

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2011/27

Karar Sayısı : 2012/101

Karar Günü : 5.7.2012

R.G. Tarih-Sayı : 06.10.2012-28433

İPTAL DAVASINI AÇAN : Anamuhalefet Partisi (Cumhuriyet Halk Partisi) TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri Kemal ANADOL ile M. Akif HAMZAÇEBİ

İPTAL DAVASININ KONUSU : 29.12.2010 günlü, 6094 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

1- 1. maddesiyle, 10.5.2005 günlü, 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (11) numaralı bendinde yer alan "*kanal veya nehir tipi veya rezervuar alanı on beş kilometrekarenin altında olan hidroelektrik üretim*" ibaresinin,

2- 4. maddesiyle, 5346 sayılı Kanun'un 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/C maddesinin son fıkrasının "*veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.*" bölümünün,

3- 5. maddesiyle, 5346 sayılı Kanun'un 8. maddesine eklenen beşinci fıkranın,

Anayasa'nın 2., 17., 56., 128. ve 166. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

İptali istenilen kuralların yer aldığı 29.12.2010 günlü, 6094 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

1- 1. maddesiyle, 10.5.2005 günlü, 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (11) numaralı bendi şöyledir:

'Madde 3- Bu Kanunda geçen;

,

(11) Bu Kanun kapsamındaki yenilenebilir enerji kaynakları: Rüzgâr, güneş, jeotermal, biyokütle, biyokütleden elde edilen gaz (çöp gazı dâhil), dalga, akıntı enerjisi ve gel-git ile kanal veya nehir tipi veya rezervuar alanı onbeş kilometrekarenin altında olan hidroelektrik üretim tesisi kurulmasına uygun elektrik enerjisi üretim kaynaklarını,

,

İfade eder.'

2- 4. maddesiyle, 5346 sayılı Kanun'un 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/C maddesinin son fıkrası şöyledir:

'Bu Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretimi yapılan diğer tesislerin lisansı kapsamındaki inceleme ve denetimi EPDK tarafından yapılır veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.'

3- 5. maddesiyle, 5346 sayılı Kanun'un 8. maddesine eklenen beşinci fıkra şöyledir:

'Milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ile tabiatı koruma alanlarında, muhafaza ormanlarında, yaban hayatı geliştirme sahalarında, özel çevre koruma bölgelerinde ilgili Bakanlığın, doğal sit alanlarında ise ilgili koruma bölge kurulunun olumlu görüşü alınmak kaydıyla yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik üretim tesislerinin kurulmasına izin verilir.'

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 17., 56., 128. ve 166. maddelerine dayanılmış, 10. maddesi ise ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 17.3.2011 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında;

