

“1) 04.04.2023 tarihli ve 7451 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 1. maddesiyle 09.07.1982 tarihli ve 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumunun Muafiyetleri ve Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun’a eklenen geçici madde 6’nın birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “ve/veya sözlü” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7451 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumunun Muafiyetleri ve Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun’a geçici 6. madde eklenmiştir. Anılan geçici 6. maddenin birinci fıkrasına göre genel bütçe ve özel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinde mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle girilen ve belirli bir yetişme programı sonrası yeterlik sınavına tabi tutularak müfettiş, denetçi, denetmen ve kontrolör kadro veya pozisyonlarında yardımcılık veya stajyerlikte geçen süreler dahil en az beş yıl görev yapmış olanlar arasından, yapılacak yazılı ve/veya sözlü sınav sonucunda başarılı olanlar, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten (7451 sayılı Kanun’un 23. maddesinin delaletiyle 10.04.2023 tarihinden) itibaren bir yıl içerisinde Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumunun (TENMAK) durumlarına uygun TENMAK denetçisi pozisyonlarına atanabilirler. (Ayrıca bu şekilde atananların sayısı 5’i geçemeyecektir.) Ancak iptali talep edilen ibarenin delaletiyle bu kimselerin (genel bütçe ve özel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinde mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle girilen ve belirli bir yetişme programı sonrası yeterlik sınavına tabi tutularak müfettiş, denetçi, denetmen ve kontrolör kadro veya pozisyonlarında yardımcılık veya stajyerlikte geçen süreler dahil en az beş yıl görev yapmış olanlar) “ve/veya sözlü sınava tabi tutulması, Anayasa’ya aykırıdır. Başka bir anlatımla sözlü sınavı yapacak kurulun (yahut kişi/kişiler) yapısının ve sözlü sınavın içeriği belirsiz olduğundan, kamera kaydına alınması öngörülmediğinden; saydamlığın ve nesnellüğün temin edilememesi nedeniyle, bu kimselerin yazılı sınavla beraber ya da sadece sözlü sınava tabi tutulmasını öngören ve iptali talep edilen ibare, Anayasa’ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki anılan geçici 6. maddeye konu personel, “genel bütçe ve özel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinde mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle girilen ve belirli bir yetişme programı sonrası yeterlik sınavına tabi tutularak müfettiş, denetçi, denetmen ve kontrolör kadro veya pozisyonlarında yardımcılık veya stajyerlikte geçen süreler dahil en az beş yıl görev yapmış olanlardır. O halde bu personel, kamu idarelerinde denetim özelinde kolluk faaliyetinde bulunduğu; asli ve sürekli nitelikteki kamu hizmeti yürütmekle görevli olan, Anayasa’nın 128. maddesi bağlamında “diğer kamu görevlisidir. İptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde ise TENMAK denetçisi pozisyonuna atama yoluyla pozisyon değişikliği öngörülmektedir.

Bu bağlamda kanun koyucu tarafından anılan geçici madde 6 kapsamındaki kişilerin (genel bütçe ve özel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinde mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle girilen ve belirli bir yetişme programı sonrası yeterlik sınavına tabi tutularak müfettiş, denetçi, denetmen ve kontrolör kadro veya pozisyonlarında yardımcılık veya stajyerlikte geçen süreler dahil en az beş yıl görev yapmış olanlar) pozisyon değişikliği, kadro ihdası, ataması / naklen atanması, görevlendirilmesi, niteliği, görev ve yetkisi, aylık ve ödeneği ile diğer özlük haklarının Anayasa’nın öngördüğü ilkeler ve özellikle de mezkûr 128. madde uyarınca maddi anlamda kanunilik ilkesi dahilinde düzenlenmesi gerekmektedir. Ne var ki, iptali istenilen ibare, “TENMAK denetçisi pozisyonuna atamayı Anayasa’nın öngördüğü çerçevede düzenlememektedir. Bu durum, aşağıda ayrıntılı olarak gösterildiği üzere, Anayasa’ya çok yönlü olarak aykırıdır.

a) Kamu görevlilerinin özlük işleri bağlamında kanunilik ilkesi bakımından: Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir (Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2012 tarihli ve 2011/107 E.; 2012/184 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi'nin sıkça vurguladığı gibi kanunilik ölçütünün sağlandığından söz edilebilmesi için kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kurallar keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Esasen kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla Anayasa'nın 128. maddesinde yer verilen kanunilik ölçütü, Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2018/88, K.2020/24, 11/6/2020 §§ 13, 14) (Anayasa Mahkemesi'nin, 22.10.2020 tarihli ve 2020/1 E.; 2020/563 K. sayılı Kararı, § 41).

İhtilaflı ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı şekilde, sözlü sınavın kim tarafından yapılacağı (söz gelimi idare -Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumu- tarafından) öngörülmemiş; sözlü sınavı yapmaya yetkili makam/idare, sözlü sınavın içeriği ve usulü bakımından objektif kıstaslarla kayıtlanmamış; sadece yazılı sınav ya da sözlü sınav mı, yoksa bunların ikisinin birden mi yapılacağı hüküm altına alınmamıştır. Kaldı ki iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkrada; bu şekilde ataması yapılacak kişi sayısının en fazla beş (az sayıda sınırlı kontenjan) olduğu göz önüne alındığında; bu hususlar, azami ehemmiyet arz etmektedir.

Başka bir anlatımla, kanun koyucu, sadece yazılı sınav ya da sözlü sınav mı, yoksa bunların ikisinin birden mi yapılacağını belirtmemiş; sözlü sınavın usulünü ve içeriğini net bir biçimde kanun formunda ortaya koymamış ve bu hususların belirlenmesini sözlü sınavı yapmaya yetkili makamın/idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine bırakmıştır. Oysa bir kamu görevlisi olan anılan geçici madde 6 kapsamındaki personele yapılacak sınavın içeriğinin ve usulünün kanun düzeyinde belirlenmesi ve idarenin keyfi işlem ve eylemlerine terk edilmemesi gerekirdi. Maddi anlamda kanuna tekabül etmeyen ihtilaflı ibare, bu nedenle Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır (bu açıdan ayrıca bkz. aşağıda "b" alt başlığı).

b)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bu nedenle anılan geçici madde 6 kapsamında kalan personel bakımından TENMAK denetçisi pozisyonlarına atanabilmek için bu personelin tabi olacağı sözlü sınavın usulünün ve içeriğinin, nesnellik ölçütü olması bakımından şeffaflığı da sağlayacak biçimde (söz gelimi kamera kaydına alınmak suretiyle); Anayasa'nın 128. maddesinde hüküm altına alınan ve hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; sözlü sınavın olup olmayacağı, kim tarafından yapılacağı, usulü ve içeriği, yazılı sınavla birlikte yahut münferiden yapılması hakkında–anayasal ilkelerin aksine- (söz gelimi bu personelin muhakeme gücü, mesleğe uygunluğu, genel kültürü, bilimsel ve teknolojik gelişmeleri takip kabiliyetini ölçecek objektif kıstaslar) tamamen sessiz kalmış, sözlü sınav yapmaya yetkili makamı karar alırken esas alacağı objektif kıstaslarla sınırlandırmamış, bu hususları idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işleminin konusu yapmıştır. Bu durum, sözlü sınav yapmaya yetkili makamın subjektif değerlendirme yapmasına sebep olacaktır.

Halbuki Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere sözlü sınav, nitelik itibarıyla yazılı sınavdan farklı bir ölçme aracıdır:

“Dava konusu kuralda düzenlenen sözlü sınav, bir kişinin davranış ve düşünceleri üstüne bilgi edinmek amacıyla sorulu cevaplı görüşme yapılarak ilgilinin muhakeme gücünü, bir konuyu kavrayıp özetleme ve ifade yeteneğini, genel görünümünü, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğunu ve liyakatini, yetenek ve kültürünü, bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığını puan vermek suretiyle değerlendirme yöntemidir. Yazılı yarışma sınavında ilgililerin genel yetenek ve genel kültür seviyeleri ile alan bilgisi düzeyleri ölçüldüğünden sözlü sınavda anılan bilgilerin yeniden ölçülmesi yerine dava konusu kuralda belirtilen hususlarda değerlendirmeye tabi tutulması, mülakatın yapılaş amacına uygunluk taşımaktadır.”

(Anayasa Mahkemesi'nin 04.12.2014 tarihli ve 2014/99 E.; 2014/181 K. sayılı Kararı). Bu nedenle kanun koyucunun, tercihini sözlü sınav yönünden yaptığında; idarenin/sözlü sınav yapmaya yetkili makamın takdir yetkisini kanun düzeyinde açıkça çerçeveleyip sınırlandırması gerekmektedir.

Buna ilave olarak, “Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak, “Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününe kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur.” denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966)” (Anayasa Mahkemesi'nin 11.06.2020 tarihli ve 2018/119 E.; 2020/25 K. sayılı Kararı, § 18). Ancak iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde; kadro ihdası gibi özlük işleri kapsamında değerlendirilen

sözlü sınavın yazılı sınavla birlikte veya tek başına yapılıp yapılmayacağı, kim tarafından yapılacağı, usulü ve içeriğinin genel çerçevesi; hukuki işlem olarak kanun ile açıkça ortaya konulmamıştır.

Öte yandan normlar arasında hukuka uygun kademelenmenin sağlanabilmesi, diğer bir deyişle normlar hiyerarşisinde sözlü sınava ilişkin tesis edilecek idari işlemlerin (söz gelimi çıkarılacak yönetmeliğin) 7451 sayılı Kanun'a uygun olması, yalnız bu Kanun'un temel ilkeleri ortaya koymasıyla mümkündür. Aksi takdirde, Kanun'un genel çerçeveyi çizmemesi, idari işlemlerin (söz gelimi yönetmeliğin) hukuka uygunluk denetiminde gözetilecek ölçü normun (7451 sayılı Kanun'un) maddi anlamda kanunun asgari öğelerini karşılamaması durumunda, idari işlem (söz gelimi yönetmelik) hukuki dayanaktan yoksun kılınacaktır.

Yine idarenin (yazılı ve/veya sözlü sınavı yapmaya yetkili makamın) uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan geçici 6. maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanun düzeyinde tanımlanması gereken hususları, idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine tevdi eden, maddi anlamda bir kanunda bulunması gereken öngörülebilirlik niteliğini içermeyip, yukarıda tanımlandığı anlamda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilafli ibare, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

c)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, idareye (sınav yapmaya yetkili makama) sözlü sınavın usulünü ve içeriğini; sadece yazılı ya da sözlü sınavın mı, yoksa bunların ikisinin beraberce mi yapılacağını belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

ç)Kamu hizmetinde görevin gerekli kıldığı nitelikler bakımından: Anayasa'nın 70. maddesinde yer alan ve her Türk vatandaşına eşit şekilde tanınan kamu hizmetine girme hakkı, kamu hizmeti icra edecek personellerin istihdamının liyakata dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlar. Anayasa; ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayırımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev, görevin gerekleri doğrultusunda yerine getirilmemiş olacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar,

kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir (Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.1979 tarihli ve 1979/19 E.; 1979/39 K. sayılı Kararı).

Anayasa'nın 128. maddesinde temelini bulan ve hukuk devletinin ana halkasını oluşturan kanunilik ilkesi ışığında, Anayasa'nın 70. maddesi ele alındığında görüleceği üzere; kamu hizmetine girme hakkının temel bir hak olarak etkililiği, maddenin "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez" şeklindeki ikinci fıkrasında yer alan "görevin" ibaresinin; kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin (ve niteliğinin varlığının tespiti için yapılacak sözlü sınavın), (bir kimsenin bu pozisyona uygun olduğunun objektif kriterlere göre tespitinin yapılabilmesi amacıyla) kanun düzeyinde açıklanmasını gerektirir. Aksi bir tutum, bir başka deyişle kamu hizmeti görülürken ifa edilecek görevin niteliklerinin varlığını tespit edecek araç olmak üzere sadece yazılı ya da sözlü sınavın mı, yoksa bunların ikisinin beraberce mi yapılacağını ve yapılması halinde sözlü sınavın usulünü ve içeriğini belirleme yetkisini idarenin (Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumu'nun) keyfi uygulamalarına, kayırmacılığa neden olabilecek takdir yetkisine bırakmak; anayasal amacın (denetim özelinde -kolluk- kamu hizmeti icra edecek TENMAK denetçisi istihdamının liyakate dayalı bir sistem içerisinde gerçekleşmesini sağlamak) bertaraf edilmesine neden olacak, anılan hakkın istekli kimseler (genel bütçe ve özel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinde mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle girilen ve belirli bir yetişme programı sonrası yeterli sınavına tabi tutularak müfettiş, denetçi, denetmen ve kontrolör kadro veya pozisyonlarında yardımcılık veya stajyerlikte geçen süreler dahil en az beş yıl görev yapmış olanlar) bakımından eşit düzeyde güvence altına alınmasına engel oluşturacaktır. Diğer bir deyişle, TENMAK denetçisi olarak atanabilmek için bu personelin tabi olacağı sözlü sınavın kim tarafından yapılacağını; usulünün ve içeriğinin ve sadece yazılı ya da sözlü sınavın mı, yoksa bunların ikisinin beraberce mi yapılacağını liyakat esasının gereklerini karşılayacak açıklıkta olması ve vatandaşların eşit şekilde kamu hizmetine girme haklarının idarenin (Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumu'nun) keyfi işlemler tesis etme ihtimaline karşı kanun seviyesinde korunması gerekmektedir. Bu nedenle anılan gereklilikleri karşılamayan ihtilafı ibare, Anayasa'nın 70. maddesine de aykırıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 70. maddesi ile ilişkilendirerek verdiği bir iptal kararının müteallik bölümü:

"1- KHK'nin 37. Maddesinin (2), (3) ve (4) Numaralı Fıkraları

KHK'nin 37. maddesinde, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadroları ku-rulmuş ve bu kadrolarda görev yapacak kişilerin atanma usul ve esasları düzenlenmiştir. Anılan mad-denin (2) numaralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzman Yardımcılığına atanmanın koşulları; (3) nu-maralı fıkrasında, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığına atanmanın koşulları ile bu koşulları yerine getire-meyen Uzman Yardımcılarının bu unvanlarını kaybedecekleri ve Bakanlıkta durumlarına uygun kad-rolara atanacakları; (4) numaralı fıkrasında ise Gümrük ve Ticaret Uzmanı ile Uzman Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavı ile diğer hususla-rın yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında "Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kal-mak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hak-ları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler..."in kanun hükmünde karar-namelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın "Kamu

hizmetlerine girme hak-kı” başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk’ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip ol-duğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa’nın “Siyasi Haklar ve Ödev-ler” başlıklı dördüncü bölümünde yer alan ve 70. maddesinde korunan kamu hizmetlerine girme hak-kına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı ve Uzman Yardımcılığı kadrolarına giriş koşullarının belirlen-mesi, Anayasa’nın 70. maddesine göre kamu hizmetine girme hakkına ilişkin olduğundan, bu hususu düzenleyen KHK'nin 37. maddesinin (2), (3) ve (4) numaralı fıkraları, Anayasa’nın 91. maddesinin bi-rinci fıkrasına aykırıdır. İptalleri gerekir.”

şeklinde (Anayasa Mahkemesi’nin 08.11.2012 tarihli ve 2011/87 E.; 2012/176 K. sayılı Kararı).

d)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa’dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa’nın 153. maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi’nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm ihtiva eden düzenleme hakkında verdiği bir iptal kararında “... Buna göre, (Telekomünikasyon) Kurum’da çalışan memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemelerin Bakanlar Kurulu’na bırakılması, Anayasa’nın 128’inci maddesine aykırıdır. Bu nedenle kuralın iptali gerekir...” şeklinde gerekçe kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi’nin 12.12.2007 tarihli ve 2002/35 ve 2002/95 sayılı Kararı).

Yine Anayasa Mahkemesi’nin 01.02.2018 tarihli ve 7070 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanunla 636 sayılı KHK’ye eklenen ve sözleşmeli sağlık personeli istihdamında yapılacak “sözlü sınav ve yerleştirmeye ilişkin usul ve esasların Sağlık Bakanlığınca belirleneceğine” ilişkin 45/A maddesinin (2) numara-lı fıkrasının son cümlesiyle ilgili olarak verdiği kararında da; bu durum, hüküm altına alınmıştır. Anılan kararın ilgili bölümü:

“Kamu görevlisi statüsünde olan sözleşmeli sağlık personelinin sözlü sınavla mesleğe alınması kanun koyucunun takdir yetkisinde olmakla birlikte bu personelin sözlü sınavla mesleğe alınmasına ve yerleştirilmesine ilişkin temel ilkelerin Anayasa’nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi ve bu bağlamda Anayasa’nın 7. maddesi uyarınca yasama yetkisinin idareye devredilmemesi gerekir ... Kuralın ikinci cümlesinde sözlü sınav ve yerleştirmeye ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça belirleneceği öngörül-müştür. Kanun’da sözlü sınavda hangi ölçütlerin gözetileceği hususlarına yer verilmediği gibi sınavı ka-zanan adayların yerleştirilmesinde uygulanacak esaslara ilişkin herhangi bir düzenleme de yapılmamış-tır. Diğer bir ifadeyle Kanun’da sözlü sınav ve sınav sonrası yerleştirmeye ilişkin temel ilkeler belirlenme-miş ve kuralın ikinci cümlesiyle bu hususların düzenlenmesi yönetmeliğe bırakılmıştır ... Bakanlıkta is-tihdam edilecek sözleşmeli personelin sözlü sınavla mesleğe alınma ve yerleştirilmelerine ilişkin temel ilkelerin kanunda belirlenmeksizin yönetmelikle düzenlenmesine imkan tanınması kamu görevlilerinin statülerinin kanunla

düzenlenmesine ve yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin anayasal ilkelerle bağdaşmamaktadır.”

şeklinde. Anayasa Mahkemesi, iptal davasına konu düzenlemeyi, Anayasa'nın 7 ve 128. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptal etmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 24.07.2019 tarihli ve 2018/73 E.; 2019/65 K. sayılı Kararı, § 199-201).

Buna ilave olarak Anayasa Mahkemesi, hakim ve savcı adaylarının yalnız sözlü sı-nava tabi tutulacağını öngören düzenleme hakkında verdiği 20.11.1990 tarihli ve 1990/13 E.; 1990/30 K. sayılı (iptal) kararında şu gerekçeyi kaleme almıştır:

“B- Yasa'nın 7. Maddesi Yönünden inceleme: 1- Maddenin Anlam ve Kapsamı:

3611 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile 3221 sayılı Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yasa'nın 10. ve 11. maddelerindeki "yazılı sınav" sözcükleri "sözlü sınav" olarak değiştirilmiştir.

10. ve 11. maddelerin değişiklikten önceki metinleri şöyledir:

"Madde 10.- Eğitim sonunda adaylar eğitim süresi içinde kendilerine öğretilen konularla ilgili olarak, yazılı sınava alınırlar.

Yazılı sınava dair hususlar yönetmelikle düzenlenir."

"Madde 11.- Eğitim sonunda yazılı sınavda başarı gösterenlerin mesleğe kabulleri ile atanmaları, Hâkimler ve Savcılar Kanunu hükümlerine göre yapılır."

Görüldüğü gibi, 3611 sayılı Yasa ile bu maddelerde yer alan "yazılı sınav" sözcükleri "sözlü sınav" olarak değiştirilmiş, böylece adayların iki yıllık eğitim süresi sonundaki başarılarının yalnızca sözlü sınavla saptanması esası kabul edilmiştir.

3221 sayılı Yasa'nın, 10. ve 11. maddelerinde yapılan bu değişiklik için 3611 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin gerekçesinde :

"Hâkim ve savcı adaylarının eğitim süreleri sonunda yapılmakta olan sınav, daha pratik olması bakımından sözlü sınav olarak değiştirilmiştir." denilmektedir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu:

Dava dilekçesinde 7. maddenin Anayasa'nın 13., 36., 37., 125., 138. ve 140. maddelerine aykırılığı nedeni ile iptali istenilmiştir. Ancak, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa'nın 29. maddesi hükmü uyarınca Anayasa Mahkemesi, ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda olmayıp , başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebileceğinden konuyla yakın ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. ve 139. maddeleri yönünden de inceleme kapsamı içine alınması gerekmektedir.

a. Anayasa'nın 2. Maddesi Yönünden İnceleme:

Anayasa'nın 2. maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti ... bir hukuk Devletidir." denilmektedir.

Yasaların kamu yararına dayanması gereği, kuşkusuz hukuk devletinin önde gelen koşullarından birisini oluşturmaktadır. Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin yerleşmiş anlayışını yansıtan kararlarında belirtildiği gibi;

Anayasa'nın 2. maddesinde tanımlandığı üzere Devletimiz bir hukuk devletidir. Hukuk devleti il-kesinin öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması ilkesi vardır. Bu ilkenin anlamı kamu yararı düşüncesi olmaksızın başka deyimle yalnızca özel çıkarlar veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak herhangi bir yasa kuralının konulamayacağıdır. Buna göre. çıkarılması için kamu yararı bulunmayan bir yasa kuralı Anayasa'nın 2. maddesine aykırı nitelikte olur ve dava açıldığında iptali gerekir. Çıkarıldığı zaman kamu yararına dayanan kuralın, koşulların değişmesi sonucunda kamu yararını karşılayamaz du-ruma geldiğinde dahi iptali gerekir.

Buna göre yasaların, amaç ögesindeki sakatlık başlı başına bir aykırılık nedeni oluşturabilecek-tir.

Bu nedenle, 3221 sayılı Yasa'nın 10. ve 11. maddelerindeki "yazılı sınav"ın "sözlü sınav" olarak değiştirilmesindeki amacın saptanması zorunludur. Yasa'nın gerekçesinde bu değişikliğin sözlü sınavın daha pratik olması nedeniyle yapıldığı belirtilmektedir. Oysa, birinci aşamada yazılı sınav ve "mülakat barajı"nı aşmış olan yargıç ve savcı adaylarının mesleğe kabullerinde ikinci aşama olarak yapılan bir sı-navda nesnel ölçütlerin konulması gerekirken, öznel değerlendirmelere neden olabilecek sözlü sınav yön-temini yalnızca "pratik olması" bakımından yeğlemesi" kamu yararı" düşüncesiyle açıklanamaz.

Bu nedenle herkesin eşit koşullarda yarışmasını sağlayan yazılı sınav yerine, kuşku uyan-dırabilecek öğeler taşıyan ve her zaman öznel değerlendirmeyi birliğinde getiren, sözlü sınavın, yeğlenmesini kamu yararı düşüncesiyle bağdaştırmak güçtür. Şu durumda 3611 sayılı Yasa'nın 7. maddesi kamu yararına dayanmadığından Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olup iptali gerekir.

b) Anayasa'nın 13. Maddesi Yönünden inceleme:

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin hangi amaçlarla ve ne biçimde sınırla-nabileceği ve sınırlamanın ölçüsü belirtilmektedir.

Dava dilekçesinde, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesinin temel hak ve özgürlüklerin de gü-vencesi olduğu, bunun zedelenmesinin ve sınırlandırılmasının, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı sonuçlar doğuracağı, bu nedenle Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Oysa, hâkim ve savcı adaylarının eğitim sonunda girdikleri yazılı sınavın sözlü sınava çevrilmesi ile temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması arasında bir bağlantı kurmak olanaklı değildir. Bu nedenle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden bir aykırılık saptanmamıştır.

c) Anayasa'nın 36. ve 125. Maddeleri Yönünden İnceleme:

...

d) Anayasa'nın 37. Maddesi Yönünden İnceleme:



...

e) Anayasa'nın 138., 139. ve 140. Maddeleri Yönünden İnceleme:

...

Yeni düzenleme ile eskiden yazılı olarak yapılmakta olan sınavın sözlüye çevrilmesi, adayların bu işleme karşı dava haklarını biçim yönünden değilse de fiilen ortadan kaldırmaktadır. Çünkü, sözlü sınavı karşı açılan davada yargısal denetim, sınav kurulunun oluşumu, sınavın yöntemi, verilen notlarda maddi hatâ yapıldığı gibi konularla sınırlı olmaktadır. Sorularla bunlara verilen yanıtların delil tesbiti ve bilirkişi incelemesi yöntemiyle yargısal denetim kapsamına aldırma olanağı güçtür.

Yargıcın adalet dağıtma görevini noksansız yerine getirebilmesi için adaylık dönemi dahil mes-leğinin her aşamasında güven duyacağı bir ortam içinde bulunması zorunludur.

Nesnelliği hususunda güven verebilecek ve adayların yalnız biçimsel değil fiilen de yargı-sal haklarını kullanmalarına olanak sağlayacak bir yöntem yerine öznel değerlendirmelere açık, sözlü sınavın tek başına sonucu etkilemesine izin vermek, Anayasa'nın yargıç ve savcılara adaylık döneminden itibaren tanıdığı güvence ile bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle 3611 sayılı Yasa'nın 7. maddesi Anayasa'nın 138., 139. ve 140. madde-lerine aykırıdır; iptali gerekir.”

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 2, 7 ve 128'inci maddelerine -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen ibareyi kanunlaştırmaması, Anayasa'nın 153'üncü maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6'ncı maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de hâle getirmektedir.

e)Eşitlik ilkesi bakımından: İptali talep edilen ibarenin idareye (Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumu'na) verdiği sınırsız takdir yetkisi, aynı şartları ve nitelikleri sağlayan “genel bütçe ve özel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinde mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle girilen ve belirli bir yetişme programı sonrası yeterlik sınavına tabi tutularak müfettiş, denetçi, denetmen ve kontrolör kadro veya pozisyonlarında yardımcılık veya stajyerlikte geçen süreler dahil en az beş yıl görev yapmış olanlar ” arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. İhtilafli kural, aynı şekilde, kamu hizmetine kabulde (TENMAK denetçisi pozisyonuna atanmada) sadece yazılı ya da sözlü sınavın mı, yoksa bunların ikisinin beraberce mi yapılacağını; sözlü sınava ilişkin objektif esas ve usulleri; sözlü sınavın kim tarafından yapılacağını öngörmemesi sebebiyle de yine eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; “[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır.” (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K.

sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir" (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: "Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ne var ki, iptali talep edilen ibarenin idareye (Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumu'na) verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, idare tarafından aynı şartlara ve niteliklere sahip "genel bütçe ve özel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinde mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle girilen ve belirli bir yetişme programı sonrası yeterlik sınavına tabi tutularak müfettiş, denetçi, denetmen ve kontrolör kadro veya pozisyonlarında yardımcılık veya stajyerlikte geçen süreler dahil en az beş yıl görev yapmış olanlar "dan birinin, TENMAK denetçisi pozisyonuna atanmasına diğerinin atanamamasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Başka bir anlatımla, denetçi pozisyonuna atanabilmek için bu personelin tabi olacağı sınavın sadece yazılı ya da sözlü sınav mı, yoksa bunların ikisi birden mi olacağını; sözlü sınavın usulünün ve içeriğinin ve kim tarafından yapılacağını tespitinin idareye bırakılması, mesleğin (denetçilik pozisyonunun) gerektirdiği nitelikler bakımından aynı durumda olan kişi kategorileri arasında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. Kaldı ki bu pozisyonlara azami beş kişinin atanacak olması, bu ihtimalin gerçekleşme olanağını arttırmaktadır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırıdır.

f) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile çalışma hakkı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5'inci maddelerinde yer alan sosyal devlet ilkesinin bir görünümü, Anayasa'nın 49'uncu maddesinde güvencelenen çalışma hakkıdır. Diğer bir deyişle herkese hak ve ödev olarak tanınan çalışma hakkı, Devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir. Devlet, herkes için uygun bir çalışma ortamı hazırlamalıdır. Bu yükümlülüğün, mesleğe girişte (TENMAK denetçisi pozisyonuna atanmada) görevin gerektirdiği nitelikler dışındaki diğer tüm keyfi tercih ölçütlerinin kullanılmasına mani olacak koşulların sağlanmasını öncelikle içerdiği izahıta varestedir. Ancak iptali talep edilen ibare, Devletin anılan yükümlülüğünü ifa etmesine engel olacaktır. Nitekim idare (Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumu), keyfi biçimde, sadece yazılı ya da sözlü sınavın mı, yoksa bunların ikisinin beraberce mi yapılacağını; sözlü sınava ilişkin usul ve esasları ve kim tarafından yapılacağını belirleyerek, bu sınavlarda başarısız sayılan kimselerin denetçilik pozisyonuna atanmasının önüne geçecektir. Bunun sonucunda da, Devlet tarafından onlar bakımından çalışma hakkının kullanılması için gerekli ortam hazırlanamayacaktır. Diğer bir deyişle kanun koyucu, söz konusu sözlü sınavın içeriğine ve yapılmasına ilişkin usul ve esasların düzenlenmesini idarenin uhdesine bırakmak suretiyle; anılan hakka maddi anlamda kanunilik, demokratik toplum düzeni ve ölçülülük ilkelerine aykırı olacak şekilde keyfi idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açmıştır. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 2, 5, 13 ve 49. maddelerine aykırıdır.

g) Çalışma barışı bakımından: Anayasa'nın 2 ve 5. maddeleriyle Devlet için öngörülen "sosyal devlet" niteliğinin bir görünümü, Anayasa'nın 49'uncu maddesiyle Devlete yüklenen çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüdür. Anayasa Mahkemesi, "Anayasa'nın 49. maddesine göre, çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlete karşı ileri sürülecek bu hak, bireylere zorlama yetkisi ve yaptırımını vermemiştir. Devlet, olanakları

ölçüsünde, yeterli örgütler kurarak iş bulmayı kolaylaştırıp sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Devletin herkese iş verme, herkesi işe yerleştirme zorunluluğu bulunmamaktadır. İşsizliği önlemek amacıyla yapacağı çalışmalarla Devlet, öncelikle kamu sektöründe iş vermek yolunu izleyecek, bu nedenle de yasal düzenlemeler yapacaktır.” şeklinde hüküm kurmak suretiyle; Anayasa’nın 49’uncu maddesinin kapsama alanında özel sektörün yanı sıra kamu sektörünün de değerlendirileceğine işaret etmiştir (Anayasa Mahkemesi’nin 19.12.1989 tarihli ve 1989/14 ve 1989/49 sayılı Kararı). O halde Devlet, hem özel sektörde hem de kamu sektöründe çalışma barışını sağlamalıdır. Ancak maddi anlamda kanuna tekabül etmeyen iptali talep edilen ibare; TENMAK denetçisi pozisyonuna atanmak isteyen (genel bütçe ve özel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinde mesleğe özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle girilen ve belirli bir yetiştirme programı sonrası yeterlik sınavına tabi tutularak müfettiş, denetçi, denetmen ve kontrolör kadro veya pozisyonlarında yardımcılık veya stajyerlikte geçen süreler dahil en az beş yıl görev yapmış olanlar) personel arasında eşitsiz muamelelere, söz gelimi bazılarının liyakati ortaya koymayan keyfi usullerle bu pozisyonlara atanıp bazılarının atanamamasına yol açacağından, çalışma barışının da bozulmasına neden olacaktır. Çalışma barışının bozulması; (denetim/kolluk özelinde) kamu hizmeti yürütmekle görevli olan personelin çalışma motivasyonlarının bozulmasına; ilgilerini başka alanlara yöneltmelerine; sorumluluklarını yeteri kadar yerine getirememesine ve giderayak denetim/inceleme/soruşturmalarda aksaklık meydana gelmesine sebep olabilecektir. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa’nın 2, 5 ve 49. maddelerine de aykırıdır.

