**"...**

**II- İTİRAZIN GEREKÇESİ**

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü (DSİ) tarafından çıkartılarak 13.05.2011 tarih ve 27933 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 'Su Yapıları Denetim Hizmetleri Yönetmeliği'nin iptali ile dava konusu Yönetmeliğin dayanağını oluşturan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun, 25.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanan 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 204. maddesiyle eklenen Geçici 14. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davaya ait dosya, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun Ek 1. maddesi uyarınca birlikte toplanan Danıştay Onüçüncü ve Onuncu Dairelerince incelendi:

Dava Konusu Olay, İptali İstenilen Yönetmelik ve Yasa Kurallarına İlişkin Açıklamalar:

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 'Anayasaya Aykırılığın Diğer Mahkemelerde İleri Sürülmesi' başlıklı 152. maddesinin birinci fıkrasında: 'Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.' hükmü yer almaktadır.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 'Anayasaya aykırılığın mahkemelerce ileri sürülmesi' başlıklı 40. maddesinde; 'Bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa; iptali istenen kuralların Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslını, başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğini, dava dilekçesi, iddianame veya davayı açan belgeler ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı örneklerini, dizi listesine bağlayarak Anayasa Mahkemesi'ne gönderir.' kuralı yer almıştır.

18.12.1953 tarih ve 6200 sayılı Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilât ve Vazifeleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinde, DSİ'nin görev ve yetkileri sayma suretiyle belirtilerek, bunların;

'a) Taşkın sular ve sellere karşı koruyucu tesisler meydana getirmek,

b) Sulama tesislerini kurmak, sulama sahalarında mevcut parsellerin tamamını veya aksamını gösterir harita ve plânları yapmak veya yaptırmak ve icabı halinde kadastrosunu yaptırmak,

c) Bataklıkları kurutmak,

d) a, b, c fıkralarındaki faaliyetlerle ilgili olmak şartıyla sudan ve zaruret halinde yardımcı diğer kaynaklardan enerji istihsal etmek,

e) Şehir ve kasabaların içme su ve kanalizasyon projelerini tetkik, tasdik ve murakabe etmek, köy içme suları için teknik organizasyon ve murakabeyi sağlamak ve bu iş için Bayındırlık Müdürlükleri emrinde çalışacak lüzumlu bilgiye sahip elemanları yetiştirmek,

f) Akarsularda ıslahat yapmak ve icabedenleri seyrüsefere elverişli hale getirmek,

g) Yukarıdaki fıkralarda yazılı tesislerin (Çalıştırma, bakım ve onarım dahil) işletmelerini sağlamak,

h) Yukarıdaki fıkralarda yazılı işlerle ilgili olmak üzere rasat, tecrübe, istatistik, araştırma ve her türlü istikşaf işlerini yapmak ve ezcümle toprağın cins ve karakterini, yetiştirilecek mahsul nevilerini ve elde edilecek ziraî, iktisadî faydaları ve verimlilik derecelerini tespit etmek ve bu mevzularda gerekirse ilgili vekâlet ve müesseselerden faydalanmak, amenajman plânları hazırlamak ve bunları, temin edecekleri fayda ve ele alınmalarındaki zaruretlere göre seçmek, sıralamak ve Vekâlete teklif etmek,

i) Yukarıdaki fıkralarda yazılı işlerin her türlü etüt ve projelerini yapmak veya yaptırmak (Bunlardan d fıkrasında yazılı işlerde Elektrik İşleri Etüt İdaresi ile işbirliği yapar),

j) Tesislerin yapılması hususunda her türlü malî imkânları araştırmak ve icabı halinde ortaklıklar kurulmasını Vekâlete teklif etmek ve Maliye Vekâletinin muvafakat ve kefâleti ve İcra Vekilleri Heyeti kararı ile uzun vadeli iç ve dış istikrazlar yapmak,

k) Umum Müdürlüğün yaptığı veya devraldığı tesislerden işletmelerini bizzat deruhte etmediklerinin işlemelerini sağlamak üzere işletmeler kurmak ya doğrudan doğruya veyahut da işletmeler marifetiyle ortaklıklar teşkil etmek ve lüzumu halinde tesisleri hakiki ve hükmîce şahıslara devretmek üzere Vekâlete teklifte bulunmak,