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE,

3- Yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE,

karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, Anayasa Mahkemesi raportörü Evren ALTAY tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, iptali istenen Yasa, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A) 6094 Sayılı Kanun'un 1. Maddesiyle, 5346 Sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'un 3. Maddesinin Birinci Fıkrasının Değiştirilen (11) Numaralı Bendinde Yer Alan "*kanal veya nehir tipi veya rezervuar alanı on beş kilometrekarenin altında olan hidroelektrik üretim* " İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, tüm nehir veya kanal tipi hidroelektrik santralleri (HES) projeleri ile rezervuar alanı onbeş kilometreden az barajlı HES projelerinin hiçbir sınır ve ölçü konulmaksızın yenilenebilir enerji kaynağı olarak kabul edildiği, Avrupa Birliği mevzuatında yenilenebilir enerji tipi olarak sayılan nehir tipi HES'lerde kurulu güç üst sınırının iki ülkede 10 MW diğerlerinde 5 MW olduğu, kurulu güç sınırı getirilmeksizin tüm kanallı ya da tünelli ya da açık ya da kapalı borulu nehir tipi HES'lerin yenilenebilir enerji sayılmasının 'yenilenebilirlik' kavramına aykırı olduğu, bütün bir havzanın yıkımına yol açabilecek büyüklükte tünel ya da kalıp tipli HES projeleri ile tek bir akarsu havzasının en üst kodundan başlayarak sıfır koduna kadar küçük büyük kurulu güçlerde nehir ya da kanal tipli HES projelerinin havzanın su üretim ve/veya su çevrimini tamamen ortadan kaldıracak şekilde suyun kendisini veya doğada bulunduğu haldeki kalitesini tamamen değiştirdiği, havzayı bir bütün olarak değerlendirmeden ve kurulu güç sınırı getirmeden nehir tipi HES'lerin yalnızca kaynağına bakılarak yenilenebilir enerji kaynağı sayılması ve söz konusu tesislerin teşvik edilmesinin akarsuların oluşturduğu havzaların telafisi imkansız bir yıkımla karşı karşıya kalmasına neden olacağı, havzanın su üretim ve/veya su çevrim kapasitesini ortadan kaldıracak şekilde bir üretim tesisinin yalnızca kaynağına bakılarak yenilenebilir enerji tesisi sayılmasının Anayasa'nın 56. maddesinde ifade edilen sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşam hakkına doğrudan müdahale olduğu, sağlıklı ve dengeli çevre tanımının doğallığı bozulmayan ve asıl olarak her yönüyle sürdürülebilir çevreyi ifade ettiği, sürdürülebilirlik olmadan yenilenebilirliğin olamayacağı, salt kaynağına bakılarak bir üretim tesisinin yenilenebilir sayılmasının yasallık ilkesi bakımından belirsizlik içerdiği, yenilenebilir enerji ile sağlıklı ve dengeli çevre ilişkisinde kamu yararının gözetilmediği, onbeş kilometrekarenin altında rezervuarı olan barajların yenilenebilir enerji tesisi olarak kabul edilmesinin doğa açısından olumsuz etkileri bulunduğu, depolamalı tesislerin kuruldukları akarsu havzasına ve suyun kalitesine etkilerinin de olumsuz olduğu, barajlarda su altında kalan bitkiler nedeniyle ortaya çıkan metan gazının ciddi bir sorun oluşturduğu, suyun depolanması nedeniyle kalitesinin bozulduğu ve PH değerleri ile oksijen miktarının değiştiği, suyun ısınması ile de hidrobiyolojik yapısının değiştiği, değişen su kalitesinin ekosistemde de değişime neden olduğu, depolamalı barajların dünyada artık yenilenebilir enerji üretim tesisi olarak kabul edilmediği, HES'ler nedeniyle akarsuların kanallara, tünellere ya da borulara hapsedildiği ve HES'lerin planlandığı havza ölçeğinde toplam ekolojik etki değerlendirmesi yapılmadan yenilenebilir enerji tanımı kapsamında kabul edilemeyeceği, sürdürülemez bir çevrenin ve vadileri insanlar için

yaşanamaz hale getiren yıkımların kişilerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı ile herkesin maddi ve manevi varlığının korunmasını isteme hakkını ihlal ettiği, dava konusu kuralın kaynakların verimli şekilde kullanılmasını da engellemesi nedeniyle planlama anlayışına da aykırı olduğu belirtilerek iptali istenilen kuralın Anayasa'nın 2., 17., 56. ve 166. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kural, 5346 sayılı Kanun kapsamındaki yenilenebilir enerji tanımı içinde yer almaktadır ve 'kanal veya nehir tipi veya rezervuar alanı on beş kilometrekarenin altında olan hidroelektrik üretim' tesisi kurulmasına uygun elektrik enerjisi üretim kaynaklarını, bu Kanun kapsamındaki yenilenebilir enerji kapsamı içinde saymaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu, 17. maddesinde herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Anayasa'nın 'Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması' başlıklı 56. maddesinde de herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu ve çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemenin Devletin ve vatandaşların ödevi olduğu ifade edilmiştir.

5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'un genel gerekçesinde, 1990'lı yıllarda ortaya çıkan çevre bilincinin fosil kaynaklara dayalı enerji üretim ve tüketiminin yerel, bölgesel ve küresel seviyede çevreye ve doğal kaynaklara doğrudan ve/veya dolaylı olumsuz etkilere neden olduğunun anlaşılmasını sağladığı, bunun da atmosfere kirlilik yaratıcı emisyon vermeyen yenilenebilir enerji kaynaklarının yeniden destek görmesine yol açtığı, Birleşmiş Milletler tarafından imzaya açılan İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi ile gelişmiş ülkelere sera gazı emisyonlarını indirme yükümlülüğünün getirildiği, benzer bir yükümlülüğün Kyoto Protokolü ile de getirildiği, bu doğrultuda Avrupa Birliği Komisyonunun 'Yenilenebilir Enerji Kaynakları Beyaz Bildirisi'ni ve 2001/77/EC sayılı Direktifini çıkararak 2020 yılına kadar genel enerji tüketimi içindeki yenilenebilir enerji payının % 12'ye ulaşmasını hedeflediği; söz konusu İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce 16 Ekim 2003 tarihinde kabul edilerek 21 Ekim 2003 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girdiği, Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programında yenilenebilir enerji kaynaklarından sağlanan enerji üretiminin artırılması için bir program hazırlanmasının kısa vadeli öncelikler arasında bulunduğu, Programda enerjide ithalat bağımlılığının azaltılması ve arz güvenliğinin sağlanması amacıyla yenilenebilir enerji kaynakların kullanımının artırılmasının Türkiye ulusal enerji politikasının son derece önemli bir parçası olduğu vurgulanarak, bu bağlamda yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımının desteklendiğinin belirtildiği, yenilenebilir kaynaklarımızdan elektrik üretiminin bir an önce arzulanan seviyede gerçekleştirilmesi için gerekli kanuni düzenlemelerin yapılmasının zorunluluk arz etmesi nedeniyle bu Kanun Tasarısının hazırlandığı ifade edilmiştir.