ğ)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından:Anayasa’nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibare, yukarıdaki başlıklarda aykırı oldukları gösterilen temel haklara ilişkin anayasal düzenlemelerin muadilleri olarak, çalışma hakkına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 23’üncü; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı’nın 1’inci maddelerini; Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu ILO Sözleşmelerini ; adil çalışma koşullarına ilişkin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 23’üncü; (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı’nın 3 ve 22. maddeleri; ILO’nun 94 No’lu Çalışma Şartları (Kamu Sözleşmeleri) Sözleşmesi ile 151 No’lu Çalışma İlişkileri (Kamu Hizmeti) Sözleşmesi’ni ihlal ettiği için Anayasa’nın 90’uncu maddesine de aykırıdır.

Son olarak 7451 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle 2690 sayılı Kanun’a eklenen geçici madde 6’nın birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “sözlü” ibaresini kendinden önce gelen “yazılı” ibaresine bağlayan “ve/veya” bağlaçları, “sözlü” ibaresinin iptal edilmesiyle işlevini yitirecektir.

Tüm bu nedenlerle, 7451 sayılı Kanun’un 1’inci maddesiyle 09.07.1982 tarihli ve 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumunun Muafiyetleri ve Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun’a eklenen geçici madde 6’nın birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “ve/veya sözlü” ibaresi, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 49, 70, 90, 123, 128 ve 153’üncü maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

2) 04.04.2023 tarihli ve 7451 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5'inci maddesiyle 4562 sayılı Kanun'un ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkrada yer alan "OSB yer seçimi işlemi yapılmadan OSB alanı kesinleştirilir" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7451 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun "Yer seçimi, kuruluş ve planlama" kenar başlıklı 4'üncü maddesinde birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda anılan maddeye ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere yeni bir fıkra eklenmiştir. Söz konusu ek fıkraya göre yürürlükteki imar planlarında sanayi alanı olarak belirlenmiş yerlerde, planı onaylayan idarenin görüşünün alınması ve imar planına esas jeolojik ve jeoteknik etüt yapılması kaydıyla "OSB yer seçimi işlemi yapılmadan OSB alanı kesinleştirilecek"tir. Ancak OSB yer seçimi işlemi yapılmadan OSB alanının kesinleştirilmesine cevaz veren iptali talep edilen ibare, aşağıda sıralanan gerekçelerle Anayasa'ya aykırıdır.

a)Hukuk devleti, kamu yararı ile idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

Buna ilave olarak Anayasa'nın 2'nci maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi'nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı). Aynı yönde; "Yasa koyucuya verilen düzenleme yetkisi, hiçbir şekilde kamu yararını ortadan kaldıracak veya engelleyecek... biçimde kullanılamaz ..." (Anayasa Mahkemesi'nin 24.01.2008 tarihli ve 2007/76 E.; 2008/46 K. sayılı Kararı).

Öte yandan ilk fıkrası "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir" hükmünü içeren Anayasa'nın 123'üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Öncelikle OSB yer seçimi işleminin hukuki niteliğini ve OSB alanının kesinleştirilmesine bağlanan hukuki sonuçları ortaya koymakta fayda bulunmaktadır.

Birleşmiş Milletler Sınai Kalkınma Teşkilatı (UNIDO) organize sanayi bölgelerini, “bir grup üretici tarafından, bazen ortak tesislerle birlikte kullanılmak üzere, yolların, ulaşımın ve kamu hizmetlerinin sağlanmasıyla kapsamlı bir plana göre geliştirilmiş ve parsellere bölünmüş bir arazi parçası” şeklinde tanımlamaktadır. Benzer biçimde 4562 sayılı Kanun’un “Tanımlar ve kısaltmalar” kenar başlıklı 3’üncü maddesinin birinci fıkrasının (1) alt bendine göre OSB alanı, yer seçimi sonucunda sınırları tasdik edilmiş alanlar ile onaylı sınır kapsamında belirlenen alanların bütünü ifade etmektedir. 4562 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesinde ise yer seçimi işleminin genel çerçevesi çizilmiştir:

“Yer seçimi, kuruluş ve planlama

Madde 4 – (Değişik: 18/6/2017-7033/40 md.)

OSB, yer seçimine ilişkin yönetmeliğe göre uygun görülen yerlerde Bakanlığın onayı ile kurulur.

OSB'lere ait yer seçimi, Bakanlığın koordinatörlüğünde ilgili kurum ve kuruluşların temsilcileri-nin katılımıyla oluşan yer seçimi komisyonunun yerinde yaptığı inceleme sonucunda, varsa üst ölçekli plan kararları dikkate alınarak yapılır. Komisyonunda kararlar oybirliği ile alınır. Oybirliği sağlanamaması durumunda yer seçimi ile ilgili nihai karar, yönetmelikte belirlenen esaslar doğrultusunda Bakanlıkça verilir. Mevzuat gereğince korunması gereken ve sanayi tesislerinin kurulmasına izin verilmeyen alanlar OSB yeri olarak incelemeye alınmaz.

(Ek fıkra:4/4/2023-7451/5 md.) Yürürlükteki imar planlarında sanayi alanı olarak belirlenmiş yerlerde, planı onaylayan idarenin görüşünün alınması ve imar planına esas jeolojik ve jeoteknik etüt yapılması kaydıyla OSB yer seçimi işlemi yapılmadan OSB alanı kesinleştirilir.

OSB alanı içinde Hazine veya kamu kurum ve kuruluşlarına ait arazilerin bulunması hâlinde; bu araziler, talep edilmesi ve başkaca bir sakıncası bulunmaması durumunda, 29/1/2004 tarihli ve 5084 sa-yılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki illerde bedelsiz devredilir. Diğer illerde ise 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununun 63 üncü maddesinde yer alan harca esas değerleri üzerinden peşin veya taksitle ödenmek üzere OSB'lere satılır. Buna ilişkin usul ve esaslar Bakanlık ile Maliye Bakanlığınca müştereken belirlenir. Toplu Konut İdaresi Başkanlığı mülkiyetinde bulunan stok araziler ise ilgili mevzuatına göre OSB tüzel kişiliğine tapuda devredilirken 29/4/1969 tarihli ve 1164 sayılı Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanunun 11. maddesinde belirtilen şerh tapuya işlenmez.

Seçilen alanda özel mülkiyette olan araziler bulunması hâlinde bu araziler rızaen satın alma ve-ya kamulaştırma yoluyla iktisap edilir. Bu nitelikte taşınmazlar hakkında 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümleri uygulanır. (Ek cümleler:4/4/2023-7451/5 md.) Yönetmelikte belirtilen şart ve sürelerde yatırım yapmayı taahhüt eden parsel

maliklerine, kamulaştırma yapılmadan seçilen alanda OSB tarafından yer verilebilir. Taahhüdü yerine getirmeyenlerin taşınmazları kamulaştırılır.

Yer seçiminin kesinleşmesinden sonra OSB sınırları dışında kalan alanların planlanması Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve/veya ilgili belediye tarafından en geç bir yıl içinde yapılır. Bununla ilgili usul ve esaslar Bakanlık ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca müştereken belirlenir. OSB alanı dışındaki içme ve kullanma suyu, karayolu, demiryolu, elektrik ve doğalgaz bağlantıları ile ilgili iş ve işlemler Bakanlığın koordinasyonunda ilgili kurum ve kuruluşlarca yerine getirilir.

(Değişik fıkra:4/4/2023-7451/5 md.) OSB yer seçimi kesinleştirilen alanın bulunduğu büyükşehir belediyesi, il belediyesi, ilçe belediyesi, belde belediyesi, 18/5/2004 tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanununa göre kurulan sanayi odası, yoksa ticaret ve sanayi odası, o da yoksa ticaret odası, il özel idaresi veya yatırım izleme ve koordinasyon başkanlığı, konuyla ilgili mesleki kuruluş ve teşekküllerin temsilcileri Bakanlık uygun görüşüne istinaden OSB kuruluşunda yer alabilir. OSB kuruluşunda yer alan kurum ve kuruluşların temsilcileri ve vali tarafından imzalanmış kuruluş protokolünün Bakanlıkça onaylanması ve sicile kaydı ile OSB tüzel kişilik kazanır.

OSB kuruluşunda, yedinci fıkrada belirtilen usuller çerçevesinde belirlenen odanın yer alması zorunludur.[3]

(Mülga fıkra:4/4/2023-7451/5 md.)

Tüzel kişilik kazanan OSB'lerden, kuruluş tarihinden itibaren altı ay içerisinde kamulaştırma işlemlerine başlayıp, iki yıl içerisinde uzlaşılamayan tüm parseller için tespit ve tescil davası açmayan veya tüm parseller için açılan davalar neticesinde 2942 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinde belirtilen süreler içerisinde bedeli ödemeyen OSB'lerin tüzel kişilikleri, tasfiye süreci başlatılarak Bakanlık tarafından re-sen terkin edilebilir.

OSB alanında Sağlık Bakanlığınca öngörülen sağlık koruma bandı bırakılır.

Ortak kullanım alanları, OSB büyüklüğünün %5'inden az; hizmet ve destek alanları ise OSB büyüklüğünün %15'inden fazla olamaz.[4]

OSB sınırları içerisinde yapılacak imar ve parselasyon planları ve değişiklikleri, OSB tarafından yönetmeliğe uygun olarak hazırlanır ve Bakanlıkça onaylanır. Onaylı imar planları valilikçe tespit edilen ilan yerlerinde, Bakanlığın internet sayfasında bir hafta süre ile ilan edilir. Askı süresinin sonunda Bakanlıkça yürürlüğe konulur ve ilgili kurumlara bilgi için gönderilir. Bir haftalık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebilir. İtirazlar Bakanlığa veya valiliğe yapılır. Bakanlık itirazları ve planları on beş gün içerisinde inceleyerek kesin karara bağlar.

Katılımcı tarafından OSB'ye başvurulduğu hâlde başvuru tarihinden itibaren üç ay içinde herhangi bir karara bağlanmayan imar ve parselasyon planı ve değişiklikleri katılımcının müracaatı hâlinde Bakanlıkça değerlendirmeye alınır. Bakanlık değerlendirme aşamasında OSB'nin başvuru hakkındaki görüşünü ister. OSB başvuru hakkındaki görüşünü on beş gün içinde Bakanlığa bildirmek zorundadır. Başvuruya konu imar ve parselasyon planı ile değişiklikleri Bakanlık tarafından uygun bulunması hâlinde onaylanabilir.

Yürürlüğe giren imar plânına göre arazi kullanımı, yapı ve tesislerinin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler ile işyeri açma ve çalışma ruhsatları OSB tarafından verilir ve denetlenir. İşyeri açma ve çalışma ruhsatının verilmesi sırasında işyeri açma ve çalışma ruhsatına ilişkin harç-lar, OSB tarafından tahsil edilerek ilgili belediye veya il özel idaresi hesabına yatırılır.

(Ek fıkra:4/4/2023-7451/5 md.) Bakanlık tarafından OSB olarak sınırları kesinleştirilen alanlarda, acele kamulaştırma kararına istinaden Kamulaştırma Kanununun 27. maddesi kapsamında mahkemece takdir edilen taşınmaz bedelinin banka hesabına yatırılması ve acele el koyma kararı verilmesini takiben yatırımların gecikmemesini teminen, OSB tarafından altyapı inşaatı ve tahsis yapılabilir, yatırımlar için ruhsat ve izinler verilebilir. Bedel tespitine ilişkin Kamulaştırma Kanununun 11. maddesinin üçüncü fıkra hükmü saklıdır. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte düzenlenir.

OSB tüzel kişiliği, OSB'nin mevzuata ve imar planına uygun yapılaşmasından sorumludur. Ruh-satsız veya ruhsata aykırılığı tespit edilen yapılar hakkında ilgili idarece 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununun 32 nci ve 42 nci maddeleri çerçevesinde tesis edilen işlemler ilgili OSB ve Bakanlığa bil-dirilir. Yıkım, Bakanlığın talimatı üzerine valilik veya kaymakamlık tarafından yapılır. Yıkım bedeli, yapı sahibi tarafından karşılanır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.’’

Söz konusu yer seçimi işlemi, 02.02.2019 tarihli ve 30674 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Organize Sanayi Bölgeleri Yer Seçimi Yönetmeliği’nde detaylandırılmıştır. Söz konusu Yönetmelik’te ‘‘yer seçimi talebi ve Sanayi ve Teknoloji Bakanlığınca yapılacak ön değerlendirme, etüt çalışmaları, etüt raporunun bölümleri, uygun alan bulunamaması durumu, yer seçimi komisyonun oluşturulması ve görevi, OSB yerinin kesinleşmesi’’ gibi hususlar düzenlenmektedir. Söz gelimi yer seçimi komisyonuna; ‘‘Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Tarım ve Orman Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Milli Savunma Bakanlığı, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, İl Özel İdaresi veya Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığı, ilgili Belediye (incelenen alan/alanların belediye sınırları içerisinde olması halinde), İl Sağlık Müdürlüğü, ilgili Kalkınma Ajansı Genel Sekreterliği’’ temsilci gönderecektir ve seçilecek yer, her bir temsilci tarafından uzmanlık alanı çerçevesinde değerlendirilecektir. Temsilciler, alanın özelliklerini şu çerçevede belirleyecektir:

‘‘mevkii, şehir merkezine uzaklığı ve hangi yönde kaldığı, çevresinde bulunan diğer yerleşim merkezlerinin neler olduğu, uzaklıkları ve hangi yönde kaldığı, büyüklüğü, karayolu, havaalanı, liman ve demiryolu bağlantısı, uzaklığı, mülkiyet durumu, kadastro durumu, belediye ya da mücavir alan sınırları içinde olup olmadığı, varsa çevre düzeni planına göre durumu, mevcut arazi kullanım durumu, çevresindeki alanların mevcut ve planlama durumu, eğimi ve yönü, bulunduğu deprem kuşağı, su ihtiyacının nereden sağlanabileceği, enerji ihtiyacının nereden sağlanabileceği, atık su ve yağmur suyu deşarj ortamı, hâkim rüzgâr yönü, gelişme ve genişleme olanağının bulunup bulunmadığı, çevresinde konut ve yan sanayi yerleşimine imkân olup olmadığı, varsa özel çevre koruma bölgeleri, sit alanları, milli parklar, sulak alanlar, doğal anıtlar gibi koruma alanları ile uluslararası sözleşmeler gereği korunması gereken alanlara göre konumu, drenaj durumu, taşkına maruz kalma durumu, önceden belirlenmiş bir jeolojik probleminin olup olmadığı, varsa yeraltı ve yüzeysel içme ve kullanma suyu kaynaklarına göre konumu, su toplama havzasında kalıp kalmadığı, varsa katı atık depolama alanlarına göre konumu, mevcut ya da planlanan havaalanları ile varsa askeri

alanlara, askeri güvenlik yasak bölgelerine, havaalanı mania planına göre konumu, varsa su ürünleri üreme ve istihsal sahalarına olan konumu”

OSB alanının kesinleşmesi ise Yönetmelik madde 9 hükmüne göre yapılmaktadır:

“OSB yerinin kesinleşmesi

MADDE 9 – (1) 8 inci maddede açıklanan şekilde hazırlanan yer seçimi komisyon raporu ve varsa Bakanlığa sonradan gönderilen kurum ve kuruluş görüşleri ile Bakanlığın kararı doğrultusunda OSB yeri;

a) Bakanlıkça belirlenen teknik şartname doğrultusunda gözlemsel jeolojik etüt raporunun hazırlanmasını,

b) İhtisas OSB söz konusu ise Çevresel Etki Değerlendirmesi olumlu belgesinin alınmasını,

c) Seçilen arazi içerisinde mera vasfında parsel olması durumunda ilgili kuruma yapılacak baş-vuru ile vasıf değişikliğinin yapılarak hazine adına tescil edilmesini,

ç) Seçilen arazi içerisinde devletin hüküm ve tasarrufunda tescil harici yerler bulunması halinde hazine adına tescilinin yapılmasını müteakip Bakanlık tarafından kesinleştirilir.

(2) OSB yerinin uygun bulunduğu, yer seçimi komisyon raporu ve varsa Bakanlığa sonradan gön-derilen kurum ve kuruluş görüşlerinde belirtilen şartlarla birlikte ilgili valiliğe ve ilgili kurum ve kuruluş-lara bildirilir.

(3) OSB yerinin kesinleştirilmesine dair Bakanlık yazısında belirtilen bilgi ve belgelerin hazırlanarak bir yıl içerisinde Bakanlığa gönderilmemesi halinde yer seçimi çalışmaları Bakanlıkça sonlandırılır.”

Anılan Yönetmelik hükümlerinden anlaşılacağı üzere; yer seçimi işlemi (ve OSB alanının kesinleştirilmesi), organize sanayi bölgesi olarak en elverişli alanın belirlenmesi amacıyla; katılımcı demokrasi anlayışı çerçevesinde; OSB alanını ilgilendiren her kurum ve kuruluşun uzmanlık alanları doğrultusunda görüşlerini beyan ettiği bir sürecin sonucunda ortaya çıkan üründür. Birçok aktörün azami dikkat ve özen göstererek yer seçimi sürecine dahlinin temelinde, çevrenin korunarak; milli ekonominin gereksinimleri ve planlı-sürdürülebilir kalkınma ile sanayileşmenin geliştirilmesi hedefleri doğrultusunda; uzun dönemde mal ve hizmet üretim bölgelerinin en düşük maliyet ve en yüksek kârla / kapasiteyle kurulması amacı bulunmaktadır.

Ancak kanun koyucu, “OSB’lerin yer seçimi işlemi yaklaşık 8 ila 12 ay sürmekte ve bu nedenle sanayicinin ortak altyapı ve arıtma gibi OSB imkanlarına erişmesi gecikmektedir. Düzenleme ile, halihazırda planda sanayi olarak belirlenmiş alanlar için yeniden yer seçimi yapılmasına esasen gerek olmadığından şeklen gerçekleştirilen yer seçimi işlemi kaldırılmakta ve sanayi imarlı alanların yer seçimi yapılmadan ilgili idarelerin görüşü alınması ve imar planına esas jeolojik ve jeoteknik etüt yapılması kaydıyla hızlı bir şekilde OSB’ye dahil edilmesine veya OSB alanı olarak belirlenmesine imkan sağlanmaktadır.” şeklinde gerekçe kaleme almak suretiyle; yer seçimi işleminin uzun sürdüğünü ve sanayicinin birtakım faaliyetleri gerçekleştirmesinin önüne zaman engelinin çıktığını dile getirmiştir. Halbuki



uygulamadaki teknik aksaklıklar nedeniyle yer seçimi sürecinin uzaması, söz konusu işlemin salt “şekli” diğer bir deyişle bir “formalite” olarak nitelendirilmesinin haklı gerekçesi olamaz. Zira yer seçimi işlemi kâğıt üzerinde birtakım kurum ve kuruluşların görüşlerinin alınmasından ibaret değildir; ilgili alanın coğrafi, sosyal, ekonomik ve jeolojik yapısını ortaya koyan esaslı bir çalışmadır. Kanun koyucu tarafından sürecin uzamasına yönelik sorunun bertaraf edilmesinin yolu, sürecin hepten dışarıda bırakılması değil; bu sürecin uzamasına sebep olan faktörlerin ortadan kaldırılmasıdır. Kaldı ki iptali talep edilen ibarenin bulunduğu fıkra hükmünde yer alan “yürürlükteki imar planlarında sanayi alanı olarak belirlenmiş yerlerde, planı onaylayan idarenin görüşünün alınması ve imar planına esas jeolojik ve jeoteknik etüt yapılması” kaydı da yer seçimi işleminin öngördüğü usul güvencelerine alternatif olabilecek yeterliliğe sahip değildir. (Kaldı ki planı onaylayan idarenin görüşü, istişari niteliktedir.) Zira bu kayıt, yer seçimi işleminin bünyesinde barındırdığı kalemlerden sadece birkaçına tekabül etmektedir. Söz gelimi bu kayıta, çevrenin korunmasına yönelik bir rapor alma zorunluluğu yer almamaktadır. Halbuki organize sanayi bölgelerinde bulunulacak faaliyetlerin; bilhassa bu bölgelerde kullanılan enerji türleri göz önüne alındığında; çevreye etkileri (endüstriyel hava/gürültü kirliliği, endüstriyel atıklar ...) yadsınamaz düzeydedir. Nitekim TÜBİTAK Marmara Araştırma Merkezi Çevre ve Temiz Üretim Enstitüsü’nün çalışmalarına da konu olduğu üzere; endüstriyel atık suların arıtımı ve yönetiminin, endüstriyel simbiyoz uygulamalarının, endüstriyel biyobozunur atıkların, endüstriyel kazaların, denizlerde endüstriyel baskıların vb. özel bir niteliği bulunmaktadır. O halde bu sürecin işletilmemesini haklı gösterecek bir neden bulunmamaktadır. Halbuki yukarıda açıklandığı üzere her kanunun ratio legis’i, kamu yararının somut bir görünümüdür. Ancak iptali talep edilen ibare, aşağıda detaylandırılacağı üzere (Anayasa’nın 2, 3, 5, 7, 10, 12, 17, 43, 44, 45, 48, 56, 63, 90, 123, 166, 167, 168 ve 169. maddeleri özelinde) kamu yararını haiz değildir.

Öte yandan OSB alanının kesinleştirilmesine yönelik idari işlemin hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılama ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Söz konusu genel çerçeve, yer seçimi işleminde tezahür etmektedir. İptali talep edilen ibareyle yer seçimi işleminin yapılması bir zorunluluk olmaktan çıkarılmış; bunun yerine gerekli usul güvencelerini haiz ikame düzenlemeler öngörülmemiştir. Başka bir anlatımla organize sanayi bölgelerinin çevreye çok yönlü olumsuz etkilerinin bertaraf edilmesi, bilhassa farklı disiplinlerin bir araya gelerek incelemede ve değerlendirmede bulunduğu yer seçimi komisyonunun marifetiyle mümkündür. Elbette kanun koyucu, bir durumu özel düzenlemelere tabi kılmayabilir, ancak o durumun (organize sanayi bölgelerinin bölgelerinin) ayırt edici niteliği dikkate alındığında; kanun koyucu, (çevrenin korunmasına yönelik) anayasal yükümlülüğüne istinaden alternatif güvenceler öngörmelidir (yer seçimi sürecini işletmelidir). Ancak kanun koyucu söz konusu özel hükmün uygulanmasını, iptali talep edilen ibareyle kanunen önüne geçmiştir.

Yer seçimi süreci, aynı zamanda katılımcıların/sanayicilerin ticari, iktisadi ve hukuki öngörülebilirliklerini de sağlamaktadır. Ancak kanun koyucu bu öngörülebilirliği ortadan kaldırmaktadır.

Oysa normlar arasında hukuka uygun kademelenmenin sağlanabilmesi, diğer bir deyişle normlar hiyerarşisinde OSB alanının kesinleştirilmesine ilişkin tesis edilecek idarenin düzenleyici ve dahi birel işlemlerinin (7451 sayılı Kanunla ek/değişik/mülga hükümler ihtiva eden) 4562 sayılı Kanun’a uygun olması, yalnız bu Kanun’un temel ilkeleri ortaya koymasıyla mümkündür. Aksi takdirde, Kanun’un genel çerçeveyi çizmemesi, idari işlemlerin hukuka

uygunluk denetiminde gözetilecek (özel) ölçü normun maddi anlamda kanunun asgari ögelerini karşılamaması (OSB alanının kesinleştirilmesi bakımından 7451 sayılı Kanunla ek/değişik/mülga hükümler ihtiva eden 4562 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde düzenlenen yer seçimi işleminin yapılmaması) durumunda; idari işlem hukuki dayanaktan yoksun kılınacaktır.

Ayrıntılı usul ve esaslara havi yer seçimi işlemi yapılmadan OSB alanını kesinleştirme yetkisini idarenin düzenleyici (ve dahi birel) işlemlerine tevdi eden ve yukarıda tanımlandığı anlamda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilaflı ibare, Anayasa'nın 2 ve 123'üncü maddelerine aykırıdır.

b)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). Yürürlükteki imar planlarında sanayi alanı olarak belirlenmiş yerlerde, OSB alanının kesinleştirilmesi bakımından yer seçimi işlemi yapılmasını ortadan kaldırdığından; özel kanuni çerçeve (yer seçimi işlemine ilişkin mevzuat) olmaksızın idareye OSB alanını kesinleştirmeye ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi veren ve iptali talep edilen ibare hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

c)Eşitlik ilkesi bakımından: İptali talep edilen ibare, yürürlükteki imar planlarında sanayi alanı olarak belirlenmiş yerlerde, OSB alanının kesinleştirilmesi bakımından yer seçimi işlemi yapılmasını ortadan kaldırdığından; özel kanuni çerçeve (yer seçimi işlemine ilişkin mevzuat) olmaksızın idareye OSB alanını kesinleştirmeye ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi verdiğiinden; yürürlükteki imar planlarında sanayi alanı olarak belirlenmiş-belirlenmemiş yerler ile katılımcılar/sanayiciler arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılabilecektir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır.

Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı nedenin var olup olmadığına göre yapılır. Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; "[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir" (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: "Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ancak iptali talep edilen ibareyle yer seçimine ilişkin ayrıntılı hükümler ihtiva eden mevzuatın uygulama kabiliyetinin ortadan kaldırılması suretiyle; özel kanuni çerçeve

olmaksızın OSB alanının kesinleştirilmesi hakkındaki usul ve esasları belirlemeye ilişkin idareye verilen öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; söz gelimi aynı nitelikteki faaliyetleri yürüten katılımcılarının OSB alanının kesinleştirilmesine yönelik taleplerinin farklı prosedüre tabi tutulmasına; bazıları bakımından komisyon raporu talep edilmesine/edilmemesine; bazılarına yönelik yürütülen (inceleme, değerlendirme ve nihai karar verme) sürecin daha kısa sürede tamamlanmasına; bazılarına eksikliklerini gidermeleri (raporda gerekli düzeltmeleri yapmaları) için daha uzun bir süre verilmesine ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Yine iptali talep edilen ibareyle yürürlükteki imar planlarında sanayi alanı olarak belirlenmiş yerler bakımından yer seçimi işlemi yapılmayacak ve fakat yürürlükteki imar planlarında sanayi alanı olarak belirlenmemiş yerlerde yer seçimi işlemi yapılacaktır. Ancak “imar planında planlarında sanayi alanı olarak belirlenme-belirlenmeme” kriteri esas alınarak yer seçimi işlemi yapılması bakımından bir ayrıma gidilmesinin haklı nedeni bulunmamaktadır. Zira yer seçimi işlemi, seçilecek yerin sanayi alanını olup olmasının değerlendirilmesine indirgenmemiştir. Söz gelimi imar planlarında sanayi alanı olarak belirlenmiş yer, yer seçimi işlemine tabi tutulduğunda; farklı yönlerden de incelenecektir. Ancak iptali talep edilen ibare, imar planlarında sanayi alanı olarak belirlenmiş yerlerin OSB alanı olacağına ilişkin peşinen mutlak bir durum öngörmektedir. Oysa “imar planında planlarında sanayi alanı olarak belirlenme-belirlenmeme” ölçütü esas alınarak yer seçimi işlemi yapılması bakımından bir ayrıma gidilmesi; son tahlilde, benzer durumda bulunan kişiler arasında haklı sebebe dayanmayan muamele farklılıklarına yol açabilecektir.

Bir başka deyişle, idareye çerçevelenmemiş, sınırsız bir takdir yetkisi bırakan ihtilafı ibare; OSB alanının kesinleştirilmesi bakımından benzer durumda bulunan katılımcılar/sanayiciler ile benzer niteliklere sahip sanayi alanları arasında haklı sebebe dayanmayan, keyfi muamele farklılıklarını mümkün hale getirmektedir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırıdır.

ç)Sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, güvenli ve planlı bir çevrede yaşama hakkı, tabiat varlıklarının ve ormanların korunması ile kıyılar, toprak mülkiyeti ve tarım arazileri ile çayır ve meralar, tabii servetler ve kaynakların korunması ile temel hak ve hürriyetlerin niteliği bakımından:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2 ve Anayasa'nın 17. maddelerinde temelini bulan yaşam hakkı ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8 ve Anayasa'nın 56. maddelerinde örtülü biçimde ve doğrudan hüküm altına alınan çevre hakkı birlikte ele alındığında ortaya çıkacağı üzere; herkesin sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, güvenli ve planlı bir çevrede yaşama hakkı vardır. Buna ek olarak; Anayasa'nın 3'üncü maddesiyle “Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür.” şeklindeki değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez düzenleme hüküm altına alınmış ve Anayasa'nın 5'inci maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında “... kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak ... insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” sayılmıştır. Anılan maddeler gereğince Devlet; sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, planlı bir çevrede yaşama hakkının standardının sağlanması için gerekli tedbirleri almalıdır. Anayasa Mahkemesi de münferit kararlarında bu hususu vurgulamıştır:

“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”

(Anayasa Mahkemesi'nin 03.07.2014 tarihli ve 2013/89 E.; 2014/116 K. sayılı Kararı).

