T.C. DANIŞTAY 10. DAİRE

E. 2008/11336 K. 2012/1405 T. 11.4.2012

• YARIŞMA ÖDÜLÜNÜN VERİLMEMESİ (Bakanlık Onayı İle Düzenlenen Ödülün Bakanlık Bütçesinden Karşılanmasına Karar Verilen - Kamu Yararı ve Yürütülen Hizmetin Gereklerine Uygunluk Bulunmadığı/İdarece Tazmin Edilmesi Gerektiği)

• ÖDÜL VERİLMEMESİNDEN KAYNAKLANAN ZARAR (İdarece Tazmin Edilmesi Gerektiği - Ödülün Bakanlık Onayı İle Düzenlendiği ve Bakanlık Bütçesinden Karşılanmasına Karar Verildiği)

• İDAREYE GÜVEN İLKESİ (Bakanlıkça Düzenlenen Yarışmada 1. Olan Davacıya Ödülün Verilmemesinden Kaynaklanan Zararının Olayda Hizmet Kusuru Saptanan Davalı İdarece Tazmin Edileceği)

KHK-355/m. 2/a, 11/a, 11/A-g, 33

ÖZET : Bakanlık onayı ile düzenlenen, ödülü belirlenen ve bu ödülün Bakanlık bütçesinden karşılanmasına karar verilen yarışmada birinci olan davacıya ödülün verilmemesinde, kamu yararı ve yürütülen hizmetin gereklerine uygunluk bulunmamaktadır. İdareye güven ilkesi uyarınca düzenlenen yarışmaya katılan, yarışma sonucunda verilecek ödülü birinci olması halinde almak için haklı beklentiye giren davacının, ödülün verilmemesinden kaynaklanan zararının, olayda hizmet kusuru saptanan davalı idarece tazmin edilmesi gerekmektedir.

İstemin Özeti : Davalı Bakanlıkça 15-22 Nisan 2000 tarihleri arasında kutlanan "Turizm Haftası" etkinlikleri çerçevesinde Karadeniz bölgesi illerinde "En Güzel Cephe/Ön Görünüm" yarışması düzenlendiği, bu yarışmada il birincisi olan davacının ödülün verilmesi istemiyle 11.6.2001 tarihinde yaptığı başvurunun davalı idarece cevap verilmemek suretiyle zımnen reddi üzerine ödülün karşılığı olan 1.419,76 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan dava sonucunda, Ankara 4. İdare Mahkemesi Hakimliğince davanın reddi yolunda verilen ve kanun yolları tüketilmek suretiyle kesinleşen 26.3.2004 tarih ve E:2004/391, K:2004/431 sayılı kararın, davacının başvurusu üzerine Danıştay Başsavcılığı tarafından 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca bozulması istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Erkan Yılmaz

Düşüncesi : Toplumda turizm bilincinin geliştirilmesi için gerekli çalışmaları yapmak, her türlü imkandan yararlanarak, turizm değerlerinin, yurt içinde ve dışında tanıtımını yapmak, yaptırmak; bu amaçla yurt içinde ve dışında seminer, sempozyum, kollokyum, kongre, fuar, sergi, festival, yarışma, gösteriler ve benzeri faaliyetleri düzenlemekle görevli olan davalı Bakanlığın, bu görev kapsamında Bakanlık onayı ile düzenlenen, ödülü belirlenen ve bu ödülün

Bakanlık bütçesinden karşılanmasına karar verilen yarışmada birinci olan davacıya ödülün verilmemesinde, kamu yararı ve yürütülen hizmetin gereklerine uygunluk bulunmamaktadır.

İdareye güven ilkesi uyarınca düzenlenen yarışmaya katılan, yarışma sonucunda verilecek ödülü birinci olması halinde almak için haklı beklentiye giren davacının, ödülün verilmemesinden kaynaklanan zararının, olayda hizmet kusuru saptanan davalı idarece tazmin edilmesi gerekmektedir.

İdare Mahkemesince, davacının olaydan dolayı uğramış olduğu zarar miktarı saptanıp hizmet kusuru bulunan idarece ödenmesine karar verilmesi gerekirken, yukarıda özetlenen gerekçeyle davanın reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, hükmün hukuki sonuçlarına etkili olmamak üzere mahkeme kararının kanun yararına bozulmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince, Ankara 4. İdare Mahkemesi Hakimliğinin 26.3.2004 tarih ve E:2004/391, K:2004/431 sayılı kararının, Danıştay Başsavcılığı'nca temyizen kanun yararına bozulması istemi incelenerek gereği görüşüldü:

KARAR : Dava, davalı Bakanlıkça 15-22 Nisan 2000 tarihleri arasında kutlanan "Turizm Haftası" etkinlikleri çerçevesinde Karadeniz bölgesi illerinde "En Güzel Cephe/Ön Görünüm" yarışması düzenlendiği, bu yarışmada il birincisi olan davacının ödülün verilmesi istemiyle 11.6.2001 tarihinde yaptığı başvurunun davalı idarece cevap verilmemek suretiyle zımnen reddi üzerine ödülün karşılığı olan 1.419,76 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

Ankara 4. İdare Mahkemesi Hakimliğince; olayda yarışma sonrası il birincilerine ödül verilmesini zorunlu kılan herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığı gibi, şartnamede de ödülün verilmemesi halinde ne şekilde bir işlem yapılacağının düzenlenmediği, vaad edilen ödülün idare açısından bir bağlayıcılığının bulunmadığı, dolayısıyla idarenin tazminat ödemekle sorumlu tutulmasına olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından; anılan İdare Mahkemesi kararının, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek, kanun yararına bozulması isteğiyle Danıştay Başsavcılığı'na başvurulmuştur.

Danıştay Başsavcılığı tarafından, 355 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesinin (a) bendinde, yurdun turizme elverişli bütün imkanlarını değerlendirmenin geliştirmenin ve pazarlamanın Turizm Bakanlığının görevleri arasında sayıldığı, 11. maddesinin (a) bendinde turizm değerlerinin tanıtımını yapmak ve yaptırmak amacıyla yarışma düzenlemenin Tanıtma Genel Müdürlüğünün görevlerinden biri olduğunun belirtildiği, 11/A maddesinin (g) işaretli bendinde ise toplumda turizm bilincinin geliştirilmesi için gerekli çalışmaları yapmanın Turizm Eğitimi Genel Müdürlüğünün görevi olduğuna değinildiği, 33. maddesinde ise, Bakanlığın kendi görev alanına giren konularda üstün başarı göstermiş kişilere mükafat verebileceğinin kurala bağlandığı, **aktarılan yasal düzenlemelerle turizmi teşvik edici ve toplumda turizm bilincini geliştirici çalışmalar yapma ve bu maksatla yarışmalar tertipleme görevinin asli**

ve sürekli bir kamu hizmeti olarak Turizm Bakanlığına verildiği, bu itibarla, söz konusu kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında tertiplenen ve usul ve esasları Genelge ve Bakan oluru ile düzenlenen yarışma kapsamında hizmeti yürütmekle görevli ve yetkili kamu idaresi tarafından il birincilerine verilmesi öngörülen ödülün makul süre içerisinde yerine getirilmemesinin idare bakımından hizmet kusuru sayılması gerektiği, turizm değerlerinin tanıtımını yapmak ve yaptırmak amacıyla yarışma düzenleyen, bu kapsamda belirlediği kural ve koşullar ile taahhüt edilen ödülü bir şartname ile kamuya duyuran idarenin, yarışmaya katılanlara yüklediği edimler ve masraflar karşılığında, ödemeyi vaad ettiği teşvik ödülünü ödemediği, böylece hizmet kusurundan kaynaklanan bir zararın sabit olduğu, bu zararın idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğduğu açık bulunduğundan, Anayasanın 125. maddesi hükmü karşısında başkaca yasal veya idari düzenlemelerin mevcudiyetini aramaya gerek bulunmadığı düşüncesiyle davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararı kanun yararına temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık tarihinde yürürlükte bulunan 355 sayılı Turizm Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 11. maddesinin (a) bendinde, "Her türlü imkandan yararlanarak, turizm değerlerinin, yurt içinde ve dışında tanıtımını yapmak, yaptırmak; bu amaçla yurt içinde ve dışında seminer, sempozyum, kollokyum, kongre, fuar, sergi, festival, yarışma, gösteriler ve benzeri faaliyetleri düzenlemek veya düzenlenmiş olanlara katılmak, bu yönde faaliyet gösteren yerli veya yabancı, kamu veya özel kurum, kuruluş, topluluk ve kişileri desteklemek, yönlendirmek ve bunlar arasında gerekli işbirliğini sağlamak, bu tür faaliyetlerin ülkemizde yapılmasını özendirmek" görevi, Bakanlığın ana hizmet birimlerinden olan Tanıtma Genel Müdürlüğüne verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, toplumda turizm bilincini geliştirmek, iç turizmi canlandırmak amacıyla davalı Bakanlık makamının 3.4.2000 tarihli onayı ile 15-22 Nisan 2000 tarihleri arasında yapılacak "Turizm Haftası" etkinliklerinin "Turizm Haftası Programı"na uygun olarak kutlanmasının, program kapsamında karadeniz bölgesi illerinde "En Güzel Cephe/Ön Görünüm" yarışması düzenlenmesinin, yapılacak yarışmalar için şartname hazırlanmasının, yarışmalar ile ilgili organizasyon çalışmalarının İl Turizm Müdürlüklerince yürütülmesinin, yarışma sonucunu değerlendirecek komisyonun oluşumunun, yarışma için hazırlanan şartnamede yarışmada il birincisi olan kişiye ailesi ile birlikte (toplam üç kişi) 7 gün tam pansiyon tatil ödülü verilmesinin uygun görüldüğü, 4.4.2000 tarihli Bakanlık yazısı ile programın uygulamaya konulmasının 81 İl Turizm Müdürlüğünden istendiği, program kapsamında düzenlenen karadeniz bölgesi illerinde "En Güzel Cephe/Ön Görünüm" yarışmasına Karabük İli için başvuran davacının evinin değerlendirme komisyonunca il birincisi seçildiğinin Karabük İl Turizm Müdürlüğünün 16.8.2000 tarihli yazısıyla davacıya bildirildiği, idarece ödülün verilmesi noktasında davacıya bir bildirimde bulunulmaması üzerine, davacı tarafından ödülün verilmesi istemiyle 11.6.2001 tarihinde idareye yapılan başvurunun cevap verilmemek suretiyle zımnen reddi üzerine, ödülün karşılığı olan 1.419,76 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle dava açıldığı anlaşılmaktadır.

Anayasanın 125. maddesinde, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu kurala bağlanmıştır.

İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanan hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.

Toplumda turizm bilincinin geliştirilmesi için gerekli çalışmaları yapmak, her türlü imkandan yararlanarak, turizm değerlerinin, yurt içinde ve dışında tanıtımını yapmak, yaptırmak; bu amaçla yurt içinde ve dışında seminer, sempozyum, kollokyum, kongre, fuar, sergi, festival, yarışma, gösteriler ve benzeri faaliyetleri düzenlemekle görevli olan davalı Bakanlığın, bu görevi kapsamında Bakanlık onayı ile düzenlediği, belirlenen ödülün Bakanlık bütçesinden karşılanmasını uygun gördüğü yarışmada birinci olan davacıya ödülünü vermemiş olmasında, yarışma ile hedeflenen amaca ve yürütülen hizmetin gereklerine uygunluk bulunmamaktadır. Bu şekilde meydana gelen hizmet kusurundan kaynaklanan zararın idarece tazmin edilmesi gerekmektedir.

İdareye güven ilkesi uyarınca düzenlenen yarışmaya katılan, yarışma sonucunda verilecek ödülü birinci olması halinde almak için haklı beklentiye giren davacının, ödülün verilmemesinden kaynaklanan zararının, olayda hizmet kusuru saptanan davalı idarece tazmin edilmesine karar verilmesi gerekirken, yukarıda özetlenen gerekçeyle davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle, Danıştay Başsavcılığı tarafından yapılan kanun yararına temyiz isteminin kabulü ile Ankara 4. İdare Mahkemesi Hakimliğinin 26.3.2004 tarih ve E:2004/391, K:2004/431 sayılı kararının, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca hükmün hukuki sonuçlarına etkili olmamak üzere kanun yararına bozulmasına, kararın birer örneğinin taraflara ve Danıştay Başsavcılığına gönderilmesine, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasına, 11.04.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI (Resmi Gazete Tarih-Sayısı : 19.01.2006 – 26054)
Esas Sayısı : 2001/383 Karar Sayısı : 2003/92 Karar Günü : 16.10.2003
İPTAL DAVASINI AÇAN: Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER
İPTAL DAVASININ KONUSU: 26.6.2001 günlü, 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesi ile 5. maddesinin beşinci fıkrasının birinci tümcesinin Anayasa'nın 128. ve 46. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.
I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ
İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren 30.07.2001 günlü dava dilekçesinin gerekçesi şöyledir:
“l- 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Yasası'nın 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinde, ‘‘Arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler yönetici şirket tarafından verilir ve denetlenir’’ kuralı getirilmiştir.
Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında, Devlet'in, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği belirtilmiştir.

3194 sayılı İmar Yasası'na ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 günlü, E.1985/11, K.1986/29 sayılı kararında da belirtildiği gibi, ister "bağlı yetki", ister "takdir yetkisi" biçiminde kullanılsın "yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verme" ve "denetleme" görev ve yetkisi, idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer almaktadır. Bu nedenle, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni vermenin ve bu konuda yapılacak denetimin aslî ve sürekli bir kamu görevi olduğunda duraksamaya yer yoktur.

Bu durum karşısında, kolluk etkinlikleri içinde yer alan yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verme ve bu konuda yapılacak denetim hizmetinin, ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekmektedir.

4691 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinde, arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, yapımı ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinlerin yönetici şirket tarafından verileceği ve denetleneceği kurala bağlanmıştır.

