

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2020/10

Karar Sayısı : 2020/67

Karar Tarihi : 12/11/2020

Resmî Gazete Tarih-Sayısı : 17/2/2021-31398

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Özgür ÖZEL, Engin ÖZKOÇ ile birlikte 130 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 6/11/2019 tarihli ve 7191 sayılı Su Ürünleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesiyle 22/3/1971 tarihli ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu'nun 22. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "...onayı, kontrollüğü..." ve "...yaptırılır." ibarelerinin Anayasa'nın 2., 56. ve 128. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un 5. maddesiyle ikinci fıkrası değiştirilen 1380 sayılı Kanun'un iptali talep edilen kuralların da yer aldığı 22. maddesi şöyledir:

"Akarsularda engellemeler yapılması yasağı:

Madde 22- Tarım ve Orman Bakanlığının müsaadesi alınmadan akarsularda su ürünlerin geçmesine veya yetişmesine engel olacak şekilde ağlar kurulması, bent, çit ve benzeri engeller yapılması yasaktır.

*(Değişik fıkra:6/11/2019-7191/5 md.) Akarsular üzerinde kurulmuş veya kurulacak olan baraj ve regülatör gibi su yapılarında su ürünlerinin geçmesine mahsus balık geçidi yapılması ve işler durumda bulundurulması zorunludur. Ancak yüksekliği yirmi metreden fazla olan su yapılarında, masrafları müteşebbisçe karşılanmak üzere Tarım ve Orman Bakanlığınca yapılacak veya yaptırılacak bilimsel araştırma ve inceleme sonucu balık geçitlerinin işlevsiz olacağına anlaşılması halinde balık geçidi dışında farklı göç yapıları, asansörle taşıma, yapay ortamda üretilip kaynağa bırakma gibi tedbirler alınabilir. 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 yapılır veya **yaptırılır.**"*

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Recep KÖMÜRCÜ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Engin Yıldırım, Hicabı DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ'in katılımlarıyla 22/1/2020 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Hilmi Can TURAN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükümleri, dayanılan Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Anlam ve Kapsam

3. 1380 sayılı Kanun'un iptali talep edilen kuralların da yer aldığı 22. maddesi genel olarak akarsular üzerinde engellemeler yapılması yasağını düzenlemektedir. Anılan maddenin ikinci fıkrasında akarsular üzerinde kurulmuş ya da kurulacak olan baraj veya regülatör gibi yapılarda su ürünlerinin geçmesi için inşa edilecek göç yapıları veya uygulanacak tedbirler öngörülmüştür. Söz konusu fıkra göre su yapısı yirmi metreden az ise balık geçidinin yapılması zorunludur. Su yapısının yirmi metreden fazla olması ve Tarım ve Orman Bakanlığınca (Bakanlık) yapılacak veya yaptırılacak bilimsel araştırma ve inceleme sonucu balık geçitlerinin işlevsiz olacağının anlaşılması hâlinde ise balık geçidi dışında su yapısının üzerinde farklı bir göç yapısının kurulması, asansörle taşıma veya yapay ortamda üretilip kaynağa bırakma gibi tedbirlerin alınması gerekmektedir.

4. Kanun'un 22. maddesinin ikinci fıkrasının dava konusu kuralların da yer aldığı üçüncü cümlesinde ise anılan madde kapsamındaki balık geçidi, balık asansörü ve diğer yapılara ilişkin projenin onayı, kontrollüğü ve kabulünün Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü (DSİ) tarafından yapılacağı veya yaptırılacağı hükme bağlanmıştır.

