

“... ”

06/11/2019 tarihli ve 7191 sayılı Su Ürünleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilen 1380 sayılı Kanunun 22. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan “onayı, kontrollüğü” ile “yaptırılır” ibarelerinin Anayasaya Aykırılığı

İptali talep edilen düzenleme 1380 sayılı Su Ürünleri Kanununun 22. maddesinin ikinci fıkrasını değiştirmektedir. Yapılan değişiklik uyarınca akarsular üzerinde kurulmuş veya kurulacak olan baraj ve regülatör gibi su yapılarında su ürünlerinin geçmesine mahsus balık geçidi yapılması ve işler durumunda bulundurulması zorunlu olmuştur. Ancak yüksekliği yirmi metreden fazla olan su yapılarında, masrafları müteşebbis tarafından karşılanmak üzere Tarım ve Orman Bakanlığı'nca yapılacak veya yaptırılacak bilimsel araştırma ve inceleme sonucu balık geçitlerinin işlevsiz olacağının anlaşılması halinde balık geçidi dışında farklı göç yapıları, asansörle taşıma, yapay ortamda üretilip kaynağa bırakma gibi tedbirler alınabilecektir. Bu madde kapsamındaki balık geçidi, balık asansörü ve diğer yapılara ilişkin projenin onayı, kontrollüğü ve kabulü inşaat tekniği açısından Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yapılması veya yaptırılması düzenlenmiştir.

İptalini talep ettiğimiz ibareler yapılması zorunlu olan balık geçitlerinin işler durumunda olmasını sağlamaya yöneliktir. Fıkırada yapılan değişikliğin uygulamadaki anlamı yapılması zorunlu olan ve işler halde olması gereken balık geçitlerine dair istisnalar yaratılması ve bu istisnalara yasal zemin sağlanmasıdır. Nitekim iptali talep edilen ibarelerin ilki yüksekliği yirmi metreden fazla olan su yapılarında, masrafları müteşebbis tarafından karşılanmak üzere Tarım ve Orman Bakanlığınca yapılacak veya yaptırılacak bilimsel araştırma ve inceleme sonucu balık geçitlerinin işlevsiz olacağının anlaşılması halinde balık geçidi dışında farklı göç yapıları, asansörle taşıma, yapay ortamda üretilip kaynağa bırakma gibi alınabilecek tedbirlere dair projelerin onayının ve kontrolünün de Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yapılması veya yaptırılmasına ilişkindir.

İptalini talep ettiğimiz ikinci ibare ise yüksekliği yirmi metreden fazla olan su yapılarında, masrafları müteşebbisçe karşılanmak üzere Tarım ve Orman Bakanlığı'nca yapılacak veya yaptırılacak bilimsel araştırma ve inceleme sonucu balık geçitlerinin işlevsiz olacağının anlaşılması halinde balık geçidi dışında farklı göç yapıları, asansörle taşıma, yapay ortamda üretilip kaynağa bırakma gibi alınabilecek tedbirlere dair projelerin tüm aşamalarının bir başka deyişle onay, kontrol ve kabul aşamalarının Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün dışında “yaptırılmasının” mümkün kılınmasıdır.

İptali talep edilen düzenleme, aşağıdaki açılardan Anayasa'ya aykırıdır.

#### 1. Anayasa'nın 2. maddesine Aykırılık

Düzenlemenin lafzi itibariyle, hazırlanacak projelerin onay ve kontrolünün Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yapılıp yapılmayacağı belirsizdir. Normun lafzi yorumundan ilk etapta onay ve kontrolün aynı merci tarafından yapılacağı söylenebilecekse de “yaptırılır” ibaresi bir başka belirsizlik daha yaratmıştır. Nitekim “yaptırılır” denilerek DSİ içinde bir hizmet birimi mi yoksa özel şirketler mi kastedilmiştir? Bu husus muğlaktır. Proje hazırlama ile onay süreçlerinin yanı sıra denetim süreçlerinin de özel şirketlere verilmesi madde uyarınca mümkündür. Düzenlemedeki belirsizlik projelerin aynı merci tarafından onaylanması ve

denetlenmesini de mümkün kılmaktadır. Oysa ki, hukuk devleti olmanın birincil koşulu düzenlemelerin belirli olması anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle, hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de “belirlilik ilkesi”dir. Hali hazırda iptali talep edilen ibareler, normun belirsiz nitelik taşımasına neden olmaktadır. Nitekim belirlilik ilkesine göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, aynı şekilde anlaşılmasının yanı sıra, kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın verilen yetkiler hukukî güvenlik sağlayamayacağı için Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bunun yanı sıra, Kanunlar nihayetinde, devlet etkinliklerinin düzenle sürdürülebilmesi için gerekli olan hukuksal alt yapıyı oluşturmak, kamu yararını gerçekleştirmek ve uygulanmak amacıyla çıkarılır.

