

“... ”

1. 7257 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu’na eklenen geçici 41. maddenin birinci cümlesinde yer alan “*katma değer vergisinden müstesnadır*” ibaresinin Anayasaya aykırılığı.

Bu madde ile 4646 sayılı Yasaya eklenen ek 1. madde kapsamındaki devirlerin katma değer vergisinden istisna tutulması öngörülmektedir. 4646 sayılı Yasanın ek 1. maddesinde ise Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ilgili KİT’ler ile bunların bağlı ortaklıkları tarafından yurt dışında kurulan ve hâlihazırda özellikle petrol, doğal gaz ve madencilik alanlarında faaliyet göstermekte olan şirketlerin Türkiye’deki şubelerinin bulunduğu yerlerde Cumhurbaşkanı kararıyla aynı şirketlerin ortaklarınca işletme konuları, ticaret unvanları, sermayeleri ve ortaklık payları aynı kalmak kaydı ile ayrı birer şirket kurulabilmesine imkân sağlanmakta; kurulacak şirketlerin yurt dışındaki şirketlerin her türlü haklarını, alacaklarını, yükümlülüklerini, taşınır ve taşınmazlarını, personellerini vb. yapılacak protokollerle devralması ve devir sonrası yurt dışındaki şirketlerin Türkiye’deki şubelerini kapatması amaçlanmaktadır. İptali istenen ibarenin de yer aldığı maddede bu kapsamda yapılan devir işlemlerinin katma değer vergisinden istisna tutulması düzenlenmekte, devletin vergi kaybına uğramasına yol açılmaktadır.

4/4/2018 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Esas 2017/117 Karar 2018/28 sayılı kararında, Anayasa Mahkemesi şu ifadeleri kullanmıştır: “*Verginin mali güce göre alınması ve genelliği ilkeleriyle vergilendirmede eşitlik ve adaletin gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. Ekonomi ve vergi hukuku alanında mali güce ilişkin göstergelerin gelir, servet ve harcamalar olduğu kabul edilmektedir. Mali güç; ödeme gücünün kaynağı, dayanağı, nedeni ve varlık koşuludur. Kanun koyucunun vergilendirmede, kişilerin sahip olduğu ekonomik değer ile mali güçlerini göz önünde bulundurması gerekir. Vergide genellik ilkesi, herhangi bir ayırım yapılmaksızın mali gücü olan herkesin vergi yüküne katılmasını ve vergi ödemesini ifade eder. Mali güce göre vergilendirme, verginin yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır.*”

Anayasa’nın 73. maddesinin ikinci fıkrasında ise vergi yükünün adaletli ve dengeli bir biçimde dağılımı öngörülmüştür. Vergilendirilecek alanların seçimi ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı için yükümlülerin kişisel durumlarının kanunlarda gözetilmesi gerekir.

Bu anlamda, devletin vergilendirme yetkisi vergide yasallık, mali güç ve genellik gibi kimi anayasal ilkelerle sınırlandırılmıştır. Buna göre vergi, Anayasa’nın öngördüğü ilkeleri gözeterek şekilde kanunla düzenlenmeli ve doğal olarak vergide eşitlik ilkesinin uygulama aracı olan mali gücü de yansıtmalıdır. Vergi tekniği, vergi adaletini yansıtmadıkça maliye politikasının sosyal amacını gerçekleştirmez”.

Vergi, devletin egemenlik gücüne dayanarak ve kamu giderlerini karşılamak amacıyla kişi ve kurumlara yüklediği bir kamu alacağıdır. Katma Değer Vergisi (KDV) ise, üretim ve tüketim zincirinin her aşamasında, malların ve hizmetlerin satışından alınan ve vergi indirimine imkân tanımak suretiyle de her aşamada katılan değer artışını temel alan, çok aşamalı, genel bir satış vergisidir. KDV sisteminde, mal ve hizmetin üretim aşamasından nihai tüketiciye kadar olan bütün aşamalarında vergi alınmakta ve her bir aşamada alınan vergiden bir önceki aşamada alınan vergi indirilmek suretiyle kalan vergi, Hazineye intikal ettirilmektedir (E.2010/11 K.2011/153, 17/11/2011). Vergilendirmede genel kural, yasayla belirlenmiş konu ve kişilerden vergi, resim ve harç alınmasıdır. Yasa koyucu, kimi durumlarda vergi kapsamına alınan

konuyu, kimi durumlarda da kişileri vergi dışında tutabileceği gibi, verginin tümünden ya da bir bölümünden vazgeçebilir.

Vergi, resim ve harç yasalarında sosyal, ekonomik, mali ve kültürel amaçlı birtakım muaflık, istisna ve indirimler getirilmesi, yasa koyucunun takdirine bağlı bir konudur (E.2009/63, K.2011/66, 14/04/2011). Ancak *kanun koyucu vergi koyma, kaldırma, istisna tutma ve muafiyetten yararlandırma gibi düzenlemeler sırasında takdir yetkisini kullanırken, kamu yararı, mali güç, sosyal ve ekonomik amaç, kamu hizmetinin en iyi biçimde görülmesi gibi haklı nedenlere dayanması gerektiğini ve ancak bu suretle vergide adalet ve eşitlik ile genellik ilkelerine istisnalar getirebileceğini gözetmelidir.*

Anayasa'nın 73. maddesinde, herkesin, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü bulunduğu; vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının, maliye politikasının sosyal amacı olduğu; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı öngörülmüştür (E.2010/11 K.2011/153, 17/11/2011).

Hukuk devletinde, vergilendirmenin temel ilkelerinin gözetilmesi, vergilendirmeye ilişkin yasalarda bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk güvenliğinin sağlanması gerekir (E.2009/63 K.2011/66, 14/04/2011). Buna göre, devletin vergilendirme yetkisinin sınırı, aynı zamanda kişilerin hak ve özgürlüklerinin de sınırını oluşturduğundan, bu yetkinin keyfiliğe kaçacak biçimde kullanılmasının önlenmesi, hukuk devleti olmanın gerekleri arasında öncelikli bir yere sahiptir. Vergilendirmede olası keyfi uygulamalara karşı düşünülen ilk önlem, kuşkusuz yasallık ilkesidir. Ancak *vergilerin yasayla getirilmesi, yalnız başına vergilendirme yetkisinin keyfi kullanılarak adaletsiz sonuçlar doğurmasını engelleyemeyeceğinden, yasallık ilkesi yanında verginin genel ve eşit olması, idare ve kişiler yönünden duraksamaya yol açmayacak belirlilik içermesi, geçmişe yürümemesi, öngörülebilir olması ve hukuk güvenliği ilkesine de uygunluğunun sağlanması gerekir* (E.2003/73 K.2003/86, 07/10/2003).

Vergide genellik ve eşitlik ilkeleri, geleneksel vergi adaleti ilkeleridir. Vergide genellik ilkesi, ayırım gözetilmeksizin herkesin vergi ödemesidir. Anayasanın 73. maddesindeki "malî güç" kavramının "ödeme gücü" anlamına geldiği kuşkusuzdur. Malî güce göre vergilendirme, verginin yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır. Malî güce göre vergilendirme ilkesi, ödeme gücü fazla olanın az olana oranla daha fazla vergi ödemesi gereğini belirtir. Bu ilke aynı zamanda vergide eşitlik ilkesinin uygulama aracıdır. Vergide eşitlik ilkesi, ödeme gücü aynı olanların aynı vergiyi ödemeleridir. Malî güce göre vergilendirme ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkesi, yükümlülerin ödeme güçleri gözetilerek farklı vergileme rejimine tabi tutulmalarını zorunlu kılar (E.1999/51, K.2001/63, 28/03/2001).

Anayasa Mahkemesine göre; "*vergi hukuku alanında kabul gören ve Anayasa ile de güvence altına alınan vergilendirme esaslarından, beklenmedik doğal felaketler, savaş ve seferberlik hali, siyasi, ekonomik ve sosyal krizler gibi toplumu temelden sarsabilecek olaylar nedeniyle farklı düzenlemeler getirilmesi mümkün ise de, bunun dışındaki düzenlemeler, sosyal adaleti, sosyal refahı ve sosyal güvenliği sağlamakla yükümlü olan hukuk devletinin bu niteliği ile bağdaşmaz.*". AYM bu ilke bağlamında verdiği bir kararında vergi muafiyetinin "*ek motorlu taşıtlar vergisine ilişkin hükmün iptali nedeniyle ortaya çıkan ve uygulanmakta olan ekonomik program hedeflerini tehlikeye düşüren gelir kaybının telafisi amacıyla ...(getirildiği açıklamasını) bunun olağanüstü koşulların zorunlu kıldığı bir neden olarak kabulü mümkün görülmemiştir.*" diyerek Anayasaya uygun bulmamış ve vergi muafiyeti getiren kuralın iptaline karar vermiştir (E.2003/73 K.2003/86, 7/10/2003).

Yasa koyucu devir işlemlerine ilişkin KDV'den muafiyet getirirken, verginin anayasal ve geleneksel ilkelerine –*verginin adaletli, genel ve eşit olması*- istisna kurallar getirirken, bunun kamu yararı açısından üstün ve haklı nedenlerini somut şekilde göstermesi gerekir. KDV muafiyetine konu işlemlerin Bakanlıkla ilgili KİT'lerle alakalı özel hukuk hükümlerine tabi şirketlere ilişkin olması verginin geleneksel ve anayasal ilkelerinden sapmayı haklı kılan ve ancak istisnai olarak öngörülebilecek KDV muafiyeti için tek başına yeterli sebep olarak görülemez. Geleneksel vergi adaleti ilkeleri olan vergide genellik ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturan bu ibare, Anayasanın 73. maddesine aykırıdır ve iptali gerekir.

2. 7257 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle 3213 sayılı Maden Kanunu'nun ek 1. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen dokuzuncu cümlelerin ÇED yönünden Anayasa'ya aykırılığı

İptali istenen kural ile 3213 sayılı Kanun'un ek 1. maddesine yeni bir cümle eklenmektedir. Bu cümle rödovans sözleşmeleri ile ilgilidir. Rödovans ise, maden ruhsat sahalarının işletme hakkının özü kendisinde kalması koşuluyla hak sahibi tarafından sözleşme ile gerçek veya tüzel bir kişiye belli bir süre tahsis edilmesidir. Bu sözleşme gereğince, rödovans veren, maden ocağının işletilmesini üstlenen özel veya tüzel kişi, ruhsat sahibine, ürettiği her bir ton maden için önceden ödemeği taahhüt ettiği meblağ kadar bir ücret öder.

Maddede devralanın kurulu işletme kapasitesi veya şerh edilen sözleşmedeki kapasiteyi aşmayacağı yönünde vereceği taahhüde istinaden, ilgili alan için daha önce tanınmış tüm muafiyetler ve alınmış bütün izinler ile iş yeri açma ve çalışma ruhsatlarının, çalışmaların sekteye uğramadan devam ettirilebilmesi için devredilen ruhsatlarda da aynen korunması esası benimsenmiştir. Dolayısıyla bu madde ile ÇED izni ve iş yeri açma ve çalışma ruhsatı gibi izinlerin de rödovans sözleşmesi yapan firma için yenilenme zorunluğunu ortadan kaldırılmaktadır.

Bilindiği üzere Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) 9/8/1983 tarihli Çevre Kanunu'nun 10. maddesi ile yasal statüye kavuşmuş, 7/2/1993 tarihinde çıkarılan yönetmelik ile uygulamaya geçirilmiştir. Bu Yönetmelik, Çevresel Etki Değerlendirmesi Uygulanacak Projeler Ek-1 sayılı listede maden, petrol, doğalgaz, kaya gazı ve jeotermal arama projeleri için de ÇED raporu gerekliliği getirmiştir. Bu çerçevede 1993 tarihinden önce faaliyete başlayan sahalarda ÇED uygulaması yoktur ve iptali istenen fıkraya göre bu sahaların kiralanması halinde de taşeron firma günümüzde de ÇED raporu almadan faaliyetine devam edebilmektedir.