Aynı Yasa'nın 3. maddesinin (k) bendinde, yönetici şirketin, bu Yasa'ya uygun ve anonim şirket olarak kurulan, bölgenin yönetimi ve işletmesinden sorumlu şirket olduğu belirtilmiş; 5. maddesinin beşinci fıkrasında da, yönetici şirketin bir özel hukuk tüzel kişiliği olduğu vurgulanmıştır.

Yine aynı Yasa'nın 7. maddesinde ise, yönetici şirkette, yürürlükteki iş ve çalışma mevzuatına göre personel çalıştırılacağı kuralı getirilmiştir. "İş ve çalışma mevzuatına" göre çalıştırılan personel, özel hukuk kurallarına göre iş akdine dayalı olarak çalıştırılan personeldir.

Oysa, Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasına göre, Devlet'in, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevleri yürütecek memur ve diğer kamu görevlileri, statü hukukuna bağlı personeldir.

Nitekim, aynı maddenin ikinci fıkrasında, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin yasayla düzenleneceği kurala bağlanarak, memurlarla diğer kamu görevlilerinin statü hukukuna bağlı personel olduğu açıkça belirtilmiştir.

Bu durumda, yönetici şirket personelini "kamu görevlisi" olarak nitelemeye olanak yoktur.

Her ne kadar, 4691 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin ikinci fıkrasında, kamu kurum ve kuruluşları ile üniversite personelinden bölgede gerçekleştirilecek etkinliklerde araştırmacı olarak hizmetine gereksinme duyulanların, bağlı oldukları kurum ya da kuruluşların izni ile, yönetici şirketlerde sürekli ya da yarı zamanlı çalışabilecekleri öngörülmüş ise de, bu durumun, şirketin ve asli çalışanların hukuksal statüsü karşısında sonuca etkili olduğu söylenemez.

Buna göre, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni vermenin ve denetlemenin, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli kamu hizmeti olduğu açık bulunduğundan, 4691 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin üçüncü fıkrasının, arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, yapımı ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinlerin, bir özel hukuk tüzel kişisi olan yönetici şirket tarafından verilip denetleneceğini öngören üçüncü tümcesi, Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

2- 4691 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin beşinci fıkrasının birinci tümcesinde, "Yönetici şirket, kamu yararı gerekçesi ile adına kamulaştırma yapan veya yaptıran bir özel hukuk tüzel kişiliğidir" kuralına yer verilmiştir.

Kamulaştırma, öz yönünden devlet ve kamu tüzel kişileri yararına tanınmış bir yetkidir. Ancak, genel yararın gerektirdiği durumlarda gerçek kişilerle özel hukuk tüzel kişileri yararına da kamulaştırma yapılabileceği kabul edilmektedir.

Anayasa'nın 46. maddesinin birinci fıkrasında, "Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya

ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir" kuralına yer verilerek, kamulaştırma yapma yetkisi yalnızca Devlet'e ve kamu tüzel kişilerine tanınmıştır.

Maddenin diğer fıkralarında gerçek kişiler ya da özel hukuk kişileri yararına kamulaştırmadan sözedilmemiştir. Ne var ki, Anayasakoyucu tarafından bu konuda engelleyici ya da yasaklayıcı bir kural da öngörülmemiştir. Yalnızca, Devlet ve kamu tüzel kişilerinin yasayla gösterilen ilke ve yöntemlere göre kamulaştırma yapmaya yetkili oldukları belirtilip, gerekli öteki düzenlemeler yasaya bırakılmıştır. Nitekim, 2942 sayılı Kamulaştırma Yasası'nda, kamulaştırmaya ilişkin ilke ve yöntemlere ayrıntılı biçimde yer verilmiştir.

Kamu yararının gerektirdiği durumlarda gerçek kişi ya da özel hukuk tüzel kişileri adına kamulaştırma yapabilme olanağı 2942 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin ikinci fıkrasından kaynaklanmaktadır. Bu fıkrada, "Özel kanunlarına dayanılarak gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri adına yapılacak kamulaştırmalarda da bu Kanun hükümleri uygulanır" kuralı bulunmaktadır. Bu kuralda yer verilen "adına yapılacak" anlatımıyla, kamulaştırmanın, gerçek ya da özel hukuk tüzel kişilerince değil, onların adına Devlet ya da kamu tüzel kişilerince yapılması öngörülmektedir.

Oysa, 4691 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin beşinci fıkrasının birinci tümcesindeki kuralla, yönetici şirkete kendi adına kamulaştırma yapma yetkisi verilmektedir.

Aynı Yasa'nın 5. maddesinin beşinci fıkrasında, yönetici şirketin bir özel hukuk tüzel kişisi olduğu belirtilmiştir.

Böylece, 4691 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin beşinci fıkrasının birinci tümcesi ile, bir özel hukuk tüzel kişisi olan yönetici şirkete, kendi adına doğrudan kamulaştırma yapma yetkisi verilmiş olmaktadır.

Bu durumda, söz konusu düzenleme, Anayasa'nın 46. maddesine açıkça aykırı düşmektedir."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

1) 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun 4. maddesinin dava konusu tümceyi de içeren üçüncü fıkrası şöyledir:

"Arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler yönetici şirket tarafından verilir ve denetlenir."

2) Yasa'nın dava konusu tümcesini de içeren 5. maddesinin beşinci fıkrası şöyledir:

"Yönetici şirket, kamu yararı gerekçesi ile adına kamulaştırma yapan veya yaptıran bir özel hukuk tüzel kişiliğidir..." denilmektedir.

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 128. ve 46. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Rüştü SÖNMEZ, Ertuğrul ERSOY, Ahmet AKYALÇIN ve Enis TUNGA'nın katılımlarıyla 12.9.2001 günü yapılan ilk inceleme toplantısında; dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına, oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleriyle diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- 4. Maddenin Üçüncü Fıkrasının Üçüncü Tümcesinin İncelenmesi

4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinde, "*Arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler yönetici şirket tarafından verilir ve denetlenir*" denilmektedir.

Dava dilekçesinde, yapı ruhsatı ve kullanma izni vermenin ve denetlemenin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli kamu hizmeti olduğu, dava konusu tümcede ise, arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, yapımı ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinlerin bir özel hukuk tüzel kişisi olan yönetici şirket tarafından verilip denetleneceğinin öngörüldüğü, dava konusu kuralın bu nedenle Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen tümceye göre yönetici şirket, arazi kullanımını belirleyecek, yapı ve tesisleri projelendirecek, yapı ve tesislerin inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinleri verecek ve denetleyecektir.

Arazinin maddi alt yapısını oluşturacak olan tüm etkinlikler ve yatırımları yönlendirecek yöresel ve bölgesel planlamalar, arazi kullanımının belirlenmesi anlamına gelmektedir.

Yapı ve tesislerin projelendirilmesi ise; inşasına karar verilen yapılar için ruhsat alınabilmesinin ön koşulu olarak, yapı ile ilgili projelerin, kanuna, plâna, ilgili yönetmelik hükümlerine ve imar durumuna uygun olarak hazırlanmasıdır. Sözü geçen arazi kullanımı ile yapı ve tesislerin projelendirilmesi, ruhsat öncesi, aşamalar olup, yapı sahipleri tarafından hazırlanıp ilgili birimlere sunulması gereken evrelerdir.

Yapı ve tesislerin inşası, kullanımı ile ilgili ruhsat ve izinlerin verilmesi ve denetlenmesi ise, yapı ve tesislere ruhsat verilmesi ve yapım sırası ve sonrasındaki denetim ve sorumlulukları kapsamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 günlü, E.1985/11, K.1986/29 sayılı kararında da belirtildiği gibi, ister bağlı yetki ister takdir yetkisi biçiminde kullanılsın "yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verme" ve "denetleme" görev ve yetkisi idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer almakta olup, bu konuda yapılacak denetim de asli ve sürekli bir kamu hizmetidir. Başka bir anlatımla yapı ruhsatı ve buna bağlı olarak yapı kullanma izni vermek, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindendir. Anayasa'nın 128. maddesine göre de, belirtilen nitelikteki görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur.

4691 sayılı Kanun'un 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinde, belirtilen ruhsat ve izinlerin yönetici şirket tarafından verileceği öngörülmüştür.

Aynı Yasa'nın 3. maddesinin (k) bendinde, yönetici şirketin bir anonim şirket, 5. maddesinin beşinci fıkrasında da bu şirketin özel hukuk tüzel kişisi olduğu, 7. maddesinde ise, yönetici şirkette, yürürlükteki iş ve çalışma mevzuatına göre personel çalıştırılacağı belirtilmiştir.

Buna göre iş ve çalışma mevzuatı uyarınca çalıştırılan personel özel hukuk kurallarına tabi olarak hizmet sözleşmesi ile çalıştırılacağından, yönetici şirket personelini kamu görevlisi olarak nitelemek hukuken olanaksızdır. Bu bağlamda Yasa'nın 7. maddesinin ikinci fıkrasına göre sözkonusu şirkette, kamu personelinin de çalıştırılabilmesi, bu şirketin özel hukuk tüzelkişisi olma niteliğini etkilemez.

Bu durumda, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verilmesi ve denetlenmesinin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli bir kamu hizmeti olması nedeniyle memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle gerçekleştirilmesi gerekirken, dava konusu kuralla, ruhsat ve izinlerin bir özel hukuk tüzel kişisi olan yönetici şirket tarafından verilip denetleneceğinin öngörülmesi, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 4691 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinin iptali gerekir.

Haşim KILIÇ bu görüşe katılmamıştır.

B- 5. Maddenin Beşinci Fıkrasının Birinci Tümcesinin İncelenmesi

4691 sayılı Kanun'un 5. maddesinin beşinci fıkrasının iptali istenen birinci tümcesinde "*Yönetici şirket, kamu yararı gerekçesi ile adına kamulaştırma yapan veya yaptıran bir özel hukuk tüzel kişisidir*." denilmektedir.

Dava dilekçesinde; kamulaştırmanın öz yönünden devlet ve kamu tüzel kişileri yararına tanınmış bir yetki olduğu, ancak genel yararın gerektirdiği durumlarda gerçek kişilerle özel hukuk tüzel kişileri yararına da kamulaştırma yapılabileceği, Anayasa'nın 46. maddesinde kamulaştırma yetkisinin yalnızca Devlet'e ve kamu tüzel kişilerine tanındığı, maddede gerçek ya da özel hukuk tüzelkişileri yararına kamulaştırmadan söz edilmemekle birlikte bu konuda engelleyici ya da yasaklayıcı bir kural da öngörülmediği, gerekli düzenlemeleri yapma yetkisinin yasaya bırakıldığı, öte yandan, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 1. maddesinde gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri adına yapılacak kamulaştırmaların da Devlet ya da kamu tüzelkişilerince yapılacağının öngörüldüğü, buna karşılık dava konusu tümceyle yönetici şirkete kendi adına kamulaştırma yapma yetkisinin verildiği öne sürülmektedir.

Anayasa'nın "kamulaştırma"yı düzenleyen 46. maddesinin birinci fıkrasında, "*Devlet ve kamu tüzel kişileri kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir*." denilmektedir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, kamulaştırma, kamu yararının gerektirdiği hallerde Devletin ve kamu tüzelkişilerinin, malikinin rızası olmaksızın özel mülkiyete son verebilmesi anlamını taşımaktadır.

Buna göre, kamulaştırmanın konusu salt özel mülkiyette bulunan taşınmaz mallardır. Devlet ve kamu tüzelkişileri, kanunla gösterilen esas ve usullere göre özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını kamulaştırmaya ya da bunların üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.

İptali istenilen kuralla, Anayasa'nın 46. maddesine aykırı olarak özel hukuk tüzel kişisine kamulaştırma yetkisi tanınmaktadır. Kamulaştırma bir kamu gücünün kullanılmasını gerektirdiği için özel kişiler tarafından kullanılabilecek bir yetki olamaz. Ancak, gerçek ya da özel hukuk tüzelkişilerinin başvuruları üzerine kamu yararı bulunması halinde yürüttükleri hizmet bakımından denetimine bağlı oldukları kamu tüzelkişileri tarafından kamulaştırma yapılabilir. Nitekim 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 1. maddesinde, özel kanunlarına dayanılarak gerçek ve özel hukuk tüzelkişileri adına kamulaştırma yapılabileceği ve bu kamulaştırmalarda da anılan yasa hükümlerinin uygulanacağı kurala bağlanmaktadır.

Belirtilen hukuksal durum karşısında, Yasa'nın 5. maddesinin beşinci fıkrasında yönetici şirketin bir özel hukuk tüzel kişisi olduğu belirtildiği halde, aynı maddenin beşinci fıkrasının dava konusu edilen birinci tümcesi ile bu şirkete kendi adına doğrudan kamulaştırma yapma yetkisi verilmiş olması Anayasa'nın 46. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 5. maddenin birinci fıkrasının birinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline, Haşim KILIÇ'ın "Tümcenin iptali isteminin reddi", Samia AKBULUT'un ise "Tümcenin ... yapan veya ... sözcükleriyle sınırlı olarak iptali" gerektiği yolundaki karşı oyları ve oy çokluğuyla karar verildi.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

26.6.2001 günlü, 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun 4. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci tümcesi, 16.10.2003 günlü, E. 2001/ 383, K. 2003/92 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu kuralların uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜLÜKLERİNİN DURDURULMASINA, 16.10.2003 gününde oybirliği ile karar verildi.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2007/2, Karar Sayısı : 2011/13,

Karar Günü : 13.1.2011, Resmi Gazete: 23.7.2011 - 28003

İptali istenilen kuralda, Tarım ve Köyişleri Bakanlığının gerekli gördüğü hallerde Yasa'nın 5., 6., 7. ve 8. maddelerinde belirtilen yetkilerini kısmen veya tamamen … özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere; şartları belirlenmek kaydıyla, süreli veya süresiz olarak devredebileceği öngörülmektedir. Kuralda Bakanlığın devredebileceği yetkiler, 5. maddede tohumlukların üretimine izin verilmesine, 6. maddede tohumluk sınıflarına göre yetiştirilen ve üretilen tohumlukların sertifikasyon işlemlerinin yapılmasına, 7. maddede tohumlukların ithal ve ihracatına izin verilmesine, **8. maddede ise tohumlukları yetiştiren, işleyen ve satışa hazırlayan, dağıtan, satan gerçek veya tüzel kişilerin yetkilendirilmesi ve denetlenmesine, ticarete arz edilen tohumlukların standartlara uygunluğu ile etiket ve ambalaj bilgilerinin doğruluğunun denetlenmesine ilişkindir.**

Anayasa'nın 45. maddesinde, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların korunması ve desteklenmesi Devlete ödev olarak verilmekte, ancak bu tedbirlerin türü ile uygulanma yöntemi yasa koyucunun takdirine bırakılmaktadır.

