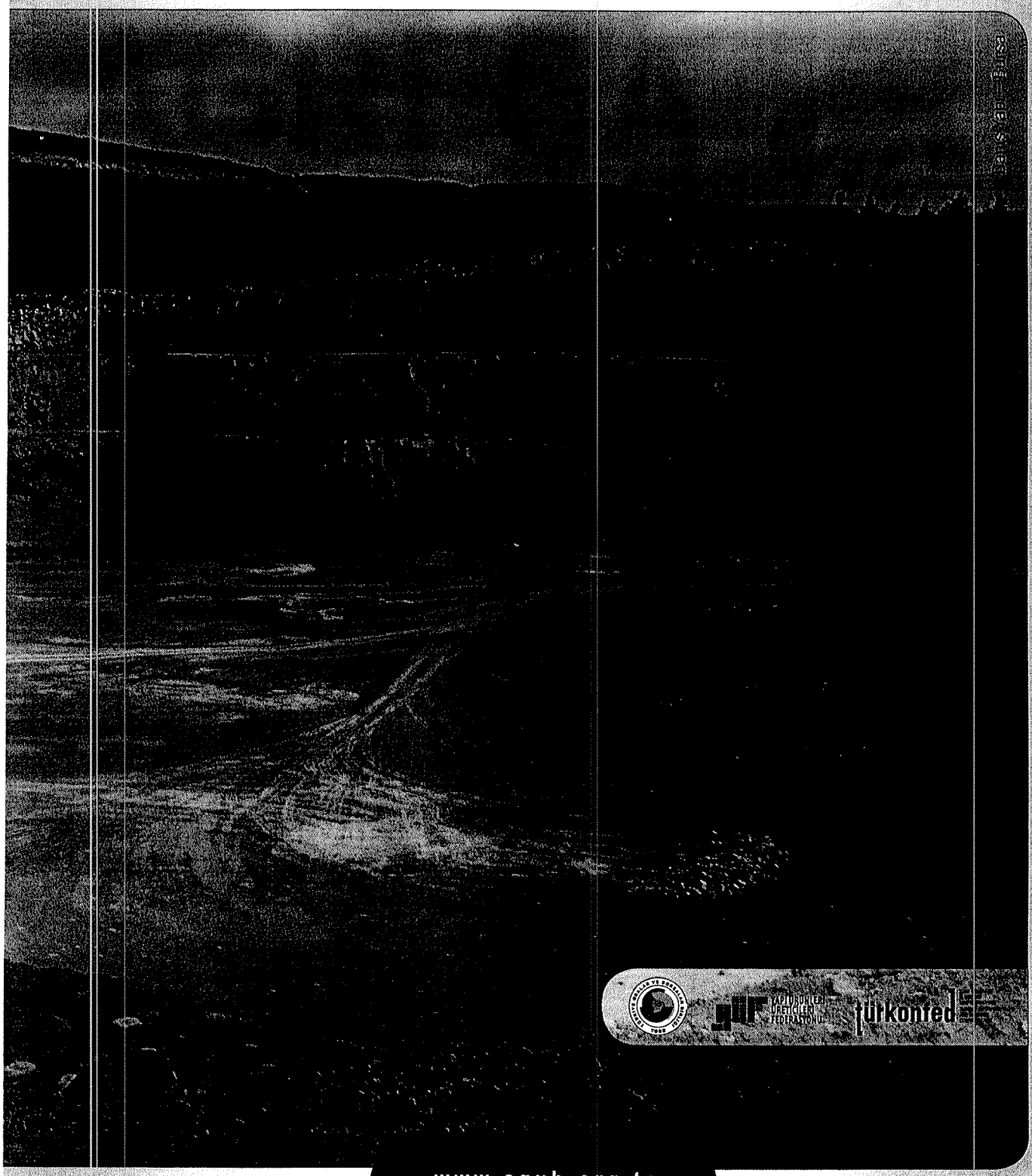
AGREGA BÜLTENİ

www.agub.org.tr Haziran - Temmuz - Ağustos 2017 Sayı: 7

AGREGA ÜRETİCİLERİ BİRLİĞİ
AGÜB



www.agub.org.tr

Maden Hukukunda Yatırım Giderleri

Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU - Özyeğin Üniversitesi-Topaloğlu Hukuk Bürosu

1.Genel Olarak Yatırım Gideri Kavramı

Yatırım gideri, muhasebe tekniğine ilişkin bir kavramdır. Genel olarak, işletmeye gelecek hesap dönemlerinde yarar sağlayacak varlık ve hizmetlerin edinilmesi için yapılan giderler, yatırım gideri olarak muhasebeleştirilir.

Maden hukukunda yatırım gideri kavramı ilk defa yatırımlarla çakışan maden sahalarının Kurul kararıyla kısıtlanmasına ilişkin olarak 26.05.2004 tarihinde 5177 sayılı Kanunla girmiştir. Daha sonra 7020 sayılı Kanunla maden bölgeleri ile ilgili olarak birleşmeye katılmayan veya iptal edilen maden ruhsatlarının yatırım giderlerinin ödeneceği öngörülmüştür.