Kömür, doğalgaz ve fuel-oil gibi fosil yakıtlarının kullanımı sonucu dünya yüzeyinin ortalama sıcaklığında meydana gelen artışa bağlı olarak uzun vadede iklim değişiklikleri, buzulların erimesi, mevsimlerin kayması ve tarım alanlarının verimsizleşmesi gibi sorunlara yol açabilecek nitelikteki sera gazı salınımının düşürülmesi amacıyla yenilenebilir enerji kaynaklarına öncelik verilmesinin, doğanın korunması bakımından taşıdığı önem açıktır.

İptali istenilen 'kanal veya nehir tipi veya rezervuar alanı on beş kilometrekarenin altında olan hidroelektrik üretim' tesisi kurulmasına uygun elektrik enerjisi kaynakları da, yenilenebilir enerji kaynakları arasında yer almaktadır.

Hidroelektrik elektrik üretim tesislerinin kurulabilmesi ve faaliyet gösterebilmesi, diğer elektrik üretim tesislerinde olduğu gibi, bu konuda izin, ruhsat ve lisans alınmasına bağlıdır. Söz konusu izin, ruhsat ve lisansın verilebilmesi ise ilgili mevzuatta öngörülen koşulların yerine getirilmesine bağlı bulunmaktadır.

Konuya ilişkin süreç özetlenecek olursa, elektrik piyasasında faaliyet gösterebilmek için öncelikle Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'ndan (EPDK) 'üretim lisansı' alınması gerekmektedir. Hidrolik kaynaklardan elektrik enerjisi üretmek amacıyla lisans başvurusunda bulunmak için ise öncelikle hidrolik kaynaklar için DSİ ile yapılmış Su Kullanım Hakkı Anlaşmasının veya Su Kullanım Hakkı Anlaşması imzalayabilmeye hak kazanıldığının belgelenmesi gerekmektedir. Anılan Anlaşma, belirli bir miktardaki suyun doğal hayatın korunması amacıyla ırmak yatağına bırakılmasını ve bu miktarın yeterli olmaması durumunda su miktarının artırılmasını öngörmektedir. Lisans başvurusunu incelemeye alan EPDK, öncelikle ilgili mevzuatta öngörülen amaçlara uygunluk açısından inceleme yapmakta ve ilgili mevzuat uyarınca diğer kurum ve/veya kuruluşlardan konuya ilişkin nihai görüşlerini istemektedir. EPDK tarafından yapılan inceleme ve değerlendirme sonucu lisans alması Kurul kararıyla uygun bulunan başvuru sahibi tüzel kişiler, uygun bulma kararının kendilerine yapılan yazılı bildirimden itibaren otuz gün içerisinde Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği çerçevesinde ilgili kuruma başvurmak zorundadır.

2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 1. maddesinde, bu Kanun'un amacının, bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamak olduğu hükme bağlanmış, 10. maddesinde de, gerçekleştirmeyi plânladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmelerin, Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu veya proje tanıtım dosyası hazırlamakla yükümlü oldukları belirtilmiştir.

'Çevresel Etki Değerlendirmesi' (ÇED) kavramı, gerçekleştirilmesi plânlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerinin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmaları ifade etmektedir.

Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği kapsamında ÇED raporu hazırlanması zorunlu olan projeler ile bu projelere ilişkin yapılacak çalışmalar sırasında başvurulması gereken mevzuat, anılan Yönetmelikte belirtilmiştir. ÇED Raporu hazırlanması zorunluluğu öngörülmemiş projeler yönünden de proje tanıtım dosyalarının Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüklerince yapılacak inceleme sonucunda da bu projelerin çevreye etkilerinin değerlendirilerek bunlar yönünden de ÇED raporu istenebilmesi olanağı getirilmiştir. Çevresel etki değerlendirme sürecinde Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca komisyon kurulurken projenin yer aldığı bölge ve yukarıdaki mevzuat hükümleri gözetilerek, ilgili kurum ve kuruluş temsilcileri de komisyonda yer almaktadır. Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğine göre Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu Kararı veya Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir kararı alınmadıkça, bu projelerle ilgili onay, izin, teşvik, yapı ve kullanım ruhsatı verilemeyeceği kabul edilmektedir.

Bu noktada, elektrik piyasasında faaliyet gösterme yeterliğini gösteren 'üretim lisansı'nın, yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik üretim tesislerinin kurulmasına izin verilmesi anlamını taşımadığı gibi bu iznin yerine geçmediği, kaldı ki elektrik üretim

tesislerinin kurulması izinleri yönünden EPDK'nın yetkili olmadığı da belirtilmelidir. Söz konusu tesislerin kurulması bakımından izin vermeye yetkili makamlar, bölgenin özelliğine ve konumuna göre ilgili kanunlarda belirtilmiştir.

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kuralda yer alan nitelikteki hidroelektrik üretim tesislerinin kurulmasının çevrenin tahribatına yol açabileceği ileri sürülmekte ise de iptali istenilen kural, söz konusu tesislerin kurulması ve faaliyet göstermesi bakımından izin, ruhsat ve lisans alınması koşulunu ortadan kaldırmadığı gibi bunların alınabilmesi için mevzuatta öngörülen koşullarda da herhangi bir değişiklik yapmamaktadır.

Bu durumda, 'kanal veya nehir tipi veya rezervuar alanı on beş kilometrekarenin altında olan hidroelektrik üretim' tesisi kurulmasına uygun elektrik enerjisi üretim kaynaklarının, 5346 sayılı Kanun kapsamında yenilenebilir enerji kaynakları kapsamında sayılmasının, sağlıklı ve dengeli yaşam hakkına ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesine engel olduğunun ve kamu yararı ile hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğunun söylenebilmesi olanaklı değildir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 17. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Dava konusu kuralın Anayasa'nın 166. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

B) 6094 Sayılı Kanun'un 4. Maddesiyle, 5346 Sayılı Kanun'un 6. Maddesinden Sonra Gelmek Üzere Eklenen 6/C Maddesinin Son Fıkrasının "veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." Bölümünün İncelenmesi

Dava dilekçesinde, yenilenebilir enerji kaynaklarının elektrik enerjisi üretimi amaçlı kullanımının kamu düzeni ve kamu yararına ilişkin olduğu, 5346 sayılı Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretim ve dağıtım yapıları diğer tesislerin lisans kapsamındaki denetiminin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olduğu, kamu hizmetlerinin Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ile diğer kamu tüzelkişilerinin dışında gerçek ve tüzel kişilerce yürütülebilmesi mümkün olmakla birlikte bunların denetiminin asli ve sürekli bir kamu görevi olması nedeniyle Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülebileceği, EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinin niteliğinin ve statüsünün yasada açık ve net olarak gösterilmediği gibi yetkilendirmenin niteliği ve kurallarının da belirtilmediği, denetim şirketleri ile idare arasında statüler bir ilişkinin bulunmadığı ve denetim şirketi elemanlarının Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen kamu görevlileri kapsamına girmediği, denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesinin Anayasa'nın 128. maddesinde öngörülen kanunla düzenleme ilkesine aykırı olduğu, düzenlemenin kişiler ve idare yönünden belirsiz bulunduğu, yasayla düzenlenmesi gereken konularda yürütme organına genel ve sınırları

belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemeyeceği belirtilerek iptali istenilen kuralın Anayasa'nın 2., 7. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kuralın yer aldığı fıkra, 5346 sayılı Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretim ve dağıtımını yapılan diğer tesislerin lisansı kapsamındaki inceleme ve denetimini düzenlemektedir. Bu inceleme ve denetimin EPDK tarafından yapılacağını veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılabilmesi öngörülmektedir. Fıkranın, söz konusu inceleme ve denetimin EPDK tarafından denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılabilmesine ve denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğine ilişkin bölümü, dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

Anayasa'nın 7. maddesinde *'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez'* denilmektedir. Buna göre, yasa ile yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilebilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır. Temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralı ile sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın yönetimin düzenlenmesine bırakılması, Anayasa'nın belirtilen maddesine aykırılık oluşturur.

