

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2007/76
Karar Sayısı : 2008/46
Karar Günü : 24.1.2008
R.G. Tarih-Sayı :19.03.2008-26821

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Kemal ANADOL ve Haluk KOÇ ile birlikte 137 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 5669 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle, 18.4.2001 tarihli ve 4646 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesine eklenen (e) bendinin Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

5669 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle, 18.4.2001 tarihli ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununun geçici 3. maddesine eklenen (e) bendi şöyledir:

"e) Bu bendin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından 6762 sayılı Kanuna göre doğal gaz dağıtım faaliyeti yapmak üzere anonim şirket statüsünde yeni bir şirket kurularak EGO (Ankara Elektrik ve Havagazı Müessesesi) Genel Müdürlüğünün mülkiyet ve/veya işletmesinde bulunan doğal gazın şehir içi dağıtımı ile ilgili tüm alt yapı tesisleri, varlıklar, taşınır ve taşınmazlar, hak, alacak ve borçlar (EGO Genel Müdürlüğünün devir tarihine kadar BOTAŞ'a olan doğal gaz alım borçları ile Hazine Garantisi altında ve dış borcun ikrazı sureti ile EGO Genel Müdürlüğüne doğal gaz yaygınlaştırılması ve dağıtım şebekesi kapsamında sağlanan dış krediler hariç), leh ve aleyhe açılmış olan davalar ile icra takipleri ve iş mevzuatına tabi personel, şirketin kurulduğu tarihten itibaren iki ay içinde EGO Genel Müdürlüğü ile şirket arasında yapılacak protokolle şirkete devredilir. Devir işlemlerinden doğan kazanç kurumlar vergisinden, devir kapsamındaki mal teslimi ve hizmet ifaları katma değer vergisinden, devre ilişkin bütün işlemler ve bu işlemlerle ilgili olarak düzenlenecek her türlü kağıt, damga vergisi dahil her türlü vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden müstesnadır. Bu şirkete Kurul tarafından otuz yıllık dağıtım lisansı verilir. Lisansın geçerlilik süresinin ilk on yılında dağıtım şirketinin birim hizmet ve amortisman bedeli 0,05555 ABD Dolar/m³ karşılığı YTL, taşıma bedeli 0,0077 ABD Dolar/m³ karşılığı YTL olarak uygulanır. On birinci yıl ve sonrası bu bedeller şirketin teklifi ve Kurulun onayı ile belirlenir.

Şirketin asgari yüzde 80 hissesi bu bendin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde 4046 sayılı Kanun hükümleri uyarınca Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından özelleştirilir. Bu bent uyarınca yapılacak özelleştirmeden sağlanan kazanç kurumlar vergisinden, hisse devri ise katma değer vergisi dahil her türlü vergi, resim ve harçtan

müstesnadır. Bu tarihe kadar özelleştirmenin gerçekleştirilmemesi durumunda, dağıtım şirketinin hisselerinin yüzde 80'i Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından özelleştirilir. Bu durumda elde edilen gelirlerden, Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca özelleştirme giderleri düşüldükten ve aşağıdaki hükümler uyarınca kurumlara ödemeler yapıldıktan sonra arta kalan tutar Ankara Büyükşehir Belediyesine aktarılır.

Özelleştirme sonucu elde edilecek gelirden öncelikle EGO Genel Müdürlüğü'nün, bu bendin yürürlüğe girdiği tarihe kadar BOTAŞ Genel Müdürlüğüne olan doğal gaz alım anapara borçları BOTAŞ Genel Müdürlüğüne bir ay içinde defaten ödenir. Bu bendin yürürlüğe girdiği tarihe kadar BOTAŞ Genel Müdürlüğü'nün alacağını oluşturan tüm borçlara ait faizler ile fer'ileri ve cezaları silinir. Ayrıca Hazine Garantisi altında ve dış borcun ikrazı sureti ile EGO Genel Müdürlüğüne doğal gaz uygulama projeleri kapsamında sağlanan dış kredilerden, anlaşmalar çerçevesinde Hazine Müsteşarlığı tarafından kreditorlere ödenen tutarlar, kreditorlere yapılan ödeme döviz cinsleri üzerinden ödemenin yapılacağı tarihte geçerli olan T.C. Merkez Bankası döviz satış kuru esas alınarak özelleştirme bedelinden Hazineye bir ay içinde defaten ödenir. Ödemenin yapılmasını takiben Hazinenin bu kredilere ilişkin faiz ve gecikme cezaları ile fer'ileri ve cezalardan kaynaklanan alacakları, bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirilmeksizin terkin edilir.