2. Kurul Kararıyla Faaliyeti Kısıtlanan Maden Ruhsat Sahalarında Ödenecek Yatırım Gideri

5177 sayılı Kanunla 3213 sayılı Maden Kanununun 7.maddesine "Kamu yatırımları nedeniyle kurul kararı ile faaliyeti kısıtlanan maden işletmecisinin yatırım giderleri lehine karar verilen tarafça tazmin edilir." hükmü eklenmiştir. Benzer bir hüküm, 5995 sayılı Kanunla "Kurul tarafından gerekli görülmesi halinde hazırlatılan rapor, danışmanlık ücretleri, yolluk, gündelik ve benzeri tüm harcamalar yatırımcı tarafından karşılanır. Ayrıca, yatırımlar nedeniyle Kurul kararı ile faaliyeti kısıtlanan maden işletmecisinin yatırım giderleri, lehine karar verilen tarafça tazmin edilir." şeklinde öngörülmüştür.

En son olarak da 6592 sayılı Kanunla bu hükme "yatırım sahibi" ibaresi eklenerek şu şekilde düzenlenmiştir: "Kurul veya Genel Müdürlük tarafından gerekli görülmesi halinde hazırlatılan rapor, danışmanlık ücretleri, yapılacak tetkik ve incelemeler için gerekli yolluk, gündelik ve benzeri tüm harcamalar yatırımcı veya ruhsat sahibi tarafından karşılanır. Ayrıca Kurul veya Genel Müdürlük kararı ile faaliyeti kısıtlanan maden işletmecisinin veya yatırım sahibinin yatırım giderleri, lehine karar verilen tarafça tazmin edilir. Yatırım giderlerinin tespiti ve tazmin esasları Genel Müdürlük tarafından çıkarılan yönetmelikle belirlenir."

Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliğinin 127. maddesinin 4-a.6 bendinde "Maden ruhsat sahibinin yatırım giderler"inin madencilik faaliyeti ilgili raporda yer alacağı belirtilmiş ve 5.bendinde de "Ayrıca, yatırımlar nedeniyle Kurul kararı ile faaliyeti kısıtlanan maden işletmecisinin usul ve esasları Genel Müdürlükçe belirlenen yatırım giderleri, lehine karar verilen tarafça tazmin edilir." hükmüne yer verilmiştir.

►

2.1. Rödovansla İşletilen Maden Ruhsat Sahalarında Yatırım Giderleri

Rödovans uygulaması maden hukukunun en tartışmalı konularından biridir. Rödovansla işletilen maden sahalarında yatırım giderinin kime ödeneceği konusunda başlangıçta sorunlar yaşanmıştır. MİGEM, dencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliğinin 127 (5) maddesinde geçen maden "işletmecisinin usul ve esasları Genel Müdürlükçe belirlenen yatırım giderleri" ibaresindeki işletmeci kelimesini rödovansçı olarak yorumlamış ve tespit ettiği yatırım giderlerini ruhsat sahibine değil de doğrudan rödovansçıya ödemek şeklinde bir idari uygulamayı sürekli hale getirmiştir.

2.2. Yatırım Giderini Tespite Yetkili Kurum

3213 sayılı Maden Kanunu, yatırım giderinin tespitiyle ilgili olarak münhasıran MİGEM'i yetkili kılmıştır. MİGEM, hem yatırım giderini tespit etmek hem de yatırım giderleri ile ilgili usul ve esasları belirlemeye yetkilidir. Kurul tarafından lehine madencilik faaliyetinin kısıtlanmasına karar verilen özel yada kamu yatırımcısı kuruluş, MİGEm tarafından belirlenen yatırım giderini ödemek zorundadır. Yatırımcı kuruluşun daha sonra MİGEM tarafından belirlenen yatırım giderini azaltmaya yetkisi bulunmamaktadır. Bu konuda İstanbul 10. İdare Mahkemesinin 29.06.2016 gün ve E.2015/1301, K.2016/1144 sayılı kararının gerekçesi dikkat çekicidir: "Dava dosyasının incelenmesinden; davacı şirketin .....sicil numarasıyla işlettiği İstanbul ili, Arnavutköy ilçesi, ... Mevkiinde bulunan maden sahasının tamamının İstanbul Bölgesi 3. Havaalanı Proje alanı ile çakışması sebebiyle maden sahasının kamulaştırılmasına karar verildiği ve bu doğrultuda Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Maden İşleri Genel Müdürlüğü tarafından davacı şirketin madencilik faaliyetleri kapsamında yaptığı yatırım giderlerinin tespiti yapıldığı ve davacı şirket ile mutabakat metni imzalandığı ve belirlenen bedelin yatırımcı kuruluş olan Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından davacıya ödenmesine karar verildiği ancak yatırımcı kuruluş olan Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'nca Maliye Bakanlığı'ndan ödenecek yatırım giderinin indirgenmesine karar verildiği ve indirgenen bedel üzerinden ödeme yapılması üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, davacı şirkete ait maden sahası hakkında, İstanbul 3. Havaalanı Proje Alanı ile çalışması nedeniyle kamulaştırılmasına karar verildiği, bu karar doğrultusunda 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 7. maddesi ce Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği'nin 127. maddesi hükümlerine uygun olarak Kurul oluşturulduğu ve Kurul tarafından yine mevzuata uygun olarak davacı şirketin yatırım giderlerinin hesaplandığı bedel için davacı şirket ile mutabakat imzalandığı, Kurul tarafından belirlenen bedelin yatırımcı kuruluş olan Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından ödenmesine karar verildiği, yukarıda yazılı kanun ve yönetmelik hükümlerine uygun teşekkül eden Kurul tarafından hesaplanan bedelin yatırımcı kuruluş tarafından davacıya ödenmesi gerektiği, Kurul kararından sonra Maliye Bakanlığı'ndan görüş alınması yönünde mevzuatta hüküm bulunmadığı, Maliye Bakanlığı'ndan alınan görüş doğrultusunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmamaktadır."