Anayasa'nın 128. maddesinde de *'Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür....'* denilmektedir.

Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idare, kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır.

5346 sayılı Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretim ve dağıtımını yapılan diğer tesislerin lisansı kapsamındaki incelenmesi ve denetlenmesi işlemlerinin kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. Nitekim, bu inceleme ve denetlemenin EPDK tarafından yapılacağı veya gerektiğinde EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılabilmesi belirtilmiştir.

Hizmet satın alınarak yaptırılacak denetimde, denetim şirketlerinin yetkilerinin sınırları, söz konusu denetim sonuçlarının EPDK yönünden bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı ve bu aşamada EPDK'nın denetim yetkisinin ayrıca devam edip etmediği, lisans kapsamında yapılan inceleme ve denetimlerde denetlenen şirket ile denetleyen şirketin yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmediğinin ya da usulsüzlük yapıldığının tespiti halinde uygulanacak yaptırım ve sonuçları, denetimin tekrarlanabilirliği hususlarında dava konusu kuralda bir açıklık bulunmamakta, denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğinin belirtilmesi ile yetinilmektedir.

Denetim şirketlerinin yetkileri ve nitelikleri ile bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkeler belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, yürütme organına düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturur.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletin temel ilkelerinden biri 'belirlilik'tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması gereklidir.

Denetim şirketlerince yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkelerin belirlenmemesi, söz konusu kuralın belirsizliğine de yol açmakta ve bu belirsizlik, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturduğu gibi dava konusu kural yönünden Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğini öngören Anayasa'nın 128. maddesi yönünden yapılacak denetime de engel oluşturmaktadır.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle kural Anayasa'nın 10. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinde, 'Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir' Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar' denilmektedir. Bu yasak, birbirinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme, eşitliğe aykırılık oluşturur. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz.

Dava konusu kuralda, denetimlerin EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerince yapılması halinde masrafların ilgililere ait olacağı belirtilmiştir. İnceleme ve denetimin EPDK tarafından yapılması halinde denetlenen bakımından mali bir külfete yol açmamakta iken söz konusu denetimin EPDK tarafından yetkilendirilen denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılması halinde denetim masraflarının denetlenenden alınması sonucuna yol açan düzenleme, denetlenenler yönünden aynı hukuki konumda bulunan şirketlere farklı işlem ve yükümlülükler getirilmesi sonucunu doğurmakta ve eşitlik ilkesine de aykırı bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 7. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Hicabi DURSUN bu görüşe katılmamıştır.

Fulya KANTARCIOĞLU bu görüşe farklı gerekçeyle katılmıştır.

C) 6094 Sayılı Kanun'un 5. Maddesiyle, 5346 Sayılı Kanun'un 8. Maddesine Eklenen Beşinci Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, çeşitli yasa ve kararlarla korunan alanlarda yenilenebilir enerji üretim tesislerinin kurulmasının bu alanların korunma gerekçelerine aykırı bir durum olduğu, koruma statüsü verilen alanlarda yenilenebilir enerji üretim tesisleri kurulması ile bu alanların niteliklerini kaybedeceği, üstün biyolojik çeşitlilikleri, üstün peyzaj ve sosyal/kültürel değerleri barındırmaları nedeniyle korunan alanların sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamanın gereği olduğu, korunan alanlarda yenilenebilir enerji tesislerinin kurulabileceğine dair düzenlemenin zaten sınırlı ve dar ölçekte olan koruma alanlarının tahrip edilmesine neden olacağı, enerji sektörünün taleplerinin kamu yararından üstün tutulmasının Anayasa'nın 2., 17., 56. ve 166. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kural; milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ile tabiatı koruma alanlarında, muhafaza ormanlarında, yaban hayatı geliştirme sahalarında, özel çevre koruma bölgelerinde ilgili Bakanlığın, doğal sit alanlarında ise ilgili koruma bölge kurulunun olumlu görüşü alınmak kaydıyla yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik üretim tesislerinin kurulmasına izin verileceğini öngörmektedir.

Kuralda yer alan milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanları, muhafaza ormanları, yaban hayatı geliştirme sahaları, özel çevre koruma bölgeleri ile doğal sit alanları; Çevre Kanunu, Milli Parklar Kanunu, Orman Kanunu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ve Kara Avcılığı Kanunu'nda getirilen hükümlerle özel olarak korunan alanlardır. Bu alanlarda yapılaşmaya gidilebilmesi, öncelikle söz konusu Kanunlarda böyle bir yapılaşmaya olanak tanınmasına ve bu doğrultuda yetkili makamlarca izin verilmiş olmasına bağlıdır.

