından herkesin ortak kullanımına açık bulundurulması gereken bir alanda, **Anayasal ilkenin de ortadan kaldırılması sonucunu doğurur**»<sup>46</sup>.

Ayrıca şu noktanın da gözden kaçırılmaması ve Anayasada kıyı- lar hakkında açık hüküm bulunmasının abartılmaması gerekir. Nitekim, «Geçmişe nazaran, bu gün sosyal ve ekonomik öneminin çok daha artması sebebiyle, kıyılar ve sahil şeritleri hakkında, yeni Anayasanın 43 üncü maddesinde, özel olarak, oldukça ayrıntılı hükümler konulmuş- tur»<sup>47</sup>; zaten, «Hukuken, kıyıların Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunması temel kuraldır. Bu temel kural, metin olarak, önceki Ana- yasalara açıkça girmediği zamanlarda da, hemen bütün hukuk nazari- yatçı ve tatbikatçıları tarafından belirtilip savunulagelmiştir»<sup>48</sup>.

---

45) id. 13.

46) id. 16; Kamu malında *özel mülkiyet ilişkisi kurulması yasağı*, karşı oy yazan üyelerce bir hayli işlenmiştir. Bu noktaya dikkatleri yoğun ölçüde çeken *Yekta Güngör Özden*, meseleyi şu bağlamlar içinde koymuştur: Devletin hüküm ve tasarrufu altına sokulan kıyıların, kıyıda kalan arazinin Hazine adına tescil yoluyla, «Devletin özel mülkiyetine geçirilmesi, böylece özel hukuk kurallarına bağlı tutulması sakıncalıdır. Özde Devletin olan arazinin Devletin özel mülkiyetine geçirilmesi gereksiz olduğu gibi bu yolla özel hukuk kişilerine devir kapısı da açılmaktadır. ...Kıyının kamu malı olmasından ileri gelen *hüküm ve sonuçlarla*; kıyının ancak bir kamu tüzel kişiliğine ait olması aktarma (devir) ve başkası üstüne çevirme (ferah) yapılmaması, hazcedilememesi... özel korunmaya bağlı olması gibi; iptal konusu düzenleme arasında ilişki kalmamıştır. *Öğretideki görüşlerle yargı kararları da*, kıyının kamu malı olmasına bağlı özellikler konusunda savımı doğrulamaktadır.» ...Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunma ilkesinin «tartışmasız kabul edilmesi gereken anlam ve kapsamına ...rağmen (3086/12) ...kıyı alanlarında özel mülkiyete olanak tanımakta, bu alanları Devletin hüküm ve tasarrufundan çıkarmak ve Devletin mülkiyetine geçirmek suretiyle Medeni Kanun hükümlerine bağlı *özel mülkiyet düzeninin* kapsamı içine sokmaktadır.» (Necdet Darıcıoğlu; id. 21); ... «başka bir deyişle Devletin hüküm ve tasarrufundan çıkarılarak özel hukuk hükümlerine tabi tutulmaktadır. Bu durumun *kıyının bir kamu malı olması kavramı* ile bağdaşmadığı açıktır. Kıyılar ancak, kamu tüzel kişisine ait olabilir. Bunlar devir ve ferah edilemez... Bu hususta Yargıtay içtihatları ve öğretilerde kesin bir görüş birliği vardır.» (Adnan Kükner; id. 25).

47) Muammer Turan (id. 23).

48) Muammer Turan (id. 22).



## DEĞERLENDİRME

Anayasa Mahkemesi'nin, 2983 sayılı kanunun **hiç bir hükmünü Anayasaya aykırı bulmayan** kararını, kamu malı, bununla bağlantılı olduğu oranda da kamu hizmeti ve hizmetin eşyası kuramı ve kavramı bakımından irdeleyen incelememizin bu son kısmında, buraya kadar topladığımız ve yeri geldikçe ekleyeceğimiz malzemeyi kullanarak değerlendireceğiz.