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

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

Tohumluğun üretimine, ithal ve ihracatına izin verilmesi, tohumluk sertifikasyonu, tohumculuk ile ilgili faaliyetlerde yetkilendirme ve bunların denetlenmesi, ticarete arz edilen tohumlukların standartlara uygunluğu ile etiket ve ambalaj bilgilerinin doğruluğunun denetlenmesi işlemlerinin kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. İptali istenilen kural ile Bakanlığın bu konuda haiz olduğu yetkileri gerekli gördüğü hallerde kısmen veya tamamen Türkiye Tohumcular Birliğine, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere; şartları belirlenmek kaydıyla, süreli veya süresiz olarak devredebileceğinin öngörüldüğü, Bakanlığın kuralda belirtilen yetkileri vermesi halinde de denetim ve gözetim görevinin devam edeceği açıktır.

İptali istenilen kural ile Bakanlığın; Birliğe, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere devredebileceği yetkilerinden olan

denetleme görev ve yetkisi idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer alan, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindendir. Anayasa'nın 128. maddesine göre de, kolluk faaliyetleri arasında yer alması nedeniyle denetleme yetkisinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur. İptali istenilen kuralda özel hukuk tüzel kişileri dışında yetki devri yapılabilecek Türkiye Tohumcular Birliği, kamu kurum ve kuruluşları ve üniversiteler kamu tüzel kişiliğine sahip olup, Anayasa'nın 128. maddesi kapsamındadır. Ancak, bunlar dışında Bakanlığın denetim yetkisini tümüyle özel hukuk tüzel kişilerine devretmesi veya onlarla paylaşması ise olanaklı değildir. Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kuralda yer alan '...özel hukuk tüzel kişilerine...' ibaresi, 8. maddedeki 'denetim' yönünden Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Resmi Gazete Tarih-Sayısı : 26.07.2006 - 26240

Esas Sayısı : 2005/110

Karar Sayısı : 2005/111

Karar Günü : 29.12.2005

B- 5398 sayılı Yasa'nın 20. maddesinin (b) bendiyle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 35. maddesinin birinci fıkrasının;

1) Birinci tümcesine eklenen "… veya bu Bakanlık tarafından işletme yetki belgesi ile yetki verilmesi halinde ise …" ibaresinin incelenmesi

Karayolları Trafik Kanunu'nun 35. maddesinde 5398 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucunda, araçların muayenelerinin Ulaştırma Bakanlığı'na ait muayene istasyonlarında veya bu Bakanlık tarafından işletme yetki belgesi ile yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılacağı belirtilmiştir.

Trafiğe çıkarılacak motorlu araçların teknik şartlara uyup uymadığının belirli zaman aralıkları ile muayene edilerek tespit edilmesini ifade eden araç muayene hizmetinin, kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. 5398 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile araç muayene hizmetinin Ulaştırma Bakanlığı'na ait muayene istasyonlarında ya da Ulaştırma Bakanlığı'nca yetki verilen kişilere ait muayene istasyonlarında yapılacağı hükme bağlanmış ve bu suretle araç muayene hizmetinin yürütülmesi bakımından Ulaştırma Bakanlığı görevli kılınmış, gerçek veya tüzel kişilere işletme yetkisinin verilmediği veya işletme belgelerinin

iptali durumlarında bu hizmetin adı geçen Bakanlık tarafından yürütülmesi öngörülmüştür. Öte yandan, araç muayene hizmetini yürütmekle görevli kılınan Ulaştırma Bakanlığının bu konuda yetki vermesi halinde dahi, ilgili gerçek veya tüzel kişilerce yürütülen araç muayene hizmetini denetim ve gözetim görevi devam etmektedir. Bu durumda, bir kamu hizmeti olan araç muayene hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla idare ile gerçek veya tüzel kişiler arasında aktedilecek sözleşmenin, idari sözleşme niteliğini taşıyacağı açıktır.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı: 1985/11

Karar Sayısı: 1986/29

Karar Günü : 11.12.1986

R.G. Tarih-Sayı :18.04.1987-19435

Dava dilekçesinde 21., 22., 24. ve 25. maddelere yöneltilen Anayasa'ya aykırılık iddiası, bu maddelerde yer alan yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarının hukuki niteliği ile ilgilidir.

3194 sayılı Yasanın "yapı ruhsatiyesinin düzenlendiği 21. maddesinin ilk fıkrasında aynen, "Bu Kanun kapsamına giren bütün yapılar için 26 ncı maddede belirtilen istisna dışında belediye veya valiliklerden veya yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarından yapı ruhsatiyesi alınması mecburidir." denilmektedir.

Görüldüğü gibi, fıkranın getirdiği en önemli yenilik başvuru halinde belediye ve valiliklerin yanı sıra yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına da "yapı ruhsatiyesi" verme yetkisinin tanınmış olmasıdır. Bu konuda belediye ve valiliklerle, yeminli bürolar arasında bir ayırım yapılmamıştır.

Yukarıda yapılan açıklamalardan, **yapı ruhsatı ve buna bağlı olarak yapı kullanma izni vermenin, belediyelerin ve valiliklerin genel idare esaslarına göre, yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerden olduğu**, bu itibarla yeminli büro elemanlarının, Anayasa'nın 128. maddesinde nitelikleri belirtilen "kamu görevlileri" deyimi kapsamına girmediği anlaşılmaktadır.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI
Esas Sayısı : 2011/27 Karar Sayısı : 2012/101 Karar Günü : 5.7.2012
R.G. Tarih-Sayı : 06.10.2012-28433
İPTAL DAVASINI AÇAN : Anamuhalefet Partisi (Cumhuriyet Halk Partisi) TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri Kemal ANADOL ile M. Akif HAMZAÇEBİ

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

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

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

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

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

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren 7.3.2011 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

'GEREKÇE

a- 29.12.2010 Tarihli ve 6094 Sayılı Kanunun 1 inci Maddesiyle Değişik, 5346 Sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunun 3 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının (11) Numaralı Bendinde Yer Alan " kanal veya nehir tipi veya rezervuar alanı on beş kilometrekarenin altında olan hidroelektrik üretim " Bölümünün Anayasaya Aykırılığı

5346 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde, Kanunda geçen tanımlar ve kısaltmalar gösterilmiştir. (11) numaralı fıkrada, 'rüzgâr, güneş, jeotermal, biyokütle, biyokütleden elde edilen gaz (çöp gazı dâhil), dalga, akıntı enerjisi ve gel ' git ile kanal veya nehir tipi veya rezervuar alanı onbeş kilometrekarenin altında olan hidroelektrik üretim tesisi kurulmasına uygun elektrik enerjisi üretim kaynakları', Kanun kapsamındaki 'yenilenebilir enerji kaynakları' olarak tanımlanmıştır.

Türkiye'nin eşsiz doğal zenginliklerinin, 'yaşamın temel kaynağı' olarak kabul edilmesi gerekirken 'maddi bir gelir kaynağı' olarak görülmesi, coğrafi yapıyı tahrip etmektedir. Milyonlarca yılda oluşan doğa güzellikleri, eşsiz canlıları, kültürel mirası, tarım ve hayvancılık potansiyeli, su kaynakları gibi en temel varlıklar yok olma tehlikesiyle karşı karşıyadır.

Son yıllarda kaybedilen sulak alan miktarı 1.5 milyon hektarı geçmiş (Marmara Denizi'nden daha büyük bir alan), kıyılar ve ormanlar tahrip edilmiştir. Bu durum sadece doğayı ve canlı yaşamını değil insan yaşamını da tehdit eder bir boyuta ulaşmıştır.

(11) numaralı fıkrada, hiçbir sınır ve ölçü konmadan, tüm nehir veya kanal tipi HES projeleri ve rezervuar alanı on beş kilometrekareden az barajlı HES projeleri yenilenebilir enerji kaynağı olarak kabul edilmektedir.

Korunan alanlar içerisinde enerji üretim tesisi kurulmasının yanlışlığı ve kabul edilemezliği bir yana, kabul edilen yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisi kriterleri AB mevzuatı ile de uyumsuz bir şekilde belirlenmiştir. Avrupa Birliği mevzuatında, yenilenebilir enerji tipi olarak sayılan Nehir Tipi HES'lerde kurulu güç üst sınırı 5 MW olup sadece iki ülkede en fazla 10 MW olabilmektedir. Oysa kabul edilen yasada tüm kurulu güç ölçeklerindeki Nehir Tipi HES'ler yenilenebilir enerji üretim tesisi olarak kabul edilmiştir. Kurulu güç sınırı getirmeksizin tüm kanallı ya da tünelli ya da açık ya da kapalı borulu nehir tipi HES'lerin yenilenebilir enerji sayılması 'yenilenebilirlik' kavramına aykırıdır. Mevcut durumda bütün bir havzanın yıkımına yol açabilecek büyüklükte tünel ya da kanal tipli HES projeleri olduğu ya da gelecekte de planlanabileceği gerçeği bir yana, tek bir akarsu havzasının en üst kotundan başlayıp sıfır

kotuna kadar küçüklü büyüklü kurulu güçlerde nehir ya da kanal tipli HES projeleri ile doldurulduğu, halen inşaat faaliyetlerinin de devam ettiği bir gerçektir.

Açıklanan her iki durumda da havzanın su üretim ve/veya su çevrimini tamamen ortadan kaldıracak şekilde süren uygulama, suyun kendisini veya doğada bulunduğu haldeki kalitesini tamamen değiştirmektedir. Açıklanan şekilde planlanan HES faaliyetlerine her hangi bir kurulu güç kıstası ya da havzayı bir bütün olarak değerlendirmeden onlarca düşük kurulu güçlü HES planlaması havza ekosistemine telafisi imkansız zararlar vermektedir. Havzayı bir bütün olarak değerlendirmeden, kurulu güç sınırı getirmeden peş peşe planlanan nehir tipi HES'lerin sırf kaynağına bakılarak 'yenilenebilir enerji tesisi' sayılması, söz konusu tesislerin teşvik edilmesi, akarsuların oluşturduğu havzaların telafisi imkansız bir yıkımla karşı karşıya kalmasına neden olmaktadır.

Kaynağa bakarak üretim tesisini yenilenebilir saymak, havzanın su üretim ve/veya su çevrim kapasitesini ortadan kaldıran uygulama karşısında mümkün olmayıp, açıklanan şekildeki bir tanım, hem hukuk devletine aykırı olarak yasallık ilkesi bakımından belirsizlik içermekte, hem de Anayasanın 56 ncı maddesinde ifade edilen 'sağlıklı ve dengeli bir yaşam hakkına' doğrudan müdahale etmektedir. Sağlıklı ve dengeli çevre, doğallığı bozulmayan ve asıl olarak her yönüyle sürdürülebilir çevredir.

Anayasanın 'Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması' başlıklı 56 ncı maddesinde, 'Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı'ndan söz edilmektedir. Bu madde bütünüyle incelendiğinde; 'sağlıklı ve dengeli çevre' kavramına, doğal güzelliklerin korunduğu, kentleşme ve sanayileşmenin getirdiği hava ve su kirlenmesinin önlendiği bir çevre kadar, belli bir plan ve programa göre düzenlenmiş çevrenin de gireceği kuşkusuzdur (AYMK., 11.12.1986 tarihli ve E.1985/11, K.1986/29).

Hukuk devletinin önemli ilkelerinden olan 'kamu yararı'nın, yenilenebilir enerji ile sağlıklı ve dengeli çevre arasındaki yararlar dengesinde, sürdürülebilirlik yönünden, sağlıklı ve dengeli çevre lehine olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Sürdürülebilirlik olmadan, yenilenebilirliğin olması olanaklı değildir.

Diğer yandan on beş kilometrekarenin altında rezervuarı olan barajlar da değişiklikle yenilenebilir enerji tesisi sayılmıştır. Depolamalı her türde tesis, kurulduğu akarsu havzasına ve suyun kalitesine ciddi düzeyde olumsuz etkilerde bulunmaktadır. Barajların su altında kalan bitkiler nedeni ile ürettiği metan gazının ciddi bir sorun olduğu bilimsel bir gerçektir. Diğer yandan suyun depolanması nedeni ile kalitesi de bozulmaktadır. Suyun depolanması diğer yandan suyun PH değerlerini değiştirdiği gibi içerdiği oksijen miktarını da değiştirmekte olup, suyun ısınması ile de suyun hidrobiyolojik yapısı değişmekte, barajdan sonra mansap yönünde değişen su kalitesi nedeni ile sucul ekosistemde değişimlere neden olmaktadır. Depolamalı tesisler ayrıca çok ciddi sosyal ve insani sorunlara yol açmakta, bir süre sonra bir çöle dönüşmekte, coğrafya geri dönülmez bir şekilde niteliğini kaybetmektedir. Depolamalı barajlar artık dünyada yenilenebilir enerji üretim tesisi olarak kabul edilmemektedir.