2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 2. maddesinde ÇED, gerçekleştirilmesi plânlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerinin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmalar olarak tanımlanmıştır. ÇED'in amacı, faaliyetlerin gelecekte yol açabileceği olumsuz çevresel etkileri önceden hesaba katmak suretiyle, çevre hukukunun en temel ilkesi olan önleyiciliğin gerçekleştirilmesini temin etmek ve karar vericilere yatırım ya da projenin çevreye etkilerini göstererek onların doğru karar vermelerini sağlamaktır (E.2013/89, K.2014/116, 03/07/2014). İhtiyatlılık İlkesi, uluslararası çevre hukukunun genel ve temel ilkesi olup, Rio Bildirgesi başta olmak üzere, Türkiye'nin de taraf olduğu birçok uluslararası sözleşmede yer almaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz.STILL ONLY ONE EARTH: Lessons from 50 years of UN sustainable development policy BRIEF 4 The Precautionary Principle Jose Felix Pinto-Bazurco October 2020). Çevre konusunda Sözleşme dışı enstrümanları da kullanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ihtiyatlılık ilkesini kararlarında kullanmaktadır. Tatar-Romanya kararı (başvuru

no: 67021/01, 27/01/2009), Rio Deklarasyonu'nun 15. İlkesini referans almıştır: “.. *ihtiyatlılık ilkesi, devletlere, bilimsel ve teknik kesinlik yokluğunda, çevreye ağır ve geri dönüşü olmayan bir zarar riskini engellemeye yönelik etkili ve ölçülü tedbirleri almakta gecikmemeyi tavsiye eder*” (prg.109); “... *Mahkeme, 'Topluluğun faaliyetlerinin tamamında, sağlık, tüketici ve çevre güvenliği bakımından yüksek bir koruma seviyesi sağlamak amacıyla uygulanmaya yönelik' olan, ilk olarak Rio Deklarasyonu'nda kabul edilmiş bulunan ihtiyatlılık ilkesinin önemini hatırlatır*”. (prg.120).

Anayasa'nın 56. maddesinin birinci fıkrasında “*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*” hükmüne yer verilmek suretiyle sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anılan maddenin ikinci fıkrasında, çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumanın ve çevre kirlenmesini önlemenin devletin ve vatandaşların ödevi olduğu belirtilmiştir. Madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere, devlete, vatandaşın korunmuş çevre şartlarında, beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmesini sağlamanın yanında, hem kirlenmenin önlenmesi hem de doğal çevrenin korunması ve geliştirilmesi için gereken tedbirleri alma ödevi yüklenmiştir. 2872 sayılı Kanun'un, Anayasa'nın 56. maddesiyle devlete yüklenen, çevre kirlenmenin önlenmesi, doğal çevrenin korunması ve geliştirilmesi için gereken tedbirleri alma ödevinin ifası amacıyla çıkarıldığı anlaşılmaktadır (E.2013/89, K.2014/116, 03/07/2014).

2872 sayılı Yasa'nın değiştirilen 2. maddesinde, sürdürülebilir çevre “*Gelecek kuşakların ihtiyaç duyacağı kaynakların varlığını ve kalitesini tehlikeye atmadan, hem bugünün hem de gelecek kuşakların çevresini oluşturan tüm çevresel değerlerin her alanda (sosyal, ekonomik, fizikî vb.) ıslahı, korunması ve geliştirilmesi sürecini ifade eder*”; sürdürülebilir kalkınma ise “*Bugünkü ve gelecek kuşakların, sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulması esasına dayalı kalkınma ve gelişmeyi ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkelerinin içeriği itibarıyla hem bugünün hem de gelecek kuşakların çevresini oluşturan tüm çevresel değerlerin her alanda ıslahı, korunması ve geliştirilmesi ile sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına aldığı açıktır (E.2006/99, K.2009/9, 15/01/2009).

Gerek yaşam hakkıyla gerekse sağlık hakkıyla olan yakın ilişkisi, bugünkü nesil kadar, hatta daha çok gelecek nesilleri ilgilendirmesi çevre hakkını günümüzde çok daha önemli hâle getirmektedir. Çevrenin kirlendikten ve bozulduktan sonra eski hâline getirilmesinin çok güç ve külfetli olması hatta kimi zaman mümkün olmaması nedeniyle, kalkınma ve ekonomik gelişme için yapılacak yatırım ve faaliyetlerin, doğayı tahrip etmeden ve çevreyi kirletmeden gerçekleştirilmesi; kirlenen çevrenin temizlenmesi veya bozulan çevrenin onarılması yerine, kirliliği ve bozulmayı önleyici tedbirlere ağırlık verilmesi gerekir. Bu bağlamda ÇED, kalkınma ve ekonomik gelişme için yapılacak yatırım ve faaliyetlerin, doğayı tahrip etmeden ve çevreyi kirletmeden gerçekleştirilmesinde kullanılan, karar verme sürecini etkileyen, dolayısıyla karar mercilerine, kararlarını sağlıklı bir şekilde verebilmeleri için seçenek üreten ve bu seçeneklerin olumlu ve olumsuz yönlerini saptayan bir yöntem olarak görülmektedir. Bu nedenle AYM'ye göre; “*çevresel etkisi bulunan yatırımların çevrenin korunması amacına dayandığı anlaşılan ÇED uygulamasının kapsamı dışına çıkarılmasının sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına müdahale teşkil ede(r).*” (E.2013/89, K.2014/116, 03/07/2014).

AYM bir başka kararında ise, Anayasa'nın 5. ve 56. maddeleri ile Devlete verilen görevlerin yaşama geçirilmesi bakımından, maden mevzuatıyla getirilen düzenlemelerin, ÇED raporu dahil, büyük önem taşıdığını, madencilik faaliyetlerinin belli bir plan ve program çerçevesinde yapılması gerektiğini, Anayasa'da yer alan sağlıklı ve dengeli çevre kavramına,

doğal güzelliklerin korunduğu, kentleşme ve sanayileşmenin getirdiği hava ve su kirlenmesinin önlendiği bir çevre kadar, işin niteliğine göre belirli esaslara uygun olarak madencilik faaliyetlerinin gerçekleştirildiği çevrenin de gireceğinin kuşkusuz olduğunu belirtmiştir. Oysa iptali istenen kural rödovans sözleşmesine konu faaliyetlerin çevreye uygunluğunun incelenmesini olanaksız kılmakta, madencilik açısından denetimsiz bir alan oluşturmakta ve bu da Devletin bu konudaki gözetim ve denetim görevini yerine getirmesine engel olmaktadır. *Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, getirilecek kuralın, ekonomik, bürokratik ve fiili yükümlülüklerle yol açacağı ve üretim faaliyetlerinin etkileneyeceği gerekçeleriyle vazgeçilecek haklardan değildir.* İnsanın, toplumun ve çevrenin varlık, sağlık ve güvenliği ile ilgili Anayasa'nın Devlete yüklediği görev göz önünde bulundurulduğunda, itiraz konusu kuralın ÇED uygulamasını dolaylı yoldan kaldıran bir hükmü Anayasaya uygun olamaz (Bkz., aynı yönde E.2011/110, K.2012/79, 24/05/2012).

Dava konusu kural ile rödovans sözleşmesi yapan firma için ÇED izninin alınması zorunluluğu ortadan kaldırılmaktadır. Oysa ÇED uygulamasının kapsamı dışında bırakılmanın, bu faaliyetlerin gelecekte yol açabileceği olumsuz çevresel etkileri önceden değerlendirilerek çevre kirliliğinin ve tahribatının önlenmesi bakımından gereken tedbirlerin alınmasını engelleyeceğinden sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına müdahale niteliği taşıdığı açıktır.

Kanun koyucu tarafından saygı gösterilmesi gereken sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, uluslararası seviyedeki bağlayıcı normlar ve yumuşak hukuk (*soft law*) belgeleri tarafından da öngörülmektedir. Türkiye'nin de taraf olduğu 1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m.12/1-b, sağlık hakkının bir unsuru olarak ve dolaylı şekilde sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına atıf yapmaktadır. 1992'de Rio de Janeiro'da ilan edilen Rio Bildirgesi'nin 1. maddesi uyarınca: *“İnsanların, tabiatla uyum içinde, sağlıklı ve üretken bir yaşam hakları vardır”*. Devletlerin, öncelikle, özellikle tehlikeli bir faaliyet söz konusu olduğunda, bu faaliyetten kaynaklanabilecek risk konusunda, ilgili faaliyetin özelliklerine uygun bir düzenleme getirmeleri pozitif yükümlülükleri vardır (AİHM, Cordella ve diğerleri/İtalya, başvuru no: 54414/13, 54264/15, 24/01/2019, p.159). Yine AİHM'ye göre; *“Tabiatla ormanların ve daha genel olarak çevrenin korunması, savunulması kamuoyunda ve bunun sonucunda da kamu makamlarında devamlı ve güçlü bir ilgi doğuran bir değer oluşturmaktadır. Ekonomik gereklilikler ve hatta mülkiyet hakkı gibi bazı temel haklara, özellikle de devlet bu konuda yasa yaptığında, çevrenin korunmasına ilişkin düşünceler karşısında, öncelik verilmemelidir”* (AİHM, Turgut ve diğerleri/Türkiye, başvuru no: 1411/03, 08.07.2008, p. 90).

Öte yandan devlete yüklenen sürdürülebilir ekonomik kalkınmanın sağlanması ödevinin yerine getirilmesi amacıyla sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına müdahalede bulunulması mümkündür. Ancak bu müdahalenin, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olması gerekir. Ölçülülük ilkesi, yasal önlemin öngörülen amaç için zorunlu ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Bugünkü ve gelecek kuşakların, sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulması esasına dayalı kalkınma ve gelişmeyi ifade eden sürdürülebilir kalkınmanın gerçekleştirilmesi, Devletin görevleri arasındadır (E.2013/89, K.2014/116, 03/07/2014). Oysa iptali istenilen düzenleme ile öngörülen projelerde ÇED uygulanmasından ayrılmayı gerektirecek haklı bir neden bulunmamaktadır. İlgili faaliyetlerin devamının üstün bir kamu yararına dayalı olarak alındığı, faaliyete devam edilmemesi halinde ciddi kamusal zararlara yol açılmasının söz konusu olduğu iddia edilmemektedir. Zaten bu

husus dikkate alınarak, çevrenin korunması ve işletmenin faaliyetlerinin kesilmesinin oluşturacağı zarar arasında bir denge kurulması için gerekli kriterler de yasaya konulmamış, doğrudan işletmenin ÇED raporu almaksızın faaliyetinin devamı tercihi yapılmıştır. Kaldı ki bu dönemde çevreye verilen zararlar, çevrenin kirlenmesi veya tahribatı, ağır düzeylere ulaşmış, geri dönülemez bir aşamaya ulaşmış bile olabilir. ÇED uygulaması, çevrenin korunmasını, çevre kirliliğinin ve tahribatının hangi aşamada olursa olsun yavaşlatılmasını sağlayacak veya zararın onarılmasının başlangıcını oluşturabilecektir. Dolayısıyla bu aşamada, ilgili yatırım yönünden varsa olumsuz çevresel etkilerin önlenmesi ve/veya çevreye zarar vermeyen, hukuken ve çevresel açıdan kabul edilebilir bir düzeyde en aza indirilmesi için alternatif çözümler bulmak mümkün olabilecektir. Dolayısıyla “Anayasa’nın 56. maddesiyle Devlete yüklenen çevrenin korunması ödevinin bir gereği olduğu kabul edilen ÇED uygulamasının dışında tutulmasının zorunlu bir önlem niteliği taşımadığı” da kabul edilmelidir (Bkz. aynı yönde, E.2013/89, K.2014/116, 03/07/2014).

