

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2021/14

Karar Sayısı : 2023/173

Karar Tarihi : 11/10/2023

R.G.Tarih-Sayı : 13/12/2023-32398

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Özgür ÖZEL, Engin ÖZKOÇ ile birlikte 133 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 25/11/2020 tarihli ve 7257 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 1. maddesiyle 25/10/1984 tarihli ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'na eklenen geçici 41. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...katma değer vergisinden müstesnadır." ibaresinin,

B. 4. maddesiyle 4/6/1985 tarihli ve 3213 sayılı Maden Kanunu'nun ek 1. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen dokuzuncu cümlelerin "ÇED" yönünden,

C. 5. maddesiyle 3213 sayılı Kanun'un ek 15. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...mücadirdeki sahalara..." ibaresinin "...işletme izni alanı dışındaki mücadir sahalara yirmi metreye kadar..." şeklinde değiştirilmesinin "ÇED" yönünden,

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

1. İkinci fıkrasının üçüncü cümlesinin,

2. Üçüncü fıkrasının;

a. Birinci cümlesinin,

b. İkinci cümlesinin "...8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,..." bölümünün,

D. 10. maddesiyle 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (m) bendinde yer alan "...ithalat yoluyla yapılacak spot sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) alımları," ibaresinin "...yapılacak her türlü doğal gaz alımları," şeklinde değiştirilmesinin,

E. 11. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesine eklenen "...ve Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketinin ve bu şirketlerin bağlı ortaklıkları ile yurt dışında kurdukları şirketlerin..." ibaresinin,

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

G. 41. maddesiyle 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun değiştirilen geçici 1. maddesinin,

Ğ. 45. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'a eklenen geçici 29. maddenin (1) numaralı fıkrasında yer alan "...teminatları ilgisine göre kısmen veya tamamen iade edilir." ibaresinin,

Anayasa'nın 2., 5., 7., 13., 35., 56., 73. ve 172. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un iptali talep edilen kuralların da yer aldığı;

1. 1. maddesiyle 3065 sayılı Kanun'a eklenen geçici 41. madde şöyledir:

"Geçici Madde 41- (Ek:25/11/2020-7257/1 md.)

*18/4/2001 tarihli ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununun ek 1 inci maddesi kapsamındaki devirler **katma değer vergisinden müstesnadır**. Bu kapsamda yapılan işlemler için yüklenilen vergiler, vergiye tabi işlemler nedeniyle hesaplanan vergiden indirilir. İndirim yoluyla giderilemeyen vergiler iade edilmez. Hazine ve Maliye Bakanlığı istisna uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir."*

2. 4. maddesiyle 3213 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin dokuzuncu cümleinin eklendiği üçüncü fıkrası şöyledir:

*"(Değişik üçüncü fıkra:14/2/2019-7164/20 md.) Türkiye Taşkömürü Kurumu ile Türkiye Kömür İşletmeleri, uhdelelerinde bulunan maden ruhsatlarını işletmeye, işletirmeye, bunları bölerek yeni ruhsat talep etmeye ve bu ruhsatları ihale etmeye yetkilidir. Bu fıkra kapsamında yapılacak ihale sonucunda Türkiye Taşkömürü Kurumu ile Türkiye Kömür İşletmeleri, ihaleyi kazananla yapacağı sözleşme hükümleri saklı kalmak kaydıyla ihale edilen sahayı devredebilir ve ihaleyi kazanan adına ruhsat düzenlenebilir. Ruhsat devrine esas olan sözleşme ilgili ruhsatın siciline şerh edilir. Genel Müdürlük bu sözleşmenin tarafı değildir. Ancak, Türkiye Taşkömürü Kurumunun halen kendisi tarafından doğrudan işletilen işletme izin alanlarında oluşturulacak ruhsatlar bu madde kapsamında ihale edilemez. Kamu kurum ve kuruluşları ruhsat sahalarındaki rödövanşçılarının rödövansa konu olan kısmını ruhsat sahalarından bölerek rödövans sözleşmesinin hükümleri saklı kalmak kaydıyla rödövans sözleşmesi sona erene kadar rödövans sözleşmesini yaptığı kişiye devredebilir ve rödövansçı adına ruhsat düzenlenebilir. Ruhsat devrine esas olan rödövans sözleşmesi ilgili ruhsatın siciline şerh edilir. Genel Müdürlük bu sözleşmenin tarafı değildir. (Ek cümle:25/11/2020-7257/4 md.) **Bu ruhsat sahalarında, devralanın kurulu işletme kapasitesi veya şerh edilen sözleşmedeki kapasiteyi aşmayacağı yönünde vereceği taahhüde istinaden, ilgili alan için tanınan tüm muafiyetler ve bu Kanunun 7 nci maddesine istinaden alınmış bütün izinler devredilen ruhsatlarda da aynen korunur**. Bu fıkra kapsamında devredilmiş olan ruhsat sahalarında yapılacak madencilik faaliyetlerinden doğacak Maden Kanunu, İş Kanunu, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili idari, mali ve hukuki sorumluluklar ruhsatı devralana aittir."*

3. 5. maddesiyle 3213 sayılı Kanun'un ibare değişikliği yapılan ek 15. maddesi şöyledir:

"Ek Madde 15- (Ek: 21/3/2018-7103/33 md.)

*Bu Kanun kapsamında işletme izni veya Genel Müdürlükçe izin verilmiş rödövans sözleşmesi olmaksızın **işletme izni alanı dışındaki mücavir sahalara yirmi metreye kadar taşmalar hariç** olmak üzere, maden ocağı açılması, maden üretilmesi veya faaliyetleri durdurulmuş maden sahalarında üretim faaliyetlerinin durdurulmasına sebep olan durumların düzeltilmesi ve/veya işletme güvenliğine yönelik faaliyetlerin dışında üretim faaliyetinde bulunulması fiillerini işleyenlere üç yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası verilir. Bu suçlardan hüküm giyenler, infazın tamamlanmasından itibaren on yıl boyunca madencilik faaliyeti yapamazlar."*

4. 9. maddesiyle 4646 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. madde şöyledir:

“Şirket kurulumu ve devir

EK MADDE 1- (Ek:25/11/2020-7257/9 md.)

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ilgili kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunların bağlı ortaklıkları tarafından bu maddenin yürürlük tarihinden önce yurt dışında kurulan şirketlerin Türkiye'deki şubelerinin bulunduğu yerlerde söz konusu şirketlerin ortaklarınca, işletme konuları, ticaret unvanları, sermayeleri ve ortaklık payları aynı kalmak suretiyle, bu madde ve özel hukuk hükümlerine tabi olmak ve ikinci fıkrada belirtilen işlemleri gerçekleştirmek üzere, Cumhurbaşkanı kararıyla ayrı birer şirket kurulabilir. Bu şirketler, bu madde ve 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun bu maddeye aykırı olmayan hükümlerine göre Hazine ve Maliye Bakanlığının görüşü de alınmak suretiyle hazırlanacak esas sözleşmelerinin tescil ve ilanıya faaliyete geçerler.

*Kurulan şirketler faaliyete geçmelerini müteakip en geç altı ay içerisinde yurt dışındaki şirketlerle yapacakları protokollerle, yurt dışındaki şirketlerin her türlü; haklarını, alacaklarını, yükümlülüklerini, taşınurlarını ve taşınmazlarını, gemilerini ve taşıtlarını, ruhsatlarını ve lisanslarını, fikri ve sınai haklarını, uluslararası kuruluşlar ve şirketler nezdindeki hisselerini ve ortaklıklarını, sözleşmelerini ve kredi anlaşmalarını, araçlarını, gereçlerini ve malzemelerini, yazılımlarını ve donanımlarını, yazılı ve elektronik ortamdaki kayıtlarını ve diğer dokümanlarını, taraf olduğu davaları ve icra takiplerini, bu maddenin yürürlük tarihinden önceki borçlarını ve personelini devralabilirler. Söz konusu devir işlemlerinin tamamlanmasıyla beraber, yurt dışında kurulan şirketlerin Türkiye'deki şubeleri talep üzerine tasfiyesiz terkin olunur. **Bu devirlere ilişkin bütün devir, temlik ve intikal işlemleri ile bu işlemlerden doğan kazançlar ve bu işlemlerle ilgili olarak düzenlenecek her türlü sözleşme, protokol ve kâğıtlar damga vergisi dâhil her türlü vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden istisnadır.** Bu devir işlemlerine ve protokollere ilişkin olarak ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı yetkilidir. İlgili mevzuatta yurt dışındaki şirketlere yapılan atıflar devir işlemlerinin tamamlanmasını müteakip ilgisine göre Türkiye'de kurulan şirketlere yapılmış sayılır.*

Kurulan şirketler, işletme konusu dâhilinde olmak kaydıyla 11/9/1981 tarihli ve 2522 sayılı Kamu Kuruluşlarının Yurt Dışındaki İhalelere Katılması Hakkında Kanuna tabi olmaksızın yurt içinde ve yurt dışında gereken faaliyetleri yürütmeye yetkilidir. Bu şirketler hakkında; 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu, 5/1/1961 tarihli ve 237 sayılı Taşıt Kanunu, 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun kuruluşu ve tescile, ayni ve nakdi sermaye konulmasına, sermaye ve kanuni yedek akçelerle ilgili olarak kendiliğinden sona ermeye ilişkin hükümleri, 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 18/5/1994 tarihli ve 527 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 4/7/2001 tarihli ve 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kamu kurum ve kuruluşlarına personel alınmasına dair ilgili mevzuat hükümleri uygulanmaz. Ancak, Türkiye Büyük Millet Meclisi denetimine ilişkin 2/4/1987 tarihli ve 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 9 uncu maddesi hükümleri uygulanır. Kurulan şirketlerde 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa tabi personel istihdam edilir.

Kurulan şirketlerin ortaklık yapısını değiştirmeye, yurt içinde ve yurt dışında şirket kurmasına veya bir şirkete yüzde elliden fazla hisseyle ortak olmasına karar vermeye Cumhurbaşkanlığı yetkilidir.”

5. 10. maddesiyle 4734 sayılı Kanun’un 3. maddesinin ibare değişikliği yapılan ilgili kısmı şöyledir:

“İstisnalar

Madde 3- (Değişik: 30/7/2003-4964/2 md.)

...

m) (Ek: 9/7/2008-5784/28 md.) Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. (BOTAŞ) tarafından yapılacak her türlü doğal gaz alımları,

...

Ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir.”

6. 11. maddesiyle 4734 sayılı Kanun’un geçici 4. maddesinin ibarenin eklendiği beşinci fıkrası şöyledir:

*“(Ek fıkra: 30/7/2003-4964/40 md.) Enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektöründe faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler, özel kanunları yürürlüğe girinceye kadar bu Kanunun 3 üncü maddesinin (g) bendi hükmüne, bu bent kapsamında yer almayan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde ise Kanunun diğer hükümlerine tâbi olurlar. (Ek cümle: 22/12/2005-5436/13 md.) Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (g) bendinde yer alan parasal limit, (...) Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığının ve **Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketinin ve bu şirketlerin bağlı ortaklıkları ile yurt dışında kurdukları şirketlerin** (...) petrol ve doğalgaz arama, sondaj, üretim, taşıma, depolama ve gazlaştırma faaliyetleri ile ilgili olarak yapılacak her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde; Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğünün idareler adına gerçekleştireceği taşıt alımı, taşıt kiralama, akaryakıt alımı ile ilaç, tıbbi malzeme ve tıbbi cihaz alımlarında uygulanmaz.”*

7. 19. maddesiyle 5346 sayılı Kanun’a eklenen geçici 7. madde şöyledir:

“Geçici Madde 7- (Ek:25/11/2020-7257/19 md.)

Bu maddenin yürürlük tarihinden önce yapılan yarışmalar kapsamında sıfır veya sıfırdan küçük teklif fiyatı ile kapasite tahsis edilen tüzel kişiler, yerli katkı fiyatlarından faydalanamazlar.”

8. 41. maddesiyle 6446 sayılı Kanun’un değiştirilen geçici 1. maddesi şöyledir:

“Ulusal tarife uygulaması

GEÇİCİ MADDE 1 – (Değişik:25/11/2020-7257/41 md.)

(1) Düzenlemeye tabi tarifeler üzerinden elektrik enerjisi satın alan tüketicileri, dağıtım bölgeleri arası maliyet farklılıkları nedeniyle var olan fiyat farklılıklarından kısmen veya tamamen koruyacak şekilde tesis edilmiş ve uygulamaya ilişkin hususları Kurum tarafından hazırlanan tebliğ ile düzenlenmiş fiyat eşitleme mekanizması içerisinde tüm kamu ve özel dağıtım şirketleri ile görevli tedarik şirketleri yer alır.

(2) *Fiyat eşitleme mekanizması 31/12/2025 tarihine kadar uygulanır. Fiyat eşitleme mekanizmasının uygulandığı süre boyunca ulusal tarife uygulamasının gerekleri esas alınır ve ulusal tarifede çapraz sübvansiyona yer verilir. Ulusal tarife, Kurumca hazırlanır ve Kurul onayıyla yürürlüğe girer.*

(3) *İkinci fıkra kapsamındaki sürenin beş yıla kadar uzatılmasına Cumhurbaşkanı yetkilidir.*

(4) *Fiyat eşitleme mekanizmasının uygulandığı dönemde tüm hesaplar ilgili mevzuata göre ayrıştırılarak tutulur.”*

9. 45. maddesiyle 6446 sayılı Kanun’a eklenen geçici 29. madde şöyledir:

“Lisans ve önlisanslara ilişkin sonlandırma ve tadil hakkı

GEÇİCİ MADDE 29- (Ek:25/11/2020-7257/45 md.)

*(1) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce bu Kanun kapsamında mevcut olan üretim veya otoprodüktör lisanslarını, önlisanslarını ya da lisans başvurularını sonlandırmak ya da kurulu güç düşümü suretiyle tadil etmek isteyen tüzel kişilerin bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihi takip eden iki ay içerisinde Kuruma başvurmaları hâlinde lisansları, önlisansları veya lisans başvuruları sonlandırılarak ya da tadil edilerek **teminatları ilgisine göre kısmen veya tamamen iade edilir.**”*

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri gereğince Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin Yıldırım, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ ve Basri BAĞCI'nın katılımlarıyla 4/2/2021 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Fatih TORUN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Kanun'un 1. Maddesiyle 3065 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 41. Maddenin Birinci Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "...katma değer vergisinden müstesnadır." İbaresinin İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

3. 4646 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin birinci fıkrasında Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (Bakanlık) ile ilgili kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunların bağlı ortaklıkları tarafından bu maddenin yürürlük tarihinden önce yurt dışında kurulan şirketlerin Türkiye'deki şubelerinin bulunduğu yerlerde söz konusu şirketlerin ortaklarınca, işletme konuları, ticaret unvanları, sermayeleri ve ortaklık payları aynı kalmak suretiyle, bu madde ve özel hukuk hükümlerine tabi olmak ve ikinci fıkrada belirtilen işlemleri gerçekleştirmek üzere, Cumhurbaşkanı kararıyla ayrı birer şirket kurulabileceği, bu şirketlerin, bu madde ve 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun bu maddeye aykırı olmayan hükümlerine göre Hazine ve Maliye Bakanlığının görüşü

de alınmak suretiyle hazırlanacak esas sözleşmelerinin tescil ve ilanıyla faaliyete geçecekleri hükme bağlanmıştır.

4. Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise kurulan şirketlerin faaliyete geçmelerini müteakip en geç altı ay içinde yurt dışındaki şirketlerle yapacakları protokollerle, yurt dışındaki şirketlerin her türlü haklarını, alacaklarını, yükümlülüklerini, taşınır ve taşınmazlarını, gemilerini ve taşıtlarını, ruhsatlarını ve lisanslarını, fikri ve sınai haklarını, uluslararası kuruluşlar ve şirketler nezdindeki hisselerini ve ortaklıklarını, sözleşmelerini ve kredi anlaşmalarını, araçlarını, gereçlerini ve malzemelerini, yazılımlarını ve donanımlarını, yazılı ve elektronik ortamdaki kayıtlarını ve diğer dokümanlarını, taraf olduğu davaları ve icra takiplerini, bu maddenin yürürlük tarihinden önceki borçlarını ve personelini devralabilecekleri, söz konusu devir işlemlerinin tamamlanmasıyla beraber, yurt dışında kurulan şirketlerin Türkiye'deki şubelerinin talep üzerine tasfiyesiz terkin olunacağı düzenlenmiştir. Ayrıca söz konusu fıkranın üçüncü cümlesi uyarınca bu devirlere ilişkin bütün devir, temlik ve intikal işlemleri ile bu işlemlerden doğan kazançlar ve bu işlemlerle ilgili olarak düzenlenecek her türlü sözleşme, protokol ve kâğıtlar damga vergisi dâhil her türlü vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden istisna tutulmuştur.

5. 3065 sayılı Kanun'un geçici 41. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde de 4646 sayılı Kanun'un ek 1. maddesi kapsamında yapılan bu devirlerin katma değer vergisinden müstesna olduğu hükme bağlanmış olup anılan cümlede yer alan "...katma değer vergisinden müstesnadır." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

2. İptal Talebinin Gerekçesi

6. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın da yer aldığı maddeyle 4646 sayılı Kanun'un ek 1. maddesi kapsamındaki devirlerin katma değer vergisinden müstesna tutulmasında kamu yararı açısından haklı bir nedenin bulunmadığı, ayrıca kuralla öngörülen durumun verginin kanuniliği ile vergide genellik ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 73. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

7. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

8. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

9. Anayasa'nın anılan maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi gereği kanunlar kamu yararı amacıyla çıkarılır. Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre kamu yararı genel bir ifadeyle bireysel, özel çıkarılardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. Kanunun amaç ögesi bakımından Anayasa'ya uygun sayılabilmesi için çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetilmemiş olması gerekir. Kanunun kamu yararı dışında bir amaçla yalnız özel çıkarlar için veya yalnızca belirli kişilerin yararına olarak çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabilirse amaç unsuru bakımından Anayasa'ya aykırılık söz konusudur.

10. Açıklanan hâl dışında bir kanun hükmünün ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği bir siyasi tercih sorunu olarak kanun

Esas Sayısı : 2021/14

Karar Sayısı : 2023/173

koyucunun takdirinde olduğundan bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz (AYM, E.2018/99, K.2021/14, 3/3/2021, § 102).

11. Bu itibarla Anayasa'ya uygunluk denetiminde kuralın öngörülmesindeki kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil incelenen kuralın kamu yararı dışında belirli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığı incelenir. Başka bir ifadeyle bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken kamu yararı konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme, yalnızca kuralın kamu yararı amacıyla çıkarılıp çıkarılmadığının denetimiyle sınırlıdır (AYM, E.2016/140, K.2017/92, 12/4/2017, §§ 6,7; E.2017/33, K.2019/20, 10/4/2019, §§ 10, 11; E.2022/50, K.2022/107, 28/9/2022, § 28).

12. Anayasa'nın "*Vergi ödevi*" başlıklı 73. maddesinin ikinci fıkrasında ise "*Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.*" denilerek kanun koyucuya vergilemede adaletin ve ödeme gücünün gözetilmesi açısından pozitif bir sorumluluk yüklenmiştir. Buna göre vergilendirme konusunda takdir yetkisi bulunan kanun koyucu gerek yeni bir vergi koyarken gerekse birtakım muafiyet ve istisnalar getirirken vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı konusunda gerekli tedbirleri almak zorundadır.

13. Diğer yandan Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "*Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır*" hükmüyle verginin kanuniliği ilkesi benimsenmiştir. Verginin kanuniliği ilkesi, takdire dayalı keyfi uygulamaları önleyecek sınırlamaların kanunda yer almasını gerektirmekte ve vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının kanun ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Anılan ilke vergilendirmeye ilişkin istisna ve muafiyetleri de kapsamaktadır.

14. Vergilendirmede genel kural, kanunla belirlenmiş konu ve kişilerden vergi, resim ve harç alınmasıdır. Kanun koyucu, kimi durumlarda vergi kapsamına alınan konuyu, kimi durumlarda kişileri vergi dışında tutabileceği gibi verginin tümünden ya da bir bölümünden de vazgeçebilir. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerde sosyal, ekonomik, mali ve kültürel amaçlı birtakım muafık, istisna ve indirimler tanınması, kanun koyucunun takdirine bağlı bir konudur (AYM, E.2016/1, K.2017/81, 29/3/2017, § 5; E.2019/55, K.2020/44, 10/9/2020, § 16).