Bütün bu sayılanlarla birlikte Anadolu'nun hemen her bir akarsu havzasında sayısı onlarla ifade edilen, mikro HES'ler hariç toplamda 1800 adet civarında planlanmış nehir tipi HES'ler nedeni ile yaklaşık 10.000 km boyunca akarsularımız kanallara, tünellere, ya da borulara hapsedilmiş olacaktır. Böyle bir uygulamaya yol açan nehir tipi HES'lere her hangi bir kurulu güç tanımı yapılmadan, planlanan HES'lerin planlandığı havza ölçeğinde toplam ekolojik etki değerlendirmesi yapılmadan bütününe yenilenebilir enerji tanımı yapılması kabul edilemez. Sürdürülemez bir çevre Anayasanın 56 ncı maddesiyle birlikte insanları vadilerinde yaşayamaz hale getiren yıkımlar karşısında Anayasanın 17 nci maddesinde ifade edilen 'herkesin maddi ve manevi varlığının korunmasını' isteme hakkına aykırıdır.

Öte yandan plansız bir şekilde süren ve son değişiklikle üstelik yıkımı yenilenebilir sayan dava konusu hüküm, kaynakların verimli şekilde kullanılmasını da engellediğinden Anayasanın 166 ncı maddesinde ifade edilen 'planlama' anlayışına da aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 29.12.2010 tarihli ve 6094 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle değişik, 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (11) numaralı bendinde yer alan " kanal veya nehir tipi veya rezervuar alanı on beş kilometrekarenin altında olan hidroelektrik üretim " bölümü Anayasanın 2 nci, 17 nci, 56 nci ve 166 ncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

b- 29.12.2010 Tarihli ve 6094 Sayılı Kanunun 4 üncü Maddesiyle, 5346 Sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunun 6 ncı Maddesinden Sonra Gelmek Üzere Eklenen 6/C Maddesinin Son Fıkrasının Birinci Tümcesindeki "veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir' Bölümü ile 'Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir' Şeklindeki İkinci Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

6094 sayılı Kanunun 4 üncü maddesiyle, 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunun 6 ncı maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/C maddesinin son fıkrasında; bu Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretim ve dağıtımı yapılan diğer tesislerin lisansı kapsamındaki inceleme ve denetiminin EPDK tarafından yapılacağı belirtildikten sonra, EPDK tarafından yapılacak denetimin gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılabileceği, denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

Yenilenebilir enerji kaynaklarının elektrik enerjisi üretimi amaçlı kullanımı, kamu düzeni ve yararına ilişkindir. 5346 sayılı Kanun, 'yenilenebilir enerji kaynaklarının elektrik enerjisi üretimi amaçlı kullanımının yaygınlaştırılması, bu kaynakların güvenilir, ekonomik ve kaliteli biçimde ekonomiye kazandırılması, kaynak çeşitliliğinin artırılması, sera gazı emisyonlarının azaltılması, atıkların değerlendirilmesi, çevrenin korunması ve bu amaçların gerçekleştirilmesinde ihtiyaç duyulan imalat sektörünün geliştirilmesi' amacıyla çıkarılmıştır. Bu amaca yönelik hizmetlerin, devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin dışında, gerçek ve tüzelkişilerce yaptırılması Anayasaya ve genel hükümlere göre yürütülmesi mümkün olmakla birlikte, **5346 sayılı Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretim ve dağıtımı yapılan diğer tesislerin lisansı kapsamındaki denetiminin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmeti olduğunda kuşku bulunmamaktadır.**

Kamu hizmetleri, devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin dışında, gerçek ve tüzelkişilerce yürütülse bile, bunların hukuka uygunluk denetiminin aslî ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur. Bu durum karşısında, bu hizmetin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekir. Esasen Anayasanın 128 inci maddesi ile benimsenen ilke de bu doğrultudadır. Enerji hizmetinin hukuki niteliği ve bunun sonucu olarak bu hizmetin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yürütülebileceğinin kabulü, bu işin denetimini yürütecek denetim şirketlerinin ve denetim elemanlarının hukuki statüsünün belirlenmesini gerektirmektedir. Memur olmadıkları konusunda duraksamaya yer bulunmayan denetim şirketi elemanları bakımından önemli olan ve açıklığa kavuşturulması gereken husus, Anayasanın 128 inci maddesinde sözü edilen diğer kamu görevlilerinden sayılıp sayılmayacaklarıdır.

EPDK tarafından yapılacak denetimin gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılabileceğine ilişkin hüküm bu tespiti yapmak için gerekli, açık ve net değildir. Ne

yetkilendirmenin niteliği ve kuralları, ne de denetim şirketlerinin niteliği ve statüsü yasada gösterilmemiştir. Denetim şirketleri, merkezi idarenin gözetim ve denetimi altında onun bir birimi durumunda olan kuruluşlar değildir. Denetim şirketleri ile idare arasında statüter bir ilişki de yoktur.

EPDK tarafından yapılacak denetimin gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketleri tarafından yapılacak denetim hizmetinin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olunan kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerden olduğu, bu itibarla söz konusu denetim şirketi elemanlarının, Anayasanın 128 inci maddesinde nitelikleri belirtilen 'kamu görevlileri' deyimi kapsamına girmediği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiş olması da, Anayasanın 128 inci maddesinin, 'kanunla düzenleme' gereğinin yerine getirilmediği anlamına gelmektedir. Kaldı ki, Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri 'belirlilik'tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir.

Anayasanın 7 nci maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği; 8 inci maddesinde ise yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve yasalara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği öngörülmüştür. Buna göre, Anayasada yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma ve yasayla konulan kuralları değiştirme yetkisi verilemez. Yasal düzenlemeler ancak yasa koyucu tarafından kaldırılabilir ya da değiştirilebilir.

Açıklanan nedenlerle, 6094 sayılı Kanunun 4 üncü maddesiyle, 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunun 6 ncı maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/C maddesinin son fıkrasının birinci tümcesindeki "veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir' bölümü ile 'Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir' şeklindeki ikinci tümcesi Anayasanın 2 nci, 7 nci ve 128 inci maddelerine aykırı olup iptalleri gerekmektedir.

c- 6094 Sayılı Kanunun 5 inci Maddesiyle Değişik, 5346 Sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunun 8 inci Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Sonuna Eklenen, 'Milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ile tabiatı koruma alanlarında, muhafaza ormanlarında, yaban hayatı geliştirme sahalarında, özel çevre koruma bölgelerinde ilgili Bakanlığın, doğal sit alanlarında ise ilgili koruma bölge kurulunun olumlu görüşü alınmak kaydıyla yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik üretim tesislerinin kurulmasına izin verilir' Şeklindeki Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

5346 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin sonuna eklenen fıkrada, 'Milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ile tabiatı koruma alanlarında, muhafaza ormanlarında, yaban hayatı geliştirme sahalarında, özel çevre koruma bölgelerinde ilgili Bakanlığın, doğal sit alanlarında ise ilgili koruma bölge kurulunun olumlu görüşü alınmak kaydıyla yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik üretim tesislerinin kurulmasına izin verilir' denilmiştir.

Çeşitli yasa ve kararlarla korunan alanlarda yenilenebilir enerji üretim tesislerinin kurulması, bu alanların ilan edilme gerekçelerine aykırı bir durum olup, koruma statüsü verilen alanlarda yenilenebilir enerji üretim tesislerinin kurulması ile bu alanlar korunmalarına neden olan niteliklerini kaybedecektir. Ülke coğrafyasının belli alanların üstün biyolojik çeşitliliği, üstün peyzaj ve sosyal/kültürel değerleri barındırdığı kabulü ile ilan edilen alanların korunması hem çağdaş bir devlet olmanın, hem ülkenin moral değerlerinin hem de sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamanın gereğidir.

Korunan alanlarda yenilenebilir enerji tesislerinin kurulabileceğine dair düzenleme, yukarıda (a) bölümünde açıklanan 6094 sayılı yasanın 1 inci maddesi ile 5346 sayılı yasanın 3 üncü maddesinin (11) numaralı bendinde getirilen değişikle beraber düşünüldüğünde korunan alanlarda dahi aynı plansızlığın, aynı yıkımın süreceği anlaşılmaktadır. Tüm dünyada korunan alan büyüklüğü ortalaması % 14'ler civarındayken ülkemizin korunan alan yüz ölçümünün % 3,8 civarında olduğu da düşünüldüğünde zaten sınırlı ve dar bir ölçekte olan korunan alanlarımızın da koruma amacına aykırı olarak tahrip edileceği anlaşılmaktadır. Milli Parklar Yasasının, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yasasının koruma amaçlarına ters, dolayısı ile söz konusu yasada amaçlanan kamu yararını görmezden gelen, enerji sektörünün taleplerini kamunun korunan yararlarından üstün gören bir anlayışla yasalaşan bu düzenleme de yukarıda (a) bölümünde açıklanan gerekçelerle Anayasanın 2 nci, 17 nci, 56 ncı ve 166 ncı maddelerine aykırıdır. Kuralda, ilgili bakanlıkların ya da kurulların görüşünün alınması da Anayasaya aykırılığı ortadan kaldırmaz.

Avrupa Peyzaj Sözleşmesi, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Yaşam Ortamlarını Koruma Sözleşmesi, Özellikle Su Kuşları Yaşama Ortamı Olarak Uluslararası Öneme Sahip Sulak Alanların Korunması Sözleşmesi, Akdeniz'in Kirlenmeye Karşı Korunması Sözleşmesi, Akdeniz'in Deniz Ortamı ve Kıyı Bölgesinin Korunması Sözleşmesi, Akdeniz'in Kara Kökenli Kaynaklardan ve Faaliyetlerden Dolayı Kirlenmeye Karşı Korunması Protokolü, Akdeniz'in Kara Kökenli Kaynaklardan Dolayı Kirlenmeye Karşı Korunması Protokolü, Karadeniz'in Kirlenmeye Karşı Korunması Sözleşmesi ve Eki Protokolleri, Kuşların Himayesine Dair Milletlerarası Sözleşme, Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme, Avrupa Kültür Anlaşması hükümleri göz önüne alındığında, dava konusu düzenlemenin hukukun bir kaynağı olan evrensel değer ve hukuki amaçlara da aykırı olduğu görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 29.12.2010 tarihli ve 6094 sayılı Kanunun 5 inci maddesiyle değişik, 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunun 8 inci maddesinin üçüncü fıkrasının sonuna eklenen, 'Milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ile tabiatı koruma alanlarında, muhafaza ormanlarında, yaban hayatı geliştirme sahalarında, özel çevre koruma bölgelerinde ilgili Bakanlığın, doğal sit alanlarında ise ilgili koruma bölge kurulunun olumlu görüşü alınmak kaydıyla yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik üretim tesislerinin kurulmasına izin verilir' şeklindeki fıkra Anayasanın 2 nci, 17 nci, 56 ncı ve 166 ncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

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

Öte yandan, anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın da gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde sübjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti

yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunun, 6094 sayılı Kanunla değiştirilen ve Anayasanın hükümlerine açıkça aykırılık taşıyan yukarıdaki kurallarının uygulamaya geçmesi durumunda, evrensel hukuk ilkelerinin, sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama ilkelerinin ihlali nedenleriyle telafisi imkansız zararlar doğacaktır.

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

IV. SONUÇ

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 29.12.2010 tarihli ve 6094 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

a- 1 inci maddesiyle değişik, 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (11) numaralı bendinde yer alan " kanal veya nehir tipi veya rezervuar alanı on beş kilometrekarenin altında olan hidroelektrik üretim " bölümünün, Anayasanın 2 nci, 17 nci, 56 ncı ve 166 ncı maddelerine,

b- 4 üncü maddesiyle, 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunun 6 ncı maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/C maddesinin son fıkrasının birinci tümcesindeki "veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir' bölümü ile 'Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir' şeklindeki ikinci tümcesinin, Anayasanın 2 nci, 7 nci ve 128 inci maddelerine,

c- 5 inci maddesiyle değişik, 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunun 8 inci maddesinin üçüncü fıkrasının sonuna eklenen, 'Milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ile tabiatı koruma alanlarında, muhafaza ormanlarında, yaban hayatı geliştirme sahalarında, özel çevre koruma bölgelerinde ilgili Bakanlığın, doğal sit alanlarında ise ilgili koruma bölge kurulunun olumlu görüşü alınmak kaydıyla yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik üretim tesislerinin kurulmasına izin verilir' şeklindeki fıkranın, Anayasanın 2 nci, 17 nci, 56 ncı ve 166 ncı maddelerine,

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

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

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

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

'Madde 3- Bu Kanunda geçen;

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

İfade eder.'