### BİÇİM - YÖNTEM BAKIMINDAN

Daha önce de yazdığımız gibi, Anayasa Mahkemesi, Anayasaya aykırılık tartışmasını, maalesef, dâvacının ileri sürdüğü aykırılık sebepleri ile sınırlamış; hattâ bunları dahi dar-lâfzî çerçeveler içinde mütalâa etmek yolunu seçmiştir. Kendi kanununun tanıdığı 29. madde olanağını<sup>49</sup> böylesine önemli, böylesine kritik ve dönüm noktası olan, böylesine «controversial» bir iptal dâvasında kullanmamıştır. Bundan daha ciddi olan husus, Mahkeme'nin azınlık yargıçlarının, dâvacınlıklar dışında, ortaya attıkları ve içinde kamu malı, kamu hizmeti, bunlardan yararlanmanın hukuksal rejimi gibi Türk İdare Hukukunun, Türk Anayasa Hukukunun temel taşlarını oluşturan; T.C. Cumhuriyetinin yönetsel, sosyal ve ekonomik düzeninde din kurallarını devreye sokmak şeklinde dile getirilen ve «lâiklik» gibi Devletin Anayasal sistemine ilişkin bulunan aykırılık sebeplerini de Mahkeme, incelemek lüzumunu görmemiştir. Bir kez daha tekrarlıyorsak bile, altını çizerek belirtelim ki, dâvacının ileri sürdüğü aykırılık sebeplerini tartışan bir Mahkeme'nin, colleague-lerinin ortaya attığı ve en az birincilerinki kadar Hey'eti bağlayan ve üzerinde durduğumuz gelir ortaklığı senedi mekanizmasının, kanımızca tek başlarına iptaline sebep olabilecek hukuksal güçteki ve öze ilişkin noktaların kararda karşılanmaması, ne hoşgörülebilecek, ne anlaşılabilir, ne de yargılama usulü bakımından geçerli sayılabilecek bir yaklaşımdır. Kanımızca, Mahkeme, muhalif yargıçlarının gündeme getirdiği sebepleri görüşüp sonuçlandırmalı ve bunu kararına yansıtmalıydı. Yasada veya içtüzükte bu konuda bir hüküm bulunmaması bir engel değildir; çünkü bu husus, yargılama, tartışarak yargıya varma müessesesinin ve bunun sonunda ortaya çıkan «gerekçeli hüküm» kavramının doğal bir parçasıdır.

49) Daha doğrusu, Kamu Hukuku Yargılamasında «görev»i olan bir yetkiyi...

Anayasada, kamu malına ve kamu hizmetine ait özel hüküm yoktur. Ancak, Türk Anayasasının satır aralarını dolduran bir «Türk Kamu Hukuku» vardır; ve bunun içinde kamu malı - kamu hizmeti yer almaktadır. Anayasanın 2 nci maddesindeki «Hukuk Devleti» kavramı ve bunun arkasındaki Hukuk Devleti kuramı; hattâ, hepsinden önce, kuruluşundan bu yana gelişen ve yerleşmiş bulunan Türk Anayasal sisteminin öngördüğü «Devlet» kavramı ve kuramı yeterli «maddesel-hükümsel» dayanaktır. Aynı şekilde, özel hükümden yoksun bulunan, mükteseb haklar, müesses durumlar, geçmişe etkililik yasağı gibi hukuksal kavramlar da, Anayasaya aykırılık sebebi olma güçlerini, Anayasanın kendisinin «bütününden» algılanan Devlet, Hukuk, Yönetim, Kişi Hakları gibi kavramlardan ve bunlara Türk Kamu Hukukunda verilen müstakil ve toplu «anlamlar»dan almaktadır<sup>50</sup>.