5. 1380 sayılı Kanun, 12/5/2015 tarihli ve 29353 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Su Yapıları Denetim Hizmetleri Yönetmeliği ve 4/3/2009 tarihli ve 27159 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği gözetildiğinde dava konusu "...onayı,..." ibaresinin inşaat ve uygulamadan önce, su yapısı hakkında hazırlanan projenin mevzuata ve inşaat tekniğine göre hazırlanmış olduğunun tespitini ifade ettiği anlaşılmaktadır. Projeye onay verilmesi ile ilgili su yapısının inşaat aşamasına geçilmektedir. Dava konusu "...kontrollüğü..." ibaresi, inşaatı devam eden veya tamamlanmış olan su yapısının uygulama projesine uygun yapılıp yapılmadığının denetimini ifade etmektedir. "...kabülü..." ibaresi ise doğrudan projeye yönelik bir kavram olmayıp su yapısına ait keşif, proje, inşaat aşamalarının tamamını kapsamakta olup su yapısına ilişkin işin bütününün tamamlanması neticesinde kamu kurumunun tamamlanan işi onaylaması niteliğindeki işlemidir.

B. İptal Talebinin Gerekçesi

6. Dava dilekçesinde özetle; hazırlanacak proje onayı, kontrollüğü ve kabulünün DSİ tarafından yapılacağı veya yaptırılacağı öngörülmesi nedeniyle kuralın belirsiz olduğu, kuralda proje onay, kontrol ve kabul sürecinin hangi kurum ve kuruluş tarafından yapılacağı, onay ve denetim merciinin aynı olup olmayacağı belirtilmediği, bu bakımdan kuralın hukuki belirlilik ve güvenlik ilkeleriyle bağdaşmadığı, öte yandan proje onayı, kontrollüğü ve kabulü işlemlerinin gerçek veya tüzel kişiler tarafından gerçekleştirilmesinin, DSİ'ye ait olan asli ve sürekli nitelikteki denetim görevinin devri sonucunu doğuracağı, bu durumun asli ve sürekli nitelikteki kamu hizmetlerinin kamu görevlileri tarafından yürütülmesi gerektiğine ilişkin anayasal ilkeyi ihlal ettiği, çevre sağlığının riske atıldığı ve çevre hakkının zedelendiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 56. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

7. Dava konusu "...onayı, kontrollüğü..." ibaresi dava konusu olmayan "...yapılır..." ibaresi bakımından da geçerli, ortak kural niteliğindedir. Dolayısıyla hem DSİ tarafından *yapılmayı* hem de *yaptırmayı* bağlamaktadır. Öte yandan dava konusu diğer kural olan "...yaptırılır." ibaresi de dava konusu "...onayı, kontrollüğü..." ibaresinin yanı sıra dava konusu olmayan "...kabülü..." ibaresi yönünden de hüküm ifade etmektedir.

8. Bu itibarla dava konusu “...onayı, kontrollüğü...” ibaresi aynı cümlede yer alan “...yapılır...” ibaresi, dava konusu “...yaptırılır.” ibaresi ise “...onayı, kontrollüğü...” ve “...kabulü...” ibareleri yönünden incelenecektir.

1. Kanun’un 5. Maddesiyle 1380 Sayılı Kanun’un 22. Maddesinin Değiştirilen İkinci Fıkrasının Üçüncü Cümlesinde Yer Alan “...onayı, kontrollüğü...” İbaresinin “...yapılır...” İbaresini Yönünden İncelenmesi

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

10. Hukuk devletinin temel unsurlarından biri de *belirlilik* ilkesidir. 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 gerekir. Belirlilik ilkesi hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırım veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlayabilir. Hukuki güvenlik ilkesi; bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

11. Dava konusu kural uyarınca balık geçidi, balık asansörü ve diğer yapılara ilişkin proje onayı ve kontrollüğünde yetkili DSİ olup kural, ilgili göç yapısının proje onay ve kontrol işlemlerinin doğrudan yapılması konusunda DSİ’ye takdir yetkisi tanımaktadır.