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

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

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

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

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

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

III- İLK İNCELEME

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

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

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE,

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

karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

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

Dava dilekçesinde, tüm nehir veya kanal tipi hidroelektrik santralleri (HES) projeleri ile rezervuar alanı onbeş kilometreden az barajlı HES projelerinin hiçbir sınır ve ölçü konulmaksızın yenilenebilir enerji kaynağı olarak kabul edildiği, Avrupa Birliği mevzuatında yenilenebilir enerji tipi olarak sayılan nehir tipi HES'lerde kurulu güç üst sınırının iki ülkede 10 MW diğerlerinde 5 MW olduğu, kurulu güç sınırı getirilmeksizin tüm kanallı ya da tünelli ya da açık ya da kapalı borulu nehir tipi HES'lerin yenilenebilir enerji sayılmasının

'yenilenebilirlik' kavramına aykırı olduğu, bütün bir havzanın yıkımına yol açabilecek büyüklükte tünel ya da kalıp tipli HES projeleri ile tek bir akarsu havzasının en üst kodundan başlayarak sıfır koduna kadar küçüklü büyüklü kurulu güçlerde nehir ya da kanal tipli HES projelerinin havzanın su üretim ve/veya su çevrimini tamamen ortadan kaldıracak şekilde suyun kendisini veya doğada bulunduğu haldeki kalitesini tamamen değiştirdiği, havzayı bir bütün olarak değerlendirmeden ve kurulu güç sınırı getirmeden nehir tipi HES'lerin yalnızca kaynağına bakılarak yenilenebilir enerji kaynağı sayılması ve söz konusu tesislerin teşvik edilmesinin akarsuların oluşturduğu havzaların telafisi imkansız bir yıkımla karşı karşıya kalmasına neden olacağı, havzanın su üretim ve/veya su çevrim kapasitesini ortadan kaldıracak şekilde bir üretim tesisinin yalnızca kaynağına bakılarak yenilenebilir enerji tesisi sayılmasının Anayasa'nın 56. maddesinde ifade edilen sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşam hakkına doğrudan müdahale olduğu, sağlıklı ve dengeli çevre tanımının doğallığı bozulmayan ve asıl olarak her yönüyle sürdürülebilir çevreyi ifade ettiği, sürdürülebilirlik olmadan yenilenebilirliğin olamayacağı, salt kaynağına bakılarak bir üretim tesisinin yenilenebilir sayılmasının yasallık ilkesi bakımından belirsizlik içerdiği, yenilenebilir enerji ile sağlıklı ve dengeli çevre ilişkisinde kamu yararının gözetilmediği, onbeş kilometrekarenin altında rezervuarı olan barajların yenilenebilir enerji tesisi olarak kabul edilmesinin doğa açısından olumsuz etkileri bulunduğu, depolamalı tesislerin kuruldukları akarsu havzasına ve suyun kalitesine etkilerinin de olumsuz olduğu, barajlarda su altında kalan bitkiler nedeniyle ortaya çıkan metan gazının ciddi bir sorun oluşturduğu, suyun depolanması nedeniyle kalitesinin bozulduğu ve PH değerleri ile oksijen miktarının değiştiği, suyun ısınması ile de hidrobiyolojik yapısının değiştiği, değişen su kalitesinin ekositemde de değişime neden olduğu, depolamalı barajların dünyada artık yenilenebilir enerji üretim tesisi olarak kabul edilmediği, HES'ler nedeniyle akarsuların kanallara, tünellere ya da borulara hapsedildiği ve HES'lerin planlandığı havza ölçeğinde toplam ekolojik etki değerlendirmesi yapılmadan yenilenebilir enerji tanımı kapsamında kabul edilemeyeceği, sürdürülemez bir çevrenin ve vadileri insanlar için yaşanamaz hale getiren yıkımların kişilerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı ile herkesin maddi ve manevi varlığının korunmasını isteme hakkını ihlal ettiği, dava konusu kuralın kaynakların verimli şekilde kullanılmasını da engellemesi nedeniyle planlama anlayışına da aykırı olduğu belirtilerek iptali istenilen kuralın Anayasa'nın 2., 17., 56. ve 166. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

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

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

5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'un genel gerekçesinde, 1990'lı yıllarda ortaya çıkan çevre bilincinin fosil kaynaklara dayalı enerji üretim ve tüketiminin yerel, bölgesel ve küresel seviyede çevreye ve doğal kaynaklara doğrudan ve/veya dolaylı olumsuz etkilere neden olduğunun anlaşılmasını sağladığı, bunun da atmosfere kirlilik yaratıcı emisyon vermeyen yenilenebilir enerji kaynaklarının yeniden destek görmesine yol açtığı,Birleşmiş Milletler tarafından imzaya açılan İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi ile gelişmiş ülkelere sera gazı emisyonlarını indirme yükümlülüğünün getirildiği, benzer bir yükümlülüğün Kyoto Protokolü ile de getirildiği, bu

doğrultuda Avrupa Birliği Komisyonunun 'Yenilenebilir Enerji Kaynakları Beyaz Bildirisi'ni ve 2001/77/EC sayılı Direktifini çıkararak 2020 yılına kadar genel enerji tüketimi içindeki yenilenebilir enerji payının % 12'ye ulaşmasını hedeflediği; söz konusu İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce 16 Ekim 2003 tarihinde kabul edilerek 21 Ekim 2003 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girdiği, Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programında yenilenebilir enerji kaynaklarından sağlanan enerji üretiminin artırılması için bir program hazırlanmasının kısa vadeli öncelikler arasında bulunduğu, Programda enerjide ithalat bağımlılığının azaltılması ve arz güvenliğinin sağlanması amacıyla yenilenebilir enerji kaynakların kullanımının artırılmasının Türkiye ulusal enerji politikasının son derece önemli bir parçası olduğu vurgulanarak, bu bağlamda yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımının desteklendiğinin belirtildiği, yenilenebilir kaynaklarımızdan elektrik üretiminin bir an önce arzulanan seviyede gerçekleştirilmesi için gerekli kanuni düzenlemelerin yapılmasının zorunluluk arz etmesi nedeniyle bu Kanun Tasarısının hazırlandığı ifade edilmiştir.

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

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

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

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

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

'Çevresel Etki Değerlendirmesi' (ÇED) kavramı, gerçekleştirilmesi plânlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerinin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin,

seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmaları ifade etmektedir.

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

Bu noktada, elektrik piyasasında faaliyet gösterme yeterliğini gösteren 'üretim lisansı'nın, yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik üretim tesislerinin kurulmasına izin verilmesi anlamını taşımadığı gibi bu iznin yerine geçmediği, kaldı ki elektrik üretim tesislerinin kurulması izinleri yönünden EPDK'nın yetkili olmadığı da belirtilmelidir. Söz konusu tesislerin kurulması bakımından izin vermeye yetkili makamlar, bölgenin özelliğine ve konumuna göre ilgili kanunlarda belirtilmiştir.

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

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

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

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

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

Dava dilekçesinde, yenilenebilir enerji kaynaklarının elektrik enerjisi üretimi amaçlı kullanımının kamu düzeni ve kamu yararına ilişkin olduğu, 5346 sayılı Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretim ve dağıtımı yapılan diğer tesislerin lisans kapsamındaki denetiminin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olduğu, kamu hizmetlerinin Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ile diğer kamu tüzelkişilerinin dışında gerçek ve tüzel kişilerce yürütülebilmesi mümkün olmakla birlikte bunların denetiminin asli ve sürekli bir kamu görevi olması nedeniyle Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülebileceği, EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinin niteliğinin ve statüsünün yasada açık ve net olarak gösterilmediği gibi

yetkilendirmenin niteliği ve kurallarının da belirtilmediği, denetim şirketleri ile idare arasında statüer bir ilişkinin bulunmadığı ve denetim şirketi elemanlarının Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen kamu görevlileri kapsamına girmediği, denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesinin Anayasa'nın 128. maddesinde öngörülen kanunla düzenleme ilkesine aykırı olduğu, düzenlemenin kişiler ve idare yönünden belirsiz bulunduğu, yasayla düzenlenmesi gereken konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemeyeceği belirtilerek iptali istenilen kuralın Anayasa'nın 2., 7. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

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

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

Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idare, kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır. 5346 sayılı Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretim ve dağıtımı yapılan diğer tesislerin lisansı kapsamındaki incelenmesi ve denetlenmesi işlemlerinin kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. Nitekim, bu inceleme ve denetlemenin EPDK tarafından yapılacağı veya gerektiğinde EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılabileceği belirtilmiştir.

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

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

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

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

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

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

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

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

Hicabi DURSUN bu görüşe katılmamıştır.

Fulya KANTARCIOĞLU bu görüşe farklı gerekçeyle katılmıştır.

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

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

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

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

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

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

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

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

Kuralın Anayasa'nın 166. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

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

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

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

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

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

VII- SONUÇ

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

A- 1. maddesiyle, 10.5.2005 günlü, 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının

değiştirilen (11) numaralı bendinde yer alan " kanal veya nehir tipi veya rezervuar alanı onbeş kilometrekarenin altında olan hidroelektrik üretim " ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

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

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

5.7.2012 gününde karar verildi.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Resmi Gazete Tarih-Sayısı : 02.12.2005 - 26011
Esas Sayısı : 2004/84
Karar Sayısı : 2004/124
Karar Günü : 8.12.2004

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Haluk KOÇ ve Orhan ERASLAN ile 114 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 14.7.2004 günlü, 5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu'nun,

A- 11. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "...Bakanlık denetim elemanlarının görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esasları..." ibaresinin,

B- 12. maddesinin birinci fıkrasının;

1- İlk tümcesinde yer alan "... ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere..." ibaresinin,

(a) bendinin,

3- (b) bendinin (1) numaralı alt bendinin "Uyarma cezasına rağmen, gerekli düzeltmenin yapılmaması veya ilk cezanın tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde yeni uyarma cezasını gerektiren fiil veya fiillerin tespiti ile..." bölümünün,

(c) bendinin,

Anayasa'nın 2., 11., 38., 40. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren 8.9.2004 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"1) 14.07.2004 tarih ve 5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanununun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında "Bakanlık denetim elemanlarının görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esasları" ibaresine yer verilmesinin Anayasaya Aykırılığı

Anayasanın 128 inci maddesinin ikinci fıkrasında, "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir." hükmü yer almaktadır

5225 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında "Bakanlık denetim elemanlarının görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esasları"nın Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik ile düzenlenmesi öngörülmüştür. Yönetmelikle yapılması öngörülen bu düzenleme, Anayasanın yukarıda değinilen 128 inci maddesinin yasayla düzenlenmesini

zorunlu kıldığı "memurların ve diğer kamu görevlilerinin görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri ve diğer özlük işleri..." kapsamındadır. Anayasada yasayla düzenlenmesi açıkça belirtilen alanların yönetmelikle düzenlenmesi olanaksız olduğundan 11 inci maddenin ikinci fıkrasında mezkur ibareye yer verilmesi, Anayasanın 128 inci maddesi hükmüne açıkça aykırıdır.

Bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır.

Açıklanan nedenle, 5225 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında söz konusu ibareye yer verilmesi, Anayasanın 11 inci ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

2) 14.07.2004 tarih ve 5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanununun 12 nci maddesinin birinci fıkrasındaki "ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere" ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

5225 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrasında "bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere aykırı hareket edenlere diğer mevzuattaki ceza hükümleri saklı kalmak kaydıyla aşağıdaki bentlerde belirtilen uyarma, para ve belge iptali cezaları uygulanır." denilmek suretiyle idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulmaktadır. Böyle bir düzenleme, ceza hukukunun evrensel kuralı olan "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine ve Anayasanın 38 inci maddesine açıkça aykırı düşmektedir. Şöyle ki;

Ceza Hukuku "Nullum crimen nulla poena sine lege = Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi üzerine kurulmuştur. Bir başka deyimle, suç ve cezanın meclisin çıkardığı bir kanunda tespit edilmesi, modern ceza hukukunun en önemli özelliğidir. Anayasanın 38 inci maddesinde "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez" denilmek suretiyle "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi belirtilmiştir.

Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın TBMM Adalet Komisyonunda kabul edilen "suçta ve cezada kanunilik ilkesi" başlığını taşıyan 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında da açıkça "idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz" hükmüne yer verilmiştir.

Diğer taraftan bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır.

Açıklanan nedenlerle 5225 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrasındaki "ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere" ibaresi, Anayasanın 11 inci ve 38 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

3) 14.07.2004 tarih ve 5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanununun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin Anayasaya Aykırılığı

5225 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde; kültür yatırımı veya girişimlerinin yönetim veya işletilmelerinde görülecek kusur, aksaklık ve eksiklikler için, belge sahibine denetim elemanlarının tespitleri doğrultusunda Bakanlıkça "uyarma cezası" verilmesi öngörülmüş ancak idarenin söz konusu müeyyide ve işlemlerine karşı başvurulacak kanun yolu ve süresi açıklanmamıştır. Bu tür düzenleme, Anayasanın 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrasının "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvurulacağını ve sürelerini belirtmek zorundadır" hükmüne açıkça aykırılık teşkil eder.

İdarenin işlemlerine karşı kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi; Anayasakoyucu tarafından hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından bir zorunluluk olarak görülüp Devlete bir görev olarak verilmiş olması karşısında, bu Anayasal görevi yerine getirmeyen Devletin, hiçbir şekilde kanun yolunu ve süresini göstermediği işlemleri tesis etmesi de düşünülemez.

Bu tür düzenlemeler, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin en önemli ögelerinden olan "belirlilik" ilkesine de aykırı düşer. Anayasa Mahkemesi'nin 18.10.2003 tarih ve E.2003/67, K.2003/88 sayılı Kararında,

“Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin yerine getirilmesi zorunlu koşullardandır. Statü hukukuna ilişkin düzenlemelerde istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik göz önünde bulundurularak “hukuki güvenlik” sağlanır. Bireyin insan olarak varlığının korunmasını amaçlayan hukuk devletinde vatandaşların hukuk güvenliğinin sağlanması zorunludur.

Devlet açık ve belirgin hukuk kurallarını yürürlüğe koyarak bunları uyguladığı zaman hukuk güvenliği sağlanır.”

denilmiştir.

Diğer taraftan bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır.

Açıklanan nedenlerle, 5225 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi, Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 40 ıncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

4) 14.07.2004 tarih ve 5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanununun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (1) numaralı alt bendindeki “Uyarma cezasına rağmen, gerekli düzeltmenin yapılmaması veya ilk cezanın tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde yeni uyarma cezasını gerektiren fiil veya fiillerin tespiti ile” cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanununun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (1) numaralı alt bendinin iptali istenen cümlesine göre; uyarma cezasına rağmen, gerekli düzeltmenin yapılmaması veya ilk cezanın tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde yeni uyarma cezasını gerektiren fiil veya fiillerin tespiti halinde birmilyar lira para cezası verilmesi gerekmektedir. Görüldüğü üzere buradaki para cezası, tümüyle, uyarma cezası ile bağlantılı bir cezadır. Uyarma cezasının verilmesi, yukarıda (3) numaralı gerekçede açıklanan nedenlerle Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 40 ıncı maddelerine aykırılık teşkil etmektedir. Anayasaya aykırı bir cezanın verilmesi mümkün olmadığından bu ceza ile bağlantılı diğer bir cezanın da verilmesi söz konusu olamaz.

Bu nedenle, 5225 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (1) numaralı alt bendindeki söz konusu cümlenin de, Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 40 ıncı maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali gerekmektedir.