Nitekim, ABD'nde, bu günlerde 200 yaşını doldurarak Dünya'nın yürürlükteki en eski yazılı Anayasası ünvanını sürdürecektir olan Federal Anayasadaki hükümlerin anlamlarının kökenini, Doğal Hukuk ilkelerinin ve kavramlarının oluşturduğunu, Anayasadaki sözcüklerin ve müesseselerin yorumlanmasına kaynaklık ettiğini herkes bilir.

Buna benzer şekilde, 82 Anayasasında, zemin yapılan Atatürk İlke ve İnkılâplarının kasdı, altı ok ilkelerinden çok ötede, başlangıcı 20'lere giden ve ivmesini de o tarihlerden alan ve gelişen ve gelişecek olan «Türkiye Cumhuriyeti Devleti»dir. Bu devlet kavramının «yönetmelik» boyutunun içinde kamu malı, kamu hizmeti, bunlardan yararlanmanın hukuksal rejimi, önceki sayfalarda açıkladığımız içeriğiyle yer almaktadır.

Eğer, kaynak gösterip dipnotu vererek<sup>51</sup> saptadığımız kamu malı - kamu hizmeti ve yararlanma kavramları ve kuramları değişmiş; böy-

---

50) «Anayasa Mahkemesi, yasama işlemlerinin uygunluğunu denetlerken, değerlendirmesini mutlaka ve yalnız bir anayasal hükme, kurala veya ilkeye dayandırmak zorundadır... Herhalde Anayasanın belirli bir maddesine veya hükmüne bağlanamayacak soyut nitelikte Hukukun Genel Prensiplerinden yararlanarak bir iptal hükmü vermek mümkün değildir.» LÜTFİ DURAN: Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu, 17/3 Amme İdaresi Dergisi 11-12 (1984)... Ancak, hemen hatırlayalım ki, Hukukun Genel İlkeleri olsun, Anayasanın tercih ettiği siyasal, sosyal, yönetsel ekonomik kavramlar olsun, bunların hepsi Anayasanın benimsediği siyasal, sosyal, ekonomik yönetsel modellerle açıkça ihtilâfa düşmediği ölçüde kaynaşmış, bütünleşmiş, dokusuna girmiştir. Anayasadaki sözcüklere, kavramlara, kuramlara anlam verdiklerinden maddesel - hükümsel somut ifadelerini de buralarda bulmaktadırlar.

51) Bu vesileyle, bir noktaya değinilmesinde bilimsel bakımdan yarar vardır. Bilindiği gibi, Atatürk İlke ve İnkılapları, tek veya bir kaç metin halinde belirlenip

lece hukuksal güçlerini kaybetmiş ise, Anayasa Mahkemesi'nin bunu, özellikle Turan'ın tezini benimsemezken, izah etmesi ve bildirmesi gerekirdi. Bir yıl sonra Kıyı Kanununu iptal eden kararında, Anayasa Mahkemesi, kamu malı ve kamu malından yararlanmanın hukuksal rejimi konusunda aktardığımız satırlarla, Doktrin ve İçtihad'dan farklı düşünmediğini göstermektedir. O halde, bir kamu malı olan köprü, yol, liman, baraj ve benzeri altyapı tesislerinin gelirinden yararlanmanın, Mahkeme'ye göre de geçerliliğini sürdüren veriler karşısında Anayasaya aykırılığının -ileri sürülmesine rağmen- tartışılmasına kararda girilmemesi -ve sonuçta iptale hükmedilmemesi- katılıp paylaşabileceğimiz, destekleyebileceğimiz bir ele alış biçimi değildir.

## ESAS BAKIMINDAN I

Anayasa Mahkemesi'nin kararını incelerken, esas bakımından ağırlık noktamız kamu malı kavramı olmakla beraber; bir yandan eşya-hizmet ilintisi, öte yandan değinilmeden geçilmez önemi nedeniyle, ilk önce, Mahkeme'nin, **alınan paranın hukukî mahiyetini** belirleyen görüşünün tartışılması, bazı temel bakış açılarının, çünkü Anayasalara, bu günkü Anayasaya ve Türk Kamu Hukukunun yerleşik ilkelerine uygun olacak şekilde düzeltilmesi gerekiyor.