12. Kuralın tanıdığı takdir yetkisine konu yapıların neler olduğu kuralın yer aldığı fıkra metninde açıkça sayılmıştır. Anılan fıkraya göre akarsular üzerinde kurulmuş veya kurulacak olan baraj ve regülatör gibi su yapılarında su ürünlerinin geçmesine mahsus balık geçidinin yapılması ve işler durumda bulundurulması zorunludur. Ancak yüksekliği yirmi metreden fazla olan su yapılarında; masrafları müteşebbisçe karşılanmak üzere Bakanlıkça yapılacak veya yaptırılacak bilimsel araştırma ve inceleme sonucu balık geçitlerinin işlevsiz olacağına anlaşılmaması hâlinde balık geçidi dışında farklı göç yapıları, asansörle taşıma, yapay ortamda üretilip kaynağa bırakma gibi tedbirler alınabilir. Kural uyarınca DSİ; bu kapsamdaki balık geçidi, balık asansörü ve diğer yapılara ilişkin projenin onayı ve kontrollüğünde yetki sahibi olacaktır.

13. Öte yandan kuralın ilişkin olduğu *proje* kavramı kapsamında proje etütleri, teknik araştırmalar, proje yapımı, proje kontrolü gibi inşaat ve denetim kalemleri yer almaktadır. Bu itibarla bir uzmanlık alanı olan inşaat tekniği, kuralın sınırlarını belirlemede, DSİ’nin inşaat tekniği açısından ve fıkra da belirtilen ölçütlere uyarak ilgili proje onayını ve kontrollüğünü yapacağı anlaşılmaktadır. Bu bakımdan kuralın belirsiz ve öngörülemez nitelikte olduğu söylenemez.

14. Anayasa’nın “Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” başlıklı 56. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir./ Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir” düzenlemeleri yer almaktadır. Buna göre çevrenin geliştirilmesi, çevre sağlığının korunması ve çevre kirlenmesinin önlenmesine yönelik tedbirleri almak devletin temel ödevlerindedir. Bu amaçla devlet, çevrenin korunmasını sağlamak için etkili bir hukuk düzeni oluşturmakla yükümlüdür.

15. Anayasa'nın anılan maddesinde ifade edilen ödevlerin somut tedbirlerle nasıl yerine getirileceği anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirindedir. 1380 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre iç suların sulama, enerji üretimi gibi amaçlarla kullanılması hâlinde bu sularda mevcut su ürünlerinin yaşama, üreme, muhafaza ve üretimini zarardan koruyacak tedbirlerin ilgililer tarafından alınmasının şart olduğu ve bu tedbirlerin nelerden ibaret olduğunun Bakanlıkça tespit olunacağı belirtilmiştir.

16. Kanun'un 2. maddesine göre denizlerde ve iç sularda bulunan bitkiler ile hayvanlar ve bunların yumurtaları su ürünlerini oluşturmakta olup akarsular, iç sular kavramı kapsamında yer almaktadır.

17. Akarsular ile bu akarsularda yer alan bitki ve hayvanların doğal yaşamın ve çevrenin bir parçası olduğu, bu kapsamda akarsular üzerinde yapılan su yapılarında su ürünlerinin geçmesi amacıyla yapılan göç yapılarının ve alınan tedbirlerin dengeli bir çevreyle yakın ilişkide bulunduğu kuşkusuzdur.

18. Son yıllarda ortaya çıkan enerji ihtiyacının karşılanması amacıyla akarsular üzerinde yapılan baraj veya regülatör gibi su yapılarının varlığının özellikle balık göç hareketliliğini, su ürünleri genetik çeşitliliğini ve neslinin devamını olumsuz etkilediği bilinmektedir. Akarsular üzerinde yapılan balık geçitlerinin, asansörle taşıma ve yapay ortamda üretilerek bırakmanın veya faklı göç yapılarının bu sularda mevcut su ürünlerinin yaşama, üreme, muhafazalarını zararlardan korumaya yönelik teknik yapılar oldukları açıktır.