Kaldı ki AYM 15/01/2009 tarihli ve E.2006/99, K.2009/9 sayılı kararında 2006 yılında 2872 sayılı Kanun’un 10. maddesi değiştirilerek getirilen “Petrol, jeotermal kaynaklar ve maden arama faaliyetleri, Çevresel Etki Değerlendirmesi kapsamı dışındadır.” hükmünü Anayasanın 56. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasal hükmü hatırlatan Mahkeme, “Günümüzde çevrenin kirlendikten veya bozulduktan sonra eski hale getirilmesinin çok külfetli olması, hatta kimi durumlarda olanaksız bulunması nedeniyle, kirlenen çevreyi temizleme veya bozulan çevreyi onarma yerine, olumsuz etkileri baştan önlemenin yöntemleri aranmaktadır. ÇED, kalkınma ve ekonomik gelişme için yapılacak yatırım ve faaliyetlerin, doğayı tahrip etmeden ve çevreyi kirletmeden gerçekleştirilmesinde kullanılan yöntemlerden birisidir. ÇED ile korunmaya çalışılan temel unsur, çevre ve bu çevre içerisindeki varlıklardır.

ÇED kapsamı dışında tutulan arama faaliyetlerinin, biyolojik çeşitlilik üzerinde ya da doğada değişiklikler meydana getirebileceği, bu değişikliklerin uzun dönemli etkilerinin olabileceği, bu nedenle çevre için riskler taşıdığı açıktır. Bu açıdan kural kapsamındaki arama faaliyetinde, mevcut risklerin ortadan kaldırılabilmesi ve önlenbilmesi için ÇED’in öngörülmesi, Anayasa’nın 56. maddesinde Devlete verilen çevrenin korunması yükümlülüğünün bir gereğidir. Kuralla, petrol, jeotermal kaynaklar ve maden arama faaliyetlerinin çevresel etki değerlendirilmesi kapsamı dışında tutulması Anayasa’nın 56. maddesine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.” şeklinde görüşünü açıklamıştır.

Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, iptali istenen kuralla ÇED izni alma zorunluluğu 1993 yılından önce faaliyete başlayan ve rödovans sözleşmesi yaparak faaliyetlerine devam eden bir firma için gerekli görülmemektedir. Böylece yasa koyucu, ÇED raporu alınmamasının ilanihaye devam etmesinin yolunu açmıştır. Şu halde, ihtilafli düzenleme, Anayasa’nın 56. maddesinin bir tatbik biçimi olan ve çevre hukukunun etkililik aracı olan ÇED raporu güvencesini ortadan kaldırmakta ama onun yerine Anayasa’nın devlete verdiği çevreyi koruma yükümlülüğünü yerine getirecek muadil bir tedbir öngörmemektedir. Oysa maden gibi çevreye onulmaz zararlar verebilecek bir alanda, salt rödovans sözleşmesi yapıldığı bahanesiyle ÇED muafiyeti sürdürülemez. Kaldı ki ÇED uygulamasının önemi dikkate alındığında devletin madencilik sahasında bu rapor olmadan hiçbir faaliyete izin vermemesi, bir şekilde bu raporun elde edilmesini gerekli kılması gerekir. Önceki raporların dahi bir şekilde yeni ÇED süreçleri ile revize etmenin çevresel açıdan en sağlıklı yöntem olduğu değerlendirmeleri yapılırken devletin hiçbir şekilde ÇED alınmamış faaliyetleri aynı şekilde devamı yönünde düzenlemeler yapması kabul edilemez.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural *ÇED yönünden* Anayasa'nın 5. ve 56. maddelerine aykırıdır, iptal edilmesi gerekir.

3. 7257 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 3213 sayılı Kanun'un ek 15 inci maddesinin birinci fıkrasına eklenen "*işletme izni alanı dışındaki mücavir sahalara yirmi metreye kadar*" ibaresinin *ÇED yönünden* Anayasaya aykırılığı

Bu değişiklik ile 3213 sayılı Kanunun ek 15. maddesinin birinci fıkrasındaki "*müjavirdeki sahalara*" ibaresi, "*işletme izni alanı dışındaki mücavir sahalara yirmi metreye kadar*" şeklinde değiştirilmiştir. Mücavir kelimesi TDK sözlüğünde "yakın komşu olan" anlamına gelmektedir. Bu değişiklik, izinsiz yürütülen faaliyetlerin alanını genişletmeye dönüktür. Böylece "*işletme izni alanı dışındaki*" komşu sahalara yirmi metreye kadar yapılan müdahalelerde, yani ruhsat alanından taşmalara Türk Ceza Kanununa göre cezai işlem yapılması engellenmek amaçlanmıştır. Başka bir ifadeyle, işletmeler, işletme izni alanı + mücavir saha + 20 metreye kadar olan mesafelerde yaptığı müdahalelerde sorumluluk taşımayacak, bu alanlar işletme alanı gibi değerlendirilecektir.

Bu yasal değişiklik öncesi, mücavir alan, komşu ruhsat alanından ibaretti. Bu değişiklik ile ruhsat alanı olsun veya olmasın mücavir alana yirmi metre mesafeye kadar tüm alanlar müdahaleye açık hale gelmektedir. Bu şekilde işletmenin müdahalede bulunacağı alanın genişletilmesi, *ÇED* mevzuatına aykırılık oluşturur. Ruhsat sahipleri ancak *ÇED* alanı ve işletme izni alanı içerisinde faaliyette bulunabilir, *ÇED* alanı ve işletme izin alanı dışında ise faaliyette bulunamazlar.

Bir önceki başlık altında ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesine göre günümüzde çevrenin kirlendikten veya bozulduktan sonra eski hale getirilmesinin çok külfetli olması, hatta kimi durumlarda olanaksız bulunması nedeniyle, kirlenen çevreyi temizleme veya bozulan çevreyi onarma yerine, olumsuz etkileri baştan önlemenin yöntemleri aranmaktadır. *ÇED*, kalkınma ve ekonomik gelişme için yapılacak yatırım ve faaliyetlerin, doğayı tahrip etmeden ve çevreyi kirlilemeden gerçekleştirilmesinde kullanılan yöntemlerden birisidir. *ÇED* ile korunmaya çalışılan temel unsur, çevre ve bu çevre içerisindeki varlıklardır.

ÇED kapsamı dışında tutulan madencilik faaliyetlerinin, biyolojik çeşitlilik üzerinde ya da doğada değişiklikler meydana getirebileceği, bu değişikliklerin uzun dönemli etkilerinin olabileceği, bu nedenle çevre için riskler taşıdığı açıktır. Bu açıdan kural kapsamındaki arama faaliyetinde, mevcut risklerin ortadan kaldırılabilmesi ve önlenbilmesi için *ÇED*'in öngörülmesi, Anayasa'nın 56. maddesinde devlete verilen çevrenin korunması yükümlülüğünün bir gereğidir (E.2006/99, K.2009/9, 15/01/2009).

Yine AYM'ye göre *sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, getirilecek kuralın, ekonomik, bürokratik ve fiili yükümlülüklerle yol açacağı ve üretim faaliyetlerinin etkileneceği gerekçeleriyle vazgeçilecek haklardan değildir*. İnsanın, toplumun ve çevrenin varlık, sağlık ve güvenliği ile ilgili Anayasa'nın Devlete yüklediği görev göz önünde bulundurulduğunda, itiraz konusu kuralın *ÇED* uygulamasını dolaylı yoldan kaldıran bir hükmü Anayasaya uygun olamaz (Bkz., aynı yönde E.2011/110, K.2012/79, 24/05/2012). Aynı zamanda bahsedilen alanın "*Anayasa'nın 56. maddesiyle Devlete yüklenin çevrenin korunması ödevinin bir gereği olduğu kabul edilen ÇED uygulamasının dışında tutulmasının zorunlu bir önlem niteliği taşımadığı*" da açıktır (Bkz. aynı yönde, E.2013/89, K.2014/116, 03/07/2014).

Kanun koyucunun saygı göstermesi gereken sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, uluslararası seviyedeki bağlayıcı normlar ve yumuşak hukuk (*soft law*) belgeleri tarafından da öngörülmektedir. Türkiye'nin de taraf olduğu 1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m.12/1-b, sağlık hakkının bir unsuru olarak ve dolaylı şekilde sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına atıf yapmaktadır. 1992'de Rio de Janeiro'da ilan edilen Rio Bildirgesi'nin 1. maddesi uyarınca: "*İnsanların, tabiatla uyum içinde, sağlıklı ve üretken bir yaşam hakları vardır*". Devletlerin, öncelikle, özellikle tehlikeli bir faaliyet söz konusu olduğunda, bu faaliyetten kaynaklanabilecek risk konusunda, ilgili faaliyetin özelliklerine uygun bir düzenleme getirmeleri pozitif yükümlülükleri vardır (AİHM, Cordella ve diğerleri/İtalya kararı, başvuru no: 54414/13, 54264/15, 24/01/2019, p.159). Yine AİHM'ye göre; "*Tabiatla ormanların ve daha genel olarak çevrenin korunması, savunulması kamuoyunda ve bunun sonucunda da kamu makamlarında devamlı ve güçlü bir ilgi doğuran bir değer oluşturmaktadır. Ekonomik gereklilikler ve hatta mülkiyet hakkı gibi bazı temel haklara, özellikle de devlet bu konuda yasa yaptığında, çevrenin korunmasına ilişkin düşünceler karşısında, öncelik verilmemelidir*" (AİHM, Turgut ve diğerleri/Türkiye, başvuru no: 1411/03, 08.07.2008, p.90).

İhtilafli düzenleme, Anayasa'nın 56. maddesinin bir tatbik biçimi olan ÇED raporu güvencesini ortadan kaldırmakta ama onun yerine Anayasa'nın devlete verdiği çevreyi koruma yükümlülüğünü yerine getirecek muadil bir tedbir öngörmemektedir.

Açıklanan nedenlerle madencilik faaliyetlerinde ÇED kapsamı dışına çıkılmasını meşrulaştıran söz konusu düzenlemenin ÇED raporu yönünden Anayasa'nın 56. maddesine aykırılık oluşturduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla, bu ibarenin ÇED yönünden iptal edilmesi gerekir.

4. 7257 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle 18/4/2001 tarihli ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'na eklenen ek 1. maddenin;

a. İkinci fıkrasının üçüncü cümlesinin Anayasaya aykırılığı

İptali istenen cümle ile madde kapsamındaki devirlere dair tüm işlemlerin her türlü vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden istisna tutulduğu ifade edilmektedir. İptali istenen cümlenin yer aldığı maddede ise; Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ilgili KİT'ler ile bunların bağlı ortaklıkları tarafından yurt dışında kurulan ve hâlihazırda özellikle petrol, doğal gaz ve madencilik alanlarında faaliyet göstermekte olan şirketlerin Türkiye'deki şubelerinin bulunduğu yerlerde Cumhurbaşkanı kararıyla aynı şirketlerin ortaklarınca işletme konuları, ticaret unvanları, sermayeleri ve ortaklık payları aynı kalmak kaydı ile ayrı birer şirket kurulabilmesine imkân sağlanmakta; kurulacak şirketlerin yurt dışındaki şirketlerin her türlü haklarını, alacaklarını, yükümlülüklerini, taşınır ve taşınmazlarını, personellerini vb. yapılacak protokollerle devralması ve devir sonrası yurt dışındaki şirketlerin Türkiye'deki şubelerini kapatması amaçlanmaktadır.

Anayasa'nın 73. maddesinde, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin temel ilkeleri düzenlenmiştir. Vergilendirmede genel kural, yasayla belirlenmiş konu ve kişilerden vergi, resim ve harç alınmasıdır. Yasa koyucu, kimi durumlarda vergi kapsamına alınan konuyu, kimi durumlarda da kişileri vergi dışında tutabileceği gibi, verginin tümünden ya da bir bölümünden vazgeçebilir. Buna göre, birtakım nedenlerle, kimi kişi veya konuların vergi dışı bırakılması ya da bir kısım vergiden vazgeçilmesi hususlarının da yasalarla belirlenmiş olması gerekir. Vergi, resim ve harç yasalarında sosyal, ekonomik, mali ve kültürel amaçlı

birtakım muaflık, istisna ve indirimler getirilmesi, yasa koyucunun takdirine bağlı bir konudur (E.2006/61, K.2007/91, 30/11/2007). Ancak *kanun koyucu vergi koyma, kaldırma, istisna tutma ve muafiyetten yararlandırma gibi düzenlemeler sırasında takdir yetkisini kullanırken, kamu yararı, mali güç, sosyal ve ekonomik amaç, kamu hizmetinin en iyi biçimde görülmesi gibi haklı nedenlere dayanması gerektiğini ve ancak bu suretle vergide adalet ve eşitlik ile genellik ilkelerine istisnalar getirebileceğini gözetmelidir*. Yine AYM'ye göre vergi konusunda tanınan muaflık, istisna ve indirimler, yasa koyucu tarafından mali güce göre vergilendirmenin ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının sağlanmasının araçları olarak kabul edilmeli ve bu amaçla kullanılmalıdır (E.2006/61, K.2007/91, 30/11/2007).

