ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas sayısı: 1986/5, Karar sayısı: 1987/7, Karar günü: 19/3/1987

ESAS İNCELEME

Dava konusu 13. madde ile 213 sayılı VUK'na 141. maddeyi takiben eklenen "yeminli mali müşavirlik" başlığı altındaki ek maddenin ilk dört fıkrasında yeminli mali müşavirlerin yapacağı hizmet ve taşıdıkları sorumluluk şöyle belirlenmiştir :

"Ek Madde. - Yeminli mali müşavirlik mesleğinin konusu : Gerçek ve tüzelkişilerin, muhasebe sistemlerini kurmak, geliştirmek, işletmecilik, finans, mali mevzuat ve bunların uygulamaları ile ilgili işlerini düzenlemek, bu konularda müşavirlik yapmak, mükelleflerin mali tablolarını ve beyannamelerini ilgili mali mevzuat hükümleri, muhasebe prensipleri ve denetim standartları açısından tasdik etmektir.

Yeminli Mali Müşavirlerce gerçek ve tüzelkişilerin mali tabloları ve vergi beyannamelerinin mevzuat hükümlerine uygunluğunun tasdik edilmiş olması halinde, bu belgeler kamu idaresinin yetkili elemanlarınca tasdik işleminin kapsamı ölçüsünde incelenmiş belgeler olarak kabul edilir.

Ancak, bu kanunlar ve diğer kanunlarla kamu idaresine tanınan, teftiş ve inceleme yetkilerinin kullanılması ve gerektiğinde tekrarına ut hususlar saklıdır.

Yeminli Mali Müşavirler yaptıkları tasdikle ilgili işlemlerden sorumludurlar.

.....

Böyle bir düzenleme Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nın mevcut vergi denetim personelinin sahip olduğu görev ve yetki ile donatılmaları, kamu idaresine tanınan teftiş ve inceleme yetkisinin kullanılmasına engel teşkil etmeyecekse de, yeminli mali müşavirler tarafından yapılacak bir tasdik işlemi, Bakanlıkça lüzum görülmedikçe Bakanlığın yetkili elemanlarınca incelenmiş belge niteliğine sahip olacaktır. Bu nedenle yeminli mali müşavirlerce yapılacak tasdik işlemi "kamu hizmeti" niteliğindedir.

Görülen hizmetin, kamu hizmeti niteliği de olduğu belirlendikten sonra, yeminli mali müşavirlerin "memur" veya "kamu görevlisi" şeklinde bir kamu hizmetlisi olup olmadıklarını araştırmak gerekecektir. Yeminli mali müşavirlerin "memur" olmadıklarında şüphe yoktur. Çünkü bu kimseler, idarenin daimi ve sabit kamu hizmetleri kadrosunda yer almış ve bürokratik hiyerarşi içinde bulunan, devletten maaş alan elemanlar değildir. Aksine, müşavirlik yaptığı, gerçek ve tüzelkişilerle özel hukuk hükümlerine göre sözleşme yapmış ve ücretle çalışan serbest meslek sahibidirler. Ancak kendilerine, niteliğini yukarıda açıkladığımız tasdik yetkisi verilmiş olması nedeniyle bir kamu yetkisi kullandıkları ve yaptıkları hizmetin de bir kamu hizmeti olduğu açıktır. Öte yandan devlet ve yeminli mali müşavir arasındaki ilişki bir kamu hukuku ilişkisidir.

Çünkü kendilerine görev verilmesi, özel hukuk sözleşmesi ile değil bir kanunla olmaktadır. Dolayısıyla yeminli mali müşavirleri sahip oldukları tasdik yetkisi nedeniyle, bir "kamu görevlisi" saymak gerekir.