Çoğunluk üyelerinin de bildiği gibi, 2983 sayılı yasadaki hizmeti sunan kurumlar, Türk İdare Teşkilâtı içinde yer alan, böylece T.C. Devletinin birer parçasını oluşturan «Kamu tüzel kişileri»dir. Kararın 24. sayfasının birinci paragrafındaki örnek hizmetlerin bir kısmını genel idare usullerine göre çalışan katma bütçeli kurumlar, bazılarını Bakanlıklar, bazılarını da kamu iktisadî kuruluşları sunmakta; telekomünikasyon öylesine bir kamusal konu sayılmaktadır ki, Anayasa, 114 ncü maddesinde seçim döneminde Ulaştırma Bakanının bağımsız kişi olmasını buyurmaktadır. Ayrıca tüm bu hizmetlerden yararlanma koşulları, parasal karşılığı hep tek yanlı «idarî» işlemlerle yapılmaktadır. Bunlar sunuş ve yararlanma ödentileri öylesine salt ekonomik yaklaşımlarla, hele piyasavârî ekonomik ölçütlerle hesaplanamayacak mahiyette kamu yararı unsurlu hizmetlerdir ki, bu güne kadar, Bakanlar Kurulu bunların rakkamlarını düşürmek yetkisini elinde bulundurmuştur. Bunlardan en piyasa koşullarına göre çalışması düşünülebilecek olanları üzerinde bile, ilgili Bakanlığın, Bakanlar Kurulunun, Devlet Planlama Teşkilâ-

---

açıklanmış olmadığı için, kararda bunlara ait atıflarda, yorumlarla varılan sonuçlara ilişkin kaynakların; tek veya bir kaç metin şeklinde olsaydı bile bunların dipnotu düşülerek gösterilmesi gerekirdi. Nitekim yabancı ülkelerde bu konumdaki yüksek mahkemelerde izlenen yöntem de budur.

tının, öze ilişkin yetkilerinin sınırı adeta yok gibidir. Bu hizmetlerden yararlananların, yararlanmanın karşılığı ödentinin miktarını tartışmak, pazarlık etmek, düşürmek; kurumların da yararlanana göre değişken davranmak gibi olanakları yoktur. Objektif, genel, eşit, yansız işlem esası vardır. Özetle, bu hizmetler, bu kuruluşlar «kamu hukuku» esaslarının egemen olduğu; «kamu gücü»nün kullanıldığı faaliyetlerdir. Onun için, bunların mal ve hizmetlerinin parasal karşılığı, dipnotu 28'de Duran'ın vurguladığı gibi, piyasa ekonomisi anlamında bedel ücret veya fiyat değil; kamusal nitelikli kamu parasıdır. Anayasa Mahkemesi'nin «fiyat» adını verdiği paranın yurtdaş açısından, mahkeme harcından, üniversite harcından, hastahanelerde ödediği «öteki» paralardan, aydınlatma, temizlik resminden; otopark, pazar yeri, hayvan kesimi ve muayene, müze ve ören yeri ücretlerinden bir farkı yoktur. Üstelik, bu hizmetlerin en kritiklerinin sadece karardaki hizmet kuruluşları tarafından sunulduğu, alternatiflerinin bulunmadığı, rakkamların belirlenmesi yetkisinin idare gücünün kendisi olduğu hatırlanınca, adı değiştirilerek fiyat sözcüğüyle ifade edilen bu paraların, kamu makamlarınca salınan parasal yüküm olmadığını söylemek mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi'ni, «gelire ortak olunabilir» sonucuna götüren husus, çoğunluğun, yukarda örneklediğimiz vergi, harç, resimle aynı kategoriye giren bu paralara, başka nitelik ve mahiyet taşıyormuşçasına bakmasıdır. Maalesef, çoğunluk, kendilerinin yarattığı bu yapay ayırımın ölçütleri, geçerliliği ve ikna ediciliği konusunda doyurucu açıklamalar getirememiştir<sup>52</sup>. Böyle değil de, çoğunluk, kendilerinin de ver-