Kalan özelleştirme geliri Ankara Büyükşehir Belediyesi bütçesine irat kaydedilir ve Büyükşehir Belediyesi veya bağlı kuruluşlarının diğer borçları gerekçe gösterilerek herhangi bir kamu kuruluşunca haciz veya kesinti işlemi yapılamaz. Belediyenin bu geliri öncelikle 4046 sayılı Kanun'un 21 inci ve 26 ncı maddelerinde belirtilen, özelleştirme uygulaması sonucu doğabilecek iş kaybı nedeniyle yapılacak tazminat ödemeleri ile devam eden Ankara Metrosu ve Ankara Büyükşehir trafik, ulaşım, su, kanalizasyon ve bunlarla ilgili alt yapı yatırımları için kullanılır.

Özelleştirme uygulamasına ilişkin olarak bu Kanun ile 4046 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde Ankara Büyükşehir Belediye Meclisi yetkilidir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine dayanılmış, 47. ve 73. maddeleri ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 12.7.2007 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Bendin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanun'unun 277. maddesi gereğince bir anonim şirketin kurulması için şirkette pay sahibi en az beş kurucuya ihtiyaç bulunduğu, oysa kurulması öngörülen şirketin Ankara Büyükşehir Belediyesi dışındaki pay sahiplerinin yasada belirlenmediği, bu durumun hukuk devletinin en önemli öğelerinden olan belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olduğu; lisansın geçerlilik süresinin ilk on yılında dağıtım şirketinin birim hizmet ve amortisman bedeli ile taşıma bedeli olarak uygulanacak bedellerin şirketi satın alacak lehine artırılması nedeniyle Ankara'daki tüketicilerin daha fazla kayba uğrayacakları, bunun da kamu işlemlerinin nihai amacı olan *kamu yararı*yla bağdaşmadığı ileri sürülerek düzenlemenin Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Fıkra, bendin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre doğal gaz dağıtım faaliyeti yapmak üzere anonim şirket statüsünde bir şirket kurulması, bunu takiben iki ay içinde de bu şirket ile EGO (Ankara Elektrik ve Havagazı Müessesesi) Genel Müdürlüğü arasında bir protokol yapılarak, EGO Genel Müdürlüğü'nün mülkiyet ve/veya işletmesinde bulunan doğal gazın şehir içi dağıtımı ile ilgili tüm alt yapı tesisleri, varlıklar, taşınır ve taşınmazlar, hak, alacak ve borçları, leh ve aleyhe açılmış olan davalar ile icra takipleri ve iş mevzuatına tabi personelin şirkete devri öngörülmektedir. Devirden, EGO Genel Müdürlüğü'nün devir tarihine kadar BOTAS'a olan doğal gaz alım borçları ile Hazine Garantisi altında ve dış borcun ikrazı sureti ile EGO Genel Müdürlüğüne doğal gaz yaygınlaştırılması ve dağıtım şebekesi kapsamında sağlanan dış krediler hariç tutulmaktadır.

Fıkranın devamında, devir işlemlerinden doğan kazancın kurumlar vergisinden, devir kapsamındaki mal teslimi ve hizmet ifalarının katma değer vergisinden, devre ilişkin bütün işlemler ve bu işlemlerle ilgili olarak düzenlenecek her türlü kağıdın, damga vergisi dahil her türlü vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden müstesna olduğu belirtildikten sonra, şirkete Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu (EPDK) tarafından otuz yıllık dağıtım lisansı verileceği; lisansın geçerlilik süresinin ilk on yılında birim hizmet ve amortisman bedelinin 0,05555 ABD Dolar/m³ karşılığı YTL, taşıma bedelinin ise 0,0077 ABD Dolar/m³ karşılığı YTL olarak uygulanacağı; on birinci yıl ve sonrasında bu bedellerin şirketin teklifi ve EPDK'nun onayı ile belirleneceği öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğunun bilincinde olan devlettir. Hukuk devletinde yasakoyucu, yalnız yasaların Anayasa'ya değil, Anayasa'nın da hukukun evrensel temel ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Hukuk devleti, siyasal iktidarı hukukla sınırlayarak ve devlet etkinliklerinin düzenli sürdürülebilmesi için gerekli olan hukuksal alt yapıyı oluşturarak aynı zamanda istikrara da hizmet eder. Bu istikrarın özü hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir. Hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlanabilmesi ise, kuralların genel, soyut, açık ve anlaşılabilir olmalarına