15. Birtakım ekonomik, sosyal veya mali politikaların gerçekleşmesini sağlamak amacıyla, anayasal ilkelere bağlı kalmak şartıyla mali yükümlülüklerin kaldırılması konusunda takdir yetkisi bulunan kanun koyucunun bu hakkını birtakım kişi veya kişi gruplarına muafiyet tesis etmek yoluyla kullanması durumunda da muafık tanınan konuların, şartların ve mali yükümlülük çeşitlerinin kanunilik ilkesi gereği kanunla düzenlenmesi gerekmektedir (AYM, E.2020/15, K.2020/78, 24/12/2020, § 12).

16. Yükümlülükler konusunda keyfi uygulamalara karşı düşünülen ilk önlem her ne kadar kanunilik ilkesi olsa da mali yükümlülüklerin kanunla konulması, değiştirilmesi veya kaldırılması yalnız başına vergilendirme yetkisinin keyfi kullanılarak adaletsiz sonuçlar doğurmasını engelleyemeyeceğinden, kanunilik ilkesinin yanı sıra verginin genel ve eşit olması, idare ve kişiler yönünden duraksamaya yol açmayacak şekilde belirlilik içermesi, geçmişe yürümemesi, öngörülebilir olması ve hukuki güvenlik ilkesine de uygunluğunun sağlanması gerekir (AYM, E.2016/1, K.2017/81, 29/3/2017, § 7; E.2019/53, K.2019/75, 19/9/2019, § 11).

17. Dava konusu kuralda, 4646 sayılı Kanun'un ek 1. maddesi kapsamında yapılan devirlerin katma değer vergisinden müstesna olduğu hüküm altına alınmak suretiyle istisnanın konusu Bakanlık ile ilgili kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunların bağlı ortaklıkları tarafından bu maddenin yürürlük tarihinden önce yurt dışında kurulan şirketleri devir almak amacıyla Türkiye'deki şubelerinin bulunduğu yerlerde söz konusu şirketlerin ortaklarınca kurulan şirketler ile yurt

Esas Sayısı : 2021/14

Karar Sayısı : 2023/173

dışındaki şirketler arasında devir amacıyla gerçekleştirilen iş ve işlemler olarak belirlenmiştir. Buna göre kuralın yurt dışındaki söz konusu şirketlerin mal varlığının yurt içine devri sırasında tesis edilecek iş ve işlemlerin istisna tutulmasına ilişkin olduğu, devir işlemlerinin tamamlanmasının ardından bu şirketlerin yurt içinde yerine getirecekleri faaliyetlere ilişkin bir istisnanın öngörülmediği görülmektedir. Bu durumda kuralla öngörülen katma değer vergisi istisnasının konusunun ve kapsamının yeterli açıklıkta belirlendiği gözetildiğinde kuralın verginin kanuniliği ilkesine aykırı bir yönünün bulunmadığı anlaşılmaktadır.

18. 4646 sayılı Kanun'un ek 1. maddesiyle Bakanlık ile ilgili kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı ortaklıkları tarafından yurt dışında kurulan ve enerji alanında faaliyet göstermekte olan şirketlerin Türkiye'deki şubelerinin bulunduğu yerlerde Cumhurbaşkanı kararıyla aynı şirketlerin ortaklarınca işletme konuları, ticaret ünvanları, sermayeleri ve ortaklık payları aynı kalmak kaydıyla ayrı birer şirket kurulabilmesine imkân sağlanması ve kurulacak şirketlerin yurt dışındaki şirketlerin her türlü haklarını, alacaklarını, yükümlülüklerini, taşınır ve taşınmazlarını, personellerini devralarak faaliyet göstermesi amaçlanmıştır.

19. Bu bağlamda yurt dışında kurulan ve enerji alanında faaliyet göstermekte olan şirketlerin ülkenin enerji ihtiyacı ve ekonomisi açısından önem arz eden faaliyetlerini etkin ve verimli bir şekilde gerçekleştirilebilmelerini sağlamak amacıyla yurt içinde kurulan şirketlere devredilmesi sırasında devir işlemlerinin kolaylaştırılmasını ve söz konusu şirketler üzerinde devir işlemlerinden kaynaklanan mali yükün azaltılmasını sağlamak amacıyla devirle ilgili iş ve işlemlerin katma değer vergisinden istisna tutulmasını öngören kural, anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralla kamu yararı dışında bir amacın gözetildiği söylenemez.

20. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

B. Kanun'un 4. Maddesiyle 3213 Sayılı Kanun'un Ek 1. Maddesinin Üçüncü Fıkrasına Eklenen Dokuzuncu Cümlelerin "ÇED" Yönünden İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

21. 3213 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde Türkiye Taş Kömürü Kurumu (TTK) ve Türkiye Kömür İşletmelerinin (TKİ) uhdesinde bulunan maden ruhsatlarını işletmeye, işlettirmeye, bunları bölerek yeni ruhsat talep etmeye ve bu ruhsatları ihale etmeye yetkili oldukları öngörülmüş; ikinci cümlesinde ise bu fıkra kapsamında yapılacak ihale sonucunda TTK ile TKİ'nin, ihaleyi kazananla yapacağı sözleşme hükümleri saklı kalmak kaydıyla ihale edilen sahayı devredebileceği ve ihaleyi kazanan adına ruhsat düzenlenebileceği hüküm altına alınmıştır.

22. Anılan maddenin altıncı cümlesinde ise kamu kurum ve kuruluşlarının ruhsat sahalarındaki rödovansçılarının rödovansa konu olan kısmını ruhsat sahalarından bölerek rödovans sözleşmesinin hükümleri saklı kalmak kaydıyla rödovans sözleşmesi sona erene kadar rödovans sözleşmesini yaptığı kişiye devredebileceği ve rödovansçı adına ruhsat düzenlenebileceği hükme bağlanmıştır.

23. Söz konusu düzenlemelerle TTK ile TKİ'nin uhdesinde bulunan sahalara ile kamu kurum ve kuruluşlarının ruhsat sahalarındaki rödovansçılarının rödovansa konu olan kısmının anılan konusu Kanun kapsamında bölünerek devredilmesi veya mevcut rödovans sahalarının, rödovans alanları ile sınırlı olarak yapılacak sözleşmeye istinaden bölünerek devredilmesine imkân tanınmıştır.

24. Dava konusu kuralda, bu ruhsat sahalarında, devralanın kurulu işletme kapasitesi veya şerh edilen sözleşmedeki kapasiteyi aşmayacağı yönünde vereceği taahhüde istinaden, ilgili alan için tanınan tüm muafiyetlerin ve bu Kanun'un 7. maddesine istinaden alınmış bütün izinlerin devredilen ruhsatlarda da aynen korunacağı öngörülmüştür.

2. İptal Talebinin Gerekçesi

25. Dava dilekçesinde özetle; 3213 sayılı Kanun'un dava konusu kuralın da yer aldığı ek 1. maddesinde belirtilen ruhsat sahalarına ilişkin yapılacak ruhsat devirlerinde Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) izni alınması zorunluğunun sona erdirildiği, böylece rödovans sözleşmesine konu faaliyetlerin çevreye uygunluğunun incelenmesi imkânının ortadan kaldırıldığı, devlete yüklenen sürdürülebilir ekonomik kalkınmanın sağlanması ödevinin yerine getirilmesi amacıyla sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına müdahalede bulunulması mümkün ise de bu müdahalenin ölçülü olması gerektiği, özellikle 1993 yılından önce ÇED izni alma zorunluluğu bulunmadığından bu tarihten önce faaliyete başlanan sahalarda ÇED raporuna tabi olmadan madencilik faaliyetleri sürdürülmesine imkân tanındığı, ayrıca ÇED raporu yerine Anayasa'nın devlete verdiği çevreyi koruma yükümlülüğünü yerine getirecek alternatif bir tedbirin öngörülmediği, bu durumun sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına müdahale niteliği taşıdığı belirtilerek kuralın "ÇED" yönünden Anayasa'nın 5. ve 56. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

26. Anayasa'nın 56. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir./ Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir*" hükümlerine yer verilmiştir. Buna göre çevrenin geliştirilmesi, çevre sağlığının korunması ve çevre kirlenmesinin önlenmesine yönelik tedbirleri almak devletin temel ödevlerindedir. Bu amaçla devlet, çevrenin korunmasını sağlamak için etkili bir hukuk düzeni oluşturmakla yükümlüdür.

27. 9/8/1983 tarihli ve 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 planladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmelerin ÇED raporu veya proje tanıtım dosyası hazırlamakla yükümlü oldukları belirtilmiştir.

28. Anılan Kanun'un 2. maddesine göre ÇED kavramı; gerçekleştirilmesi planlanan 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.

29. Kanun'un "*Çevresel etki değerlendirilmesi:*" başlıklı 10. maddesinde ise gerçekleştirmeyi planladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmelerin, çevresel etki değerlendirmesi raporu veya proje tanıtım dosyası hazırlamakla yükümlü oldukları, ÇED olumlu kararı veya ÇED gerekli değildir kararı alınmadıkça bu projelerle ilgili onay, izin, teşvik, yapı ve kullanım ruhsatının verilemeyeceği, proje için yatırıma başlanamayacağı ve ihale edilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

30. 3213 sayılı Kanun'un madencilik faaliyetinde izinlere ilişkin hükümlerin yer aldığı 7. maddesinde ÇED işlemlerinin Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından gerçekleştirileceği

düzenlenmiştir. Anılan Bakanlık 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı şeklinde yeniden teşkilatlanmıştır.

31. ÇED sürecine ilişkin usul ve esaslar 2872 sayılı Kanun’un 10. maddesi gereğince kabul edilen 29/7/2022 tarihli ve 31907 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği’nde (Yönetmelik) düzenlenmiştir. Söz konusu Yönetmelik’e ekli listelerde ÇED uygulanacak projeler ile ön inceleme ve değerlendirmeye tabi projeler tek tek sayılarak gösterilmiştir. Bu itibarla anılan Yönetmelik’in Ek-1 Listesi’nde sayılan projeler için ÇED raporu alınması zorunludur.

32. Yönetmelik’in Ek-2 Listesi’nde sayılan projeler için ise Ek-4’te yer alan ölçütler çerçevesinde hazırlanan proje tanıtım dosyalarını inceleyen ve değerlendiren Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ÇED’in gerekli olup olmadığına karar vermektedir. Dolayısıyla bir projenin Ek-2 Listesi’nde yer almış olması tek başına o proje için ÇED yapılmaması sonucunu doğurmamakta, buna nihai olarak Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı karar vermektedir.

33. Hangi madencilik projeleri için ÇED raporu alınmasının zorunlu olduğu Yönetmelik’in EK-1 Listesi’nin 25. sırasında gösterilmiştir. Bu kapsamda maden sahasının yüz ölçümü, madencilik faaliyetinin kapsamı ve niteliği gözönünde bulundurulmuştur (*Aydın İmar Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi* [GK], B. No: 2018/10972, 29/7/2022, § 35).

34. Yönetmelik’in Ek-2 Listesi’nin 45. sırasının (a) ve (d) bentlerinde ise Ek-1 Listesi’nde yer almayan madenlerin çıkarılması ve maden arama projeleri, ön inceleme ve değerlendirmeye tabi projeler olarak belirtilmiştir.

35. Anılan düzenlemeler gözetildiğinde 3213 sayılı Kanun’un ek 1. maddesinde belirtilen ruhsat sahalarında, ilgili alan için tanınan tüm muafiyetler ve bu Kanun’un 7. maddesine göre alınmış bütün izinlerin devredilen ruhsatlarda da aynen korunacağını öngören kuralın, bu ruhsatları ÇED sürecinin tamamen dışında bıraktığı söylenemez. Nitekim 3213 sayılı Kanun’un 7. maddesinde ÇED izni olmaksızın madencilik faaliyetinde bulunulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca anılan Kanun’un ek 1. maddesinde belirtilen maden ruhsatlarına ilişkin olarak Kanun ve ilgili diğer mevzuatta ÇED raporu alınma zorunluluğunu ortadan kaldırmaya yönelik olarak öngörülmüş herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

36. Öte yandan dava konusu kural, yeni bir ruhsat ihdası veya ruhsatın bölünmesi durumunda değil, daha önce alınmış bir ruhsatın devri söz konusu olduğunda uygulama alanı bulacaktır. Buna göre Kanun’un ek 1. maddesinde belirtilen ruhsat sahalarına ilişkin maden ruhsatlarının devredilmesi hâlinde, ilgili alan için tanınan tüm muafiyetler ile Kanun’un 7. maddesine göre alınmış bütün izinlerin devredilen ruhsatlarda da aynen korunması için devralanın kurulu işletme kapasitesi veya şerh edilen sözleşmedeki kapasiteyi aşmayacağı yönünde taahhüt vermesi gerekmektedir. Bu itibarla daha önce alınan ruhsata ilişkin ÇED raporunun geçerliliğini sürdürebilmesi devralanın kurulu işletme kapasitesi veya şerh edilen sözleşmedeki kapasiteyi aşmayacağı yönünde taahhüt vermesine bağlıdır. Bir başka deyişle devralanan ruhsat, önceki ruhsatın devamı niteliğinde olup devralanın önceki ruhsatla belirlenmiş olan kurulu işletme kapasitesini aşarak faaliyetini sürdürmesi söz konusu değildir. Devralanın, kurulu işletme kapasitesi veya şerh edilen sözleşmesindeki kapasitenin üzerinde faaliyet göstermek amacıyla ruhsat almak istemesi durumunda ise ilgili alan için tanınan tüm muafiyetler ile Kanun’un 7. maddesine göre alınmış bütün izinlerin korunması mümkün olmayıp ÇED izni de dâhil olmak üzere Kanun uyarınca madencilik faaliyetinde bulunabilmek için gerekli izinlerin yeniden alınmasının gerekeceği açıktır.

Esas Sayısı : 2021/14

Karar Sayısı : 2023/173

37. Bunun yanı sıra Kanun'un 5. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında maden ruhsatları ve buluculuk haklarının devredilebileceği, devir yapılmadan önce arama ve işletme ruhsatlarının devir tarihindeki değerinin iki katı kadar devir bedelinin alınacağı, devrin Bakanlık onayı ile gerçekleşeceği ve nihayet devrin maden siciline şerh edilmesi ile tamam olacağı düzenlenmiştir.

38. Buna göre ruhsatların devri konusunda yetkili makam yine Bakanlıktır. Anılan Kanun'un 7. maddesi uyarınca Bakanlığın ruhsatlandırma işlemlerine gerektiğinde kısıtlama getirme yetkisi bulunmakta, konuyla ilgili diğer bakanlıkların mevzuat gereği yapacakları inceleme ve denetimlerde ruhsat alanlarında mevzuata uygun çalışılmadığının tespiti hâlinde mevzuat çerçevesinde yapılacak işlemlerin Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğüne (MAPEG) bildirilmesi gerekmekte, çevre ve insan sağlığına zarar verdiği tespit edilen madencilik faaliyetleri gerekli önlemler alınıncaya kadar durdurulabilmektedir. Zira tüm bu hususlar devredilen ruhsatlar bakımından da geçerliliğini sürdürmektedir.

39. Ayrıca madencilik faaliyetlerinin denetimine ilişkin düzenlemelerin bulunduğu Kanun'un 11. maddesinin, arama faaliyetinin usul ve esaslarının düzenlendiği 17. ve 18. maddelerinin, işletme faaliyetinin usul ve esaslarının düzenlendiği 24. ve 29. maddelerinin söz konusu ruhsatlar yönünden de dikkate alınması gerekliliği bulunmaktadır.

40. Bu itibarla bir sahada madencilik faaliyetlerinin gerçekleştirilebilmesi için Kanun ve ilgili diğer mevzuat hükümleri uyarınca öngörülen şartların 3213 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen ruhsat sahalarına ilişkin yapılan ruhsat devirleri sonucu ortaya çıkacak yeni ruhsatlar bakımından da geçerli olacağı gözetildiğinde kuralın madencilik faaliyetlerinin yerine getirilmesi için gerekli olan mevcut şart ve süreçlerin dışında bir durum oluşturmadığı anlaşılmaktadır.

41. Öte yandan Yönetmelik'in geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasında "7/2/1993 tarihli ve 21489 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanan mülga Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinin yayımı tarihinden önce üretime ve/veya işletmeye başladığı belgelenen projeler bu Yönetmelik hükümlerinden muaftır." denilmektedir. Bu hüküm uyarınca ülkemizde ÇED uygulamasının başladığı 7/2/1993 tarihinden önce madencilik faaliyetine ilişkin alınan ruhsatlar için ÇED izni alınması zorunluluğu bulunmamaktadır.

42. Bununla birlikte faaliyette olan projenin çevreye olumsuz etkisinin tespiti ve giderilmesi hususunda devletin denetim yapma ve denetim sonucunda yaptırım uygulama yükümlülüğü devam etmektedir. Belirtilen durumda olumsuz çevresel etkinin giderilmesi için başta 2872 sayılı Kanun olmak üzere yürürlükteki çevreye ilişkin mevzuat ile madencilik faaliyetlerinin denetimine ilişkin olarak 3213 sayılı Kanun'da yer alan hükümlerin uygulanabileceği açıktır. Kaldı ki dava konusu kuralın daha önce alınmış ruhsatlara ilişkin izin ve istisnaların devralınan ruhsatlar bakımından devamını sağlamaktan ibaret olduğu, bunların hukuksal statülerinde herhangi bir değişiklik öngörmediği anlaşılmaktadır.

43. Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde kuralın, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına ölçsüz bir sınırlama öngörmediği sonucuna ulaşılmıştır.

44. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 56. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 5. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

C. Kanun'un 5. Maddesiyle 3213 Sayılı Kanun'un Ek 15. Maddesinin Birinci Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "...mücavirdeki sahalara..." İbaresinin "...işletme

izni alanı dışındaki mücavir sahalara yirmi metreye kadar...” Şeklinde Değiştirilmesinin “ÇED” Yönünden İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

45. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralla işletme izni veya rödovans sözleşmesi olmaksızın işletme izni alanı dışındaki mücavir sahalara yirmi metreye kadar yapılan müdahalelerde cezai işlem uygulanması engellenmek suretiyle sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı açısından ÇED raporunun sağladığı güvencenin ortadan kaldırıldığı, ayrıca ÇED raporu yerine Anayasa'nın devlete verdiği çevreyi koruma yükümlülüğünü yerine getirecek alternatif bir tedbirin öngörülmediği belirtilerek kuralın “ÇED” yönünden Anayasa'nın 56. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

46. 3213 sayılı Kanun'un ek 15. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde bu Kanun kapsamında işletme izni veya Genel Müdürlükçe izin verilmiş rödovans sözleşmesi olmaksızın işletme izni alanı dışındaki mücavir sahalara yirmi metreye kadar taşmalar hariç olmak üzere, maden ocağı açılması, maden üretilmesi veya faaliyetleri durdurulmuş maden sahalarında üretim faaliyetlerinin durdurulmasına sebep olan durumların düzeltilmesi ve/veya işletme güvenliğine yönelik faaliyetlerin dışında üretim faaliyetinde bulunulması fiillerini işleyenlere üç yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası verileceği öngörülmüş olup anılan cümlede yer alan “...işletme izni alanı dışındaki mücavir sahalara yirmi metreye kadar...” ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

47. Dava konusu kuralla yapılan değişiklikle anılan Kanun'un ek 15. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “...mücavirdeki sahalara...” ibaresi, “...işletme izni alanı dışındaki mücavir sahalara yirmi metreye kadar...” şeklinde değiştirilmiştir. Türk Dil Kurumu Sözlüğü, mücaviri “yakın komşu olan” şeklinde tanımlamaktadır. Bu değişiklikle adli yaptırım öngörülen izinsiz yürütülen madencilik faaliyetlerinin yürütüldüğü alanlar açıklığa kavuşturulmuş, bir başka deyişle maddenin uygulama alanı bulacağı fiziki sınırlar netleştirilmiştir. Buna göre değişiklik öncesinde mücavir sahalara taşma durumunda herhangi bir yaptırım öngörülmemişken bu değişiklikle birlikte işletme izni alanına komşu olan sahalara yirmi metreye kadar taşmaların yaptırıma tabi olmadığı hükme bağlanmış, böylece işletme izni alanına komşu olan sahalara yirmi metreyi aşan taşmalar adli yaptırıma tabi fiiller kapsamına alınmıştır.