Yeminli mali müşavirler gibi Yeminli Mali Müşavirler Kurulu üyelerine de "kamu görevlisi" niteliğinde olacağı anlaşılmaktadır. Sözkonusu maddenin yedinci fıkrasına göre 20 kişiden oluşacak bu kurul üyeleri Geçici 14. maddeye göre Bakanlar Kurulu tarafından atanacak ve inceleme konusu ek 13. maddenin dokuzuncu fıkrasına göre özlük haklan bakımından Sermaye Piyasası Kurulu üyelerinin tabi olduğu rejime tabi olarak üç yıl süreyle görev yapacaklardır. Yine geçici 14. maddenin son fıkrasına göre, "Kurul üyeliklerine atananlar ile kurulda görevlendirilen personelden TC. Emekli Sandığı'na tabi olanların istemleri halinde, Emekli Sandığı iştirakçiliği devam" edecektir. Bu kurulun görevlerinin ise ne olduğu dava konusu fıkra ve maddelerde açıkça belirlenmemiştir. Çünkü ek 13. maddenin sekizinci fıkrasında, "Yeminli Mali Müşavirler Kurulu"nun kuruluş, görev, çalışma ve denetim esasları, seçilme usulü ile diğer konular Bakanlar Kurulunca belirlenir." denilmektedir. Bununla birlikte sözkonusu Kurul'un ek 13. maddenin beşinci fıkrasında öngörülen ve "Yeminli Mali Müşavirlik unvanının kazanılması, bunların yapacağı işler, sorumluluk sınırları, yönetim, çalışma ve disipline ilişkin esaslar ve diğer hususlar"! düzenleyecek Bakanlar Kurulu karan ile ilgili hazırlık çalışmalarını yürüteceğini söylemek mümkündür. Bu açıkladığımız kuruluş şekli, atama yöntemi, özlük haklan ve yapılacak görevin niteliği gözönüne alındığı zaman Yeminli Mali Müşavirler Kurulunun da bir kamu hizmeti göreceği, dolayısıyla, kurul üyelerinin de kamu görevlisi olacağı anlaşılır.

Anayasa'nın "Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler"inin "Genel ilkeler" başlığını taşıyan 128. maddesi şöyledir :

"Devletin, kamu iktisadi 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.

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atamaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.

Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir."

Yeminli mali müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirler Kurulu ile ilgili açıklamaları Anayasa'nın 128. maddesi ile karşılaştırdığımızda; kanunla düzenlenmesi gereken, kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işleri; 3239 sayılı Yasa'nın 13. maddesiyle 213 sayılı Yasaya eklenen ek maddenin beşinci fıkrasında yeminli mali müşavirler ve aynı maddenin sekizinci fıkrasında da Yeminli Mali Müşavirler Kurulu üyeleri yönünden Bakanlar Kurulu'na bırakılmış olduğundan bu düzenleme, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına ve 7. maddesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrası, Mahkememizin taleple bağlı kalmak kaydıyla, başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebileceğini amirdir. Bu nedenle yukarıda incelenen madde hükümlerinin Anayasa'nın 128. ve 7. maddelerine aykırılığı yanında "İdarenin bütünlüğü ve kamu tüzelkişiliği" başlığını taşıyan 123. maddesine de aykırıdır. Çünkü 123. maddenin birinci fıkrası "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir." demektedir. Yeminli Mali Müşavirler Kurulu'nün hem kuruluş ve hem de görev olarak; yeminli mali müşavirlerin ise görev itibariyle idarenin bütünlüğü içinde yer aldığı ve bu nedenle kanunla düzenlenmesi gerektiği halde bu yetkinin Bakanlar Kurulu'na bırakılmış olması; Anayasa'nın 123. maddesine de aykırı bir durumdur. Özetle, ek 13. maddenin inceleme konusu fıkralarının getirdiğe düzenlemenin Anayasa'nın 128., 123. ve 7. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2001/377, Karar Sayısı : 2002/59, Karar Günü : 26.6.2002

İPTAL DAVASININ KONUSU : 29.6.2001 günlü, 4708 sayılı "Yapı Denetimi Hakkında Kanun"un 2., 4., 5., 6., 11. maddeleri ile 13. maddesinin (a) fıkrasının, Anayasa'nın 7., 9., 10., 11., 87., 127., 128., 138. ve 153. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve 2., 4., 5., 6. ve 11. maddelerinin yürürlüğün durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dosyası ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Yasa'nın 2., 4., 5. ve 6. Maddelerinin İncelenmesi

İmar kolluğu 3194 sayılı İmar Yasası ile yerel yönetimlerin görev ve yetki alanında kabul edilerek özel idari kolluk şeklinde düzenlenmiştir.