bağlıdır. Hukuk devleti, yasaların kamu yararına dayanması ilkesini de içerir. Buna göre, özel çıkarlar için veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak herhangi bir yasa kuralı konulamaz.

Anayasa Mahkemesinin 25. 1. 2007 günlü, E.2004/79, K.2007/6 sayılı kararında da belirtildiği üzere, büyükşehir belediyelerinin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli olanlar dışındaki görev ve hizmetleri sermaye şirketleri aracılığıyla yürütmelerinde Anayasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır. Bu çerçevede, piyasa şartları gözetilerek yürütülebilecek nitelikteki doğal gaz dağıtım hizmetinin, EGO bünyesinden ayrılarak büyükşehir belediyesi tarafından anonim şirket statüsünde kurulacak bir şirket tarafından yerine getirilmesinde Anayasaya aykırılık görülmemiştir.

Diğer yandan, , 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre anonim şirket statüsünde kurulacak bu şirkette, Ankara Büyükşehir Belediyesi dışında, bağlı kuruluşlarla diğer şirketler de pay sahibi olabileceğinden, şirketin diğer ortaklarının belisizliğinden söz edilemez.

4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nda, perakende satış tarifiesi içerisinde değerlendirilerek Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na bırakılan birim hizmet ve amortisman bedeli ile taşıma bedeli, iptali istenen düzenlemede ABD Dolarına endeksenerek on yıl süreyle sabitlenmiştir. Gaz dağıtımının yapılacağı yerin coğrafi ve fizikî özellikleri, tüketilen gaz miktarı, piyasa şartlarıyla enflasyon gibi faktörlere bağlı olarak bu bedellerin artma ya da azalma şeklinde değişmesi mümkündür. Şirketin özelleştirilmesinden beklenen amacı da gözeterek, anılan kalemlerin döviz cinsinden karşılıklarının belli bir süreyle sabitlenmesi, ya da genel hükümler çerçevesinde Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na bırakılmasındaki kamu yararının tespiti yasakoyucuya aittir.

Açıklanan nedenlerle fıkranın Anayasanın 2. ve 11. maddelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır

B- Bendin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, özelleştirmenin iki yıl süreyle uzman bir kuruluş olan Özelleştirme İdaresi Başkanlığı yerine Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından yapılacak olmasının 4046 sayılı Yasa'nın 1. ve 2. maddelerindeki amaç ve ilkelerle bağdaşmaması nedeniyle kamu yararına, dolayısıyla Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"un 29. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi, yasaların Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelerle bağlı olmadığından, iptali istenilen kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 47. ve 73. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Fıkırada, şirketin asgari yüzde 80 hissesinin, bendin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde 4046 sayılı Kanun hükümleri uyarınca Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından özelleştirileceği, özelleştirme sonucu sağlanan kazancın kurumlar vergisinden, hisse devrinin ise katma değer vergisi dahil her türlü vergi, resim ve harçtan müstesna olduğu ifade edilmiş; iki yıl içinde özelleştirmenin gerçekleştirilmemesi durumunda ise şirket hisselerinin yüzde 80'inin Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından özelleştirileceği, bu durumda, elde edilen gelirlerden Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca özelleştirme giderleri düşüldükten ve

üçüncü fıkradaki hükümler uyarınca kurumlara ödemeler yapıldıktan sonra arta kalan tutarın Ankara Büyükşehir Belediyesine aktarılacağı öngörülmüştür.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 26. maddesinde de, belediye ve il özel idarelerine ait ticarî amaçlı kuruluşlar ile pay oranlarına bakılmaksızın her türlü iştiraklerindeki paylarının özelleştirilmesine ilişkin işlemlerin anılan Kanun'daki esaslara göre yetkili organlarınca belirlenip yürütüleceği ifade edilmiştir. Özelleştirme sonucu sağlanan kazanç için öngörülen muafiyetler bakımından, 4046 sayılı Yasa'da işlemlerin KDV dışında her türlü vergi, resim ve harçtan muaf olduğu belirtilirken, iptali istenen fıkra gereğince yapılacak özelleştirmenin kurumlar vergisi, KDV ile her türlü vergi, resim ve harçtan muaf olduğu belirtilmiştir.