---

52) Mahkemenin kararını inceleyen, bir başka İdare Hukuku Uzmanı Prof. Dr. Yayla, bu konuda, dikkat çekici noktalara değinmektedir. «Sonuçta denilebilir ki, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olan kamu hizmetleri, iktisadî devlet uygulaması içinde, daraltılabilme ve rakipsiz 'Devlet özel işletmeleri' haline getirebilme olgusuyla karşı karşıyadır.» tanısıyla etüdüdü sonuçlandıran Yayla'nın bu tesbitinden yola çıkarak, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasanın 5 nci maddesinde temel amaç ve görevleri yazılı Devlet'in varlık nedeni olan «kamu hizmeti» kavramının yıkılışına karar verdiğini söyleyebiliriz. Ve buna, Anayasa Mahkemesi'nin, Yayla'nın ortaya koyduğu bu olguyu yakalamasının gerektiğini; yakalayınca da «Sosyal Devlet» ilkesi nedeniyle iptalden başka seçeneği olmadığını ekliyebiliriz. Yayla, tanısını koyarken şunları yazmaktadır: Mahkeme'nin «bu kararına bakılacak olursa, Devlet tekelindeki demiryollarıyla karayolu taşımacılığı arasında bedel yüzünden hiç bir fark yoktur. Tabii biraz daha ileri gidilerek, Devlet hastahanesi ile özel sağlık kurumları arasında da fark bulunmayabileceği ileri sürülebilir. ...Kamu hizmeti adı verilen böylesi kamu faaliyetleri, eğer o faaliyetin maliyeti, kârı, yeni yatırımlarla genişletilmesi için gerekli harcamalar hesaplanarak fiyatlandırılırsa, GENEL VE EŞİT olarak yararlanma imkânı bir çok kişi için ortadan kalkacaktır... Bir kere kamu hizmetlerinden para alınmaz diye bağlayıcı ve genel bir kural yoktur. Kamu

gi etiketini takabileceği kamu paralarının da fiyat denilenler gibi «gelir» sayılıp «ortak» olunabileceğini söylüyor ise, bu görüşün kabulü daha da olanaksızdır. Çünkü, aksi halde, çoğunluk, Devletin, trilyonlara ulaşan vergi gelirlerini de karşılık göstererek, «kârlı» ve «güvenli» bir ortaklık mekanizmasını öngören yasayı da geçerli sayacak demektir; daha doğrusu, tutarlı olmak için saymak zorundadır.

Hizmetten yararlananlardan alınan paranın, yeni adıyla «fiyat»ın hukukî mahiyetinden ötede, «içeriği» de ayrı bir sorun teşkil etmektedir.

Yayla'nın, fevkalâde şekilde yakalayıp sergilediği gibi: Bu fiyatın, hizmetin konusu tesislerin bakım ve idamesini ve yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlendiği ileri sürülmektedir. Şimdi sormak gerekir: Bu fiyat sayesinde «GELİR» nasıl sağlanacaktır? Eğer, bakım, idame ve yeni yatırımlar yapılması dışında bir imkân verilmeyecekse, kimler hangi gelirin ortağı olacaktır? Demek ki, sözkonusu FİYAT'ın içinde KÂR da bulunacaktır. Üstelik, dağıtılacak gelirin çekici olabilmesi, sürekli ve güvenilir olmasına da bağlıdır<sup>53</sup>.