Dava konusu kurallarla, 3194 sayılı İmar Kanunu'nda yer alan fenni mesul müessesesinin yerine tüzelkişiliğe sahip "yapı denetim kuruluşları" ikame edilmektedir. Bu kuruluşlar merkezi yönetimden aldıkları izin belgesi ile faaliyet gösterecekler, faaliyetleri merkezi yönetim tarafından denetlenecektir. Kamu güvenliği ve kamu yararı amacıyla yapılan bu düzenleme ile yapı denetim kuruluşlarına yerel yönetimlerin yerine geçme ve karar alma yetkisi verilmemiş, mahalli nitelikteki müşterek ihtiyaçların karşılanması için teknik destek sağlanmış, 3194 sayılı İmar Kanunu'nda var olan yapı denetim yetkileri de kaldırılmamıştır.

…

İmar kolluğu faaliyetleri içinde yer alan ve yapı ruhsatı verme, vermeme ya da yapıyı durdurma, yıkma işlemleri yerel yönetimlerin yetkisinde olup, dava konusu düzenlemeyle yapı denetim kuruluşlarına idari işlem yapma yetkisi verilmiş değildir. Başka bir anlatımla, yapı denetim kuruluşları, kamu gücü kullanmadan teknik inceleme yapmak ve bu konuda ilgili yerlere rapor, görüş ve bilgi vermekle görevlendirilmişlerdir.

Buna göre, yapı denetim kuruluşlarının hizmetleri Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler arasında bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 127. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Mustafa BUMİN, Sacit ADALI, Nurettin TURAN ile Fulya KANTARCIOĞLU bu görüşe katılmamışlardır

KARŞIOY GEREKÇESİ

Yapı denetimi, idarenin yaptırım gücüne dayanarak yürüttüğü kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır. Ruhsat ise yapılan denetimin, mevzuata uygun olduğunu gösteren bir izin belgesidir. Bu nedenle ruhsatın denetimden ayrı düşünülmesine olanak yoktur.

Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca, devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ile diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi gerekmektedir.

İdare, kolluk faaliyetleri arasında yer alması nedeniyle yapı denetimi ve bunun sonucu olan ruhsat verme yetkisini özel kişilere devredemeyeceğinden devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bu kamu hizmetini, ancak memurlar ve diğer kamu hizmetlileri eliyle görebilir.

Dava konusu düzenlemeyle İdare'nin 3194 sayılı İmar Yasası'na göre kullandığı yapı denetim yetkisi kaldırılmamış ise de yalnız memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülebilecek bir hizmetin özel kişilerce de görülmesine olanak tanınması, Anayasa'ya aykırılığını kabulü için yeterlidir. Kaldı ki, yapı denetimine ilişkin özel kurallar getiren dava konusu düzenlemeden sonra, imar konusunda genel hükümler içeren İmar Yasasının ilgili kurallarının zımnen yürürlükten kaldırılıp kaldırılmadıkları da tartışmaya açıktır.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2001/383, **Karar Sayısı : 2003/92**, **Karar Günü : 16.10.2003**

İPTAL DAVASININ KONUSU: 26.6.2001 günlü, 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesi ile 5. maddesinin beşinci fıkrasının birinci tümcesinin Anayasa'nın 128. ve 46. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

A- 4. Maddenin Üçüncü Fıkrasının Üçüncü Tümcesinin İncelenmesi

4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinde, ***"Arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler yönetici şirket tarafından verilir ve denetlenir"*** denilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 günlü, E.1985/11, K.1986/29 sayılı kararında da belirtildiği gibi, ister bağlı yetki ister takdir yetkisi biçiminde kullanılsın "yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verme" ve "denetleme" görev ve yetkisi idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer almakta olup, bu konuda yapılacak denetim de asli ve sürekli bir kamu hizmetidir. Başka bir anlatımla yapı ruhsatı ve buna bağlı olarak yapı kullanma izni vermek, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindendir. Anayasa'nın 128. maddesine göre de, belirtilen nitelikteki görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur.