19. Dava konusu kuralın yer aldığı fıkra ile akarsular üzerinde kurulan baraj ve regülatörlerin yanında su ürünlerinin göç hareketliliği ve yetişmesini sağlamaya yönelik yapıların inşa edilmesi zorunlu kılınmıştır. Bu kapsamdaki yapıların proje onay ve kontrol işlemlerinin DSİ tarafından gerçekleştirilecek olmasının balık göç hareketliliğini, su ürünleri genetik çeşitliliğinin ve neslinin devamını olumsuz şekilde etkileyeceği söylenemez. Bu itibarla kuralın devletin çevrenin korunması ve geliştirilmesi yükümlülüğüyle bağdaşmayan bir yönü bulunmamaktadır.

20. Açıklanan nedenlerle kural "...yapılır..." ibaresi yönünden Anayasa'nın 2. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 128. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

2. Kanun'un 5. Maddesiyle 1380 Sayılı Kanun'un 22. Maddesinin Değiştirilen İkinci Fıkrasının Üçüncü Cümlesinde Yer Alan "...yaptırılır." İbaresinin "...onayı, kontrollüğü..." ve "...kabulü..." İbareleri Yönünden İncelenmesi

a. "...yaptırılır." İbaresinin "...onayı..." ve "...kabulü..." İbareleri Yönünden İncelenmesi

21. Dava konusu kuralla balık geçidi, balık asansörü ve diğer yapılara ilişkin proje onayı, kontrollüğü ve kabulünde yetkili kurum olan DSİ'ye kendisinin belirleyeceği kurum veya kuruluşlara proje onayı ve kabulü işlemlerini yaptırabilmesine imkân tanınmaktadır.

22. 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. Bu hüküm uyarınca genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerden asli ve sürekli nitelik taşıyanların memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi zorunludur.

23. Kamu hizmeti, geniş tanımıyla, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların denetimi ve gözetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.

24. Kamu hizmetlerinin bir kısmının genel idare esaslarına göre yürütülmesi zorunlu iken bu zorunluluğu taşımayan kamu hizmetlerinin devletin gözetimi ve denetimi altında, belirli yasal usullerle özel kişilere yaptırılabilmesi mümkündür.

25. Yukarıda da belirtildiği üzere kuralın yer aldığı cümlede bulunan "...onayı,..." ibaresinin inşaat ve uygulamadan önce, su yapısı hakkında hazırlanan projenin mevzuata, inşaat tekniğine göre hazırlanmış olduğunun tespitini ifade ettiği, "...kabulü..." ibaresinin ise doğrudan projeye yönelik bir kavram olmayıp su yapısına ait keşif, proje, inşaat aşamalarının tamamını kapsayan ve su yapısına ilişkin iş bütünüünün tamamlanması neticesinde kamu kurumunun tamamlanan işi onaylaması niteliğindeki idari işlem olduğu anlaşılmaktadır.

26. Anayasa Mahkemesinin 1/4/2015 tarihli ve E.2013/50, K2015/38 sayılı kararında belirtildiği üzere Anayasal çerçevede kamu hizmetlerinin gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine gördürülmesi yolunda düzenleme yapılması idarelerin genel idare esasları uyarınca yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevleri dışında kalan alanlardaki hizmetleri için mümkündür. Dava konusu kuralın ilişkin olduğu balık geçidi, balık asansörü ve diğer yapılara dair proje onayı ve kabulü işlemleri, anlam ve kapsamı gereği icrai nitelikli bir kamu hizmetidir. Bu nedenle ilgili proje onayı ve kabulü işlemlerinin bir kamu hizmeti olarak asli ve sürekli görev olmadığı söylenemez. Bu itibarla genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli bir görev niteliği taşıyan göç yapılarına ait proje onay ve kabul işlemlerinin Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunlu olup anılan kamu hizmetinin kamu görevlisi olmayan kişilere gördürülmesine yol açacak düzenlemeler yapılabilmesi mümkün değildir.