“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”

(Anayasa Mahkemesi'nin 15.01.2009 tarihli ve 2006/99 E.; 2009/9 K. sayılı Kararı).

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. 1972 Stockholm Birleşmiş Milletler İnsan ve Çevre Konferansı Bildirgesi'nin 2'nci mad-desine göre: “İnsan çevresinin korunması ve geliştirilmesi dünyamızın her yerinde insan-ların refahını ve kalkınmasını etkileyen önemli bir konu, bütün insanların özlemi ve bütün hükûmetlerin görevidir”. 1992'de Rio de Janeiro'da ilan edilen Rio Bildirgesi'nin 1'inci maddesi uyarınca: “İnsanların, tabiatla uyum içinde, sağlıklı ve üretken bir yaşam hakları vardır”.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) ifade ettiği üzere; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) madde 8 uyarınca, Devletlerin, öncelikle, çevreye ve insan sağlığına yönelik zararları etkili şekilde önlemeye yönelik yasal ve idari bir çerçeve oluşturma ödevi vardır (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 27.01.2009 tarihli ve 67021/01 Başvuru No'lu, Tatar/Romanya, Kararı, § 88). Devletlerin, öncelikle, özellikle tehlikeli bir faaliyet söz konusu olduğunda, bu faaliyetten kaynaklanabilecek risk konusunda, ilgili faaliyetin özelliklerine uygun bir düzenleme getirmeleri pozitif yükümlülükleri vardır (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 24.01.2019 tarihli ve 54414/13, 54264/15 Başvuru No'lu Cordella ve diğerleri / İtalya Kararı, § 159). Yine AİHM'ye göre; “Tabiatla ormanların ve daha genel olarak çevrenin korunması, savunulması kamuoyunda ve bunun sonu-cunda 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” (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 08.07.2008 tarihli ve 1411/03 Baş-vuru No'lu Turgut ve diğerleri/Türkiye

Kararı, § 90). AİHM, çevreye verilen ağır zararların, sağlığı açısından ciddi bir tehlike oluşturmadığında dahi, kişinin esenliğini etkileyebileceğini ve özel ve aile yaşamı hakkına zarar verecek şekilde, konutundan yararlanmasını engelleyebileceğini ifade etmiştir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 09.12.1994 tarihli ve 16798/90 Başvuru No'lu López Ostra/İspanya Kararı, § 51). Yetkili merciler tara-fından çevresel risk ve tehlikelerle ilgili bilgilerin aktarılmaması, 8. maddeyi ihlal edebilir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 19.02.1998 tarihli ve 14967/89 Başvuru No'lu Guerra ve diğerleri/İtalya Kararı; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 27.01.1994 tarihli ve 67021/01 Başvuru No'lu Tatar/Romanya Kararı). AİHM, ihtiyatlılık ilkesinin, devletlere, bilimsel ve teknik kesinlik yokluğunda, çevreye ağır ve geri dönüşü olmayan bir zarar riskini engellemeye yönelik etkili ve ölçülü tedbirleri almakta gecikmemeyi tavsiye ettiğini belirtmektedir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 27.01.1994 tarihli ve 67021/01 Başvuru No'lu Tatar/Romanya Kararı, § 109).

Çevresel meselelerin sıklıkla çevresel kirlilik bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne taşındığı ve Mahkemece, söz konusu çevresel rahatsızlığın, devletin veya özel kişilerin faaliyetleri sonucunda oluşması arasında bir ayırım gözetilmeksizin, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında güvence altına alınan hukuksal çıkarlarla bağlantı kurulmak suretiyle incelendiği anlaşılmaktadır (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 18.06.2013 tarihli ve 50474/08 Başvuru No'lu Bor/Macaristan Kararı, § 25 ve bkz. Anaya-sa Mahkemesi'nin 30.06.2016 tarihli ve 2014/3977 Başvuru No'lu D. Ö. Kararı).

Görüldüğü üzere; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de içtihatlarında Devletin, bireyin sağlıklı ve güvenli bir çevrede yaşamasını sağlamak için önlemleri almaya dair kesin bir yükümlülüğü olduğunu vurgular. Söz gelimi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 30.11.2004 tarihli ve 48939/99 Başvuru No'lu Öneriyıldız/Türkiye kararında çöplükten yayılan metan gazının patlaması sonrasında birçok insanın yaşamını yitirmesiyle sonuçlanan olayda; Devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle yaşam hakkının ihlaline karar vermiştir:

“Tehlikeli endüstriyel faaliyetler

“Öneriyıldız/Türkiye

30 Kasım 2004 (Büyük Daire)

Başvuranın evi, dört belediye tarafından ortak kullanılan bir çöp dökme alanının yakınındaki bir arazi üzerinde inşa edilmiş olup, ruhsatsızdır. Nisan 1993'te çöp dökme alanında meydana gelen metan gazı patlaması sonucunda yanarak çevreye saçılan atıklar başvuranın evi de dâhil olmak üzere 10'dan fazla evi kül etmiş ve başvuran bu yangında 9 akrabasını kaybetmiştir. Başvuran, yetkililerin dikkatini bu tarz bir patlama ihtimaline çeken bir bilirkişi raporu hazırlanmış olmasına karşın, yetkililerin önleyici tedbir almadıklarından şikâyetçi olmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuranın dokuz akrabasının kazara ölümünün engellenmesi için uygun girişimlerde bulunmadığı gerekçesiyle, Sözleşme'nin 2. maddesinin esas bakımından ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca, kanunda yaşam hakkının korunmasına ilişkin yeterli güvencelerin bulunmadığı gerekçesiyle, Sözleşme'nin 2. maddesinin usul bakımından da ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme özellikle, Hükümetin, söz konusu gecekondü bölgesinin sakinlerini burada yaşamının arz ettiği riskler konusunda

bilgilendirmemiş olduğunu gözlemlemiştir. Hükümet bu konuda bilgilendirme yapmış olsaydı dahi insanların hayatını tehlikeden koruyacak gerekli uygulama tedbirlerini alma sorumluluğu devam etmekteydi. Düzenleyici çerçeve eksikti; zira çöp dökme alanının açılması veya faaliyetleri ile ilgili tutarlı bir denetim sistemi mevcut değildi. Aynı şekilde, imar planlama politikası da yetersizdi ve bunun kuşkusuz söz konusu kazaya yol açan olaylar zincirinde payı vardı. Mevcut davada Mahkeme ayrıca, Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin (mülkiyetin korunması) ihlal edildiğine, Sözleşme'nin 2. maddesinin esası kapsamındaki şikâyete ilişkin olarak Sözleşme'nin 13. maddesinin (etkili başvuru hakkı) ihlal edildiğine ve Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamındaki şikâyete ilişkin olarak da Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.”

Ayrıca Anayasa, 63'üncü maddesiyle de Devlete tabiat varlıklarını ve değerlerini koruma yükümlülüğü yüklemiştir. Anayasa'nın 169'uncu maddesinin birinci fıkrasında Devletin ormanların korunması ve sahaların genişletilmesi için gerekli kanunları koyacağı ve tedbirleri alacağı; üçüncü fıkrasında ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Buna ek olarak; Devlete, Anayasa'nın 43'üncü maddesiyle deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilerek işlem yapılması yükümlülüğü; 44'üncü maddesiyle toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek amacıyla tedbir alma yükümlülüğü; 45'inci maddesiyle Devlet, tarım arazileri ile çayır ve mer'aların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek yükümlülüğü yüklenmiştir.

Daha genel olarak, Anayasa'nın 56'ncı maddesinde “önlemek”, “korumak” ve “geliştirmek” şeklinde Devlet için öngörülen üçlü yükümlülük, Anayasa'nın çevre-doğa ve ülkenin bileşenlerine ilişkin hükümler bütünü için geçerlidir . Bu bağlamda, Anayasamızda kamu yararı ile özdeşleşen kırsal-kentsel ve kültürel çevreye ilişkin hükümlerin sistematik bir biçimde ve bütün olarak değerlendirilmesi, Anayasal kurgunun “Türkiye ekosistemi”ni korumaya elverişli olduğunu ortaya koymaktadır . Bu itibarla, Türkiye ekosistemi açısından risk yaratma olasılığı yüksek olan sektör ve alanlara ilişkin yasal düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluk yönünden değerlendirilmesi büyük önem taşımaktadır.

İptali istenen ibareye konu alanlarda yer seçimi işleminin yapılmasında aranan kamu yararı, bu bağlamda ele alınmalıdır. Zira Kaboğlu/Özalp'in' de belirttiği üzere;

“-“KORUMAK”: Madde 56 gereğince, “çevre sağlığını korumak,” devletin, yurttaşların ve yatırımcıların ödevidir. Devletin koruma yükümlülüğü, çevre sağlığı ile sınırlı olmayıp, uyumlu ve dengeli bir çevre korumasını kapsamına almaktadır. Aslında koruma yükümlülüğü, madde 63'te belirtildiği üzere, “tarihsel, kültürel, doğal mirası” da içermektedir. Madde 43'e göre, “Kıyılar, devletin hüküm ve tasarrufu altındadır”. Yine madde 168' e göre, “Tabii servetler ve kaynaklar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır”. Dahası, “Devlet, ormanların korunması ve sahaların genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır” (md. 169).

Bu koruma ödevi, devletin doğrudan faaliyetlerine ilişkin olduğu gibi, özel sektör açısından da geçerlidir: İlgili devlet organları gerekli düzenlemeleri yapar; ilgili kuruluşların etkinliklerini düzenleme çerçevesinde yerine getirip getirmediğini denetler ve kuralları ihlal edenlere yaptırım uygular. Ne var ki kamu makamları, bu üçlü yükümlülüklerini yerine getirmediği için, Türkiye çevresi, koruma bir yana sürekli yağmalanır hale gelmiş bulunuyor.

Öte yandan ‘‘Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder’’ şeklindeki düzenleme (md.12/2), ödev ve sorumlulukların, sadece toplumsal ilişkiler değil, doğal ortamın korunması bakımından da geçerli olduğu biçiminde yorumlanmalıdır.’’

İptali istenen ibareyle yürürlükteki imar planlarında sanayi alanı olarak belirlenmiş yerlerde, (yukarıda defaten açıklandığı üzere) kamu yararı olmaksızın OSB yer seçimi işlemi yapılmadan OSB alanı kesinleştirmesi, Devletin anılan anayasal koruma yükümlülüğünü ve doğal ortamın korunması bakımından ödev ve sorumluluklarını yerine getirememesine neden olacaktır. Zira Anayasa’nın 3’üncü maddesinde vurgulandığı üzere; ülke, bir bütündür ve bu bütünlüğün içinde: tabiat varlıkları ile ormanların yanı sıra kıyıları, toprak, tarım arazileri ile çayır ve meralar, tabii servetler ve kaynaklar bulunmaktadır. Bunlar yahut bunlara yakın araziler üzerinde OSB kurulurken; bu araziler bakımından (genel olarak çevrenin korunması için gerekli tetkikleri ihtiva eden) yer seçimi işlemi yapılmaması, kamu yararı gözetilmemesi; bunların korunmasına yönelik özel anayasal rejimin (Anayasa’nın 3, 5, 12, 17, 43, 44, 45, 56, 63, 168 ve 169 maddelerinde yer alan hükümlerin) fiilen etkisiz hale getirilmesine neden olacaktır. O kadar ki; iptali istenen ibare; Devletin Anayasa’nın anılan amir hükümleri uyarınca yüklendiğı koruma yükümlülüğüne uyulduğunu gösterecek asgari güvenceleri içermemektedir. Gerçekten de; mezkûr 4’üncü maddeye ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkrada, Devletin sağlıklı, dengeli ve yaşanılabılır, planlı bir çevrede yaşama hakkının güvencelenmesi için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünü temin edecek hiçbir kayıt bulunmamaktadır. (Yukarıda ‘‘planı onaylayan idarenin görüşünün alınması ve imar planına esas jeolojik ve jeoteknik etüt yapılması’’ kaydının yeterli usul güvencesi niteliğine sahip olmadığı açıklanmıştır.)

Bunlara ilave olarak; iptali talep edilen ibare, çevre hukukuna hâkim olan ilkelerden ‘‘geriye götürülemezlik’’ yönünden de sorunludur.

#### c) Geriye götürülemezlik ilkesinin anayasal anlamı

Bu yorumlar neden önemli? Geriye götürülemezlik ilkesi bakımından, Anayasa’nın çevreye ilişkin ve genel ilkelerinin özgürlükler lehine yorumu vazgeçilmezdir. İki nedenle:

İlki, çevre ve doğa hakları kazanımları yürürlükteki anayasal düzende en ileri eşiğe taşımak suretiyle, nitelikli bir ülkede nitelikli bir yaşam inşa etmek için.

İkincisi ise, geleceğe yönelik olarak asgari eşiği saptama için: Bugünkü mirasın bilinmesi çok değerli; çünkü, ‘‘geriye götürülemezlik ilkesi’’ (le principe de non-régression), sadece yasal düzenlemeler bakımından değil, anayasa değişiklikleri için de geçerlidir. Buna göre, bugünküne göre geriye düşen bir düzenleme yapılamaz. Çevre hukukunda bu ilke, özellikle gelecek kuşakların yararı bakımından özen taşımaktadır. Bu nedenle 1982 Anayasası’nda özellikle temel hak ve özgürlükler konusunda yapılan iyileştirmeler, çevresel hak güvencelerini de pekiştirmiş olup, bunların 2017 Anayasa değişiklikleri bahane edilerek geriye götürülemeyeceğini vurgulamak gerek.

Geriye götürülemezlik ilkesi, uluslararası çevre hukukunda da tanınmış bir ilkedir. RIO+20, bunun tipik örneğini oluşturur. Burada (özellikle 19 ve 22. paragraflar), devletlerin, bölgesel, ulusal, ulus altı ve yerel ölçekte, yükümlülük altına girdikleri ‘‘istediğimiz gelecek’’

üzerine uygulama gerekleri ile sürdürülebilir gelişme yolunda gerçekleştirdikleri ilerlemeler olarak kabul ettikleri mevzuat, oluşturdukları kuramlar ve uluslararası anlaşmalar öne çıkar.

Böylece, amacı hep çevre niteliğini “iyileştirmek” olan ve haliyle geriye götürücü işlem ve eylemlerden kaçınmayı gerekli kılan çevre hukukunun bir hedefe yönelme özelliği tanınmış oluyor (...). RIO+20 belgesine göre “1992 Konferansı’nda kabul edilen yükümlülüklerden geri dönülmemesi esastır”.

Geriye götürülemezlik, 1992’de Rio’da kabul edilen üç anlaşmaya uygulanır: Rio Bildirgesi, Ajanda 21 ve Ormanlar Üzerine Bildirge.

Bütünleşik çevresel bakış (kırsal çevre, kentsel çevre ve kültürel çevre birlikteliğinde), Türkiye ülkesidir. “Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür” şeklindeki temel Anayasa normu (md. 3), yeryüzü parçası olarak ülkenin doğal, tarihsel ve kültürel değerlerinin azaltılmasını, zedelenmesini ve yok edilmesini yasaklayan bir hüküm olarak değerlendirilmelidir.

“Bölünmez bütünlük”, Anayasa’nın sonraki maddelerinde devletin yükümlülükleri arasında düzenlenmiştir: “Ülkenin bölünmezliğini” korumak, devletin temel amaç ve görevi (md. 5) olup, bu yükümlülük sadece siyasal anlamda değil, doğal ve ekolojik denge açısından da anlaşılmalıdır.

Sonuç olarak; Anayasa’nın bütünsel okunuşu ve yorumu, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle birlikte değerlendirildiğinde, “tarihsel, kültürel ve doğal miras”a zarar veren tasarruflarda bulunulamayacağı sonucunda kolayca ulaşılabilir. Kentsel ve kırsal çevre hukuku üzerine düzenlemelerin temellerinin var olduğu da tartışmasızdır. Ayrıca, devletin üçlü çifte anayasal yükümlülüğü kayda değer. Devlet için “önlemek/korumak/geliştirmek” şeklindeki üçlü çevresel yükümlülük (md. 56) ve hukuk devleti ve sosyal devlet olarak insan hakları karşısında saygı göstermek/korumak/geliştirmek şeklindeki genel üçlü yükümlülük hatırlanmalıdır. Acaba bu belirtilenler ışığında 1982 Anayasası, çevre devleti bakış açısıyla okunabilir mi? Bu soruyu yanıtlamak için de yurttaşların da şu üçlü hak-ödev ve sorumluluğuna da işaret etmek gerekir: “önlemek/korumak/geliştirmek” ödevi (md. 56) ve “Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder” (md. 12) hükmü. Bu hüküm, çevre hakkı açısından, insanın çevreye karşı ödev ve sorumluluklarının ahlaki ve etik öğeleri de içerdiği şeklinde yorumlanabilir. Bu belirtilenlerin, konuyla ilgili diğer anayasal normlarla birlikte yorumlanması ölçüsünde Türkiye Cumhuriyeti, “çevre devleti” olarak da okunabilir.

Bu ise çevre hakkının “insan haysiyeti” temelinde etkinlik (gerçeklik) testinden geçirilmesi ölçüsünde mümkün olabilir. Bu bağlamda “insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muamele” yasağı (md. 17) da, ekolojik olarak dengeli çevre koşullarını sağlama yükümlülüğünü yerine getirmede çevre devleti için önemli bir anayasal dayanak olarak kaydedilebilir.

Anayasal yorum ilkeleri, anayasa-altı çevresel düzenlemelerin asgari gereklerini belirlemek açısından da vazgeçilmez bir yere sahiptir.

...”



Bahsi geçen açıklamalar ışığında şu ortaya çıkacaktır ki; kanun koyucu, iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmü eklenmeden önce; OSB alanı olarak kesinleştirilecek tüm yerler bakımından yer seçimi işlemi yapılacağını düzenlemek suretiyle; çevre bakımından daha korunaklı bir duvar örmüştür. Ancak iptali talep edilen ibareyle yürürlükteki imar planlarında sanayi alanı olarak belirlenmiş yerleri yer seçimi işleminden istisna tutmak suretiyle; bu korunaklı duvarda amaca açıkça aykırı birtakım gedikler açmıştır. Başka bir anlatımla güçlü koruma alanını zayıflatarak kazanımlarından vazgeçmiş ve geriye götürmüştür.

Bu çerçevede son olarak belirtmek gerekir ki çevrenin korunması ve sanayinin geliştirilmesi marifetiyle ulusal kalkınma, birbirine tezat değil; bilakis birbirini destekleyen olgulardır. Her ikisinin de birey açısından önemi, kıyaslanamayacak ve yadsınamayacak düzeydedir. Birey için en makbulü, birinin diğerine feda edilmemesidir. Bunu sağlamanın yollarından biri de OSB alanı olarak kesinleştirilecek tüm yerlerin (kamu yararını gözeten) yer seçimi işlemine tabi kılınmasıdır. Ancak iptali talep edilen ibare, kamu yararını haiz değildir. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare; Devletin insanların sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, planlı bir çevrede yaşanması ile tabiat ve ormanların, kıyıların, toprağın, tarım arazileri ile çayır ve meraların, tabii servetler ve kaynakların korunmasını sağlamaya yönelik pozitif yükümlülüklerini ve doğal ortamın korunması bakımından ödev ve sorumluluklarını yerine getirmesini ağır şekilde zaafa uğratacağından, Anayasa'nın 3, 5, 12, 17, 43, 44, 45, 56, 63, 168 ve 169'uncu maddelerine aykırıdır.

d)Sanayinin geliştirilmesi marifetiyle ulusal kalkınma bakımından: Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği üzere; "Anayasa'nın çeşitli maddelerinde yer alan, "...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak..." (madde 5), "...Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır (madde 48); ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı... planlamak..." (madde 166); Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır..." (madde 167); şeklindeki hükümler, Devletin ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek, gerektiğinde bu alana müdahale hususunda görevli kılındığını ortaya koymaktadır." (Anayasa Mahkemesi'nin 04.03.1986 tarihli ve 1985/16 E.; 1986/5 K. sayılı Kararı). Yine "Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Sosyal devlet, sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Ekonomik ve malî politikalar sosyal devletin gerçekleşmesini sağlayan araçlardır." (Anayasa Mahkemesi'nin 02.11.2016 tarihli ve 2015/61 E.; 2016/172 K. sayılı Kararı, § 91). Kanun koyucu da sanayinin geliştirilmesi marifetiyle ulusal kalkınmayı teminen kendine özgü hukuki rejimi olan organize sanayi bölgeleri kurmuştur. Başka bir anlatımla Anayasa'nın 2'nci maddesiyle kendisine atfedilen sosyal niteliği gereği; Anayasa'nın 5'inci maddesinde yer alan amaca ulaşmak için; Anayasa'nın 48'inci maddesi kapsamındaki tedbir alma yükümlülüğü bağlamında bu bölgedeki özel teşebbüslere birtakım teşvikler ve muafiyetler sağlanmış; Anayasa'nın 166'ıncı maddesiyle donatılan (ekonomik) göreve istinaden bu bölgelerin planlamaları yapılmış ve Anayasa'nın 167'nci maddesi uyarınca bu bölgedeki piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alınmıştır. Nitekim Anayasa'nın kül halinde ele alınması gereken 2, 5, 48, 166 ve 167'nci maddeleri muvacehesinde 7451 sayılı Kanunla 4562 sayılı Kanun'da birtakım değişiklikler yapılmıştır. Zira bu husus, 7451 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde de vurgulanmıştır: "... OSB'lerde yapılacak sanayi yatırımlarının hızlandırılması için öncelikle OSB planlama, kuruluş ve kamulaştırma süreçlerinin hızlandırılmasına ihtiyaç duyulmakta olup söz konusu ihtiyacın giderilmesi için bu

Kanun teklifi hazırlanmıştır.” Ancak iptali talep edilen ibarenin, yukarıda açıklandığı üzere Anayasa'nın belirtilen hükümlerine aykırı olması (yürürlükteki imar planlarında sanayi alanı olarak belirlenmiş yerlerde, -kamu yararını haiz- OSB yer seçimi işlemi yapılmadan OSB alanının kesinleştirilmesi) organize sanayi bölgelerinin kurulması ve burada faaliyet gösterilmesi için tahsis edilen söz konusu alanların değerinin muhafaza edilememesine, niteliğini kaybetmesine ve etkin kullanılmamasına; piyasaya-enerji kaynaklarına-ham maddeye-ulaşım noktalarına yakın alanların kuruluş yeri olarak belirlenememesine; çarpık kentleşmeye; sanayi amaçlı yapılaşmadan fonksiyon dışı ve modern ekonominin gereklerine aykırı biçimde yararlanılmasına ve dolayısıyla kamu kaynaklarının verimli kullanılmamasına; kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüslerin himaye edilmesine; katılımcıların/sanayicilerin hukuki ve iktisadi öngörülebilirliklerinin ortadan kalkmasına; katılımcı olan özel teşebbüslerin rekabet kabiliyetinin artamamasına; ileri -bilgi ve bilişim-teknoloji transferinin yapılamamasına; arıtma, altyapı ve ulaşım olanaklarının değerlendirilememesine; kaynakların etkin ve verimli kullanılarak çevreye duyarlı, bilgiye dayalı sürdürülebilir faaliyetlerin gerçekleştirilememesine; ihracata yönelimin düşmesine; verimli – kârlı üretim ve vasıflı istihdam stratejilerinin hayata geçirilememesine; üretim sürecinde yer alan faaliyetlerin kendi arasında ve bunların AR-Ge çalışmalarıyla işbirliği ve uyum içinde koordinasyonun temin edilememesine; sanayi özelinde bölgesel kalkınma hedeflerinin sektöre uğramasına ve dolayısıyla ulusal kalkınmaya dengeli ve hızlı katkı sağlanamamasına; en nihayetinde kamu maliyesi bakımından yük doğmasına, dolayısıyla milli ekonominin zarara uğramasına ve kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunun temin edilememesine neden olacaktır. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2, 5, 48, 166 ve 167. maddelerine de aykırıdır.

e)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından:

Türkiye Cumhuriyeti tarafından imzalanmış çevrenin korunmasına yönelik birçok sözleşme (söz gelimi Viyana Sözleşmesi, Montreal Protokolü, BMİDÇS, KP, BÇS, Kartagena Protokolü, BMÇMS, CITES, Ramsar, Barselona Sözleşmesi, Boşaltma Protokolü, Tehlikeli Atık Protokolü, LBS Protokolü, Müdahale ve Acil Durum Protokolü, SPA ve Biyoçeşitlilik Protokolü, Bükreş Sözleşmesi, LBS Protokolü, Acil Durum Protokolü, Boşaltma Protokolü, Biyolojik Çeşitlilik ve Peyzaj Protokolü, Basel Sözleşmesi, BAN Değişikliği, Stockholm Sözleşmesi, CLRTAP, EMEP Protokolü, Bern Sözleşmesi, ICCAT, Avrupa Peyzaj Sözleşmesi, Antarktika Andlaşması, Madrid Protokolü ) bulunmaktadır.

7451 sayılı Kanun'un, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin taraf olduğu anılan Sözleşme ve Antlaşmaların ortaya koyduğu temel ilkelerin aksine kaleme alınması, Devletin uluslararası sorumluluğunu doğuracak; çevrenin korunmasına yönelik temel ilkelerle çelişen kanun hükümleri uygulamada hukuki belirliliği ortadan kaldıracaktır. O halde iptali talep edilen ibaredeki hukuka aykırılıklar, söz konusu Sözleşme ve Antlaşmaların gereklerinin karşılanmasına engeldir.

Ayrıca, Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibare; yaşam ve çevre haklarına ilişkin Anayasa hükümleriyle benzer hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmaları ve yumuşak hukuk (soft law) belgelerinin hükümlerini de (söz gelimi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2 ve 8. maddeleri, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 3 ve 25. maddeleri, 1982 Dünya Doğa Şartı, 1992 tarihli

Rio Zirvesi sonrası düzenlenen uluslararası belgeler ve özellikle 1. ilkesinde “İnsanların, doğayla uyum içinde sağlıklı ve üretken bir yaşam hakları vardır.” denilen Rio Bildirgesi, 1992 Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, 1997 Kyoto Protokolü, 1972 Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme) ihlal ettiğinden Anayasa’nın 90’ıncı maddesine de aykırıdır. Üstelik, unutulmamalıdır ki uluslararası hukuk; çevre hakkının korunması bakımından Devletlerin taraf olmadığı antlaşmaların dahi Devletler bakımından yükümlülük doğuracağı yönünde gelişmektedir. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çevre sözleşmelerini, söz konusu sözleşmelere taraf olmayan Devletlere ilişkin kararlarda da referans norm olarak kullanmaktadır.

Tüm bu nedenlerle 7451 sayılı Kanun’un 5. maddesiyle 4562 sayılı Kanun’un ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkrada yer alan “OSB yer seçimi işlemi yapılmadan OSB alanı kesinleştirilir” ibaresi, Anayasa’nın 2, 3, 5, 7, 10, 12, 17, 43, 44, 45, 48, 56, 63, 90, 123, 166, 167, 168 ve 169. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

3) 04.04.2023 tarihli ve 7451 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 5’inci maddesiyle 4562 sayılı Kanun’un mevcut on dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen “Bakanlık tarafından OSB olarak sınırları kesinleştirilen alanlarda, acele kamulaştırma kararına istinaden Kamulaştırma Kanununun 27.maddesi kapsamında mahkemece takdir edilen taşınmaz bedelinin banka hesabına yatırılması ve acele el koyma kararı verilmesini takiben yatırımların gecikmemesini teminen, OSB tarafından altyapı inşaatı ve tahsis yapılabilir, yatırımlar için ruhsat ve izinler verilebilir. Bedel tespitine ilişkin Kamulaştırma Kanununun 11. maddesinin üçüncü fıkra hükmü saklıdır. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte düzenlenir.” şeklindeki fıkranın Anayasa’ya aykırılığı

7451 sayılı Kanun’un 5. maddesiyle 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu’nun “Yer seçimi, kuruluş ve planlama” kenar başlıklı 4’üncü maddesinde birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda anılan maddeye mevcut on dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere yeni bir fıkra eklenmiştir. Söz konusu ek fıkraya göre Bakanlık tarafından OSB olarak sınırları kesinleştirilen alanlarda, acele kamulaştırma kararına istinaden Kamulaştırma Kanunu’nun 27’nci maddesi kapsamında mahkemece takdir edilen taşınmaz bedelinin banka hesabına yatırılması ve acele el koyma kararı verilmesini takiben yatırımların gecikmemesini teminen, OSB tarafından altyapı inşaatı ve tahsis yapılabilecek; yatırımlar için ruhsat ve izinler verilebilecektir; bedel tespitine ilişkin Kamulaştırma Kanunu’nun 11’inci maddesinin üçüncü fıkra hükmü saklı olacaktır; bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte düzenlenecektir. Ancak iptali talep edilen fıkra, Anayasa’ya aykırıdır. (İptali talep edilen fıkranın birinci cümlesinin iptal edilmesiyle birlikte; anılan birinci cümlenin fer’i hükümleri niteliği taşıyan ikinci ve üçüncü cümlelerinin uygulama kabiliyeti kalmayacaktır.)