4691 sayılı Kanun'un 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinde, belirtilen ruhsat ve izinlerin yönetici şirket tarafından verileceği öngörülmüştür.

Aynı Yasa'nın 3. maddesinin (k) bendinde, yönetici şirketin bir anonim şirket, 5. maddesinin beşinci fıkrasında da bu şirketin özel hukuk tüzel kişisi olduğu, 7.

maddesinde ise, yönetici şirkette, yürürlükteki iş ve çalışma mevzuatına göre personel çalıştırılacağı belirtilmiştir.

Buna göre iş ve çalışma mevzuatı uyarınca çalıştırılan personel özel hukuk kurallarına tabi olarak hizmet sözleşmesi ile çalıştırılacağından, yönetici şirket personelini kamu görevlisi olarak nitelemek hukuken olanaksızdır. Bu bağlamda Yasa'nın 7. maddesinin ikinci fıkrasına göre söz konusu şirkette, kamu personelinin de çalıştırılabilmesi, bu şirketin özel hukuk tüzelkişisi olma niteliğini etkilemez.

Bu durumda, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verilmesi ve denetlenmesinin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli bir kamu hizmeti olması nedeniyle memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle gerçekleştirilmesi gerekirken, dava konusu kuralla, ruhsat ve izinlerin bir özel hukuk tüzel kişisi olan yönetici şirket tarafından verilip denetleneceğinin öngörülmesi, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 4691 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinin iptali gerekir.

Haşim KILIÇ bu görüşe katılmamıştır.

KARŞIOY GEREKÇESİ

A- 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinde, Teknoloji Geliştirme Bölgeleri'nin yönetim ve işletmesinden sorumlu "Yönetici Şirketlere" belirlenen bölgelerle sınırlı olmak üzere arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi inşaası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinleri verebileceği ve denetleyeceği öngörülmüştür. Kolluk hizmetlerinden olan inşaat ve kullanım ruhsat ve izinlerinin ancak kamu görevlileri eliyle görülebileceği yolundaki çoğunluk görüşü gereğince kural iptal edilmiştir.

Teknoloji Geliştirme Bölgelerinin yönetim ve işletmesinden sorumlu olarak kurulan yönetici şirketlerin kurucuları arasında üniversite, yüksek teknoloji enstitüsü ya da AR-GE merkez veya enstitülerinin bulunacağı Yasa'nın 5. maddesinde öngörülmekte ancak, hukuksal yapısının da özel hukuk tüzelkişisi olduğu belirtilmektedir.

Anayasa'nın 128. maddesinde Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında bulunan kamu hizmetlerinden devredilebilir nitelikteki bazı kamu hizmetleri ancak imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri ile özel hukuk sujelerine gördürülebiliyor idi.

Ancak, 13.8.1999 gün ve 4446 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 47. maddesine eklenen dördüncü fıkra ile devredilebilir nitelikteki kimi kamu hizmetlerinin özel kişilere devredilmesi ve özel hukuk hükümlerine göre yürütülmesi olanaklı hâle gelmiştir.

Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında bulunmakla beraber devredilebilir nitelikteki kamu hizmetlerinin saptanabilmesi ancak, devri öngören yasal düzenlemenin kapsamına ve amacına bakılarak mümkün olabilir. **Bu çerçeve içinde değerlendirildiğinde iptali istenen kuralda yönetici şirketlere teknoloji bölgeleriyle sınırlı olarak inşaat ve kullanıma ilişkin ruhsat ve izin verme yetkisinin idari bir kamu hizmeti niteliği açıktır. Bu tür idari kamu hizmetleri bir tür kolluk gücü olarak nitelense de adli kolluk güçlerinde ya da ulusal güvenlik güçlerinde olduğu gibi, Devletin egemenliği ile doğrudan bağlantısı olmaması nedeniyle özel kişilere özel hukuk kuralları ya da imtiyaz sözleşmeleriyle gördürülmesi mümkündür. Başka bir ifadeyle belirtilen idari kamu hizmeti, mutlaka kamu görevlileri eliyle yerine getirilmesi gereken hizmet olarak nitelendirilemez.**

Kaldı ki devredilen yetkinin teknoloji bölgeleriyle sınırlı olması, yönetici şirket içinde kurucu olarak kamu kurumlarının bulunması Yasa'nın 5. ve 6. maddelerinde belirtilen Bakanlığın yönetici şirket üzerindeki denetim ve gözetim yetkisinin birlikte değerlendirilmesinden, bu tür hizmetin özel kişilerce görülmesinin hukuken mümkün olmadığı biçimindeki görüşe ulaşmaya elverişli olmadığı sonucu çıkmaktadır.
Başkanvekili
Haşim KILIÇ

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2005/110, Karar Sayısı : 2005/111, Karar Günü : 29.12.2005

B- 5398 sayılı Yasa'nın 20. maddesinin (b) bendiyle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 35. maddesinin birinci fıkrasının;

"Araçların muayeneleri Ulaştırma Bakanlığına ait muayene istasyonlarında veya bu Bakanlık tarafından işletme yetki belgesi ile yetki verilmesi halinde ise, yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılır. Yetki verilen gerçek veya tüzel kişiler, bu yetkilerini Ulaştırma Bakanlığının onayı ile alt işleticilere aynı standartları sağlamak koşulu ile devredebilirler. Bu devir, yetki verilen gerçek ve tüzel kişilerin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Bu istasyonların yönetmelikler doğrultusunda aranan nitelik ve şartlara uygunluğunun saptanması sonucunda işletme belgesi Ulaştırma Bakanlığı tarafından verilir."

13.8.1999 günlü, 4446 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 47. maddesine eklenen dördüncü fıkrada, Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği hükme bağlanmıştır. Anılan kural uyarınca Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen bir kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmesine konu edilmesi, öncelikle bu hususun Kanunla belirlenmesi koşuluna bağlı bulunmaktadır.

Karayolları Trafik Kanunu'nda Ulaştırma Bakanlığınca yetki verilmesi halinde gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılacağı belirtilen araç muayene hizmetinin, idarece gerçek veya tüzel kişilere gördürülme usulü, bir diğer deyişle idare ile gerçek veya tüzel kişi arasında yapılması olası sözleşmenin niteliği açıkça belirtilmemiştir.

Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği yolunda özel bir yasal düzenlemenin bulunmadığı durumlarda, söz konusu kamu hizmetinin gerçek veya tüzel kişilerce yürütülebilmesi bakımından taraflar arasında aktedilen sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejimin belirlenmesi gerekmektedir.

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. Ancak, bu hizmet ve faaliyetlerden özel yönetim biçimiyle gerçekleştirilmeye elverişli bulunanların, tüm sorumluluk ilgili idare üzerinde kalmak kaydıyla, onun sürekli gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilmesi olanaklıdır.

Kamu hizmetlerini idare dışındaki gerçek veya tüzel kişilere gördürmek veya bunların hizmetin yürütülmesine katılmasını sağlamak veya kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerekli olan para, eşya ve personeli tedarik etmek amacıyla aktedilen ve idare lehine olağanüstü hüküm ve şartlar taşıyan sözleşmeler öğretide "idari sözleşmeler" olarak tanımlanmaktadır. İdari sözleşmeye konu kamu hizmetinin yürütülmesi bakımından idarenin sorumluluğu devam etmekte ve bu nedenle hizmetin düzenli ve istikrarlı bir biçimde yürütülmesini sağlamak bakımından idareye denetim ve gözetim yetkisi tanınmaktadır.