48. Öte yandan Kanun'un “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde işletme izni, bir madenin işletmeye alınabilmesi için izin olarak tanımlanmıştır. 10. maddenin sekizinci fıkrasının (h) bendinde ise işletme ruhsatlarında işletme izni olmadan ve/veya işletme izni alanı dışında maden üretilmesi veya sevk edilmesinin, haksız yere hak iktisabı sayılacağı düzenlenmiş, dokuzuncu fıkrasında ise bu maddede belirtilen şekilde ve/veya haksız yere iktisap edilen hakların geri alınacağı kurala bağlanmıştır.

49. Ayrıca Kanun'un 12. maddesinin yedinci fıkrasında ruhsatlı, ancak işletme izni olmadan aynı grupta üretim yapıldığının tespiti hâlinde, faaliyetlerin durdurularak üretilen madene el konulacağı, bu fiili işleyen kişilere ödenmesi gereken devlet hakkına ilaveten bu fıkra kapsamında üretilmiş olup el konulan ve/veya el konulma imkânı ortadan kalkmış olan tüm madenin, ocak başı satış bedelinin beş katı tutarında idari para cezası uygulanacağı, bu fıkranın ihlalinin tekrarı hâlinde ise madenin ocak başı satış bedelinin on katı tutarında idari para cezası uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

50. Buna göre işletme izni olmadan madencilik faaliyetinde bulunulması durumunda Kanun'da öngörülen tek yaptırım ek 15. maddede düzenlenen adli yaptırım olmayıp Kanun'un diğer maddelerinde bu faaliyetlerin tespiti hâlinde izlenecek yol ve uygulanacak yaptırımlara ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

51. ÇED raporu alınmadan madencilik faaliyetinde bulunulmasına ilişkin olarak ise Kanun'un 7. maddesinin yirmi birinci fıkrasında çevresel etki değerlendirmesi ile ilgili karar, işyeri açma ve çalışma ruhsatı, mülkiyet izni olmadan veya on üçüncü fıkraya aykırı faaliyette bulunulduğunun tespiti hâlinde idari para cezası uygulanarak bu alandaki işletme faaliyetlerinin durdurulacağı, bu ihlalleri tespit eden kamu kurum ve kuruluşunun diğer ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına durumu bildireceği, bu ihlallerin ilk tespit tarihinden itibaren, ilk tespit dâhil üç yıl içinde üç kez yapıldığının tespiti hâlinde ise ruhsatın iptal edileceği öngörülmüştür.

52. Bu itibarla işletme izni olmadan veya ÇED raporu alınmadan madencilik faaliyeti yürütülmesi durumunda izlenecek yol ve uygulanacak yaptırımlara ilişkin düzenlemelerin de Kanun'da yer aldığı gözetildiğinde kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kaçak maden ocağı işletilmesine ilişkin faaliyetlerin önlenmesi amacıyla ihdas edilen maddenin uygulama alanını belirleyen ve maddenin uygulama alanını ve kapsamını daraltmayan kuralın, madencilik faaliyetlerinin yerine getirilmesi sırasında alınması öngörülen ÇED raporunun sağladığı güvenceleri ortadan kaldırdığı söylenemez.

53. Buna göre kural, Anayasa'nın 56. maddesinin bir tatbik biçimi olan ÇED raporu güvencesini ortadan kaldırmamakta ve madencilik faaliyetleri açısından "*ÇED raporu*" yönünden Anayasa'nın devlete yüklediği çevreyi koruma yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmemektedir.

54. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 56. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Ç. Kanun'un 9. Maddesiyle 4646 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 1. Maddenin İkinci Fıkrasının Üçüncü Cümlesinin ve Üçüncü Fıkrasının Birinci Cümlesi ile İkinci Cümlesinin "...8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,..." Bölümünün İncelenmesi

1. Ek 1. Maddenin İkinci Fıkrasının Üçüncü Cümlesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

55. Dava dilekçesinde özetle; 4646 sayılı Kanun'un dava konusu kuralın da yer aldığı ek 1. maddesi kapsamındaki devirlere ilişkin bütün iş ve işlemlerin damga vergisi dâhil her türlü vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden istisna tutulmasında kamu yararının bulunmadığı, ayrıca kuralla öngörülen durumun verginin kanuniliği ile vergide genellik ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 73. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

56. Dava konusu kural, 4646 sayılı Kanun'un ek 1. maddesi kapsamında yapılan devirlere ilişkin bütün devir, temlik ve intikal işlemleri ile bu işlemlerden doğan kazançlar ve bu işlemlerle ilgili olarak düzenlenecek her türlü sözleşme, protokol ve kâğıtların damga vergisi dâhil her türlü vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden istisna tutulduğunu hükme bağlamaktadır.

57. Kanun'un 1. maddesiyle 3065 sayılı Kanun'a eklenen geçici 41. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...katma değer vergisinden müstesnadır." ibaresinin Anayasa'ya uygunluk denetimi bölümünde belirtilen gerekçeler bu kural yönünden de geçerlidir.

58. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

2. Üçüncü Fıkrasının Birinci Cümlesi ile İkinci Cümlesinin "...8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,..." Bölümü

a. İptal Talebinin Gerekçesi

59. Dava dilekçesinde özetle; 4646 sayılı Kanun'un ek 1. maddesi çerçevesinde kurulan şirketlerin ihale kanunlarına tabi olmaksızın yurt içinde ve yurt dışında faaliyetlerini yürütmelerine imkân tanındığı, bu durumun kamu kaynaklarının kullanılmasında saydamlığı, doğru, etkin ve verimli kaynak kullanımını gerçekleştirme amacına hizmet etmediği, kamu ihalelerinde rekabetçi bir ortamın yaratılmasının zorunlu olduğu, kuralların bu hâliyle kamu yararı amacı taşımadığı, bu şirketler tarafından yapılacak ihalelere ilişkin usul ve esasların belirlenmesinin tamamen idarenin takdirine bırakılmasının yasama yetkisinin devredilemezliği ve hukuki belirlilik ilkeleriyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

60. 4646 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin üçüncü fıkrasında bu madde uyarınca kurulan şirketler hakkında uygulanmayacak kanun ve kanun hükmünde kararnameler belirtilmiş olup dava konusu kurallarla 11/9/1981 tarihli ve 2522 sayılı Kamu Kuruluşlarının Yurt Dışındaki İhalelere Katılması Hakkında Kanun, 2886 sayılı Kanun ile ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri hariç 4734 sayılı Kanun hükümleri de bu kanunlar arasında sayılmıştır. Anılan fıkranın "*Kurulan şirketler, işletme konusu dâhilinde olmak kaydıyla 11/9/1981 tarihli ve 2522 sayılı Kamu Kuruluşlarının Yurt Dışındaki İhalelere Katılması Hakkında Kanuna tabi olmaksızın yurt içinde ve yurt dışında gereken faaliyetleri yürütmeye yetkilidir.*" şeklindeki birinci cümlesi ile ikinci cümlesinin "...8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,..." bölümü dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

61. Kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ilke olarak 4734 sayılı Kanun kapsamında; satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlemleri ise 2886 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütülmektedir. Ayrıca 2522 sayılı Kanun'da kamu kuruluşlarının faaliyet alanlarına giren konularda yurt dışında yapılacak ihalelere katılabilmelerine ilişkin usul ve esasları tespit etmeye Cumhurbaşkanı'nın yetkili olduğu belirtilmiştir.

62. 2886 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasında bu Kanun'un yürütülmesinde ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasının ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanmasının esas olduğu hükme bağlanmıştır. Ayrıca mal ve hizmet alımı ihaleleri ile ilgili olarak 4734 sayılı Kanun'da saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik ve kamuoyu denetimi ilkeleri esas alınmıştır. Benzer şekilde 2522 sayılı Kanun kapsamında kamu kuruluşlarının faaliyet alanlarına giren konularda yurt dışında yapılacak ihalelere katılabilmeleri hususunda da anılan ilkelerin gözönünde bulundurulması gerektiği tabidir.

63. Buna göre kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerin gerek 2886 sayılı Kanun gerekse 4734 sayılı Kanun'da esas alınan saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik ve kamuoyu denetimi ilkelerine uygun bir şekilde yapılmasının hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacını gerçekleştirmek açısından bir zorunluluk olduğu açıktır. Bunun yanı sıra kamu ihalelerinde kamu yararı amacını gerçekleştirmeye yönelik söz konusu ilkelerin anayasal anlamda *idare* olarak kabul edilebilecek kamu kurum ve kuruluşları ile kamu tüzel kişileri yönünden uygulanabilir olduğu, anayasal kriterlere göre *kamu tüzel kişiliği* olarak tanımlanamayacak özel hukuk tüzel kişilerin mal ve hizmet alımlarında kamu kurumlarına özgü ihale usullerini uygulamalarının zorunlu olmadığı ve söz konusu alımları özel hukuk hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilebileceği de tabidir.

64. Öte yandan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu tüzel kişileri tarafından kamu sermayesi kullanılarak kurulan ve Anayasa Mahkemesinin belirlediği kriterlere göre *kamu tüzel kişiliği* vasfını taşımayan özel hukuk hükümlerine tabi şirketlerin mal ve hizmet alımlarında kamu kurumlarına özgü ihale usullerini uygulamalarının zorunlu olduğu yönünde yorum yapılması, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu tüzel kişileri tarafından özel hukuk hükümleri çerçevesinde faaliyet gösterecek bu tür şirketlerin kurulmasının Anayasa'ya aykırı olduğunun kabulü sonucunu doğurur ki Anayasa Mahkemesinin bu yönde yerleşik bir içtihadı da bulunmamaktadır.

65. Bu durumda öncelikle 4646 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin birinci fıkrası uyarınca kurulan şirketlerin kamu tüzel kişiliğine sahip olup olmadıklarının belirlenmesi gerekmektedir.

66. Anayasa'da veya Anayasa'yla yetkili kılınan organlarca çıkarılan düzenlemelerde (kanun/Cumhurbaşkanlığı kararnamesi) açıkça *kamu tüzel kişisi* olarak nitelenen kuruluşların kamu gücünün parçası olduğunda tartışma yaşanmamaktadır (*Aydın İmar Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi* [GK], B. No: 2018/10972, 29/7/2022, § 33). Bununla birlikte sadece ilgili mevzuatta kamu tüzel kişisi olduğu açıkça belirtilen kuruluşlar değil Anayasa'da ya da Anayasa'yla yetkili kılınan organlarca çıkarılan düzenlemelerde kamu tüzel kişisi olduğu açıkça belirtilmeyen hatta özel hukuk tüzel kişisi olarak tanımlanan ancak *kamuyla bağlantılı bulunan tüzel kişiler* de kamu gücünün bir parçası olarak kabul edilmektedir (*Kemal Kılıç* [GK], B. No: 2019/16400, 28/7/2022, § 39).

67. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında vurguladığı üzere bir tüzel kişiliğin özel hukuk hükümlerine tabi olması tek başına onun kamu gücünün bir parçası, dolayısıyla kamuyla bağlantılı olup olmadığı noktasında belirleyici olmaz (AYM, E.2013/49, K.2013/125, 31.10.2013; E.2014/177, K.2015/49, 11/6/2015; ayrıca bireysel başvuru kapsamında verilen karar için bkz. *Ayla Demir İşat* [GK], B. No: 2018/24245, 8/10/2020, § 113). Kamu gücüyle donatılan, dolayısıyla *kamuyla bağlantılı özel hukuk tüzel kişileri* de kamu gücünün bir parçasıdır (*Aydın İmar Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi* [GK], § 35).

68. Bir tüzel kişiliğin kamuyla bağlantılı olup olmadığı değerlendirilirken sadece ilgili kanundaki tanımlamaya bakılmamalı; (1) yürüttüğü hizmetin niteliği, (2) kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılıp donatılmadığı (kamu gücünün kullanımına katılıp katılmadığı), (3) idari ve fiilî yönden kamu otoritelerinden bağımsızlığının derecesi de gözönünde bulundurulmalıdır (*Aydın İmar Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi*, § 36; *Kemal Kılıç*, § 41).

69. Tüzel kişiliğin yürüttüğü hizmetin kamusal yönünün bulunup bulunmadığı ve tekel biçiminde, rekabete kapalı olarak icra edilip edilmediği önem taşımaktadır. Ayrıca tüzel kişiliğin kazanç gütmeye amacını taşıyıp taşımadığı da irdelenecek kriterlerden biridir (*Aydın İmar Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi*, § 37; *Kemal Kılıç*, § 42).

70. Tüzel kişiliğin kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılıp donatılmadığı ise tek yanlı işlemler yapma yetkisi, resen icra yetkisi, işlemlerinin hukuka uygunluk karinesinden yararlanıp

yararlanmadığı, mallarının statüsü ve haczedilebilirliği, alacakları için özel bir statü öngörülüp öngörülmediği, personelinin statüsü, zorunlu üyelik ve zorunlu aidat uygulamasının bulunup bulunmadığı, işlem ve eylemlerinin kamu hukuku kuralları çerçevesinde idari yargı kolunda denetlenip denetlenmediği gibi unsurlar dikkate alınır (*Aydın İmar Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi*, § 38; *Kemal Kılıç*, § 43).

71. Kamu gücünün kullanımına katılmasa bile bir tüzel kişilik kamu otoritelerine bağımlı olarak faaliyetlerini yürütüyorsa bu takdirde söz konusu tüzel kişiliğin kamuyla bağlantılı olduğu sonucuna ulaşılabilir. Tüzel kişiliğin kamu otoritelerinden yeterli ölçüde bağımsız olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınacak kriterlerin tüketici bir biçimde önceden belirlenmesi mümkün olmadığından her somut olayın kendi şartları içinde değerlendirmesi yapılmalıdır. Bu bağlamda yapılacak değerlendirmede; kuruluş senedi veya ana sözleşmesinin kamusal işlemlerle onaylanıp onaylanmadığı, kamusal kararlara dayalı olarak tasfiyeye tabi olup olmadığı, faaliyetlerinin finansmanı için büyük ölçüde kamu kaynaklarını kullanıp kullanmadığı, finansmanın kamu dışındaki aktörlerce sağlanıp sağlanmadığı, faaliyetlerini nasıl yürüteceğinin kamu makamlarınca belirlenip belirlenmediği, faaliyetlerinde kamu mülklerini kullanıp kullanmadığı, mal varlığı üzerinde devletin uygun gördüğü şekilde tasarrufta bulunup bulunmadığı, sermayesinin devlete ait olup olmadığı, yönetiminde siyasi otoritenin ağırlığının bulunup bulunmadığı, doğrudan devlet kurumlarının yönetimi altında olup olmadığı hususları dikkate alınır (*Aydın İmar Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi*, § 39; *Kemal Kılıç*, § 44).

72. Bu çerçevede 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK) 58. maddesinin (3) numaralı fıkrasında teşebbüslerin, bu KHK hükümleriyle bağılı olmaksızın yurt dışında şirket kurmalarına ve kurulmuş şirketlere iştirak etmelerine izin vermeye ve bu konularda ilgili esasları kurumlar itibarıyla belirlemeye Cumhurbaşkanı'nın yetkili olduğu hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda, Bakanlık ile ilgili Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketi (BOTAŞ) ve Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı (TPAO) gibi kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağılı ortaklıkları tarafından petrol, doğal gaz ve madencilik alanlarında faaliyet göstermek amacıyla yurt dışında şirketler kurulmuştur. Bu şirketler yurt içindeki faaliyetlerini ise açmış oldukları şubeler aracılığıyla yürütmüştür.

73. 4646 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Bakanlık ile ilgili kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunların bağılı ortaklıkları tarafından bu maddenin yürürlük tarihinden önce yurt dışında kurulan şirketlerin aktif ve pasifleriyle birlikte devralınabilmesi amacıyla Türkiye'deki şubelerinin bulunduğu yerlerde söz konusu şirketlerin ortaklarınca ayrı birer şirket kurulabileceği hükme bağlanmış ve anılan devir işlemlerinin tamamlanmasıyla beraber yurt dışında kurulan şirketlerin Türkiye'deki şubelerinin talep üzerine tasfiyesiz terkin olunacağı düzenlenmiştir.

74. Ayrıca söz konusu maddenin birinci fıkrasında bu şirketlerin, bu maddeye ve 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun bu maddeye aykırı olmayan hükümlerine göre Hazine ve Maliye Bakanlığının görüşü de alınmak suretiyle hazırlanacak esas sözleşmelerinin tescil ve ilanıyla faaliyete geçeceği hükme bağlanmış; üçüncü fıkrada ise kurulan şirketlerde 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi personelin istihdam edileceği düzenlemesine yer verilmiştir.

75. Buna göre 4646 sayılı Kanun'un ek 1. maddesi uyarınca daha önce yurt dışında faaliyet göstermekte iken Türkiye'de faaliyetlerine devam etmeleri amacıyla Türkiye'de kurulan şirketler özel bir kanunla kurulmuş veya resmî olarak idare teşkilatı içinde tanımlanmış birer tüzel kişilik olmayıp 233 sayılı KHK çerçevesinde özel hukuk hükümlerine tabi olarak kurulmakta ve faaliyet yürütmektedir. Ayrıca bu şirketler, resen icra yetkisi ve işlemlerinin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması gibi idareye tanınan ayrıcalıklarla donatılmamıştır. Bunun yanında Bakanlık ile ilgili kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunların bağılı ortaklıkları tarafından kurulmuş ise de söz konusu

şirketlerin tamamen özel hukuk hükümlerine tabi bir şekilde faaliyet sürdürdükleri, mali kaynaklarının kendi mal ve işletmeleri ile ticari faaliyetleri sonucunda elde edilen gelirlerinden oluştuğuna da dikkat çekmek gerekir.

76. Buna göre tabi olduğu hükümler ile kuruluş, işleyiş, yükümlülük, yetki ve ayrıcalıkları, personelinin statüsü ile işlem ve eylemlerinin kamu hukuku kuralları çerçevesinde yürütülmediği gözetildiğinde 4646 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin birinci fıkrası uyarınca kurulan şirketlerin kamu gücüyle donatılmadığı, faaliyetlerinin kanunla kamu hizmeti olarak tanımlanmadığı, gelir kaynaklarının büyük ölçüde ticari faaliyetleri sonucunda elde edilen gelirlerden oluştuğu dikkate alındığında söz konusu şirketlerin kamu tüzel kişisi olduğu sonucuna varılması mümkün görünmemektedir.

77. Buna göre dava konusu kurallarla, haklarında mal ve hizmet alımlarına ilişkin ihalelerde ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri hariç 4734 sayılı Kanun ile satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlemlerinde 2886 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı, ayrıca işletme konusu dâhilinde olmak kaydıyla 2522 sayılı Kanun'a tabi olmaksızın yurt içinde ve yurt dışında gereken faaliyetleri yürütebilecekleri hüküm altına alınan şirketler; işletme konuları, ticaret ünvanları, sermayeleri ve ortaklık payları aynı kalmak suretiyle, bu madde ve özel hukuk hükümlerine tabi olmak üzere kurulmaktadır. Enerji ihtiyacının karşılanması ve ülke genelinde ihtiyaç duyulan enerjinin tedarikinde sürekliliğin sağlanabilmesi önemli bir konudur. Bu nedenle rekabet ortamının yoğun olduğu enerji sektöründe karar alma ve harekete geçme süreçlerinin hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesi önem arz etmektedir.

78. Nitekim kuralın gerekçesinde de “...kurulacak şirketlerin özel hukuk hükümlerine tabi, özel sektörün sahip olduğu hızlı karar verme, harekete geçebilme, dünya piyasalarında rekabet edebilecek güce sahip işletmeler kurma ve yönetme, sonuç odaklı çalışabilme gibi esnek ve dinamik bir yapıya sahip olmalarının zaruret arz etmesi nedeniyle şirketlerin tabi olacağı ve muaf tutulacağı mevzuat hükümleri belirlenmektedir.” denilmektedir.

79. Özel hukuk hükümlerine tabi olmak üzere kurulabilecek bu şirketlerin yasal statülerinin bu şekilde belirlenmesi suretiyle özel sektörün sahip olduğu hızlı karar verme, harekete geçebilme avantajlarından yararlanmalarına ve kârlılık ile verimlilik ilkeleri kapsamında faaliyette bulunmalarına imkân tanınarak ülkenin enerji politikalarının gerçekleşmesine aktif bir şekilde katkı sağlamalarının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Benzer şekilde kurulan şirketlerin, işletme konusu dâhilinde olmak kaydıyla 2522 sayılı Kanun'a tabi olmaksızın yurt içinde ve yurt dışında gereken faaliyetleri yürütmeye yetkili kılınmasının da aynı amaca hizmet ettiği sonucuna varılmıştır.

80. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptalleri talebinin reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralların Anayasa'nın 7. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

D. Kanun'un 10. Maddesiyle 4734 Sayılı Kanun'un 3. Maddesinin Birinci Fıkrasının (m) Bendinde Yer Alan “...ithalat yoluyla yapılacak spot sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) alımları,” İbaresinin “...yapılacak her türlü doğal gaz alımları,” Şeklinde Değiştirilmesinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

81. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralla BOTAŞ tarafından yapılacak her türlü doğal gaz alımlarının 4734 sayılı Kanun'dan istisna tutulmasının kamu kaynaklarının kullanılmasında saydamlığı, doğru, etkin ve verimli kaynak kullanımını gerçekleştirme amacıyla çeliştiği, kamu ihalelerinde rekabetçi bir ortamın yaratılmasının zorunlu olduğu, kuralın bu hâliyle kamu yararı amacı taşımadığı, BOTAŞ tarafından yapılacak ihalelere ilişkin usul ve esasların belirlenmesinin tamamen idarenin takdirine bırakılmasının yasama yetkisinin devredilemezliği ve hukuki belirlilik ilkeleriyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

82. Dava konusu kuralla 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (m) bendine göre BOTAŞ tarafından yapılacak her türlü doğal gaz alımları ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç anılan Kanun'a tabi olmadığı hükme bağlanmış olup söz konusu bentte yer alan "...yapılacak her türlü doğal gaz alımları." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır. BOTAŞ'ın kamu tüzel kişiliğini haiz bulunduğu ve anayasal anlamda "idare" niteliğinde olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

83. Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik bir devlet olduğu belirtilmiş, anılan maddeye ilişkin olarak Danışma Meclisinin kabul ettiği metnin gerekçesinde ise "*Demokrasi, egemenliğin millete ait olduğu bir siyasi rejimdir.*" denilmiştir. Demokratik devlette kamu kaynakları ve bu kaynakların kullanılmasına ilişkin yetki esas itibarıyla egemenliğin sahibi olan millete ait olduğundan idare, kurum ya da kuruluşların kamu kaynaklarını kullanırken tabi olacağı hükümlerin hesap verme yükümlülüğüne uygun şekilde düzenlenmesi gerekir (AYM, E.2019/93, K.2023/87, 4/5/2023, § 42).

84. Öte yandan kamu kaynağı kullanan idare, kurum ve kuruluşların mali işlemlerinin denetlenmesi anılan kaynağın kamu yararına uygun kullanılması ve esas sahibi olan topluma hesap verilmesini sağlamak bakımından *demokratik devlet* ilkesinin gereğidir. Başka bir ifadeyle demokratik devlet denetime açık ve şeffaf bir mali düzen kurmak, kişilerden kamu gücü kullanılarak toplanan vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle yaratılan kaynağın kamu yararına uygun şekilde harcanmasını güvence altına alan yöntemleri geliştirmekle yükümlüdür (AYM, E.2019/93, K.2023/87, 4/5/2023, § 81).

85. Ayrıca Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan eşitlik ilkesi teşebbüslerin devlete mal ve hizmet satımında fırsat eşitliği içinde yarışabilmesini zorunlu kılmaktadır. Kuşkusuz nesnel ve meşru sebeplerin bulunması hâlinde teşebbüsler arasında durumun gerektirdiği ölçüde farklılıkların oluşturulması, bu bağlamda kamuya mal ve hizmet satımında objektif şartlara dayanan birtakım kriterlerin belirlenmesi mümkündür. Ancak belirlenecek şartların teşebbüsler arasında fırsat eşitliğini ortadan kaldıracak mahiyette olmaması gerekir (AYM, E.2021/27, K.2023/26, 16/2/2023, § 67).

86. Bu itibarla saydamlık, hesap verilebilirlik ve fırsat eşitliği ilkelerinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerinden kaynaklanan, kamunun mal ve hizmet alımlarında dikkate alınması gereken anayasal ilkeler olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla kamu kaynağı kullanan kamu kurumlarının mal ve hizmet alımlarının saydamlık, hesap verilebilirlik ve fırsat eşitliği ilkelerine dayalı olarak gerçekleştirilmesi anayasal bir zorunluluktur (AYM, E.2021/27, K.2023/26, 16/2/2023, § 68).

87. Anayasa'nın 2. maddesi kapsamında hukuk devleti ilkesinin unsurları arasında yer alan *hukuki güvenlik* ilkesi kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlarken belirlilik ilkesi ise kanunların hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer

vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.

88. Belirlilik ilkesi; düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesini değil bunların kanun metninde kurallaştırılmasını gerekli kılar. Kurallaştırma ise düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Buna karşılık söz konusu düzenlemelerin tamamının aynı kanunda yapılması zorunlu olmayıp incelenen kanun dışındaki kanunlar ya da başka kanunlarla yapılmış olması da belirlilik ilkesi açısından yeterlidir.

89. Kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri kural olarak 4734 sayılı Kanun kapsamında yürütülmektedir. Mal ve hizmet alımı ihaleleri ile ilgili olarak anılan Kanun'da saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik ve kamuoyu denetimi ilkeleri esas alınmıştır. Kamu ihalelerinde bu Kanun'un uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa hükmü bulunmadığından kanun koyucunun kamu ihaleleri yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel yoktur (AYM, E.2017/33, K.2019/20, 10/4/2019, § 102). Bununla birlikte kanun koyucunun belirleyeceği usullerin saydamlık, hesap verilebilirlik ve fırsat eşitliği ilkelerini temin etmesi anayasal bir mecburiyettir (AYM, E.2021/27, K.2023/26, 16/2/2023, § 72; AYM, E.2020/11, K.2023/98, 18/05/2023, § 126).

90. Dava konusu kuralla mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihaleleri yönünden 4734 sayılı Kanun'un kapsamına giren BOTAŞ'ın mevcut portföyünün dışında, her türlü doğal gaz alımları 4734 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarılmaktadır.

91. BOTAŞ, 233 sayılı KHK'ya tabi olarak iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyetlerini yürüten, tüzel kişiliği haiz, sermayesinin tamamı devlete ait, sorumluluğu sermayesi ile sınırlı, iktisadi devlet teşekkülü statüsünde faaliyet gösteren bir kamu iktisadi teşebbüsüdür. BOTAŞ'ın hukuki statüsü ile birlikte kuruluş amacı ve faaliyet konuları, 17/4/1995 tarihli ve 22261 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketi Anastatüsü'nde belirlenmiştir.

92. Anılan Anastatü'nün 4. maddesine göre BOTAŞ, Türkiye içinde ve dışında her türlü petrol ve petrol ürünleri ile doğal gaz boru hatlarını inşa etmek, ettirmek, inşa edilmiş boru hatlarını devralmak, satın almak veya kiralamak, boru hatları ile petrol, petrol ürünleri ve doğal gaz nakliyatında bulunmak ve anılan boru hatlarında nakledilecek ham petrol ve doğal gazı satın almak ve satmak, yurt dışında petrol ve doğal gazın teminine yönelik arama, sondaj, üretim, taşıma, depolama ve rafinaj gibi tüm petrol ameliyelerini yapmak amacıyla kurulmuştur.

93. Buna göre petrol ve petrol ürünleri ile doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren BOTAŞ'ın enerji ihtiyacının temininde doğal gaz enerjisinin diğer mallara göre daha kısıtlı depolanma imkânına sahip olduğu hususu ve doğal gaz piyasasının kendine özgü şartları gözetilerek hızlı hareket etme ve acil kararlar alma zorunluluğu nedeniyle her türlü doğal gaz alımlarına ilişkin ihalelerin süratle yapılması amacıyla farklı usullerin benimsenmesi anlaşılabilir bir durumdur.

94. Bununla birlikte kuralın anayasallık denetiminde değerlendirilmesi gereken asıl mesele, BOTAŞ'ın hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağı ve öngörülen usullerin saydamlık, hesap verilebilirlik ve fırsat eşitliği ilkelerini temin ettiğinin belirli olup olmadığıdır. Kuralda söz konusu mal ve hizmetler 4734 sayılı Kanun'dan istisna tutulmakla birlikte buna ilişkin herhangi başka bir usul de düzenlenmemiştir. BOTAŞ'ın söz konusu mal ve hizmet alımlarında hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağı belirli değildir. Bu durumda istisna getirilen alana ilişkin ihalelerde saydamlık, hesap verilebilirlik, fırsat eşitliği ve öngörülebilirlik ilkelerinin güvenceye alındığı söylenemez.

95. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kadir ÖZKAYA, Muammer TOPAL, Yıldız SEFERİNOĞLU, İrfan FİDAN ve Muhterem İNCE bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 7. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

E. Kanun'un 11. Maddesiyle 4734 Sayılı Kanun'un Geçici 4. Maddesinin Beşinci Fıkrasının İkinci Cümlesine Eklenen "...ve Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketinin ve bu şirketlerin bağlı ortaklıkları ile yurt dışında kurdukları şirketlerin..." İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

96. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralla BOTAŞ ve bu şirkete bağlı ortaklıklar ile yurt dışında kurdukları şirketlerin petrol ve doğal gaz arama, sondaj, üretim, taşıma, depolama ve gazlaştırma faaliyetleri ile ilgili olarak yapılacakları her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihalelerinin parasal limit olmaksızın 4734 sayılı Kanun'dan istisna tutulmasının kamu kaynaklarının kullanılmasında saydamlığı, doğru, etkin ve verimli kaynak kullanımını gerçekleştirme amacıyla çeliştiği, kuralın bu hâliyle kamu yararı amacı taşımadığı, ayrıca yasama yetkisinin devredilemezliği ve hukuki belirlilik ilkeleriyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a. "...ve Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketinin ve bu şirketlerin bağlı ortaklıkları ile ..." İbaresini

97. 4734 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinde anılan Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde yer alan parasal limitin, TPAO'nun, BOTAŞ'ın ve bu şirketlerin bağlı ortaklıkları ile yurt dışında kurdukları şirketlerin petrol ve doğal gaz arama, sondaj, üretim, taşıma, depolama ve gazlaştırma faaliyetleriyle ilgili olarak yapılacakları her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde uygulanmayacağı öngörülmüştür. Söz konusu cümlede yer alan "...ve Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketinin ve bu şirketlerin bağlı ortaklıkları ile..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

98. Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde, 2. maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların ticari ve sınai faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki mal ve hizmet alımlarından, yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli iki trilyon üç yüz milyar Türk lirasını (2023 yılı için bu bedel 66.224.498 Türk lirası olarak belirlenmiştir) aşmayanlarının ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç olmak üzere 4734 sayılı Kanun'a tabi olmadığı hükme bağlanmıştır.

99. Kural uyarınca anılan parasal limit, BOTAŞ ile BOTAŞ ve TPAO'nun bağlı ortaklıklarının petrol ve doğal gaz arama, sondaj, üretim, taşıma, depolama ve gazlaştırma faaliyetleri ile ilgili olarak yapılacakları her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde uygulanmayacak olması nedeniyle parasal miktarı ne olursa olsun bu kapsamdaki alım ve yapım işlerinde ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç olmak üzere 4734 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır.

100. Kuralda söz konusu mal ve hizmetler anılan Kanun'dan istisna tutulmakla birlikte buna ilişkin herhangi başka bir usul düzenlenmemiştir. BOTAŞ ile BOTAŞ ve TPAO'nun bağlı ortaklıklarının söz konusu mal ve hizmet alımlarında hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağı belirli değildir. Bu durumda istisna getirilen alana ilişkin ihalelerde saydamlık, hesap verilebilirlik, fırsat eşitliği ve öngörülebilirlik ilkelerinin güvenceye alındığı söylenemez.

101. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kadir ÖZKAYA, Muammer TOPAL, Yıldız SEFERİNOĞLU, İrfan FİDAN ve Muhterem İNCE bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 7. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

b. "...yurt dışında kurdukları şirketlerin..." İbaresesi

102. Dava konusu kuralın da yer aldığı 4734 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...yurt dışında kurdukları şirketlerin..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

103. Kural uyarınca anılan Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde belirtilen parasal limit, BOTAŞ ve TPAO'nun yurt dışında kurdukları şirketlerin petrol ve doğal gaz arama, sondaj, üretim, taşıma, depolama ve gazlaştırma faaliyetleri ile ilgili olarak yapılacakları her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde uygulanmayacak olması nedeniyle parasal miktarı ne olursa olsun bu kapsamdaki alım ve yapım işlerinde ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç olmak üzere 4734 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır.

104. 7257 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle 4646 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesi ile ikinci cümlesinin "...8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,..." bölümünün Anayasa'ya uygunluk denetimi bölümünde belirtilen gerekçeler bu kural yönünden de geçerlidir.

105. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 7. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

F. Kanun'un 19. Maddesiyle 5346 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 7. Maddenin İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

106. Dava konusu kuralda, 5346 sayılı Kanun'un geçici 7. maddesinin yürürlük tarihinden önce yapılan yarışmalar kapsamında sıfır veya sıfırdan küçük teklif fiyatı ile kapasite tahsis edilen tüzel kişilerin, yerli katkı fiyatlarından faydalanamayacağı hükme bağlanmıştır.

107. 6446 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (4) numaralı fıkrasında rüzgâr veya güneş enerjisine dayalı elektrik üretim tesisi kurulması için yapılan ön lisans başvurularının değerlendirilmesine ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Anılan fıkranın (ç) bendinde değerlendirmede aynı bağlantı noktasına ve/veya aynı bağlantı bölgesine bağlanmak için birden fazla başvurunun

bulunması hâlinde başvurular arasından ilan edilen kapasite kadar sisteme bağlanacak olanları belirlemek için Türkiye Elektrik İletim A.Ş. (TEİAŞ) tarafından, 5346 sayılı Kanun kapsamında Yenilenebilir Enerji Kaynakları Destekleme Mekanizmasından (YEKDEM) yararlanabileceği sürelerde geçerli olmak ve aynı Kanun'a ekli (II) sayılı Cetvel'de belirtilen hakları da saklı olmak üzere 5346 sayılı Kanun'a ekli (I) sayılı Cetvel'de yer alan fiyatlar üzerinden en düşük fiyatın teklif edilmesi esasına dayanan yarışmanın yapılacağı, eşitlik hâlinde uygulanacak hususlar ile yarışmaya ilişkin usul ve esasların TEİAŞ tarafından teklif edilen ve Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (Kurum) tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

108. Dava konusu kuralda belirtilen *bu maddenin yürürlük tarihinden önce yapılan yarışmalar*, 6446 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (4) numaralı fıkrasının (ç) bendinde belirtilen rüzgâr veya güneş enerjisine dayalı elektrik üretim tesisi kurulması için yapılan ön lisans başvurularının değerlendirilmesi amacıyla yapılan yarışmalardır. Ayrıca kuralda yer alan *yerli katkı fiyatları* ise 5346 sayılı Kanun'un eki (II) sayılı Cetvel'de belirlenen fiyatları ifade etmektedir.

109. 6446 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (4) fıkrasına dayanılarak 13/5/2017 tarihli ve 30065 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *Rüzgâr veya Güneş Enerjisine Dayalı Üretim Tesisi Kurmak Üzere Yapılan Önlisans Başvurularına İlişkin Yarışma Yönetmeliği* yürürlüğe girmiştir.

110. Söz konusu Yönetmelik'in "*Yarışma ve kapasite tahsisi esasları*" başlıklı 4. maddesinin (3) numaralı fıkrasında *teklif fiyatının*, 5346 sayılı Kanun'un eki (I) sayılı Cetvel'de kaynak bazında yer alan fiyata eşit veya bu fiyattan düşük olacağı, teklif fiyatının sıfır veya başlangıç değeri -0,01 ABD doları cent/kWh olmak kaydıyla eksi sayı şeklinde sıfırdan küçük verilebileceği düzenlenmiştir. Böylece *sıfır veya sıfırdan küçük teklif fiyatı* esasına dayalı yarışma usulü benimsenmiştir.

111. Anılan maddenin (5) numaralı fıkrasında sıfır veya sıfırdan küçük teklif fiyatı ile kapasite tahsis edilen tüzel kişinin, söz konusu Kanun kapsamında YEKDEM'den yararlanması hâlinde Kanun'un eki (II) sayılı Cetvel'de belirtilen hakları ile varsa katılım bedeli ödeme yükümlülükleri saklı kalmak kaydıyla, Kanun'un eki (I) sayılı Cetvel de kaynak bazında öngörülen fiyattan yararlanamayacağı ve bu durumda uygulanacak YEKDEM fiyatının tespitinde teklif fiyatının Kanun'un eki (II) sayılı Cetvel kapsamında belirlenecek bedelden mahsup edilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

112. Maddenin (6) numaralı fıkrasında ise teklif fiyatı sıfır veya sıfırdan küçük olan ilgili tüzel kişinin, Kanun kapsamında YEKDEM'den yararlanmaması hâlinde, varsa katılım bedeli ödeme yükümlülükleri saklı kalmak kaydıyla, Kanun'un eki (II) sayılı Cetvel'de belirtilen fiyattan da (yerli katkı fiyatları) yararlanamayacağı düzenlenmiştir.

2. İptal Talebinin Gerekçesi

113. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın yürürlük tarihinden önce yapılan rüzgâr veya güneş enerjisine dayalı üretim tesisi kurmak üzere yapılan ön lisans başvurularına ilişkin yarışmalar kapsamında sıfır veya sıfırdan küçük teklif fiyatı ile kapasite tahsis edilen tüzel kişilerin yerli katkı fiyatlarından faydalanamayacağı düzenlenmek suretiyle yarışma şartlarının sonradan değiştirildiği, bu durumun yatırımcılar açısından ağır ve katlanılamaz bir yük oluşturduğu, bu hâliyle kuralın hukuk devletinin ilkelerinden hukuki güvenlik ve kazanılmış haklara saygı ilkelerini ihlal ettiği, kanunların geriye yürümezliği ilkesiyle bağdaşmadığı, ayrıca hukuken korunması gereken haklı beklentilerin kanun koyucu tarafından gözetilmediği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

114. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 35. maddesi yönünden incelenmiştir.

115. Anayasa'nın 35. maddesinde "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir./Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir./ Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*" denilmektedir.

116. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Bu bağlamda mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı aynı haklar ile fikrî hakların yanı sıra icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir (*Mahmut Duran ve diğerleri*, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60).

117. Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı mevcut mal, mülk ve varlıkları koruyan bir güvencedir. Bir kişinin hâlihazırda sahibi olmadığı bir mülkün mülkiyetini kazanma beklentisi -kişinin bu konudaki menfaati ne kadar güçlü olursa olsun- Anayasa ile korunan mülkiyet kavramı içinde değildir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki Anayasa'nın 35. maddesi soyut bir temele dayalı olarak mülkiyete erişmeyi ve mülkiyeti edinmeyi değil mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır. Bu hususun istisnası olarak belirli durumlarda bir *ekonomik değer* veya icrası mümkün bir *alacağı* elde etmeye yönelik *meşru bir beklenti* Anayasa'da yer alan mülkiyet hakkı güvencesinden yararlanabilir (*Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi*, B. No: 2012/636, 15/4/2014, §§ 36, 37; *Mehmet Şentürk* [GK], B. No: 2014/13478, 25/7/2017, §§ 41, 53; *Mustafa Ateşoğlu ve diğerleri*, §§ 52-54).

118. Meşru beklenti objektif temelden uzak bir beklenti olmayıp belirli bir kanun hükmüne veya başarılı olma ihtimalinin yüksek olduğunu gösteren yerleşik bir yargı içtihadına ya da aynı menfaatle ilgili hukuki bir işleme dayanan yeterli derecede somut nitelikte bir beklentidir (*Selçuk Emiroğlu*, B. No: 2013/5660, 20/3/2014, § 28; *Mehmet Şentürk*, § 42). Temelsiz bir hak kazanma beklentisi veya sadece mülkiyet hakkı kapsamında ileri sürülebilir bir iddianın varlığı meşru beklentinin kabulü için yeterli değildir (*Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi*, § 37).