Ayrıca vergilerin yasayla getirilmesi, yalnız başına vergilendirme yetkisinin keyfi kullanılarak adaletsiz sonuçlar doğurmasını engelleyemeyeceğinden, *yasallık ilkesi yanında verginin genel ve eşit olması, idare ve kişiler yönünden duraksamaya yol açmayacak belirlilik içermesi, geçmişe yürümemesi, öngörülebilir olması ve hukuk güvenliği ilkesine de uygunluğunun sağlanması gerekir* (E.2003/73 K.2003/86, 07/10/2003).

Anayasa Mahkemesi için “*vergi hukuku alanında kabul gören ve Anayasa ile de güvence altına alınan vergilendirme esaslarından, beklenmedik doğal felaketler, savaş ve seferberlik hali, siyasi, ekonomik ve sosyal krizler gibi toplumu temelden sarsabilecek olaylar nedeniyle farklı düzenlemeler getirilmesi mümkün ise de, bunun dışındaki düzenlemeler, sosyal adaleti, sosyal refahı ve sosyal güvenliği sağlamakla yükümlü olan hukuk devletinin bu niteliği ile bağdaşmaz.*” (E.2003/73 K.2003/86, 7.10.2003).

4/4/2018 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Esas 2017/117 Karar 2018/28 sayılı kararında ise, Anayasa Mahkemesi şu ifadeleri kullanmıştır: “*Verginin mali güce göre alınması ve genelliği ilkeleriyle vergilendirmede eşitlik ve adaletin gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. Ekonomi ve vergi hukuku alanında mali güce ilişkin göstergelerin gelir, servet ve harcamalar olduğu kabul edilmektedir. Mali güç; ödeme gücünün kaynağı, dayanağı, nedeni ve varlık koşuludur. Kanun koyucunun vergilendirmede, kişilerin sahip olduğu ekonomik değer ile mali güçlerini göz önünde bulundurması gerekir. Vergide genellik ilkesi, herhangi bir ayırım yapılmaksızın mali gücü olan herkesin vergi yüküne katılmasını ve vergi ödemesini ifade eder. Mali güce göre vergilendirme, verginin yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır.*”

Anayasa'nın 73. maddesinin ikinci fıkrasında ise vergi yükünün adaletli ve dengeli bir biçimde dağılımı öngörülmüştür. Vergilendirilecek alanların seçimi ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı için yükümlülerin kişisel durumlarının kanunlarda gözetilmesi gerekir ...

Bu anlamda, devletin vergilendirme yetkisi vergide yasallık, mali güç ve genellik gibi kimi anayasal ilkelerle sınırlandırılmıştır. Buna göre vergi, Anayasa'nın öngördüğü ilkeleri gözeterek şekilde kanunla düzenlenmeli ve doğal olarak vergide eşitlik ilkesinin uygulama aracı olan mali gücü de yansıtmalıdır. Vergi tekniği, vergi adaletini yansıtmadıkça maliye politikasının sosyal amacını gerçekleştirmez”.

Yasa koyucunun, devir işlemlerine ilişkin vergi muafiyeti getirirken, yani verginin anayasal ve geleneksel ilkelerine -*verginin genel ve eşit olması*- istisna kurallar getirirken, bunun kamu yararı açısından üstün ve haklı nedenlerini somut şekilde göstermesi gerekir. Vergi muafiyetine konu işlemlerin Bakanlıkla ilgili KİT'lerle ilgili özel hukuk hükümlerine tabi şirketlere ilişkin olması verginin geleneksel ve anayasal ilkelerinden sapmayı haklı kılmak ve ancak istisnai olarak öngörülebilecek muafiyeti meşrulaştırmak için tek başına yeterli sebep

olarak görülemez. Geleneksel vergi adaleti ilkeleri olan vergide genellik ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturan bu ibare, Anayasanın 73. maddesine aykırıdır ve iptali gerekir.

Özetle iptali istenen kural ile 4646 sayılı Kanuna eklenen ek 1. maddesinde belirtilen iş ve işlemlerin her türlü resim harç ve benzeri mali yükümlülüklerden istisna tutulmasını, yani Anayasa ile de güvence altına alınan vergilendirme esaslarından sapılmasını gerektirendiren hiçbir haklı olağanüstü neden gösterilememiş, bu vergi ve benzeri yükümlülüklerden istisna tutmanın mali güce göre vergilendirme ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımından istisnaen sapılması açısından neden gerekli olduğu belirtilmemiştir.

Açıklanan nedenlerle geleneksel vergi adaleti ilkeleri olan vergide genellik ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturan ve bu aykırılığın hiçbir haklı gerekçesini sunmayan bu kural, Anayasanın 73. maddesine aykırıdır ve iptali gerekir.

b. Üçüncü fıkrasının ilk cümlesi ile ikinci cümlesindeki “8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,” ifadelerinin Anayasaya aykırılığı,

Bu madde ile 4646 sayılı Doğal gaz Piyasası Kanununa ek 1. madde ilave edilmiştir. Buna göre, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ilgili KİT’ler ile bunların bağlı ortaklıkları tarafından yurt dışında kurulan ve hâlihazırda özellikle petrol, doğal gaz ve madencilik alanlarında faaliyet göstermekte olan şirketlerin Türkiye’deki şubelerinin bulunduğu yerlerde Cumhurbaşkanı kararıyla aynı şirketlerin ortaklarınca işletme konuları, ticaret unvanları, sermayeleri ve ortaklık payları aynı kalmak kaydı ile ayrı birer şirket kurulabilmesine imkân sağlanmakta; kurulacak şirketlerin yurt dışındaki şirketlerin her türlü haklarını, alacaklarını, yükümlülüklerini, taşınır ve taşınmazlarını, personellerini vb. yapılacak protokollerle devralarak faaliyet göstermesi ve devir sonrası yurt dışındaki şirketlerin Türkiye’deki şubelerini kapatması amaçlanmaktadır.

İptali istenen cümle ve ibareleri içeren üçüncü fıkrada ise, Türkiye’de kurulacak bu yeni şirketlerin “işletme konusu dâhilinde olmak kaydıyla” yurt içindeki ve yurt dışındaki faaliyetlerinde, 2522 sayılı Kamu Kuruluşlarının Yurt Dışındaki İhalelere Katılması Hakkında Kanuna tabi olmadıkları gibi bu şirketlere 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmektedir.

İhale, devletin mal edinmesi ya da elden çıkarmasının belirli ilke, usul, şart ve kayıtlamalar altında yürütülüp sonuçlandırıldığı işlemler zinciridir. Dolayısıyla ihale kanunları Devletin mal edinmesi ve elden çıkarmasının temel normlarıdır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na veya 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi olsun ya da olmasın kamu kaynağı kullanılarak yapılan tüm ihalelerde ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ile kaynakların verimli kullanılmasının önkoşulunu, ihalede saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerinin sağlanması oluşturur.

Kamu ihalelerinde saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkeleri; kamu maliyesi açısından “Hazine yararını”, toplum ekonomisi açısından “teknoloji üretimi” ile “ekonomik gelişmeyi”, moral değerler açısından ise kamu otoritesine sağlanan “toplumsal güven” üzerinden siyasal rejimin meşruiyetini sağlar. Kamuya mal ve hizmet alımlarında idarenin tamamen serbest bir şekilde hareket etmesi, sınırları belirsiz, ucu açık, her ihaleye ve isteklilere göre değişebilen çok geniş bir çerçevede hareket etme imkânı verilmesi yukarıda sıralanan yararların göz ardı edilmesi sonucunu doğurur. Zira bu kuralsızlık ve belirsizlik, yolsuzluk ve usulsüzlükleri teşvik

eder ve kamu ihalelerinin kamu yararına sonuçlandırılmasını engeller. İdareye tanınan çok geniş takdir yetkisi, ihale yolsuzluk ve usulsüzlüklerine zemin oluşturur. Oysa kamu kaynaklarının en iyi şekilde kullanılması anlayışı içerisinde tüm ihale işlerinde, kamu yararını önceleyen, önceden belirlenmiş kurallara göre işleyen ve ihalelerde saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerini hayata geçiren bir sürecin hem de kamuoyunun önünde işletilmesi gerekir.

Hâlbuki yukarıda belirtilen ve fıkranın iptali istenen cümle ve ibareleriyle mal ve hizmet alımları ve yapım işlerinin saydam, rekabetçi, kamuoyu denetimine açık, güvenilir usullerle temin edilmesi yerine, idare bunu sağlayan düzenlemelerden bağışık tutularak, keyfi hareket edebileceği çok geniş ve kuralsız bir takdir yetkisi ile donatılmaktadır. Bu durumun ise, hem idare hem de ihale işlerinde onun muhatapları açısından hukuki güvenliği ve öngörülebilirliği ortadan kaldırdığı; adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleriyle bağdaşmadığı; rekabeti sağlamaktan uzak olduğu; neticede kamu yararına aykırı sonuçlara yol açacağı açıktır.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarına göre, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, "27. ...*Kanunların kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.*

28. *Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.*" (E.2014/87, K.2015/112, 08/12/2015).

Ayrıca 4646 sayılı Kanununa ek 1 inci maddede, ilgili kanunlardan istisna tutulan faaliyetlerinde işletmelerin kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla uyması gereken usul ve ilkeleri -saydamlık, rekabet, eşit muamele- belirleyen bir kural da yer almamaktadır. Bu da bahsedilen işlerin bütünüyle idarenin takdirine bırakıldığı anlamına gelir, dolayısıyla bu hususta idari pratikler belirleyici konumdadır. Bu şekilde hiçbir usul ve ilke belirlenmeden veya ilgili kurallara atıfta bulunulmadan işlerin yürütmeye bırakılması hukuki öngörülebilirlik açısından sorunludur.

Bu nedenle, iptali istenen cümle ve ibarelerle idareye sınırları belirsiz ve ucu açık geniş bir yetki verilmekte, idarenin her ihaleye ve isteklilere göre değişebilen, kamuoyu tarafından bilinmeyen ve bilinmesi de mümkün olmayan; dolayısıyla da hukuki belirlilik ile ihalede saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde faaliyetlerini yürütme yetkisi verilerek yaratılan hukuksal belirsizlik içinde keyfi uygulamaların önü açılmakta; böylece her ihaleye göre değişebilen öngörülemez tutumlar temelinde işlemlerin yapılması nedeniyle hukuksal güvenlik ilkesi ortadan kaldırılmaktadır. Oysa devletin kamu ihalelerinde saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerini hayata geçirecek kuralları koyması, onları kamu yararını sağlayacak şekilde uygulaması, toplumsal güveni temin etme ve devam ettirmenin en önemli şartı olarak gözükmektedir.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında, devlet harcamalarında kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel olmadığını ifade etmiş, “*Ancak bir mal ve hizmet alımı ihalesi 4734 sayılı Kanun’da (vb. kanunlarda) belirlenen usullerin dışına çıkarılırken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmeli*”, bunu sağlayacak kurallar getirilmeli demiştir (E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 158-161).

Şu halde, kanun koyucu tarafından bu alanda yaratılan istisnanın;

- 1) Kamu yararı amacı izlemesi,
- 2) Genel kuraldan ayrılırken, istisnai usule ilişkin çerçevenin kanunda çizilmesi gerekir.

Ancak, iptali istenen kurallarla ilgili işletmelerin mal ve hizmet alımları ve diğer işlerinde hiçbir belirleme yapılmayıp idarenin keyfilğine açık, geniş bir alan bırakılması, bu durumun ise hukuki belirlilik ve hukuksal güvenlik ilkeleriyle bağdaşmaması nedeniyle, iptali istenen kurallar Anayasa’nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle Anayasa’nın 2. ve 7. maddelerine aykırı olan kuralın iptal edilmesi gerekir.