Trafiğe çıkarılacak motorlu araçların teknik şartlara uyup uymadığının belirli zaman aralıkları ile muayene edilerek tespit edilmesini ifade eden araç muayene hizmetinin, kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. 5398 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile araç muayene hizmetinin Ulaştırma Bakanlığı'na ait muayene istasyonlarında ya da Ulaştırma Bakanlığı'nca yetki verilen kişilere ait muayene istasyonlarında yapılacağı hükme bağlanmış ve bu suretle araç muayene hizmetinin yürütülmesi bakımından Ulaştırma Bakanlığı görevli kılınmış, gerçek veya tüzel kişilere işletme yetkisinin verilmediği veya işletme belgelerinin iptali durumlarında bu hizmetin adı geçen Bakanlık tarafından yürütülmesi öngörülmüştür. Öte yandan, araç muayene hizmetini yürütmekle görevli kılınan Ulaştırma Bakanlığının bu konuda yetki vermesi halinde dahi, ilgili gerçek veya tüzel kişilerce yürütülen araç muayene hizmetini denetim ve gözetim görevi devam etmektedir. Bu durumda, bir kamu hizmeti olan araç muayene hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla idare ile gerçek veya tüzel kişiler arasında aktedilecek sözleşmenin, idari sözleşme niteliğini taşıyacağı açıktır.

Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan, Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceği veya devredileceğinin kanunla belirleneceği yolundaki hüküm, söz konusu hizmetlerin özel hukuk sözleşmelerinin yanı sıra idari sözleşmelerle gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilmesi veya devredilebilmesine de olanak tanımaktadır.

Araç muayene hizmetinin gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilmesi veya devredilebilmesini düzenleyen Karayolları Trafik Kanunu'nda, söz konusu hizmetin özel hukuk sözleşmeleri ile yaptırılacağı veya devredileceği yolunda herhangi bir hükme yer verilmediğinden, idari sözleşmeler ile gerçek veya

tüzelkişilere yaptırılabilmesi veya devredilebilmesi mümkün olan araç muayene hizmetine ilişkin Karayolları Trafik Kanunu'nun 5398 sayılı Yasa ile değişik hükmü, Anayasa'nın 47. maddesine aykırı değildir

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2007/2, **Karar Sayısı : 2011/13, Karar Günü : 13.1.2011**

İPTAL DAVASININ KONUSU: 31.10.2006 günlü, 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nun;

1) 4. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarının**,**

2) 5. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarının,

3) 6. maddesinin üçüncü fıkrasının,

4) 8. maddesinin birinci fıkrasının,

5) 9. maddesinin ikinci fıkrasının,

6) 15. maddesinin,

Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 11., 45. ve 123. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

F- Yasa'nın 15. Maddesinin İncelenmesi

1- Birinci Fıkra Yönünden

İptali istenilen kuralda, Tarım ve Köyişleri Bakanlığının gerekli gördüğü hallerde Yasa'nın 5., 6., 7. ve 8. maddelerinde belirtilen yetkilerini kısmen veya tamamen Türkiye Tohumcular Birliğine, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere; şartları belirlenmek kaydıyla, süreli veya süresiz olarak devredebileceği öngörülmektedir. Kuralda Bakanlığın devredebileceği yetkiler, 5. maddede tohumlukların üretimine izin verilmesine, 6. maddede tohumluk sınıflarına göre yetiştirilen ve üretilen tohumlukların sertifikasyon işlemlerinin yapılmasına, 7. maddede tohumlukların ithal ve ihracatına izin verilmesine, **8. maddede ise tohumlukları yetiştiren, işleyen ve satışa hazırlayan, dağıtan, satan gerçek veya tüzel kişilerin yetkilendirilmesi ve denetlenmesine, ticarete arz edilen tohumlukların standartlara uygunluğu ile etiket ve ambalaj bilgilerinin doğruluğunun denetlenmesine ilişkindir.**