Anayasanın 2. maddesinde ifade edilen hukuk devleti, yasaların kamu yararı amacıyla çıkarılmasını gerektirir. Buna göre, özel çıkarlar için veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak herhangi bir yasa kuralı konulamaz.

Anayasanın devletleştirme ve özelleştirmeye ilişkin 47. maddesinin son fıkrasında, *"Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilir veya devredilebileceği kanunla belirlenir."* denilmektedir. Böylece, Devlete, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetleri özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırabilme veya devredebilme yetkisi tanınmaktadır.

Daha önce Ankara Büyükşehir Belediyesi'ne bağlı EGO tarafından yürütülürken, iptali istenen düzenlemenin birinci fıkrasına istinaden büyükşehir belediyesi tarafından kurulacak anonim şirket statüsündeki bir şirkete devredilmesi benimsenen doğal gaz dağıtım hizmetinin özelleştirilmesinde Anayasanın 47. maddesine aykırı bir yön görülmemiştir.

Öte yandan, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilir veya devredilebileceği belirlenebileceğinden bunun, kanunla olmak koşuluyla, hangi kurum tarafından yerine getireceğinin taktiri de yasakoyucuya aittir. Bu nedenle Büyükşehir Belediyesi'ne kuracağı Anonim Şirketin özelleştirilmesi için kanunla yetki verilmesinde Anayasa'ya aykırılıktan söz edilemez.

Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı açıkça belirtildiğinden, özelleştirmeyi teşvik amacıyla vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerden muaflik konusundaki yasal düzenlemelerde de Anayasaya aykırı bir yön görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasanın 2., 11., 47. ve 73. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

C- Bendin Diğer Fıkralarının İncelenmesi

Esas Sayısı : 2007/76
Karar Sayısı : 2008/46

Dava dilekçesinde, Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından doğal gaz dağıtım faaliyeti yapmak üzere anonim şirket statüsünde yeni bir şirket kurulmasını öngören düzenleme ile bendin diğer kısımlarındaki düzenlemeler arasında tam bir uygulama birliği bulunduğundan, bendin kalan kısımlarının da Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Bendin kalan bölümünde, özelleştirme sonucu elde edilecek gelirin paylaşımıyla kalan miktarın kullanımına ilişkin hükümlere yer verildiğinden, şirket kurulması ve bunun özelleştirilmesine bağlı olarak getirilen ve uygulamaya yönelik düzenlemelerde de Anayasanın 2. maddesine aykırı bir yön görülmemiştir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

25.5.2007 günlü, 5669 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle 18.4.2001 günlü, 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun geçici 3. maddesine eklenen (e) bendine yönelik iptal istemi, 24.1.2008 günlü, E. 2007/76, K. 2008/46 sayılı kararla reddedildiğinden, bu bende ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, 24.1.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

25.5.2007 günlü, 5669 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle 18.4.2001 günlü, 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun geçici 3. maddesine eklenen (e) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 24.1.2008 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Sacit ADALI

Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Ahmet AKYALÇIN	Mehmet ERTEN

Üye

Mustafa YILDIRIM

Üye

A. Necmi ÖZLER

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Serruh KALELİ

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

25.5.2007 günlü 5669 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun geçici 3. maddesine eklenen (e) bendi ile EGO Genel Müdürlüğü'nün mülkiyet ve/veya işletmesinde bulunan doğal gazın şehir içi dağıtımı ile ilgili tüm alt yapı tesislerinin anonim şirket statüsünde kurulacak bir şirkete devri, bu şirketin asgari yüzde 80 hissesinin de en geç iki yıl içinde 4046 sayılı Kanun uyarınca Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından özelleştirilmesi öngörülmektedir.