5. 7257 sayılı Kanun’un 10. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kanun’un 3. maddesinin birinci fıkrasının (m) bendinde yer alan “*yapılacak her türlü doğal gaz alımları*” ibaresinin Anayasa aykırılığı

İptali istenen ibare ile 4734 sayılı Kanun’un 3. maddesinin birinci fıkrasının (m) bendinde yer alan “*ithalat yoluyla yapılacak spot sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) alımları,*” ibaresi kaldırılmış ve yerine “*yapılacak her türlü doğal gaz alımları,*” ibaresi getirilmiştir. Bu şekilde sadece sıvılaştırılmış doğal gaz ithalatı değil, tüm doğal gaz ithalatı Kamu İhale Kanunu dışına çıkarılmaktadır. Bu istisna, ilgili idareye bu Kanun hükümlerini uygulamadan, her türlü doğal gaz alımlarını yapma imkânı vermektedir. Oysa 4734 sayılı Yasa dışına çıkılarak yapılan doğal gaz alımları saydamlık ve hesap verilebilirlik kriterleri geçerli olmadığından, kamu yararına aykırı şekilde, oldukça yüksek fiyatlarla olabilecektir.

Diğer taraftan doğal gaz alımlarında çok uzun süreli sözleşmeler yapılabilmektedir. Bu uzun süreli sözleşmelerin de hiçbir rekabet koşuluna uyulmadan kamu ihale kanunu kapsamı dışında yapılması, kamu yararına aykırı olarak ülkenin çok uzun taahhütler altına sokulması anlamına gelebilecektir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 3. maddesinde kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının istisnaya tabi hizmet alımları belirlenmiştir. İlke olarak BOTAŞ’ın yapacağı doğal gaz alımlarının da saydam, rekabetçi, eşit muamele ilkelerine uygun ve kamuoyu denetimine açık, güvenilir ihale usulleriyle temin edilmesi gerekir, yani 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunması gerekir. Ancak iptali istenen ibare ile bu alımlar Kanun kapsamından çıkarılmış, kamu kaynağı kullanan işletmelere çok geniş ve kural dışı bir şekilde hareket edebileceği bir alan bırakılmıştır. Bu durum ise hukuki güvenliği ve öngörülebilirliği sağlamadığı gibi adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleriyle de bağdaşmaz.

Oysa ihale; devletin mal edinmesi ya da elden çıkarmasının belirli ilke, usul, şart ve kayıtlamalar çerçevesinde yürütülüp sonuçlandırıldığı işlemler zinciridir. Dolayısıyla ihale kanunları, devletin mal edinmesi ve elden çıkarmasının temel normlarıdır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na veya 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi olsun ya da olmasın kamu kaynağı kullanılarak yapılan tüm ihalelerde ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ile kaynakların verimli kullanılmasının önkoşulu, ihalelerde saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerinin sağlanmasıdır.

Kamu ihalelerinde saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkeleri; kamu maliyesi açısından “Hazine yararını”; toplum ekonomisi açısından “teknoloji üretimi” ile “ekonomik gelişmeyi”; moral değerler açısından ise kamu otoritesine sağlanan “toplumsal güven” üzerinden siyasal rejimin meşruiyetini sağlar. Kamuya mal ve hizmet alımlarında idarenin tamamen serbest bir şekilde hareket etmesi; sınırları belirsiz, ucu açık, her ihaleye ve isteklilere göre değişebilen bir uygulama yapabilmesi, yukarıda sıralanan yararların göz ardı edilmesi sonucunu doğurur. Zira böylesine geniş bir yetki ve belirsizlik, yolsuzluk ve usulsüzlükleri teşvik eder, bunlara zemin hazırlar ve kamu ihalelerini kamu yararına sonuçlandırmayı engeller. Oysa kamu kaynaklarının en iyi şekilde kullanılması, ancak idarenin sınırları ve ilkeleri yasal olarak belirlenmiş, keyfiliğe karşı güvencelerin oluşturulduğu bir çerçevede hareket etmesini zorunlu kılar.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarına göre, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, “kanunların kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.” (E.2014/87, K.2015/112, 08/12/2015, § 27-28).

Ayrıca 4734 sayılı Yasa'nın geçici 4. maddesi istisna kapsamındaki bazı alımlara ilişkin ikincil mevzuatın çıkarılmasına ilişkin hükümler içermektedir. Ancak iptali istenen (m) bendine dair böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Geçici 4. maddeye göre sadece 4734 sayılı Yasanın 3. maddesinin (g) bendine ilişkin ikincil mevzuatın çıkarılması gerekmektedir. Özellikle bu sebepten “istisna kapsamında yapılacak alımlara ilişkin uygulamaya bakmakta yarar bulunmaktadır... Bu durum; ikincil mevzuat çıkarılması öngörülmemiş istisnalarla ilgili olarak farklı fikir ve uygulamaların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Kimi otoriteler, her istisna için bir düzenleme yapılmasının hukuk devleti olmanın bir gereği olduğunu söylemekte, kimileri de Kanunda ikincil mevzuat çıkarmaya ilişkin hüküm bulunmayan hallerde idarelerin serbest olduğunu belirtmektedir. ...serbest olsalar bile idare içinde uygulama birliği ve hesap verilebilirlik bakımından bu serbestilerini disipline edecek bir iç düzenleme şeklinde de olsa, uygulayıcıların dikkate alacakları bir mevzuatın olması için doğası gereği zorunludur” (https://www.sayistay.gov.tr/tr/Upload/95906369/files/yayinlar/Kamu_%C4%B0hale.pdf s. 16, 41). Özetle bu bent kapsamındaki işlerin tamamıyla idarenin takdirine bırakıldığı söylenebilir ve bu hususta idari pratikler belirleyici konumdadır. Kaldı ki bu çerçevede bir ikincil mevzuat çıkarılmış olsa dahi bu mevzuatın dayanacağı usul ve esasların yasadaki belirlenmemiş olması, böylece kamusal kaynakların kullanılmasına dair yasama organınca

harcama yetkisine izin verme ve bu yetkinin kullanımının denetiminin yapılabilmesine fırsat verilmesi de gerekir. Zira halk temsilcilerinin yürütmenin vergi toplamasına izin verme ve harcama yapmasına onay verme yetkilerinin bütünü ifade eden bütçe hakkı, meclislerin en temel işlevlerinden biridir. Bu açıdan bakıldığında da yasanın hiçbir usul ve esas tespit etmeden ve çerçeve çizmeden yürütmeye geniş bir yetki vermesi Anayasa'nın 7. maddesine de aykırılık içerir.

O halde iptali istenen düzenlemeyle, idareye sınırları belirsiz ve ucu açık geniş bir yetki verilmekte, idarenin her ihaleye ve isteklilere göre değişebilen, kamuoyu tarafından bilinmeyen ve bilinmesi de mümkün olmayan; dolayısıyla da hukuki belirlilik ile ihalede saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde hareket etmesinin önu açılmaktadır. Bu durum ise her ihalede değişebilen, herkes için öngörülemez tutum ve uygulamalarla ihale işlerinin yapılması nedeniyle hukuksal güvenlik ilkesini ortadan kaldırmaktadır. Oysa devletin kamu ihalelerinde saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerini hayata geçirecek kurallar koyması, kamu kaynaklarının doğru ve usulünce kullanılmasının temel şartıdır.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi, bir kararında (E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 158-161) iptali istenen ibareye benzer bir düzenlemenin TETAŞ için getirilmesini incelemiş ve devlet harcamalarında 4734 sayılı Kanun'un uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmadığını, kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel olmadığını ifade etmiş, "*Ancak bir mal ve hizmet alımı ihalesi 4734 sayılı Kanun'da belirlenen usullerin dışına çıkarılırken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmeli*" ve gerçekleştirilmelidir demiştir. Bu dosyada AYM, TETAŞ'ın enerji ihtiyacının temininde piyasa koşulları gözetilerek acil kararlar alma yükümlülüğü bulunduğunu, ilgili fıkra ile "*acil tedarik amaçlı elektrik enerjisi alımları Kamu İhale Kanunu kapsamı dışına çıkartılmakta*" olduğunu, bu çerçevede yapılan elektrik enerjisi alımlarının Kamu İhale Kanunu kapsamı dışına çıkarılmasıyla kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğünün söylenemeyeceğini, dolayısıyla kuralda hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmadığını ifade etmiştir.

İptali istenen kural ile "*acil tedarik amaçlı*" doğal gaz alımları gibi kamu yararıyla ilgili bir ölçüte dayanan bir ayrıma gitmeksizin BOTAŞ'ın her türlü doğal gaz alımlarının 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan istisna tutulması, bunun yanı sıra bu alımlara ilişkin hiçbir belirleme yapılmayıp idarenin keyfilğine açık, geniş bir alan bırakılması; bu durumların ise hukuki belirlilik ve hukuksal güvenlik ilkeleri yanında yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesiyle bağdaşmaması nedeniyle, iptali istenen kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı olan bu kuralın iptal edilmesi gerekir.

6. 7257 sayılı Yasanın 11. maddesi ile 4734 sayılı Kanunun geçici 4. maddesinin beşinci fıkrasına eklenen "*ve Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketinin ve bu şirketlerin bağlı ortaklıkları ile yurt dışında kurdukları şirketlerin*" ibaresinin Anayasaya aykırılığı

Bu değişiklikle BOTAŞ'ın, bağlı ortaklıkları ile yurt dışında kurdukları şirketlerin faaliyetleri, mal ve hizmet alımı ve yapım işleri, herhangi bir parasal sınır gözetmeksizin 4734 sayılı Yasanın istisnaları arasında sayılmıştır. Böylece kamusal kaynak kullanan bir kurum daha Kanun'daki ihalelere ilişkin hükümlere tabi olmaktan tamamıyla çıkarılmıştır. 4734 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesinde aynı Yasanın 3. maddesine göre istisna kapsamında değerlendirilen (b) ve (d) bentlerinde işaret edilen kuruluşların bazı alımlarının ancak belli bir

miktarı aşmaması halinde Yasa kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir. İptali istenen kural ile birlikte BOTAŞ işlemleri tamamıyla 4734 sayılı Yasa kapsamı dışına alınmış; hiçbir parasal üst limit gözetmeksizin, kullanılan kamu kaynağı veya borçlanılan miktar ne kadar ağır olursa olsun, BOTAŞ'ın işlemleri her türlü yasal düzenlemenin dışında çıkarılmıştır.

4734 sayılı Kanun, kamunun mal ve hizmet alımlarına ilişkin ihalelerde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasının ve kaynakların verimli kullanılmasının en geniş şekilde sağlanması, kamu kurum ve kuruluşlarının kullanımlarında bulunan her türlü kaynaktan yapacakları ihalelerde tek bir yasal düzenlemeye tâbi olmaları amacıyla çıkarılmıştır. Kamu kaynağı kullanan otoritelerin istisna kapsamındaki alım seçeneği; 4734 sayılı Yasanın 3. maddesinde sayılan alımlarla sınırlıdır. Ancak bu istisna kapsamındaki alımların da 4734 sayılı Kanuna tabi olmamakla birlikte kuralsız olabileceği anlamına gelmez. Kamu kaynaklarının etkin, verimli ve kamu yararına uygun şekilde kullanılması için gerekli usul ve esasların belirlenmesi, idarenin bu kurallara uygun hareketinin temin edilmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da vurgulandığı gibi, devlet harcamalarında Kamu İhale Kanunu'nun uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmamaktadır. Kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel yoktur. Ancak, kanun koyucunun, bazı mal ve hizmetleri Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen usullerin dışında tutarak farklı usullere tâbi kılabilme yetkisine sahip olması, bu amaçla çıkarılacak kanunlarda hiçbir anayasal ilkeyle bağlı olmayacağı anlamına gelmez. Bir mal ve hizmet alımı ihalesinin Kamu İhale Kanununda öngörülen usullerin dışına çıkarılırken, özellikle hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmelidir.