l) Hükümet daireleriyle Hükümete bağlı müesseseler ve diğer hükmî ve hâkikî şahıslar tarafından yapılıp amme menfaati bulunan ve Umum Müdürlüğün vazifesi ile ilgili işlere ait proje ve keşif evrakını tetkik ve tasdik etmek, inşaatın yapılmasının proje ve fenni icaplara uygunluğunu murakabe etmek ve bu işlerin etüt ve projelerini uygun gördüğü bir ücret mukabilinde yapmak veya yaptırmak,

m) Umum Müdürlüğün yukarıdaki fıkralarda yazılı çalışmalarının yürümesine ve gelişmesine muktazi garaj ve atölyeleri, makine ve malzeme ambar ve depolarını, idare binalarını, servis ve akaryakıt tesislerini, laboratuvarları, deneme istasyonlarını, işletme ve koruma emniyetlerini sağlayacak bina ve lojmanlarla telefon şebekelerini, radyo verici istasyonlarını, Umum Müdürlüğün vazifelerinin verimli yönetimine yarayacak diğer tesisleri yapmak veya yaptırmak, teçhiz etmek, kiralamak ve bakımlarını temin etmek,

n) Umum Müdürlüğün vazifesi içinde bulunan işlerin yapılmasına lüzumlu arazi ve gayrimenkulleri kanunlarına göre muvakkat olarak işgal etmek veya istimlak etmek veya satın almak

o) Umum Müdürlüğün çalışma konusuna giren işleri yapmaya lüzumlu malzeme, makine, teçhizat ve taşıtları seçmek, sağlamak, çalıştırmak ve icabında kira mukabili vermek ve bunlar için gerekli tamir atölyeleri ile tesisleri kurmak ve işletmek' olduğu belirtilmiştir.

Gerçek veya tüzel kişiler tarafından, yeraltı ve yerüstü sularından faydalanmak ve bunların zararlarını önlemek amacıyla yapılacak her türlü su yapılarının inşası sırasında yatırımların hızlandırılması, taşkın, deprem gibi doğal felaketlerden sonra meydana gelebilecek ülke kaynaklarının israfının önlenmesi, çevre ile uyumlu uygulama projelerinin ve yapım aşamasındaki teknik denetimlerinin yapılması ve bu denetimi yapacak firmalara verilecek izin belgeleri ile çalıştıracakları yetkili elemanların niteliklerine ilişkin usul ve esasları belirlemek amacıyla, 6200 sayılı Kanun'un 2. maddesine dayanılarak, 15.08.2009 tarih ve 27320 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe giren Su Yapıları Denetim Hizmetleri Yönetmeliği çıkarılmıştır.

Anılan Yönetmeliğin iptali istemiyle Danıştay Onuncu Dairesi nezdinde açılan davalar sonucunda adı geçen Daire tarafından; 6200 sayılı Kanun'un 2. maddesinden bahisle DSİ'nin görevleri arasında sayılan, su yapılarının etüd ve projelerinin uygun bir ücret karşılığında gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılması düzenlenmişken, inşaatların proje ve fenni icaplara uygunluğunu denetleme yetkisinin sadece DSİ'ye verildiği, bu denetimin idarece gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılmasına ilişkin bir hükmün maddede yer almadığı ve DSİ'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 6200 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, su yapılarının inşası sırasında yapılacak denetime ilişkin olarak DSİ'ye verilen yetkinin devrini düzenleyen bir hükmün de bulunmadığının açık olduğu, idarelerin yasayla kendilerine verilen görev ve yetkileri devredebilmeleri için yasada buna ilişkin bir düzenleme yapılması gerektiğinden, yasal dayanağı olmadan yönetmelikle DSİ'ye ait olan denetim yetkisinin gerçek kişilere veya özel hukuk tüzel kişilerine devredilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle 15.08.2009 tarih ve 27320 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Su Yapıları Denetim Hizmetleri Yönetmeliği'nin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmişti.(Danıştay Onuncu Dairesi'nin 11.01.2011 tarih ve E.2010/2183 sayılı, 11.01.2011 tarih ve E.2010/1494 sayılı ve 28.02.2011 tarih ve E.2010/2365 sayılı kararları).

