**ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**

**Esas Sayısı     : 2012/6**

**Karar Sayısı  : 2012/131**

**Karar Günü  : 27.9.2012**

**R.G. Tarih-Sayı : 13.02.2013-28558**

**İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN :** Danıştay Onüçüncü Dairesi

**İTİRAZIN KONUSU:**20.2.2001 günlü, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun geçici 14. maddesinin birinci fıkrasına, 13.2.2011 günlü, 6111 sayılı Kanun'un 204. maddesi ile eklenen (f) bendinin *''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.'* bölümünün Anayasa'nın 128. maddesine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

**I- OLAY**

13.5.2011 günlü, 27933 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Su Yapıları Denetim Hizmetleri Yönetmeliği'nin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle açılan davada, Yönetmelik'in dayanağı olarak gösterilen itiraz konusu kuralın, Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay Onüçüncü Dairesi, iptali için başvurmuştur.

**III- YASA METİNLERİ**

**A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı**

20.2.2001 günlü, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun geçici 14. maddesinin birinci fıkrasına, 13.2.2011 günlü, 6111 sayılı Kanun'un 204. maddesi ile eklenen ve itiraz konusu bölümü de içeren (f) bendi şöyledir:

'20/2/2001 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***.'*

**B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları**

Başvuru kararında, Anayasa'nın 128. maddesine dayanılmış, 2. ve 7. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

**IV- İLK İNCELEME**

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımıyla yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas incelemesi aşamasında karara bağlanmasına, 26.1.2012 gününde OYBİRLİĞİYLEkarar verilmiştir.

**V- ESASIN İNCELENMESİ**

Dava dilekçesi ve ekleri, Anayasa Mahkemesi Raportörü Bahadır YALÇINÖZ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, yapılan kanuni değişiklik ile Devlet Su İşleri (DSİ) Genel Müdürlüğünün su yapıları üzerindeki inceleme ve denetleme görev ve yetkisinin yetkilendirilecek denetim şirketlerine devredilebileceğinin öngörüldüğü, inceleme ve denetlemenin idarenin kolluk etkinlikleri içerisinde yer alan, asli ve sürekli görevleri arasında bulunan ve genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olduğundan memur veya diğer kamu görevlilerince yürütülmesinin zorunlu olduğu, idarenin haiz olduğu inceleme ve denetim yetkisinin bu konuda çıkarılacak yönetmeliğe göre yetkilendirilecek özel hukuk tüzel kişiliklerine devredilmesinin veya onlarla paylaşılmasının olanaklı bulunmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

DSİ, 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinin (l) bendi uyarınca, su yapıları ile etüd ve proje işlerini kendisi yapabildiği gibi aynı zamanda ücreti karşılığında da yaptırma imkânına sahiptir. Ancak DSİ, su yapıları ile ilgili olarak yapının projeye uygun olup olmadığı, fenni icaplara uygun bir şekilde yapılıp yapılmadığı konusunda tek yetkili kurum iken 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun geçici 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen ve başvurunun konusunu oluşturan (f) bendiyle elektrik enerjisi üretmek için yapılacak olan üretim tesislerinin su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının incelenmesi ve denetlenmesinin yetkilendirilecek denetim şirketlerine de yaptırılabileceği kurala bağlanmıştır. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların ise ilgili bakanlıkların görüşü alınmak kaydıyla DSİ tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür.

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

Anayasa'nın 128. maddesinde ise '*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.*' denilmiştir.

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 idarenin kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır.

Elektrik enerjisi üretmek için yapılacak olan üretim tesislerinin su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının incelenmesi ve denetlenmesi işlemlerinin kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. Nitekim itiraz konusu kuralda bu inceleme ve denetlemenin DSİ tarafından yapılacağı veya gerektiğinde DSİ tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerine yaptırılabileceği belirtilmiştir.

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

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

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

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

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

Hicabi DURSUN bu görüşe katılmamıştır.

**VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ**

20.2.2001 günlü, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun geçici 14. maddesinin birinci fıkrasına, 13.2.2011 günlü, 6111 sayılı Kanun'un 204. maddesi ile eklenen (f) bendinin *'' 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.'* bölümüne ilişkin iptal hükmünün yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu bölümün yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, 27.9.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

**VII- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU**

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, *'Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi İptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.'*denilmekte, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun geçici 14. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde yer alan ibarenin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak  altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

**VIII- SONUÇ**

1- 20.2.2001 günlü, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun geçici 14. maddesinin birinci fıkrasına, 13.2.2011 günlü, 6111 sayılı Kanun'un 204. maddesi ile eklenen (f) bendinin '' 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.' bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Hicabi DURSUN'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 4628 sayılı Kanun'un geçici 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (f) bendinin '' 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.' bölümünün iptal edilmesi nedeniyle, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

27.9.2012 gününde karar verildi.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Başkanvekili  Serruh KALELİ | Başkanvekili  Alparslan ALTAN | Üye  Fulya KANTARCIOĞLU |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Üye  Mehmet ERTEN | Üye  Serdar ÖZGÜLDÜR | Üye  Osman Alifeyyaz PAKSÜT |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Üye  Zehra Ayla PERKTAŞ | Üye  Recep KÖMÜRCÜ | Üye  Burhan ÜSTÜN |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Üye  Engin YILDIRIM | Üye  Nuri NECİPOĞLU | Üye  Hicabi DURSUN |

|  |  |
| --- | --- |
| Üye  Celal Mümtaz AKINCI | Üye  Erdal TERCAN |

|  |  |
| --- | --- |
| Üye  Muammer TOPAL | Üye  Zühtü ARSLAN |

**KARŞIOY YAZISI**

20.2.2001 günlü, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanun'un geçici 14. maddesinin birinci fıkrasına, 13.02.2011 günlü, 6111 sayılı Kanun'un 204. maddesi ile eklenen (f) bendinin*''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.'*bölümünün Anayasa'nın 7. ve 10. maddelerine aykırı olduğuna karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi iptal kararında, 4628 sayılı Kanunun geçici 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen itiraz konusu kuralın elektrik enerjisi üretmek amacıyla yapılacak olan üretim tesislerinin su yapısı ile ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının incelenmesi ve denetlenmesinin yetkilendirilecek denetim şirketlerine de yaptırılmasına; denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların ilgili bakanlıkların görüşü alınmak suretiyle DSİ tarafından çıkartılacak yönetmelikle düzenlenmesine ilişkin bölümünü Anayasa'ya aykırı görmüştür. Mahkeme'nin çoğunluk görüşüne göre yasama organı, denetim şirketlerinin yetkileri ve yetkilerinin nitelikleri ile bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkeleri belirlemek zorundadır. Mahkeme, çerçevesi kanun ile çizilmeden yürütme organına yetki verilmesini Anayasa'nın 7. maddesinde yer alan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bulmuştur.

1982 Anayasası'nın 47. maddesinin son fıkrasında 13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile yapılan değişiklikle '*Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir*.' hükmü getirilmiştir. Bu hükme göre idarenin üstlendiği yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla düzenlenmek zorundadır.

Dava konusu kuralda, elektrik enerjisi üretmek amacıyla yapılacak olan üretim tesislerinin su yapısı ile ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının incelenmesi ve denetlenmesi faaliyetlerinin denetim şirketlerine gördürülebileceği düzenlenmiştir. Bunun dışında kalan işler ise idarece üstlenilecek ve yürütülecektir. Bu nedenle dava konusu kuralda, idarenin üstlendiği yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceğinin yer almadığı ve bu sebeple de Anayasa'nın 47. maddesine aykırı olduğu ileri sürülemez.