5) 14.07.2004 tarih ve 5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanununun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin Anayasaya Aykırılığı

5225 sayılı Kanunun iptali istenen 12 nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde “Kültür yatırımı veya kültür girişimi belgesi”nin Bakanlıkça iptal edileceği haller hükme bağlanmış, ancak idarenin “belge iptali cezası”na karşı başvurulacak kanun yolu ve süresi açıklanmamıştır. Bu tür düzenleme, Anayasanın 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrasının “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvurulacağını ve sürelerini belirtmek zorundadır” hükmüne açıkça aykırılık teşkil eder.

İdarenin işlemlerine karşı kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi; Anayasakoyucu tarafından hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından bir zorunluluk olarak görülüp Devlete bir görev olarak verilmiş olması karşısında, bu Anayasal görevi yerine getirmeyen Devletin, hiçbir şekilde kanun yolunu ve süresini göstermediği işlemleri tesis etmesi de düşünülemez.

Öte yandan bu tür düzenlemeler, yukarıda (3) numaralı gerekçede açıklandığı üzere Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin en önemli ögelerinden olan “belirlilik” ilkesine de aykırı düşer. Bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır.

Bu nedenle, 5225 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi, Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 40 ıncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

Yürürlüğü Durdurma İsteminin Gerekçesi: 14.07.2004 tarih ve 5225 sayılı Kanunun, Anayasaya aykırılık teşkil eden ve evrensel ceza hukuku ilkeleri ile bağdaşmayan iptali istenen hükümlerinin uygulanmaları halinde, temel hak ve hürriyetlerden olan "kişi hürriyeti ve güvenliği" zedelenecek ve dolayısıyla giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğabilecektir. Bu tür durum ve zararların önlenebilmesi için, söz konusu hükümlerin yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

Sonuç Ve İstem: Yukarıda açıklanan gerekçelerle;

1) 14.07.2004 tarih ve 5225 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında "Bakanlık denetim elemanlarının görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esasları" ibaresine yer verilmesi, Anayasanın 11 inci ve 128 inci maddelerine aykırı olduğu için bu ibarenin iptaline,

2) 14.07.2004 tarih ve 5225 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrasındaki "ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere" ibaresi, Anayasanın 11 inci ve 38 inci maddelerine aykırı olduğu için iptaline,

3) 14.07.2004 tarih ve 5225 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi, Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 40 ıncı maddelerine aykırı olduğu için iptaline,

4) 14.07.2004 tarih ve 5225 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (1) numaralı alt bendindeki "Uyarma cezasına rağmen, gerekli düzeltmenin yapılmaması veya ilk cezanın tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde yeni uyarma cezasını gerektiren fiil veya fiillerin tespiti ile" cümlesi, Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 40 ıncı maddelerine aykırı olduğu için iptaline,

5) 14.07.2004 tarih ve 5225 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi, Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 40 ıncı maddelerine aykırı olduğu için iptaline,

ve uygulanmaları halinde giderilmesi olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II-YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

14.7.2004 günlü, 5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu'nun, iptali istenen kuralları da içeren 11. ve 12. maddeleri şöyledir:

1- "MADDE 11.- Belgeli yatırım veya girişimleri, bunların belgeye esas olan niteliklerini, bu niteliklerini koruyup korumadıklarını denetleme; bulunduğu yerin kültürel gereksinimlerini dikkate alarak kültür merkezlerini sınıflandırma ve belgelendirmeye esas asgarî bölümleri ile diğer bölümleri arasında farklı oranlar belirleme yetkisi münhasıran Bakanlığa aittir.

Bakanlığın gerek görmesi halinde belgelendirme, denetleme ve sınıflandırmaya esas oluşturacak tespitler, Bakanlıkça yetkili kılınacak gerçek veya tüzel kişilere de yaptırılabilir. Ancak, karar alma ve uygulama yetkisi Bakanlığa aittir. Bu kişilerin nitelikleri, seçilme usulleri, görev, yetki ve sorumlulukları, çalışma ile tespite yönelik usul ve esaslar; **Bakanlık denetim elemanlarının görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esasları** Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir."

2- "**MADDE 12.-** Bu Kanuna **ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere** aykırı hareket edenlere diğer mevzuattaki ceza hükümleri saklı kalmak kaydıyla aşağıdaki bentlerde belirtilen uyarma, para ve belge iptali cezaları uygulanır.

a) Uyarma cezası, kültür yatırımı veya girişimlerinin yönetim veya işletilmelerinde görülecek kusur, aksaklık ve eksiklikler için, belge sahibine denetim elemanlarının tespitleri doğrultusunda Bakanlıkça verilir.

b) Belge sahibine, yatırım veya girişimin nitelikleri veya nicelikleri dikkate alınarak, aşağıda belirtilen durumlarda ve miktarlar arasında;

1. Uyarma cezasına rağmen, gerekli düzeltmenin yapılmaması veya ilk cezanın tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde yeni uyarma cezasını gerektiren fiil veya fiillerin

tespiti ile bu Kanunda belirtilen veya Bakanlıkça istenilen bilgi veya belgelerin süresi içerisinde verilmemesi veya yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi hallerinde birmilyar lira,

2. Bakanlığa bilgi verilmeksizin, girişim belgeli tesisin tamamının veya kültür merkezlerinde kültürel faaliyetlerin yürütüldüğü belgelendirmeye esas bölümlerin, bir yıl içinde aralıksız olarak doksan günden fazla süreyle kapalı tutulması halinde birmilyar lira,

3. Yazı, reklâm, afiş, broşür ve benzeri araçlarla Bakanlığın veya üçüncü kişilerin yanıltılması veya yanıltıcı unvan kullanılması veya taahhüt edilen hizmetin verilmemesi veya eksik verilmesi halinde özel hükümler saklı kalmak kaydıyla ikimilyar lira,

4. Belgeli tesiste bulunanların can veya mal güvenliğinin sağlanmasında, belge sahibi veya tesis sahibi veya sorumlusu veya personelin kusuru veya ihmaliyle işletmede suç işlendiğinin tespiti halinde, özel hükümler saklı kalmak kaydıyla ikimilyar lira,

5. Bu Kanun ve ilgili mevzuatta yer alan diğer teşvik unsurlarından yararlanan belge sahiplerinin teşvik unsurlarını, amacı dışında kullanmaları halinde ikimilyar lira,

6. Genel sağlık açısından tesisin vasıflarını önemli ölçüde yitirmiş olduğunun tespiti halinde ikimilyar lira,

7. Belgeli yatırım veya girişimin belgelendirmeye esas vasıflarını yitirmiş olduğunun tespiti halinde ikimilyar lira,

8. Bakanlıktan tahsisli yatırım veya girişimin, tahsis koşulları saklı kalmak kaydıyla, izinsiz olarak tümünün veya bir kısmının devredilmesi, kiraya verilmesi, şirket ana sözleşmesinin, ortaklık statüsünün veya yapısının, değiştirilmesi hallerinde ikimilyar lira,

Para cezası uygulanır.

Para cezaları; ilk para cezasının tebliğinden itibaren bir yıl içinde ikinci kez para cezası gerektiren hallerde, uygulanmış olan birinci para cezası ile ikinci para cezası toplamına esas teşkil eden tutar kadar, üçüncü kez para cezasını gerektiren hallerde ise, uygulanmış olan birinci ve ikinci para cezaları ile üçüncü para cezasının toplamı kadar verilir.

Bu maddedeki para cezalarının uygulanmasına dair, denetim elemanları tarafından düzenlenen ceza tutanağı, yedi gün içinde ödenmek üzere, Bakanlıkça ilgili yatırımcı veya girişimciye tebliğ edilir. Bu süre içinde ödenmeyen para cezası, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre Maliye Bakanlığınca tahsil edilir.

Bu bendin (5) numaralı alt bendi uyarınca para cezası verilmesi, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre tarhiyat yapılmasına engel teşkil etmez.

Dava açılması para cezasının tahsilini durdurmaz. Bu bentte yer alan para cezalarının tutarı her yıl Maliye Bakanlığınca ilân edilen yeniden değerleme oranında artırılır. Bakanlar Kurulu bu bentte yer alan para cezalarını iki katına kadar artırmaya veya yarısına kadar indirmeye, yatırım veya girişimin nitelik veya niceliklerine göre bu sınırlar arasında farklı oranlar tespit etmeye yetkilidir. Bu bendin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

c) Kültür yatırımı veya kültür girişimi belgesi;

1. İlk para cezasının tebliğinden itibaren bir yıl içinde dördüncü kez para cezasını gerektiren bir durumun tespiti,

2. Belgeli tesisin faaliyetine son verilmesi,

3. Bu maddenin (b) bendinin (4) numaralı alt bendindeki şartların gerçekleşmesi ve tesisin açık kalmasının kamu güvenliği açısından sakınca yaratması,

4. Tesisin açık kalmasının veya girişimin sürdürülmesinin kültür varlıkları veya kültürel değerler açısından sakınca yaratması,

5. Bu maddenin (b) bendinin (6) ve (7) numaralı alt bentlerindeki durumlardan birinin gerçekleşmesi sonrasında eksikliğin iki ay içerisinde giderilmemesi,

Hallerinde Bakanlıkça iptal edilir.

Para cezalarına karşı yedi gün içinde Bakanlığa itiraz edilebilir. Bakanlık, itiraz üzerine en geç bir ay içinde denetim elemanlarınca verilen para cezalarını, aynen veya değiştirerek kabul edebilir veya kaldırabilir."

Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava konusu kuralların, Anayasa'nın 2., 11., 38., 40. ve 128. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür.

İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Cafer ŞAT, Fazıl SAĞLAM, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılmalarıyla 15.9.2004 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenen yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- 5225 sayılı Yasa'nın 11. Maddesinin İkinci Fıkrasında Yer Alan "... Bakanlık denetim elemanlarının görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esasları ..." İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 5225 sayılı Yasa'nın 11. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"... Bakanlık denetim elemanlarının görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esasları ..."* ibaresinin, Anayasa'nın 128. maddesinin yasayla düzenlenmesini zorunlu kıldığı *"memurların ve diğer kamu görevlilerinin görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri ve diğer özlük işleri ..."* kapsamında olduğu, Anayasa'da yasayla düzenlenmesi açıkça belirtilen alanların yönetmelikle düzenlenmesi olanaksız bulunduğundan, iptali istenen ibarenin Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık oluşturduğu, bir yasa kuralının Anayasa'nın herhangi bir kuralına aykırılığının tespitinin, onun kendiliğinden Anayasa'nın 11. maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracağı, bu nedenle dava konusu ibarenin Anayasa'nın 11. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5225 sayılı Yasa'nın 11. maddesinin birinci fıkrasında; belgeli yatırım veya girişimleri, bunların belgeye esas olan niteliklerini, bu niteliklerini koruyup korumadıklarını denetleme, bulunduğu yerin kültürel gereksinimlerini dikkate alarak kültür merkezlerini sınıflandırma ve belgelendirmeye esas asgari bölümleri ile diğer bölümleri arasında farklı oranlar belirleme yetkisinin münhasıran Bakanlığa ait olduğu, ikinci fıkrasında da; Bakanlığın gerek görmesi halinde belgelendirme, denetleme ve sınıflandırmaya esas oluşturacak tespitlerin, Bakanlıkça yetkili kılınacak gerçek veya tüzelkişilere de yaptırılabileceği, ancak karar alma ve uygulama yetkisinin Bakanlığa ait olduğu, bu kişilerin nitelikleri, seçilme usulleri, görev, yetki ve sorumlulukları, çalışma ve tespite yönelik usul ve esasları, Bakanlık denetim elemanlarının görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esaslarının Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceği öngörülmüştür.

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

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.

Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir." denilmektedir.

İptali istenen ibarede yer alan Bakanlık denetim elemanlarının, 5225 sayılı Yasa gereğince yapacakları denetimlerin, Devletin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olması nedeniyle ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yerine getirileceği ve Bakanlık denetim elemanlarının da bu kapsamda bulunduğu açıktır.

Bu durumda, 5225 sayılı Yasa'nın 11. maddesinin ikinci fıkrasında yeralan Bakanlık denetim elemanlarının, görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esaslarının yasa ile düzenlenmesi gerekirken, bu hususların Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceğinin öngörülmesi, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.

Haşim KILIÇ bu görüşe katılmamıştır.

B- 5225 Sayılı Yasa'nın 12. Maddesinin Birinci Fıkrasının, İlk Tümcesinde Yer Alan "... ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere ..." İbaresinin İncelenmesi:

Dava dilekçesinde, 5225 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesinde *"... ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere aykırı hareket edenlere diğer mevzuattaki ceza hükümleri saklı kalmak kaydıyla aşağıdaki bentlerde belirtilen uyarma, para ve belge iptali cezaları uygulanır"* denilmek suretiyle, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulduğu, böyle bir düzenlemenin, Anayasa'nın 38. maddesinde belirtilen *"kanunsuz suç ve ceza olmaz*" ilkesine aykırılık oluşturduğu, suç ve cezanın Meclisin çıkardığı bir kanunla tespit edilmesinin, modern ceza hukukunun en önemli özelliği olduğu, öte yandan, bir yasa kuralının Anayasa'nın herhangi bir kuralına aykırılığının tespitinin, onun Anayasa'nın 11. maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracağı, bu nedenle anılan ibarenin, Anayasa'nın 11. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5225 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin ilk fıkrasında; *"Bu Kanuna ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere aykırı hareket edenlere diğer mevzuattaki ceza hükümleri saklı kalmak kaydıyla aşağıdaki bentlerde belirtilen uyarma, para ve belge iptali cezaları uygulanır"* denilmekte, bu cezaları gerektirecek eylemler ile bunlara uygulanacak cezanın tür ve miktarı da maddede ayrıca belirtilmektedir.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında; "*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*" denilmiş, bu maddeye koşut olarak Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde de, Yasa'nın açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemeyeceği, Yasa'da yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimsenin cezalandırılamayacağı belirtilerek kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi somutlaştırılmıştır. Kişinin, suç sayılan eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesinin temel hak ve özgürlüklerinin de güvencesi olduğu kuşkusuzdur.