İptali istenilen kural, yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik üretim tesislerinin kurulabilmesi bakımından yukarıda anılan Kanunlarda öngörülen düzenlemelerin uygulanma zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Bir başka deyişle, 6094 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanları, muhafaza ormanları, yaban hayatı geliştirme sahaları, özel çevre koruma bölgeleri ile doğal sit alanlarında ilgili mevzuat uyarınca kurulması mümkün olmayan yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı bir elektrik üretim tesisinin, 6094 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle kurulabilmesi mümkün değildir.

Dava konusu kuralda, belirtilen alanların niteliğine göre ilgili Bakanlık veya koruma bölge kurulunun olumlu görüşü alınmak kaydıyla bu alanlarda yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik üretim tesislerinin kurulmasına izin verileceğinin belirtilmesi, yetkili makamların olumlu görüş ya da bu olumlu görüş üzerine tesis kurma izni verirken, çevre mevzuatı hükümlerinden bağımsız hareket edebilmelerine olanak tanımamaktadır. Bu bağlamda, iptali istenilen kuralda yer alan 'izin verilir' ibaresi, mevzuata ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın mutlak izin verme zorunluluğunu ifade etmemekte, yapılacak inceleme ve değerlendirme sonucu mevzuata uygun talepler doğrultusunda izin verilebileceği anlamını taşımaktadır.

Belirtilen niteliği dolayısıyla dava konusu kural, hukuk devleti ilkesine, sağlıklı ve dengeli yaşam hakkına ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına aykırılık oluşturmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 17. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 166. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

29.12.2010 günlü, 6094 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

A) 4. maddesiyle 10.5.2005 günlü, 5346 sayılı Kanun'un 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/C maddesinin son fıkrasının "veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." bölümünün yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B) 1- 1. maddesiyle 5346 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (11) numaralı bendinde yer alan " kanal veya nehir tipi veya rezervuar alanı onbeş kilometrekarenin altında olan hidroelektrik üretim " ibaresine,

2 - 5. maddesiyle 5346 sayılı Kanun'un 8. maddesine eklenen beşinci fıkra,

yönelik iptal istemleri, 5.7.2012 günlü, E. 2011/27, K. 2012/101 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra ve ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE,

5.7.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

29.12.2010 günlü, 6094 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

A- 1. maddesiyle, 10.5.2005 günlü, 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (11) numaralı bendinde yer alan " kanal veya nehir tipi veya rezervuar alanı onbeş kilometrekarenin altında olan hidroelektrik üretim " ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 4. maddesiyle 5346 sayılı Kanun'un 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/C maddesinin son fıkrasının "veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Hicabi DURSUN'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 5. maddesiyle 5346 sayılı Kanun'un 8. maddesine eklenen beşinci fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

5.7.2012 gününde karar verildi.

Esas Sayısı : 2011/27
Karar Sayısı : 2012/101

Başkan

Haşim KILIÇ

Başkanvekili

Serruh KALELİ

Başkanvekili

Alparslan ALTAN

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

Üye

Mehmet ERTEN

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN

Üye

Üye

FARKLI GEREKÇE

29.12.2010 günlü, 6094 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle 5346 sayılı Kanun'un 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/C maddesinin son fıkrasının birinci cümlesinin 'veya gerektiğinde masrafları ilgililere ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir.' bölümü ile ikinci cümlesine ilişkin karar gerekçesine Anayasa Mahkemesi'nin 13.1.2011 günlü E.2007/2 K.2011/13 sayılı kararın da 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasında yer alan 'özel hukuk tüzel kişilerine' ibaresine ilişkin gerekçede belirtilen görüşler doğrultusunda farklı gerekçe ile katılıyorum.

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞI OY YAZISI

29.12.2010 günlü, 6094 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4. maddesiyle, 5346 sayılı Kanun'un 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/C maddesinin son fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "*veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.*" bölümünün Anayasa'nın 7. ve 10. maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi iptal kararında, 5346 sayılı Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretim ve dağıtım yapılan diğer tesislerin lisansı kapsamındaki inceleme ve denetiminin EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın almak suretiyle bu şirketlere yaptırılmasına ilişkin usul ve esasların Bakanlık görüşü alınmak suretiyle EPDK tarafından çıkartılacak yönetmelikle düzenlenmesini Anayasa'ya aykırı görmüştür.