Burada sorulması gereken bir soru da: Anayasa Mahkemesi, kararında söylemediği halde, fiyatın unsurları arasında kârı da varsaymakta mıdır? Böyle ise, Mahkeme, Türk İdare Hukukunun, 1920'lerden bu yana, bu ülkedeki, İdare Cihazı, İdare Fonksiyonu ve bunlarla bağlantılı olarak, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin varlık nedeni kavramını yok etmektedir. Mahkemenin, fiyat adını koyarak, önce ekonomik ve akabinde piyasa koşulları içinde düşündüğü bu olguda, haliyle, kâr da aynı koşullar içinde söz konusu olabilecek bir «kazanç»tır. Türk İdare Hukuku, Mahkeme'nin bu kararına kadar, «bu anlamda bir kâr-kazanç» kavramını benimsemiş değildir; kâr bir amaç değil, ancak yan ürün sayılmıştır, kamu hizmetleri kurulur, işletilir ve sundukları mal ve hizmetlerin parasal karşılığı belirlenirken. Kâr-kazanç'ın Anayasa Mahkemesi'nin anladığı şekilde öngörülüp eklendiği hizmetler, sadece âme hizmeti imtiyazı veya müşterek emanet hallerinde, hizmeti kuran ve yürüten imtiyaz sahibi şirkete kırk dokuz veya doksan dokuz yıl gibi uzun süreler dikkate alınarak uzun vadeli ve düşük oranlı, minimum gü-

---

hizmetlerinin karşılığında da para alınabilir. Ama bu paranın niteliği nedir? Bir ücret mi? Anayasa Mahkemesi 25.12.1975 tarihli kararında... bir para alınacaktı ama, bu, maliyet, amortisman, kâr gibi iktisadî şartlar uyarınca değil, bir çeşit katılma payı şeklinde belirlenecek bir harç olabilecekti.» YILDIZHAN YAYLA: Sosyal Kamu Hizmetinden İktisadî Devlete Veya Kamu Hizmetinin Sonu. 1/1 Hukuk Araştırmaları 36-37 (1986).

53) id. 36-37; Yayla'nın bu noktaya ve devamına ilişkin soruları, eleştirileri için, id. 37'ye bakınız.

venceli surette, girişimciliğinin, sermayesini, malını, bilgisini, zamanını bağlamasının karşılığı olarak tanınan haktır.

Eğer, kararda sözü edilen fiyatın unsurları arasında, kâr yoksa, Yayla'nın da sorduğu gibi<sup>54</sup>, o halde gelir diye dağıtılacak olan nedir? Çok basit, Hazine'ye, ilgili kamu kuruluşuna, hizmeti yürütmesi, sürdürmesi, çevirmesi, yenilemesi, geliştirmesi için gereken ve ait olan paranın bir kısmının, bunların bahasına, üçüncü şahıslara aktarılmasıdır. Böyle bir şey, bırakınız Anayasaya, Devlet kavramına aykırıdır.

## ESAS BAKIMINDAN II

Anayasa Mahkemesi, kararında, gelir ortaklığı senedi mekanizmasının büyütülmemesi gerektiğini ifade eden bir hava içinde, şöyle yazmaktadır: «Öte yandan, gelir ortaklığı senedi, ... bir tür istikraz senedi niteliğindedir»<sup>55</sup>.