5225 sayılı Yasa'nın 12. maddesinde, yaptırım uygulanmasını gerektiren eylemler ile bunlara ilişkin cezaların tür ve miktarı açıkça belirtilerek suç ve cezanın yasayla düzenlenmesi gereği yerine getirilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan ve iptali istenen *"... ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere ..."* ibaresi ile, idareye, suç ve ceza oluşturma yetkisi verilmemiştir. İdareye düzenlemesi için bırakılan husus, Yasa'da sayılan uyarma, para ve belge iptali cezalarının uygulanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesidir.

Yasakoyucu tarafından suç oluşturan eylemin ve suçun unsurlarının saptanmasından, cezasının da yasada açıkça belirlenmesinden sonra uygulamaya yönelik olarak, uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin ayrıntıların belirlenebilmesi için yürütme organına yetki verilmesi, düzenleyici işlemlerle suç ve ceza oluşturma anlamına gelmeyeceğinden suç ve cezada yasallık ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Açıklanan nedenlerle, 5225 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan *"... ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere ..."* ibaresi, Anayasa'nın 11. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Mehmet ERTEN ve Fazıl SAĞLAM bu görüşe katılmamışlardır.

C- 5225 Sayılı Yasa'nın 12. Maddesinin Birinci Fıkrasının; (a) Bendinin, (b) Bendinin (1) Numaralı Alt Bendinin "Uyarma cezasına rağmen, gerekli düzeltmenin yapılmaması veya ilk cezanın tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde yeni uyarma cezasını gerektiren fiil veya fiillerin tespiti ile ..." Bölümünün ve (c) Bendinin İncelenmesi:

Dava dilekçesinde, 5225 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin birinci fıkrasının; (a) bendinde, kültür yatırımı veya girişimlerinin yönetim veya işletilmelerinde görülecek kusur, aksaklık ve eksiklikler için, belge sahibine denetim elemanlarının tespitleri doğrultusunda Bakanlıkça uyarma cezası verilmesinin öngörüldüğü, ancak idarenin sözkonusu müeyyide ve işlemlerine karşı başvurulacak kanun yolu ve süresinin açıklanmadığı, Devletin hiçbir şekilde kanun yolunu ve süresini göstermediği işlemleri tesis edemeyeceği, bu tür düzenlemenin, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasına ve Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin en önemli ögelerinden olan "belirlilik" ilkesine de aykırı olacağı, bu nedenlerle anılan bendin Anayasa'nın 2., 11. ve 40. maddelerine aykırı olduğu, (b) bendinin (1) numaralı alt bendinde, uyarma cezasına rağmen, gerekli düzeltmenin yapılmaması veya ilk cezanın tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde yeni uyarma cezasını gerektiren fiil veya fiillerin tespiti halinde bir milyar lira para cezası verilmesi gerektiğinin belirtildiği, buradaki para cezası uyarma cezası ile ilgili olduğundan, bu cezanın da aynı gerekçeyle Anayasa'ya aykırı olduğu, (c) bendinde de, kültür yatırımı veya girişimi belgelerinin Bakanlıkça iptal edileceği hallerin sayıldığı, ancak idarenin belge iptali cezasına karşı başvurulacak kanun yolu ve süresinin açıklanmadığı, öte yandan bir yasa kuralının Anayasa'nın herhangi bir kuralına aykırılığının tespitinin, onun kendiliğinden Anayasa'nın 11. maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracağı, bu nedenlerle anılan bendin de Anayasa'nın 2., 11. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5225 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde; uyarma cezasının, kültür yatırımı veya girişimlerinin yönetim veya işletilmelerinde görülecek kusur, aksaklık ve eksiklikler için, belge sahibine denetim elemanlarının tespitleri doğrultusunda Bakanlıkça verileceği, (b) bendinin (1) numaralı alt bendinde; uyarma cezasına rağmen, gerekli düzeltmenin yapılmaması veya ilk cezanın tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde yeni uyarma cezasını gerektiren fiil veya fiillerin tespiti ... halinde bir milyar lira para cezası uygulanacağı belirtilmekte ve (c) bendinde de; kültür yatırımı veya kültür girişimi belgelerinin iptal edileceği haller sayılmaktadır.

Anayasa'nın 40. maddesinin 3.10.2001 günlü 4709 sayılı Yasa ile eklenen ikinci fıkrasında; "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır*"; 125. maddesinde de, *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"* denilmektedir.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nda Danıştay'ın görevleri, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'da da idare mahkemelerinin görevleri belirtilmiştir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde; idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları ve (b) bendinde de; idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları, idari dava türleri arasında sayılmıştır.

5225 sayılı Yasa'nın iptali istenen kurallarında öngörülen uyarma, para ve belge iptali cezaları, idari yaptırımlardır. İdarenin kamu hukuku alanında, kamu gücünü kullanarak tek taraflı tesis ettiği ve doğrudan uygulanabilir nitelikte olan bu yaptırımların idari işlem kapsamında olduğu açıktır.

Özel kanunlarda aksi yönde bir kural bulunmaması halinde idari yaptırımlara karşı ilgililerin belirtilen düzenlemeler uyarınca idari yargı yoluna başvurabilecekleri kuşkusuzdur. Bu bağlamda, 5225 sayılı Kanun'da iptali istenen kurallar yönünden başvurulacak kanun yolu ve süresinin özel olarak öngörülmemiş olması, Anayasa'nın 40. maddesine aykırılık oluşturmaz. Kaldı ki, 40. maddenin ikinci fıkrasıyla Devlet'e verilen görev, somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve merciler ile sürelerin belirtilmesi zorunluluğu olup, bu hususlara ilişkin olarak her yasada özel bir düzenleme yapma yükümlülüğü içermemektedir.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kurallar Anayasa'nın 2., 11. ve 40. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

14.7.2004 günlü, 5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu'nun:

A- 11. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "... Bakanlık denetim elemanlarının görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esasları..." ibaresi, 8.12.2004 günlü, E. 2004/84, K. 2004/124 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu ibarenin, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,

12. maddesinin birinci fıkrasının;

1- İlk tümcesinde yer alan "... ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere..." ibaresine,

2. (a) bendine,

3- (b) bendinin (1) numaralı alt bendinin, "Uyarma cezasına rağmen, gerekli düzeltmenin yapılmaması veya ilk cezanın tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde yeni uyarma cezasını gerektiren fiil veya fiillerin tespiti ile ..." bölümüne,

4. (c) bendine

yönelik iptal istemleri, 8.12.2004 günlü, E. 2004/84, K. 2004/124 sayılı kararla reddedildiğinden, bu kurallara ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 8.12.2004 gününde oybirliğiyle karar verilmiş ve bu karar 14.12.2004 günlü, 25670 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

T.C. DANIŞTAY 6. DAİRE

E. 2010/750 K. 2014/718 T. 5.2.2014

• KAMULAŞTIRMA OLANAĞININ KALMAMASI (Tam Yargı Davası - İdarece Taşınmaz Kamulaştırılmış Olsaydı Taşınmaz Bedelinin Mahkemece Kamulaştırma Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Tespit Edilerek Hak Sahibine Ödenmesi Gerektiğinden Taşınmaz Değerinin Belirtilen Kanun Hükümleri Dikkate Alınarak Saptanması Gerektiği)

• TAKAS TALEBİNİN KABUL EDİLMEMESİ (Kamulaştırma Olanağının Kalmaması Nedeniyle Tam Yargı Davası - İdare Mahkemesinin Taşınmazın Kamulaştırılmasının Mümkün Olmadığı Gibi İdarenin Yargı Kararı İle Kamulaştırmaya Zorlanamayacağı Gerekçesiyle Davanın Reddi Yolundaki Kararında Hukuki İsabet Görülmediği)

• İMAR PROGRAMI (Kamulaştırma Olanağının Kalmaması - Taşınmazın İmar Planında Ağaçlandırılacak Alan Olarak Belirlenmesi Nedeniyle İmar Kanunu'nun 10. Md.si Uyarınca İmar Planının Yürürlüğe Girmesinden İtibaren En Geç 3 Ay İçinde Bu Planı Tatbik Etmek Üzere 5 Yıllık İmar Programının Belediyece Hazırlanmaması

Karşısında Taşınmaz Malın Değerinin Hesaplanarak İlgilisine Ödenmesi Dışında Başka Bir Yol Kalmadığı)
• BİLİRKİŞİ RAPORU (Kamulaştırma Olanağının Kalmaması Nedeniyle Tam Yargı Davası - Özel Amacı Olmayan Emsal Satışlara Göre Satış Değeri Bedele Etki Eden Tüm Kanuni Veriler İmar Verileri Taşınmazın Özgün Nitelik ve Kullanım Şekli Değeri Etkileyen Hak ve Yükümlülükleri Gayrimenkul Üzerinde Ayni ve Şahsi İrtifak Hakları ve Gayrimenkul Mükellefiyetleri Bedelin Tespitinde Etkili Olacak Diğer Objektif Ölçülerin Belirlenmesi Suretiyle Taşınmaz Bedelinin Tespit Edilmesi Gerektiği)
• MÜLKİYET HAKKININ KISITLANMASI (Kamulaştırma Olanağının Kalmaması Nedeniyle Tam Yargı Davası - Taşınmazının Kamulaştırılmaması Nedeniyle Davacının Mülkiyet Hakkının Belirsiz Bir Süre İle Kısıtlandığı ve Bu Kısıtlamanın İdarece Bir Karar Alınarak Kaldırılmadığının Sabit Olması Karşısında Taşınmaz Malın Değerinin Hesaplanarak İlgilisine Ödenmesi Dışında Başka Bir Yol Kalmadığı)
2709/m.35,90 3194/m.7,8,10 2942/m.11,15
ÖZET : Dava, taşınmazın kamulaştırılmaması ve takas talebinin de karşılanmaması nedeniyle malvarlığında oluşan eksilmenin karşılanması amacıyla uğranılan zararların tahsili istemine ilişkindir. Davacıya ait taşınmazın imar planında "ağaçlandırılacak alan" olarak belirlenmesi nedeniyle 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 3 ay içinde bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programının belediyece hazırlanmaması ve bunun sonucunda taşınmazının kamulaştırılmaması nedeniyle davacının mülkiyet hakkının belirsiz bir süre ile kısıtlandığı ve bu kısıtlamanın idarece bir karar alınarak kaldırılmadığının sabit olması karşısında, taşınmaz malın değerinin hesaplanarak ilgilisine ödenmesi dışında başka bir yol kalmamıştır. İdarece taşınmaz kamulaştırılmış olsaydı taşınmaz bedelinin mahkemece Kamulaştırma Kanunu hükümleri çerçevesinde tespit edilerek hak sahibine ödenmesi gerekecekti; bu nedenle taşınmaz değerinin belirtilen Kanun hükümleri dikkate alınarak saptanması gerekmektedir. Bu husus gözardı edilerek karar verilmesi doğru olmamıştır.
Mahkemece keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle aralarında emlak değerleme uzmanının da bulunduğu bilirkişi kurulunca, taşınmazın cins ve nevi, yüzölçümü, kıymetini etkileyecek bütün nitelik ve unsurları, her unsurun ayrı ayrı değeri, varsa vergi beyanı, varsa resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirleri, taşınmazın mevkii, taşınmazın mevkii ve şartlarına göre ve olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net geliri, özel amacı olmayan emsal satışlara göre satış değeri, bedele etki eden tüm kanuni veriler, imar verileri, taşınmazın özgün nitelik ve kullanım şekli, değeri etkileyen hak ve yükümlülükleri, gayrimenkul üzerinde ayni ve şahsi irtifak hakları ve gayrimenkul mükellefiyetleri vb. bedelin tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçülerin belirlenmesi suretiyle taşınmaz bedeli tespit edildikten sonra davacıya ödenmesine karar verilmesi icap etmektedir. Belirtilen açıklamalar karşısında, İdare Mahkemesinin taşınmazın kamulaştırılmasının mümkün olmadığı gibi idarenin yargı kararı ile kamulaştırmaya zorlanamayacağı gerekçesiyle davanın reddi yolundaki kararında hukuki isabet görülmemiştir.
İstemin Özeti : Muğla 1. İdare Mahkemesince verilen 25/03/2009 tarihli, E:2008/947, K:2009/592 sayılı kararın, usul ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Volkan Müftüoğlu

Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
TÜRK MİLLETİ ADINA
Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:
KARAR : Dava, Muğla İli, Fethiye İlçesi, Sahil Patlangıç Mevkii, … sayılı parselde bulunan davacının maliki olduğu ve imar planında "ağaçlandırılacak alan"da kalan taşınmazın, köy eski mezarlığı olması nedeniyle kullanımının mümkün olmamasına rağmen, kamulaştırılmaması ve takas talebinin de karşılanmaması nedeniyle malvarlığında oluşan eksilmenin karşılanması amacıyla uğradığı zararlara karşılık 81.000 TL'nin işleyecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, davacının maliki olduğu 400 m²'lik taşınmazı da kapsayan imar planı değişikliğinin Özel Çevre Koruma Kurulu Başkanlığı'nın 3.3.1997 tarihli, 561 sayılı kararıyla onaylandığı ve taşınmazın bu planda "ağaçlandırılacak alan"da kaldığı, anılan plana yönelik olarak davacının itirazının bulunmadığı, davacının takas talebi üzerine kamulaştırma kararı alınmışsa da kamulaştırmanın gerçekleştirilemediği, Muğla Kültür ve Tabiat Varlıklarının Koruma Bölge Bölge Kurulu'nun 23.6.2005 tarihli, 892 sayılı kararı ile taşınmazın da içinde bulunduğu köy eski mezarlığı taşınmaz kültür ve tabiat varlığı olarak tescil edildiğinden taşınmazın davalı idare tarafından kamulaştırılması olanağının kalmadığı, davacının malvarlığında meydana gelen eksilmenin sebebi olarak gösterilen imar uygulamalarına karşı dava açılmadığı, bununla birlikte; idarenin takas veya kamulaştırmaya yargı kararı ile zorlanamayacağından, davacının uğradığını ileri sürdüğü zararın idarece tazminine olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.
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." kuralına yer verilmiş, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddesinde ise, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.
Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygun bulunan ve iç hukukun bir parçası halini alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 nolu Ek Protokolünün "Mülkiyetin korunması" başlıklı 1. maddesinde ise: "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir." hükmü yer almıştır.
Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM), benzer bir mülkiyet hakkı ihlali iddiasıyla açılmış olan, Hakan Arı/Türkiye Davasında (Başvuru No:13331/07) 11.1.2011 tarihinde verdiği kararda, ".... başvuran mülkiyet hakkına karşı orantısız bir müdahalenin yapıldığını öne sürmektedir.
Hükümet, mülkiyetten yoksun bırakma gibi bir durumun söz konusu olmadığını ve başvuranın arazisini kullanmaya ve fidanlık olarak ekip biçmeye devam edebileceğini savunmaktadır.
AİHM'ye göre başvuranın mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale söz konusudur. Taşınmazın şehir imar planında okul yapımı için öngörülmesi yalnızca imar yasağından etkilenmesine yol açmamış, aynı zamanda araziden istifade edilmesini de olanaksız hale getirmiştir. Geriye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edilip edilmediğini tespit etmek kalmaktadır.