Öte yandan Anayasa'da kamu hizmeti olarak yürütülmesi zorunlu tutulan hizmetlerin mutlaka devlet veya diğer idari birimlerce bizzat yürütüleceğini söylemek de pozitif hukuk açısından mümkün görünmemektedir. Örneğin ulusal güvenlik, kamu düzeninin sağlanması ve adalet hizmetlerinin sağlanması Anayasa hükümlerine göre zorunlu olarak kamu hizmeti sayılmakla birlikte bu hizmetlerin mutlaka devlet tarafından bizzat yerine getirileceği anlamına gelmemektedir. Aksi düşünce bazı ulusal güvenlik hizmetlerinin köy korucuları eliyle yürütülmesini, bazı kamu düzeninin sağlanmasına ilişkin hizmetlerin özel güvenlik kuruluşlarınca ve adalet hizmetlerinin tahkim usulü ile özel kişilere de gördürülüyor olmasını açıklayamayacaktır.

Anayasa'nın 47., 70. ve 128. maddelerinde yer alan kamu hizmeti ibarelerinin; iş, uğraş, faaliyet veya kamu kurum ve kuruluşları gibi farklı anlamlara geldiği bilinmektedir. Gerçekte de bugüne kadar kamu hizmetinin esaslı bir tanımı yapılamamıştır. D. Truchet'in deyimi ile '*Hiç kimse kamu hizmetinin tartışılmaz bir tanımını yapamamıştır. Yasama, bunu kendisine tasa edinmemiş, yargı yapmak istememiş, öğreti ise başaramamıştır.'* İtiraz konusu kuralın ilk cümlesinde ki *''veya gerektiğinde yetkilendirilecek denetim şirketlerine yaptırılması sağlanır.'*ibaresinde öngörülen istisnai, belki gerekmeyeceği için hiç yaptırılmayacak bir denetimin kamu hizmetlerinin taşıması gereken süreklilik ve düzenlilik özelliklerini taşımadığı da açıktır. İtiraza konu düzenleme bu yönüyle de kamu hizmeti tanımına girmemektedir.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası ise yasa koyucunun kamu hizmeti olarak belirlediği hizmetlerin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğini düzenlemektedir. Genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli görevlerden kasıt, icrai yetki kullanımını gerektiren ve yönetilenler üzerinden hukuki sonuç doğuran işlem ve eylemlerdir. Bir faaliyetin önceden belirlenmiş standartlara uygunluk derecesini araştırmak ve sonuçlarını ilgi duyanlara bildirmek amacıyla tarafsızca kanıt toplayan ve kanıtları değerlendiren sistematik bir süreç olan denetimin icrai bir işlem ve karar niteliğinin bulunmadığı, asıl icrai işlemin denetim sonucunda yetkili makamlarca alınacak cezai, hukuki ve idari tedbirler olacağı tartışılmaması gereken bir husustur. Bu nedenle de denetim faaliyetinin özel kişilere yaptırılmasının Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğu iddia edilemez.

Ayrıca dava konusu, elektrik üretmek amacıyla kurulacak üretim tesislerinin su yapısı ile ilgili kısımları ve gerçek veya tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının incelenmesi ve denetlenmesinin DSİ tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerine yaptırılmasına ilişkin kuralda DSİ'nin sahip olduğu , 'denetim yetkisinin devri' değil, bir kamu hizmetinin özel şirketlere gördürülmesi söz konusudur. Kural, 'denetim yetkisinin devrini' kapsamaması nedeniyle ortada denetim yetkisinin devri yönünden iptali gerekli kılan bir Anayasal neden bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrası yasa koyucuya kamu hizmetlerini özel hukuk rejimine tabi tutarak özel kişilere gördürme konusunda açık bir takdir yetkisi vermektedir. Nitekim dava konusu kural ile 4628 sayılı Kanun kapsamında kurulacak elektrik üretim tesislerinin su yapısı ile ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek suyla ilgili yapıların inşasının incelenmesi ve denetlenmesinin DSİ tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerine yaptırılmasına olanak verilmiş, Anayasa Mahkemesi de böyle bir hizmet alımını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Mahkeme dava konusu kuralın, yasama organının denetim şirketlerinin yetkileri ile denetimle yetkilendirilmelerine ve bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkeleri belirlememesi nedeni ile iptal etmiştir. Ancak yasama organının denetim şirketlerinin yetkileri ile denetimle yetkilendirilmelerine ve bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkeleri belirlemesi zorunluluğunun Anayasal dayanağı da bulunmamaktadır.