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 4562 sayılı Kanun’da kamulaştırma bakımından olağan usul benimsenmiştir. Zira anılan Kanun’un 4. maddesinin (teselsül halinde yeni) beşinci fıkrasının ilgili bölümü “Seçilen alanda özel mülkiyette olan araziler bulunması hâlinde bu araziler rızaen satın alma veya kamulaştırma yoluyla iktisap edilir. Bu nitelikte taşınmazlar hakkında 04.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümleri uygulanır.” şeklindedir. Ancak kanun koyucu, mevcut on dördüncü fıkradan sonra gelmek üzere iptali talep edilen fıkrayı eklemek suretiyle; organize sanayi bölgesi olarak seçilen alanda bulunan özel mülkiyetteki arazilerin, acele kamulaştırma yoluyla da iktisap edilmesine olanak vermiştir. Bu durum, aşağıda açıklanan gerekçelerle Anayasa’ya aykırıdır.

a) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile mülkiyet hakkı ve kamulaştırma rejimi bakımından: Anayasa'nın 35. maddesinde herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. Anayasa'nın 13. maddesinde ise temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. Bu kapsamda mülkiyet hakkı da anılan 35'inci maddede yer alan özel sınırlama sebebine -kamu yararına- istinaden sınırlanabilir. Söz konusu kamu yararını, somut biçimde ortaya çıkaran işlemlerden biri de Anayasa'nın 46'ncı maddesinde yer alan "kamulaştırma"dır. O halde mülkiyet hakkı, kamulaştırma yapılması amacıyla kayıtlanabilir. Nitekim Metin Günday da bu hususta görüşlerini şu biçimde dile getirmektedir:

"Kamulaştırma, Anayasanın 46.maddesine göre, Devlet ve kamu tüzelkişilerinin, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılığını peşin ödemek şartıyla özel mülkiyette bulunan taşınmaz bir malın tamamına veya bir kısmına, kanunda gösterilen esas ve usuller göre zorla el atmasıdır.

Anayasa, 35. maddesinin 2.fıkrasında, mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceğini belirttiikten sonra, aynı maddenin 3.fıkrasında, mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı olarak kullanılamayacağını hükme bağlamıştır. İşte kamulaştırma, mülkiyet hakkının kamu yararına sınırlandırılmasını ifade etmekte olup, İdare kendisine tanınan kamulaştırma yetkisi ile kamu yararını gerçekleştirmek için özel mülkiyete müdahale etmektedir.

Kamulaştırma söz konusu olduğunda, kamu yararı ile özel çıkar karşı karşıya gelmekte ve kamu yararına üstünlük tanınmaktadır. Şöyle ki; kamu yararının gerçekleştirilmesi için özel çıkar kamu yararına feda edilmekte, belli bir taşınmaz üzerinde özel mülkiyet kaldırılarak, daha sonra kamu yararı amacına tahsis edilmek üzere, o taşınmaz İdare malları arasına sokulmaktadır. Ancak taşınmaz mal malikinin de özel çıkarı da meşru bir çıkar olduğundan, kendisine taşınmazın karşılığı ödenmek suretiyle, kamu yararı ile özel çıkar arasında bir denge kurulmaktadır. Bir başka anlatımla, taşınmaz malikinin kamu yararı nedeniyle katlanmak zorunda olduğu fedakarlık, kendisine taşınmazın bedeli ödenmek suretiyle denkleştirilmektedir.

Kamulaştırma karma bir nitelik göstermektedir: Kamulaştırma bir yandan, kamu yararının gerçekleştirilmesi için özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza, o taşınmazın malikinin rıza ve muvafakatine bakılmaksızın İdarece zorla el atılması olduğundan, idari bir işlemdir. Bu nedenle, kamulaştırma idari uyumsuzluk ve davalara yol açabilir. Ama kamulaştırma, öte yandan, etki ve sonuçlarını özel mülkiyet üzerinde göstermekte ve mülkiyet hakkını sona erdirmektedir. Bu yönüyle kamulaştırma adli uyumsuzluk ve davalara da yol açmaktadır."

Bu kapsamda, 4562 sayılı Kanun'un 4. maddesinde de, seçilen alanda özel mülkiyette olan araziler bulunması halinde, bu arazilerin rızaen satın alma veya kamulaştırma yoluyla iktisap edileceğine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Lafzından anlaşılacağı üzere; bu düzenlemeye esas, olağan kamulaştırma işlemidir. Ancak kanun koyucu, iptali talep edilen fıkra ile 4562 sayılı Kanun kapsamında acele kamulaştırma yapılabileceğini de hüküm altına almaktadır.

Başka bir anlatımla, Bakanlık tarafından OSB olarak sınırları kesinleştirilen alanlarda, acele kamulaştırma kararı alınabilecek; bu acele kamulaştırma kararına dayanılarak Kamulaştırma Kanunu'nun "Acele kamulaştırma" kenar başlıklı 27.maddesi kapsamında mahkemece takdir edilen taşınmaz bedelinin banka hesabına yatırılması ve acele el koyma kararı verilmesini takiben yatırımların gecikmemesini teminen, OSB tarafından altyapı inşaatı ve tahsis yapılabilecek; yatırımlar için ruhsat ve izinler verilebilecektir. Yine bedel tespitine ilişkin Kamulaştırma Kanunu'nun "Kamulaştırma bedelinin tespiti esasları" kenar başlıklı 11. maddesinin üçüncü fıkra hükmü (Kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesisinde, bu kamulaştırma sebebiyle taşınmaz mal veya kaynakta meydana gelecek kıymet düşüklüğü gerekçeleriyle belirtilir. Bu kıymet düşüklüğü kamulaştırma bedelidir.) saklı tutulacaktır. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte düzenlenecektir.

Kamulaştırma Kanunu'nun "Acele kamulaştırma" kenar başlıklı 27. maddesi:

"Acele kamulaştırma

Madde 27 – 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya aceleliğine Cumhurbaşkanınca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olan taşınmaz malların kamulaştırılmasında kıymet takdiri dışındaki iş-lemeler sonradan tamamlanmak üzere ilgili idarenin istemi ile mahkemece yedi gün içinde o taşınmaz malın (Değişik ibare: 24/4/2001 - 4650/15 md.) 10.madde esasları dairesinde ve 15. madde uyarınca seçilecek bilirkişilerce tespit edilecek değeri, idare tarafından mal sahibi adına (Değişik ibare: 24/4/2001 - 4650/15 md.) 10. maddeye göre yapılacak davetiye ve ilanda belirtilen bankaya yatırılarak o taşınmaz mala el konulabilir. (1)(2)

(Ek fıkra: 19/4/2018-7139/29 md.) Mahkemece verilen taşınmaz mala el koyma kararı tapu müdürlüğüne bildirilir. Taşınmaz malın başkasına devir, ferağ veya temlikinin yapılamayacağı hükmü tapu kütüğüne şerh edilir. El koyma kararından sonra taşınmaz mal 20. madde uyarınca boşaltılır.

Bu Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen hallerde yapılacak kamulaştırmalarda yatırılacak miktar, ödenecek ilk taksit bedelidir."

şeklindedir. Anılan 27. maddenin lafzından anlaşılacağı üzere acele kamulaştırma, idarenin mülk edinme rejimi bakımından istisnai bir haldir. Zira acele kamulaştırma, 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'nun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya aceleliğine Cumhurbaşkanınca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlara özgülenmiştir. Yine olağan kamulaştırmaya kıyasla; acele kamulaştırma prosedürünün daha kısa sürede tamamlanması öngörülmüştür ve özel mülkiyet malikinin daha az korunduğu bir usul benimsenmiştir.

İptali talep edilen fıkra hükmünde de OSB olarak sınırları kesinleştirilen alanlarda OSB tarafından altyapı inşaatı ve tahsis yapılabilmesi; yatırımlar için ruhsat ve izinler verilebilmesi için acele kamulaştırma yapılabileceği düzenlenmektedir. İptali talep edilen fıkranın lafzında; bu türden bir özel kanun düzenlenmesinin sebebi, yatırımların gecikmemesi olarak gösterilmektedir. Elbette Anayasa'ya uygunluk denetiminde bir kanun hükmü (Kamulaştırma Kanunu'nun 27. maddesi), ölçü norm olarak anayasallık bloku içerisinde değerlendirilemez.

Ancak kanun koyucunun anılan 27. madde kapsamında acele kamulaştırma yapılabilecek halleri, “3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu’nun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya aceleliğine Cumhurbaşkanınca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlar” şeklinde sıraladığı ve söz konusu kurumun hukuk düzenindeki kavramsal çerçevesini ve anlaşılış şeklini istisnai olmak üzerinden tanımladığı nazara alındığında; yatırımların gecikmemesi gerekçesinin bu minvalde değerlendirilemeyeceği ortaya çıkmaktadır. Zira (iptali talep edilen fıkra özelinde altyapı inşaatı ve tahsis yapılan, yatırımlar için ruhsat ve izinler verilen) organize sanayi bölgeleri, detaylı yer seçimi komisyonu çalışmaları doğrultusunda en verimli arazi üzerine kurulmaktadır. Zira kısıtlı kaynakların doğru kullanılması için disiplinler arası iş birliği içinde gerçekleştirilen bu çalışmalar, işin doğası gereği nispeten uzun sürmektedir. Dolayısıyla yatırımların hızlıca gerçekleştirilmesi, bu bağlamda bir ivedilik içermemektedir. Kuşkusuz, yatırımların gerçekleşmesinde hızlılık, nispi olarak kamu yararını haiz olabilir; ancak gerekli çalışmaların yürütülmesi sonucu en verimli arazide yatırımların gerçekleştirilmesi de (en az hız kadar) kamu yararını haizdir. Aksi bir yorum (kamulaştırma Kanunu’nun 27. maddesinde sayılı hallerle paralellik göstermeyen genişletici bir yorum), istisnai bir usulün (acele kamulaştırmanın), olağan bir usule dönüşmesine neden olacaktır.

Söz gelimi Bakanlar Kurulu, (organize sanayi bölgesi kurulumu kadar uzun ve gi-rift bir sürece sahip) termik santral kurulumu bakımından aldığı acele kamulaştırma kararında, bu durumun ivedilik arz ettiğini temellendiremediğinden anılan karar iptal edilmiştir (Danıştay 6’ncı Dairesi’nin 19.03.2014 tarihli ve 2013/5072 E. sayılı Kararı):

“Dava konusu Bakanlar Kurulu kararı incelendiğinde, acele kamulaştırma yapılmasını gerek-tiren nedenlerin ortaya konulmadığı, acelelik halinin, üstün kamu yararının ve kamu düzeninin korunmasını gerektiren hallerin açıklanmadığı görülmektedir. Her ne kadar, dosyada yer alan belgelerden, termik santrali kapsamında yapılacak çalışmalar için acele kamulaştırma kararı alındığı anlaşılmakta ise de, acele kamulaştırmaya ilişkin olarak yukarıda açıklanan özel ve istisnai koşullar bulunmadan ve idarece ortaya konulmadan, salt belirtilen nedenle acele kamulaştırma yapılması hukuken olanaklı değildir.

Bu durumda, dava konusu Bakanlar Kurulu kararında hukuka uyarlık bulunmadığından bu karar uyarınca yapılacak acele kamulaştırma işlemleri sonucunda ortaya çıkacak mülkiyet ile ilgili sorunların telafisi güç ve imkansız sonuçlar doğuracağı da açıktır.”

Diğer taraftan iptali talep edilen fıkrayı, 4562 sayılı Kanun’un 4. maddesine ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkra ile birlikte düşünmek gerekmektedir. Zira bu iki fıkra hükmüyle; yürürlükteki imar planlarında sanayi alanı olarak belirlenmiş yerler, yer seçimi işlemi yapılmadan OSB alanı olarak kesinleştirilecek ve OSB tarafından altyapı inşaatı ve tahsis yapılabilecek, yatırımlar için ruhsat ve izinler verilebilecektir. Başka bir deyişle, çok kısa süre içinde tüm usul güvenceleri bertaraf edilerek; kayırmacı, telafisi güç ve imkânsız sonuçlar doğuran adımlar atılacaktır.

Yine iptali talep edilen fıkrada acele kamulaştırma kararına istinaden Kamulaştırma Kanunu’nun 27. maddesi kapsamında mahkemece takdir edilen taşınmaz bedelinin banka hesabına yatırılması ve acele el koyma kararı verilmesini takiben OSB tarafından altyapı inşaatı ve tahsis yapılabileceği, yatırımlar için ruhsat ve izinler verilebileceği hüküm altına alınmaktadır. Ancak uygulama göstermektedir ki, acele kamulaştırma kararları kapsamında bedelin ilgilinin banka hesabına yatırılması çok gecikmektedir. Bu durum ise acele olduğu

gerekçesiyle yapılan kamulaştırmanın, aslında idare nezdinde bir ivedilik arz etmediğini ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla organize sanayi bölgeleriyle ilgili olarak acele kamulaştırma yapılması talep edilen taşınmazların bedelinin, kamulaştırma yapmaya yetkili mercii tarafından ödenmediğinden bahisle; ortada bir acelelik halinin bulunmadığı gerekçesiyle; ilgili idari işlemlerin iptal edildiği mahkeme kararlarına sıklıkla rastlanılmaktadır. Söz gelimi “Manisa İli, Yunussemre İlçesi, ...ve ...Mahalleleri sınırları içerisinde bulunan ekli listede bulunan taşınmazların “Manisa Organize Sanayi Bölgesi alanının ilave yatırımlara imkan sağlamak üzere genişletilmesi amacıyla Manisa Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığı tarafından 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 27. maddesi uyarınca acele kamulaştırılmasına ilişkin 05.11.2020 tarihli ve 31295 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 04.11.2020 tarihli ve 3177 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararının, ... Mahallesi, ... parsel sayılı taşınmaz” yönünden iptalinin istenildiği dava hak-kında Danıştay 6. Dairesinin 2021/2213 E.; 2022/2139 K. sayılı dosya üzerinden verdiği 23.02.2022 tarihli iptal kararının gerekçesinin müteallik bölümü aşağıdadır:

#### İNCELEME VE GEREKÇE :

#### MADDİ OLAY :

Manisa Organize Sanayi Bölgesi’ne katma değeri yüksek, yeni istihdam ve ihracat artışı sağlayacak üre-tim konularında yatırım yapmak isteyen yerli ve uluslararası doğrudan yabancı yatırımcılar tarafından yoğun arsa tahsis talebi ve mevcut OSB doluluk oranının %100 oranına ulaşmasından dolayı ivedi olarak bölgede ve dolayısıyla ülke kapsamında istihdam yaratılması, üretim kapasitesinin artırılması ile ihraca-tın, yabancı sermayenin ve buna bağlı olarak toplumsal gelirin artacak olması sebepleri ile Manisa Organize Sanayi Bölgesi VII. Kısım Tevsii alanının acilen faaliyete geçirilmesi ihtiyacının doğduğundan bahis-le Manisa Organize Sanayi Bölgesinin 21/03/2019 tarihli genel kurul toplantısında, doluluk oranı ve sanayileşmenin getirdiği ihtiyaca bağlı olarak bölgenin genişlemesi kararı alınmış ve konu ile ilgili olarak Yönetim Kuruluna yetki verilmiştir.

Manisa Organize Sanayi Bölgesi Yönetim Kurulunun ...tarihli ve ...sayılı kararıyla yer seçimi kesinleşen OSB alanı içerisinde kalan ve özel mülkiyette bulunan taşınmazlar için kamu yararı kararı verilmesi acele kamulaştırma kararı alınması için Sanayi ve Teknoloji Bakanlığına başvuru yapılması kararı alınmış-tır.

Davaya konu proje için, Tarım ve Orman Bakanlığının ...tarih ve ...sayılı oluruyla kamu yararı kararı ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Kullanımı Kanununun 13. maddesinin (d) bendi ve 14. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi kapsamında tarım dışı amaçlı kullanım izni verilmiştir.

Manisa OSB’nin ...tarih ve ...sayılı yazısıyla Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı’ndan dava konusu taşınmazın da içerisinde bulunduğu alan hakkında kamu yararı kararı verilmesi ve acele kamulaştırma yapılabilmesi hususu talep edilmiştir

Dava konusu taşınmazların da içerisinde yer aldığı Manisa OSB VII. Kısım Tevsii Alanı olarak ifade edilen alan için, yer seçimi komisyonu oluşturulmuş ve Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Sanayi Bölgeleri Genel Müdürlüğü’nün ...tarih ve ...sayılı yazısıyla Organize Sanayi Bölgesi Yer Secimi Yönetmeliği’nin 9. maddesi uyarınca, Manisa OSB 7. kısım ilave alan yeri olarak sınırlar kesinleştirilmiştir.

Davaya konu proje için Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının ...tarih ve ...sayılı Oluruyla kamu yararı kararı verilmiştir.

Dava konusu 04/11/2020 tarih ve 3177 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile, Manisa İli, Yunusemre İlçesi, ... Mahallesi, ... parsel sayılı taşınmazın “Manisa Organize Sanayi Bölgesi alanının ilave yatırımlara imkan sağlamak üzere genişletilmesi amacıyla Manisa Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığı tarafından 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 27. maddesi uyarınca acele kamulaştırılmasına karar verilmiştir.

Bakılan dava, dava konusu acele kamulaştırma kararının davacıya ait taşınmaz yönünden iptali istemiyle açılmıştır.

#### İLGİLİ MEVZUAT:

Anayasanın 35. maddesinde: “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” hükmü, 46. maddesinde “Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir yer almaktadır.” hükmü yer almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1 No’lu Protokolünün “Mülkiyetin korunması” başlıklı 1. madde-sinde: “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı var-dır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasadaki öngörülen koşullara ve uluslararası hu-kukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâle getirmez.” hükmüne yer verilmiştir.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 1. maddesinde “Bu Kanun; kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların, Devlet ve kamu tüzel kişilerince kamulaştırılmasında yapılacak işlemleri, kamulaştırma bedelinin hesaplanmasını, taşınmaz malın ve irtifak hakkının idare adına tescilini, kullanılmayan taşınmaz malın geri alınmasını, idareler arasında taşınmaz malların devir işlemlerini, karşılıklı hak ve yükümlülükler ile bunlara dayalı uyuşmazlıkların çözüm usul ve yöntemlerini düzenler” hükmüne, 3. maddesinde “İdareler, kanunlarla ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle yapmak yükümlülüğünde buldukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları, kaynakları ve irtifak haklarını; bedellerini nakden ve peşin olarak veya aşağıda belirtilen hallerde eşit taksitlerle ödemek suretiyle kamulaştırma yapabilirler” hükmüne, 27. maddesinde ise; 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya aceleliğine Cumhurbaşkanınca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olan taşınmaz malların kamulaştırılmasında kıymet takdiri dışındaki işlemler sonradan tamamlanmak üzere ilgili idarenin istemi ile mahkemece yedi gün içinde o taşınmaz malın 10. madde esasları dairesinde ve 15. madde uyarınca seçilecek bilirkişilerce tespit edilecek değeri, idare tarafından mal sahibi adına 10. maddeye göre yapılacak davetiye ve ilanda belirtilen bankaya yatırılarak o taşınmaz mala el konulabileceği, bu Kanunun 3.



maddesinin 2. fıkrasında belirtilen hallerde yapılacak kamulaştırmalarda yatırılacak miktar, ödenecek ilk taksit bedeli olduğu düzenlenmesine yer verilmiştir.

#### HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Davacı vekilleri tarafından duruşma esnasında dosyaya sunulan 23/02/2022 tarihli dilekçe ekinde yer alan belgelerin incelenmesinden, davaya konu ... parsel sayılı taşınmaza el konulmasına karar verilmesi istemiyle .... Asliye Hukuk Mahkemesinin E:...değişik iş sayılı dosyasında açılan davada Manisa Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığı tarafından davaya konu ... parsel sayılı taşınmazın depo kararının yeri-ne getirilemeyeceği yönünde dilekçe sunulduğu, .... Asliye Hukuk Mahkemesinin ...tarih ve E:...değişik iş, K:...sayılı kararıyla davaya konu ... parsel sayılı taşınmaz için tespit edilen acele kamulaştırma bedelinin depo edilmediği gerekçesiyle el koyma talebinin usulden reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda; .... Asliye Hukuk Mahkemesinin E:...değişik iş sayılı dosyasına Manisa Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığı vekili tarafından davaya konu ... parsel sayılı taşınmazın depo kararının yerine getirilemeyeceği yönünde dilekçe verildiği, davaya konu taşınmazın acele kamulaştırılması amacıyla el konulması için, tespit edilen bedelin ödenmediği gerekçesiyle anılan Mahkeme tarafından el koyma talebinin usulden reddine karar verildiği anlaşıldığından, davaya konu taşınmaz için 2942 sayılı Kanunun 27. maddesinin uygulanmasını gerektiren acelelik halinin bulunmadığı sonucuna varıldığından dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.’’

“Diğer yandan kanun koyucu kamu yararı düşüncesiyle, petrol faaliyetine konu taşınmazlarla ilgili olarak acele kamulaştırma da yapılabileceğini öngörmüştür. 2942 sayılı Kanun'un 27. maddesinde, özel mülkiyet altındaki taşınmazların idare tarafından bir an evvel kullanılması ihtiyacının ortaya çıktığı bazı istisnai hâllerde, kamulaştırmanın genel usul ve esaslarından farklı olarak, özel mülkiyete konu taşınmazların acele kamulaştırma yoluyla olağan işlemler tamamlanmadan hukuka uygun bir şekilde kullanılmasına imkân tanınmıştır. Bu usulde, mahkemece "kıymet takdiri dışındaki işlemler" sonradan tamamlanmak üzere taşınmaza idare tarafından "el konulmasına" karar verilmekte ancak verilen karar, taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesi sonucunu doğurmamaktadır. Mülkiyetin idareye geçmesi için ya taşınmaz malikinin idare lehine ferağ vermesi ya da idarenin olağan kamulaştırmalarda olduğu gibi 2942 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davası açması gerekmektedir. Dolayısıyla acele kamulaştırmanın, bazı istisnai hâllerde, kamulaştırma sürecindeki işlemler tamamlanmadan ve mülkiyet idareye geçmeden önce idareye özel mülkiyete konu bir taşınmazı, el koymak suretiyle kullanma imkânı tanıyan bir tedbir niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır.

Acele kamulaştırmada, mülkiyet hakkı hukuken ortadan kaldırılmamakla birlikte, el koymay-la, malikin mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkileri kısıtlanmış olduğundan, bunun, anılan hakka yönelik bir sınırlama niteliğinde olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Ancak bu işlem için 2942 sayılı Kanun'da belirli durumlar öngörülmekte ise de Anayasa'nın 46. maddesinde herhangi bir istisnai hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla petrol faaliyetinde bulunulacak alanlarda acele kamulaştırma yoluna imkân tanınması, 2942 sayılı Kanun'da sayılan durumlara ek, yeni bir istisnai durum olarak öngörülmektedir. Bu şekilde Kanun'da kapsamı ve koşulları ayrıntılı olarak düzenlenen bir hususun hukuki güvenlik ilkesini zedelediği söylenemez.’’

(Anayasa Mahkemesi'nin 03.07.2014 tarihli ve 2013/96 E.; 2014/118 K. sayılı Kararı).

Öte yandan kanun koyucu da uygulamada bedele ilişkin aksaklıkların yaşandığının bilincine vardığından; iptali talep edilen fıkranın ikinci cümlesinde, olağan kamulaştırmada tatbik edilen bir usulün acele kamulaştırmalar bakımından da geçerli olacağını hüküm altına almaktadır. Başka bir anlatımla, iptali talep edilen fıkra kapsamında yapılacak acele kamulaştırmalarda da; “kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesisinde, bu kamulaştırma sebebiyle taşınmaz mal veya kaynakta meydana gelecek kıymet düşüklüğü gerekçeleriyle belirtilecektir; bu kıymet düşüklüğü, kamulaştırma bedeli olacaktır”. Bu noktada belirtmek gerekir ki; bir an için uygulamada karışıklığa mahal vermemek amacıyla bu hükmün saklı tutulduğu ileri sürülse dahi; bedel tespiti bakımından hem malikin hem de idarenin haklarını koruyucu (ve uygulamada karışıklığa mahal vermeyen) olağan usule ilişkin diğer hükümlerin niçin saklı tutulmadığı sorusu gündeme gelecektir. Kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesisinde, niçin bu türden bir ayrıma gidildiğinin (haklı) nedeni anlaşılamamaktadır.

Diğer taraftan iptali talep edilen fıkranın üçüncü cümlesinde organize sanayi bölgelerinde yapılacak acele kamulaştırmalara ilişkin usul ve esasların kanun formunda değil; yönetmelikle belirleneceğinin öngörülmesi, Anayasa'nın 46'ncı maddesinde kamulaştırma rejimi bakımından öngördüğü kanunilik ilkesinin gereğini de karşılamamaktadır. Kaldı ki, madde 46'nın usul ve esasların belirlenmesini yasal düzenlemeye bıraktığı kamulaştırma işleminin anayasal çerçevesi, “acele kamulaştırma” usulünü kapsama-maktadır. Gerçekten, acele kamulaştırma, madde 46'nın dört fıkra olarak ve koşullarını oldukça ayrıntılı bir biçimde belirlediği kamulaştırma işleminin anayasal güvenceleri ile bağdaşmamaktadır. Bu itibarla, acele kamulaştırma olanağını tanıyan yasal düzenleme, madde 46'ya aykırı olduğu gibi, yürürlükteki yasanın olanak tanınması sonucu istisnai olarak başvurulması gereken bir yöntemin, olağanlaştırılması, mülkiyet hakkının ana-yasal güvencelerini zedelemektedir.

O halde yatırımların gecikmemesi, ivedilik arz etmediğinden ve bu nedenle ortada acele kamulaştırma yapmayı gerektirir bir kamu yararı bulunmadığından; mülkiyete özel sınırlama nedeni olmaksızın ve kanunilik ilkesinin gereğini karşılamaksızın el atılması neticesi doğuran iptali talep edilen fıkra; Anayasa'nın 13, 35 ve 46. maddelerine aykırıdır.

b)Sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, güvenli ve planlı bir çevrede yaşama hakkı, tabiat varlıklarının ve ormanların korunması ile kıyılar, toprak mülkiyeti ve tarım arazileri ile çayır ve meralar, tabii servetler ve kaynakların korunması ile temel hak ve hürriyetlerin niteliği bakımından:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2 ve Anayasa'nın 17. maddelerinde temelini bulan yaşam hakkı ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8 ve Anayasa'nın 56. maddelerinde örtülü biçimde ve doğrudan hüküm altına alınan çevre hakkı birlikte ele alındığında ortaya çıkacağı üzere; herkesin sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, güvenli ve planlı bir çevrede yaşama hakkı vardır. Buna ek olarak; Anayasa'nın 3'üncü maddesiyle “Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür.” şeklindeki değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez düzenleme hüküm altına alınmış ve Anayasa'nın 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında “... kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak ... insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” sayılmıştır. Anılan maddeler gereğince Devlet; sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, planlı bir

çevrede yaşama hakkının standardının sağlanması için gerekli tedbirleri almalıdır. Anayasa Mahkemesi de münferit kararlarında bu hususu vurgulamıştır:

“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”

(Anayasa Mahkemesi’nin 03.07.2014 tarihli ve 2013/89 E.; 2014/116 K. sayılı Kararı).

“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”

(Anayasa Mahkemesi’nin 15.01.2009 tarihli ve 2006/99 E.; 2009/9 K. sayılı Kararı).

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. 1972 Stockholm Birleşmiş Milletler İnsan ve Çevre Konferansı Bildirgesi’nin 2’nci mad-desine göre: “İnsan çevresinin korunması ve geliştirilmesi dünyamızın her yerinde insan-ların refahını ve kalkınmasını etkileyen önemli bir konu, bütün insanların özlemi ve bütün hükûmetlerin görevidir”. 1992’de Rio de Janeiro’da ilan edilen Rio Bildirgesi’nin 1’inci maddesi uyarınca: “İnsanların, tabiatla uyum içinde, sağlıklı ve üretken bir yaşam hakları vardır”.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) ifade ettiği üzere; Avrupa İnsan Hak-ları Sözleşmesi (AİHS) madde 8 uyarınca, Devletlerin, öncelikle, çevreye ve insan sağlı-ğına yönelik zararları etkili şekilde önlemeye yönelik yasal ve idari bir çerçeve oluşturma ödevi vardır (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 27.01.2009 tarihli ve 67021/01 Başvuru No’lu, Tatar/Romanya, Kararı, § 88). Devletlerin, öncelikle, özellikle tehlikeli bir faaliyet söz konusu olduğunda, bu faaliyetten kaynaklanabilecek risk konusunda, ilgili faaliyetin özelliklerine uygun bir düzenleme getirmeleri pozitif yükümlülükleri vardır (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 24.01.2019 tarihli ve 54414/13, 54264/15 Başvuru No’lu Cordella ve diğerleri / İtalya Kararı, § 159). Yine AİHM’ye göre; “Tabiatla ormanla-rın 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” (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 08.07.2008 tarihli ve 1411/03 Başvuru No’lu Turgut ve diğerleri/Türkiye Kararı, § 90). AİHM, çevreye verilen ağır zararların, sağlığı açısından ciddi bir tehlike oluşturmadığında dahi, kişinin esenliğini etkileyebileceğini ve özel ve aile yaşamı hakkına zarar verecek şekilde, konutundan yararlanmasını engelleyebileceğini ifade etmiştir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 09.12.1994 tarihli ve 16798/90 Başvuru No’lu López Ostra/İspanya Kararı, § 51). Yetkili merciler tarafından çevresel risk ve tehlikelerle ilgili bilgilerin aktarılmaması, 8’inci maddeyi ihlal edebilir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 19.02.1998 tarihli ve 14967/89 Başvuru No’lu Guerra ve diğerleri/İtalya Kararı; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 27.01.1994 tarihli ve 67021/01 Başvuru No’lu Tatar/Romanya Kararı). AİHM, ihtiyatlılık ilkesinin, devletlere, bilimsel ve teknik kesinlik yokluğunda, çevreye ağır ve geri dönüşü olmayan bir zarar riskini engellemeye yönelik etkili ve ölçülü tedbirleri almakta gecikmemeyi tavsiye ettiğini belirtmektedir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 27.01.1994 tarihli ve 67021/01 Başvuru No’lu Tatar/Romanya Kararı, § 109).