Madem, özü itibariyle, yapılan iş, Devletin yeni yatırımlar, yeni atılımlar, zoru, pahalıyı başarmak, malî dar boğazı aşmak amacıyla, faizi karşılığı iç piyasadan kredi temini suretiyle, belli konuya özgülenmiş fon yaratmaktır, T.C. Devletinde bunun formülü, Cumhuriyetin kurucuları tarafından bulunmuş ve somut ürünler veren ve bu güne de ışık tutan şekilde uygulanmıştır. Kısa bir hatırlatma olarak ifade edelim ki, Cumhuriyet döneminin ilk iç istikrazı 14 Kasım 1933 tarih ve 2094 sayılı kanunla yapılan **Ergani Hattı İstikrazı**<sup>56</sup>. İsmet İnönü, Ergani hattının tamamlanması için yapılan bu istikrazı şöyle savunuyordu: «Dahilî istikraz sistemi millî kalkınmanın en emin vasıtasıdır. Bu siyaset vatandaşın Devletine itimadına, millî paranın kıymetine güvenmesine, memleket imarını ve inkişafını bir borç bilmesine ve bütün bu yollarda kendi şahsının ve ailesinin menfaatini emniyette bilmesine bağlıdır. ...Bu yeni anlayışın, bir yeni sistemin başlangıcı olmak için kimse zorlanmıyor. Sistemin ve siyasetin muvaffak sayılması, vatandaşın anlayarak ve isteyerek dahili istikraza iştirak etmesindedir. Mese- lenin düğüm noktası bundadır. Vatandaşlarımıza bunu anlatmağa borç- luyuz»<sup>57</sup>.

Bu adımı, % 5 faizli ve % 2 ikramiyeli **Fevzipaşa - Diyarbakır demiryolu** hattının tamamlanması için 1933'lerde çıkarılan tahviller;

54) id. 37.

55) RG: 26.6.1986 - 18793; Sf: 26.

56) İLHAN TEKELİ - SELİM İLKİN: UYGULAMAYA GEÇERKEN TÜRKİYE'DE DEVLETÇİLİĞİN OLUŞUMU 277 (ODTÜ Yayını, 1982).

1934'de, «Ergani istikrazının başarısından sonra»<sup>58</sup> 2463 sayılı kanunla % 7 faizli Sivas - Erzurum demiryolu tahvilleri izliyor<sup>59</sup>.

Faizsiz istikraz olan gelir ortaklığı senedi formülünün, üyelerden Özden'in dile getirdiği lâiklik ilkesine aykırılığı sorunu bir yana; kesin olan bir husus, bu yöntemin «usulün saptırılması» şeklindeki bir İdare Hukuku sakatlığını yaratmasıdır. Kaldı ki, bir şeyin gelirinin ortağı olunabilmesi için, önce gelriden pay alanların, o gelirin oluşumuna katkıda bulunmaları gerekir. Altyapı tesislerinde, ortaklar, topluca Ulus'tur; gelir, vericileri anonim olan vatandaşların katkısı ile ortaya çıkmaktadır. İstikrazda, tahvil alan kişi, verdiği borcun, kredinin karşılığını alırken; burada, alıcı, herkesle birlikte katıldığı bir tesisin üretiminden artı bir yararlanma sağlamaktadır. Her şeyden önce, kamu fonları, kamu eşyası, kamu personeli ile kurulan ve yürütülen bir tesis ve faaliyetten, bir takım kişilerin «gelirin ortağı» şeklinde algılanması ve sunulması yanlış olan, aykırı olan noktadır.

Bu nedenlerle, Anayasa Mahkemesi'nin, gelir ortaklığı senedinin, bir tür değil, neresinden bakılırsa bakılsın tam anlamıyla istikraz olduğunu belirledikten sonra, bu formülü geçerli saymayı iptal etmesi, Hukuk sistemimize göre doğru hal tarzı teşkil ederdi.