Kanun koyucu, takdir yetkisini kullanırken belirli sınırlamalara tabidir. “Anayasanın sözüne ve özüne saygı” kaydı altında, bu sınırlamalardan ilki kanun koyucunun takdir yetkisini kullanırken kamu yararını gözetmesi zorunluluğudur. Kanunların kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapma yetkisine sahip olup, düzenlemenin kamu yararına, başka bir anlatımla ülke koşullarına uygun olup olmadığının belirlenerek takdir edilmesi kanun koyucuya aittir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığı incelenebilir (29.3.2017 Tarihli, E: 2016/168, K:2017/82 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı). Ayrıca belirtilmesi gerekir ki, hukuk devleti ilkesi; devletin tüm organlarının üstünde hukukun mutlak egemenliğinin bulunmasını, yasa koyucunun da her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı sayması sonucunu yaratan bir niteliktedir. Bu bağlamda yasa koyucunun yasal düzenlemelerin yapılmasındaki takdir yetkisi, sınırsız ve keyfi olmayıp, hukuk devleti ilkesiyle sınırlıdır. Yine kanunların amaçları açısından Anayasa'ya uygunluğu, kanunla erişilmek istenilen amacın Anayasa'da ifade bulan amaçlara ve devlet işlemlerinin tümünün yöneldiği nihai amaç niteliğinde olan kamu yararı amacıyla uygun olmasını ifade etmektedir (Merih ÖDEN, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.206-207). Devlet etkinliklerinin düzenle sürdürülmesine engel olan, kamu yararını gerçekleştirme amacı taşımayan, kamu hizmetinin nitelikleriyle bağdaşmayan, hak, hukuk ve adalet anlayışına aykırı, makul olmayan ve uygulanabilirliği bulunmayan bir düzenlemenin, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ile de bağdaştırılması imkansızdır.

## 2. Anayasa'nın 128. maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında “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.

Gerçek veya tüzel kişiler tarafından yapılabilecek balık geçidi, balık asansörü ve diğer yapılara ilişkin projenin onayı, kontrollüğü ve kabulü inşaat tekniği açısından yapılması gereken işlemlerinin kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. İptali istenilen kural ile DSİ'nin bu konuda haiz olduğu yetkileri özel hukuk tüzel kişisi niteliğindeki yetkilendirilecek şirketlere de devredebilmesi mümkündür. Nitekim "yaptırılır" ibaresindeki belirsizlik buna olanak sağlamaktadır. Bu durumda DSİ'nin denetim ve gözetim görevinin de devam edip etmeyeceği belirsizdir. İptali talep edilen ibareler bağlamında normu değerlendirdiğimizde denetim bakımından olan belirsizlik DSİ'nin; özel hukuk tüzel kişisi niteliğindeki yetkilendirilecek denetim şirketlerine devredebileceği anlamına gelmektedir. Ancak denetleme görev ve yetkisi; idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer alan, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindedir. Anayasa'nın 128. maddesine göre de kolluk faaliyetleri arasında yer alması nedeniyle denetleme yetkisinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunlu olduğundan, idarenin haiz olduğu inceleme ve denetim yetkisinin belirsiz bir düzenleme ile özel hukuk tüzel kişilerine devredilmesi veya onlarla paylaşması ise olanaklı değildir.

### 3. Anayasa'nın 56. maddesine Aykırılık

Anayasa'nın "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlıklı 56. maddesinde "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir." hükmü yer almaktadır. Çevre mevzuatına ilişkin kurallar esas olarak 2872 sayılı Çevre Kanunu'nda yer almaktadır. 2872 sayılı Kanun'un amacı, Kanun'un 1. maddesinde, bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir gelişme ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamak olduğu ifade edilmiştir. Anılan Kanun'un 2. maddesinde ise sürdürülebilir çevre "Gelecek kuşakların ihtiyaç duyacağı kaynakların varlığını ve kalitesini tehlikeye atmadan, hem bugünün hem de gelecek kuşakların çevresini oluşturan tüm çevresel değerlerin her alanda (sosyal, ekonomik, fizikî vb.) ıslahı, korunması ve geliştirilmesi sürecini ifade eder."; sürdürülebilir kalkınma ise "Bugünkü ve gelecek kuşakların, sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulması esasına dayalı kalkınma ve gelişmeyi ifade eder." biçiminde tanımlanmıştır. (Anayasa Mahkemesinin 22/5/2014 Tarihli ve E: 2013/65, K: 2014/93 Sayılı Kararı)

Türkiye, 1992 tarihli Birleşmiş Milletler Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'ne taraftır. "Biyolojik çeşitlilik kaybının veya önemli ölçüde azalmasının nedenlerini, önceden kaynağında tahmin etmenin, önlemenin ve bu nedenlerle mücadele etmenin yaşamsal önem taşıdığı" (Önsöz, p.6) ifade eden Sözleşme; devletlerin, kendi biyolojik çeşitliliklerini korumakla yükümlü olduklarını (Önsöz, p.5) belirtmektedir.