Çevresel meselelerin sıklıkla çevresel kirlilik bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne taşındığı ve Mahkemece, söz konusu çevresel rahatsızlığın, devletin veya özel kişilerin faaliyetleri sonucunda oluşması arasında bir ayırım gözetilmeksizin, Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında güvence altına alınan hukuksal çıkarlarla bağlantı kurulmak suretiyle incelendiği anlaşılmaktadır (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 18.06.2013 tarihli ve 50474/08 Başvuru No’lu Bor/Macaristan Kararı, § 25 ve bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 30.06.2016 tarihli ve 2014/3977 Başvuru No’lu D. Ö. Kararı).

Görüldüğü üzere; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de içtihatlarında Devletin, bireyin sağlıklı ve güvenli bir çevrede yaşamasını sağlamak için önlemleri almaya dair kesin bir yükümlülüğü olduğunu vurgular. Söz gelimi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 30.11.2004 tarihli ve 48939/99 Başvuru No’lu Öneriyıldız/Türkiye kararında çöplükten yayılan metan gazının patlaması sonrasında birçok insanın yaşamını yitirmesiyle sonuçlanan olayda; Devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle yaşam hakkının ihlaline karar vermiştir:

“Tehlikeli endüstriyel faaliyetler

“Öneriyıldız/Türkiye

30 Kasım 2004 (Büyük Daire)

Başvuranın evi, dört belediye tarafından ortak kullanılan bir çöp dökme alanının yakınındaki bir arazi üzerinde inşa edilmiş olup, ruhsatsızdır. Nisan 1993’te çöp dökme alanında meydana gelen metan gazı patlaması sonucunda yanarak çevreye saçılan atıklar başvuranın evi de dâhil olmak üzere 10’dan fazla evi kül etmiş ve başvuran bu yangında 9 akrabasını kaybetmiştir. Başvuran, yetkililerin dikkatini bu tarz bir patlama ihtimaline çeken bir bilirkişi raporu hazırlanmış olmasına karşın, yetkililerin önleyici tedbir almadıklarından şikâyetçi olmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuranın dokuz akrabasının kazara ölümünün engellenmesi için uygun girişimlerde bulunulmadığı gerekçesiyle, Sözleşme'nin 2. maddesinin esas bakımından ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca, kanunda yaşam hakkının korunmasına ilişkin yeterli güvencelerin bulunmadığı gerekçesiyle, Sözleşme'nin 2. maddesinin usul bakımından da ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme özellikle, Hükümetin, söz konusu gecekondü bölgesinin sakinlerini burada yaşamının arz ettiği riskler konusunda bilgilendirmemiş olduğunu gözlemlemiştir. Hükümet bu konuda bilgilendirme yapmış olsaydı dahi insanların hayatını tehlikeden koruyacak gerekli uygulama tedbirlerini alma sorumluluğu devam etmekteydi. Düzenleyici çerçeve eksikti; zira çöp dökme alanının açılması veya faaliyetleri ile ilgili tutarlı bir denetim sistemi mevcut değildi. Aynı şekilde, imar planlama politikası da yetersizdi ve bunun kuşkusuz söz konusu kazaya yol açan olaylar zincirinde payı vardı. Mevcut davada Mahkeme ayrıca, Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin (mülkiyetin korunması) ihlal edildiğine, Sözleşme'nin 2. maddesinin esası kapsamındaki şikâyete ilişkin olarak Sözleşme'nin 13. maddesinin (etkili başvuru hakkı) ihlal edildiğine ve Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamındaki şikâyete ilişkin olarak da Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.”

Ayrıca Anayasa, 63. maddesiyle de Devlete tabiat varlıklarını ve değerlerini koruma yükümlülüğü yüklemiştir. Anayasa'nın 169. maddesinin birinci fıkrasında Devletin ormanların korunması ve sahaların genişletilmesi için gerekli kanunları koyacağı ve tedbirleri alacağı; üçüncü fıkrasında ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Buna ek olarak; Devlete, Anayasa'nın 43'üncü maddesiyle deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilerek işlem yapılması yükümlülüğü; 44'üncü maddesiyle toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek amacıyla tedbir alma yükümlülüğü; 45'inci maddesiyle Devlet, tarım arazileri ile çayır ve mer'aların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek yükümlülüğü yüklenmiştir.

Daha genel olarak, Anayasa'nın 56. maddesinde “önlemek”, “korumak” ve “geliştirmek” şeklinde Devlet için öngörülen üçlü yükümlülük, Anayasa'nın çevre-doğa ve ülkenin bileşenlerine ilişkin hükümler bütünü için geçerlidir . Bu bağlamda, Anayasamızda kamu yararı ile özdeşleşen kırsal-kentsel ve kültürel çevreye ilişkin hükümlerin sistematik bir biçimde ve bütün olarak değerlendirilmesi, Anayasal kurgunun “Türkiye ekosistemi”ni korumaya elverişli olduğunu ortaya koymaktadır . Bu itibarla, Türkiye ekosistemi açısından risk yaratma olasılığı yüksek olan sektör ve alanlara ilişkin yasal düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluk yönünden değerlendirilmesi büyük önem taşımaktadır.

İptali istenen fıkra bakımından kamu yararı amacını haiz olağan kamulaştırma usulü yerine acele kamulaştırmanın düzenlenmesi, bu bağlamda ele alınmalıdır. Zira Kaboğlu/Özalp'in de belirttiği üzere;

“-“KORUMAK”’: Madde 56 gereğince, “çevre sağlığını korumak,” devletin, yurttaşların ve yatırımcıların ödevidir. Devletin koruma yükümlülüğü, çevre sağlığı ile sınırlı olmayıp, uyumlu ve dengeli bir çevre korumasını kapsamına almaktadır. Aslında koruma yükümlülüğü, madde 63'te belirtildiği üzere, “tarihsel, kültürel, doğal mirası” da içermektedir. Madde 43'e göre, “Kıyıları, devletin hüküm ve tasarrufu altındadır”. Yine madde 168'e göre, “Tabii servetler ve kaynaklar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır”. Dahası, “Devlet, ormanların korunması ve sahaların genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır” (md. 169).

Bu koruma ödevi, devletin doğrudan faaliyetlerine ilişkin olduğu gibi, özel sektör açısından da geçerlidir: İlgili devlet organları gerekli düzenlemeleri yapar; ilgili kuruluşların etkinliklerini düzenleme çerçevesinde yerine getirip getirmediğini denetler ve kuralları ihlal edenlere yaptırım uygular. Ne var ki kamu makamları, bu üçlü yükümlülüklerini yerine getirmediği için, Türkiye çevresi, koruma bir yana sürekli yağmalanır hale gelmiş bulunuyor.

Öte yandan “Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder” şeklindeki düzenleme (md.12/2), ödev ve sorumlulukların, sadece toplumsal ilişkiler değil, doğal ortamın korunması bakımından da geçerli olduğu biçiminde yorumlanmalıdır.”

İptali istenen fıkıyla yatırımların gecikmemesini teminen OSB tarafından altyapı inşaatı ve tahsis yapılabilmesi ve yatırımlar için ruhsat ve izinler verilebilmesi için; Bakanlık tarafından OSB olarak sınırları kesinleştirilen alanlarda, Kamulaştırma Kanunu’nun 27’nci maddesi kapsamında mahkemece takdir edilen taşınmaz bedelinin banka hesabına yatırılarak ve acele el koyma kararı verilerek (yukarıda defaten açıklandığı üzere) kamu yararı olmaksızın acele kamulaştırma yapılması, Devletin anılan anayasal koruma yükümlülüğünü ve doğal ortamın korunması bakımından ödev ve sorumluluklarını yerine getirememesine neden olacaktır. Zira Anayasa’nın 3’üncü maddesinde vurgulandığı üzere; ülke, bir bütündür ve bu bütünlüğün içinde tabiat varlıkları ile ormanların yanı sıra kıyılar, toprak, tarım arazileri ile çayır ve meralar, tabii servetler ve kaynaklar bulunmaktadır. OSB olarak sınırları kesinleştirilen alanların bunlar yahut bunlara yakın araziler olduğu durumlarda; bu araziler bakımından (genel olarak çevrenin korunması için gerekli süreci ihtiva eden) olağan kamulaştırma yerine acele kamulaştırma yapılması, kamu yararı gözetilmemesi; bunların korunmasına yönelik özel anayasal rejimin (Anayasa’nın 3, 5, 12, 17, 43, 44, 45, 56, 63, 168 ve 169 maddelerinde yer alan hükümlerin) fiilen etkisiz hale getirilmesine neden olacaktır. O kadar ki; iptali istenen fıkra; Devletin Anayasa’nın anılan amir hükümleri uyarınca yüklendiği koruma yükümlülüğüne uyulduğunu gösterecek asgari güvenceleri içermemektedir. Gerçekten de; mezkûr 4’üncü maddeye on dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkrada, Devletin sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, planlı bir çevrede yaşama hakkının güvence alınması için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünü temin edecek hiçbir kayıt bulunmamaktadır.

Söz gelimi, Danıştay 10’uncu Dairesinin, İzmir Aliğa bölgesinde sanayi amaçlı serbest bölgenin kurulması ve bunlara enerji sağlayacak üretim faaliyetlerinde bulunulması ve bölgedeki özel mülkiyete konu taşınmaz malların acele kamulaştırılması yolundaki dava konusu kararnamede kamu yararı bulunup bulunmadığını çevrenin korunması perspektifinden ele alan iptal kararının gerekçesinin ilgili bölümü şu şekildedir (28.04.1992 tarihli ve 1990/2278 E.; 1992/1672 K. sayılı Kararı):

“2872 sayılı Çevre Kanunu 1.maddesinde çevreyi,"bütün vatandaşların ortak varlığı" olarak nitelendirmekte, "çevre koruması" terimini, 2.maddesinin (a) bendinde, ekolojik dengenin korunması,davada, suda, toprakta kirlilik ve bozulmaların önlenmesi ve çevrenin iyileştirilmesi için yapılan çalışmaların bütünü" biçiminde tanımlamakta 3.maddesinin (a) bendinde "Çevre korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesi'nin) gerçek ve tüzel kişilerle vatandaşların görevi olduğu hükme bağlanmakta ve 30.maddesinde "Çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyetten zarar gören veya haberdar olan gerçek ve tüzel kişiler(in), idari makamlara başvurarak bu faaliyetin durdurulmasını isteyebilecekleri kuralı yer almaktadır.

Bu kurallar, milletvekili sıfatıyla değil, bir vatandaş olarak davacının bu davada ehliyetli olduğunu ve kendi adına dava açabileceğini gösterdiğinden, davalı idarenin ehliyet konusundaki usuli itirazları oybirliğiyle kabul edilmeyerek dosya incelendi:

Bilirkişilerin kendilerine yöneltile sorulardan birincisinin bilimsel verilere yeterince dayanılmayarak yanıtlanmış olması, ikinci sorunun ise dava dosyasında yer almayan bir konunun açıkça gerçekleşeceğini benimseyerek yanıt verilmesi nedeniyle yetkilerinin dışına çıkılması karşısında, bilirkişilerce düzenlenen raporun iade edilerek yeniden düzenlenecek raporda soru kağıdında sınırları belirlenen konularda bilimsel verilere dayanılarak yeni bir rapor hazırlanmak üzere iadesi gerektiği yolundaki karşı oy ile davanın esasının görüşülmesine geçildi:

Dava, 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun 2.ve 2942 sayılı kamulaştırma Kanununun 27.maddelerine göre, ... Serbest Bölgesinin hudutlarının belirlenmesine, bu bölge dahilinde kalan özel mülkiyete ait taşınmazların acele kamulaştırılmasına, kamulaştırma işlemleriyle Maliye ve Gümrük Bakanlığı Milli Emlak Genel Müdürlüğünün görevlendirilmesine ve 89/14633 sayılı Kararnamenin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin 7.5.1990 günlü ve 20511 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 90/380 sayılı Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 56.maddesinde; herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip bulunduğu, çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemenin Devletin ve vatandaşların ödevi olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Çevre sağlığının korunması yönünden alınacak önlemleri, uygulanacak yaptırımları içeren 2872 sayılı Çevre Yasasının 1.maddesinde, bu yasanın amacının bütün vatandaşların ortak varlığı olan çevrenin korunması iyileştirilmesi, kırsal ve kentsel alanda arazinin ve doğal kaynakların en uygun şekilde kullanılması ve korunması; su, toprak ve hava kirlenmesinin önlenmesi, ülkenin bitki ve hayvan varlığı ile doğal ve tarihsel zenginliklerin korunarak, bugünkü ve gelecek kuşakların sağlık,uygarlık ve yaşam düzeyinin geliştirilmesi ve güvence altına alınması için yapılacak düzenlemeleri ve alınacak önlemleri, ekonomik ve sosyal kalkınma nedefleriyle uyumlu olarak belirli hukuki ve teknik esaslara göre düzenlemek olduğu belirtilmiştir.

Sözü edilen Anayasal ve yasal düzenlemelerle, toplumun bütün bireyleri yanında, kamu hizmetini yürüten idarelere de, çevre sağlığını koruma yükümlülüğü getirilmiş; böylece çevre bakanlığının kurulmasının kamu yararı gereği olduğu belirlenmiştir. Dolayısıyla çevre sağlığını gözardı eden bir idari işlemin, bütün idari işlemlerin ortak amacı olan kamu yararı amacıyla bağdaştırılması mümkün değildir.

3218 sayılı Yasaya göre serbest bölgelerin yer ve sınırlarını belirlemeye yetkili Bakanlar Kurulunca çıkarılan dava konusu kararnamenin de, çevre sağlığı yönünden etkileri, sonuçları itibarıyla kamu yararıyla bağdaşp bağdaşmadığı incelenmek suretiyle yargı denetimine tabi tutulması zorunlu görülmektedir. Dava konusu kararnamenin, hukuka uygunluk denetiminin, serbest bölgenin henüz faaliyete başlamaması, sektörel olarak yapımı tasarlanan üretim faaliyetlerine henüz geçilmemesi nedeniyle ertelenmesi; bu şekilde idarenin yargısal denetiminden belli bir süre için vazgeçilmesi düşünülemez. Serbest Bölge sınırlarını belirleyen, bu bölgedeki özel mülkiyete konu taşınmazların acele kamulaştırılmasına olanak tanıyan bir takım sınai tesislerinin bölgede yapımını öngören dava konusu kararnamenin, kesin, doğrudan

uygulanabilir idari işlem niteliği taşıdığı tartışmasız olduğuna göre, yetki, sebep, şekil konu unsurları yönünden olduğu gibi amaç yönünden de yargı denetimine tabi tutulması, çevre sağlığına ve dolayısıyla kamu yararına uygunluğunun denetimi zorunlu görülmektedir.

Kurulumuzun ara kararına rağmen İzmir-İzmir-İzmir'da bir serbest bölge kurulmasının ve bu bölge dahilinde kalan özel mülkiyete konu taşınmaz malların kamulaştırılmasının nedenleri idarece,yeterli biçimde açıklanmamış; bölgeyi yap işlet-devret modeline göre inşa etmeye başlayan konsorsiyuma karşı zor durumda kaldığı bildirilmekle yetinilmiştir. 16.7.1990 tarihli ara kararıyla sözü edilen konsorsiyumun kimlerden oluştuğu ve 3217 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun öngördüğü Bakanlar Kurulu izninin hangi kararlarla verildiği yine davalı idareden sorulmuş ancak, dava konusu uyuşmazlığı çözümlenmeye yeterli olmayan ve bir başka serbest bölgeyle ilgili bilgiler gönderilmiştir.

Daha sonra davacının İZMİR-İZMİR-İZMİR bölgesinde termik santral yapılması amacıyla serbest bölge kurulduğu iddiasını dikkate alan Kurulumuzca 21.9.1990 tarihli ara kararıyla termik santral yapımının öngörülüp öngörülmediği, serbest bölge kurulmasının burada bir termik santral yapılması amacına yönelik olup olmadığı sorulmuştur. İdare verdiği cevap ta,3218 sayılı kanunun 4.maddesi hükmüne dayanılarak Yüksek Planlama Kurulu kararında İzmir-İzmir-İzmir Serbest Bölgesinde yürütülecek faaliyet konularının belirtildiği ve Bölgede, sadece bu kararda belirtilen konularda faaliyette bulunulmasına izin verileceği bildirilmiştir.

Yüksek Planlama Kurulunun, söz konusu kararında, uyuşmazlık konusu serbest bölgedeki faaliyet konuları üretim faaliyetleri ile ticaret ve hizmet faaliyetleri şeklinde düzenlenmiş ve üretim faaliyetleri de "imalat sanayi sektöründe yer alan faaliyetler, özellikle gıda ve yem gibi tarım ve gübre, boya, deterjan ve diğer kimya, petro kimya ve kömür ürünlerinin sağlanması, konserve, kazan, tank ve boru üretimi gibi çeşitli çelik işletmelerinin kurulmaları ve bunlar için gerekli enerji üretim faaliyetleri, klima ve deniz araçları imalatı, tekstil ve beton ürünleri, optik ve tıbbi elektronik alet, bilgisayar ve benzeri alet ve ekipmanların üretimi ile ihracata katkısı olan her türlü tarım ve sanayi maddelerinin üretim faaliyetleri" şeklinde belirlenmiştir.

Bunun üzerine Yüksek Planlama Kurulu kararıyla faaliyet konuları belirlenen sınai yatırımların İzmir-İzmir-İzmir Serbest Bölgesinde gerçekleşmesi halinde 2872 sayılı Çevre Kanunu hükümleri dikkate alınarak ekolojik dengenin bozulup bozulmayacağı konusunda bir araştırma yapıp yapılmadığında, davalı idareden sorulmuş; ancak cevabı yazıdan bu hususta herhangi bir inceleme yapılmadığı anlaşılmıştır.

Serbest bölge olarak belirlenen yerde Yüksek Planlama Kurulunca kabul edilen Üretim faaliyetleriyle ticaret ve hizmet faaliyetlerinin yürütülmeye başlanılmasında kamu yararının davalı idarece ortaya konulmaması karşısında belirtilen hususun saptanması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere olayda kamu yararı kavramıyla belirlenmek istenilen, kurulan serbest bölgede ekolojik dengenin bozulup bozulmayacağı, doğanın kirletilip kirletilmeyeceği, arazinin ve doğal kaynakların, su,toprak ve havanın, ülkenin bitki ve hayvan varlığının, doğal ve tarihsel zenginliklerinin zedelenip zedelenmeyeceği hususlarının saptanması ve ileride yapılacak masrafların önlenmesi ve milli değerlerin kayba uğratılmamasının sağlanmasıdır.

Bu nedenle, ... Serbest Bölgesinin kurulduğu yörede halen faaliyette bulunan sınai tesislerin ekolojik dengeyi ne şekilde etkilediğinin araştırılması ve Yüksek Planlama Kurulunca



faaliyet konuları belirlenen sınıai tesislerin kurulması halinde ekolojik dengenin nasıl etkileneceğinin ortaya konulması amacıyla 28.1.1991 günlü ve K:1990/2270 sayılı kararla bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilmiştir.

Bu karar doğrultusunda yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda; özellikle ekolojik bulgular başlığını taşıyan bölümde;

a- ... yolunun sonundaki kızılçam ormanı içinde ve dışında bulunan bitkilerin sağlıklı olduklarının anlaşıldığı, yapraklarının sararıp kızardığının ve normal yaşam sürelerinden önce kimilerinin öldüğünün görüldüğü;

b-Kirli hava içerisindeki kükürt dioksit, azot oksitleri, foto oksitler, flor, klor bileşikleri, hidrokarbonlar ve toz halindeki ağır metallerin bir kısım ağaçlar ve öteki bitkiler üzerinde birikerek yağışlarla asitlere dönüştüğü, bir kısmının da havada yağış ve sis etkisi ile asitli yağmurlar halinde bitkiler üzerine ulaştığı bu halin bitkilerin yaşam faaliyetlerinde en önemli görevi yapan yaprakların koruyucu örtü tabakalarında tahribat yaptığı ve yaprağın asimilasyon dokusunun özellikle de klorofilin yapısını bozduğu yaprakların doğal ömürlerinden önce solmasını, kurummasını ve dökülmesini gerçekleştirdiği ve bunlarda küçülmeler görüldüğünün saptandığı, sonuçta uç ve yan tomurcukların uzamasının kısıtlandığı ve ayrıca gövde ve dalların kalınlaşmalarının da engellendiği ve yıllık halkaların fazlası ile daraldığı ve böylece odunsu bitkilerde tepelerin seyrekleştiği, uç kısımlardan kurudukları görüldüğü,

c-Uzun ömürlü odunsu bitkilerin, hava kirliliğinin sebep olduğu sağlıklı yaşam nedeniyle toprakta depolanan asitlerle de etkilendiği,köklerin normal fonksiyonlarını yapamaz hale geldiği, topraktaki besin maddelerinin bitkilere ulaşmadığı ve topraktaki ağır metallerin görülmesi suretiyle kök zehirlenmesine sebebiyet verdiği ayrıca bitki köklerinde oluşan faydalı mantarlar ile toprakta bulunan mikroorganizmaların da yok olduğu,

d-İncelenen alanlarda, metabolizmalardaki bozulmalar sonucu ağaçlar ve çalıların hastalandığı, dışetkenlere, zararlı böceklerle ve mantarlara dirençlerinin azalması sonucunda kızıl çamlarda bireysel ve toplu kurumların Aliğa körfezi ardında dahi görüldüğü,

e-Belirtilen olumsuz nedenlerle ve ortamda bulunan değişik yaş, boy ve çapta 1899 adet dikili kuru ağacın çıkarıldığı ve Aliğa körfezinden 10 km.uzaklıktaki yerlerin de kirliliğın etkisi altında kaldığı,

f-Aliğa'da halen faaliyette bulunan fabrikaların 5 km.uzığında kirli havanın etkisi ile son yıllarda gelişimi azalan kızıl çamlar ile Aliğa'ya 45 km.uzakta Karagöl-Bornova örnek serisinden, kirli hava etkisinin ulaşmadığı bir ormandaki kızıl çamlar üzerinde karşılaştırmalı ksilojik incelemeler yapıldığı 1991 ilkbaharında kesilen iki ayrı yörenin kızıl çamlarının gövdelerinde kirli havanın etkisinin 1975 yılından bu yana görüldüğü, bu olumsuz etkinin özellikle 1980 yılından bu yana arttığı bunun sonunda da yaşamlarını yitiren 1889 adet dikili kuru kızıl çamını ormanından çıkarıldığı buna karşın hava kirliliğinin etkisinden uzaktaki kızıl çamlarda gelişim görüldüğü belirtilmiştir.

Bütün bu bulguların birlikte değerlendirilmesi sonucunda bilirkişilerce; halen mevcut sanayi tesislerinin bölgede kirliliğe sebebiyet verdiği ve ekolojik dengeyi olumsuz yönde etkilendiğini gösterir nitelikte olduğu vurgulanmıştır.

Bilirkişi raporunun sonuç bölümünde ise, hava kirliliğinin en önemli kriteri olan kükürt dioksit ve askodoks partikül miktarı bakımından, hava kalitesinin korunması yönetmeliğinde belirtilen standart değerlerin civarında olduğu ve bazı anlarda bu değerleri geçtiği, özellikle kimya endüstrisinin ise atık sular yanında havayı kirleteceğinin kesin olduğu, yer altı sularında organik artıkların kirliliğin standart değerlerinin üzerinde olduğu, yerinde yapılan gözlem ve incelemeler ve önceki çalışmaların değerlendirilmesi ile mevcut kirlilik durumunun doğal bitki örtüsü ve tarımsal ürünler üzerinde olumsuz etkiler yaptığı açıklanmıştır.

Sonuç olarak, dava dosyası içeriği ve bilirkişi raporunun kesin sonuçlarından Bakanlar Kurulu kararıyla öngörülen serbest bölgedeki enerji üretim faaliyetleriyle sınai tesislerin işletmeye açılması halinde ekolojik dengenin olumsuz etkileneceği anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, uyuşmazlık konusu yörede sanayi amaçlı serbest bölgenin kurulması ve bunlara enerji sağlayacak üretim faaliyetlerinde bulunulması ve bölgedeki özel mülkiyete konu taşınmaz malların acele kamulaştırılması yolundaki dava konusu kararnamede kamu yararı bulunmadığından iptaline karar verildi.”

Bunlara ilave olarak; iptali talep edilen fıkra, çevre hukukuna hâkim olan ilkelerden “geriye götürülemezlik” yönünden de sorunludur.

#### c) Geriye götürülemezlik ilkesinin anayasal anlamı

Bu yorumlar neden önemli? Geriye götürülemezlik ilkesi bakımından, Anayasa'nın çevreye ilişkin ve genel ilkelerinin özgürlükler lehine yorumu vazgeçilmezdir. İki nedenle:

İlki, çevre ve doğa hakları kazanımları yürürlükteki anayasal düzende en ileri eşiğe taşımak suretiyle, nitelikli bir ülkede nitelikli bir yaşam inşa etmek için.

İkincisi ise, geleceğe yönelik olarak asgari eşiği saptama için: Bugünkü mirasın bilinmesi çok değerli; çünkü, “geriye götürülemezlik ilkesi” (le principe de non-régression), sadece yasal düzenlemeler bakımından değil, anayasa değişiklikleri için de geçerlidir. Buna göre, bugünküne göre geriye düşen bir düzenleme yapılamaz. Çevre hukukunda bu ilke, özellikle gelecek kuşakların yararı bakımından özen taşımaktadır. Bu nedenle 1982 Anayasası'nda özellikle temel hak ve özgürlükler konusunda yapılan iyileştirmeler, çevresel hak güvencelerini de pekiştirmiş olup, bunların 2017 Anayasa değişiklikleri bahane edilerek geriye götürülemezliğini vurgulamak gerek.

Geriye götürülemezlik ilkesi, uluslararası çevre hukukunda da tanınmış bir ilkedir. RIO+20, bunun tipik örneğini oluşturur. Burada (özellikle 19 ve 22. paragraflar), devletlerin, bölgesel, ulusal, ulus altı ve yerel ölçekte, yükümlülük altına girdikleri “istediğimiz gelecek” üzerine uygulama gerekleri ile sürdürülebilir gelişme yolunda gerçekleştirdikleri ilerlemeler olarak kabul ettikleri mevzuat, oluşturdukları kuramlar ve uluslararası anlaşmalar öne çıkar.

Böylece, amacı hep çevre niteliğini “iyileştirmek” olan ve haliyle geriye götürücü işlem ve eylemlerden kaçınmayı gerekli kılan çevre hukukunun bir hedefe yönelme özelliği tanınmış oluyor (...). RIO+20 belgesine göre “1992 Konferansı'nda kabul edilen yükümlülüklerden geri dönülmemesi esastır”.

Geriye götürülemezlik, 1992’de Rio’da kabul edilen üç anlaşmaya uygulanır: Rio Bildirgesi, Ajanda 21 ve Ormanlar Üzerine Bildirge.

Bütünleşik çevresel bakış (kırsal çevre, kentsel çevre ve kültürel çevre birlikteliğinde), Türkiye ülkesidir. “Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür” şeklindeki temel Anayasa normu (md. 3), yeryüzü parçası olarak ülkenin doğal, tarihsel ve kültürel değerlerinin azaltılmasını, zedelenmesini ve yok edilmesini yasaklayan bir hüküm olarak değerlendirilmelidir.

“Bölünmez bütünlük”, Anayasa’nın sonraki maddelerinde devletin yükümlülükleri arasında düzenlenmiştir: “Ülkenin bölünmezliğini” korumak, devletin temel amaç ve görevi (md. 5) olup, bu yükümlülük sadece siyasal anlamda değil, doğal ve ekolojik denge açısından da anlaşılmalıdır.

Sonuç olarak; Anayasa’nın bütünsel okunuşu ve yorumu, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle birlikte değerlendirildiğinde, “tarihsel, kültürel ve doğal miras”’a zarar veren tasarruflarda bulunulamayacağı sonucunda kolayca ulaşılabilir. Kentsel ve kırsal çevre hukuku üzerine düzenlemelerin temellerinin var olduğu da tartışmasızdır. Ayrıca, devletin üçlü çifte anayasal yükümlülüğü kayda değer. Devlet için “önlemek/korumak/geliştirmek” şeklindeki üçlü çevresel yükümlülük (md. 56) ve hukuk devleti ve sosyal devlet olarak insan hakları karşısında saygı göstermek/korumak/geliştirmek şeklindeki genel üçlü yükümlülük hatırlanmalıdır. Acaba bu belirtilenler ışığında 1982 Anayasası, çevre devleti bakış açısıyla okunabilir mi? Bu soruyu yanıtlamak için de yurttaşların da şu üçlü hak-ödev ve sorumluluğuna da işaret etmek gerekir: “önlemek/korumak/geliştirmek” ödevi (md. 56) ve “Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder” (md. 12) hükmü. Bu hüküm, çevre hakkı açısından, insanın çevreye karşı ödev ve sorumluluklarının ahlaki ve etik öğeleri de içerdiği şeklinde yorumlanabilir. Bu belirtilenlerin, konuyla ilgili diğer anayasal normlarla birlikte yorumlanması ölçüsünde Türkiye Cumhuriyeti, “çevre devleti” olarak da okunabilir.

Bu ise çevre hakkının “insan haysiyeti” temelinde etkinlik (gerçeklik) testinden geçirilmesi ölçüsünde mümkün olabilir. Bu bağlamda “insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muamele” yasağı (md. 17) da, ekolojik olarak dengeli çevre koşullarını sağlama yükümlülüğünü yerine getirmede çevre devleti için önemli bir anayasal dayanak olarak kaydedilebilir.

Anayasal yorum ilkeleri, anayasa-altı çevresel düzenlemelerin asgari gereklerini belirlemek açısından da vazgeçilmez bir yere sahiptir.

...”