Yasa koyucu, Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrasına uygun olarak dava konusu kuralda yer alan inceleme ve denetleme işlerinin DSİ tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın almak suretiyle, bu şirketlere yaptırılmasını uygun görmüştür. Böylece bu hizmetin özel kişilere özel hukuk hükümlerine göre gördürülmesine olanak verilmiştir. Yasa koyucunun denetim şirketlerinin hukuksal yapılarını, gördürülecek işe göre bu şirketlere verilecek yetkilerinin kapsam ve niteliğini ve yine yaptırılacak işe göre bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esaslarının belirlenmesini yürütme organına bırakması, yasama organının takdir yetkisi kapsamındadır.

Öte yandan kuralda yer alan işleri yapacak şirketler, şirketler hukukuna tabi oldukları gibi, bu nitelikteki sözleşmeler de yürürlükteki hukuk kurallarına tabidir. İdare ile şirket arasında yapılacak sözleşmelerin hazırlanmasında 4628 sayılı Kanunun tüm hükümlerine riayet edilmesi de yasal bir zorunluluktur. Başka bir deyişle özel hukuk sözleşmesi ile denetim işini gördürecek olan DSİ'nin, o hizmetin özelliği gereği çıkabilecek tüm sorunları ve bu bağlamda tek taraflı değişiklik ve fesih konularını önceden belirleyip sözleşmeyi 5346 sayılı Kanun'a, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na, 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşme Kanunu'na ve diğer ilgili kanunlara uygun hazırlaması zaten bir zorunluluktur.

Nitekim 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Danışmanlık hizmetleri başlıklı 48. maddesinde; ÇED raporunun hazırlanması, etüt ve proje, harita ve kadastro, plân, imar uygulama, tasarım, teknik şartname hazırlanması, denetim gibi teknik, malî, hukuki veya benzeri alanlarda niteliği itibariyle kapsamlı ve karmaşık olan, özel uzmanlık ve deneyim gerektiren danışmanlık hizmetlerinin hizmet sunucularından alınabileceği, danışmanlık hizmet ihalelerinin 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacağı, yine 4735 sayılı Kanunun 32. maddesine göre; danışmanlık hizmetlerinde; uygulama yanlışlığı, denetim eksikliği, işlerin yürürlükteki mevzuata uygun olarak yapılmaması, meslek ahlakına uygun davranılmaması, bilgi ve deneyimin idarenin yararına kullanılmaması ve benzeri nedenlerle meydana gelen zarar ve ziyandan hizmet sunucusunun doğrudan, sorumlu olacağı belirtilmektedir. Görüldüğü üzere denetim şirketlerinin yetkileri, denetimle yetkilendirilmeleri, bunların yapacağı denetimin kapsamı, bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esasları, denetime ilişkin temel ilkeler 4734 ve 4735 sayılı kanunlarında, bu kanunlarda öngörülen idari ve teknik şartnamelerde belirlenmiş ve itiraz konusu kuralda çıkarılması öngörülen yönetmelikle belirlenmesi hedeflenmiştir. DSİ ile denetim şirketleri arasındaki sözleşmelerde bu mevzuat hükümleri yanında diğer mevzuat hükümlerinin de gözetilmesi zorunludur. Bu itibarla DSİ ile denetim şirketleri arasında imzalanacak anlaşmaların yasal çerçevesinin çizilmediğini söylemek de mümkün değildir. Anılan yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net ve anlaşılabilir düzenlemeler olduğu görülmektedir. Dolayısı ile dava konusu kuralda Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan belirlilik ilkesine bir aykırılık gözükmemektedir.

Anılan gerekçelerle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

|  |
| --- |
| Üye  Hicabi DURSUN |