2.3. Yatırım Gideri Tespiti Esasları

Daha çok enerji ile ilgili HES ve RES yatırımları ile ilgili olarak ortaya çıkan yatırım ve maden ruhsat çakışması ihlallerinde MİGEM her somut olaya özgü yatırım gideri tespitinde bulunmuştur. Daha sonra İstanbul Çatalca'da yapımına başlanan 3.Havaalanı yatırımı ile ilgili olarak maden sahaları ile ilgili Kurul kararı çıkmış, yatırım gideri konusunda ruhsat sahipleri ile MİGEM ve Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı arasında hukuki ihtilaflar ortaya çıkmıştır. Danıştay'ın bu konuda vermiş olduğu kararlar yatırım giderlerine ışık tutacak niteliktedir.

MİGEM, Yatırım Gideri uygulamasında, arama ve sondaj giderleri, işletmeye ilişkin yapılmış dekapaj ve hafriyat giderleri, yol, enerji nakil hatları, tel çitler, drenaj kanalları gibi inşaat altyapı giderlerini, tesis demirbaş giderlerini yatırım gideri olarak kabul etmektedir. Buna karşılık Kurul kararıyla faaliyeti kısıtlanan maden işletmesinde çalışanlara ödenen ihbar ve kıdem tazminatı bedellerini yatırım gideri olarak kabul etmemektedir. Danıştay da ihbar ve kıdem tazminatı giderlerinin yatırım gideri kapsamında görmemektedir. Ancak MİGEM, ileride yapılacak üretim havzası koruma drenaj giderlerini yatırım gideri olarak nitelememektedir. Danıştay ise MİGEM'in

kararının aksine üretim havzası koruma drenaj giderlerinin yatırım gideri olarak sayılması gerektiğine karar vermiştir. Danıştay 8.Dairesinin 16.05.2017 gün E.2016/2708, K.2017/3886 sayılı kararı şu şekildedir: "Davacı şirket tarafından zararın hesaplanmasında davalı idarece değerlendirilmediği iddia edilen "ileride yapılacak üretim havzası koruma drenaj gideri" yönünden yapılan inceleme;

Davacı tarafından; dava dilekçesi ve temyiz dilekçesinde ileride yapılacak üretim için üretim havzasını koruma altına almak için drenaj çalışmasının fiilen yapıldığı, drenaj çalışmasının yapılmaması halinde üretimin yapılmasının imkansız hale geleceği belirtilmek suretiyle yapılan drenaj giderinin yatırım gideri olarak değerlendirilmesi gerekmekte iken davalı idarece bu giderin zararın hesaplanmasında dikkate alınmadığı iddia edilmekte olup ,yatırım gideri tespit komisyonunca söz konusu giderin ocaklarda drenaj çalışmalarının işletme gideri olarak değerlendirildiğinden bahisle değerlendirilmeye alınmadığı görülmektedir.

Drenaj, herhangi bir yerdeki, suyun doğal veya yapay yollarla uzaklaştırılmasına yönelik çalışmalar olup ,uyuşmazlığın çözümü için davacı tarafından fiilen yapıldığı iddia edilen drenaj çalışmalarının fiilen yapılıp yapılmadığı, yapılmış ise bu giderin yatırım gideri mi yoksa işletme gideri olduğu hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmekte iken, temyize konu İdare Mahkemesi kararında bu hususların açıklığa kavuşturulmadığı görülmektedir. Bu durumda; davacı tarafından fiilen yapıldığı iddia edilen drenaj çalışmalarının fiilen yapılıp yapılmadığı, yapılmış ise bu giderin yatırım giderimi yoksa işletme gideri mi olduğu hususlarının açıklığa kavuşturulması suretiyle bir karar verilmesi gerekmekte iken, eksik incelemeye dayalı Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır."