Bahsi geçen açıklamalar ışığında şu ortaya çıkacaktır ki; kanun koyucu, iptali talep edilen fıkra hükmü eklenmeden önce; Bakanlık tarafından OSB olarak sınırları kesinleştirilen tüm alanlar bakımından olağan kamulaştırma yapılacağını düzenlemek suretiyle; çevre bakımından daha korunaklı bir duvar örmüştür. Zira olağan kamulaştırmada öngörülen usul güvenceleri, çevrenin korunmasına yönelik mekanizmaların işletilmesi bakımından daha elverişlidir. Ancak iptali talep edilen fıkrayla acele kamulaştırma yapılabileceği öngörülmek

suretiyle; bu korunaklı duvarda amaca aykırı birtakım gedikler açmıştır. Başka bir anlatımla güçlü koruma alanını zayıflatarak kazanımlarından vazgeçmiş ve geriye götürmüştür.

Bu çerçevede son olarak belirtmek gerekir ki, çevrenin korunması ve sanayinin geliştirilmesi marifetiyle ulusal kalkınma, birbirine tezat değil; bilakis birbirini destekleyen olgulardır. Her ikisinin de birey açısından önemi, kıyaslanamayacak ve yadsınamayacak düzeydedir. Birey için en makbulü, birinin diğerine feda edilmemesidir. Bunu sağlamanın yollarından biri de OSB olarak sınırları kesinleştirilen tüm alanlar bakımından (kamu yararını gözeten) olağan kamulaştırmanın yapılmasıdır. Ancak iptali talep edilen fıkra, kamu yararını haiz değildir. Bu nedenlerle iptali talep edilen fıkra; Devletin insanların sağlıklı, dengeli ve yaşanılabilir, planlı bir çevrede yaşanması ile tabiat ve ormanların, kıyıların, toprağın, tarım arazileri ile çayır ve meraların, tabii servetler ve kaynakların korunmasını sağlamaya yönelik pozitif yükümlülüklerini ve doğal ortamın korunması bakımından ödev ve sorumluluklarını yerine getirmesini ağır şekilde zaafa uğratacağından, Anayasa'nın 3, 5, 12, 17, 43, 44, 45, 56, 63, 168 ve 169. maddelerine aykırıdır.

c)Sanayinin geliştirilmesi marifetiyle ulusal kalkınma bakımından: Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği üzere; "Anayasa'nın çeşitli maddelerinde yer alan, "...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak..." (madde 5), "...Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır (madde 48); ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı... planlamak..." (madde 166); Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır..." (madde 167); şeklindeki hükümler, Devletin ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek, gerektiğinde bu alana müdahale hususunda görevli kılındığını ortaya koymaktadır." (Anayasa Mahkemesi'nin 04.03.1986 tarihli ve 1985/16 E.; 1986/5 K. sayılı Kararı). Yine "Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Sosyal devlet, sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Ekonomik ve malî politikalar sosyal devletin gerçekleşmesini sağlayan araçlardır." (Anayasa Mahkemesi'nin 02.11.2016 tarihli ve 2015/61 E.; 2016/172 K. sayılı Kararı, § 91). Kanun koyucu da sanayinin geliştirilmesi marifetiyle ulusal kalkınmayı teminen kendine özgü hukuki rejimi olan organize sanayi bölgeleri kurmuştur. Başka bir anlatımla Anayasa'nın 2. maddesiyle kendisine atfedilen sosyal niteliği gereği; Anayasa'nın 5. maddesinde yer alan amaca ulaşılmak için; Anayasa'nın 48. maddesi kapsamındaki tedbir alma yükümlülüğü bağlamında bu bölgedeki özel teşebbüslere birtakım teşvikler ve muafiyetler sağlanmış; Anayasa'nın 166. maddesiyle donatılan (ekonomik) göreve istinaden bu bölgelerin planlamaları yapılmış ve Anayasa'nın 167. maddesi uyarınca bu bölgedeki piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alınmıştır. Nitekim Anayasa'nın kül halinde ele alınması gereken 2, 5, 48, 166 ve 167. maddeleri muvacehesinde 7451 sayılı Kanunla 4562 sayılı Kanun'da birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu husus, 7451 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde de vurgulanmıştır: "... OSB'lerde yapılacak sanayi yatırımlarının hızlandırılması için öncelikle OSB planlama, kuruluş ve kamulaştırma süreçlerinin hızlandırılmasına ihtiyaç duyulmakta olup söz konusu ihtiyacın giderilmesi için bu Kanun teklifi hazırlanmıştır." Ancak iptali talep edilen fıkranın, yukarıda açıklandığı üzere Anayasa'nın belirtilen hükümlerine aykırı olması (Bakanlık tarafından OSB olarak sınırları kesinleştirilen alanlarda kamu yararı olmaksızın acele kamulaştırma yapılması ve fıkra yer alan buna fer'i hükümler) organize sanayi bölgelerinin kurulması ve burada faaliyet gösterilmesi için tahsis edilen söz konusu alanların değerinin muhafaza edilememesine, niteliğini kaybetmesine ve etkin

kullanılmamasına; piyasaya-enerji kaynaklarına-ham maddeye-ulaşım noktalarına yakın alanların kuruluş yeri olarak belirlenmemesine; çarpık kentleşmeye; sanayi amaçlı yapılaşmadan fonksiyon dışı ve modern ekonominin gereklerine aykırı biçimde yararlanılmasına ve dolayısıyla kamu kaynaklarının verimli kullanılmamasına; kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüslerin himaye edilmesine; katılımcıların/sanayicilerin hukuki ve iktisadi öngörülebilirliklerinin ortadan kalkmasına; katılımcı olan özel teşebbüslerin rekabet kabiliyetinin artamamasına; ileri -bilgi ve bilişim- teknoloji transferinin yapılamamasına; arıtma, altyapı ve ulaşım olanaklarının değerlendirilememesine; kaynakların etkin ve verimli kullanılarak çevreye duyarlı, bilgiye dayalı sürdürülebilir faaliyetlerin gerçekleştirilememesine; ihracata yönelimin düşmesine; verimli – kârlı üretim ve vasıflı istihdam stratejilerinin hayata geçirilememesine; üretim sürecinde yer alan faaliyetlerin kendi arasında ve bunların AR-GE çalışmalarıyla işbirliği ve uyum içinde koordinasyonun temin edilememesine; sanayi özelinde bölgesel kalkınma hedeflerinin sektöre uğramasına ve dolayısıyla ulusal kalkınmaya dengeli ve hızlı katkı sağlanamamasına; en nihayetinde kamu maliyesi bakımından yük doğmasına, dolayısıyla milli ekonominin zarara uğramasına ve son tahlilde kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunun temin edilememesine neden olacaktır. Bu nedenle iptali talep edilen fıkra, Anayasa'nın 2, 5, 48, 166 ve 167. maddelerine de aykırıdır.

ç)Hukuk devleti ile idarenin kanuniliği ilkeleri, kamulaştırma rejimi yönünden kanunilik ilkesi bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımını mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleştiremez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

Buna ilave olarak Anayasa'nın 46. maddesinin birinci fıkrasına göre Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.

Öte yandan ilk fıkrası “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” hükmünü içeren Anayasa'nın 123'üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

İptali talep edilen fıkra, Bakanlık tarafından OSB olarak sınırları kesinleştirilen alanlarda olağan kamulaştırma rejiminden ayrılarak acele kamulaştırma yapılabileceğini düzenlemektedir. Acele kamulaştırma, idareye olağan usule nazaran daha geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bu takdir yetkisinin hukuka uygun biçimde kullanımı, acele kamulaştırmanın usul ve esaslarının iptali talep edilen fıkra düzenlenmesiyle mümkündür. Ancak iptali talep edilen fıkra, Kamulaştırma Kanunu'nun 27'nci maddesi kapsamında mahkemece takdir edilen taşınmaz bedelinin banka hesabına yatırılacağını ve acele el koyma kararı verileceğini hüküm altına alarak, anılan maddeye atıf yapmakla yetinmiştir. İptali talep edilen fıkranın üçüncü cümlesinde bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esasların yönetmelikte düzenleneceğini öngörmek suretiyle; organize sanayi bölgelerinde yapılacak acele kamulaştırma bakımından idareye keyfi uygulamalara neden olacak bir hareket serbestisi tanımıştır. İdare, iptali talep edilen fıkranın ikinci cümlesiyle; sadece kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesisinde kamulaştırma bedelinin tespiti bakımından sınırlanmıştır. Başka bir anlatımla kanun koyucu, organize sanayi bölgeleri için kamulaştırma bakımından rejim değişikliğine gitmiş ve fakat idareyi kayıtlamak üzere kanun düzeyinde usul güvenceleri haiz nesnel, somut bir ölçüt tespit etmemiştir. Halbuki Bakanlık tarafından OSB olarak sınırları kesinleştirilen alanlarda yapılacak acele kamulaştırmanın hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerini karşılması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir.

Başka bir anlatımla normlar arasında hukuka uygun kademelenmenin sağlanabilmesi, normlar hiyerarşisinde OSB alanının kesinleştirilmesine ilişkin tesis edilecek idarenin düzenleyici işlemlerinin (7451 sayılı Kanunla ek/değişik/mülga hükümler ihtiva eden) 4562 sayılı Kanun'a uygun olması, yalnız bu Kanun'un temel ilkeleri ortaya koymasıyla mümkündür. Aksi takdirde, Kanun'un genel çerçeveyi çizmemesi, idari işlemlerin hukuka uygunluk denetiminde gözetilecek (özel) ölçü normun maddi anlamda kanunun asgari öğelerini karşılamaması (anılan fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceğinin hüküm altına alınması) durumunda; idari işlem hukuki dayanaktan yoksun kılınacaktır.

Yukarıda söylenenlere ilave olarak, olağan kamulaştırma rejimi maliklerin öngörülebilirliklerini de sağlamaktadır. Ancak kanun koyucu, anılan fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları idarenin düzenleyici işlemlerinin konusu yapmakla; Bakanlık tarafından OSB olarak sınırları kesinleştirilen alanlarda mülkü olan maliklerin öngörülebilirliklerini de ortadan kaldırmaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere; iptali talep edilen fıkra organize sanayi bölgelerinde yapılacak acele kamulaştırmalara ilişkin usul ve esasların kanun formunda değil; yönetmelikle belirleneceğinin öngörülmesi, Anayasa'nın 46. maddesinde kamulaştırma rejimi bakımından öngördüğü kanunilik ilkesinin gereğini de karşılamamaktadır.

İptali talep edilen fıkra acele kamulaştırmaya konu araziler bakımından da kanunilik ilkesini ihlal etmektedir. Başka bir anlatımla iptali talep edilen fıkra; 7451 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 4562 sayılı Kanun'un 4. maddesine ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkrayla birlikte düşünüldüğünde (yer seçimi işlemi yapılmaksızın OSB alanının kesinleştirildiği ve Bakanlık tarafından OSB alanı olarak sınırları kesinleştirilen alanlarda acele kamulaştırma yapıldığı nazara alındığında); idare keyfi biçimde herhangi bir araziye el atabilecektir.

İptali talep edilen fıkra konu acele kamulaştırmanın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisini idarenin düzenleyici işlemine (yönetmeliğe) tevdi eden ve yukarıda tanımlandığı anlamda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin gereklerini yerine getirmeyen ihtilafli fıkra, Anayasa'nın 2, 46 ve 123. maddelerine aykırıdır.

d)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen fıkra hükmünde olduğu gibi idareye anılan fıkranın (anılan fıkra konu acele kamulaştırma ve buna fer'i hükümlerin) uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

e)Eşitlik ilkesi bakımından: İptali talep edilen fıkra, anılan fıkranın (anılan fıkra konu acele kamulaştırma ve buna fer'i hükümlerin) uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi verdiğinden, acele kamulaştırılacak mülkler (ve dolayısıyla malikler) arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılabilecektir. Bu nedenle anılan fıkra, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır.

Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır. Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; "[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir" (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: "Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Anayasa'ya aykırı olan acele kamulaştırmaya ilişkin usul ve esasların üstelik idarece belirlenmesi, bir yandan acele kamulaştırmaya konu aynı nitelikteki arazilerin farklı uygulamalara tabi kılınmasına; diğer taraftan ise Bakanlık tarafından OSB alanı olarak sınırları kesinleştirilen alanlarda kalan aynı nitelikteki bir araziye acele kamulaştırma ile ve diğer bir araziye olağan usulle el atılmasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Yine iptali talep edilen fıkranın ikinci cümlesiyle Kamulaştırma Kanunu'nun 11. maddesinin ikinci fıkrasının saklı tutulmak suretiyle; kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesisinde, niçin bu türden bir ayrıma gidildiğinin (haklı) nedeni anlaşılammamaktadır.

Bir başka deyişle, idareye çerçevelenmemiş, sınırsız bir takdir yetkisi bırakan ihtilafli fıkra; kamulaştırmaya konu aynı nitelikteki araziler ve böylece bu arazilerin malikleri arasında

haklı sebebe dayanmayan, keyfi muamele farklılıklarını mümkün hale getirmektedir. Bu nedenle anılan fıkra, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

f)Yönetmelikle düzenleme bakımından: Anayasa koyucu, idarenin düzenleyici işlemlerinin bir türü –kural işlem- olan yönetmelikler için özel bir anayasal hüküm öngörmüştür. Anayasa'nın 124'üncü maddesine göre Cumhurbaşkanı, Bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. (İptali talep edilen fıkranın üçüncü cümlesinde yönetmelik çıkarmaya yetkili makam tayin edilmemiştir ve fakat 4562 sayılı Kanun'un kamulaştırmaya ilişkin hükümleri nazara alındığında; idarenin Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığını, Valilik, İl Özel İdaresi, Belediye veya Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığı olduğu ortaya çıkmaktadır.) İdarenin bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar hakkında çıkaracağı yönetmeliğin 7451 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin uygulanmasını sağlaması ve ona aykırı olmaması için; yönetmelik çıkartılmasına cevaz veren kanuni hükmün, hangi iş ve işlemlerin yasal çerçeve içinde kalacağına yönelik temel çerçeve ve sınırları belirlemesi gerekmektedir. Aksi bir tutum, kanunun uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, yönetmeliklere, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması ve aşırı geniş bir düzenleme alanının idarenin uhdesine bırakılması anlamına gelecektir. İhtilafli kurala bakıldığında, ortada, idare tarafından tecessüm ettirilmeye elverişli bir kanuni genel düzenleme yoktur. İdare tarafından takdir yetkisinin keyfi biçimde kullanılmasına neden olabilecek iptali talep edilen fıkra, Anayasa'nın 124. maddesine de aykırıdır.

g)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından:

Türkiye Cumhuriyeti tarafından imzalanmış çevrenin korunmasına yönelik birçok sözleşme (söz gelimi Viyana Sözleşmesi, Montreal Protokolü, BMİDÇS, KP, BÇS, Kartagena Protokolü, BMCMS, CITES, Ramsar, Barselona Sözleşmesi, Boşaltma Protokolü, Tehlikeli Atık Protokolü, LBS Protokolü, Müdahale ve Acil Durum Protokolü, SPA ve Biyoçeşitlilik Protokolü, Bükreş Sözleşmesi, LBS Protokolü, Acil Durum Protokolü, Boşaltma Protokolü, Biyolojik Çeşitlilik ve Peyzaj Protokolü, Basel Sözleşmesi, BAN Değişikliği, Stockholm Sözleşmesi, CLRTAP, EMEP Protokolü, Bern Sözleşmesi, ICCAT, Avrupa Peyzaj Sözleşmesi, Antarktika Andlaşması, Madrid Protokolü ) bulunmaktadır.

7451 sayılı Kanun'un, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin taraf olduğu anılan Sözleşme ve Antlaşmaların ortaya koyduğu temel ilkelerin aksine kaleme alınması, Devletin uluslararası sorumluluğunu doğuracak; çevrenin korunmasına yönelik temel ilkelerle çelişen kanun hükümleri uygulamada hukuki belirliliği ortadan kaldıracaktır. O halde iptali talep edilen fıkradaki hukuka aykırılıklar, söz konusu Sözleşme ve Antlaşmaların gereklerinin karşılanmasına engeldir.

Ayrıca, Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen fıkra; yaşam ve çevre haklarına ilişkin Anayasa hükümleriyle benzer hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmaları ve yumuşak hukuk (soft law) belgelerinin hükümlerini de (söz gelimi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2 ve 8. maddeleri, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 3 ve 25. maddeleri, 1982 Dünya Doğa Şartı, 1992 tarihli



Rio Zirvesi sonrası düzenlenen uluslararası belgeler ve özellikle 1. ilkesinde “İnsanların, doğayla uyum içinde sağlıklı ve üretken bir yaşam hakları vardır.” denilen Rio Bildirgesi, 1992 Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, 1997 Kyoto Protokolü, 1972 Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme) ihlal ettiğinden Anayasa’nın 90’ıncı maddesine de aykırıdır. Üstelik, unutulmamalıdır ki uluslararası hukuk; çevre hakkının korunması bakımından Devletlerin taraf olmadığı antlaşmaların dahi Devletler bakımından yükümlülük doğuracağı yönünde gelişmektedir. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çevre sözleşmelerini, söz konusu sözleşmelere taraf olmayan Devletlere ilişkin kararlarda da referans norm olarak kullanmaktadır.

Tüm bu nedenlerle 7451 sayılı Kanun’un 5. maddesiyle 4562 sayılı Kanun’un mevcut on dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen “Bakanlık tarafından OSB olarak sınırları kesinleştirilen alanlarda, acele kamulaştırma kararına istinaden Kamulaştırma Kanununun 27 nci maddesi kapsamında mahkemece takdir edilen taşınmaz bedelinin banka hesabına yatırılması ve acele el koyma kararı verilmesini takiben yatırımların gecikmemesini teminen, OSB tarafından altyapı inşaatı ve tahsis yapılabilir, yatırımlar için ruhsat ve izinler verilebilir. Bedel tespitine ilişkin Kamulaştırma Kanununun 1. maddesinin üçüncü fıkra hükmü saklıdır. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte düzenlenir.” şeklindeki fıkra, Anayasa’nın 2, 3, 5, 7, 10, 12, 13, 17, 35, 43, 44, 45, 46, 48, 56, 63, 90, 123, 124, 166, 167, 168 ve 169. maddelerine aykırıdır; anılan fıkranın iptali gerekir.

4) 04.04.2023 tarihli ve 7451 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 14’üncü maddesiyle 4646 sayılı Kanun’un değiştirilen geçici 2. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “Cumhurbaşkanı kararı” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7451 sayılı Kanun’un 14. maddesiyle 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu’nun geçici 2’nci maddesi değiştirilmiştir. Bu kapsamda, 4646 sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak, BOTAŞ’ın yürüttüğü faaliyetler ayrıştırılarak yatay bütünleşmiş tüzel kişi şeklinde yeniden yapılandırılınca kadar BOTAŞ’ın dikey bütünleşmiş tüzel kişiliği devam edecektir; BOTAŞ’ın faaliyetlerinin ayrıştırılması ve yeniden yapılandırılması amacıyla kurulacak şirketlerin işletme konusu, ticaret unvanı, sermayesi ve ortaklık yapısı ile bu kapsamda gerçekleştirilecek devir ve benzeri işlemlere dair hususlar, Cumhurbaşkanı kararı ile düzenlenecektir; Bakanlık izni ile BOTAŞ’ın doğal gaz alım sözleşmelerine konu miktarların devri veya kontrat devri yapılabilecektir; kontrat devri süreçleri tamamlanınca kadar BOTAŞ 4646 sayılı Kanun’daki piyasa payı sınırlamalarına tabi olmayacaktır; BOTAŞ’ın Hazine garantili yükümlülükleri saklı kalacaktır. Ancak BOTAŞ’ın faaliyetlerinin ayrıştırılması ve yeniden yapılandırılması amacıyla kurulacak şirketlerin işletme konusu, ticaret unvanı, sermayesi ve ortaklık yapısı ile bu kapsamda gerçekleştirilecek devir ve benzeri işlemlere dair hususları Cumhurbaşkanı kararının konusu yapan ve iptali istenen ibare, Anayasa’ya aykırıdır.

Açıklamalara geçilmeden önce BOTAŞ’ın hukuki statüsünü ve yürüttüğü faaliyetleri ortaya koymakta fayda bulunmaktadır:

“BOTAŞ, Türkiye Cumhuriyeti ile Irak Cumhuriyeti Hükümetleri arasında 27 Ağustos 1973 tari-hinde imzalanan Ham Petrol Boru Hattı Anlaşması çerçevesinde Irak ham petrolünün İskenderun Körfe-zi’ne taşınmasını gerçekleştirmek üzere, 7/7871 Sayılı Kararnameye istinaden 15 Ağustos 1974 tarihinde kurulmuştur. Başlangıçta sadece boru hatları ile petrol

taşımacılığı yapan BOTAŞ, ülkemizin artan enerji ihtiyacının karşılanması amacıyla 1986 yılından itibaren doğal gazın ticareti ve taşımacılığı ile ilgili faaliyetlerine de başlamıştır.

Bakanlar Kurulu'nun 8 Şubat 1995 tarih ve 96/6526 sayılı kararıyla 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye tabi karlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda faaliyetlerini sürdüren bir Kamu İktisadi Teşebbüsü (KİT) olarak yapılandırılmıştır.

BOTAŞ hali hazırda aşağıdaki faaliyetleri yürütmektedir.

1. Petrol ve Doğal Gaz Boru Hattı İşletmeciliği
2. LNG/FSRU Terminali İşletmeciliği
3. Liman Hizmetleri
4. Petrol ve Doğal Gaz Boru Hatları, Kompresör İstasyonları İle İlgili Projelendirme, Mühendislik, Arazi Etüt, Kamulaştırma ve Yapım İşleri
5. Doğal Gaz ve LNG Ticareti
6. Doğal Gaz ve LNG Depolama Faaliyetleri
7. Uluslararası Doğal Gaz ve Petrol Taşıma Projeleri''

Bir iktisadi devlet teşekkülü olan BOTAŞ'ın ana statüsü, 17.04.1995 tarihli ve 22261 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olup; Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ilgili kurulmuştur ve Sayıştay denetimine tabidir.

2001 yılında 4646 sayılı Kanun yasalaşırken; BOTAŞ'ın özelleştirilmesine ilişkin politika kabul edilmiş olup; bu husus, anılan Kanun'un (7451 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki) geçici 2'nci maddesinde (kanun düzeyinde) detaylandırılmıştır:

“Geçici Madde 2 –BOTAŞ, bu Kanunun yayımlandığı tarihten sonra ithalatı ulusal tüketimin yüzde yirmisi oranına düşünceye kadar, sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) ithalatı haricinde yeni doğal gaz alım sözleşmesi yapamaz. 2009 yılına kadar toplam yıllık ithalat miktarını yıllık ulusal tüketimin yüzde yirmisine düşürünceye kadar, mevcut doğal gaz alım veya satım sözleşmelerinin kısmi veya bütün olarak tüm hak ve yükümlülükleri ile devredilmesi için istekli olan diğer ithalat lisans yeterlilik sahibi ve satıcı şirketten sözleşme devri hususunda ön onay alan şirketlerin katılacağı devir için BOTAŞ tarafından ihale yapılır. İhalede birinci olan şirketten başlamak üzere satıcı tarafla görüşmek ve yeni sözleşmeyi imzalamaya yönelik satıcı onayını temin etmek üzere BOTAŞ tarafından tüzel kişilere sırayla muvafakat verilir. İlgili tüzel kişi sözleşmenin satıcı tarafı ile devredilecek miktar için, yeni sözleşme yapmasından sonra devir yürürlüğe girer. Ancak ilgili ihalede tüzel kişilerin satıcı tarafla sözleşme yapamaması halinde, ithalat lisans yeterlilik sahibi şirketlerin katılacağı ve kazanan ithalatçı şirketin BOTAŞ'ın, tüm yurt dışı mükellefiyetlerini yerine getirmeyi kabul etmesi ve ikili anlaşmalarla belirlenen doğal gaz alım fiyatının altında olmaması şartıyla miktar devrine imkan tanıyan ayrı ihale yapılır. Hazine garantili sözleşmesi bulunan Yap-İşlet ve Yap-İşlet-Devret Santralleri, Hazine Müsteşarlığına başvurarak ilgili Hazine garantilerinden feragat etmek koşuluyla, doğal gaz alımlarını piyasa koşulları içinde basiretli bir işletmeci gibi davranarak en ekonomik kaynaktan yaptıklarını Kurula ispat etmek ve doğal gaz satın alma

maliyetindeki düşüşü elektriğin satış fiyatında bir azalma sağlayacak şekilde yansıtmak zorundadır.

BOTAŞ tarafından her takvim yılında devredilen miktarlar, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte alım taahhüdünde bulunulan toplam doğal gaz miktarının yüzde onundan daha az olamaz.

Ayrıca, BOTAŞ'ın mevcut sözleşmelerinin var olduğu ülkeler dışındaki ülkelerden yapılacak ithalat için yapılacak müracaatlarda Kurul, piyasada rekabet ortamının oluşturulması, mevcut sözleşmelerden doğan yükümlülükleri ve ihracat bağlantılarını dikkate alarak belirleyeceği usul ve esaslar dahilinde müracaatları değerlendirerek ithalata müsaade edebilir. Ancak, BOTAŞ'ın mevcut sözleşmelerinin var olduğu ülkeler ile bu sözleşme süreleri sona erinceye kadar bu ülkeler ile hiç bir ithalatçı şirket tarafından yeni gaz alım sözleşmeleri yapılamaz. Söz konusu mevcut sözleşmelerin sona erdiği tarihten itibaren aynı miktarlar için yeni ithalat sözleşmeleri yapılabilir. Ancak, ihraç amaçlı veya Kurumca tespit edilecek yurt içi doğal gaz arz açığının olması durumunda söz konusu ülkelerle yeni gaz alım bağlantıları yapılabilir.

Ancak bu hükümler, sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG), spot boru gazı ve sıkıştırılmış doğal gaz (CNG) ithalatı için uygulanmaz. Ayrıca, yapılacak spot sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG), spot boru gazı ve sıkıştırılmış doğal gaz (CNG) ithalatında bu Kanunun 4. maddesinin dördüncü fıkrasının (a) bendinin (2), (3) ve (4) numaralı alt bentleri ve (4) numaralı alt bendini takip eden birinci paragrafta belirtilen şartlar aranmaz. Bir takvim yılında yapılabilecek spot boru gazı ithalat miktarı ve uygulama yöntemi Bakanlık görüşü alınarak Kurul tarafından belirlenir.

(Ek fıkra: 9/7/2008-5784/20 md.) Sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) ithalat lisansları için bu Kanunun 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan altmış günlük süre otuz gün olarak uygulanır.

Bu Kanun hükümlerine göre, dağıtım faaliyeti hariç, BOTAŞ'ın dikey bütünleşmiş tüzel kişiliği 2009 yılına kadar devam eder. Bu tarihten sonra BOTAŞ yatay bütünleşmiş tüzel kişiliğe uygun olarak yeniden yapılandırılır. Yeniden yapılandırılma sonucu meydana gelecek yeni tüzel kişilerden, sadece gaz alım ve satım sözleşmelerine sahip olan ve ithalat faaliyeti yapacak olan şirket, BOTAŞ'ı temsil eder ve BOTAŞ adı ile anılır. Yeniden yapılandırılma sonucu ortaya çıkan bu şirketlerden iletim faaliyeti yapan şirket hariç, diğerleri iki yıl içinde özelleştirilir.

BOTAŞ'ın iletim, depolama, satış, ithalat faaliyetlerine ilişkin muhasebe ayrışımı, hazırlık dönemi sonundan itibaren oniki ay içerisinde gerçekleştirilir.

BOTAŞ'ın Hazine garantili yükümlülükleri saklıdır.”

Ancak BOTAŞ'ın yeniden yapılandırılmasını ve akabinde özelleştirilmesini öngören kanuni takvim, 2023 yılına gelindiğinde gerçekleştirilememiştir. Bu nedenle BOTAŞ'ın hukuki yapısı, 7451 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle tekrar ele alınmış ve anılan geçici madde değiştirilmiştir. Nitekim doğal gaz piyasasında serbestleştirilmenin sağlanamadığı, anılan maddenin gerekçesinde de vurgulanmıştır:

“Türkiye'nin doğal gaz ticaret merkezi olma hedefleri doğrultusunda, doğal gaz piyasasında serbestleşme, rekabet ve ticaretin geliştirilmesi büyük önem arz etmektedir. Piyasada oyuncu sayısının artması ve tedarik imkânlarının çeşitlenmesiyle birlikte tüketicilerin güvenli, kaliteli ve daha uygun fiyatlı enerjiye erişim imkanları çoğalmış olacaktır. Ayırıştırma, doğal gaz tedarik ve alt yapı faaliyetlerinin kurulan farklı tüzel kişiler eliyle yürütülmesini sağlamayı hedeflemektedir. Ayırıştırma uygulaması, şebeke alt yapıları ile tedarik çıkarlarının aynı tarafta bulunmasını engellemek ve böylece piyasaya rekabetçi yeni girişlerin önünün açılması amacıyla oluşturulmuş bir kavramdır. Sonuç olarak, teklif ile geçici 2. maddede uygulanamayan bazı hükümlerin değiştirilmesi, piyasada rekabetin ve serbest ticaretin temini için BOTAŞ'ın yeniden yapılandırılması hedefinin korunarak somutlaştırılması amaçlanmaktadır.”