27. Açıklanan nedenlerle kural, "...onayı,..." ve "...kabulü..." ibareleri yönünden Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Muammer TOPAL, Rıdvan GÜLEÇ ve Recai AKYEL bu görüşe katılmamışlardır.

Kural, "...onayı,..." ve "...kabulü..." ibareleri yönünden Anayasa'nın 128. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 2. ve 56. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

b. "...yaptırılır." İbaresinin "...kontrollüğü..." İbaresini Yönünden İncelenmesi

28. İlgili konunun önceden belirlenmiş standartlara, ölçütlere ve kurallara uygun olup olmadığını tarafsızca kanıt toplayarak araştıran, değerlendiren ve ilgililere raporlayan sistematik bir süreç olarak tanımlanan denetim faaliyeti, başlı başına icrai sonuç doğuran bir işlem veya karar niteliğini haiz değildir. Denetim sonucu düzenlenen raporlar idari işlem kuramı uyarınca hazırlık işlemi niteliğinde olup bu raporların hazırlanması, denetlenen kişinin hukukunda değişiklik yaratmamaktadır. Asıl icrai işlem, denetim sonucunda yetkili makamlarca alınan cezai ve idari kararlar ile başvuru diğer hukuki tedbirlerdir. Nitekim icrai kararları almakla yetkili idari makam, hazırlık işlemi niteliğindeki denetim raporunda yer alan tespit ve değerlendirmelerle bağlı değildir (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2013/50, K2015/38, 1/4/2015).

29. Daha önce de belirtildiği üzere kuralın yer aldığı cümlede bulunan "...kontrollüğü..." ibaresinin inşaatı devam eden veya tamamlanmış olan su yapısının uygulama projesine uygun yapıp yapılmadığının denetimini ifade ettiği görülmektedir.

30. Bu itibarla balık geçidi, balık asansörü ve diğer yapılara ilişkin proje ve işlerin *kontrollüğü*, su yapısına ait onaylanan projeye uygun şekilde işin icra edilip edilmediğinin

denetlenmesi faaliyetidir. Her ne kadar madde metninde açıkça ifade edilmemiş olsa da “...kontrollüğü...” ibaresinden doğası gereği denetimi yapan kurum veya kuruluşun bu denetime dayanarak bir icrai karar alamaması, sadece tespitini raporlaması gerektiği anlaşılmaktadır.

31. Bu kapsamda düzenlenecek denetim raporlarının bildirilmesi üzerine denetim raporu dikkate alınarak gerekli yaptırım ve işlemleri DSİ tarafından karara bağlanacaktır. Denetim sonucu mevzuatta öngörülen hukuki, cezai ve idari tedbirleri uygulama yetkisi DSİ’de kalmaya devam ettiğinden teknik destek sağlamaktan ibaret, raporlama işlemi niteliğinde bir görev olduğu anlaşılan kontrollük görevinin memur ve diğer kamu görevlisi niteliğinde olmayan üçüncü kişilere gördürülmesinde de Anayasa’ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

32. Öte yandan 7191 sayılı Kanun’un 5. maddesiyle 1380 sayılı Kanun’un 22. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan “...onayı, kontrollüğü...” ibaresinin “...yapılır...” ibaresi yönünden Anayasa’ya uygunluk denetimi bölümünde belirtilen gerekçelerin ilgili kısmı bu kural yönünden de geçerlidir.