119. 6446 sayılı Kanun çerçevesinde, rüzgâr veya güneş enerjisine dayalı üretim tesisi kurmak üzere yapılan ön lisans başvurularından aynı bağlantı bölgesine bağlanmak için ilan edilen kapasiteden fazla başvuru bulunması hâlinde ve/veya aynı sahaya birden fazla başvuru bulunması durumunda başvurular arasından ilan edilen kapasite kadar sisteme bağlanacak olanları belirlemek için TEİAŞ tarafından, en düşük fiyatın teklif edilmesi esasına göre yarışmalar yapılabilmektedir. Bu yarışmalarda *sıfır veya sıfırdan küçük teklif fiyatı* verilmesi mümkündür. Anılan Kanun'un 7. maddesinin (4) numaralı fıkrasının (ç) bendinde; bu yarışmaların, 5346 sayılı Kanun kapsamında YEKDEM'den yararlanılabilecek sürelerde geçerli olmak ve aynı Kanun'a ekli (II) sayılı Cetvel'de belirtilen hakları da saklı olmak üzere 5346 sayılı Kanun'a ekli (I) sayılı Cetvel'de yer alan fiyatlar üzerinden en düşük fiyatın teklif edilmesi esasına dayalı olarak yapılacağı düzenlemesine yer verilmiştir.

120. Buna göre anılan Kanun'da belirtilen yarışmalar, rüzgâr veya güneş enerjisine dayalı elektrik üretim tesisi kurulması için yapılan ön lisans başvurularının değerlendirilmesi amacıyla yapılan yarışmalardır. Yarışma sonucunda kapasite tahsis edilen tüzel kişilerin daha sonra rüzgâr veya güneş enerjisine dayalı elektrik üretim tesisi kurması ve üretim lisansı almak suretiyle faaliyetlerine başlaması beklenmektedir. 5346 sayılı Kanun'un eki (II) sayılı Cetvel'de belirtilen yerli katkı fiyatlarından yararlanmak, yapılan yarışma sonucunda kendisine kapasite tahsis edilen tüzel kişilere üretim lisansı almaları hâlinde tanınmış bir imkândır. Anılan Kanun'un geçici 7.

Esas Sayısı : 2021/14

Karar Sayısı : 2023/173

maddesinin yürürlük tarihinden önce yapılan bu yarışmalar kapsamında sıfır veya sıfırdan küçük teklif fiyatı ile kapasite tahsis edilen tüzel kişilerin yararlanma imkanının bulunduğu yerli katkı fiyatlarının *ekonomik bir değer* ifade ettiği açıktır.

121. Bununla birlikte bu imkândan yararlanabilmek için sıfır veya sıfırdan küçük teklif fiyatı ile kapasite tahsis edilen tüzel kişiler açısından bir ayırım yapılmamış, ayrıca sıfır veya sıfırdan küçük teklif fiyatı ile kapasite tahsis edilen tüzel kişilerin Kanun'un eki (II) sayılı Cetvel'de belirtilen yerli katkı fiyatlarından yararlanabilmeleri hususunda Kanun'da bir kısıtlama öngörülmemiştir.

122. Öte yandan Kanun'un "*Yerli ürün kullanımı*" başlıklı 6/B maddesinin birinci fıkrasında ise lisans sahibi tüzel kişilerin bu Kanun kapsamındaki yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı ve 30/6/2021 tarihinden önce işletmeye giren üretim tesislerinde kullanılan mekanik ve/veya elektro-mekanik aksamın yurt içinde imal edilmiş olması hâlinde; bu tesislerde üretilerek iletim veya dağıtım sistemine verilen elektrik enerjisi için, (I) sayılı Cetvel'de belirtilen fiyatlara, üretim tesisinin işletmeye giriş tarihinden itibaren beş yıl süreyle; bu Kanun'a ekli (II) sayılı Cetvel'de belirtilen fiyatların ilave edileceği, 30/6/2021 tarihinden sonra işletmeye girecek yerli aksam kullanan, YEK Belgeli üretim tesisleri ile tüketim tesisinin ihtiyacını karşılamaya yönelik olarak kurulacak lisanssız üretim tesisleri için Türk lirası olarak uygulanacak yerli katkı fiyatları ile bu fiyatların güncellenmesi, uygulanacak süre ve uygulamaya ilişkin diğer usul ve esaslarının Cumhurbaşkanlığı tarafından belirleneceği hükme bağlanmıştır.

123. Söz konusu madde uyarınca (I) sayılı Cetvel'de belirtilen fiyatlara, (II) sayılı Cetvel'de belirtilen fiyatların ilave edilerek destekleme sağlanacağı, sıfır veya sıfırdan küçük teklif fiyatlarının ise, (I) sayılı Cetvel'de yer alan fiyatın yerine kullanılmak üzere verildiği, dolayısıyla sıfır veya sıfırdan küçük teklif fiyatı verilen projelerde (I) sayılı Cetvel'de belirtilen fiyatların uygulanmadığı ve bu fiyatların uygulanamaması nedeniyle (I) sayılı Cetvel'de belirtilen fiyatlara (II) sayılı Cetvel'de belirtilen fiyatların da ilave edilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmekte ise de anılan maddede yer alan düzenlemeyle (II) sayılı Cetvel'de belirtilen fiyatlardan, yani yerli katkı fiyatlarından yararlanmanın ön şartı olarak (I) sayılı Cetvel'den yararlanmak olarak belirlenmediği, uygulamada (II) sayılı Cetvel'de belirtilen yerli katkı fiyatlarından yararlanılabilme usulünün belirlendiği görülmektedir.

124. Kaldı ki yapılan yarışma sonucunda sıfır veya sıfırdan küçük teklif fiyatı ile kapasite tahsis edilen tüzel kişilerin Kanun'un eki (II) sayılı Cetvel'de belirtilen yerli katkı fiyatlarından yararlanmak amacıyla yapmış oldukları başvuruların ilgili mevzuat hükümleri ve somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirilerek karara bağlanacağı, (II) sayılı Cetvel'de belirtilen yerli katkı fiyatlarından yararlanılabilmesi için uygulamadan kaynaklanan engel bir durumun bulunması hâlinde başvurunun reddedilebileceği, bu işleme karşı da kendisine sıfır veya sıfırdan küçük teklif fiyatı ile kapasite tahsis edilen tüzel kişilerin yargı yoluna başvurulabileceği açıktır.

125. Buna göre yerli katkı fiyatlarından yararlanma şartlarını düzenleyen kuralın yürürlüğe girmesinden önceki mevcut durumda sıfır veya sıfırdan küçük teklif fiyatı ile kapasite tahsis edilen tüzel kişilerin bu imkândan yararlanabilecekleri yolundaki beklentilerinin, kanun hükmüne dayanan ve yeterli somutluğa sahip meşru bir beklenti niteliğinde olduğu; bu itibarla kuralla Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte sıfır veya sıfırdan küçük teklif fiyatı ile kapasite tahsis edilen tüzel kişilerin yerli katkı fiyatlarından faydalanamayacağı öngörülmek suretiyle anılan kişilerin mülkiyet hakkını ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.

126. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 35. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

G. Kanun'un 41. Maddesiyle 6446 Sayılı Kanun'un Değiştirilen Geçici 1. Maddesinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

127. Dava dilekçesinde özetle; fiyat eşitleme mekanizması ile kayıp ve kaçak oranları farklılık gösteren dağıtım bölgelerinin aynı tarifeden elektrik kullanmasını sağlama amacıyla bir geçiş döneminin öngörüldüğü, bu geçiş dönemi süresince kayıp kaçak bedellerinin farklı dağıtım bölgeleri ve abone grupları arasında sübvansede edilerek geçiş dönemi sonunda her dağıtım bölgesinin ve abone grubunun kendi maliyetlerine katlanmaya başlamasının hedeflendiği ancak geçiş döneminin yapılan kanuni düzenlemelerle sürekli uzatıldığı, dava konusu kuralla da fiyat eşitleme mekanizmasının 31/12/2025 tarihine kadar uygulanmasının öngörüldüğü ve bu sürenin beş yıla kadar uzatılması konusunda Cumhurbaşkanı'na yetki verildiği, ayrıca sorumluluğun şahsiliği ilkesi gereğince tüketicilerin yalnızca kendi kullandığı ve tükettiği mal ve hizmetin bedelini ödemekle yükümlü olduğu, elektrik enerjisinin nakli esnasında meydana gelen kayıp ile başka kişiler tarafından hırsızlık suretiyle kullanılan elektrik bedellerinin düzenlemelere uyan tüketicilerden tahsil edilmesinin hukuk devleti ve adalet ölçüleri ilkeleriyle bağdaşmadığı, kayıpları önlemek için gerekli teknik yatırımları yapmanın, kaçağı önlemek için kaçak elektrik kullananları takip etmenin ve kaçak kullanılan elektriğin bedelini kaçak elektrik kullananlardan hukuk içinde takip ve tahsil etmenin dağıtıcı şirketin sorumluluğunda olduğu, kuralın dağıtıcı şirketin kayıp ve kaçağı önlemek için kendi teknik alt ve üst yapısını yenileme ve kaçak elektrik kullanan kişileri takip ederek gerekli önlemleri alma konusundaki çabasını da azaltacak nitelikte olduğu, belirsiz olan kuralda kamu yararının gözetilmediği gibi düzenlemenin tüketicilere yönelik ekonomik engeller içerdiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5. ve 172. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

128. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13., 35. ve 48. maddeleri yönünden incelenmiştir.

129. Kuralda, düzenlemeye tabi tarifeler üzerinden elektrik enerjisi satın alan tüketicileri, dağıtım bölgeleri arası maliyet farklılıkları nedeniyle var olan fiyat farklılıklarından kısmen veya tamamen koruyacak şekilde tesis edilmiş ve uygulamaya ilişkin hususları Kurum tarafından hazırlanan tebliğ ile düzenlenmiş *fiyat eşitleme mekanizması* içerisinde tüm kamu ve özel dağıtım şirketleri ile görevli tedarik şirketlerinin yer aldığı, fiyat eşitleme mekanizmasının 31/12/2025 tarihine kadar uygulanacağı, bu sürenin beş yıla kadar uzatılmasına Cumhurbaşkanı'nın yetkili olduğu, fiyat eşitleme mekanizmasının uygulandığı süre boyunca ulusal tarife uygulamasının gereklerinin esas alınacağı ve ulusal tarifede çapraz sübvansiyona yer verileceği, ulusal tarifenin Kurumca hazırlanacağı ve Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunun (Kurul) onayıyla yürürlüğe gireceği, fiyat eşitleme mekanizmasının uygulandığı dönemde tüm hesapların ilgili mevzuata göre ayrıştırılarak tutulacağı hüküm altına alınmıştır.

130. Mülkiyet hakkı; kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak şartıyla sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, semerelerinden yararlanma ve üzerinde tasarruf etme imkânı veren bir haktır. Bu bağlamda malikin mülkünü kullanma, semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin kısıtlanması veya mülkünden yoksun bırakılması mülkiyet hakkına getirilmiş bir sınırlama niteliğindedir (AYM, E.2017/21, K.2020/77, 24/12/2020, § 137; E.2019/100, K.2020/62, 22/10/2020, § 13; E.2022/110, K.2023/115, 22/6/2023, § 13).

131. Kuralda öngörülen ulusal tarife uygulaması ve fiyat eşitleme mekanizmasıyla dağıtım şirketlerinin kendi aralarında oluşan gelir farklılıklarının dengelenmesi yoluna gidilmektedir. Buna

göre fazla gelir elde eden şirketlerden az gelir elde edenlere aktarma yapılmaktadır. Bu durumda fazla gelir elde eden dağıtım şirketlerinin kârlılığının düşeceği açıktır. Bu durumun ise söz konusu şirketlerin mal varlığını etkileyen bir işlem olduğu ve dolayısıyla mal varlığından eksilen paranın mülk teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Kuralda öngörülen ulusal tarife uygulaması ve fiyat eşitleme mekanizmasının şirketlerin mülkten yoksun bırakılmasına yol açacağı açık olduğundan kuralın dağıtım şirketlerinin mülkiyet hakkına sınırlama getirdiği sonucuna varılmaktadır.

132. Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesinde de "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir./ Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır" denilerek çalışma ve teşebbüs özgürlüğü güvence altına alınmıştır.

133. Çalışma özgürlüğü, kişinin çalışıp çalışmama, çalışacağı işi seçme ve çalıştığı işten ayrılma özgürlüğünü güvence altına alır. Çalışma özgürlüğü, ücretli olarak bağımlı çalışma hakkını olduğu kadar iktisadi ve ticari faaliyet yapma ve mesleki faaliyette bulunma hakkını da içerir. Çalışma özgürlüğünün bir parçası olan özel teşebbüs özgürlüğü de her gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin tercih ettiği alanda iktisadi-ticari faaliyette bulunmak üzere teşebbüs kurabilmesini, dilediği mesleki faaliyete girebilmesini ve faaliyetiyle mesleğini devletin veya üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın dilediği biçimde yürütebilmesini güvence altına almaktadır (AYM, E.2015/34, K.2015/48, 13/5/2015; E.2019/48, K.2019/74, 19/9/2019, § 14; E.2022/109, K.2023/125, 13/7/2023, § 22).

134. Dava konusu kuralda öngörülen ulusal tarife uygulaması ve fiyat eşitleme mekanizmasıyla dağıtım şirketlerinin kendi aralarında oluşan gelir farklılıklarının dengelenmesi yoluna gidildiğinden fazla gelir elde eden şirketlerden az gelir elde edenlere aktarma yapılması diğer dağıtım şirketlerinin kârlılığının düşmesine yol açacağından kural bu hâliyle dağıtım şirketlerinin teşebbüs özgürlüğüne de sınırlama getirmektedir.

135. 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.

136. Anayasa'nın anılan hükümleri uyarınca mülkiyet hakkına ve teşebbüs özgürlüğüne yapılan sınırlamalarda dikkate alınacak öncelikli ölçüt, sınırlamanın kanunla yapılmasıdır. Anayasa Mahkemesinin sıkça vurguladığı gibi temel hakları sınırlayan kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir.

137. Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinin temel unsurlarından olan *hukuki belirlilik* ilkesi uyarınca 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, bireylerin 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,

Esas Sayısı : 2021/14

Karar Sayısı : 2023/173

4/5/2017, §§ 153, 154; E.2019/106, K.2019/100, 25/12/2019, § 20; E.2020/15, K.2020/78, 24/12/2020, § 10; E.2022/110, K.2023/115, 22/6/2023, § 17). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

138. Dava konusu kuralda belirtilen düzenlemeye tabi tarifeler, tarife konusu faaliyete ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedellerini içerecek şekilde hazırlanan ve Kurum tarafından onaylanan dağıtım ve perakende satış tarifeleridir. Ulusal tarife ise aynı tüketici grubunda yer alan tüketicilerin ülke çapında aynı tarifeden elektrik kullanmalarını temin etmek amacıyla düzenlenen tarifelerdir. Buna göre düzenlemeye tabi tarifeler üzerinden elektrik satın alan tüketiciler ulusal tarife kapsamında olup bu tüketicilerden aynı bağlantı durumuna sahip olan ve aynı abone grubuna girenlere tüm ülkede aynı fiyatlar uygulanmaktadır. Bunun sonucunda bölgeler bazında dağıtım şirketleri arasında çeşitli sebeplerle aşırı gelir farkları ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple düzenlemeye tabi tarifelere ilişkin maliyetlerin bölgesel etkilerinin ortadan kaldırılması amacıyla bölgeler arasında para aktarımı esasına dayanan *fiyat eşitleme mekanizması* öngörülmüştür.

139. Bunun yanı sıra gerek ulusal tarife uygulamasının gerekse fiyat eşitleme mekanizmasının kimlere ve hangi amaçla uygulanacağı, hangi tarihe kadar uygulanacağı, ulusal tarifenin kim tarafından hazırlanacağı ile *fiyat eşitleme mekanizması* ve ulusal tarifenin uygulamasına ilişkin diğer esasların kuralda ve 6446 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinde açık, net, anlaşılır bir şekilde belirtildiğinden kuralda belirsizlik bulunmamaktadır.

140. Öte yandan gelişen şart ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğunun bulunduğu alanlarda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamayacağı gibi yürütme organının yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda ve değişen şartlara uyum sağlayabilecek esnekliğe sahip ölçütlere uygun olarak genel nitelikte hukuksal tasarruflarda bulunması, hukuk devletinin belirlilik ilkesine de aykırı olarak değerlendirilemez (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, § 134).

141. Ulusal tarife uygulaması ve fiyat eşitleme mekanizmasıyla ilgili düzenlemeler uzmanlık ve teknik bilgi gerektirmektedir. Bu nedenle dava konusu kuralla, fiyat eşitleme mekanizmasının uygulandığı dönemde tüm hesapların ilgili mevzuata göre ayrıştırılarak tutulacağı öngörülmek suretiyle fiyat eşitleme mekanizması içinde yer alan tüm dağıtım şirketlerinin hesaplarının tutulmasına ilişkin uzmanlık ve teknik bilgi gerektiren bu konuda genel çerçevenin kanunla belirlendiği, başka bir deyişle kanun koyucunun temel kuralı tespit ettikten sonra teknik ve ayrıntıya ilişkin hususları belirleme yetkisini yürütme organına bırakmasının dava konusu kuralın belirsiz olduğu anlamına gelmeyeceği ve bu yönüyle kanunilik şartını taşıdığı sonucuna varılmıştır.

142. Öte yandan Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun olması gerekir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi kararlarında özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da o hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu, ayrıca Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin de temel hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir (AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014; E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015).

143. Anayasa'nın 167. maddesinin birinci fıkrasında "*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır;...*" denilmek suretiyle devlete, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alma görevi yüklenmiş olup bu görevlerin yerine getirilebilmesi için mal ve

hizmet piyasalarının düzenlenmesi gereksinimi duyulabilir. Bu amaçla devlet ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek ve gerektiğinde bu alana müdahale etmekle yükümlü kılınmıştır (AYM, E.2021/128, K.2022/68, 1/6/2022, § 27; E.2019/110, K.2021/85, 11/11/2021, § 49).

144. Anayasa koyucu para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlenmesini sağlayıcı ve geliştirici önlemlerin alınmasını, piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemeyi bir ödev olarak devlete yüklemiştir. Sosyal veya ekonomik bazı ihtiyaçlar ile devlete yüklenmiş olan diğer yükümlülüklerin varlığı anılan piyasalara müdahaleleri zorunlu hâle getirebileceği gibi bizatihi piyasaların sağlıklı ve düzenli şekilde işlemesi için gereken tedbirleri alma ödevi de böyle bir müdahaleyi gerektirebilir. Bu gibi durumlarda, serbest piyasa şartlarına müdahale edilmemesi, birtakım ekonomik ve sosyal ihtiyaçların karşılanamamasına, Anayasa koyucunun devlete yüklemiş olduğu yükümlülüklerin ihmaline ve neticede daha büyük kamusal yararların zedelenmesine yol açabilmektedir. Bu nedenle serbest piyasa şartlarına müdahalenin söz konusu alandaki şartların aynen muhafaza edilmeye devam edilmesinden daha fazla kamusal yarar doğurduğu hâllerde, anılan piyasalara müdahale edilmesinde anayasal bir engel bulunmamaktadır (AYM, E.2019/32, K.2021/54, 14/7/2021, § 61; E.2022/109, K.2023/125, 13/7/2023, § 31).

145. 6446 sayılı Kanun ile elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin yapılması amaçlanmıştır.

146. Diğer yandan tüketicilere güvenilir, kaliteli, kesintisiz ve düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti verilmesini teminen gerekli düzenlemeleri yapma görevi 20/2/2011 tarihli ve 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5. maddesinin altıncı fıkrasının (c) bendi gereğince Kurula verilmiş, anılan maddenin yedinci fıkrasının (e) ve (f) bentleri gereğince de Kurul, toptan satış fiyat tarifesini, iletim tarifesini, dağıtım tarifeleri ile perakende satış tarifelerini incelemek ve onaylamak, iletim, dağıtım, toptan satış ve perakende satış için yapılacak fiyatlandırmaların ana esaslarını tespit etmek ve gerektiğinde ilgili lisans hükümleri doğrultusunda revize etmekle yetkilendirilmiştir.

147. Kurulun tarifeler açısından tüketiciler ile tedarikçilerin çıkarlarının dengelenmesi, rekabetin teşvik edilmesi, ekonomik verimliliğin teşvik edilmesi gibi sorumlulukları bulunmaktadır. Kurul, tarife düzenlemelerinde elektriğin düşük maliyetli şekilde kullanıcıya sunulmasının yanında elektrik sektörünün mali açıdan sürdürülebilir olmasını da gözönünde bulundurmaktadır.

148. Fiyat eşitleme mekanizmasının ve ulusal tarife uygulamasının temel amacı geçiş dönemi sonuna kadar abone grupları arasındaki çapraz sübvansiyonun tedrici olarak azaltılması ve geçiş dönemi sonunda her dağıtım bölgesinin ve abone grubunun kendi maliyetine katlanmaya başlamasıdır.