Bu kararlardan sonra 6111 sayılı Kanun'un 204. maddesiyle 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun Geçici 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (f) bendi ile '20.02.2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve Su Kullanım Hakkı Anlaşması çerçevesinde elektrik enerjisi üretmek maksadıyla yapılacak olan üretim tesislerinin su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının inceleme ve denetimi, masrafları ilgililerine ait olmak üzere DSİ tarafından yapılır veya gerektiğinde yetkilendirilecek denetim şirketlerine yaptırılması sağlanır. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, ilgili bakanlıkların görüşü alınmak kaydıyla DSİ tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.' hükmü getirilmiştir.

4628 sayılı Kanun'un Geçici 14. maddesindeki bu düzenleme uyarınca DSİ tarafından, Su Yapıları Denetim Hizmetleri Yönetmeliği çıkartılarak 13.05.2011 tarih ve 27933 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanması üzerine, davacı tarafından, Yönetmeliğin dayanağı yasa kuralının Anayasa'nın 128. ve 168. maddesine aykırı olduğu iddialarıyla, anılan Yönetmeliğin iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İptali istenilen Yönetmeliğin 'Amaç' başlıklı 1. maddesinde; bu Yönetmeliğin amacının, gerçek veya tüzel kişiler tarafından, yeraltı ve yerüstü sularından faydalanmak ve bunların zararlarını önlemek amacıyla yapılacak her türlü su yapılarının inşası esnasında yatırımların hızlandırılması, taşkın, deprem gibi doğal felaketlerden sonra meydana gelebilecek ülke kaynaklarının israfının önlenmesi, çevre ile uyumlu uygulama projelerinin ve yapım aşamasındaki teknik denetimlerinin yapılması ve bu denetimi yapacak firmalara verilecek izin belgeleri ile çalıştıracakları yetkili elemanların niteliklerine ilişkin usul ve esasları belirlemek olduğu kuralına yer verildikten sonra; 'Kapsam' başlıklı 2. maddesinde, Yönetmeliğin, 20.02.2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve Su Kullanım Hakkı Anlaşması çerçevesinde elektrik enerjisi üretmek maksadıyla yapılacak olan üretim tesislerinin su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek veya tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların proje onayı, yapım aşamasındaki inceleme ve denetiminin DSİ tarafından yapılması veya gerektiğinde DSİ tarafından yetkilendirilecek denetim firmalarına yaptırılması ve bu işlerde çalışacak denetim elemanlarının niteliklerinin belirlenmesi, verilecek yetki belgesi ile ilgili işlemlerin yapılması, yetkilendirilmiş denetim firmaları ve bu firmalarda çalışan denetim elemanlarının görev ve sorumlulukları ile su yapıları denetim hizmet sözleşmesinin düzenlenmesi ve hizmet bedellerinin ödenmesine ilişkin hususları kapsadığı belirtilmiş, 'Dayanak' başlıklı 3. maddesinde ise, Yönetmeliğin, 18.12.1953 tarihli ve 6200 sayılı Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilât ve Vazifeleri Hakkında Kanun'un 2. maddesi ile 20.02.2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun Geçici 14. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendine dayanılarak hazırlandığı hükmü yer almıştır.

Değinilen düzenlemeler ile 15.08.2009 tarih ve 27320 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Su Yapıları Denetim Hizmetleri Yönetmeliğinin yürütülmesinin durdurulması hakkında verilen yargı kararları ve açıklamalar dikkate alındığında, 4628 sayılı Kanun'un Geçici 14. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde yer alan '...veya gerektiğinde yetkilendirilecek denetim şirketlerine yaptırılması sağlanır. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, ilgili bakanlıkların görüşü alınmak kaydıyla DSİ tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.' şeklindeki kural uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak kural niteliğindedir.