Öte yandan Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması; ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlemleri içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisi tanıdığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler (E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 101). Bu ilke, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

İptali istenen ibare ile BOTAŞ'ın yaptığı her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işleri herhangi bir parasal limit olmaksızın ihale kanunu kapsamı dışına çıkarılmıştır. Dolayısıyla parasal üst limiti ne olursa olsun her türlü işin, yasada önceden hiçbir usul ve esas belirlenmeksizin idarenin takdirine bırakılması söz konusudur. Oysa kamuya ait parasal kaynakların kullanılması söz konusu olduğuna göre, kamu ihalelerinde saydam, eşit ve rekabetçi bir ortamın yaratılması bir zorunluluktur. Ancak BOTAŞ işlemleri 4734 sayılı Yasaya tabi olmamasına rağmen onun yaptığı mal ve hizmet alımları ve yapım işlerinin ihalelerde saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerini ortadan kaldırmayacak şekilde gerçekleşmesini sağlayacak güvenceler öngörülmesi gerekirken bu yapılmamıştır. İlgili idarenin ihalelerde saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması gibi temel ilkeleri gözetmesi gerektiğinin tereddütsüz şekilde ortaya konulması gerekirdi. Bu elbette Kamu İhale Kanununun uygulanması değil, ancak ihalelerde kamusal kaynakların en düzgün şekilde kullanılması ve kullanıldığının gösterilmesi için gerekli tedbirlerin farklı usul ve esaslarla da olsa alınmış

olmasını gerektirir. İhale süreçleri bilinemediğinde ve takip edilemediğinde, süreçlerin denetimi ve süreçlerdeki yolsuzluk ve usulsüzlüklerin ortaya çıkarılması mümkün olamamaktadır. İdareler de kendilerine tanınan çok geniş ve belirsiz yetki çerçevesinde kişiye göre değişen, objektif standartlara dayanmayan uygulamalara sebep olmaktadır. Bu çerçevede gerçekleşen işlemlerde BOTAŞ'ın hiçbir parasal limit ile sınırlandırılmaması, kamunun gireceği yükümlülüklerin ağırlığı ne olursa olsun ihalelere hakim olan ilkelerden uzak ve denetimsiz bir şekilde gerçekleşmesine yol açacaktır.

Neticede iptali istenen ibare ile BOTAŞ mal hizmet alımları ile yapım işlerinin hiçbir parasal limit konulmadan 4734 sayılı Kanun dışında bırakılmasının yanı sıra bu işlere ilişkin hiçbir belirleme yapılmayıp idarenin keyfiliğine açık geniş bir alan bırakılması, bu durumun ise hukuki belirlilik ve hukuksal güvenlik ilkeleri yanında yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesiyle bağdaşmaması nedeniyle, iptali istenen kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır.

7. 7257 sayılı Yasanın 19. maddesiyle 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'a eklenen geçici 7. maddenin Anayasaya aykırılığı

Bu maddeyle, maddenin yürürlük tarihinden önce (2 Aralık 2020) yapılan yarışmalarda sıfır veya sıfırdan küçük teklif fiyatı ile kapasite tahsis edilen tüzel kişilerin yerli katkı fiyatlarından faydalanamayacağı düzenlenmektedir. Buna göre daha önce yapılan yarışmalarda sıfır veya sıfırdan küçük teklif fiyatı verilmiş olması, YEK destekleme mekanizmasından faydalanılamaması anlamına geldiğinden ve yarışmaların yapıldığı tarihteki mevzuatta YEK destekleme mekanizmasından faydalanılamaması halinde yerli katkı fiyatlarından faydalanılamayacağı da düzenlenmiş olduğundan; bu madde ile yapılan aslında, yarışma şartlarının sonradan değiştirilmesidir.

Oysa 13/5/2017 tarihli RG'de yayımlanan Rüzgâr veya Güneş Enerjisine Dayalı Üretim Tesisi Kurmak Üzere Yapılan Önlisans Başvurularına İlişkin Yarışma Yönetmeliğinin 4. maddesinin 3. fıkrasında yarışmada teklif fiyatının sıfır veya sıfırdan küçük verilebileceği ve 5. fıkrasında ise sıfır veya sıfırdan küçük Teklif Fiyatı ile kapasite tahsis edilen tüzel kişinin, Kanun kapsamında YEKDEM'den yararlanabileceği kuralına yer verilmiştir.

Bu alanda girişimde bulunan birçok kişi 2017 yılındaki bu düzenlemelere güvenerek ciddi yatırımlar yapmış, ağır yükümlülükler altına girmiştir. Kaldı ki 2017'de yapılan yarışma bağlamında yarışmaya katılan firmaların %80, kazanan firmaların da % 91.4'ü (-) eksi teklif vermiştir. Sıfırın altında teklif verme RES için çok yaygın bir pratiktir. Dolayısıyla iptali istenen kural, 2017'de sonuçlanmış bir yarışmanın sözleşme ve taahhüt koşullarının 2020'de değiştirilmesinden başka bir anlam ifade etmemektedir. Bu ise söz konusu piyasanın tümüyle değişmesine; mevcut santral başvurularının ise tamamlanmamasına yol açacaktır. Başka bir ifadeyle iptali istenen madde, Yasanın yürürlük tarihinden önceki anlaşmaları da kapsayacak şekilde düzenlenerek, o dönemki mevzuata güvenerek ciddi yükümlülükler altına giren kişiler üzerinde ağır ve katlanılamaz bir yük oluşturmaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin bir unsuru da hukuki güvenlik ilkesidir. Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan ortak değerdir. Kural olarak hukuk güvenliği kanunların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. Daha önce tesis

edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturur. Yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması, hukukun genel ilkelerindedir. *Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca kanunlar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirmesi, kazanılmış hakların korunması, mali hakların iyileştirilmesi gibi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır* (E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 309).

Belirtilen bu istisnai nedenlerden biri varsa yeni kural geçmişe yürütülebilecektir. İstisnai haller arasında gösterilen *kamu düzeni* nedeni, “yürürlükteki hukuk düzeninin temel ilkelerine aykırı olan ve halkın hukuk duygusunu katlanılamaz ölçüde sarsan hükümler” biçimde açıklanmaktadır. Diğer taraftan yasaların geriye yürütülebilmesinin bir diğer sebebi olabilen “*kimi kararlarda aksi görülmekle birlikte, kamu yararı da tek başına geçmişe yürütmenin haklı nedenini oluşturamaz. Zira aksinin kabulü durumunda sınırı belirsiz kamu yararı kavramının bulunduğu hiçbir yerde bireyin hakkının korunmasından ve hukuki güvenlikten söz edilemeyecektir. Bu nedenle doktrinde geçmişe yürürlüğü gerektiren istisnai nedenler sınırlı biçimde sayılmaktadır.*” (Celal Mümtaz Akıncı ve Hasan Tahsin Gökcan Karşı oy yazısı; E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017). Nihayet kanun koyucunun *kişilerin lehine haklar sağlayan kanuni düzenlemeleri* geçmişe etkili olarak yapma konusunda takdir yetkisine sahip olduğuna kuşku yoktur (E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 309). Şu halde meşru istisnai nedenler bulunmamasına karşın kanun hükmünün geçmişe yürür biçimde vaz edilmesi, hukuki güvenlik ilkesine ve hukuk devletine aykırıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, çeşitli kararlarında hukuk devleti bakımından kanunların yürürlüğe girdikten sonraki olaylara uygulanmasının kural olduğunu, ancak kazanılmış hakların korunması, kamu düzeni veya mali haklarda iyileştirme gibi istisnai hallerde geçmişe yürürlüğün kabul edilebileceğini belirtmiştir (Celal Mümtaz Akıncı ve Hasan Tahsin Gökcan Karşı oy yazısı; E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017).

Öte yandan kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukukun genel ilkelerinden birisi olup, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni kanundan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir. Kanunlarda yapılan değişiklikler, kazanılmış hakları etkilemediği ve hukuk güvenliğini zedelediği sürece bu değişikliklerin hukuk devleti ilkesine aykırı oldukları ileri sürülemez. Ayrıca kanunların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi ve kazanılmış hakları ihlal etmemesi Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. (E.2011/42, K.2013/60, 09/05/2013).

Yine bu çerçevede, AYM kararlarında da belirtildiği üzere “*haklı beklenti*” de, kanun koyucu tarafından gözetilmelidir. Bir beklentinin hukuken koruma görebilmesinin ön koşullarından biri beklentinin haklı (meşru) beklenti seviyesine ulaşmasıdır. *Haklı beklenti, bireyin kendisine güvenerek hareket ettiği, lehine olan bir kanunda öngörülemez bir değişiklik yapılması ve bu öngörülemez değişikliğin herkes yönünden objektif olarak beklenebilecek bir beklentiye sonuçsuz bırakılması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gündeme gelmektedir.* Ancak bir beklentinin, hukuken korunabilmesi için anılan koşulların gerçekleşmesi yeterli olmayıp bu beklentinin korunmasına engel teşkil eden bir kamu yararının

da bulunmaması gerekir. Bu yönüyle anayasa yargısında, kişi yararıyla kamu yararının karşı karşıya geldiğinde, ancak önemli bir kamu yararı bulunmadığında haklı beklentinin korunması kabul edilebilir. Aksi takdirde kanun koyucunun kamu yararını gerçekleştirmek üzere değişen koşullara göre yeni politikalar belirlemesi imkânı önemli ölçüde zedelenebilir (AYM, E.2017/18, K.2019/66, 25/07/2019, § 100).

İptali istenen kural ile ilgililer, o dönemki (2017 yılı) mevzuata güvenerek birtakım ciddi yatırımlar yapmış ve ağır yükümlülükler altına girmiştir; bunu da o dönemde elde ettiği ve olağan olarak süreceğini beklediği birtakım avantajlar için yapmıştır. Kaldı ki RES alanında o dönem yapılan işlerin % 90'ında bu durum görülmektedir. Aradan üç yıl geçtikten sonra henüz yapılan işlerin dahi karşılığı elde edilmeksizin bu avantajları ortadan kaldırmak, kişileri ağır, ölçüsüz ve katlanılamaz bir yük altına sokmaktır. Kamu makamları, birtakım tartışmalı kamu yararı gerekleri ile hareket etse de kişileri ağır ve katlanılamaz bir yük altına sokmamalıdır. Kişilerin kazanılmış haklarını ve/veya haklı beklentilerini korumak zorundadır. Ayrıca sıfırın altında teklif vermenin RES için çok yaygın bir pratik olduğu ve 2017'de yapılan yarışma bağlamında yarışmaya katılan firmaların %80, kazanan firmaların da % 91.4'ünün (-) eksi teklif verdiği dikkate alındığında, yapılan değişiklikle söz konusu piyasanın tümüyle değişmesinin hedeflendiği de söylenebilir. Kaldı ki iptali istenen kural, mevcut santral başvurularının tamamlanamamasına da yol açacağından kamu yararı ileri sürülerek de gerçekleştirilemez.

Özetle hukuki güvenlik ilkesi ve hukuki istikrar için kanunların geçmişe yürümemesi esastır. AYM kararlarında belirtilen istisnai durumlardan biri yoksa esasen, yeni kanun geçmişe yürütülemediğinde, doğal olarak önceki kanuna göre kazanılmış hak/haklı beklenti muhafaza edilmiş olacaktır. Başka bir deyişle kazanılmış hak/haklı beklenti söz konusu ise ancak onu korumak amacıyla geçmişe yürür bir düzenleme yapılabilmekte, bunun haricinde geçmişe yürür düzenleme yapılamamaktadır. Kanun hükmüne göre kazanılmış bir hakkın/haklı beklentinin yokluğu ise geçmişe yürür kanun çıkarılmasını meşru kılmamakta, aksine hukuki güvenlik ilkesi ihlal edilmektedir.

Açıklanan nedenlerle Anayasanın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devletinin temel bileşenlerinden hukuki güvenlik ve kazanılmış haklara saygı ilkelerine aykırılık içeren söz konusu maddenin iptal edilmesi gerekir.