149. Kuralın gerekçesinde de *“Fiyat Eşitleme Mekanizması ve Ulusal Tarife uygulamasının temel amacı düzenlemeye tabi tüketicilere ilgili mevzuat gereği yansıtılması gereken maliyetlerin bölgesel etkilerinin bir geçiş dönemi süresinde ortadan kaldırılmasıdır. Geçiş dönemi uygulamalarının bölgeler arası maliyet farklılıkları ve abone grupları arası çapraz sübvansiyonlar açısından tam olarak sona ermediği mevcut durumda, elektriğin tüm bölgelerde yeterli, kaliteli ve sürekli şekilde tüketicilere sunulmasını teminen madde yeniden düzenlenmektedir...”* denilmektedir.

150. Bu itibarla tüketicilere güvenilir, kaliteli ve kesintisiz elektrik enerjisi hizmeti verilmesi için gerekli düzenlemeleri yapmakla görevli olan Kuruma, düzenlemeye tabi tarifeler üzerinden elektrik enerjisi satın alan tüketicileri, dağıtım bölgeleri arası maliyet farklılıkları nedeniyle var olan fiyat farklılıklarından kısmen veya tamamen koruyacak şekilde ulusal tarife ve fiyat eşitleme mekanizması uygulama yetkisi veren kural, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında devletin, millî ekonominin gereklerine uygun şekilde mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı tedbirler almasını öngören Anayasa'nın 167. maddesinin gereğidir. Kuralın da elektrik enerjisi piyasasının sağlıklı bir şekilde işlemlerini sağlamaya yönelik tedbirler kapsamında ihdas edildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralın anayasal anlamda meşru bir amacının bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

151. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan *ölçülülük ilkesi*; 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.

152. Elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli ve düşük maliyetli bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması amacıyla düzenlemeye tabi tarifeler üzerinden elektrik enerjisi satın alan tüketicileri, dağıtım bölgeleri arası maliyet farklılıkları nedeniyle var olan fiyat farklılıklarından kısmen veya tamamen koruyacak şekilde ulusal tarife ve fiyat eşitleme mekanizması uygulamasını öngören kuralın enerji sektörünün sağlıklı işlemlerine ve bu yolla enerji üretimine katkı sağlamak amacı bakımından elverişli ve gerekli bir araç olmadığı söylenemez.

153. Kuralla, düzenlemeye tabi tarifeler üzerinden elektrik enerjisi satın alan tüketicilere yansıtılması gereken elektrik maliyetleri ile aktif enerjiye ilişkin maliyetlerin bölgesel etkilerinin bir geçiş dönemi süresince ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır.

154. Dava konusu kuralda, ulusal tarife uygulaması ve fiyat eşitleme mekanizmasıyla dağıtım şirketlerinin kendi aralarında oluşan gelir farklılıklarının dengelenmesi yoluna gidilmesi, bir başka deyişle fazla gelir elde eden şirketlerden az gelir elde edenlere aktarma yapılmasının öngörülmesi, dağıtım şirketlerinin elektrik piyasasında yürütmekte oldukları dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinde bulunma konusundaki teşebbüs özgürlüğü ortadan kaldırılmadığı gibi bu özgürlüğün önemli ölçüde zorlaştırıldığı da söylenemez. Nitekim dağıtım şirketlerinin iktisadi ve ticari faaliyette bulunma imkânı devam etmekte olup kuralda öngörülen sınırlama dağıtım şirketlerinin elektrik piyasasındaki ticari faaliyetlerini engellememektedir.

155. Diğer taraftan ulusal tarife ve fiyat eşitleme mekanizmasının 31/12/2025 tarihine kadar uygulanacağını ve bu sürenin beş yıla kadar uzatılmasına Cumhurbaşkanı'nın yetkili olduğunun öngörülmesinin de elektriğin fiyatlandırılma modelinin tespitinde devletin takdir yetkisinin bulunduğu gözetildiğinde her bölgenin kendi maliyetlerine katlanmasını temin edecek bir modelin mi yoksa ulusal düzeyde tek bir fiyatın geçerli olduğu bir modelin mi uygulanacağı konusunun bir fiyatlandırma politikası sorunu olarak kanun koyucunun takdir yetkisi çerçevesinde dağıtım şirketlerinin teşebbüs özgürlüğünü anlamsız kılacak nitelikte olmadığı sonucuna varılmıştır.

156. Öte yandan ulusal tarife uygulaması ve fiyat eşitleme mekanizmasıyla dağıtım şirketlerinin kendi aralarında oluşan gelir farklılıklarının dengelenmesi amacıyla fazla gelir elde eden şirketlerden az gelir elde edenlere aktarma yapılacağından fazla gelir elde eden dağıtım şirketlerinin kârlılığının düşeceği görülmekte ise de fiyat eşitleme mekanizması uygulamasında,

geliri daha az olan şirketlere aktarılacak destek tutarının belirlenmesi aşamasında içinde bulunulan tarife yılı için dağıtım şirketlerinin de teklifinin gözönünde bulundurulması suretiyle ilgili mevzuat çerçevesinde Kurul tarafından belirlenen ve onaylanan gelir tavanları dikkate alınmaktadır. Bir başka deyişle dağıtım şirketlerinin içinde bulunulan tarife yılı için elde edecekleri gelir toplamının yine kendi teklifleri dikkate alınmak suretiyle Kurul tarafından her dağıtım şirketi açısından kendileri için belirlenen gelir tavanı düzeyinde olacağı ve elde edilen gelir toplamının söz konusu gelir tavanının altında olması durumunda fiyat eşitleme mekanizması ile toplam gelirin bu düzeye çıkarılacağı görülmektedir.

157. Bu bağlamda fiyat eşitleme mekanizması yoluyla fazla gelir elde eden şirketlerden az gelir elde edenlere aktarma yapılmasının öngörülmesinin elektrik piyasasında dağıtım ve perakende satış faaliyetinde bulunmak veya faaliyetine devam etmek isteyen dağıtım şirketlerinin rekabet güçlerini makul olmayan düzeyde düşüreceği ve ekonomik yönden orantısız bir kayba uğramalarına yol açacağı söylenemez.

158. Dolayısıyla kurullarla mülkiyet hakkına ve teşebbüs özgürlüğüne bir sınırlama getirilmiş ise de bunun kişilere makul olmayan bir külfet yüklediği, bu çerçevede kuralla ulaşılmak istenen amaca ilişkin kamu yararı ile mülkiyet hakkına ve teşebbüs özgürlüğüne ilişkin kişisel yarar arasında bulunması gereken makul dengenin gözetildiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın orantısız bir sınırlamaya neden olmadığı, dolayısıyla teşebbüs özgürlüğüne ve mülkiyet hakkına ölçsüz bir sınırlama getirmediği sonucuna ulaşılmıştır.

159. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 13., 35. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 13., 35. ve 48. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 5. ve 172. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Ğ. Kanun'un 45. Maddesiyle 6446 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 29. Maddenin (1) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "...teminatları ilgisine göre kısmen veya tamamen iade edilir." İbaresinin İncelenmesi

1. Genel Açıklama

160. 6446 sayılı Kanun'da, ilke olarak tüm elektrik piyasası faaliyetlerinde (*üretim faaliyeti, iletim faaliyeti, dağıtım faaliyeti, toptan satış faaliyeti, perakende satış faaliyeti, piyasa işletim faaliyeti, ithalat faaliyeti ve ihracat faaliyeti*) lisans alma ve şirket kurma zorunluluğu vardır. Anılan Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (z) bendinde *ön lisans*, üretim faaliyetinde bulunmak isteyen tüzel kişilere, üretim tesisi yatırımlarına başlamaları için gerekli onay, izin, ruhsat ve benzerlerinin alınabilmesi için belirli süreli verilen izin olarak tanımlanmıştır. Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre ise *lisans*, bu Kanun hükümleri uyarınca üzerinde kayıtlı piyasa faaliyetlerinin yapılabilmesi için tüzel kişilere verilen izin belgesidir.

161. Elektrik piyasası faaliyetlerinden birisi olan üretim faaliyetinde bulunabilmek için de önce *ön lisans*, daha sonra ön lisans süresinde yükümlülüklerin yerine getirilmesi kaydıyla *üretim lisansı* alınması gerekmektedir. *Otoprodüktör lisansı* ise kendi ihtiyaçlarını karşılamak üzere elektrik enerjisi üretimi yapan ve iletim ve/veya dağıtım sistemi ile paralel çalışan otoprodüktörlerin ve ortaklarına elektrik enerjisi temin eden otoprodüktör gruplarının almak zorunda oldukları lisansı

ifade etmekte olup otoprodüktör lisansı sahibi tüzel kişilerin lisansları Kanun'un geçici 7. maddesi uyarınca üretim lisansına dönüştürülmüştür.

162. Kanun'un 6. maddesinin (8) numaralı fıkrasında ön lisans için başvuran tüzel kişiden, kurulmak istenen üretim tesisinin niteliği ve büyüklüğüne göre yönetmelikle belirlenecek miktarda teminat mektubu alınacağı düzenlenmiş, aynı maddenin (6) numaralı fıkrasında ise ön lisansın, ön lisans sahibi tüzel kişiden kaynaklanmayan bir nedenle iptal edilmesi veya sona ermesi hâlinde ilgisinin teminatının iade edileceği hükme bağlanmıştır.

163. Üretim lisansına ilişkin olarak ise Kanun'un 5. maddesinin (7) numaralı fıkrasında üretim lisansı başvurusunda bulunan tüzel kişiden, ön lisans yükümlülüklerinin yerine getirilmesini müteakiben üretim tesisinin lisansında belirlenen inşaat süresi içerisinde kurulmaması hâlinde irat kaydedilmek üzere, kurulmak istenen üretim tesisinin niteliğine ve büyüklüğüne göre yatırım tutarının yüzde onunu geçmemek üzere teminat mektubu alınacağı, mücbir sebep hâlleri ile lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebepler dışında üretim tesisinin lisansında belirlenen inşaat süresi içerisinde kurulmaması veya kalan süre içerisinde kurulamayacağına tespit edilmesi hâllerinde lisansın iptal edileceği ve teminat mektubunun irat kaydedileceği belirtilmiş, teminatın alınması, niteliği ve süre uzatımı verilmesine ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

164. Elektrik piyasasındaki ön lisans ve lisanslandırma uygulamalarına ilişkin usul ve esaslar ile ön lisans ve lisans sahiplerinin hak ve yükümlülükleri 2/11/2013 tarihli ve 28809 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği ile belirlenmiştir.

165. Anılan Yönetmelik'in "*Önlisans başvuru usulü*" başlıklı 12. maddesinin (5) numaralı fıkrasında ön lisans başvurusu yapan tüzel kişi tarafından MWM cinsinden her bir kurulu güç başına Kurul kararı ile belirlenen tutarda teminat sunulacağı, bu yöntemle hesaplanan teminat tutarının üst sınırının, üretim tesisi için Kurum tarafından öngörülen toplam yatırım tutarının yüzde beşini geçmemek üzere Kurul kararı ile belirleneceği düzenlenmiştir.

166. Yönetmelik'in "*Lisans başvurusu*" başlıklı 20. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (b) bendinde üretim lisansı başvurusunda kaynak türü ve kurulu güç bazında Kurul kararı ile belirlenen oranlara karşılık gelen tutarda ve üretim tesisi için Kurum tarafından öngörülen toplam yatırım tutarının yüzde onunu geçmemek şartıyla, Kurul kararıyla belirlenen tutarda teminat sunulacağı hükme bağlanmıştır.

167. Bunun yanı sıra Yönetmelik'in 45. maddesinde ön lisans ve lisans başvurularında teminatın iade edileceği veya irat kaydedileceği hâller sayılmıştır. Anılan maddenin (4) numaralı fıkrasının (a) bendinde ön lisans veya lisansa dercedilmiş bulunan kurulu gücün düşürülmesi suretiyle ön lisans veya lisansın tadil edilmesinin talep edilmesi hâlinde, tadil talebinin gerekçesinin mücbir sebep ya da gerekçeleri Kurul tarafından uygun bulunan hâller kapsamında bulunması durumunda, tadil sonucunda ön lisans veya lisansa dercedilecek kurulu güce karşılık gelen tutarda yeni teminatın Kuruma sunulması kaydı ile mevcut teminatın iade edileceği hüküm altına alınmıştır.

168. Kanun'un geçici 29. maddesinde bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce Kanun kapsamında mevcut olan üretim veya otoprodüktör lisanslarını, ön lisanslarını ya da lisans başvurularını sonlandırmak ya da kurulu güç düşümü suretiyle tadil etmek isteyen tüzel kişilerin bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihi takip eden iki ay içerisinde Kuruma başvurmaları hâlinde lisansları, ön lisansları veya lisans başvuruları sonlandırılarak ya da tadil edilerek teminatlarının ilgisine göre kısmen veya tamamen iade edileceği öngörülmüş olup anılan maddede yer alan "*...teminatları ilgisine göre kısmen veya tamamen iade edilir.*" ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

2. İptal Talebinin Gerekçesi

169. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralla bu Kanun kapsamında mevcut olan üretim veya otoprodüktör lisanslarını, ön lisanslarını ya da lisans başvurularını sonlandırmak ya da kurulu güç düşümü suretiyle tadil etmek isteyen tüzel kişilere teminatlarının ilgisine göre kısmen veya tamamen iade edileceğinin düzenlendiği ancak iade oranının tespitinde dikkate alınacak usul ve esaslar belirlenmediğinden idareye geniş bir takdir yetkisinin tanındığı, anılan takdir yetkisinin objektif ölçülere ve hakkaniyete uygun şekilde kullanılmasını sağlayacak güvencelerin bulunmadığı, bu durumun yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırılık oluşturduğu, ayrıca kuralın belirsiz olması nedeniyle hukuki belirlilik ilkesiyle bağdaşmadığı, iade edilmeyen teminat tutarı nedeniyle ilgili kişilerin mülkiyet hakkının ihlal edildiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

170. 6446 sayılı Kanun kapsamında mevcut olan üretim veya otoprodüktör lisansları, ön lisansları ya da lisans başvuruları için sunulan teminatların Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında mülk teşkil ettiği açıktır. Dolayısıyla Anayasa'nın 35. maddesinde öngörülen güvencelerin dava konusu kural yönünden uygulanabilir olduğu anlaşılmaktadır.

171. Kural, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce anılan Kanun kapsamında mevcut olan üretim veya otoprodüktör lisanslarını, ön lisanslarını ya da lisans başvurularını sonlandırmak ya da kurulu güç düşümü suretiyle tadil etmek isteyen tüzel kişilerin lisansları, ön lisansları veya lisans başvurularının sonlandırılması ya da tadil edilmesi durumunda ödemiş oldukları teminatlarının ilgisine göre kısmen veya tamamen iade edileceğini öngörmek suretiyle mülkiyet hakkını sınırlamaktadır.

172. Elektrik piyasasında faaliyet gösterebilmek için lisans alma ve şirket kurma zorunluluğu bulunmaktadır. Kanun'da elektrik piyasasında ön lisans ve lisanslandırma uygulamalarına ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği hükme bağlanmış olduğundan bu hususları düzenlemek amacıyla kabul edilen Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde ön lisans ve lisans sahiplerinden istenilecek teminata ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır. Buna göre ön lisans başvurusu yapan tüzel kişi tarafından sunulacak teminatın MWm cinsinden *her bir kurulu güç başına* Kurul tarafından belirleneceği, lisans başvurusunda da benzer şekilde *kaynak türü ve kurulu güç bazında* Kurul kararı ile belirlenen oranlara karşılık gelen tutarda teminat sunulacağı anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra ön lisans veya lisansa dercedilmiş bulunan kurulu gücün düşürülmesi suretiyle ön lisans veya lisansın tadil edilmesinin talep edilmesi hâlinde, tadil sonucunda ön lisans veya lisansa dercedilecek *kurulu güce karşılık gelen tutarda* yeni teminatın verilmesi üzerine mevcut teminatın iade edileceği görülmektedir.

173. Söz konusu hükümlerden anlaşılacağı üzere, ön lisans ve lisans başvurularında sunulması gereken teminatın *kurulu güç* bazında belirlendiği ve kurulu gücün düşürülmesi suretiyle ön lisans ve lisansın tadil edilmesi durumunda da iade edilecek teminat tutarının *kurulu gücün* esas alınarak belirlendiği görülmektedir.

174. Bu itibarla lisanslar ile ön lisanslar veya lisans başvurularının sonlandırılması ya da tadil edilmesi durumunda iade oranının tespitinde dikkate alınacak usul ve esasların önceden belirlendiği ve iadenin objektif ölçülere ve hakkaniyete uygun şekilde gerçekleştirilmesini sağlayacak güvencelerin bulunduğu görüldüğünden lisanslar ile ön lisans ya da lisans başvurularının sonlandırılması ya da tadil edilmesi durumunda teminatların ilgisine göre kısmen veya tamamen iade edileceğini öngören kuralın belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olduğu ve kanunilik şartını taşıdığı anlaşılmıştır.

Esas Sayısı : 2021/14

Karar Sayısı : 2023/173

175. Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırılması imkânı vermekle bir sınırlandırma amacı olmasının yanı sıra mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında sınırlanamayacağını öngörerek ve bu anlamda bir sınırlama sınırı oluşturarak mülkiyet hakkını etkin bir şekilde korumaktadır (AYM, E.2022/130, K.2023/14, 25/1/2023, § 176; *Nusrat Külâh*, B. No: 2013/6151, 21/4/2016, § 53).

176. Elektrik piyasası, elektrik enerjisinin üretim, iletim, dağıtım, piyasa işletimi, toptan satış, perakende satış, ithalat ve ihracat faaliyetleri ile bu faaliyetlere ilişkin iş ve işlemlerden oluşan bir piyasadır. Ülkemizde elektrik piyasası faaliyetleri 6446 sayılı Kanun çerçevesinde yürütülmektedir. Anılan Kanun ile elektrik sektörünün üretim, toptan satış ve perakende satış aşamaları rekabete açılmıştır. Ayrıca elektrik enerjisinin ticari bir mal gibi alınıp satıldığı organize elektrik ticareti oluşturulmuş, serbestleşmeyi temin edecek piyasa kuralları uygulanmaya başlanmıştır.

177. Kanun'a göre elektrik üretim faaliyeti de dâhil olmak üzere tüm piyasa faaliyetlerinde lisans alma ve şirket kurma zorunluluğu vardır. Bir başka deyişle Kanun'da elektrik piyasasında faaliyet yürütebilmek için lisans almak ve şirket kurmak genel bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir.

178. Dava konusu kuralla bu Kanun kapsamında mevcut olan üretim veya otoprodüktör lisanslarını, ön lisanslarını almış ya da lisans başvurusunda bulunmuş olmakla birlikte mevzuatta belirtilen yükümlülükleri süresi içinde yerine getirememiş veya kısmen yerine getirmiş olan tüzel kişilere, elektrik üretimine ilişkin yatırımdan beklenen faydanın sağlanması ve kendilerine tahsis edilen elektrik üretim kapasitesinin değerlendirilerek yatırımın atıl kalmasının engellenmesini teminen lisanslarını sonlandırmak ya da kurulu güç düşümü suretiyle tadil etmek imkânının tanınmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli ve düşük maliyetli bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması amacıyla lisanslarını sonlandırmak ya da tadil etmek isteyen tüzel kişilerin ödemiş oldukları teminatlarının ön lisans veya lisansa dercedilmiş bulunan kurulu güç esas alınmak suretiyle iade edileceğini öngören kuralın bireysel çıkarılardan uzak bir şekilde, enerji üretimine katkı sağlamak amacıyla ihdas edildiği anlaşıldığından kuralla kamu yararı dışında bir amacın gözetildiği söylenemez.

179. Elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli ve düşük maliyetli bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması amacıyla lisanslarını sonlandırmak ya da kurulu güç düşümü suretiyle tadil etmek isteyen tüzel kişilerin ödemiş oldukları teminatlarının ön lisans veya lisansa dercedilmiş bulunan kurulu güç esas alınmak suretiyle iade edileceğini öngören kuralın enerji sektörünün sağlıklı işlemesi ve bu yolla enerji üretimine katkı sağlaması amacı bakımından elverişli ve gerekli bir araç olmadığı söylenemez.