Esasen yatırım giderlerine ilişkin bu örnek uygulamalardan hareketle MİGEM'in hangi giderlerin yatırım gideri sayılacağını, bunların tespit usullerini yönetmelikle düzenlemesinde yarar vardır. Çıkarılacak yönetmelik hükmünde hem somut sayma yöntemini uygulayıp hem de sayma yönteminin sakıncalarını önlemek için bunun yanında yatırım giderinin tespitine yönelik soyut ilkeleri ortaya koymasında yarar vardır. Böylece yaşanacak tereddütler ve belirsizlikler ortadan kalkacak ve hukuk devletinin gereklerinden olan hukuki açıklık ve istikrar ilkesi yerine gelmiş olacaktır.

2.4. Yatırım Gideri İle İlgili Hukuki Uyuşmazlıklar

Yatırım giderinin tespiti ve ödemesinde MİGEM ile ortaya çıkan uyuşmazlıklarda acaba adli yargının mı yoksa idari yargının mı görevli olduğu konusunda duraksama yaşanmaktadır. MİGEM, tespit ettiği yatırım giderini öderken ruhsat sahibinden taahhütname almaktadır. Bazı alt derece idare mahkemeleri bu taahhütnameyi sözleşme olarak görüp, adli yargıda asliye hukuk mahkemelerini uyuşmazlığın çözümü için görevli saymaktadırlar. Danıştay 8.Dairesi ise 04.11.2016 gün ve E.2015/9449, 2016/8524 sayılı kararında bu konuda MİGEM'in kamu gücünü kullanarak yatırım giderini belirlediğini ve bundan doğan uyuşmazlığın idari yargı yerlerinde görülmesi gerektiğini içtihat etmiştir: "Dosyanın incelenmesinden; İstanbul ili, Arnavutköy ilçesi, ...Mevkiinde bulunan ..... sicil nolu maden ruhsat sahasının İstanbul 3. Havalimanı Proje alanı ile çakışması sebebiyle maden işletme ruhsat sahasındaki yatırım giderlerinin tespiti amacı ile 10/04/2013 tarih ve ..... ruhsat sayılı ve 07.11.2013 tarih ve ..... sayılı Bakanlık Olur'ları ile Yatırım Giderleri Tespit Heyetinin görevlendirildiği, ruhsat sahibi şirket yetkililerinin de katılımı ile mahallinde yapılan tetkik sonucu tespit heyetince hazırlanan rapor ile ruhsat sahibine ödenmesine uygun bulunan toplam yatırım giderlerinin..... TL olarak belirlendiği, bu tutarın dekapaj, sondaj ve ruhsat yatırımlarına giren ..... TL tazminat bedelinin Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğünce daha önce davacı şirkete ödendiği, kalan ..... TL tazminat bedelinden enkaz bedelleri ve taşınır unsur bedellerinin arındırılması suretiyle ..... TL madencilik yatırımları tazminat bedelinin davacı şirkete ödendiği, davalı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca ..... TL eksik ödeme yapıldığından bahisle uğranıldığı ileri sürülen zararın şimdilik 100.000-TLsinin yasal faiziyle tazmini istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda yer alan mevzuat hükümleri ve dava konusu olay birlikte değerlendirildiğinde; kamu yararı niteliği taşıyan havaalanı yatırımı ile davacı şirketin madencilik faaliyetinin yapılamaz hale gelmesi, havaalanı yatırımı için başka alternatif alanların bulunmaması durumu Kurul kararı ►

ile sabit olması karşısında, Maden İşleri Genel Müdürlüğü tarafından tespit edilen davacı şirkete ödenecek yatırım giderine lehine karar verilen Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından ödenmesi gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır.

İdari makamlar tarafından, idarenin işlevine ilişkin olarak ve kamu gücü kullanılmak suretiyle yapılan, yeni bir hukuki durum yaratan veya varolan hukuki durumu değiştiren kesin ve icrai nitelikteki tek yanlı irade açıklamaları, idare hukukunda idari işlem olarak nitelendirilir ve bu işlemler, idari yargı denetimine tabidirler.

Bu bağlamda; Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'nca davacı şirkete ödenmesi gereken yatırım giderlerinin MİGEM tarafından tespit edilen tutardan enkaz bedelleri ve taşınır unsur bedellerinin arındırılması suretiyle eksik ödenmesinden doğan uyuşmazlığın karşılıklı serbest irade açıklaması olarak özel hukuk sözleşmesi kapsamında ortaya çıkan bir alacağın tazmini isteminden kaynaklanmadığı açık olup, tek yanlı kamu gücü kullanmak suretiyle tesis edilen işlemler dolayısıyla uğranıldığı ileri sürülen zararların tazmini de idari yargı mercilerinden istenilebilmektedir.

Bu nedenle; uyuşmazlığın görüm ve çözümünün idari yargı yerince yapılması gerektiği sonucuna varıldığından davayı görev yönünden reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir."