8. 7257 sayılı Yasanın 41. maddesi ile değiştirilen 6446 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin Anayasaya aykırılığı

İptali istenen hükümleri de içeren elektrikte ulusal tarife uygulamasını düzenleyen geçici 1. maddeyle önemli değişiklikler yapılmaktadır. İlk uygulaması 2006 yılında başladığı kabul edilen fiyat eşitleme mekanizması, en son 2015 yılında 5 yıllığına uzatılmıştır. Bu madde ile de 2020 yılında biten süre bir beş yıl daha, 2025 yılına kadar, uzatılmaktadır. Ayrıca Cumhurbaşkanıya fiyat eşitleme mekanizmasını bir beş yıl daha, 31/12/2030 tarihine kadar, uzatma yetkisi verilmektedir. Fiyat eşitleme mekanizması ile kanun koyucu sarıh bir şekilde kayıp-kaçağı elektriğin maliyet kalemleri arasında kabul etmiş ve geçiş dönemi için kayıp-kaçak oranları ve dolayısıyla da kayıp-kaçak bedelleri çok farklı olan bölgelerin fiyat eşitleme mekanizması ile aynı tarifeden elektrik kullanmasını sağlamayı amaçlamıştır.

Kayıp-kaçak miktarı, dağıtım sistemine giren enerji ile dağıtım sisteminde tüketicilere tahakkuk ettirilen enerji miktarı arasındaki farkı gösterir. Yani kayıp-kaçak bedeli; elektrik sisteminde ortaya çıkan teknik ve teknik olmayan kaybın maliyetinin kayıp-kaçak bedeli oranları ölçüsünde karşılanabilmesi amacıyla tüketiciye yüklenen bir bedeldir. Bu çerçevede

EPDK'ye tüketicilere yapılacak elektrik satışında uygulanacak fiyatlandırmaya esas unsurları tespit görevi verilmiştir. Kurumun belirlediği ilkelere göre; elektrik enerjisinin üretiminden, tüketicilere ulaştırılıncaya kadar oluşan elektrik eksikliği *kayıp bedeli* olarak; enerji nakil hatlarından çeşitli sebeplerle sayaçtan geçirilmeksizin, herhangi bir bedel ödemededen kullanılan elektrik bedeli de *kaçak bedeli* olarak diğer kullanıcı abonelere yansıtılmaktadır.

Başka bir ifadeyle elektrik enerjisinin üretim, iletim, dağıtım faaliyetleri sırasında ısıya dönüşmesi nedeniyle ve hatların kötü olmasından yani dağıtım sisteminin günün teknolojilerine uygun olarak tesis edilmemiş, bakım ve onarımlarının ihmal edilmiş olması nedeniyle oluşan *teknik kayıp*; üçüncü kişilerin ya da abonelerin enerji nakil hatlarına ya da ölçü sistemine müdahale ederek harcadığı elektriğin eksik ya da hiç okunmamasını sağlaması sonucu oluşan kayıp ise *teknik olmayan kayıp* olarak nitelenmektedir. Bu arada, herhangi bir kişinin müdahalesi olmaksızın tedarikçinin hatasından dolayı okunamayan ya da eksik okunan enerji de kayıp enerji olarak görülmektedir. Dolayısıyla teknik ve teknik olmayan kayıpta dürüst ve kurallara uyan tüketicinin hiçbir sorumluluğu ve müdahalesi yoktur.

Yargıtay HGK'nin 21.05.2014 tarihli ve E.2013/7-2454 K.2014/679 sayılı kararında da bu hususa vurgu yapılarak kayıp kaçak bedelinin dürüst tüketiciden alınması haksızlık olarak görülmüştür: 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 4. maddesinde, EPDK'ye sınırsız bir fiyat belirleme hak ve yetkisi verilmemiştir. *“Elektrik enerjisinin nakli esnasında meydana gelen kayıp ile başka kişiler tarafından hırsızlanmak suretiyle kullanılan elektrik bedellerinin, kurallara uyan abonelerden tahsili yoluna gitmek hukuk devleti ve adalet düşünceleri ile bağdaşmamaktadır. Hem bu hal, parasını her halükarda tahsil eden davacı Kurumun çağın teknik gelişmelerine ayak uydurmasına engel olur, yani davacı kendi teknik alt ve üst yapısını yenileme ihtiyacı duymayacağı gibi; elektriği hırsızlamak suretiyle kullanan kişilere karşı önlem alma ve takip etmek için gerekli girişimlerde de bulunmasını engeller. Oysaki elektrik kaybını önleme ve hırsızlıkları engelleme veya hırsız takip edip, bedeli ondan tahsil etme görevi de bizzat enerjinin sahibi bulunan davacıya aittir. Bununla birlikte, tüketici olan vatandaşın faturalara yansıtılan kayıp-kaçak bedelinin hangi miktarda olduğunun apaçık denetlenebilmesi ve hangi hizmetin karşılığında ne bedel ödediğini bilmesi, yani şeffaflık hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarındandır.”*. Yargıtay'a göre işletme ve bakım hataları, gerekli önlemin alınmaması veya işlemlerin yapılmaması vb. nedenlerle oluşan eksiklikler kayıp, elektriğin hırsızlaması ile kullanılması ise kaçaktır. Ve bunların hiç birisi abonelerden tahsil edilemez. Ayrıca kararda teknik kayıptan da bahsedilmiş ve bunun da teknolojik ilerlemeleri göz önüne alarak şirketler tarafından azaltılması gerektiğine yer verilmiştir.

Öte yandan, kanun koyucu fiyat eşitleme mekanizmasını geçiş dönemi süresince kısmen veya tamamen uygulanabilecek bir mekanizma olarak öngörmüş ve bu geçiş döneminde kayıp-kaçığın bölgesel etkilerini ortadan kaldırmayı planlamıştır. Bu geçiş dönemi boyunca abone grupları arasındaki kayıp kaçığın sübvansiyonunun tedrici olarak azaltılması ve geçiş dönemi sonunda her dağıtım bölgesinin ve abone grubunun kendi maliyetlerine katlanmaya başlaması hedeflenmiştir. Bu kapsamda, öncelikle 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun geçici 9. maddesine dayanılarak 31 Aralık 2012 tarihinde sona erecek bir geçiş dönemi kabul edilmiştir. İlk uygulama dönemi için TEDAŞ tarafından hazırlanan geçiş dönemi tarifeleri ile metodolojisi, teklif edildiği şekliyle Kurumun 24/08/2006 tarihli ve 875 sayılı kararı ile onaylanıp, 01/09/2006 tarihli ve 26276 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 31/12/2012 tarihinde bu geçiş süreci 3 yıl, daha sonra da bir beş yıl daha uzatılmış ve 2020 yılına kadarki süreçte, yaklaşık 14 yıldır, bu geçiş süreci tamamlanamamıştır. İptali istenen düzenlemeden anlaşıldığına göre de bir on yıl daha geçiş döneminin devam etmesi planlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi devletin, elektrik enerjisinin kaliteli, sürekli, kesintisiz, düşük maliyetli şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması ve bu sayede istikrarlı bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğunu, kayıp kaçak bedelinin de elektrik enerjisi piyasasının sağlıklı bir şekilde işlemlerini sağlamaya yönelik tedbirler kapsamında ihdas edildiğini kabul etmiştir. Ayrıca, teknik ve teknik olmayan kayıp bedeli tüketicilere yansıtılırken EPDK tarafından belirlenen hedef kayıp-kaçak oranlarının dikkate alındığı, Kurumun, dağıtım bölgelerinde hedef kayıp-kaçak oranlarını belirlerken önceki yıllarda gerçekleşen kayıp-kaçak oranlarını göz önünde bulundurduğu; dağıtım şirketlerinin de Kurum tarafından belirlenen hedef kayıp-kaçak oranlarını geçmemek kaydıyla teknik ve teknik olmayan kayıp bedelini tüketicilere yansıttığını söylemiştir. Bu nedenle Mahkemeye göre Kurum tarafından belirlenen hedef oranları geçmemek kaydıyla teknik ve teknik olmayan kayıp maliyetlerinin tüketicilere yansıtılması ve Kuruma bu konulara ilişkin usul ve esasları düzenleme yetkisi verilmesi Anayasa ile uyumludur (E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 251-270).

Ancak 4628 sayılı Yasanın 4/2. maddesi EPDK'ye piyasa ihtiyaçlarını dikkate alarak serbest olmayan tüketicilere yapılan elektrik satışında uygulanacak fiyatlandırma esaslarının tespit edilmesi ve bu fiyatlarda enflasyon nedeniyle ihtiyaç duyulacak ayarlamalara ilişkin formüllerin uygulanması ve bunların denetlenmesi ile piyasada bu Kanuna uygun şekilde davranılmasını sağlama görevlerini vermiştir. Bu yetki Kuruma, dağıtım şirketi ihmal nedeniyle ve hırsızlanmak suretiyle kullanılan elektriğin bedelinin tüketiciye yansıtılması gibi, sınırsız bir fiyatlandırma yetki ve görevi vermez. Ancak buna rağmen Kurum yayınladığı tebliğ ile, elektrik tüketicilerinden haksız yere, lisans sahibi şirketler lehine, kayıp-kaçak bedeli adı altında bir bedel tahsil etme yetkisi olduğunu kabul etmiştir. Oysa elektrik enerjisinin nakil esnasında meydana gelen kayıp ile başka kişiler tarafından hırsızlanmak suretiyle kullanılan elektrik bedellerinin kurallara uyan abonelerden tahsil edilmesi yoluna gitmek hukuk devleti ve adalet ölçüleri ile bağdaşmaz. Yapılan yasal düzenleme parasını her durumda tahsil eden dağıtım şirketi, kayıp ve kaçığı önlemek için kendi teknik alt ve üst yapısını yenileme ve kaçak elektrik kullanan kişileri takip ederek gerekli önlemleri almak konusundaki gayretini de azaltacak niteliktedir. Bu durum ayrıca gelecek yıllarda da artan bir şekilde kayıp-kaçak maliyetinin, yükümlülüklerini yerine getiren iyi niyetli tüketicilere yansıtılmasına neden olacaktır. Oysaki kayıpları önlemek için gerekli teknik yatırımları yapmak ve kaçığı önlemek için kaçak elektrik kullananları takip etmek, kaçak kullanılan elektriğin bedelini onlardan almak amacıyla takip işlemlerini başlatmak ve tüketim bedelini tahsil etmek tüketicinin değil bizzat dağıtım şirketi sorumluluğundadır. Çünkü çok basit anlatımla, elektrik tüketicisinin gerekli alt ve üst yapıyı iyileştirme, kaçak elektrik kullananları tespit etmek gibi yükümlülüğü yoktur.

Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesi düzenlenmiştir. Hukuk devleti ilkesinin en önemli unsuru "belirlilik"tir. Belirlilik ilkesine göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadın, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını buna göre ayarlayabilir.

Hâlbuki somut durumda vatandaş, dağıtım firma ile satın aldığı elektriğin parasını ödemek üzere sözleşme imzalamaktadır. Sonradan dağıtım firma, Kurumun yayınladığı tebliğe dayanarak sözleşmeye aykırı olarak faturalara kayıp-kaçak bedelini de eklemeye başlamıştır. Bunun üzerine vatandaşlar tüketici mahkemelerine başvurmuş, tüketiciler lehine verilen

kararlar yüksek mahkemelerce de bu bedelin yasal dayanaktan yoksun ve haksız olarak vatandaşın aleyhine faturalara yansıtıldığı tespiti ile onaylanmıştır (bkz., yukarıda aktarılan Yargıtay HGK kararı).

Öte yandan Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet, bireyin huzurunu gerçekleştiren ve güvenceye alan, kişi ve toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma yaşamının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, ekonomik ve mali önlemleri alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve ulusal gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı önlemleri alan devlettir. Oysa bu düzenleme, devletin tüketicileri koruma yükümlülüğü ile bağdaşmaz, tam tersine, iyi niyet ilkesine de aykırı şekilde, dürüst tüketicilerin dağıtıcı şirketler karşısında cezalandırılmasını amaçlar niteliktedir.