Bir iktisadi devlet teşekkülünün, rekabetçi piyasa koşullarında kâr amacı güden özel teşebbüs olarak yeniden yapılandırılıp özelleştirilmesinin mi; yoksa doğal gaz iletimi, depolanması, tedariki, ticareti gibi stratejik önemi haiz faaliyetlerin arz güvenliği minvalinde kamu şirketi tarafından yürütülmesinin mi makbul olduğu hususu, kanun koyucu tarafından kararlaştırılması gereken bir konudur. Nitekim anılan geçici maddenin 7451 sayılı Kanun'un 14'üncü maddesiyle değiştirilmeden önceki halinde de, kanun koyucu tarafından politik tercih, özelleştirmeden yana konulmuştur. Ancak 7451 sayılı Kanun'un 14'üncü maddesiyle değişik geçici maddede, iptali talep edilen ibare nedeniyle bu tercih, Cumhurbaşkanı tarafından yapılacaktır. Halbuki, aşağıda açıklanacağı üzere, Anayasa'nın çeşitli maddelerinde somutlaşan kanunilik ilkesi çerçevesinde; “BOTAŞ'ın faaliyetlerinin ayırıştırılması ve yeniden yapılandırılması amacıyla kurulacak şirketlerin işletme konusu, ticaret unvanı, sermayesi ve ortaklık yapısı ile bu kapsamda gerçekleştirilecek devir ve benzeri işlemlere dair hususlar” Cumhurbaşkanı tarafından kararlaştırılmaz.

a)Hukuk devleti, kamu yararı ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye davranışta bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli oranda hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

İlk fıkrası “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” hükmünü içeren Anayasa'nın 123'üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra

legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

BOTAŞ'ın faaliyetlerinin ayrıştırılması ve yeniden yapılandırılması amacıyla kurulacak şirketlerin işletme konusu, ticaret unvanı, sermayesi ve ortaklık yapısı ile bu kapsamda gerçekleştirilecek devir ve benzeri işlemlere dair hususlar hakkındaki idari işlemin (Cumhurbaşkanı kararının); normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; -anayasal ilkelerin aksine- BOTAŞ'ın faaliyetlerinin ayrıştırılması ve yeniden yapılandırılması amacıyla kurulacak şirketlerin işletme konusu, ticaret unvanı, sermayesi ve ortaklık yapısı ile bu kapsamda gerçekleştirilecek devir ve benzeri işlemlere dair hususlara yönelik (anılan geçici maddenin değiştirilmeden önceki halinde olduğu gibi) açık, nesnel, somut bir ölçüt öngörmemiştir. Halbuki doğal gaz piyasasındaki aktörler, faaliyetlerini BOTAŞ'ın hâkim olduğu piyasalarda bu hususlar çerçevesinde yürütecektir; söz gelimi BOTAŞ bünyesinde oluşturulan şirketlere iştirak edecek yahut iletim gibi tekel piyasa varsa buraya hiç dâhil olmayacaktır. (Tüm idari teşkilatın makamına bağlı bulunduğu ve yürütme ve devleti temsil yetkilerinin bir kişide birleştiği monist yapıyı yürütme organının başı konumunda bulunan) Cumhurbaşkanının alacağı kararı, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı; BOTAŞ'ın var olduğu doğal gaz piyasalarında alanında hukuki öngörülebilirliğe hâlel getirmektedir. Halbuki yatırımcı, hukuki öngörülebilirlik vasıtasıyla riskini en aza indirmek ister. Söz gelimi anılan geçici 2'nci maddenin 7451 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki hükümlerin çok kapsamlı ve ağır olması itibarıyla uygulamada belirsizlik yaratarak yatırımcılar bakımından büyük risk içerdiği, Dünya Bankası raporlarına konu olmuştur.

Öte yandan Cumhurbaşkanının uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan geçici maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, Cumhurbaşkanı kararına (idarenin düzenleyici işlemine), maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Başka bir anlatımla iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmünde açıkça BOTAŞ'ın faaliyetlerinin ayrıştırılacağı öngörülmüştür. Ancak iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmünde bulunan “bu kapsamda gerçekleştirilecek devir ve benzeri işlemlere dair hususlar” ibaresiyle; Cumhurbaşkanının faaliyet ayrıştırması dışında farklı bir model (muhasabe, fonksiyonel, hukuki, mülkiyet ayrıştırması vb.) seçmesine imkân tanınmıştır. Bununla birlikte kanun koyucu tarafından faaliyetlerin (söz gelimi iletim, depolama, ticaret) ayrıştırılması modeli benimsenirken; düzenleyici etki analizi ortaya konulmamıştır; Cumhurbaşkanı tarafından (faaliyetlerin ayrıştırılması) farklı bir ayrıştırma modeli benimsenecek idiyse; bu model bakımından düzenleyici etki analizi yaptırma zorunluluğu öngörülmemiştir. Halbuki bir ayrıştırma modelinin niçin benimsendiği, nesnel ve somut verilerle ortaya konulmalıdır. Söz gelimi ülkemizin jeostratejik konumu nazara alındığında iletim faaliyetleri bakımından özelleştirme sürecinin başlatılmasının kapısını aralayan mülkiyet ayrıştırması yapılmaması gerekliliği, 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısına İlişkin Rekabet Kurumu Görüşü'ne konu olmuştur:

“... ”

Ayrıştırma, şebeke endüstrilerinde faaliyet gösteren dikey bütünleşik yapılarda, rekabete açılabilir durumdaki kısımların, rekabetçi olmayan kısımlardan ayrıştırılmasını ifade etmektedir. Doğal gaz sektöründe ayrıştırma uygulamaları ile iletim ve dağıtım şebekelerine tüm teşebbüslerin eşit koşullarda erişiminin sağlanması, ayrımcılığın ve çapraz sübvansiyonun önlenmesi, şeffaflığın artırılması, doğru bilgiye ulaşmanın kolaylaşması, dikey bütünleşme sonucu ortaya çıkacak pazar kapama riskinin ortadan kaldırılması ve böylece rekabetin artırılması, piyasaların daha etkin düzenlenmesinin sağlanması sonucu regülasyonun etkisinin artırılması gibi faydaların ortaya çıkacağı beklenmektedir.

En çok başvurulmuş ayrıştırma yöntemleri; muhasebe (hesap) ayrıştırması, fonksiyonel (işlevsel) ayrıştırma, hukuki ayrıştırma ve mülkiyet (sahiplik) ayrıştırmasıdır.

- Muhasebe ayrıştırması yalnız dikey bütünleşik faaliyetlere ilişkin hesapların ayrıştırılmasını içermektedir.
- Fonksiyonel ayrıştırma, ilgili faaliyetlerin, dikey bütünleşik tüzel kişilik içerisinde, farklı yöneticilerin başında olduğu farklı departmanlar tarafından gerçekleştirilmesini içermektedir.
- Hukuki ayrıştırma ilgili faaliyetlerin (aynı teşebbüs tarafından kontrol edilen) farklı tüzel kişilikler tarafından gerçekleştirilmesini içermektedir.
- Mülkiyet ayrıştırması hukuki ayrıştırmadan farklı olarak şebeke faaliyetini yürüten şirketin mülkiyetinin gaz ticareti faaliyetini yürüten şirketten ayrıştırılmasını ve alt ya da üst pazarlardaki teşebbüslerdeki hissedarlığını kontrol hakkı vermeyen seviyelere düşürmesini öngörmektedir.

Yukarıda bahsedilen ve en hafif ayrıştırma modeli olan muhasebe ayrıştırmasından en katı model olan mülkiyet ayrıştırmasına kadar giden yelpazede hangi modelin tercih edilebileceğine ilişkin tartışmada, enerji piyasalarına ilişkin benzer serbestleşme süreçlerine müdahil olan Avrupa Komisyonu tecrübelerinden yararlanmak mümkündür.

...

Türkiye bakımından ayrıştırma konusu ele alındığında, Türkiye doğal gaz piyasasının gelişim sürecinin gerek uluslararası doğal gaz piyasalarındaki gelişmeler gerekse iç piyasanın evrimleşmesi süreci kapsamında güçlü ve zayıf yönler dikkate alınarak bir karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir. Daha önceki bölümlerde de belirtildiği üzere, uluslararası doğal gaz piyasaları bakımından doğal gaz kaynağı ülkeler ile tüketici konumundaki Avrupa arasında bulunmasından dolayı jeopolitik konumu Türkiye'nin güçlü yanı olarak görülmektedir. Jeopolitik konumdan kaynaklanan güçlü yanın fiziksel karşılığı ise mevcut durumda BOTAŞ'ın sahip olduğu iletim hatlarıdır. Bu noktada, BOTAŞ'ın sadece boru hatlarına sahip bir tüzel kişilik haline gelmesinin ve doğal gaz ithalat ve ticareti faaliyetlerinin iletim faaliyetleri ile mülkiyet ayrıştırmasına tabi tutulmasının, bahsedilen güçlü yönlerin zayıflatılması riskini de beraberinde getirdiği düşünülmektedir.

...

Buna ilaveten, uluslararası doğal gaz piyasalarındaki gelişmeler çerçevesinde net ithalatçı konumundaki Türkiye bakımından likit bir toptan satış piyasası oluşturma hedefi ve süreci bağlamında yüksek likiditeye ulaşılmadan ülke piyasasının uluslararası piyasalardan kaynaklanan baskıları çok daha güçlü hissedeceği ve daha da önemlisi global ölçekli büyük oyuncuların etkisine açık hale geleceği unutulmamalıdır. Bu süreç gelişmekte olan ülkeler açısından özellikle büyük önem teşkil etmektedir. Ayrıca, likiditenin düşük olduğu ve zayıf oyuncuların faaliyet gösterdiği piyasalara ihracatçı ülkeler tarafından da çekinceyle yaklaşmakta; bu da gaz arzını tehlikeye sokmaktadır. Likit hub oluşturma hedefinin ne kadar uzun ve meşakkatli bir süreç olduğunun en güzel kanıtı, dünyanın en likit ikinci hub'ı olan NBP'nin dahi ancak likidite eşiği olarak gösterilen 15 seviyesindeki hareket oranına sahip olması ve dolayısıyla 100 hareket oranına sahip Henry Hub'ın likidite anlamında bir hayli gerisinde kalmış olmasıdır. Kaldı ki, diğer borsalarla kıyaslandığında Henry Hub'ın dahi likidite seviyesinin yeterince yüksek olmadığı söylenebilir. Bu noktadan hareketle, gerekli likiditeye ulaşılmadan güçlü oyuncusu olmayan bir piyasa tasarımı yerine gerekirse dikey bütünleşik güçlü bir oyuncunun yer aldığı bir süreç ile likit bir toptan satış piyasası tasarımına yönelinmesinin daha doğru olacağı değerlendirilmektedir.

Şüphesiz, uluslararası piyasalardaki gelişmeler ve likit bir toptan satış piyasası oluşturma sürecinde BOTAS'ın dikey bütünleşik bir yapıda kalması durumunda, bu yapıdan dolayı sahip olduğu hâkim durumun Türkiye doğal gaz piyasalarında rekabetin tesisini engellememesi de önemli bir hedef olmalıdır. Ancak, BOTAS'ın iletim sistemine sahip olmasından kaynaklanan rekabetçi risklerin azaltılmasına yönelik olarak mülkiyet ayrıştırması yerine etkin hukuki/fonksiyonel ayrıştırmaları içeren alternatif yöntemlerin tercih edilmesi yönünde Türkiye'nin Almanya 14 ve Fransa gibi ülkelere çok daha geçerli gerekçeleri olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle, BOTAS'ın mülkiyet ayrıştırmasına tabi tutulmaması ve dikey bütünleşik yapısını koruması yönündeki politikanın bağımsız sistem işleticisi ve miktar devri gibi yöntemlerle desteklenmesi gereği de göz önünde bulundurularak mevcut Tasarımın öngördüğü yapılandırma çözümünün yeniden gözden geçirilmesi gerektiği düşünülmektedir.”

Yine iletim hattı yapacak üçüncü kişilerin, söz konusu iletim faaliyetlerini kendilerinin yürüttüğü diğer faaliyetlerden ayrıştırıp ayrıştırmayacağı belirsizdir.

Bununla birlikte BOTAS'ın faaliyetlerinin ayrıştırılıp yeniden yapılandırılması amacıyla kurulacak şirketlerin işletme konusu, ticaret unvanı, sermayesi ve ortaklık yapısı ile bu kapsamda gerçekleştirilecek devir ve benzeri işlemlere dair hususlar Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenecektir. Bu kapsamda şirketlerin yürüttüğü faaliyetlere göre işletme konuları belirlenecek; şirketin kimliği niteliğinde olan ticaret unvanı seçilecek; şirket ortaklarının asli edim yükümlülüğü olan sermaye koyma borcu ifa edilecek; şirketler kurulurken yahut sonradan ortaklığa dahil olacak paydaşlar seçilecek; devralma/birleşme gibi yapısal değişiklikler gerçekleştirilecek; şirketler çeşitli hukuki ilişkilerin tarafı olacaktır. Bu hususlar, ticaret (şirketler) hukukunda genel olarak düzenlenmiştir:

“Ticaret unvanı, tacirin, ticari işletmesine ilişkin işlemleri yaparken kullandığı isimdir. Bu yönüyle ticaret unvanı, taciri tanıtmaya ve onu diğer tacirlerden ayırdetmeye yarar. Ticaret unvanını sadece tacirler kullanabilir; tacir olmayan kişi (esnaf) ticaret unvanı kullanamaz.”

“Her ortak ticaret ortaklıklarına maddi değeri olan katılma payıyla iştirak etmek zorundadır. Bu açıdan sermaye koyma borcu asli edim yükümlüdür. Ancak bazı ortaklıkların

özellikleri sebebiyle, kanun koyucu bunlarda bazı değerlerin sermaye olarak getirilemeyeceğini düzenlemiştir.”

“Ticaret ortaklıkları, piyasanın değişen şartlarına kendi hukuki yapılarına uydurabilmek için, birleşme, bölünme veya tür değiştirme yolunu kullanabilirler. Ancak bu şekilde yapısal değişimler sırasında, ortakların, alacaklıların ve hatta ortaklık çalışanlarının menfaatlerinin korunması zorunludur.”

Elbette iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmünde tadadi metotla sayılan hususlar, ticaret (şirketler) hukukunun hâkim olduğu kavramlardır. Ancak enerji arzı güvenliğinin ön planda olduğu bu karakteristik alana ilişkin (anılan geçici maddenin 7451 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halinde olduğu gibi) özel kanuni hükümlerin olması, işin doğası gereğidir. Buna rağmen BOTAS’ın faaliyetlerinin ayrıştırılması ve yeniden yapılandırılması amacıyla kurulacak şirketlerin işletme konusu, ticaret unvanı, sermayesi ve ortaklık yapısı ile bu kapsamda gerçekleştirilecek devir ve benzeri işlemlere dair hususların detayları, Cumhurbaşkanı tarafından somut ve nesnel ölçütlerle çerçevenmemiş takdir yetkisine istinaden düzenlenecektir. Söz gelimi BOTAS’ın yeniden yapılandırılması sonucu kurulacak yeni şirketlerin birleşme ve devralmalar yoluyla yapısal değişikliğe gitmesinin sınırları; şirket hisselerinin halka arz edilmesine ilişkin usul ve esasların genel çerçevesi çizilmemiştir. BOTAS’ın alıcı konumunda bulunduğu sözleşmelerin devirlerde satıcının (söz gelimi SOCAR, Shell, Bosphorus, Enerco, Gazprom, NIGC, SONATRAC) ön izninin aranıp aranmayacağı; uzun süre boyunca tam manasıyla uygulaması olmayan miktar devirlerin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği; BOTAS’ın mevcut sözleşmelerinin var olduğu ülkeler dışındaki ülkelerden yapılacak ithalat için Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu’nun ithalat yapmaya talip şirketlere müsaade vermesi için mevcut sözleşmelerden doğan yükümlülükleri ve ihracat bağlantılarını dikkate alıp almayacağı (arz güvenliği için BOTAS’ı gözetip gözetmeyeceği); çapraz sübvansiyon yapılmasının ve imtiyaz tanınmasının yarattığı handikapların muhasebe ayrıştırması yoluyla giderilip giderilmeyeceği; devir ve benzeri işlemlerin karşı tarafının nasıl seçileceği; yeniden yapılandırmanın ve sözleşme/miktar devirlerinin tamamlanacağı takvim belirsizdir. Yine Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, bu sürecin dışında bırakılmıştır. Halbuki bağımsız idari otorite olan EPDK’nin asli görevlerinden biri de rekabetçi bir piyasanın oluşturulmasına yönelik gerekli düzenleme ve denetlemeleri yapmaktır. Aynı zamanda keyfi uygulamalara neden olacak söz konusu takdir yetkisi, sınır ötesi etkisi bulunan bir alanda uluslararası sorumluluk doğuracaktır.

Öte yandan, Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi’nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı).

BOTAS’ın tüm faaliyetlerinin özelleştirme kapsamına alınıp kâr amacı güden ticari bir teşebbüs gibi hareket etmesinde ve rekabetçi bir piyasa oluşturulmasında mı yahut Devletin sosyal niteliği gereği çapraz sübvansiyon yapılması, maliyetlerin piyasaya yansıtılmaması, imtiyaz tanınması, yükümlülük yüklenmesi ve benzeri uygulamaların varlığını koruyacağı Devletin hakim (hukuki ve fiili tekel- söz gelimi TPAO ile birleşerek uluslararası piyasalarda rekabet kabiliyetinin arttığı) olduğu bir piyasa oluşturulmasında mı kamu yararı bulunduğunu (Anayasa’nın 47. maddesinin 3. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere) tespit etmek; katılımcı demokrasi anlayışı içinde müzakere eden kanun koyucunun (ülkenin demokratik siyasi



kararlarını kurumsal olarak cisimleştiren Meclis'in) yetkisindedir; tek başına karar alan Cumhurbaşkanının uhdesinde değildir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

b)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; Cumhurbaşkanına; "BOTAŞ'ın faaliyetlerinin ayrıştırılması ve yeniden yapılandırılması amacıyla kurulacak şirketlerin işletme konusu, ticaret unvanı, sermayesi ve ortaklık yapısı ile bu kapsamda gerçekleştirilecek devir ve benzeri işlemlere dair hususları" düzenleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7'nci maddesine aykırılık oluşturur.

c)Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırılık: Anayasa'nın 104'üncü maddesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır. Bu görev ve yetkiler arasında "BOTAŞ'ın faaliyetlerinin ayrıştırılması ve yeniden yapılandırılması amacıyla kurulacak şirketlerin işletme konusu, ticaret unvanı, sermayesi ve ortaklık yapısı ile bu kapsamda gerçekleştirilecek devir ve benzeri işlemlere dair hususların Cumhurbaşkanı kararı ile düzenlenmesi" görev ve yetkisi sayılmadığı gibi; bu türden düzenlemeleri yapmayı dayandırabileceği (Anayasa'nın 104'üncü maddesinde) bir hüküm de bulunmamaktadır. Yasama organı, görevi ve yetkisi dahilinde olmayan bir konuda Cumhurbaşkanıyı yetkilendirmek suretiyle; Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesini ve 6'ncı maddesinde yer alan hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamamasına yönelik hükmü ve 104'üncü maddesini ihlal etmiştir. Bu nedenlerle iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6 ve 104. maddelerine aykırıdır.

ç)Kamu yararı ilkesi ve özelleştirme rejimi bakımından: İptali talep edilen ibare, özelleştirme rejiminin konusudur. Her ne kadar iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmünde, anılan geçici maddenin söz konusu değişiklikten önceki halinde olduğu gibi, açıkça "özelleştirme" ibaresi yer almasa da; iptali talep edilen ibarenin yer aldığı maddenin gerekçesindeki serbestleştirme vurgusu, BOTAŞ'ın hukuki statüsüne ilişkin tarihsel süreç ve iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümle hükmünde bulunan "bu kapsamda gerçekleştirilecek devir ve benzeri işlemlere dair hususlar" ibaresi; BOTAŞ'ın özelleştirileceğine delalet etmektedir.

Başka bir anlatımla, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un "Özelleştirme Yöntemleri, Değer Tespiti, İhale Yöntemleri" kenar başlıklı 18. maddesinde özelleştirme yöntemleri sayılmıştır. Anılan 18'inci maddenin birinci fıkrasının (a) bendi: "Satış; Kuruluşların aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimleriyle varlıklarının mülkiyetinin kısmen veya tamamen bedel karşılığı devredilmesi ya da bu kuruluşların hisselerinin tamamının veya bir kısmının kuruluşların içinde buldukları şartlar da dikkate alınarak yurt içi ve yurt dışında, halka arz, gerçek ve/veya tüzelkişilere blok satış, gecikmeli halka arzı içeren blok satış, çalışanlara satış, borsada normal ve/veya özel emir ile satış, menkul kıymetler yatırım fonları

ve/veya menkul kıymetler yatırım ortaklarına satış veya bunların birlikte uygulanması yoluyla bedel karşılığı devredilmesidir.” şeklindedir. 7451 sayılı Kanunla değişik geçici maddeye göre BOTAŞ, yeniden yapılandırılacak; BOTAŞ’ın faaliyetlerinin ayrıştırılması ve yeniden yapılandırılması amacıyla kurulacak şirketlerin işletme konusu, ticaret unvanı, sermayesi ve ortaklık yapısı ile bu kapsamda gerçekleştirilecek devir ve benzeri işlemlere dair hususlar belirlenecek, Bakanlık izni ile BOTAŞ’ın doğal gaz alım sözleşmelerine konu miktarların devri veya kontrat devri yapılabilecektir. O halde 4046 sayılı Kanun’un ilgili hükmü ve iptali talep edilen ibarenin lafzı, hisse devri yoluyla özelleştirme yapılabilmesini mümkün kılmaktadır. Pek tabii, anılan değişik geçici maddenin lafzı özelleştirmeyi zorunlu tutmamaktadır; başka bir anlatımla anılan değişik geçici madde kapsamında kurulacak şirketler, kamu şirketi mahiyetine de sahip olabilir. Ancak bu tercihi, özelleştirme rejiminde aranan kanunilik ilkesinin hilafına; Cumhurbaşkanı belirleyecektir. Buradaki Anayasa’ya uygunluk incelemesi bakımından, iptal davası konusu hükmün özelleştirmeyi yalnızca mümkün hale getirmiş olduğunun tespiti yeterli sayılmak gerekir.

Halbuki Anayasa’nın “Devletleştirme ve Özelleştirme” kenar başlıklı 47. maddesinin üçüncü fıkrasında, Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usullerin kanunla gösterileceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Ancak iptali talep edilen ibare, özelleştirmenin nasıl yapılacağını, genel çerçeve çizmeksizin –bütünü- Cumhurbaşkanının takdir yetkisine bırakmıştır. Bu noktada belirtmek gerekir ki; söz konusu geçici maddenin 7451 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halinde, özelleştirmeye ilişkin usul ve esaslar kanun düzeyinde belirlenmiştir. Kanun koyucunun özelleştirmede kanunilik ilkesinin bilincinde olmasına rağmen; bu hususu Cumhurbaşkanının keyfi uygulamalara neden olabilecek takdir yetkisine bırakmasının nedeni anlaşılamamaktadır.

Buna ilave olarak yukarıda açıklandığı üzere özelleştirme usul ve esaslarına ilişkin kanun da diğer kanunlar gibi kamu yararını haiz olmalıdır. Zira Anayasa’nın 2’nci maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi’nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı). Aynı yönde; “Yasa koyucuya verilen düzenleme yetkisi, hiçbir şekilde kamu yararını ortadan kaldıracak veya engelleyecek... biçimde kullanılamaz ...” (Anayasa Mahkemesi’nin 24.01.2008 tarihli ve 2007/76 E.; 2008/46 K. sayılı Kararı).

Öte yandan 13.08.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanun’un 1’inci maddesiyle Anayasa’nın 47’nci maddesine özelleştirmeye ilişkin hükümler eklenmeden önce; Anayasa Mahkemesi de 07.07.1994 tarihli ve 1994/49 E.; 1994/45-2 K. sayılı kararında; “kamu mülkiyetinin” kamu yararı amacıyla sınırlanabileceğini ve toplum yararına aykırı biçimde kullanılmayacağını (başka bir anlatımla özelleştirme işlemlerinin de kamu yararını haiz olması gerektiğini) vurgulamıştır:

“Kimi özelleştirme türlerinde kamu mülkiyetine sınırlama getirildiği gibi kamu varlığının satışında da kamu mülkiyeti sona ermektedir. Kamu varlığının azalması, elden çıkarılmasıyla özelleştirilen alanda kamu mülkiyeti ortadan kalkmaktadır. Özel mülkiyet için Anayasa’nın getirdiği koruma ve güvence kamu mülkiyeti için de geçerli olduğundan, özel mülkiyet konusundaki özenin kamu mülkiyeti konusunda öncelikle düşünüleceğinde duraksanamaz. Bu nedenle, kamu mülkiyetinin sona erdirilmesine ilişkin esasların yasayla düzenlenmesi, Anayasa’nın 35. maddesinin getirdiği bir zorunluluktur. Kişisel mülkiyeti

güvenceye bağlayan Anayasa'nın kamu mülkiyetini güvencesiz bıraktığı düşünülemez. Nitekim mülkiyet hakkını kişiler yönünden güvenceye alan 35. maddenin birinci fıkrası yanında, ikinci ve üçüncü fıkralarındaki bu hakkın ancak yasayla sınırlanabileceği ve kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hususları kamu mülkiyetini de kapsamaktadır. Kamu mülkiyeti için de geçerli olan bu güvence göz ardı edilemez. Kamu mülkiyeti de kamu yararı amacıyla sınırlanabilir ve toplum yararına aykırı biçimde kullanılamaz.”

O halde BOTAŞ'ın faaliyetlerinin ayrıştırılması ve yeniden yapılandırılması amacıyla kurulacak şirketlerin işletme konusu, ticaret unvanı, sermayesi ve ortaklık yapısı ile bu kapsamda gerçekleştirilecek devir ve benzeri işlemlerin ratio legis'i piyasa aktörlerinin ikbali değil; “Türkiye'nin doğal gaz ticaret merkezi olma hedefi”nin gerçekleştirilmesidir. Ancak 7451 sayılı Kanun'un 14. maddesinin gerekçesinde; rekabetin ve ticaretin geliştiği serbest doğal gaz piyasası yapısında özelleştirme rejiminin benimsenip benimsenmeyeceği, söz gelimi, özelleştirme benimsenecekse, stratejik öneme sahip iletim faaliyeti gibi alanların kamu tekelinde kalıp kalmayacağı temellendirilmemiş, açıklığa kavuşturulmamıştır.

Halbuki “rekabetçi, istikrarlı ve şeffaf bir piyasa yapısı oluşturulması” ile “doğal gazda dışa bağımlılığın en az seviyeye indirilmesi ve enerji arz güvenliğinin sağlanması” arasındaki hassas denge gözetilmelidir. Ancak bu hassas dengeyi kuracak bir mekanizma kamu yararını haiz olabilecektir. Söz gelimi, ülkemizin stratejik konumu nazara alındığında, doğal gazın taşıma biçimlerinden biri olan iletim hatlarına yönelik yürütülen faaliyetlerin ayrıştırmaya tabi tutulup kamu nezdinde kalıp kalmaması gerekliliği, kamu yararının konusudur ve anılan geçici maddenin 7451 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halinde;

“Bu Kanun hükümlerine göre, dağıtım faaliyeti hariç, BOTAŞ'ın dikey bütünleşmiş tüzel kişiliği 2009 yılına kadar devam eder. Bu tarihten sonra BOTAŞ yatay bütünleşmiş tüzel kişiliğe uygun olarak yeniden yapılandırılır. Yeniden yapılandırılma sonucu meydana gelecek yeni tüzel kişilerden, sadece gaz alım ve satım sözleşmelerine sahip olan ve ithalat faaliyeti yapacak olan şirket, BOTAŞ'ı temsil eder ve BOTAŞ adı ile anılır. Yeniden yapılandırılma sonucu ortaya çıkan bu şirketlerden iletim faaliyeti yapan şirket hariç, diğerleri iki yıl içinde özelleştirilir.”

şeklindeki fıkra hüküm altına alınmakla iletim faaliyeti bakımından özellikli durum korunmuştur. Yine BOTAŞ'ın hâkim durumu istismar ettiği gerekçesi, özelleştirme bakımından kamu yararının bir görünümü olarak ileri sürülecek idiyse; bu türden bir gerekçenin maddi gerçekliğe tekabül edip etmediği, somut verilerle ortaya konulmalıdır. Söz gelimi 2002 yılında “BOTAŞ'ın hakim durumu istismar ettiği iddiası” Rekabet Kurulu tarafından yürütülen ön araştırmaya konu olmuş ve Kurul tarafından “Fiyatlandırma uygulamaları regülasyon kapsamında olan dağıtım kuruluşları bakımından, aşırı fiyatlandırmanın söz konusu olmadığına; - BOTAŞ bakımından; bir hakim durum istismarının bulunmadığına, uygulanan fiyatların da aşırı fiyat olarak değerlendirilemeyeceğine; dolayısıyla önaraştırma kapsamındaki teşebbüsler hakkında soruşturma açılmasına yer olmadığına” karar verilmiştir. Benzer biçimde BOTAŞ'ın faaliyetlerinin ayrıştırılıp yeniden yapılandırılması amacıyla kurulacak şirketlerin özelleştirmeyle birlikte Sayıştay denetiminden varestesiz tutulmasında kamu yararı olup olmadığı ortaya konulmamıştır.

Başka bir anlatımla doğal gaz piyasasına serbestlik kazandırabilmek adına BOTAŞ'ın faaliyetlerinin ayrıştırılıp yeniden yapılandırılması amacıyla kurulacak şirketlerin özelleştirilmesinin; çağdaş ekonomik gerekler nazara alındığında kamu mallarının değerlendirilmesine ne türden katkı sağlayacağı objektif ve bilimsel biçimde (söz gelimi etki analizleriyle) ortaya konulmamıştır. Her ne kadar EPDK, bu piyasada düzenleyici-denetleyici rol oynasa da; bir kamu şirketinin (tüm faaliyetleri yönüyle) bu piyasadan el çekmesinin, enerji arzı güvenliğinin temini ve ülkemizin bulunduğu stratejik konumun avantajlarının kullanılması karşısındaki durumu; ulusal kalkınma ve refah bakımından kamu yararı bağlamında ortaya konulmamıştır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki kanun koyucunun seçtiği yöntemin kamu yararının gerçekleştirip gerçekleştirilemeyeceği bir yerindelik sorunu olsa da; kanunilik ilkesinin aksine en baştan özelleştirme yapıp yapılmaması yönündeki tercihin Cumhurbaşkanının keyfi uygulamalara neden olabilecek takdir yetkisine bırakılması ve özelleştirilecek idiyse bununla güdülen kamu yararının temellendirilmemesi, hukukilik / anayasallık denetiminin konusudur. Hukuk devletinin açık inkârı olan keyfiliğin, Anayasa'ya uygunluk denetiminin başat bir konusunu oluşturduğu şüphesizdir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2 ve 47'nci maddelerine aykırıdır.

d)Eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, sözleşme özgürlüğü ile teşebbüs hürriyeti, rekabetin korunması bakımından:

Bir an için “BOTAŞ'ın faaliyetlerinin ayrıştırılması ve yeniden yapılandırılması amacıyla kurulacak şirketlerin işletme konusu, ticaret unvanı, sermayesi ve ortaklık yapısı ile bu kapsamda gerçekleştirilecek devir ve benzeri işlemlere dair hususları” düzenlemeye yönelik Cumhurbaşkanının (hukuka aykırı) takdir yetkisini, özelleştirme rejiminden yana kullanacağı varsayıldığında; iptali talep edilen ibarede, rekabetin sağlanmasına yönelik güvencelerin (söz gelimi anılan geçici maddenin 7451 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halinde olduğu gibi istekli olan diğer ithalat lisans yeterlilik sahibi ve satıcı şirketten ön onay alan şirketlerin katılacağı devir için BOTAŞ tarafından ihale yapılması; BOTAŞ'ın mevcut sözleşmelerinin var olduğu ülkeler dışındaki ülkelerden yapılacak ithalat için yapılacak müracaatların Kurul tarafından piyasada rekabet ortamının oluşturulması bakımından da değerlendirilmesi) yer almadığı da ortaya çıkacaktır.