180. Kuralda; mevcut lisanslar ile ön lisanslar veya lisans başvurularının sonlandırılması ya da tadil edilmesi durumunda teminatların ilgisine göre kısmen veya tamamen iade edileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre kuralda belirtilen teminatlarının tamamen iade edilmesinin, mevcut olan üretim veya otoprodüktör lisansları ile ön lisans ya da lisans başvurularının sonlandırılması durumuna münhasır olduğu açıktır. Sonlandırma talep eden tüzel kişilerin Kurumda bulunan teminatlarının iadesine ilişkin usul ve esaslar ise Yönetmelik'le önceden belirlenmiş olup bu madde uyarınca yapılacak teminat iadelerine ilişkin olarak herhangi bir farklı uygulamaya başvurulması söz konusu değildir.

181. Teminatların kısmen iadesi ise söz konusu lisans ve ön lisansların tadil edilmesi durumu ile ilgilidir. Bu durumda teminatın ne kadarının iade edileceği hususu da Yönetmelik'te belirtilmekte olup teminatın kısmen iadesi durumunda iade edilecek teminat tutarının belirlenmesi sırasında *kurulu gücün* esas alınacağı açıktır. Buna göre mevcut olan lisansları ile ön lisans ya da lisans başvurularını kurulu güç düşümü suretiyle tadil etmek isteyen tüzel kişiler, ön lisans veya lisansa dercedilecek *kurulu güce karşılık gelen tutarda* teminat ödemek zorunda olduklarından bu tüzel kişilere kısmen iade edilecek teminat tutarı *kurulu güce karşılık gelen* teminat tutarının düşülmesi sonucunda belirlenecek olan teminattır.

182. Buna göre kuralda, ön lisans ve lisans başvurularında sunulması gereken teminatın *kurulu güç* bazında belirlendiği ve kurulu gücün düşürülmesi suretiyle ön lisans ve lisansın tadil edilmesi durumunda da iade edilecek teminat tutarının *kurulu gücün* esas alınarak belirlendiği; bir başka deyişle lisansları ile ön lisans ya da lisans başvurularını sonlandırmak veya kurulu güç düşümü suretiyle tadil etmek isteyen tüzel kişilerin iade edilecek teminat tutarının da mevcut bir üretim tesisi bulunup bulunmamasına ve bu üretim tesisi için dercedilen *kurulu güce* bakılarak tespit edileceği, kurulu güç bulunması hâlinde *kurulu güce karşılık gelen* teminat tutarının düşülmesi yoluyla teminatın iade edileceği görülmektedir.

183. Öte yandan bu Kanun kapsamında mevcut olan üretim veya otoprodüktör lisansları ve ön lisanslarına sahip olan veya lisans başvurusu bulunan tüzel kişilerin bu lisans, ön lisans veya lisans başvurularını sonlandırmak ya da kurulu güç düşümü suretiyle tadil etmek zorunluluğu da bulunmamaktadır. Bir başka deyişle Kanun kapsamında mevcut olan üretim veya otoprodüktör lisanslarını, ön lisanslarını almış ya da lisans başvurusunda bulunmuş olmakla birlikte mevzuatta belirtilen yükümlülükleri süresi içinde yerine getirememiş veya kısmen yerine getirmiş olanlara lisans başvurularını sonlandırmak ya da tadil etmek şeklinde alternatif bir imkân öngörülmüş olup bu kişiler söz konusu lisanslarını sonlandırmak veya tadil etmek suretiyle ödemiş oldukları teminatın *kurulu güce karşılık gelen* kısmını geri alabilecekleri gibi lisans veya ön lisans konusu faaliyete devam etme yolunu da seçebilirler. Buna göre Kanun kapsamında mevcut olan üretim veya otoprodüktör lisansları ve ön lisanslarına sahip olan veya lisans başvurusu bulunan tüzel kişilerin söz konusu alternatiflerin avantajları ve dezavantajlarını değerlendirmek ve buna göre hareket etme imkânları bulunmaktadır.

184. Bu durumda kuralla mülkiyet hakkına bir sınırlama getirilmiş ise de bunun kişilere şahsi olarak aşırı bir külfet yüklememesi için gerekli ve yeterli güvencelerin mevcut olduğu, bu çerçevede kuralla ulaşılmak istenen amaca ilişkin kamu yararı ile mülkiyet hakkına yönelik kişisel yarar arasında bulunması gereken makul dengenin gözetildiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın orantısız bir sınırlamaya neden olmadığı, dolayısıyla mülkiyet hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirmediği sonucuna ulaşılmıştır.

185. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 13. ve 35. maddesi yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 7. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

IV. İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

186. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında “*Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez*” denilmekte, 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanarak Anayasa Mahkemesinin gerekli gördüğü hâllerde Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabileceği belirtilmektedir.

187. 7257 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (m) bendinde yer alan “*...ithalat yoluyla yapılacak spot sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) alımları,*” ibaresinin “*...yapılacak her türlü doğal gaz alımları,*” şeklinde değiştirilmesi ile 7257 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesine eklenen “*...ve Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketinin ve bu şirketlerin bağlı ortaklıkları ile...*” ibaresinin iptal edilmeleri nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu değişikliğe ve ibareye ilişkin iptal hükümlerinin kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

V. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

188. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralların uygulanmaları hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

25/11/2020 tarihli ve 7257 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 19. maddesiyle 10/5/2005 tarihli ve 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'a eklenen geçici 7. maddeye yönelik yürürlüğün durdurulması talebinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B. 1. 10. maddesiyle 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (m) bendinde yer alan “*...ithalat yoluyla yapılacak spot sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) alımları,*” ibaresinin “*...yapılacak her türlü doğal gaz alımları,*” şeklinde değiştirilmesine,

2. 11. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesine eklenen “*...ve Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketinin ve bu şirketlerin bağlı ortaklıkları ile...*” ibaresine,

yönelik iptal hükümlerinin yürürlüğe girmelerinin ertelenmeleri nedeniyle bu ibareye ve ibare değişikliğine ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

C. 1. 1. maddesiyle 25/10/1984 tarihli ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'na eklenen geçici 41. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “*...katma değer vergisinden müstesnadır.*” ibaresine,

2. 4. maddesiyle 4/6/1985 tarihli ve 3213 sayılı Maden Kanunu'nun ek 1. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen dokuzuncu cümlelerin “*ÇED*” yönünden,

Esas Sayısı : 2021/14

Karar Sayısı : 2023/173

3. 5. maddesiyle 3213 sayılı Kanun'un ek 15. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...mücadirdeki sahalara..." ibaresinin "...işletme izni alanı dışındaki mücadir sahalara yirmi metreye kadar..." şeklinde değiştirilmesinin "ÇED" yönünden,

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

a. İkinci fıkrasının üçüncü cümlesine,

b. Üçüncü fıkrasının;

i. Birinci cümlesine,

ii. İkinci cümlesinin "...8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,..." bölümüne,

5. 11. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesine eklenen "...yurt dışında kurdukları şirketlerin..." ibaresine,

6. 41. maddesiyle 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun değiştirilen geçici 1. maddesine,

7. 45. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'a eklenen geçici 29. maddenin (1) numaralı fıkrasında yer alan "...teminatları ilgisine göre kısmen veya tamamen iade edilir." ibaresine,

yönelik iptal talepleri 11/10/2023 tarihli ve E.2021/14, K.2023/173 sayılı kararla reddedildiğinden bu maddeye, cümlelere, bölüme, ibarelere ve ibare değişikliğine ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

11/10/2023 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI. HÜKÜM

25/11/2020 tarihli ve 7257 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 1. maddesiyle 25/10/1984 tarihli ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'na eklenen geçici 41. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...katma değer vergisinden müstesnadır." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

B. 4. maddesiyle 4/6/1985 tarihli ve 3213 sayılı Maden Kanunu'nun ek 1. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen dokuzuncu cümlelerin "ÇED" yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

C. 5. maddesiyle 3213 sayılı Kanun'un ek 15. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...mücadirdeki sahalara..." ibaresinin "...işletme izni alanı dışındaki mücadir sahalara yirmi metreye kadar..." şeklinde değiştirilmesinin "ÇED" yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

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

1. İkinci fıkrasının üçüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

2. Üçüncü fıkrasının;

a. Birinci cümlesinin,

b. İkinci cümlesinin "...8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,..." bölümünün,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

D. 10. maddesiyle 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (m) bendinde yer alan "...ithalat yoluyla yapılacak spot sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) alımları," ibaresinin "...yapılacak her türlü doğal gaz alımları," şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Kadir ÖZKAYA, Muammer TOPAL, Yıldız SEFERİNOĞLU, İrfan FİDAN ile Muhterem İNCE'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükmünün Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK DOKUZ AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

E. 11. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesine eklenen;

1. "...ve Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketinin ve bu şirketlerin bağlı ortaklıkları ile..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Kadir ÖZKAYA, Muammer TOPAL, Yıldız SEFERİNOĞLU, İrfan FİDAN ile Muhterem İNCE'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükmünün Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK DOKUZ AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

2. "...yurt dışında kurdukları şirketlerin..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

F. 19. maddesiyle 10/5/2005 tarihli ve 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'a eklenen geçici 7. maddenin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE OYBİRLİĞİYLE,

G. 41. maddesiyle 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun değiştirilen geçici 1. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

Ğ. 45. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'a eklenen geçici 29. maddenin (1) numaralı fıkrasında yer alan "...teminatları ilgisine göre kısmen veya tamamen iade edilir." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

11/10/2023 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FIDAN

Üye
Kenan YAŞAR

Üye
Muhterem İNCE

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 7257 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (Kanun) 9. maddesiyle 4646 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin, ikinci cümlesindeki "... 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu" bölümünün ve Kanun'un 11. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un geçici maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesine eklenen "...yurt dışında kurdukları şirketlerin..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.

2. Dava konusu kurallar, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ilgili kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunların bağlı ortaklıkları tarafından yurt dışında kurulan şirketlerin faaliyetlerini yürütürlerken muaf olacakları kanun hükümlerine ilişkindir. Bu kapsamda, söz konusu şirketler yurt içinde ve yurt dışındaki faaliyetlerini yürütürlerken 2522 sayılı Kamu Kuruluşlarının Yurt Dışındaki

Esas Sayısı : 2021/14

Karar Sayısı : 2023/173

İhalelere Katılması Hakkında Kanun, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine tâbi olmayacaklardır.

3. Kuralların, özel hukuk hükümlerine tâbi olarak kurulabilecek bu şirketlerin “*özel sektörün sahip olduğu hızlı karar verme, harekete geçebilme, dünya piyasalarında rekabet edebilecek güce sahip işletmeler kurma ve yönetme, sonuç odaklı çalışabilme gibi esnek ve dinamik bir yapıya sahip olmalarını*” sağlama amacına yönelik olduğu anlaşılmaktadır (§§ 78). Dolayısıyla, söz konusu şirketleri 2552, 2886 ve 4734 sayılı kanunlardan muaf tutan dava konusu kuralların esnekliği ve verimliliği sağlama amacıyla öngörülmesi konusunda çoğunluk görüşüne katılmak mümkündür (§ 79).

4. Bununla birlikte, anayasallık denetiminin amacın tespitiyle bırakılmasına ve kurallarda *belirlilik* olup olmadığının değerlendirilmemesine katılmak mümkün değildir. Anayasa’nın 2. maddesinde güvenceye alınan demokratik hukuk devleti kanunların açık, net, anlaşılabilir ve muhatapları açısından öngörülebilir olmasını gerektirmektedir. Hukuki belirlilik bilhassa idarenin keyfi işlemleri karşısında bireylere hukuk güvenliği sağlamak bakımından önemlidir.

5. Demokratik devlet ilkesi de kamu kaynağı kullanan kurum ve kuruluşların faaliyetlerinin şeffaflık ve hesap verilebilirlik ilkeleri ışığında yapılmasını zorunlu kılmaktadır. “Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere, “*Demokratik devlette kamu kaynakları ve bu kaynakların kullanılmasına ilişkin yetki esas itibarıyla egemenliğin sahibi olan millete ait olduğundan idare, kurum ya da kuruluşların kamu kaynaklarını kullanırken tabi olacakları hükümlerin hesap verme yükümlülüğüne uygun şekilde düzenlenmesi gerekir*” (AYM, E.2019/93, K.2023/87, 04/05/2023, § 41).

6. Bu bağlamda kamu kaynağı kullanan şirketlerin faaliyetlerinin birtakım kanuni düzenlemelerden muaf tutulmasına karşın hangi kanuni çerçevede yürütüleceğinin belirli olmaması anayasal meselenin özünü oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle kuralların anayasallık denetiminde değerlendirilmesi gereken husus, özel hukuk hükümlerine tâbi olmakla birlikte aynı zamanda kamu kaynağı kullanan şirketlerin *hangi usul ve esaslar çerçevesinde* ihale yapacağını, mal ve hizmet alımları, mal satımı ve kiralanması ile ücret karşılığı hizmet sunumunda hangi kanuni hükümlere bağlı olacağını belirli olup olmadığıdır.

7. Kuşkusuz bu şirketlerin, hatta kamu tüzel kişiliğini haiz olan şirketlerin, mal ve hizmet alımlarında mutlaka *belli* kanunların uygulanmasını zorunlu kılan bir anayasal hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle kanun koyucu, şeffaflık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik ve kamuoyu denetimi gibi ilkeleri dikkate alan farklı ihale usulleri belirleme noktasında takdir yetkisine sahiptir.

8. Dava konusu kurallarda söz konusu şirketlerin faaliyetlerini yürütürken 2552, 2886 ve 4734 sayılı kanunların uygulanmayacak olması bakımından bir belirsizlik bulunmamaktadır. Lakin hangi yasal hükümlerin uygulanacağı hususu belirli değildir. Başka bir ifadeyle Anayasa’ya aykırılık, iptali istenen ibarelerle şirketlerin söz konusu kanunlardan muaf tutulmasından değil, hangi kanun hükümlerine tâbi olacağını belli olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu belirsizlik, kamu kaynağı kullanan şirketlerin harcama faaliyetlerinin demokratik devlet ilkesinin gereklerine uygun şekilde denetlenmesini de zorlaştırmaktadır (bkz. AYM, E.2021/132, K.2022/69, 01/06/2022, Karşioy Gerekeşi, §§ 1-38).

9. Esasen tam da bu gerekçeyle Anayasa Mahkemesi, eldeki davada BOTAŞ’ın her türlü gaz alımı ile BOTAŞ ve TPAO’nun bağlı ortaklıkları ile yurt dışında kurdukları şirketlerin faaliyetleri kapsamında mal ve hizmet alımlarında -ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç- 4734 sayılı Kanun’a tabi olmayacağını öngören kuralları iptal etmiştir. Buna göre, doğal gaz, mal ve hizmet

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

alımlarında 4734 sayılı Kanun'un uygulanmayacağı belirtilmiş olmakla birlikte bu şirketlerin "hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağı belli değildir. Bu durumda istisna getirilen alana ilişkin ihalelerde saydamlık, hesap verilebilirlik, fırsat eşitliği ve öngörülebilirlik ilkelerinin güvenceye alındığı söylenemez." (§§ 94, 100).

10. Anılan ilkelerin, kamu tüzel kişiliğini haiz olmasalar da kamu kaynağı kullanan şirketlerin mal ve hizmet alımı, mal satımı ve kiralanması ile ücret karşılığı hizmet sunumu gibi işlemlerinde de geçerli olduğu, dolayısıyla bu ilkeleri güvenceye alan açık, belirli ve öngörülebilir bir kanuni düzenlemenin bulunmasının anayasal zorunluluk olduğu izahtan varestedir.

11. Açıklanan gerekçelerle dava konusu kuralların Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiğini düşündüğümden çoğunluğun red yönündeki kararına katılmıyorum.

Başkan
Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

Kanunun 9. maddesiyle 18/4/2001 tarihli ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'na eklenen ek 1. maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin ve ikinci cümlesinin "...8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,..." bölümünün, yine Kanunun 11. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesine eklenen; "... yurt dışında kurdukları şirketlerin..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına yönelik sayın çoğunluğun görüşüne katılmamaktayım. Söz konusu kurallarla ilgili karşıoylarımın gerekçelerini yansıttığını düşündüğüm sayın Yusuf Şevki Hakyemez'in karşıoy gerekçelerine iştirak ediyorum ve belirtilen nedenlerle kuralların iptal edilmesi gerektiği görüşündeyim.

Başkanvekili
Hasan Tahsin
GÖKCAN

KARŞI OY

1. Mahkememiz çoğunluğunca, 7257 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 10. maddesiyle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3.

maddesinin birinci fıkrasının (m) bendinde yer alan “...ithalat yoluyla yapılacak spot sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) alımları,” ibaresinin “...yapılacak her türlü doğal gaz alımları,” şeklinde değiştirilmesi Anayasa’ya aykırı bulunarak iptaline karar verilmiştir. Aşağıda açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne dayalı iptal kararına iştirak edemedik.

2. İptaline karar verilen kurullarla, BOTAŞ’ın her türlü doğal gaz alımları 4734 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarılmaktadır.

3. BOTAŞ, 233 sayılı KHK’ya tabi olarak iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyetlerini yürüten, tüzel kişiliği haiz, sermayesinin tamamı devlete ait, sorumluluğu sermayesi ile sınırlı, iktisadi devlet teşekkülü statüsünde faaliyet gösteren bir kamu iktisadi teşebbüsüdür (Karar Paragraf 91). Dolayısıyla BOTAŞ’ın kamu tüzel kişiliğini haiz bulunduğu, anayasal anlamda “idare” niteliğinde olduğunda ve hesap verme sorumluluğu ile mali saydamlık esasları çerçevesinde sürekli olarak Sayıştay’ın denetimine tabi bulunduğu kuşku bulunmamaktadır.

4. BOTAŞ’ın hukuki statüsü ile birlikte kuruluş amacı ve faaliyet konuları Anastatüsünde belirlenmiştir. Anastatü’nün 4. maddesine göre BOTAŞ, Türkiye içinde ve dışında her türlü petrol ve petrol ürünleri ile doğal gaz boru hatlarını inşa etmek, ettirmek, inşa edilmiş boru hatlarını devralmak, satın almak veya kiralamak, boru hatları ile petrol, petrol ürünleri ve doğal gaz nakliyatında bulunmak ve anılan boru hatlarında nakledilecek ham petrol ve doğal gazı satın almak ve satmak, yurt dışında petrol ve doğal gazın teminine yönelik arama, sondaj, üretim, taşıma, depolama ve rafinaj gibi tüm petrol ameliyelerini yapmak amacıyla kurulmuştur (Karar Paragraf 92). Dolayısıyla BOTAŞ, ülkenin enerji arz ve güvenliğinin sağlanması konusunda çok önemli ve kritik bir rol üstlenmiş durumdadır.

5. Açık kaynaklara göre doğal gaz enerjisinin depolanma imkânı diğer mallara göre hem çok daha zor, hem de daha maliyetlidir. Bu nedenle bu enerji türünün depolanması oldukça kısıtlıdır. Öte yandan kış koşullarında doğalgaz enerjisine duyulan ihtiyacın artmasıyla birlikte bir takım olumsuzlukların ortaya çıkmaması bakımından doğalgaz arzının da artması gerekebilmektedir. Belirtilen durumla birlikte doğalgaz piyasası da kendine özgü özellikler arz eden bir piyasadır.

6. Hal böyle olunca, özellikle kış aylarında ortaya çıkabilecek olan muhtemel doğalgaz kesinti ve kısıntılarının hızlıca bertaraf edilebilmesi bakımından üstlendiği görevi gereği gibi yerine getirebilmesi bakımından, BOTAŞ’a hızlı hareket etme imkânının sağlanması gerekmektedir. Esasen uluslararası doğalgaz piyasasının doğası da böyle hareket etmeyi gerektirmektedir.

7. Öte yandan yine yukarıda değinilen açık kaynaklara göre, doğal gaz alım – satım işlemleri hükümetler arası anlaşmalara dayanarak imzalanan uzun dönemli doğal gaz alım anlaşmalarına ya da diğer alım yöntemlerine göre gerçekleşmekte olup, süreç yönetimi, ulusal ve uluslararası piyasalardaki anlık alım satım fırsatlarının değerlendirilebilmesi gibi amaçlarla söz konusu alım işlemlerinin kimi zaman çok kısıtlı süreler (birkaç saatlik zaman dilimleri) içerisinde gerçekleştirilmesi gerekebilmektedir. Zira ülke menfaatleri doğrultusunda ulusal ve uluslararası piyasalarda oluşan fırsatların zamanında değerlendirilmesi büyük önem arz etmektedir.