Yapılan düzenleme kamu yararını da gözetmemektedir. Kanun koyucu yapacağı yasal düzenlemelerde kamu yararı ve hakkaniyet ilkelerini gözetmek zorundadır. Kanunların kamu yararına aykırı olması da Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini Anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Anayasa'nın 5. maddesinde Devletin amaç ve görevleri tanımlanmıştır. Devletin amaç ve görevlerinden bir tanesi de sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette kişinin temel hak ve özgürlükleri sınırlayan ekonomik engelleri kaldırmaktır. Yapılan düzenleme tam tersine, başkalarının sebep olduğu kayıp ve kaçak bedellerinin, yükümlülüklerini yerine getirenlere ödettirilmesini suretiyle, vatandaş aleyhine adalet ilkesiyle bağdaşmayacak şekilde bir ekonomik engel oluşturmaktadır. Bu bakımdan düzenleme Anayasa'nın 5. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Ayrıca Anayasa'nın 172. maddesinde "*Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder*" hükmüne yer verilmiştir. Yapılan yasal düzenleme ile korunmak yerine tüketiciler tam tersine hiçbir müdahalelerinin olmadığı ve olamayacağı alanlarda ortaya çıkan kayıp ve kaçığın maliyetine katlanmaya zorlanmaktadır. Zira dağıtım şirketleri, kayıp ve kaçak konusunda oluşacak zararlarını işletme hatalarını gidererek ve teknolojilerini yükselterek giderebilir. Elbette kaçınılmaz olan birtakım maliyetler var ise –ki dağıtım hatları mükemmel olsa dahi ısıya dönüşecek olan elektrik kaybı gerçek bir maliyet faktörüdür- bunun fiyat içerisinde değerlendirilmesi mümkündür. Fakat bunun haricindeki önlenebilir hususların şirketler tarafından yapılacak iyileştirme çalışmaları ile azaltılabileceği unutulmamalıdır. Bütün bu hususlar göz ardı edilerek kayıp-kaçak bedelinin tarafların sorumluluğu dikkate alınmaksızın tüketiciye yüklenmesi, şirketlerin daha yüksek bir karlılığa ulaşılabilmesi için kuralın getirildiğini gösterir. Bu olayda dağıtım şirketlerinin karlılığı öncelenerek kamunun ve tüketicilerin yararı değersiz görülmüştür. Bundan dolayı yasal düzenleme Anayasa'nın 172. maddesine de aykırılık teşkil eder.

Nihayet kayıp-kaçak bedellerinin, yani "hırsızlamanın" sonuçlarının, düzenli bir şekilde ödemelerini yapan kişilerden elde edildiği 2006 yılından itibaren devam eden süreçte, bu bedelin kaldırılması veya çok daha az ve kabul edilebilir seviyeye düşürülmesine yönelik ciddi bir ilerleme sağlanamadığı da görülmektedir. Türkiye'de kayıp kaçak oranı %11 civarındadır ve bu alanda yeterince çalışma yapılmadığı için ülke bu mücadelede başarısız olmuştur. Bu başarısızlığın bütün yükü de bu olayda sorumluluğu olmayan tüketicilere yüklenmektedir. 2006'dan beri uygulanan geçici çözümün adaletsiz sonuçlara yol açtığı görülmesine rağmen

devam ettirmektedir. Aslında öncelikle yapılması gereken kayıp kaçak oranlarının en alt seviyelere inmesi için elektrik dağıtım firmalarının gerekli altyapı çalışmalarını yapmasıdır. Geçmiş 14 yılı aşkın sürede gerçekleştirilemeyen, niçin gerçekleştirilemediği de açıklanamayan bir uygulama çerçevesinde kayıp kaçak bedelinin bir beş yıl daha uzatılması (2025) ve cumhurbaşkanına süre bitiminde bir beş yıl daha uzatma (2030) yetkisi verilmesi aslında tedbirin geçici değil kalıcı hale geldiğini, bütün yükün de tüketicilere bırakıldığını göstermektedir.

Açıklanan nedenlerle 6446 sayılı Yasanın geçici 1. maddesi Anayasa'nın 2., 5. ve 172. maddelerine aykırılık teşkil ettiğinden, bu yönden iptali gerekir.

9. 7257 sayılı Kanun'un 45. maddesiyle 6446 sayılı Kanuna eklenen geçici 29. maddedeki “*teminatları ilgisine göre kısmen veya tamamen iade edilir*” ibaresinin Anayasaya aykırılığı

Bu madde ile EPDK'ye enerji üretim tesisi yapmak için başvuran ancak değişen koşullar nedeniyle tesisi yapabilme olanaklarını yitiren ön lisans/lisans almış veya kapasite için tadil yapmış kişilere ayrılan tahsisatların kaldırılarak; lisanslarını, ön lisanslarını veya lisans başvurularını sonlandırma ya da tadil etmek imkânı verilmektedir. Ancak bu düzenlemede kamu kaynakları kullanan fakat yükümlülüklerini yerine getirmeyen şirketlerin oluşturduğu kamu zararları göz önüne alınmamıştır. Sadece şirket teminatlarının iadesinin kısmen veya tamamen yapılacağı yasada öngörülmüş, ancak iade oranının tespitinde dikkate alınacak usul ve esaslar belirlenmeden idareye doğrudan, geniş bir yetki tanınmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “hukuk güvenliği” ilkesidir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (E.2013/71 K.2013/77, 18.6.2013).

Öte yandan Anayasa'nın 7. maddesinde “*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez*” denilmektedir. Buna göre, yasa ile yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilebilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır. Temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralı ile sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın yönetimin düzenlemesine bırakılması, Anayasa'nın belirtilen maddesine aykırılık oluşturur (E.2005/68 K.2008/102, 2.5.2008).

Kamu kurum ve kuruluşları, hizmetlerin yürütülmesi için ihtiyaç duydukları mal ve hizmetleri genellikle kamu ihaleleri yoluyla temin etmektedir. Kamu kaynakları kullanılarak ihaleler gerçekleştirildiğinden ve yüksek meblağlarla kamu makamları ihaleye katıldığından bu kaynakların etkin ve verimli kullanılması, Hazinesinin korunması ve kaynak israfının önlenmesi açısından büyük önem taşımaktadır (Doğcan İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret A.Ş., B. No: 2014/1759, 11/12/2018, § 66). Kamu ihalelerinde, kamu hizmetlerinin düzenli olarak

aksatılmadan yürütülmesindeki kamu yararı gözetilerek taahhüdün ihale dokümanında yer alan hükümlere uygun olarak yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla teminat alınmasında ve bu konuda bir sorun yaşanması olasılığına karşı da teminatın kısmen veya tamamen gelir kaydedilmesinde bir Anayasa'ya aykırılık yoktur (E.2005/138 K.2008/124, 19.6.2008). Ancak ihalelerde alınan teminatın birtakım sebeplerle kısmen veya tamamen iadesinde, dolayısıyla bir kısmının gelir kaydedilmesinde, birçok husus devreye girebilmektedir. Bu teminat bedellerinin yüksek meblağlara ulaşması nedeniyle, tespit edilecek miktarın kamunun malvarlığı değerleri, kamunun yararı veya zararı açısından olduğu kadar ilgili kişilerin mali durumları üzerinde belirleyici etkileri olduğu bilinmelidir. Bu nedenle, teminatın iadesinde objektif kriterlerin belirlenmesi gerekir: Örneğin, bu çerçevede, işin hangi düzeyde gerçekleştirilmiş olduğu, işin yapılmasında gecikme olup olmadığı, başvuranın gerçekten de covid 19 salgını nedeniyle yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği vb. hususlar dikkate alınabilirdi.

Ayrıca bu kapsamda alınacak bir kararın ilgililerin mülkiyet hakkı başta olmak üzere anayasal hakları üzerinde etkileri değerlendirildiğinde uygulanacak kriterler önceden tespit edilmeli, bu belirlenen kriterlere göre kamu yararı ile ilgililerin menfaatleri arasında adil bir dengeleme yapılmalı, yani Anayasanın 13. maddesi bağlamında orantılılık ilkesine uygun bir işlem tesis edilmelidir. İade edilmeyen teminat kısmı, mülkiyet hakkına müdahale oluşturur. Ancak teminatın hangi koşullarda tamamen, hangi koşullarda kısmen iade edileceği, hangi koşullarda ise iade edilmeyeceğine ilişkin olarak yeterli belirlilikte ölçütler öngörülmemiştir. Mülkiyet hakkının sınırlanmasına ilişkin olarak gerekli öngörülebilirliği içermeyen ihtilafli düzenleme, bu sebeple, Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesinin 2. fıkrasındaki ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin 13. maddesindeki kanunilik koşuluna aykırıdır. Kaldı ki teminatın iadesinde yapılan bir keyfiliğin kamu zararına sebebiyet verebileceği bunun da idari, mali ve hatta cezai sorumluluğu gerektirdiği, dolayısıyla kriterlerin belirlenmesinin bu sorumluluğun çerçevesinin çizilmesi açısından önemli olduğu bilinmelidir. Dolayısıyla yasama organının hiçbir çerçeve çizmeden, hiçbir kriter belirlemeden, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakması, hem kamusal hem de özel çıkarların dengeli bir biçimde korunması gereğini içeren Anayasa'ya aykırılık oluşturur.

Açıklanan nedenlerle teminatın kısmen veya tamamen iade edilmesinde yasada hiçbir çerçeve ve kriter belirlenmeyip bütün yetkinin idareye bırakılması Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğundan, bahsedilen maddede geçen "*teminatları ilgisine göre kısmen veya tamamen iade edilir*" ibaresinin iptal edilmesi gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Hukuk devletine açıkça aykırı olan, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ölçsüzce sınırlandıran ve Anayasaya açıkça aykırı olan bir düzenlemenin, uygulanması halinde, sonradan giderilmesi olanaksız zararlara yol açacağı çok açıktır.

Öte yandan, anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın da gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanmadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağına duraksama bulunmamaktadır.

7257 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Anayasa hükümlerine açıkça aykırılık taşıyan yukarıdaki kurallarının uygulamaya geçmesi durumunda, sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama hakkı üzerinde geri dönülemez nitelikte zararlar oluşturacak ve kamu kaynaklarının kullanımında telafisi imkânsız zararlar doğacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan iptali istenen bölümlerin, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 25.11.2020 tarihli ve 7257 sayılı 7257 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un

1) 1. maddesiyle 25/10/1984 tarihli ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'na eklenen geçici 41. Maddenin birinci cümlesinde yer alan “*katma değer vergisinden müstesnadır.*” ibaresinin, Anayasa'nın 73. maddesine,

2) 4. maddesiyle 4/6/1985 tarihli ve 3213 sayılı Maden Kanunu'nun ek 1 inci maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen dokuzuncu cümlenin *ÇED yönünden*, Anayasanın 56. maddesine;

3) 5. maddesiyle 3213 sayılı Kanun'un ek 15 inci maddesinin birinci fıkrasına eklenen “*işletme izni alanı dışındaki mücavir sahalara yirmi metreye kadar*” ibaresinin *ÇED yönünden*, Anayasanın 5. ve 56. maddelerine;

4) 9. maddesiyle 18/4/2001 tarihli ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'na eklenen ek 1 inci maddenin İkinci fıkrasının üçüncü cümlesi ile üçüncü fıkrasının ilk cümlesi ve ikinci cümlesinde yer alan “*8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,*” ibaresinin, Anayasa'nın 2., 7. ve 73. maddelerine;

5) 10. maddesiyle değiştirilen 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (m) bendinde yer alan “*yapılacak her türlü doğal gaz alımları*” ibaresinin, Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine;

6) 11. maddesi ile 4734 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesinin beşinci fıkrasına eklenen “*ve Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketinin ve bu şirketlerin bağlı ortaklıkları ile yurt dışında kurdukları şirketlerin*” ibaresinin, Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine;

7) 19. maddesiyle 10/5/2005 tarihli ve 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'a eklenen geçici 7. maddenin, Anayasa'nın 2. maddesine;

8) 41. maddesi ile 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun değiştirilen geçici 1. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5. ve 172. maddelerine;

Esas Sayısı : 2021/14
Karar Sayısı : 2023/173

9) 45. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'a eklenen geçici 29. maddede yer alan "*teminatları ilgisine göre kısmen veya tamamen iade edilir*" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 35. maddelerine;

Aykırı olduklarından iptallerine, Anayasaya açıkça aykırı olmaları ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz. "