33. Açıklanan nedenlerle kural, “...kontrollüğü...” ibaresi yönünden Anayasa’nın 2., 56. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir

M. Emin KUZ bu görüşe katılmamıştır.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

34. Başvuru kararında özetle, dava konusu kuralların uygulanmaları hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

6/11/2019 tarihli ve 7191 sayılı Su Ürünleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 5. maddesiyle 22/3/1971 tarihli ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu’nun 22. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan;

A. “...yaptırılır.” ibaresine yönelik yürürlüğünün durdurulması talebinin, “...onayı...” ve “...kabülü...” ibareleri yönünden, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B. 1. “...onayı, kontrollüğü...” ibaresine yönelik iptal talebi “...yapılır...”;

2. “...yaptırılır.” ibaresine yönelik iptal talebi “...kontrollüğü...”;

ibaresi yönünden 12/11/2020 tarihli ve E.2020/10, K.2020/67 sayılı kararla reddedildiğinden bu ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

12/11/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

6/11/2019 tarihli ve 7191 sayılı Su Ürünleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 5. maddesiyle 22/3/1971 tarihli ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu’nun 22. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan;

A. “...onayı, kontrollüğü...” ibaresinin “...yapılır...” ibaresi yönünden Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

B. “...yaptırılır.” ibaresinin;

Esas Sayısı : 2020/10
Karar Sayısı : 2020/67

1. "...onayl,..." ve "...kabulü..." ibareleri yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Muammer TOPAL, Rıdvan GÜLEÇ ile Recai AKYEL'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2. "...kontrollüğü..." ibaresi yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, M. Emin KUZ'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

12/11/2020 tarihinde karar verildi.

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

İptal davasına konu kurallar olan, 1380 sayılı Kanun'un 22. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan 'onayı', 'kontrollüğü' ve 'yaptırılır' ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıkları kanaatine aşağıdaki gerekçeler ile varılmıştır.

Anayasa'nın 128. maddesinde; Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtilmiştir. Dava konusu kural Anayasa'nın 128. maddesine aykırı düşmemektedir.

6/11/2019 tarihli ve 7191 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 22/3/1971 tarihli ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu'nun değiştirilen 22. maddesi, akar sularda engellemeler yapılması yasağını düzenlemiş bulunmaktadır. Maddeye göre; Tarım ve Orman Bakanlığının müsaadesi alınmadan akarsularda su ürünlerinin geçmesine veya yetişmesine engel olacak şekilde ağlar kurulması, bent, çit ve benzeri engeller yapılması yasaktır. Akarsular üzerinde kurulmuş veya kurulacak olan baraj ve regülatör gibi su yapılarında su ürünlerinin geçmesine mahsus balık geçidi yapılması ve işler durumda bulundurulması zorunludur. Ancak yüksekliği yirmi metreden fazla olan su yapılarında, masrafları müteşebbisçe karşılanmak üzere Tarım ve Orman Bakanlığınca yapılacak veya yaptırılacak bilimsel araştırma ve inceleme sonucu balık geçitlerinin işlevsiz olacağına anlaşılması halinde balık geçidi dışında farklı göç yapıları, asansörle taşıma, yapay ortamda üretilip kaynağa bırakma gibi tedbirler alınabilir. 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 yapılır veya yaptırılır.

Kuralda sayılan işleri Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün öncelikle kendisinin yapması öngörülmüş; bununla birlikte bazı koşulların gerekli kılması durumunda başka kurumlara yaptırılabilmesine de fırsat tanınmıştır. Başka kurumlar özelliğine göre; bir kamu kurumu olabileceği gibi, asıl projenin yaparı veya teknik yeterliliği olan ve bu tür işler ile ilgilenen diğer kurumlar, işletmeler veya şirketler de olabilecektir.

Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, söz konusu projenin teknik özellikleri açısından kendi kurumsal kapasitesini, teknik donanım ve altyapısını, iş programını ve istihdam ettiği kamu personeli göz önünde bulundurarak; kendinin yapmamasının daha uygun olabileceğini değerlendirebilir. Bu durumda; başkaca bir kamu kurum ve kuruluşundan bu işleri yapmasını talep edebilir.