### ESAS BAKIMINDAN III

İncelemenin ağırlık noktasını teşkil kamu malı meselesine gelince: Anayasa Mahkemesi'nin Kıyı Kanununu iptal eden kararında. Öğretinin her zaman ve diğer mahkemelerin kararlarında yazdığı ve önceki sayfalarda açıkladığımız gibi, kamu malları üzerinde özel mülkivete konu olma anlamına gelecek bir işlem tesis edilemez. Kira, te'minat gösterme, ipotek, rehin etme gibi işlemler de yapılamaz. O halde, bunlar **karşılık gösterilerek** ödünç para alma da söz konusu olamaz; Mahkeme'nin anladığı anlamda kâr-kazanç (gelir) üreten kaynaklar olarak işlev verilemez. İç istikrazın güvencesi, 1933'lerde ilk adımlar atılırken İnönü'nün altını çizerek söylediğidir; yani vatandaşın devletine itimadı, millî paranın kıymetine güvenmesidir. Yoksa, bir kamu malının kendisi veya bundan toplanan paranın miktarı değildir. Devlet borçlanmasının güvencesi ve karşılığı, sadece Devletin varlığıdır. Bu nedenle, kamu malına dayalı bir ödünç alma modeli, hem siyasal, hem hukuksal bakımdan aykırı bir olaydır.

58) ibid.

59) ibid.

Çok daha önemlisi, kamu mallarından, bireylerin yararlanmalarının, ancak kamu malının «kendisinden» yararlanma şeklinde olabilmesidir. Yararlanmanın türü ve boyutları ister genel, ister özel - istisnaî yararlanma şeklinde ortaya çıksın, hatta kamu malı imtiyaz sözleşmesi ile birey, maldan inhisarî bir durum yaratma olanağına da kavuşsun; değişmeyen bir husus vardır: Kişiler, ancak kamu malının aynından, kendisinden yararlanabilirler. Bireylerin, kamu malından yararlanma hak ve özgürlüğü, onun «akarından» yararlanma şeklinde olamaz. Bir kez daha yinelemek teşkil etse bile belirtelim ki, kamu mallarından yararlanılırken, yerine göre meccanîlik ilkesi bırakılarak bir para ödenebilir. Ancak, bu paralar, çoğunluğun anladığı anlamda bir fiyatın geliri değildir. Kamu malları, kendilerini, İdarenin tipik bir akarı olan özel mallarından ayıran bir özellikleri olarak, «akar» (gelir) üreten «akarlar» teşkil etmez. Bu yüzden, bireyler, kamu mallarının gelirinden de yararlanmak cihetine gidemezler. Buna olanak veren bir düzenleme T.C. Devleti'nin üzerine bina edildiği Türk İdare Hukukunun Kamu Malı kuramının çok kesin bir ilkesine aykırı düşmekten kurtulamaz.

Gönül isterdi ki, Anayasa Mahkemesi, değindiğimiz bakımlardan, Türk İdare Hukukunun kamu hizmeti ve kamu malı kuramlarının kabul ettiği temel esaslardan Yayla'nın da «Kamu Hizmetinin Sonu» başlığını<sup>60</sup> verebileceği ölçüde ayrıldığı ve bu suratle yeni bir sayfayı açtığı böylesine önemli, kritik, controversial ve Türk Kamu Yönetimi üzerinde yansımaları büyük olabilecek bir kararında, Anayasaya aykırılık ihtimali de çok yüksek olan ve tartışmaya ziyadesiyle açık bulunan 2983 sayılı yasanın gelir ortaklığı senedi hükümlerinin Anayasaya aykırı olmadığını saptarken, daha doyurucu, daha ikna edici bir metin kaleme almış olsaydı.

Ayrıca, bu kararın dikkat çekici bir yanı da, çoğunluğu oluşturan yargıçların, Anayasanın 73 ncü maddesine aykırılık sorununu çözerken buldukları «fiyat» formülü ve bunu malî yüküm saymayan yorumları; Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu'nu yönetmelikle düzenleme yapma yetkisiyle donatan yasa hükmünü bile büyük bir hoşgörü içinde okuyarak Anayasaya uygun duruma çeviren tutumları; muhalif yargıçların gündeme getirdikleri aykırılık nedenlerine eğilmeyen inceleme yöntemleri ile, 2983'ü Anayasaya aykırı olmaktan kurtaran bir karar verme yaklaşımı izledikleri şeklindeki değerlendirmeyi mümkün kılan bir hava taşımasıdır.

---

60) YAYLA: n. 52, 34.