Mahkeme'nin çoğunluk görüşüne göre, yasama organı denetim şirketlerinin yetkileri ile denetimle yetkilendirilmelerine ve bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkeleri belirlemek zorundadır. Mahkeme, çerçevesi kanun ile çizilmeden yürütme organına yetki verilmesini Anayasa'nın 7. maddesinde yer alan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bulmuştur.

1982 Anayasası'nın 47. maddesinin son fıkrasında 13.08.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile yapılan değişiklikle 'Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilmesi veya devredilebileceği kanunla belirlenir.' hükmü getirilmiştir. Bu hükmü göre idarenin üstlendiği yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilmesi veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği düzenlenmiştir. Hükümde, hangi türden faaliyetlerin kamu hizmeti olarak görülebileceği düzenlenmediği gibi, hangi türden faaliyetlerin İdarece üstlenileceği veya yürütüleceği de belirtilmemiştir. Dolayısıyla bu iki noktada yasa koyucunun, Anayasa'nın diğer hükümlerini de dikkate alarak bir takdir hakkı bulunduğu açıktır. Bir hizmetin 'niteliği gereği' kamu hizmeti olduğu anlayışı çağdaş demokratik hukuk ilkeleriyle bağdaştırılamaz. Bu itibarla somut Anayasa hükümleri dayanak gösterilerek bir Anayasal kamu hizmeti kategorisi yaratılarak ve bunların dışındaki kamu hizmetlerinin belirlenmesi veya kamu hizmeti olmaktan çıkartılması siyasi iradenin takdirine bırakılmalıdır.

Öte yandan Anayasa'da kamu hizmeti olarak yürütülmesi zorunlu tutulan hizmetlerin mutlaka devlet veya diğer idari birimlerce bizzat yürütüleceğini söylemek de pozitif hukuk açısından mümkün görünmemektedir. Örneğin ulusal güvenlik, kamu düzeninin sağlanması ve adalet hizmetlerinin sağlanması Anayasa hükümlerine göre zorunlu olarak kamu hizmeti sayılmakla birlikte bu hizmetlerin mutlaka devlet tarafından bizzat yerine getirileceği anlamına gelmemektedir. Aksi düşünce bazı ulusal güvenlik hizmetlerinin köy korucuları eliyle yürütülmesini, bazı kamu düzeninin sağlanmasına ilişkin hizmetlerin özel güvenlik kuruluşlarınca ve adalet hizmetlerinin tahkim usulü ile özel kişilere de gördürülüyor olmasını açıklayamayacaktır.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası ise yasa koyucunun kamu hizmeti olarak belirlediği hizmetlerin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğini düzenlemektedir. Dava konusu, 5346 sayılı Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretim ve dağıtımını yapılan diğer tesislerin lisansı kapsamındaki inceleme ve denetiminin EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın almak suretiyle bu şirketlere yaptırılmasına ilişkin kuralda EPDK'nın genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu denetim yetkisi konusunda EPDK'nın sahip olduğu hakkın devri söz konusu olmayıp, bir kamu hizmetinin özel şirketlere gördürülmesi söz konusudur. Kural, 'denetim yetkisinin devrini' kapsamaması nedeniyle ortada denetim yetkisinin devri yönünden iptali gerekli kılan bir Anayasal neden de bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrası yasa koyucuya, kamu hizmetlerini özel hukuk rejimine tabi tutarak özel kişilere gördürme konusunda açık bir takdir yetkisi vermektedir. Nitekim dava konusu kural ile 5346 sayılı Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretim ve dağıtımını yapılan diğer tesislerin lisansı kapsamındaki inceleme ve denetiminin EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın almak suretiyle bu şirketlere yaptırılmasına olanak verilmiş, Anayasa Mahkemesi de böyle bir hizmet alımını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Mahkeme dava konusu kuralı, yasama organının denetim şirketlerinin yetkileri ile denetimle yetkilendirilmelerine ve bu şirketlerce yapılacak

denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkeleri belirlememesi nedeni ile iptal etmiştir. Ancak yasama organının denetim şirketlerinin yetkileri ile denetimle yetkilendirilmelerine ve bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkeleri belirlemesi zorunluluğunun anayasal dayanağı bulunmamaktadır.