Buna göre sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir gelişme ilkelerinin içeriği itibarıyla hem bugünün hem de gelecek kuşakların çevresini oluşturan tüm çevresel değerlerin her alanda ıslahı, korunması ve geliştirilmesi ile sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına aldığı açıktır. Bu çerçevede anılan Kanun'un amacının gerçekleştirilmesi ve sürdürülebilir çevrenin korunması bu Kanun'da belirtilen hususların yerine getirilmesi ile mümkün olacaktır. Ayrıca, sağlıklı ve dengeli bir çevre yaratılması, öncelikle yapılacak elektrik üretim faaliyetinin denetlenmesini gerektirir. Bu denetimin etkin araçlarından biri de bu Kanun'da düzenlenen izinlerdir. Başka bir anlatımla elektrik üretim faaliyetlerinde çevrenin korunması, çevreye

verilen bu olumsuz etkilerin giderilmesi ve zararın en aza indirgenmesi açısından başta 2872 sayılı Kanun'da ve diğer mevzuatta belirtilen çeşitli izinlerin alınmasına ilişkin hükümler büyük önem taşımaktadır. (Anayasa Mahkemesinin 22/5/2014 Tarihli ve E: 2013/65, K: 2014/93 Sayılı Kararı). İptali talep edilen düzenlemeler, devletin anayasamızın 56. maddesine düzenlenen çevreyi geliştirme ve çevre sağlığını koruma görevlerini ihlal eder niteliktedir. Bu maddenin öngörmüş olduğu, "Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir" şeklindeki açık hükümde, "geliştirme, koruma ve önleme" ödevleri hem Devlet hem de yurttaşlar için öngörülmüş olsa da bu üçlü ödev, Devlet açısından şu diğer üçlü yükümlülüğü beraberinde getirmektedir: düzenlemek, denetlemek ve yaptırım mekanizmasını işletmek. Başka bir deyişle, Devlet, "önleme, koruma ve geliştirme" ödevlerini, "düzenleme, denetleme ve yaptırım" yükümlülüklerini yerine getirmesi ölçüsünde gerçekleştirme olanağına sahip olur. Hatta, yurttaşlar da "önleme, koruma ve geliştirme" ödevlerinin yükümlüsü oldukları halde, onlara düzenleme, denetim ve yaptırım görevi verilmemiştir. Gerçekten, yurttaşların ve sivil toplum örgütlerinin madde 56'da sıralanan üçlü ödevi yerine getirebilmeleri ve çevresel haklarını (bilgilendirme, katılım ve başvuru yollarıyla) etkili şekilde kullanabilmeleri, Devlet'in çevre ve doğal ortamlara yönelik etkinliklere ilişkin düzenleyici ve denetleyici kurallar koyması yanı sıra, zor kullanma gücünü de kapsamına alan yaptırıma ilişkin mekanizmalar öngörmesi ve düzenlemeler yapması ölçüsünde mümkündür.

Buna karşılık, 7191 sayılı yasadaki "onayı", "kontrollüğü" ile "yaptırılır" ibarelerine ilişkin ayrıntılı olarak yukarıda açıklandığı üzere hazırlanma, onay ve denetimin kim tarafından yapılacağına belirsiz olması; onayı veren merci ile denetimi yapan merciinin aynı olup olmayacağı hususunda belirsizliği, Devletin yükümlülüklerini zaafa uğratacağı gibi çevre sağlığını riske atar ve çevre hakkını zedeler niteliktedir. Bu sebeple iptali talep edilen düzenlemeler Anayasa'nın 56. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

### III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

7191 sayılı Su Ürünleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilen 1380 sayılı Kanunun 22. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "onayı, kontrollüğü" ile "yaptırılır" ibareleri çevreyi yok sayan bir hukuk düzenine hizmet etmektedir. Kamu yararına aykırı olan, telafisi mümkün olmayacak sonuçlara yol açacak bu düzenlemelerin iptal davası sonuçlanana kadar yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

Nitekim, Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti sayılmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasaya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır. Söz konusu düzenleme nedeniyle; Türkiye'de gitgide azalmakta olan balık tür ve popülasyonlarının kararlı ve ivedi şekilde korunması ve çevre hakkına saygı gösterilmesi anayasal gereklilikleri açısından telafisi mümkün olmayacak sonuçların doğabileceği ortadadır.

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

Esas Sayısı : 2020/10

Karar Sayısı : 2020/67

#### IV. SONUÇ VE İSTEM

06/11/2019 tarihli ve 7191 sayılı Su Ürünleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilen 1380 sayılı Kanunun 22. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "onayı, kontrollüğü" ile "yaptırılır" ibarelerinin Anayasa'nın 2., 56. ve 128. maddelerine aykırı olduğundan iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."