İptali İstenilen Yasa Hükmü

4628 sayılı Kanun'un Geçici 14. maddesinin birinci fıkrasına, 6111 sayılı Kanun ile eklenen (f) bendinde yer alan '...veya gerektiğinde yetkilendirilecek denetim şirketlerine yaptırılması sağlanır. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, ilgili bakanlıkların görüşü alınmak kaydıyla DSİ tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.' şeklindeki tümcenin Anayasa'nın 128. maddesine aykırılığı iddiasıyla başvurulmaktadır.

Yasa Hükmünün Anayasa'nın 128. maddesi Yönünden Anayasa'ya Aykırılığı

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun Geçici 14. maddesinin birinci fıkrasının, 6111 sayılı Kanun'un 204. maddesiyle eklenen (f) bendinde, 6200 sayılı Kanun ve bu Kanun ile DSİ'ye verilen 4628 sayılı Kanun ve su kullanım hakkı anlaşmaları çerçevesinde elektrik enerjisi üretmek maksadıyla yapılacak olan üretim tesislerinin su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının incelenmesi ve denetimi yetkisinin, DSİ tarafından gerektiğinde yetkilendirilecek denetim şirketlerine devri öngörülmekte ve denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların, ilgili bakanlıkların görüşü alınmak kaydıyla DSİ tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, yönetilenlere hukuk güvencesi sağlamakta ve bu bağlamda yasa koyucu sosyal yaşamı düzenlemek için kamu yararı amacı ile kimi kurallar koyabilmektedir. Zaman içinde değişen toplumsal gereksinmeleri karşılamak, kişi ve toplum yararının zorunlu kıldığı düzenlemeleri yapmak, toplumdaki değişikliklere koşut olarak bu yönde alınan önlemleri güçlendiren, geliştiren, etkilerini daha çok artıran ya da tam tersine bunları hafifleten veya tümüyle ortadan kaldıran işlemlerde bulunmak, yasa koyucunun görevleri arasında bulunmaktadır.

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, yeraltı ve yerüstü sularından faydalanmak ve bunların zararlarını önlemek amacıyla yapılacak her türlü su yapılarının proje onayı, taşkın, deprem gibi doğal felaketlerden sonra meydana gelebilecek ülke kaynaklarının israfının önlenmesi, çevre ile uyumlu uygulama projelerinin ve yapım aşamasındaki teknik inceleme ve denetimlerinin proje ve fenni icaplara uygunluk yönünden yapılması işlemlerinin kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur.

İptali istenilen kural ile DSİ'nin bu konuda haiz olduğu yetkileri gerekli gördüğü hallerde özel hukuk tüzel kişisi niteliğindeki yetkilendirilecek denetim şirketlerine devredebileceğinin öngörüldüğü, DSİ'nin kuralda belirtilen yetkileri devretmesi halinde de denetim ve gözetim görevinin devam edeceği açıktır.

İptali istenilen kural ile DSİ'nin; özel hukuk tüzel kişisi niteliğindeki yetkilendirilecek denetim şirketlerine 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 zorunlu olduğundan, idarenin haiz olduğu inceleme ve denetim yetkisinin bu konuda çıkartılacak Yönetmeliğe göre yetkilendirilecek özel hukuk tüzel kişilerine devredilmesi veya onlarla paylaşması ise olanaklı değildir.

Açıklanan nedenlerle, 4628 sayılı Kanun'un Geçici 14. maddesinin birinci fıkrasına, 6111 sayılı Kanun ile eklenen (f) bendinde yer alan '...veya gerektiğinde yetkilendirilecek denetim şirketlerine yaptırılması sağlanır. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, ilgili bakanlıkların görüşü alınmak kaydıyla DSİ tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.' şeklindeki düzenlemenin Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasına aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle itiraz yoluyla iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, bu kuralın Anayasa'ya aykırılığı ve uygulanması durumunda giderilmesi güç ve olanaksız zararlar doğabileceği gözetilerek yürürlüğünün durdurulmasının istenilmesine, dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, üyeler E. Celalettin Özkan ve Ali Kazan'ın gerekçede karşı oylarıyla, 31.10.2011 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.'"