AİHM, başvuranın taşınmazına el atılmaması nedeniyle re'sen gerçekleşmiş bir müdahalenin olmadığını gözlemlemektedir. AİHM, bunun yanı sıra mülkiyetin transferinin gerçekleşmemiş olduğu ihtilaf konusu davayı görünenlerin ötesine geçerek gerçek yüzüyle inceleyeceğini belirtmektedir. AİHM, bu bağlamda, başvuran tarafından öne sürülen durumun etkilerinin mülkiyet hakkına yönelik kısıtlamalardan ileri geldiğini, gayrimenkulün değeri ile ilintili olduğunu ve sonucu itibarıyla bütün olarak taşınmazın kullanılabilirliğini azalttığını anımsatır. AİHM, buna karşın, özüne yönelik kayba uğrasa da mezkur hakkın kaybolmadığını not etmektedir. Dile getirilen bütün bu tedbirlerden başvuranın mülkiyet hakkından yoksun bırakıldığı gibi bir çıkarımda bulunulamamaktadır. Başvuran ne taşınmazına erişim hakkını ne de onun maliki olmayı kaybetmiş, esasen taşınmazın satışı konusunda sıkıntı yaşamıştır. .....
AİHM, yine de başvuran tarafından dile getirilen durumun Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ilk cümlesi kapsamına girdiğini ifade etmektedir.
AİHM, kamu yararının gerekleri ile başvuranın temel haklarının korunması arasında hüküm sürmesi gereken adil dengenin gözetilip gözetilmediğini incelemeye alacaktır (...)
Başvuranın imar iznini elde etme konusunda meşru bir beklentisi bulunmaktadır. Zira okul inşaatının öngörüldüğü şehir imar planını müteakip kamulaştırma amacıyla sonradan araziye imar yasağı getirilmiştir. Bu yasak halen sürmektedir.
AİHM, başvuranın ilgili bütün bu dönem boyunca mülkiyetinin akıbeti konusunda bir belirsizliğe itildiğini gözlemlemektedir. İlk etapta idari bütçe kaynaklarının yetersizliği nedeniyle mezkur arazi kamulaştırılamamış, ikinci süreçte belediyenin 22 Eylül 2005 tarihinde kabul ettiği yeni şehir imar planına göre başvuranın taşınmazı bir kez daha okul yapımı kararından etkilenmiştir.
AİHM, bu bağlamda, Hükümet tarafından iç hukukta başvuranın taşınmazının belirsizliğini telafi edecek herhangi bir hukuki kararın alındığı dile getirilmemiştir.
AİHM, söz konusu bu durumun, başvuranın mülkiyet hakkından tam anlamıyla yararlanmasının önünde engel teşkil ettiğine ve arazinin satış şansı da dâhil, sonucu itibarıyla taşınmazın değerini hatırı sayılır ölçüde azalttığına itibar etmektedir.
Ayrıca başvuranın uğradığı kayıp hiçbir tazminat miktarı ile giderilmemiştir.
Bütün bu sözü edilenler AİHM'yi başvuranın, kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozan alışılmışın dışında ve ölçüsüz bir yüke katlanmak zorunda kaldığı yönünde düşünmeye sevk etmektedir.
AİHM, bu nedenle Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır." gerekçesiyle Türkiye'yi tazminat ödemeye mahkum etmiştir.
Bu arada, benzer uyuşmazlıkların adli yargıda dava konusu edilmeleri üzerine adli yargı yerlerinin ve Yargıtay'ın, konuyu çözümsüz bırakmamak amacıyla uyuşmazlıklara Medeni Hukuk kuralları çerçevesinde çözümler getirmeye çalıştığı görülmektedir. Konunun en belirgin şekilde tartışıldığı ve karara bağlandığı örnek ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15.12.2010 tarihli, E:2010/5-662 K:2010/651 sayılı kararıdır. Bu kararda; "... uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırmaya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarenin, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılamaz hale getirdiği, dolayısıyla malikin taşınmazdan mülkiyet hakkının özüne uygun şekilde yararlanma olanağı kalmadığı, taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının hukuksal bir nedene dayanılmadan İdarece engellendiği kuşkusuzdur.
Yukarıda açıklandığı üzere, malikin taşınmaz üzerindeki egemenliği hukuk düzeninin sınırları içinde üçüncü kişilere karşı korunmuş ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinde malike, hukuka aykırı olarak müdahalenin önlenmesini isteme hakkı tanınmıştır. Bir kişinin taşınmazına eylemli olarak el atıp tamamen veya kısmen kullanılmasına engel

olunması ile imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmaza hukuken kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibari ile bir fark bulunmamakta her ikisi de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurmaktadır.
Ancak, bundan da öte; uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı idarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle İdarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmasız el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu, her türlü izahtan varestedir...." gerekçesiyle söz konusu uyuşmazlıkları "kamulaştırmasız el koyma" kapsamında değerlendirmiş ve idarenin hukuka aykırı eylemiyle mülkiyet hakkı engellenen taşınmaz mal sahibinin, dava yoluyla kamulaştırmasız el koyma hükümleri doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesini, eş söyleyişle idareden değer karşılığının verilmesini isteyebileceği sonucuna varmıştır.
Bununla birlikte, benzer uyuşmazlıklarla ilgili olarak yine adli yargıda açılan davalarda, görev itirazında bulunulması üzerine olumlu görev uyuşmazlığı çıkmış, uyuşmazlığı inceleyen Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından da, 9.4.2012 tarihli, E:2012/41, K:2012/77 sayılı ve 9.4.2012 tarihli, E:2011/238, K:2012/63 sayılı kararlarda olduğu gibi, yukarıda belirtilen konularda idari yargı görevli bulunmuştur.
Yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacıyla 3194 sayılı İmar Kanununun 7. ve 8. maddeleriyle, belirli nüfus kriterini aşan belediye ve valiliklere imar planları hazırlama ve yürürlüğe koyma yükümlülüğü getirilmiştir.
Aynı Kanunun 10. maddesinde: "Belediyeler; imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlarlar. Beş yıllık imar programlarının görüşülmesi sırasında ilgili yatırımcı kamu kuruluşlarının temsilcileri görüşleri esas alınmak üzere Meclis toplantısına katılır. Bu programlar, belediye meclisince kabul edildikten sonra kesinleşir. Bu program içinde bulunan kamu kuruluşlarına tahsis edilen alanlar, ilgili kamu kuruluşlarına bildirilir. Beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri ilgili kamu kuruluşları, bu program süresi içinde kamulaştırırlar. Bu amaçla gerekli ödenek kamu kuruluşlarının bütçelerine konulur. İmar programlarında, umumi hizmetlere ayrılan yerler ile özel kanunları gereğince kısıtlama konulan gayrimenkuller kamulaştırılıncaya veya umumi hizmetlerle ilgili projeler gerçekleştirilinceye kadar bu yerlerle ilgili olarak diğer kanunlarla verilen haklar devam eder." hükmüne yer verilmek suretiyle, belediyelere, imar planlarını uygulamak üzere belirtilen süre içerisinde imar programını hazırlama; programı uygulamaya koyma, ilgili yatırımcı kamu kuruluşlarına ise imar programlarında kendi görev alanlarındaki kamu hizmeti için ayrılan özel mülkiyete ait arsaları program süresi içinde kamulaştırma zorunluluğu yüklenmiştir.
Dosyanın incelenmesinden; Muğla İli, Fethiye İlçesi, Sahil Patlangıç Mevkii, … sayılı parsel üzerinde bulunan davacının maliki olduğu taşınmazına karşılık 1996 yılında yapılan imar uygulaması sonucunda … ada, … sayılı parselde hisse tahsis edildiği, söz konusu parselin köy eski mezarlığı içerisinde kaldığı, davacının takas talebi üzerine kamulaştırma kararı alındığı ancak kamulaştırma işleminin gerçekleştirilemediği, Muğla Kültür ve Tabiat Varlıklarının Koruma Bölge Kurulu'nun 23/06/2005 tarih ve 892 sayılı kararı uyarınca taşınmazın da içinde bulunduğu köy eski mezarlığının taşınmaz kültür ve tabiat varlığı olarak tescil edildiği anlaşılmaktadır.
Davacıya ait parselin, köy eski mezarlığı içerisinde kalması nedeniyle imar planında "ağaçlandırılacak alan" olarak ayrılması nedeniyle bu parselde artık yapılaşmaya

gidilemeyeceğinden, davacının tasarruf haklarının kısıtlandığının açıktır. Buna rağmen taşınmazın "ağaçlandırılacak alan" olarak belirlenmesinin üzerinden 5 yıldan fazla bir süre geçmiş olmasına karşın; davalı idarece imar programının hazırlanmadığı ve kamulaştırma yapılmadığı gibi taşınmazın kamulaştırılmasına yönelik davacı istemlerinin reddedildiği ve ne zaman kamulaştırma yapılabileceği konusunda davacıya herhangi bir bilgi de verilmediğinden, davacıya ait parselin mülkiyet hakkından yararlanma olanağının kalmadığı görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yukarıda da yer verilen Hakan Arı/Türkiye Davasında (Başvuru No:13331/07) verdiği kararda, sözkonusu durumun başvuranın mülkiyet hakkından tam anlamıyla yararlanmasının önünde engel teşkil ettiği ve arazinin satış şansı da dahil, sonucu itibarıyla taşınmazın değerini hatırı sayılır ölçüde azalttığı değerlendirmesinde bulunarak, malikin, kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozan alışılmışın dışında ve ölçüsüz bir yüke katlanmak zorunda kaldığı sonucuna varmış, ilgilinin mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bu bağlamda, imar planında kamusal kullanıma ayrılmış olması nedeniyle davacının taşınmazının yapılaşmaya kapatıldığı, imar haklarını kullanma olanağının kalmadığı, dolayısıyla davacının mülkiyet hakkı kullanımının engellendiği görülmektedir. Bunun yanında, idarece belirsizliği telafi edecek herhangi bir hukuki karar alınmayarak arsa üzerindeki kısıtlama devam ettirilmiştir.

Bu durumda, davacıya ait taşınmazın imar planında "ağaçlandırılacak alan" olarak belirlenmesi nedeniyle 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 3 ay içinde bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programının belediyece hazırlanmaması ve bunun sonucunda taşınmazının kamulaştırılmaması nedeniyle davacının mülkiyet hakkının belirsiz bir süre ile kısıtlandığı ve bu kısıtlamanın idarece bir karar alınarak kaldırılmadığının sabit olması karşısında, taşınmaz malın değerinin hesaplanarak ilgilisine ödenmesi dışında başka bir yol kalmamıştır.

İdarece taşınmaz kamulaştırılmış olsaydı taşınmaz bedelinin mahkemece Kamulaştırma Kanunu hükümleri çerçevesinde tespit edilerek hak sahibine ödenmesi gerekecekti; bu nedenle taşınmaz değerinin belirtilen Kanun hükümleri dikkate alınarak saptanması gerekmektedir..

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 11. maddesinde, taşınmaz mal bedelinin tespiti esasları belirtilmiş, 15. maddesinde ise, taşınmazın niteliğine göre bilirkişi kurulunun nasıl oluşturulacağı açıklanmıştır.

Mahkemece keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle aralarında emlak değerleme uzmanının da bulunduğu bilirkişi kurulunca, taşınmazın cins ve nevi, yüzölçümü, kıymetini etkileyecek bütün nitelik ve unsurları, her unsurun ayrı ayrı değeri, varsa vergi beyanı, varsa resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirleri, taşınmazın mevkii, taşınmazın mevkii ve şartlarına göre ve olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net geliri, özel amacı olmayan emsal satışlara göre satış değeri, bedele etki eden tüm kanuni veriler, imar verileri, taşınmazın özgün nitelik ve kullanım şekli, değeri etkileyen hak ve yükümlülükleri, gayrimenkul üzerinde ayni ve şahsi irtifak hakları ve gayrimenkul mükellefiyetleri vb. bedelin tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçülerin belirlenmesi suretiyle taşınmaz bedeli tespit edildikten sonra davacıya ödenmesine karar verilmesi icap etmektedir.

Belirtilen açıklamalar karşısında, İdare Mahkemesinin taşınmazın kamulaştırılmasının mümkün olmadığı gibi idarenin yargı kararı ile kamulaştırmaya zorlanamayacağı gerekçesiyle davanın reddi yolundaki kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Öte yandan, davacıya ödenmesine hükmolunacak tazminat tutarının, taşınmazın idare adına tapuda tescil edilmesi sırasında kamulaştırma bedeli yerine geçecek miktar olarak kabul edilmesi ve buna göre işlem yapılması zorunludur.

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle, Muğla 1. İdare Mahkemesince verilen 25/03/2009 tarihli, E:2008/947, K:2009/592 sayılı kararın bozulmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren 15 gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 05.02.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.