Halbuki beklenen kamu yararının en üst düzeyde sağlanabilmesi için; özelleştirme sürecinde, isteklilerin faaliyetlerini rekabet içinde yürütmeleri gerekmektedir. Rekabetin oluşturulması ise; Anayasa'nın 10'uncu ve 48'inci maddelerinin gereklerinin yerine getirilmesiyle mümkündür. Zira iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümleye konu hukuki işlemler, (söz gelimi bir şirketin ayrıştırılması, kurulması, devri, faaliyette bulunması, sözleşme akdetmek suretiyle ihdas edildiğinden); Anayasa'nın 48. maddesinde güvencelenen sözleşme özgürlüğünü kapsamında kalmaktadır. Özelleştirme sürecine katılmaya istekli tüzel kişiler/özel teşebbüsler (ve dahi gerçek kişiler) ise; sözleşme özgürlüğüne, Anayasa'nın 10'uncu maddesi bağlamında eşit biçimde sahiptir. Bu durum, onlara rekabet edebilme kabiliyeti tanımaktadır.

Yine Anayasa'nın 48'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devletin, özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasına yönelik tedbirleri almaya ilişkin pozitif yükümlülüğü vardır ve Anayasa'nın 10'uncu maddesi uyarınca Devlet, bu pozitif yükümlülüğü her bir özel teşebbüs bakımından (benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunanlar için)

eşit şekilde yerine getirmekle mükelleftir. Bir özel teşebbüs bakımından eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti de, somut olayda benzer durumda olanlara ilişkin bir muamele farklılığı yapmayı meşrulaştıracak “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır. Bununla birlikte Anayasa’nın 167. maddesinde Devlete para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli

işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma yükümlülüğü yüklenmiştir. “BOTAŞ’ın faaliyetlerinin ayrıştırılması ve yeniden yapılandırılması amacıyla kurulacak şirketlerin işletme konusu, ticaret unvanı, sermayesi ve ortaklık yapısı ile bu kapsamda gerçekleştirilecek devri” vb. özelinde en baştan ortak olmaya yahut sonradan hisse devralmaya istekli lisans sahibi BOTAŞ dışındaki şirketler ile BOTAŞ’ın yeniden yapılandırılması sonucunda kurulacak yeni şirketler bakımından bu yükümlülüğün ifası, Devlet tarafından (regülasyon yapılarak) rekabetçi piyasa koşullarının hazırlanmasıyla mümkündür.

Buna ilave olarak Anayasa Mahkemesi Türkiye Denizcilik İşletmeleri Anonim Şirketi ve Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğüne ait bazı limanların işletme hakkı verilmesi/devri yöntemiyle özelleştirilmeleri neticesinde imzalanan kırk dokuz yıldan az süreli sözleşme sürelerinin; birtakım şartlar altında kırk dokuz yıla kadar uzatılacağını düzenleyen bir hüküm hakkında verdiği (iptal) kararında bu hususu vurgulamıştır (Anayasa Mahkemesi’nin 20.07.2022 tarihli ve 2022/22 E.; 2022/92 K. sayılı Kararı):

“15. Anayasa’nın 47. maddesinin üçüncü fıkrasında “Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.” denilmiştir. Anılan maddenin dördüncü fıkrasında da “Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilir veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” hükmüne yer verilmiştir. Anılan hükümler uyarınca kanunla yapılacak düzenlemelerde Anayasa’nın diğer maddeleri de dikkate alınmalıdır.

16. Anayasa’nın “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlıklı 48. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir” denilmek suretiyle çalışma ve sözleşme özgürlüğü güvence altına alınmıştır.

17. Sözleşme özgürlüğü devletin, kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belirli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması anlamına gelmektedir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Anayasa’nın anılan maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir (AYM, E.2017/154, K.2019/18, 10/4/2019, § 11).

18. Dava konusu kural 4046 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde TDİAŞ ve TCDDİGM’ye ait bazı limanların işletme hakkı verilmesi/devri yöntemiyle özelleştirilmeleri neticesinde imzalanan kırk dokuz yıldan az süreli özelleştirme sözleşmelerinin taraflarına bu sözleşmelerin sürelerini kırk dokuz yıla kadar uzatma imkânı tanımakta ve sözleşme süresinin uzatılabilmesi için gerekli ön şartları düzenlemektedir. Bu yönüyle kural, sözleşme süresinin sonunda yeniden özelleştirme sürecine konu olabilecek limanların bu sürecin dışına

çıkarılmasına, dolayısıyla katılımcılar arasında rekabeti mümkün kılan ihale süreci uygulanmaksızın dolaylı olarak özelleştirilmelerine imkân tanımaktadır. Bu itibarla kural, sadece hâlihazırda özelleştirme sözleşmelerinin tarafı olan kişilere ek sözleşme yapma imkânı tanımakla özelleştirme sözleşmelerinin tarafı olmayan kişileri mevcut sözleşme süreleri sonunda sözleşme yapma imkânından yoksun bırakmak suretiyle sözleşme özgürlüğünü sınırlamaktadır.

19. Anayasa'nın 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmektedir. Buna göre temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren düzenlemelerin kanunla yapılması, Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekir.

20. Bu kapsamda sözleşme özgürlüğünü sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir.

21. Esasen temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde kanuni 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. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, kişilerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

22. Kuralla bazı limanların işletme hakkı verilmesi/devri yöntemiyle özelleştirilmeleri neticesinde imzalanan kırk dokuz yıldan az süreli sözleşmelerin taraflarına, bu sözleşmeleri kırk dokuz yıla kadar uzatma imkânı tanınmış ve bu imkânın kullanılabilmesi için aranan ön şartlar açık ve net biçimde düzenlenmiştir. Dolayısıyla kuralın belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olduğu ve bu yönüyle kanunilik şartını taşıdığı anlaşılmaktadır.

23. Öte yandan Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun olması gerekir. Anayasa'nın 48. maddesinde sözleşme özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da o hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevler, özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebilir.

24. Bu bağlamda Anayasa'nın 167. maddesinin birinci fıkrasında "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır;..." denilmek suretiyle devlete, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu kapsamda

liman hizmetlerinin sağlıklı ve düzenli işleminin sağlanmasını ve geliştirilmesini konu alan sözleşmelerde, sözleşme özgürlüğüne yönelik sınırlamaların öngörülmesi mümkündür.

25. Dava konusu kuralın gerekçesinde, 4046 sayılı Kanun çerçevesinde özelleştirilen bazı limanların sosyo-ekonomik çerçevede Türkiye'nin ekonomisine ve dış ticaretine katkısı dikkate alındığında bu limanların herhangi bir zaman kaybı yaşanmadan küresel rekabet güçlerini korumaları için bugünden yatırımların yapılarak büyütülmeleri amacı doğrultusunda özelleştirme sözleşmelerinin sürelerinin kırk dokuz yıla kadar uzatılmasının hedeflendiği ifade edilmiştir. Bu itibarla kuralın kapsam dâhilindeki limanların rekabet güçlerinin zaman kaybı yaşanmadan artırılması biçimindeki meşru amaca yönelik olduğu görülmektedir.

26. Anayasa'nın 13. maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

27. 21. yüzyılda dünya ticaretinin gösterdiği gelişmenin ulaştırma ve nakliye hizmetlerine talebi çoğaltarak taşınan yük miktarında artışa yol açması, uluslararası ticaretteki artışın enerji ve hammadde talebinin karşılanması ve malların farklı pazarlara ulaştırılması ihtiyacını beraberinde getirmesi, deniz yolu taşımacılığının ucuz ve güvenli bir taşıma sistemi olması, liman sayısı ve kapasitesinin ülkelerin rekabet gücünü belirleyen önemli bir ölçüt hâline gelmesi sonucuna yol açmıştır. Liman işletmeciliğinin gerek bölgesel gerek uluslararası ekonomiye katkısının limanların geliştirilmesini gerekli kıldığı kuşkusuzdur. Bu nedenle kuralın özelleştirilen limanların zaman kaybı yaşanmadan kapasitelerinin artırılması ve geliştirilmesi amacına ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

28. Kural özelleştirme sözleşmelerindeki süreler sonunda, özelleştirme öncesindeki hukuki statülerini tekrar kazanacak olmaları sebebiyle yeniden özelleştirme uygulamalarının konusu olabilecek limanların, özelleştirme sözleşmelerinin sürelerinin uzatılmasını öngörmek suretiyle mevcut özelleştirme süresi sonrasında da işletme hakkının devamının sağlanmasına, başka bir ifadeyle dolaylı olarak özelleştirilmelerine imkân tanımaktadır. Söz konusu dolaylı özelleştirmeye taraf olabilecekler ise mevcut özelleştirme sözleşmelerinin tarafları ile sınırlandırılmaktadır. İstekli olan başkaca kişilerin bu sürece dâhil olamaması ise özelleştirmede hâkim olması gereken serbest rekabet ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmamakta olup kuralla konu limanların gerçek özelleştirme değerlerine ulaşılmamasını engelleyebilecek niteliktedir. Nitekim özelleştirme sürelerinin sonunda limanların yeniden özelleştirme uygulamasına konu olması hâlinde 4046 sayılı Kanun'daki şartları taşıyan herkesin rekabet koşulları çerçevesinde özelleştirme sözleşmesine taraf olma imkânı olacakken kuralla bu imkân ortadan kaldırılmaktadır.

29. Bu bağlamda kuralla ulaşılmak istenen meşru amaç ile sözleşme özgürlüğü arasında bulunması gereken makul dengenin gözetilmediği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın orantısız bir sınırlamaya neden olduğu, dolayısıyla anılan özgürlüğe ölçsüz bir sınırlama getirdiği sonucuna ulaşılmıştır.

30. Anayasa'nın 10. maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz./Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz./Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz./Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." denilmek suretiyle kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

31. Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

32. Sözleşme özgürlüğü bağlamında eşitlik ilkesi yönünden yapılacak anayasallık denetiminde öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişilere farklı muamelenin mevcut olup olmadığı tespit edilmeli, bu bağlamda aynı ya da benzer durumdaki kişiler arasında sözleşme özgürlüğüne müdahale bakımından farklılık gözetilip gözetilmediği belirlenmelidir. Yapılacak bu belirlemenin ardından ise farklı muamelenin nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve ölçülü olup olmadığı hususları irdelenmelidir.

33. Kuralla mevcut özelleştirme sözleşmelerinin taraflarına tanınan ek sözleşme yapma imkânının özelleştirme sonucunu doğurduğu dikkate alındığında özelleştirme usulünün uygulanması hâlinde sözleşmeye taraf olabilecek kişiler ile özelleştirme sözleşmesinin tarafı olmaları sebebiyle ek sözleşme yapma imkânı tanınan kişilerin sözleşme özgürlüğü bağlamında karşılaştırma yapılmaya müsait olacak şekilde benzer durumda oldukları açıktır. Bu itibarla kuralın özelleştirme usulünün uygulanması imkânını ortadan kaldırmak suretiyle benzer durumda olanlar arasında farklı muameleye yol açtığı anlaşılmaktadır.

34. Öte yandan özelleştirme sözleşmesinin imzalanması öncesinde sözleşmeye konu ihaleye katılarak teklif verenlerden ihaleyi kaybeden kişiler ile ihaleyi kazanarak özelleştirme sözleşmesine taraf olan kişilerin de sözleşme özgürlüğü bağlamında karşılaştırma yapılmaya müsait olacak şekilde benzer durumda oldukları görülmektedir. Dolayısıyla kuralın mevcut özelleştirme sözleşmesinin taraflarına sözleşme süresini uzatma imkânını tanımak suretiyle ihaleye katılanlar arasında da farklı bir muameleye yol açtığı anlaşılmaktadır.

35. Kuralın zaman kaybı yaşanmadan yapılacak yatırımlar ile limanların rekabet güçlerinin korunması yönündeki gerekçesi gözetildiğinde farklı muamelenin objektif ve makul bir temele dayanmadığı söylenemez.



36. Kural, ek sözleşme yapma imkânını sadece mevcut özelleştirme sözleşmesi taraflarına tanımak suretiyle öncesinde özelleştirme ihalesini kaybetmiş olanlar ile özelleştirme usulünün uygulanması hâlinde ek sözleşmeye taraf olabileceklerin bu sözleşmeye taraf olabilmelerini engellemektedir. Anayasa'nın 167. maddesinin gerekçesinde "Bu madde Devlete üç görev yüklemektedir./Birincisi, özel teşebbüsün rekabet koşulları içinde yararlı yönde gelişmesine yardımcı olacaktır. Rekabet koşullarını sağlamanın tabii sonucu ise, buna bağlı olan diğer iki görevdir..." denilmek suretiyle özel teşebbüsler arasında rekabet koşullarının sağlanması gerektiği belirtilmiştir.

37. Bu bağlamda mevcut özelleştirme sözleşmesinin tarafları dışında istekli olan başkaca kişilerin ek sözleşmeye taraf olabilme imkânının engellenmesi özelleştirmede hâkim olması gereken serbest rekabet ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmamakta olup kurala konu limanların gerçek özelleştirme değerlerine ulaşılmasını da engelleyebilecek niteliktedir. Ayrıca sözleşmeye konu önceki ihaleyi kaybeden kişilerin sonradan ek sözleşme yapma imkânı sağlanarak sözleşme süresinin uzatılacağını bilmelerinin söz konusu ihalede buldukları teklifi etkilemeyeceği de söylenemez. Bu itibarla farklı muamelenin ölçüsüz olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

38. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 10., 13. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı nazara alındığında da anlaşılacağı üzere; iptali talep edilen ibarenin yer aldığı madde hükmünde (yukarıda ayrıntılı biçimde açıklandığı üzere) bir türden özelleştirme sürecinin işletilmesine imkân verilmiş ve fakat bu sürecin, Anayasa'nın 10'uncu ve 48'inci maddelerine istinaden eşitlik ve rekabet ilkeleri çerçevesinde yürütülmesini temin eden kanun düzeyinde mekanizmalar (söz gelimi ihale süreci gibi) düzenlenmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan kanunilik kaydının aksine; ihale süreci gibi (kanun düzeyinde Cumhurbaşkanının takdir yetkisini sınırlandırmaya elverişli) mekanizmaların öngörülmemesi suretiyle; Cumhurbaşkanına, iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümleye konu hukuki ilişkilerin karşı tarafını seçme hususunda keyfi uygulamalara neden olabilecek yetkisi bırakılmıştır. Bu durum, Devletin (Anayasa'nın 10 ve 48'inci maddelerinden doğan) pozitif yükümlülüğüne hâlel getirerek; özel teşebbüslerin (ve dahi gerçek kişilerin), sözleşme özgürlüğüne binaen eşit koşullarda yarışarak söz konusu hukuki ilişkilerin karşı tarafı olamamasına (Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırlarının öngördüğü bir kanun hükmü olmaksızın sözleşme hürriyetine müdahale edilmesine) ve bazı özel teşebbüslerin (ve dahi gerçek kişilerin) haklı neden olmaksızın karşı taraf kılınmasına (Cumhurbaşkanı tarafından himaye edilmesine); aynı şartlara sahip ve eşit durumda bulunan tüm özel teşebbüsler bakımından teşebbüs hürriyetinin eşit düzeyde sağlanamamasına (haksız rekabete) neden olacaktır. Aynı zamanda Devlet tarafından, doğal gaz alt yapı, ticaret, tedarik vb. faaliyetleri bakımından; kanun hükümleriyle rekabetçi piyasa oluşturulmadığından; Anayasa'nın 167'nci maddesinde yer alan yükümlülük de ifa edilemeyecektir.

Yukarıda BOTAŞ'ın (faaliyetlerinin ayrıştırılıp yeniden yapılandırılması amacıyla kurulacak şirketlerin) özelleştirme uygulamaları kapsamına alınması durumunda; iptali talep edilen ibarenin (Anayasa'nın 10, 13, 48 ve 167'nci maddeleri bağlamında) Anayasa'ya aykırı olduğu ortaya konulmuştur.

Benzer şekilde BOTAŞ'ın (faaliyetlerinin ayrıştırılıp yeniden yapılandırılması amacıyla kurulacak şirketlerin) özelleştirme uygulamalarının kapsamına alınmayıp ve fakat ayrıştırma

sonucunda kamu şirketleri olarak faaliyette bulunması durumu da; mutatis mutandis Anayasa'nın 10, 13, 48 ve 167. maddelerine aykırıdır.

Net bir biçimde açıklamak gerekirse; iptali talep edilen ibarenin Cumhurbaşkanına verdiği sınırsız takdir yetkisi, doğal gaz piyasasında faaliyette bulunan özel teşebbüsler arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine bu yönüyle de aykırıdır. Başka bir anlatımla iptali talep edilen ibarenin Cumhurbaşkanına verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; (şirketin kamusal özelliğini kaybetmesine neden olmayacak kadar) yeni kurulacak kamu şirketlerinin ortaklık yapısı en başta oluşturulurken belli özel teşebbüslerin (ve dahi gerçek kişilerin) bu yapıya dahil edilmesine yahut yeni kurulacak kamu şirketlerinin hisselerinin sonradan (şirketin kamusal özelliğini kaybetmesine neden olmayacak kadar) belli özel teşebbüslere (ve dahi gerçek kişilere) devredilmesine ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Zira ortaklık / devir için şeffaf ihale açılması ve ihaleyi kazanan şirketin ortaklığa katılma/ hisse devralma neticesini elde etmesi gibi bir haklı neden öngörülmemektedir. Bir başka deyişle ihtilaflı düzenleme, haklı bir sebebe dayanmayan muamele farklılıklarını, Cumhurbaşkanının yetki alanına dahil etmektedir. Bu nedenle anılan ibare, Anayasa'nın 10'uncu maddesine bu yönüyle de aykırıdır. Yine iptali talep edilen ibareyle "BOTAŞ'ın faaliyetlerinin ayrıştırılması ve yeniden yapılandırılması amacıyla kurulacak şirketlerin işletme konusu, ticaret unvanı, sermayesi ve ortaklık yapısı ile bu kapsamda gerçekleştirilecek devir ve benzeri işlemlere dair hususları" düzenlemeye yönelik (haklı bir neden olmadan muamele farklılığı yapılmasına da yol açabilecek) sınırsız takdir yetkisinin idareye (tüm idari teşkilatın makamına bağlı bulunduğu ve yürütme ve devleti temsil yetkilerinin bir kişide birleştiği monist yapılı yürütme organının başı konumunda bulunan Cumhurbaşkanına) verilmesi, aynı alanda faaliyette bulunan iki özel teşebbüs işleten arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibare, bu yönüyle de Anayasa'nın 10 ve 48. maddelerine aykırıdır. Başka bir anlatımla bu durumda, (şirketin kamusal özelliğini kaybetmesine neden olmayacak kadar) kamu şirketine en başında kurulurken ortak olmaya yahut kamu şirketinin sonradan hisselerini devralmaya talip iki özel teşebbüs (ve dahi gerçek kişi), eşitsiz bir uygulamayla karşı karşıya kalabilecektir. Ayrıca iptali talep edilen ibare; Cumhurbaşkanı kararının kanuni çerçevesini çizmeden, ayrımcı, öngörülemez ve keyfi işlem ve eylemlere açık uygulamalara sebep olarak teşebbüs hürriyetini sınırlandırdığından, bir başka deyişle yasallık ve gereklilik ölçütlerini karşılamadığından; Anayasa'nın 13'üncü maddesine bu yönüyle de aykırıdır. Yine (şirketin kamusal özelliğini kaybetmesine neden olmayacak kadar) kamu şirketine en başında kurulurken ortak olmaya yahut kamu şirketinin sonradan hisselerini devralmaya talip özel teşebbüsler (ve dahi gerçek kişiler); sözleşme özgürlüğüne, Anayasa'nın 10'uncu maddesi bağlamında eşit biçimde sahiptir. Anayasa'nın 10'uncu maddesinde temelini bulan haklı neden olmaksızın ve Anayasa'nın 13'üncü maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesinin hilafına Cumhurbaşkanına iptali talep edilen ibarenin yer aldığı cümleye konu hukuki işlemlerin karşı tarafını seçme hususunda sınırsız ve keyfi uygulamalara neden olabilecek takdir yetkisi veren iptali talep edilen ibare; Anayasa'nın 10, 13 ve 48'inci maddelerini bu yönüyle de ihlal etmektedir. Bu durum da haksız rekabete yol açacağından ve dolayısıyla Devlet tarafından, doğal gaz alt yapı, ticaret, tedarik vb. faaliyetleri bakımından kanun hükümleriyle rekabetçi piyasa oluşturulamamış olacağından; bu yönüyle de Anayasa'nın 167. maddesinde yer alan yükümlülük ifa edilemeyecektir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 10, 13, 48 ve 167'nci maddelerine aykırıdır.

e) Mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir doğal gaz piyasasının oluşturulması marifetiyle ulusal kalkınma bakımından: Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği üzere; "Anayasa'nın çeşitli maddelerinde yer alan, "...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak..." (madde 5), "...Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır (madde 48); ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı... planlamak..." (madde 166); Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır..." (madde 167); şeklindeki hükümler, Devletin ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek, gerektiğinde bu alana müdahale hususunda görevli kılındığını ortaya koymaktadır." (Anayasa Mahkemesi'nin 04.03.1986 tarihli ve 1985/16 E.; 1986/5 K. sayılı Kararı). Yine "Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Sosyal devlet, sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Ekonomik ve malî politikalar sosyal devletin gerçekleşmesini sağlayan araçlardır." (Anayasa Mahkemesi'nin 02.11.2016 tarihli ve 2015/61 E.; 2016/172 K. sayılı Kararı, § 91). Kanun koyucu da mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir doğal gaz piyasasının oluşturulması marifetiyle ulusal kalkınmayı teminen kendine özgü hukuki rejimi olan 18.04.2001 tarihli ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nu ihdas etmiştir. Başka bir anlatımla Anayasa'nın 2'nci maddesiyle kendisine atfedilen sosyal niteliği gereği; Anayasa'nın 5'inci maddesinde yer alan amaca ulaşılma için; Anayasa'nın 48'inci maddesi kapsamındaki tedbir alma yükümlülüğü bağlamında doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren özel teşebbüslere birtakım yükümlülükler getirilmiş; teşvikler ve muafiyetler sağlanmış; Anayasa'nın 166'ncı maddesiyle donatılan (ekonomik) göreve istinaden bu piyasanın planlamaları yapılmış ve Anayasa'nın 167'nci maddesi uyarınca bu piyasanın sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alınmıştır. Nitekim Anayasa'nın kül halinde ele alınması gereken 2, 5, 48, 166 ve 167'nci maddeleri muvacehesinde 7451 sayılı Kanunla 4646 sayılı Kanun'da birtakım değişiklikler yapılmıştır. Zira bu husus, 7451 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde de vurgulanmıştır: "...Türkiye doğal gaz piyasasında alım-satım yapacak yerli ve yabancı ticaret şirketlerinin güven duyacağı, objektif kurallara göre işletilen rekabetçi bir piyasa yapısı oluşturulması hedefi... piyasanın rekabete açılması ve serbestleşme hedeflerinin yanı sıra ülkemizin arz güvenliğinin temin edilmesi... Türkiye'nin doğal gaz ticaret merkezi olma hedefleri doğrultusunda, doğal gaz piyasasında serbestleşme, rekabet ve ticaretin geliştirilmesi..."

Ancak iptali talep edilen ibarenin, yukarıda açıklandığı üzere Anayasa'nın belirtilen hükümlerine aykırı olması (kanunilik ilkesi ihlal edilerek ve kamu yararı temellendirilmeksizin BOTAŞ'ın faaliyetlerinin ayrıştırılması ve yeniden yapılandırılması amacıyla kurulacak şirketlerin işletme konusu, ticaret unvanı, sermayesi ve ortaklık yapısı ile bu kapsamda gerçekleştirilecek devir ve benzeri işlemlere dair hususların Cumhurbaşkanı kararı ile düzenlenmesi), Türkiye'nin doğalgaz ticaret merkezi olamamasına; rekabetçi, istikrarlı ve şeffaf piyasa yapısının bozulmasına; doğal gaz piyasasına yeni girişlerin engellenmesine; yatırımcılar bakımından risk düzeyinin artmasına; kamu yararına aykırı şekilde belli özel teşebbüslerin himaye edilmesine; özel teşebbüslerin hukuki ve iktisadi öngörülebilirliklerinin ortadan kalkmasına; özel teşebbüslerin rekabet kabiliyetinin düşmesine; enerji arzı güvenliğinin sağlanamamasına; rekabetçi, istikrarlı ve şeffaf bir piyasa oluşturulamaması nedeniyle sektöre belli yabancı şirketlerin hâkim olması ve dolayısıyla doğal gazda dışa bağımlılığın

azaltılmamasına yahut bir kamu şirketinin daha güçlü ve baskın biçimde piyasaya dönmesine ve hâkim durumu tekrar elde ederek özel teşebbüsleri piyasa dışında bırakmasına; günden güne çoğalan enerji ihtiyacının giderilememesine; tüketicilerin ucuz-kaliteli-güvenilir-verimli-süreklî-çevreci doğal gaza erişememesine (söz gelimi doğal gaz faturalarının ve doğal gazdan üretilen elektrik enerjisinin faturalarının yüksek meblağlı olmasına); güçlü kamu şirketlerinin değerinin muhafaza edilememesine, modern ekonominin gereklerine aykırı biçimde yeniden yapılandırılmasına ve dolayısıyla kamu kaynaklarının verimli kullanılmamasına; kaynakların etkin ve verimli kullanılarak çevreye duyarlı, bilgiye dayalı sürdürülebilir faaliyetlerin gerçekleştirilememesine; üretim ve istihdam stratejilerinin hayata geçirilememesine; ulusal kalkınmaya dengeli ve hızlı katkı sağlanamamasına; en nihayetinde kamu maliyesi bakımından yük doğmasına dolayısıyla milli ekonominin zarara uğramasına ve dolayısıyla kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunun temin edilememesine neden olacaktır. Bu nedenle iptali talep edilen ibare, Anayasa'nın 2, 5, 48, 166 ve 167. maddelerine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7451 sayılı Kanun'un 14'üncü maddesiyle 4646 sayılı Kanun'un değiştirilen geçici 2'nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "Cumhurbaşkanı kararı" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 47, 48, 104, 123, 166 ve 167. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

### III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

04.04.2023 tarihli ve 7451 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile getirilen iptali talep edilen düzenlemeler, çeşitli kanunlarda hukuka aykırı değişiklikler, eklemeler yapmaktadır. Kamu yararına aykırı olan, telafisi mümkün olmayacak sonuçlara yol açacak bu düzenlemelerin iptal davası sonuçlanana kadar yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

Nitekim anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti sayılmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasa'ya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasa'ya açıkça aykırı olan ve iptali istenen hükmün iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmıştır.

### IV. SONUÇ VE İSTEM

04.04.2023 tarihli ve 7451 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un

1) 1'inci maddesiyle 09.07.1982 tarihli ve 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumunun Muafiyetleri ve Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun'a eklenen geçici madde 6'nın birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "ve/veya sözlü" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 49, 70, 90, 123, 128 ve 153. maddelerine,

2) 5'inci maddesiyle 4562 sayılı Kanun'un ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkrada yer alan "OSB yer seçimi işlemi yapılmadan OSB alanı kesinleştirilir" ibaresi, Anayasa'nın 2, 3, 5, 7, 10, 12, 17, 43, 44, 45, 48, 56, 63, 90, 123, 166, 167, 168 ve 169. maddelerine,

3) 5'inci maddesiyle 4562 sayılı Kanun'un mevcut on dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen "Bakanlık tarafından OSB olarak sınırları kesinleştirilen alanlarda, acele kamulaştırma kararına istinaden Kamulaştırma Kanununun 27 nci maddesi kapsamında mahkemece takdir edilen taşınmaz bedelinin banka hesabına yatırılması ve acele el koyma kararı verilmesini takiben yatırımların gecikmemesini teminen, OSB tarafından altyapı inşaatı ve tahsis yapılabilir, yatırımlar için ruhsat ve izinler verilebilir. Bedel tespitine ilişkin Kamulaştırma Kanununun 11 inci maddesinin üçüncü fıkraya hükmü saklıdır. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte düzenlenir." şeklindeki fıkra, Anayasa'nın 2, 3, 5, 7, 10, 12, 13, 17, 35, 43, 44, 45, 46, 48, 56, 63, 90, 123, 124, 166, 167, 168 ve 169.maddelerine,

4) 14'üncü maddesiyle 4646 sayılı Kanun'un değiştirilen geçici 2'nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "Cumhurbaşkanı kararı" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 7, 10, 13, 47, 48, 104, 123, 166 ve 167. maddelerine

aykırı olduğundan iptaline ve uygulanması halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."