Yasa koyucu, Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrasına uygun olarak 5346 sayılı Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretim ve dağıtım yapılarındaki diğer tesislerin lisansı kapsamındaki inceleme ve denetiminin EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın almak suretiyle bu şirketlere yaptırılmasını uygun görmüştür. Böylece bu hizmetin özel kişilere özel hukuk hükümlerine göre gördürülmesine olanak verilmiştir. Yasa koyucunun denetim şirketlerinin hukuksal yapılarını, gördürülecek işe göre bu şirketlere verilecek yetkilerini kapsam ve niteliğini ve yine yaptırılacak işe göre bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esaslarının belirlenmesini yürütme organına bırakması, yasama organının takdir yetkisi kapsamındadır.

Öte yandan bu şirketler, şirketler hukukuna tabi oldukları gibi, bu nitelikteki sözleşmeler de borçlar hukuku kurallarına tabidir. Ayrıca idare ile şirket arasında yapılacak sözleşmelerin hazırlanmasında 5346 sayılı Kanunun tüm hükümlerine riayet edilmesi de yasal bir zorunluluktur. Başka bir deyişle özel hukuk sözleşmesi ile denetim işini gördürecek olan EPDK'nın, o hizmetin özelliği gereği çıkabilecek tüm sorunları ve bu bağlamda tek taraflı değişiklik ve fesih konularını önceden belirleyip sözleşmeyi 5346 sayılı Kanun'a, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na, 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşme Kanunu'na ve diğer ilgili kanunlara uygun hazırlaması zaten bir zorunluluktur.

Bundan başka, itiraz konusu kuralda açıkça belirtildiği gibi yapılacak inceleme ve denetim 'lisans kapsamı' ile sınırlı olacağından, EPDK ile denetim şirketleri arasındaki sözleşmelerde elektrik üretimi yapan tesislerin lisanslamasına ilişkin mevzuat ile lisans hükümleri de gözetilmek zorundadır. Bu itibarla EPDK ile denetim şirketleri arasında imzalanacak anlaşmaların çerçevesinin ayrıca özel bir kanunla çizilmesi zorunluluğunun Anayasal bir dayanağı bulunmamaktadır.

Kapsamında, hidrolik, rüzgar, güneş, jeotermal, biyokütle, biyogaz, dalga, akıntı enerjisi, gel-git gibi fosil olmayan enerji kaynaklarını bulunduran yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik üretilmesi amacı ile kurulacak elektrik üretim tesislerinin kuruluşundan faaliyetine kadar her aşamada mevzuatta öngörülen izin, ruhsat ve lisans dahilinde EPDK tarafından inceleneceği ve denetleneceği iptal edilen bölümün önceki kısmında yer almaktadır. İptal edilen kısım ise '*veya gerektiğinde*' ibaresiyle başlamaktadır. Yenilenebilir enerji kaynakları gibi geniş bir alanın kurum bünyesinde kurulacak denetim teşkilatı ile her zaman etkin ve verimli bir denetimin yapılabilmesi ekonomik ve rantabl değildir. Bu alandaki denetim yetkisinin EPDK'nın tekeline bırakılmasında dünya gerçekleri ile örtüşmemektedir. Esasen dinamik bir kavram olan ve dünyadaki standartları sürekli değişme ve gelişme gösteren denetimin yasal çerçevesinin oluşturulmasının zorunlu olarak istenmesi durumunda dahi bunun her mümkün olamayacağı açıktır.

Sonuç olarak öteden beri bazı kamu hizmetlerinin esas itibarıyla özel hukuk hükümlerine tabi olması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşün giderek Türk hukukunda benimsenmeye başlamasının bir sonucu olarak endüstriyel ve ticari nitelikteki bazı kamu hizmetlerine özel hukuk hükümleri uygulanmaya başlamış, 'kamu hizmetlerinin en verimli ve etkin biçimde işletilmesi gereği'nden hareketle, kamu hizmetlerinin gördürülmesi konusunda idareye geniş bir takdir yetkisi tanıma eğilimi artmaktadır. Bu itibarla 5346 sayılı Kanun

Esas Sayısı : 2011/27
Karar Sayısı : 2012/101

kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretim ve dağıtımı yapılan diğer tesislerin lisansı kapsamındaki inceleme ve denetiminin EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın almak suretiyle bu şirketlere yaptırılmasına ilişkin usul ve esasların kanun ile değil de Bakanlık görüşü alınmak suretiyle EPDK tarafından çıkartılacak yönetmelikle düzenlenmesine ilişkin kuralda Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Anılan gerekçelerle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Hicabi DURSUN