Yasa'nın gerekçesinden, özelleştirme sonucu elde edilecek bedelden, BOTAŞ Genel Müdürlüğüne olan borçlar ile EGO Genel Müdürlüğü tarafından kullanılan hazine garantili giderlerin ana para borçlarının faiz uygulanmaksızın ödenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 6. maddesine göre hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağından belediyelerin sermaye şirketi kurabilmelerine izin verilebilmesi için, bunun anayasal dayanağının bulunması gerektiği açıktır.

Anayasa'nın 127. maddesinde, Mahalli İdarelerin; il belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri olduğu, 128. maddesinde de "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel

idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtilmektedir.

Belediyelerin özel hukuk hükümlerine göre sermaye şirketi kurarak ticaretle uğraşmalarının, mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması kapsamında bulunmadığı, kamu tüzelkişileri olan belediyelerin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiği açıktır. Bu durumda, belediyelerin Anayasa'nın 128. maddesi bağlamında üstlendikleri kamu hizmetlerinin, özel hukuk tüzel kişileri olan sermaye şirketleri tarafından yürütülmesi olanaklı değildir.

Anayasa'nın 47. maddesi uyarınca, devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilmesine veya devredilebilmesine, bunların hangileri olduğunun kanunla belirlenmesi koşuluyla olanak tanınmakta ise de söz konusu kamu tüzelkişilerinin, kuracakları sermaye şirketleri ile bu hizmetleri doğrudan yürütmelerine izin verilmemektedir. Buna göre, belediyelerin kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında sermaye şirketi kurmalarının anayasal dayanağı bulunmadığı gibi bu konuda anayasal boşluktan söz etme olanağı da yoktur. Anayasa bir alanı düzenlemiş, usul ve esaslarını belirlemişse bu konuda ayrıca bir yasak konulmasına gerek bulunmamaktadır.

Öte yandan, dava konusu (e) bendi uyarınca 6762 sayılı Kanuna göre doğal gaz dağıtım faaliyeti yapmak üzere anonim şirket statüsünde yeni bir şirket kurularak EGO Genel Müdürlüğünün, mülkiyet ve/veya işletmesinde bulunan doğal gazın şehir içi dağıtımı ile ilgili tüm alt yapı tesisleri, varlıkları, taşınır ve taşınmazları, hak, alacak ve borçları bu şirkete devredilmiş devir işlemlerinden doğan kazanç, kurumlar vergisinden; devir kapsamındaki mal teslimi ve hizmet ifaları, katma değer vergisinden; devre ilişkin bütün işlemler tüm vergi, resim ve harçlardan muaf tutulmuştur. Böylece, doğal gaz dağıtım faaliyetinin anonim şirket statüsünde özel hukuk kurallarına göre yürütülmesi sağlanmıştır. Bu aşamadan sonra şirketin asgari yüzde 80 hissesinin iki yıl içinde 4046 sayılı Kanun'a göre Ankara Büyük Şehir Belediyesi tarafından özelleştirilmesi, özelleştirme sonucu elde edilecek gelirden öncelikle BOTAŞ Genel Müdürlüğüne olan doğal gaz alım ana para borçlarının ödenmesi ancak, bu bendin yürürlüğe girdiği tarihe kadar oluşan söz konusu borçlara ait faizler fer'ileri ve cezalarının silinmesi, ayrıca dış kredi ve anlaşmalar çerçevesinde oluşan borçların da ödenmesi, bunlara ilişkin, faiz ve gecikme cezaları ile fer'ileri ve cezalardan kaynaklanan alacakların ise, bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirilmeksizin terkin edilmesi öngörülmüştür. Bu durumda, Ankara Büyük Şehir Belediyesi'ne, doğal gaz dağıtım faaliyetinin şirketleşme ve borçların ödenmesi aşamalarında imtiyaz tanındığı açıktır. Elde edilecek gelirin kamu hizmetlerine harcanacak olması, dava konusu kuralın hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırılığını ortadan kaldırmaz. Hukuk devletinde yasaların genel, eşit, nesnel kurallar içermesi ön koşuldur. Sadece bir belediyeyi borçlarından kurtarma temel amacı doğrultusunda imtiyaz oluşturacak düzenlemeler içeren yasanın, kamu yararı düşüncesine dayandığı ileri sürülemez.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kuralın Anayasa'nın 2, 10 ve 47. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