Ayrıca, yatırım gideri tespitine ilişkin kararın tamamına ilişkin olarak dava açılmasına gerek olmayıp, yatırım gideri olarak kabul edilmeyen yada rakamsal olarak eksik tespit edilen yatırım giderlerine ilişkin idare mahkemelerinde tam yargı davası açılabilir. Danıştay 8. Dairesinin 04.11.2016 gün ve E. 2016/10028, K.2016/8526 sayılı kararı bu konudaki usule açıklık getirmektedir: "İdare Mahkemesince; Maden Uygulama Yönetmeliği'nin 127/5 maddesi uyarınca yatırımlar nedeniyle Kurul kararı ile faaliyeti kısıtlanan maden işletmecisinin usul ve esaslarını belirlemede Genel Müdürlüğe (MİGEM) yetki verildiği ve MİGEM bünyesinde bulunan Yatırım Giderleri Tespit Komisyonu'nca belirlenen yatırım giderleri tespit kriterlerinin davacı tarafça dava konusu edilmediği hususlarına değinmek suretiyle; davacı şirket tarafından talep edilen arazi yatırım gideri, personel kıdem ve ihbar tazminatı, dışarıdan alınan danışmanlık hizmetleri ve finansman giderlerinin yatırım gideri olarak değerlendirilemeyeceği, davacı şirketin talep ettiği giderlerin işletme giderleri arasında bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

3213 sayılı Maden Kanunu'nun 7. maddesinin 15. fıkrasında; "Madencilik faaliyetleri ile Devlet ve il yolları, otoyollar, demir yolları, havaalanı, liman, baraj, enerji tesisleri, petrol, doğalgaz, jeotermal boru hatları, su isale hatları gibi kamu yararı niteliği taşıyan yatırımların birbirini engellemesi, maden işletme faaliyetlerinin yapılamaz hale gelmesi, yatırım için başka alternatif alanların bulunmaması durumunda, madencilik faaliyeti ve yatırımla ilgili karar, Kurul tarafından verilir." hükmüne ve 19. fıkrasında "Kurul veya Genel Müdürlük tarafından gerekli görülmesi halinde hazırlatılan rapor, danışmanlık ücretleri, yapılacak tetkik ve incelemeler için gerekli yolluk, gündelik ve benzeri tüm harcamalar yatırımcı veya ruhsat sahibi tarafından karşılanır. Ayrıca Kurul veya Genel Müdürlük kararı ile faaliyeti kısıtlanan maden işletmecisinin veya yatırım sahibinin yatırım giderleri, lehine karar verilen tarafça tazmin edilir. Yatırım giderlerinin tespiti ve tazmin esasları Genel Müdürlük tarafından çıkarılan yönetmelik ile belirlenir." kuralı yer almıştır.

Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliğinin 127. maddesinin 1. fıkrasında "Madencilik faaliyetleri ile Devlet ve il yolları, otoyollar, demir yolları, havaalanı, liman baraj, enerji tesisleri, petrol, doğalgaz, jeotermal boru hatları, su isale hatları gibi kamu yararı niteliği taşıyan yatırımların birbirlerini engellemesi, maden işletme faaliyetinin yapılamaz hale gelmesi, yatırım için başka alternatif alanların bulunamaması durumunda, madencilik faaliyeti ve yatırımla ilgili karar, Kurul tarafından verilir." kuralı, aynı maddenin 5. fıkrasında " Bu rapor Genel Müdürlük tarafından Kurul üyesi bakanlara gönderilir. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı veya ilgili taraf bakanlardan herhangi birinin daveti üzerine kurul toplanır ve kararlarını üye tamsayısının salt çoğunluğuyla alır. Kurul çalışmaları ile ilgili sekretarya hizmetlerini Genel Müdürlük yürütür. Kurul tarafından gerekli görülmesi halinde bedeli karşılığında rapor hazırlatılabilir. Hazırlatılan rapor, danışmalık ücretleri, yolluk, gündelik gibi tüm harcamalar yatırımcı