8. Hal böyle olunca, yaşanması muhtemel doğal gaz kesinti ve kısıntıların bertaraf edilebilmesi, sistem arz ve güvenliğinin sağlanabilmesi amacıyla BOTAŞ tarafından yapılacak doğal gaz alımlarının kamu yararı amacıyla ve biraz da işin doğası gereğince 4734 sayılı Kanunun kapsamı dışında tutulduğu anlaşılmaktadır.

9. Öte yandan, anayasal anlamda “idare” niteliğinde olduğunda ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu’nun 4 üncü maddesine göre hesap verme sorumluluğu ile mali saydamlık esasları çerçevesinde sürekli olarak Sayıştay’ın denetimine tabi bulunduğu kuşku bulunmayan BOTAŞ

tarafından yapılacak her türlü doğal gaz alımının, söz konusu denetim kapsamında, uluslararası doğal gaz piyasası şartlarında ve yerleşik ticari esaslara göre gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetlenmeyeceğinin, dolayısıyla bahsi geçen alımların Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre gerçekleşmeyecek olmasının tamamen “kuralsız ve denetimsiz” kalacağına söylenmesi de mümkün gözükmemektedir.

10. Açıklanan nedenlerle, çoğunluk görüşünde belirtilenin tersine kuralın Anayasa’ya aykırı bir yönü bulunmadığından iptaline ilişkin çoğunluk görüşüne dayalı karara katılmıyoruz.

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
İrfan FİDAN

Üye
Muhterem İNCE

KARŞI OY

1. Mahkememiz çoğunluğınca, 7257 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 11. maddesiyle 4734 sayılı Kanun’un geçici 4. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesine eklenen “...ve Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketinin ve bu şirketlerin bağlı ortaklıkları ile...” ibaresi Anayasa’ya aykırı bulunarak iptaline karar verilmiştir.

2. İptal edilen ibarenin de içinde yer aldığı kural uyarınca, Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığının ve Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketinin ve bu şirketlerin bağlı ortaklıkları ile yurt dışında kurdukları şirketlerin petrol ve doğalgaz arama, sondaj, üretim, taşıma, depolama ve gazlaştırma faaliyetleri ile ilgili olarak yapılacak her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde 4734 sayılı Kanun’un 3 üncü maddesinin (g) bendinde yer alan parasal limit uygulanmayacaktır.

3. Kural ile enerji arz güvenliğinin temini hususunda üstlendiği önemli ve kritik görevler gereğince petrol ve doğal gaz arama, sondaj, üretim, taşıma, depolama ve gazlaştırma faaliyetlerini ve bu faaliyetlerine yönelik yatırımlarını süratle gerçekleştirme zorunluluğu bulunan BOTAŞ’ın, Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığına da sağlanmış olan istisnalardan yararlandırılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

4. Herkesçe bilinebileceği üzere, BOTAŞ’ın ana faaliyetlerinin yürütülmesi esnasında doğal afetler ya da başka herhangi bir sebeple boru hatlarında patlak, yarıma, yırtılma gibi hasarların doğabilmesi; deniz boru hatlarında veya tesislerinde ya da kompresörlerinde yahut da istasyonlarında bir kısım arızalar oluşabilmesi her zaman mümkündür.

5. Ortaya çıkan söz konusu arıza ve sorunların, çevreye verilebilecek olumsuz etkilerin en aza indirilmesi veya can güvenliğinin tesis edilmesi gibi nedenlere bağlı olarak çabuk giderilmesi; söz konusu süratin sağlanabilmesi için de ihtiyaç duyulan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Zira bu konudaki zaman kaybı, telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabilecektir¹.

6. Hal böyle olunca kuralın kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki bahsi geçen alımların Kamu İhale Kanunu hükümlerine tabi olmadan gerçekleştirilecek olması, bir önceki kurala ilişkin karşı oyumuzda BOTAŞ hakkında yaptığımız değerlendirmeler çerçevesinde bu alımların tamamen “kuralsız ve denetimsiz” kalacağını göstermez.

7. Açıklanan nedenlerle, çoğunluk görüşünde belirtilenin tersine kuralın Anayasa’ya aykırı bir yönü bulunmadığından iptaline ilişkin çoğunluk görüşüne dayalı karara katılmıyoruz.

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
İrfan FİDAN

Üye
Muhterem İNCE

KARŞIOY GEREKÇESİ

A) Kanunun Üçüncü Fıkrasının İkinci Cümlesinin “...8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu...” Bölümü Yönünden

1. Dava konusu kural 4646 sayılı Kanun’un ek 1. maddesi kapsamında kurulan şirketlerin ihale kanunlarına tabi olmaksızın yurt içi ve yurt dışından faaliyetlerde bulunmalarına imkân tanımaktadır.

2. Hukuk devleti ilkesi kamu tarafından gerçekleştirilen harcamaların eşit muamele, rekabet, kamusal denetime açık olma ve saydamlık gibi ilkelere uygun yapılmasını da kapsamaktadır. Kural kapsamında kalan şirketlerce yapılacak ihalelere ilişkin usul ve esasların belirlenmesinin idarenin

¹ Bu bağlamda, boru hatlarında ortaya çıkan acil durumlara bağlı olarak gerçekleşen boru değişimleri, onarımı, borudan branş alınarak (hatta gaz kesintisi olmadan) işlem yapılmasına yönelik boru hattı hot-tap işlemleri ve boru hattının temizlenmesine, boru hattı içerisinde tespit edilen anomalilerin, dentlerin, korozyonların giderilmesine yönelik akıllı pig vb. işlemler doğal gaz arz güvenliğinin sağlanması açısından acilen yapılması gereken işlemler olarak sayılabilir.

Esas Sayısı : 2021/14

Karar Sayısı : 2023/173

takdirine bırakılması idarenin son derece geniş ve neredeyse denetime tabi olmayan bir alanda keyfi ve kamu yararı içermeyen davranış ve uygulamalar içine girmesine zemin hazırlayabilir.

3. Anılan gerekçeyle kuralın Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı düşmesi nedeniyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

B) Kanun'un 11. Maddesiyle 4734 Sayılı Kanun'un Geçici 4. Maddesinin Beşinci Fıkrasının İkinci Cümlesine Eklenen "...yurt dışında kurdukları şirketlerin..." Bölümü Yönünden

4. Bir önceki kuralla ilgili belirttiğim karşıoy gerekçesi burada da geçerli olduğundan dava konusu kuralın Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaması nedeniyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye

Engin YILDIRIM

KARŞIOY GEREKÇESİ

4646 sayılı Kanuna ilâve edilen ek 1. maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin ve aynı fıkranın ikinci cümlesindeki "...8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,..." bölümü ile 4734 sayılı Kanunun geçici 4. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesine eklenen "...ile yurt dışında kurdukları şirketlerin..." ibaresinin Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar verilmiştir.

Çoğunluğun red kararının gerekçesinde; Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin anlamı açıklanarak, incelenen hükümlerde belirtilen şirketlerin ihalelerinde 2886 ve 4734 sayılı Kanunlardan istisna tutulmasının ve 2522 sayılı Kanun hükümlerine tâbi olmaksızın yurt içinde ve dışında gereken faaliyetleri yürütmeye yetkili kılınmasının kamu yararı amacı dışında bir amaç taşımadığı, hukukî belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleriyle bağdaşmadığının da söylenemeyeceği, dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmadığı ifade edilmiş ve red sonucuna ulaşılmıştır.

4646 sayılı Kanunun, dava konusu kuralların da yer aldığı ek 1. maddesinde, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ilgili kamu iktisadî teşebbüsleri ve bunların bağlı ortaklıkları tarafından yurtdışında kurulan şirketlerin ortaklarınca ikinci fıkrada belirtilen işlemleri gerçekleştirmek üzere ayrı birer şirket kurulabileceği, bu şirketlerin 2522 sayılı Kanuna tâbi olmaksızın yurtdışındaki ihalelere katılabileceği ve faaliyetleri yürütebileceği, fıkrada sayılan diğer kanunların yanında 2886 sayılı Kanun ile ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri hariç olmak üzere 4734 sayılı Kanun hükümlerine tâbi olmadığı hükme bağlanmıştır.

Çoğunluğun red gerekçesinde yer verilen ve söz konusu şirketlerin kuruluş amacını gerçekleştirmeye yönelik olarak yürüttüğü faaliyetlerin 2522, 2886 ve 4734 sayılı Kanunlarda öngörülen usûllerden ayrılmasını gerektirdiği, aksi takdirde bu şirketlerin rekabetin yoğun olduğu,

hızlı hareket edilmesi gereken enerji sektöründeki faaliyetlerinin aksayabileceği ve özel sektörle rekabet etme konusunda sıkıntı çekebileceği yönündeki açıklamaların haklı olduğu kabul edilebilirse de, bu şirketlerin yurtdışındaki ihalelere katılmalarına ilişkin 2522 sayılı Kanun ile satım, kira, trampa ve mülkiyet dışındaki aynî hak tesisi işlemlerinde 2886 sayılı Kanun, mal ve hizmet alımlarına ilişkin ihalelerde ise 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmamasını öngören ve bu ihalelerde uygulanacak usûl ve esasları tamamen belirsiz hâle getiren düzenlemeyle ilgili olarak çoğunluğun ulaştığı red sonucuna katılmak mümkün değildir.

Öncelikle, anılan şirketlerin amaçlarının ve faaliyetlerinin 2522, 2886 ve 4734 sayılı Kanunlardaki hükümlere tâbi olmamasını gerektirdiği yönündeki mezkûr gerekçelerin, kamu kaynaklarıyla kurulan ve kamu kaynağı kullanan bu kuruluşların söz konusu işlemlerinde hiçbir usûl ve esasa bağlı olmamasının sebeplerini açıklamadığını belirtmek gerekir.

Başka bir ifadeyle, ihaleler konusunda anılan Kanunlarda öngörülen usûllere bağlı kalınmasının yol açabileceği sorunlara ilişkin olarak red kararının gerekçesinde yapılan açıklamalar, bu şirketlerin bunların yerine hangi usûllere ve ilkelere tâbi olacağı konusunda oluşan boşluğu izah etmemektedir.

Bu tür kuruluşlara, amaçları doğrultusunda bir esneklik tanınmasında fayda, hattâ bazı hâllerde zorunluluk olduğunda şüphe bulunmamakla birlikte, bunun hiçbir usûl ve esasa bağlı olmadan faaliyette bulunabilme imkânı tanınması anlamına gelmediği açıktır.

Bilindiği gibi, hukuk devleti ilkesi, kamu kaynakları kullanılarak yapılacak diğer bütün harcamalarda olduğu gibi ihalelerde de şeffaflığın ve rekabetin sağlanmasını, güvenilirliği, katılımcılara eşit muamele yapılmasını ve kamuoyu denetimine imkân verilmesini, böylece kamu kaynaklarının kamu yararına uygun şekilde kullanılmasını gerektirir. Nitekim çoğunluğun red gerekçesinde de, kamu kaynağı kullanan kuruluşların mâlî işlemlerinin denetlenmesinin, başka bir ifadeyle denetime açık ve şeffaf bir mâlî düzen kurmanın bu kaynakların kamu yararına uygun olarak kullanılması ve esas sahibi olan topluma hesap verilmesini sağlama bakımından Anayasanın 2. maddesinde öngörülen demokratik hukuk devleti ilkesinin gereği olduğu kabul edilmiştir.

Oysa, dava konusu kuralda mezkûr şirketlere, herhangi bir şarta bağlı kılınmadan ve uygulanmayacağı hükme bağlanan kanunların yerine hangi usûl ve esasların uygulanacağı belirlenmeden sınırsız bir yetki tanınmıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere, bazı kuruluşlara zorunlu hâllerde ve istisnaî şartlarda bazı işlemler bakımından belli bir ölçüde esneklik sağlanması söz konusu olabilirse de yapılacak kanunî düzenlemenin konuyu öncekinden daha belirsiz hâle getirmemesi gerekir.

Mahkememizin birçok kararında, hiçbir usûl ve esas öngörülmeden konunun alt düzenleyici işlemlerle düzenleneceğini belirten genel nitelikli yetkilendirme hükümlerinin bile yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi yanında belirlilik ilkesine aykırı bulunduğu dikkate alındığında, böyle bir hükme de yer verilmeden, sadece belirli usullerin uygulanmayacağına öngörülmesinin yeterli kabul edilmesi belirlilik ilkesine ilişkin içtihadımızla çelişmektedir (geniş açıklama için bkz. 14/7/2021 tarihli ve E.2019/32, K.2021/54 sayılı; 1/6/2022 tarihli ve E.2021/132, K.2022/69 sayılı; 13/12/2022 tarihli ve E.2019/88, K.2022/159 sayılı kararlara ilişkin karşıoy gerekçelerim).

Diğer taraftan, incelenen kuralla söz konusu şirketlerin mezkûr Kanunlara tâbi olmadan ihale yapabilmesi öngörülürken, bu işlemlerin hangi usûl ve esaslara göre yapılacağı konusunda ilkeleri, sınırları ve şartları belirlenmemiş genişlikte bir takdir yetkisi tanındığından, bunlara ilişkin olarak etkili bir şekilde idarî ve yargısal denetim yapılması da imkânsız hâle gelmiştir (bkz. 1/6/2022 tarihli ve E.2021/132, K.2022/69 sayılı karara ilişkin karşıoy gerekçem).

Bu sebeplerle, dava konusu ibarenin Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun red kararına karşıyım.

Üye

M. Emin KUZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Mahkememiz çoğunluğunun 25/11/2020 tarihli ve 7257 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Ek 1. maddesinin üçüncü fıkrasının "*Kurulan şirketler, işletme konusu dâhilinde olmak kaydıyla 11/9/1981 tarihli ve 2522 sayılı Kamu Kuruluşlarının Yurt Dışındaki İhalelere Katılması Hakkında Kanuna tabi olmaksızın yurt içinde ve yurt dışında gereken faaliyetleri yürütmeye yetkilidir.*" şeklindeki birinci cümlesi ile ikinci cümlesinin "*...8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri hariç 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,...*" şeklindeki bölümünün ve geçici 4. maddesindeki "*...yurt dışında kurdukları şirketlerin...*" şeklindeki ibarelerin Anayasa'ya aykırı olmadığı yönündeki kanaatine katılmamaktayım.

2. Dava konusu cümle ve ibarelerle 4646 sayılı Kanun'un ek 1. maddesi uyarınca kurulan şirketler hakkında uygulanmayacak kanun ve kanun hükmünde kararnameler belirtilmiştir. Ek 1. maddenin dava konusu hükümlerinin gerekçesinde kurulacak şirketlerin özel hukuk hükümlerine tabi, özel sektörün sahip olduğu hızlı karar verme, harekete geçebilme, dünya piyasalarında rekabet edebilecek güce sahip işletmeler kurma ve yönetme, sonuç odaklı çalışabilme gibi esnek ve dinamik bir yapıya sahip olmalarının zaruret arz etmesi nedeniyle şirketlerin tabi olacağı ve muaf tutulacağı mevzuat hükümlerinin belirlendiğine işaret edilmektedir.

3. Yine dava konusu geçici 4. maddedeki ibarenin de içinde yer aldığı hükümle 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (g) bendinde yer alan parasal limitin, BOTAŞ ve bu şirkete bağlı ortaklıklar ile yurt dışında kurdukları şirketlerin petrol ve doğalgaz arama, sondaj, üretim, taşıma, depolama ve gazlaştırma faaliyetleri ile ilgili olarak yapılacakları her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde uygulanmayacağı öngörülmektedir.

4. Burada öncelikle dava konusu şirketlerin her ne kadar özel hukuk hükümlerine tabi iseler de kamu kaynağı kullanmakta olduğunun altını çizmek gerekir. Bahse konu şirketler kamu tüzel kişiliğine sahip değil iseler de kamu kaynağı kullanmaları nedeniyle tabi olacakları hukuki rejim yine de önem arz etmektedir.

5. Dava konusu kurallarda olduğu gibi bu şirketlerin kamu tüzel kişiliğine sahip olmamaları ve yine Kamu İhale Kanunu gibi bazı kanunlara tabi olmamaları tek başına Anayasa'ya aykırılık açısından sorun teşkil etmemektedir. Buradaki temel sorun kamu kaynağı kullanan bu şirketlerin idarenin şeffaflığı ve hesap verebilirliği bağlamında hangi kurallara tabi olacağı ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemesinden kaynaklanmaktadır.

Esas Sayısı : 2021/14

Karar Sayısı : 2023/173

6. Dava konusu kurallardaki temel Anayasa'ya aykırılık Mahkememizce daha önce denetlenen ve iptali istemi reddedilen Eximbank'ın faaliyet ve görev alanı kapsamında satış, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlemlerinde 2886 sayılı Kanun hükümlerinin; mal ve hizmet alımlarına ilişkin ihalelerde ise 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağını öngören 7341 sayılı Kanun'un dava konusu hükmüne benzemektedir (Bkz.: E.2021/132, K.2022/69, 01/06/2022). O karara ilişkin karşıoyumdaki gerekçelerin aslında bu dosyadaki dava konusu cümle ve ibarelere de uyarlanabileceği söylenebilir (Bahse konu karardaki karşıoyumun ilgili yerleri için bkz.: §§ 5-11).

7. Zira bu dosyadaki hükümler bağlamında kurulacak şirketlerin özel hukuk hükümlerine tabi, özel sektörün sahip olduğu hızlı karar verme, harekete geçebilme, dünya piyasalarında rekabet edebilecek güce sahip işletmeler kurma ve yönetme, sonuç odaklı çalışabilme gibi esnek ve dinamik bir yapıya sahip olmalarında ülke ekonomisi adına önemli yararlar bulunmaktadır. Bu bağlamda bu şirketlerin piyasa şartlarında daha rahat faaliyette bulunabilmesi amacıyla bazı esnekliklere tabi tutulması da gerekebilir.

8. Bununla birlikte burada dava konusu cümle ve ibarelerin Anayasa'ya uygunluk denetiminde ön plana çıkan husus dava konusu kuralda olduğu şekilde kurulacak şirketlerin bazı kanunlardan muaf tutulması noktasında odaklanmaktadır. Esasında yukarıda da ifade edildiği üzere kurulacak şirketlerin dava konusu ibarelerde sayılan Kanunlardan muaf tutulmasında tek başına bir Anayasa'ya aykırılıktan bahsedilmesi mümkün değildir. Zira bahse konu şirketlerin bu biçimdeki kanunlara tabi olacağına dair bir Anayasal zorunluluktan bahsedilemez.

9. Ancak buradaki temel sorun denetim noktasında kanunlardaki belirsizlikten ve daha da önemlisi kanun düzeyinde denetimle ilgili herhangi bir düzenlemenin yer almamasından kaynaklanmaktadır. Kanun koyucu kurulacak şirketlerin hangi kanunlardan muaf olduğunu belirtmiş fakat bu şirketlerin denetimine ilişkin hiçbir düzenlemeye yer vermemiştir.

10. Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak burada ortaya çıkan belirsizliğin ise kanun düzeyinde giderilmesi gerekmektedir. Zira Mahkememizin yerleşik içtihadında ifade edildiği üzere Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir (E.2018/119, K.2020/25, 11/06/2020, § 31).

11. Yine hukuk devleti ilkesi bağlamındaki belirlilik ilkesi gereğince kanun hükümlerinin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması gerekmektedir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, kanundan belirli bir kesinlik içinde hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır (E.2019/35, K.2019/53, 26/6/2019, § 15).

12. Bu nedenle dava konusu kuralda kanun koyucunun kurulacak şirketleri 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'ndan ve ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri hariç 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan muaf tutarken faaliyetlerinin ne şekilde denetleneceğine dair herhangi bir kanuni düzenlemeye yer vermemiş olması kuralı Anayasa'ya aykırı hale getirmektedir. Zira bu biçimdeki konuların Anayasa'nın 2. maddesindeki belirlilik ilkesi gereğince ilk elden kanunla düzenlenmesi bir zorunluluktur.

13. Kamusal kaynak kullanan şirketin faaliyetlerinde kanun koyucu tarafından rekabet, eşit muamele, hesap verebilirlik, şeffaflık, kamuoyu denetimi ve benzeri denetim imkanını gösteren

Esas Sayısı : 2021/14

Karar Sayısı : 2023/173

usullere yer veren bir kanun hükmü olmaksızın dava konusu cümle ve ibarelerle muafiyetler getirilmesi kuralı Anayasa'nın 2. maddesine aykırı hale getirmektedir.

14. Yukarıda sıralanan nedenlerle dava konusu cümle ve ibarelerin Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğundan iptali gerektiği kanaatiyle çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmamaktayım.

Üye

Yusuf Şevki
HAKYEMEZ