Söz konusu proje, asıl projenin bir parçası olarak da projelendirilebilir. Bu durumda asıl projenin sahiplerinin bu projeyi, asıl proje ile birlikte ve bir bütünlük içerisinde projelendirme ve yapımını gerçekleştirme durumu da söz konusu olabilir. Bu koşullarda Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, söz konusu proje ile ilgili işlerin yürütümünü asıl proje sahibinden isteyebilir. Ayrıca, toplumsal yaşamın dinamizmi, gelişen teknoloji ve değişen şartların gerektirdiği, öngörülemeyen ve ortaya çıkan işlemleri ve eylemleri başkalarına da yaptırabilir.

Yapılan işlerde bilhassa; teknik yönden kaliteli, amaç ve ihtiyacı karşılama yönünden etkin ve geçerli, ekonomik yönden verimli iş üretilmesi; kamu hizmetlerinin sunumunda hızlı, sorun çözücü, koşulların gereklerini karşılayan gerçekçi yaklaşımlarda bulunma konusunda kamu kurum ve kuruluşlarına takdir yetkisi tanımının Anayasa'ya aykırı olmaması gerektiği kabul edilmelidir.

Günümüzde kamu kurumlarının yaptıkları kamu hizmetlerinin etkin ve verimli sunumu açısından, başka kurumlara, kuruluşlara, özel sektöre yaptırma usulü yaygınlaşmış ve yerleşmiş bir uygulamadır. Söz konusu kuralın da bu uygulamalar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kuralı içeren 1380 sayılı Kanun bir bütünlük içerisinde incelendiğinde; kanun, su ürünleri ile ilgili yürütülecek iş ve işlemlerde çok sayıda bakanlığı, kurum ve kuruluşu yetkili ve sorumlu kılmış bulunmaktadır. Bu hususta kurumlar ile ortak iş yapılması veya yaptırılması zorunlu hale gelmiştir. 1380 sayılı Kanun'un diğer maddelerinde de yaptırılmaya yer verilmiştir. Örneğin 14.

maddesi; Tarım ve Köyişleri Bakanlığının su ürünleri ile ilgili her türlü araştırmaları yapmak ve yaptırmakla görevli olduğunu ifade etmektedir.

Sonuç olarak, balık geçidi, balık asansörü ve diğer yapılara ilişkin projenin onayı, kontrollüğü ve kabulünün, Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca mutlaka DSİ Genel Müdürlüğünce yapılması zorunlu olmadığından, yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi çerçevesinde bu hizmetin DSİ Genel Müdürlüğünce başkalarına yaptırılmasına imkan sağlanmasında Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 6/11/2019 tarihli ve 7191 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 22/3/1971 tarihli ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu'nun 22. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan 'onayı', 'kontrollüğü' ve 'yaptırılır' ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıkları kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmamız mümkün olmamıştır.

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

KARŞIOY GEREKÇESİ

1380 sayılı Kanunun 22. maddesinin değişik ikinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki "...yaptırılır..." ibaresinin "onayı" ve "kabulü" ibareleri yönünden iptaline hükmedilirken, "...kontrollüğü..." ibaresi yönünden Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar verilmiştir.

Çoğunluğun buna ilişkin red kararının gerekçesinde; "kontrollüğü" ibaresinden denetimi yapan kuruluşun, bu denetime dayanarak icraî bir karar alamaması, sadece tespitini raporlaması gerektiğinin anlaşıldığı, bu raporlar dikkate alınarak tesis edilecek gerekli yaptırım ve işlemlerin ise DSİ tarafından karara bağlanacağı, bu nedenle teknik destek sağlamaktan ibaret kontrollük görevinin memur ve diğer kamu görevlisi niteliğinde olmayan üçüncü kişilere gördürülmesinde Anayasaya aykırı bir yön bulunmadığı belirtilmiştir.