tarafından karşılanır. Kurul tarafından alınan karar, kamu yararı kararı yerine geçer. Ayrıca, yatırımlar nedeniyle Kurul kararı ile faaliyetleri kısıtlanan maden işletmecisinin usul ve esasları Genel Müdürlükçe belirlenen yatırım giderleri, lehine karar verilen tarafça tazmin edilir." düzenlemesine yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının 17/07/2012 tarihli ve 117016 sayılı yazısında 2012 yatırım programında 2007E030090 Proje Numarası ile İstanbul Bölgesi 3. Havaalanı projesi kapsamında kamulaştırma sınırı dahilinde kalan taşınmazların 16/5/2012 tarihli ve 7757 sayılı Kamu Yararı Kararı ve 16/5/2012 tarihli ve 7756 sayılı Kamulaştırma Olur'una istinaden kamulaştırılacağının belirtildiği, söz konusu kamulaştırma yazısına istinaden MİGEM (Maden İşleri Genel Müdürlüğü) kayıtlarında yapılan inceleme sonucunda, kamu yararı niteliği taşıyan havaalanı projesinin gerçekleşmesi halinde proje alanı ile aralarında davacıya ait işletme ruhsat sahasının da yer aldığı çakışmalı birçok ruhsat alanın yapılan/yapılacak olan madencilik faaliyetlerinin birbirini engelleyeceği ve maden işletme faaliyetinin yapılamaz hale geleceğinin tespit edildiği, ödenecek yatırım giderlerinin tespiti amacıyla Kurul tarafından verilecek karara mesnet olacak şekilde Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliğinin 127. maddesinin 3. fıkrası gereği MİGEM tarafından davacı şirkete gönderilen 17/12/2012 günlü yazı aynı Yönetmeliğin 4. fıkrasının (a) bendinde belirtilen formatta ruhsat sahasındaki madencilik faaliyetleri ile ilgili rapor hazırlanarak proje ile ilgili yatırımlarım kalemler halinde (listesi dahil) bir ay içerisinde müdürlüklerine verilmesinin talep olunduğu, davacı tarafından, talep olunan raporun tamamlanarak tüm ekleri ile birlikte 18/02/2013 tarihinde MİGEM'e verildiği ve bu raporla davacı tarafından yatırım bedeli olarak toplam 31.894.069,57 TL talep edildiği, 18/07/2013 tarih ve 14 sayılı Kurul kararı ile çakışmalı alan içinde davacının ruhsatlı işletme yaptığı alanın da bulunduğu, "İstanbul Bölgesi 3. Havaalanı Projesi" lehinde işlem yapılmasında kamu yararı görüldüğü, bahsi geçen Kurul kararı gereği davacı şirket uhdesinde bulunan Sicil:1350 (ER:1002473) sayılı IV. Grup maden işletme ruhsat sahasındaki yatırım giderlerinin tespiti amacı ile; 10/04/2013 tarih ve 1884 sayılı ve 07.11.2013 tarih ve 6729 sayılı Bakanlık Olur'ları ile Yatırım Giderleri Tespit Heyetinin görevlendirildiği, ruhsat sahibi şirket yetkililerinin de katılımı ile mahallinde yapılan tetkik sonucu tespit heyetince hazırlanan rapor ile ruhsat sahibine ödenmesine uygun bulunan toplam yatırım giderlerinin ..... TL olarak belirlendiği, bu tutarın dekopaj, sondaj ve ruhsat yatırımlarına giren ..... TL tazminat bedelinin Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğünün ..... tarih ve ..... sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Yukarıda yer alan mevzuat hükümleri ve dava konusu olay birlikte değerlendirildiğinde; kamu yararı niteliği taşıyan havaalanı yatırımı ile davacı şirketin madencilik faaliyetlerinin birbirini engellemesi, maden işletme faaliyetinin yapılamaz hale gelmesi, havaalanı yatırımı için başka alternatif alanların bulunmaması durumunun Kurul kararı ile sabit olması karşısında, Maden İşleri Genel Müdürlüğü tarafından tespit edilen davacı şirkete ödenecek yatırım giderinin lehine karar verilen Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından ödenmesi gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır."

3. Maden Bölgelerinde Yatırım Giderleri

Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 7020 sayılı Kanunla 3213 sayılı Maden Kanunun 29.maddesine eklenen hükümlerle maden bölgeleri oluşturulmuştur. Maden bölgelerinde üç halde yatırım gideri söz konusu olabilmektedir.

3.1. Birleşme İçin Yeterli Talep Yoksa

Maden bölgesinde belirlenen alandaki ruhsatların birleştirilmesi için maden ruhsat sahiplerinin talepte bulunması öngörülmüştür. Birleştirme talebinde bulunan ruhsat sahiplerinin de toplam rezervin en az yarısına sahip olmaları şarttır. Eğer iki ruhsat sahibi birleştirme talebinde bulunuyor ise taliplerden birinin rezerv oranı en az %10 olması zorunludur.

Belirlenen alanda birleşme için yeterli talep yoksa, belirlenen alandaki bütün ruhsatlar iptal edilir. İptal edilen ruhsatların MİGEM tarafından belirlenen yatırım giderleri Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanlığı bütçesinden ödenir. ►

3.2.Birleşmeye Katılmama

Belirlenen alandaki toplam rezervin en az yarısına tekabül eden ruhsat sahiplerince birleştirmenin talep edilmesi hâlinde, birleştirmeye katılmayan diğer ruhsatlar iptal edilir.

Bu bakımda belirlenen alandaki toplam rezervin %50'sine ulaşan ruhsat sahipleri diğerlerini bu suretle birleşmeye icbar edebilmektedirler. Birleşmeye katılmayarak iptal edilen ruhsatların MİGEM tarafından tespit edilen yatırım giderleri, lehine birleştirme yapılan ruhsat sahibince ödenir.