İptali istenen kural 25.05.2007 tarih ve 5569 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle 18.04.2001 tarih ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun geçici 3. maddesine eklenen (e) bendidir. Sözü geçen kuralda; bu bendin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından 6762 sayılı Kanun'a göre doğal gaz dağıtım faaliyeti yapmak üzere anonim şirket statüsünde yeni bir şirket kurularak, EGO Genel Müdürlüğü'nün mülkiyet ve/veya işletmesinde bulunan doğal gazın şehiriçi dağıtımı ve ilgili tüm alt yapı tesislerinin devri, bu şirketin asgari yüzde seksen hissesinin bu bendin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde 4646 sayılı Kanun hükümleri uyarınca Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından özelleştirilmesi öngörülmektedir.

Yasa'nın gerekçesinde ise özelleştirme sonucu elde edilecek gelirden öncelikle Ankara Büyükşehir Belediyesi'nin Botaş Genel Müdürlüğüne olan borçları ile EGO Genel Müdürlüğü tarafından kullanılan hazine garantili anapara borçlarının ödenmesinin sağlanacağı belirtilmektedir.

Anayasa'nın 127. maddesinde, mahalli idarelerin il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri olduğu, 128. maddesinde ise; Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtilmektedir.

Belediyelerin özel hukuk hükümlerine göre sermaye şirketi kurmaları suretiyle ticaretle uğraşmaları, 127. maddede sözü edilen mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması kapsamında olmadığı gibi, 128. madde uyarınca genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yürütülmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın 47. maddesinin son fıkrasında; "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzelkişilere yaptırılabilmesi kanunla belirlenir" hükmü yer almaktadır. Ancak madde hükmünde kamu tüzelkişilerinin görevli oldukları kamu hizmetlerinin kuracakları sermaye şirketleri tarafından yürütülmesi konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Bu durumda belediyelerin üstlendikleri kamu hizmeti alanında, sermaye şirketi kurmaları ve hizmetin bu şirketler tarafından yürütülmesi yukarıda açıklanan Anayasa hükümleri karşısında mümkün değildir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, siyasal iktidarı hukukla sınırlayarak ve devlet etkinliklerinin düzenli sürdürülebilmesi için gerekli olan hukuksal alt yapıyı oluşturarak aynı zamanda istikrara da hizmet eder. Bu istikrarın özü hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir. Hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlanabilmesi ise kuralların genel, eşit, nesnel olmalarına bağlıdır.

Esas Sayısı : 2007/76
Karar Sayısı : 2008/46

İptali istenen düzenlemenin ikinci paragrafında doğal gaz dağıtım faaliyeti yapmak üzere Ankara Büyükşehir Belediyesince kurulan şirketin asgari yüzde seksen hissesinin bu bendin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde 4046 sayılı Yasa hükümleri uyarınca Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından özelleştirileceği, bu tarihe kadar özelleştirmenin gerçekleştirilmemesi durumunda Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından özelleştirileceği belirtilmektedir.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunla özelleştirme uygulamalarının gerektirdiği özelleştirme ile ilgili her türlü işlemi yürütmek üzere Özelleştirme İdaresi Başkanlığı kurulmuştur. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ilgili hizmet birimleri ile özelleştirme konusunda uzman bir idare olduğu kuşkusuzdur.

Bu durumda iptali istenilen kural ile kurulacak dağıtım şirketinin asgari yüzde seksen hissesinin özelleştirilmesinin iki yıl süre ile uzman bir kuruluştan alınarak, özelleştirme konusunda hiçbir uzmanlığı bulunmayan Ankara Büyükşehir Belediyesine verilmesi ve özelleştirme sonucu elde edilen gelirlerden öncelikle Ankara Büyükşehir Belediyesi'nin Botaş Genel Müdürlüğü'ne olan doğal gaz anapara borçlarının ödeneceği ve bu borçlara ait faiz ve cezaların silineceğinin belirtilmesi, özelleştirme amaç ve ilkeleri ile bağdaşmadığı gibi sadece bir belediye için imtiyaz oluşturacak nitelikte düzenlemeler içerdiği açıktır. Bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle 25.05.2007 tarih ve 5569 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 18.04.2001 tarih ve 4646 sayılı Yasa'nın geçici 3. maddesine eklenen (e) bendinin Anayasa'nın 2., 10. ve 47. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