Kanunun -iptal davasına konu ibarelerin de yer aldığı- 22. maddesinde, akarsularda su ürünlerinin geçmesine ve yetişmesine engel olacak şekilde ağlar kurulması ile bent, çit ve benzeri engeller yapılmasının yasak; akarsular üzerinde kurulan su yapılarında su ürünlerinin geçmesine mahsus balık geçidi ve asansörü yapılmasının ise zorunlu olduğu hükme bağlanarak, bunlara ilişkin projelerin onayı, kontrollüğü ve kabulünün inşaat tekniği açısından DSİ tarafından yapılması veya yaptırılması öngörülmüştür.

Mahkememizin çok sayıda kararında, kamu hizmetleri kapsamında yapılacak denetimlerin hizmet alımı suretiyle gerçek kişilere veya özel hukuk tüzelkişilerine yaptırılmasını öngören kanun hükümleri incelenirken, bu denetim işlemlerinin kamu hizmeti vasfı taşıdığına tereddüt bulunmadığı, ancak genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken aslî ve sürekli görevler arasında olmadığı, bu denetimler sonucunda düzenlenen raporların hazırlık işlemi niteliğinde olması

Esas Sayısı : 2020/10
Karar Sayısı : 2020/67

sebebiyle ilgililerin hukukunda değişikliğe yol açmadığı, bu konudaki icraî işlemlerin denetim sonucunda yetkili makamlarca alınan ve hukukî, idarî ve cezaî sonuçlar doğuran kararlar olduğu, dolayısıyla denetim faaliyetinin memur ve diğer kamu görevlisi statüsünde bulunmayan üçüncü kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesinin kural olarak Anayasaya aykırı olmadığı belirtilmiş (26/6/2002 tarihli ve E.2001/377, K.2002/59 sayılı; 27/12/2012 tarihli ve E.2012/102, K.2012/207 sayılı; 22/5/2014 tarihli ve E.2013/65, K.2014/93 sayılı kararlar); ancak bazı düzenlemelerin, denetim şirketlerinin yetkileri ve nitelikleri ile bunlara yaptırılacak denetimin usûl ve esaslarına ilişkin temel ilkelerin belirlenmemesi, üçüncü kişilere gördürülecek denetim ve kontrol hizmetlerinin kapsamının ve sınırlarının belirsiz olması ve bu belirsizliğin Anayasanın 2. maddesine aykırı bulunması sebebiyle iptaline hükmedilmiştir (5/7/2012 tarihli ve E.2011/27, K.2012/101 sayılı; 27/9/2012 tarihli ve E.2012/6, K.2012/131 sayılı; 26/5/2016 tarihli ve E.2015/72, K.2016/44 sayılı kararlar).

İncelenen kuralda da, bu madde kapsamındaki yapılara ilişkin projelerin kontrollük hizmetlerinin inşaat tekniği açısından DSİ Genel Müdürlüğünce üçüncü kişilere yaptırılmasında - yukarıda aktarılan kararlarımızda belirtilen şartlarla- anayasal bir sorun bulunmamakla birlikte, kontrollük işinin yaptırılacağı kişilerin nitelikleri ile yetkileri, işin yaptırılma usûlü ve kontrollük hizmetlerinin usûl ve esasları ile ilgili hiçbir hüküm getirilmemesi kuralın belirsiz olmasına yol açmıştır.

Bilindiği gibi, Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından biri de belirlilik ilkesidir. Buna göre, kanunî düzenlemelerin, bütün ilgilileri yönünden bir tereddüte ve şüpheye yer vermeyecek ve kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına engel olacak şekilde ve belli bir kesinlik içinde açık, net, anlaşılır ve nesnel olarak belirlenmiş hükümleri içermesi gerekir.

Bu itibarla, incelenen kuralda kontrollük hizmetlerinin yaptırılmasına ilişkin usûl ve esasların belirlenmemiş olması sebebiyle, “yaptırılır” ibaresinin -“onayı” ve “kabulü” bakımından olduğu gibi- “kontrollüğü” ibaresi yönünden de Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle, çoğunluğun buna ilişkin red kararına katılmıyorum.

Üye

M. Emin KUZ