3.3. Birleşmeye Katılmayan Ruhsatların Yatırım Giderinin Ödenmemesi

Birleşmeye katılmayarak iptal edilen ruhsatların tespit edilen yatırım gideri ile ihalelik sahaların ihale taban bedellerinin ilave edilen ruhsat sahibince altı ay içinde ödenmemesi hâlinde, belirlenen alandaki ruhsatların tümü iptal edilir.

Bu durumda iptal edilen ruhsatların yatırım giderlerinin ne olacağı konusunda 7020 sayılı Kanun'da açık hüküm bulunmamaktadır. MİGEM tarafından hazırlanan Taslak Yönetmeliğin 10.(5-a) maddesi uyarınca ödememe nedeniyle tamamı iptal edilen ruhsatların yatırım giderlerinin Bakanlık tarafından karşılanacağı ifade edilmektedir. Bu suretle yaşanacak tereddütler önlenmek istenmiştir. Ancak, Taslak Yönetmeliğin 10.(5-a) hükmünde atıf yanlışlığı yapılmıştır. Şöyle ki, ruhsatların iptali 10.maddenin 3 (a ve b) maddesinde değil de, 4 (a ve b) maddesinde düzenlenmiştir. Bu yanlışlığın düzeltileceğini sanıyoruz.

3.4. Maden Bölgelerinde Yatırım Giderleri İle İlgili Ortak Hükümler

Taslak Yönetmeliğin 9 (2-c) maddesinde maden bölgesindeki "yatırım tutarlarının" da maden bölgesi ilanıyla birlikte Resmi Gazete'de yayımlanacağı öngörülmektedir. Bu hükümde yatırım tutarından kastedilenin yatırım gideri tutarı mı olduğu açıkça anlaşılamamaktadır. Zira yatırım gideri sayılmayan birtakım harcamalar yatırım için dahi yapılsa bile yatırım gideri olarak ödenmeyecektir. Kavram birliği sağlamak için bu hükmün yatırım gideri veya yatırım gideri tutarı şeklinde düzeltilmesinde yarar vardır.

Taslak Yönetmeliğin 7 (2-a) maddesinde yatırım giderinin Maden Kanunu ve Maden Yönetmeliği hükümlerine göre tespit edileceği belirtilmektedir. Bu hükümde Maden Yönetmeliğinden kastedilenin Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği olduğu tahmin edilmektedir. Yasal düzenlemelerde atıf yapılan mevzuatın numarası ve adı tam olarak zikredilir. Taslak Yönetmeliğin yapılacak son redaksiyon çalışmalarında bu hususun düzeltileceğini sanıyoruz. Atıf yapıldığı tahmin edilen Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliğinin 127.maddesi burada uygulama alanı bulacaktır. Yukarıda incelendiği gibi, Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliğinin 127.maddesi yatırım giderlerine ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisini MİGEM'e vermiştir.

MİGEM, birleştirmeye konu maden ruhsatlarının yatırım giderlerini maden bölgesi ilanı hazırlık çalışmalarında belirleyerek, ilanla birlikte kesinleştirecektir. MİGEM'in belirlediği yatırım giderlerine karşı yukarıda belirlenen esaslara göre idari yargı yerlerinde dava yolu açıktır.

Maden bölgesi ilanı ile birlikte varsa rödovans sözleşmeleri de iptal edilecektir. Taslak Yönetmeliğin 7 (2-a) maddesinin atıfta bulunduğu Madencilik Faaliyeti Uygulama Yönetmeliğinin 127. maddesine göre rödovanslı çalışma yapılan maden ruhsatlarında rödovansçı işletmeci niteliğine sahiptir. Bu nedenle işletmeci/rödovansçı tarafından yapılan yatırım giderlerinin ruhsat sahibine değil, rödovansçıya ödenmesi gerekir.

4.Ruhsatların İptali Halinde Yatırım Gideri Kapsamına Girmeyen Kar Mahrumiyetinin Tazmini Sorunu

3213 sayılı Maden Kanunun gerek madencilik faaliyetlerinin Kurul tarafından kısıtlanmasına ilişkin 7.maddesi hükmü gerekse maden bölgesindeki maden ruhsatlarının iptaline ilişkin 29.maddesi hükmü sadece yatırım giderinin ödeneceğinden söz etmektedir.

Anılan hükümler, Osmanlı hukukunda uygulanan kamu imtiyazlarının Devlet tarafından bedeli ödenerek sahibinden alınmasını öngören "raşa" usulünden ve benzer bir uygulama getiren 2172 sayılı Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun'dan daha geri bir düzenlemedir. Zira 2172 sayılı Kanun'da maden ruhsatları Devlete intikal ederken amortisman düştükten sonraki yatırım giderleri, taşınır mal bedelleri ve "kar yoksunluğu" tazminatı ödeniyordu. Oysa söz konusu hükümde kar yoksunluğundan bahsedilme-

yerek eski uygulamalardan daha geri bir düzenleme yapılmış olmaktadır. Böylece ruhsatı elinden alınan madenciye ispatlayabileceği yatırım giderleri ödenecek büyük ümitlerle oluşturulan maden işletmesinden elde edilecek kar hiçe sayılmış olacaktır.

İstanbul 2. İdare Mahkemesinin 30.04.2015 T., 2014/259 E., 2015/872 K. sayılı gerekçeli kararında; ", davacının yukarıda belirtilen üç başlık altında talep ettiği zararların niteliği göz önüne alındığında ortada gereği belirlenebilir, güncel, meşru kesin bir zararın bulunmadığı, ayrıca idarenin tesis etmiş olduğu işlemin mevzuata ve hukuka uygun olduğu gözetildiğinde kusurlu bir işlem ya da eylemi bulunmayan idarenin tazminata mahkum edilmesine olanak bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır" gerekçesiyle kar mahrumiyeti talebini reddetmiştir. Danıştay 8.Dairesi 16.05.2017 gün ve E.2014/15134, K.2017/3880 sayılı kararıyla anılan İdare Mahkemesi kararını onamıştır. Verilen diğer emsal kararlardan idari yargı yerlerinin yatırım gideri dışında kar mahrumiyeti zararının ödenmeyeceği görüşünde olduğu nerdeyse kesinlik kazanmıştır.

Bu noktada Maden ruhsatının hukuken sonlandırılmasına hukuken imkân tanınması sonucunda maden işletme ruhsatı sahibinin bu işleme bağlı maruz kaldığı zararlardan sadece yatırım giderlerinden oluşan zararlarının ödeneceğine ilişkin 3213 sayılı Maden Kanunun 7.maddesinin 19.fıkrası ile 29.maddesinin 8.ve 9.fıkralarında yer alan düzenlemeler, Anayasanın 2., 35., 40., 125. ve 129. maddelerine ve Ülkemizin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokol I'in hükümlerine aykırıdır.

İdarenin sorumluluğu hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biridir. Hukuk devleti normlar hiyerarşisi yani idarenin kanuni idare ve anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi uyarınca üst normlara tabi olması, bu ilkeye uygun olarak iş ve işlemlerini yürütmesi ve aynı zamanda da faaliyetlerini gerçekleştirirken sebebiyet verdiği zararları tazmin etmesi gerekmektedir. Günümüzde Türk ve Fransız Hukukunda hâkim olan anlayışa göre idarenin sorumluluğunun kaynağı kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesidir.

İdarenin sorumluluğu anlamındaki köklü değişim ve düzenleme 1961 Anayasası ile gerçekleştirilmiş ve 114. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtildikten sonra; idarenin sorumluluğu ilkesi "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür." hükmüyle bir Anayasa kuralı olarak öngörülmüştür. Bu kural, 1982 Anayasası tarafından 125. Maddenin düzenlemesiyle benimsenmiştir. 1982 Anayasası'nın 40. Maddesinin 2. Fıkrasında kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zararların, kanuna göre devletçe tazmin edileceği ve devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkının saklı olduğu belirtildikten sonra, 129. Maddesinin 5. Fıkrasında; "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir." hükmü getirilmiştir. Anayasada mukayeseli hukuktaki örneklerine uygun bir düzenlemeyle idarenin sorumluluğunun hangi esaslara göre belirleneceği belirtilmemiş, genel bir sorumluluk hali düzenlenmiştir. Bu sorunun çözümü idare hukukunun içtihadi hukuk olması özelliğinin bir sonucu olarak doktrin ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Yukarıda da ifade edildiği üzere idarenin sorumluluğunun kaynağı kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesidir.

Anayasanın düzenlemesi gereğince şartların varlığı halinde idarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için kanunlarda açıkça bir düzenlemenin varlığının aranması gerekmez. Dolayısıyla idarenin sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlar için mevzuatta tazminat ödenmesini yasaklayan veya sınırlandıran hükümler yer almışsa, bunlar Anayasaya aykırı olur.

Bu görüş hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve anayasal bir ilke olan "İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır." (mad. 125/1) düzenlemesine rağmen yasal düzenlemede idari işlemin kesin olması düzenlemesinin işleme karşı yargı yoluna gidilemeyeceği anlamı taşımayacağı şeklinde idari yargı içtihatlarında ve öğretide kabul gören içtihat ve anlayışın idarenin sorumluluğuna yansıması şeklinde değerlendirilebilir.

Bütün bu açıklamalar Türk Hukuk sisteminin anayasal temel üzerine idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararlarının tamamının sorumluluğun doğmasında aranan koşulların varlığı halinde zararın tam ve eksiksiz ödenmesini gerektireceği, bu anlamda yasal sınırlama getirilemeyeceği aksi durumda yasal sınırlamanın zararın tam ödenmesini engelleyemeyeceği ve fakat yasal düzenlemede zararın tam ödenmesi engellenmişse, bu düzenlemelerin anayasaya aykırı olduğunu göstermektedir.