İptali istenilen kural ile Bakanlığın; Birliğe, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere 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 zorunludur. İptali istenilen kuralda özel hukuk tüzel kişileri dışında yetki devri yapılabilecek Türkiye Tohumcular Birliği, kamu kurum ve kuruluşları ve üniversiteler kamu tüzel kişiliğine sahip olup, Anayasa'nın 128. maddesi kapsamındadır. Ancak, bunlar dışında Bakanlığın denetim yetkisini tümüyle özel hukuk tüzel kişilerine devretmesi veya onlarla paylaşması ise olanaklı değildir. Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kuralda yer alan "...özel hukuk tüzel kişilerine..." ibaresi, 8. maddedeki "denetim" yönünden Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Haşim KILIÇ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU ile Hicabi DURSUN bu görüşe katılmamışlardır.

KARŞI OY GEREKÇESİ

31.10.2006 günlü, 5553 sayılı Kanun'un iptali istenen 15. maddesinde Bakanlıkça gerekli görülen hallerde devri öngörülen yetkiler arasında **"denetim yetkisi"nin yer almadığı gerek anılan madde metninin bütününün incelenmesinden, gerekse de maddenin yollama yaptığı 5., 7. ve 8. maddelerin açık metinlerinden anlaşılmaktadır.** Gerçekten, 15. madde metninde bu devir yetkisinin "denetim"i kapsadığı yolunda hiçbir açıklık bulunmadığı gibi; ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraların açık anlatımları böyle bir yoruma hak kazandırmamaktadır. Esasen denetim yetkisinin bir idari kolluk faaliyeti olması itibariyle, yetki devrine müsait olmadığı izahtan varestedir. Dolayısıyla 5., 6., 7. ve 8. maddelerde belirtilen Bakanlık yetkilerinin devrinden söz eden 15. madde metninin de bu çerçevede yorumlanması gerekir. Kaldı ki 8. maddenin açık metninde, piyasa denetimi ile ilgili denetim yetkisinin münhasıran Bakanlığa ait olduğu ifade edilmektedir. Sözlü açıklama sırasında Mahkememiz önünde açıklamada bulunan Bakanlık yetkilileri de bu konuya açıklık getirmiş ve denetim yetkisi konusunda Bakanlığın sahip olduğu bu hakkın devri gibi bir hususun söz konusu olmadığını belirtmişlerdir.

Bu açıklamalar ışığında, iptal istemine konu maddedeki "özel hukuk tüzel kişilerine" sözcüklerinin yorumunda bunun "denetim yetkisinin devrini kapsamadığı", dolayısıyla ortada denetim yetkisinin devri yönünden iptali gerekli kılan bir Anayasal neden bulunmadığı, bu sebeple söz konusu sözcükler bakımından yorumlu red kararı verilmesi gerektiği kanısına vardığımızdan; aksi yöndeki çoğunluk kararına katılamıyoruz.

Başkan	Üye	Üye
Haşim KILIÇ	Serdar ÖZGÜLDÜR	Burhan ÜSTÜN
Üye	Üye	
Engin YILDIRIM	Nuri NECİPOĞLU	

KARŞIOY GEREKÇESİ

III- Yasa'nın 15. Maddesinin İncelenmesi:

15. Madde'nin ilk fıkrasında, Bakanlık gerekli gördüğü hallerde, 5 inci, 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerde belirtilen yetkilerini, kısmen veya tamamen Birliğe, kamu kurum ve kuruluşlarına özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere; şartları belirlenmek kaydıyla, süreli veya süresiz olarak devredebilir" son fıkrasında da "Yetki devrinin şartları, yetki devredilecek Birlik, kamu kurum ve kuruluşları, özel hukuk tüzel kişileri ve üniversitelerle ilgili teknik ve fiziki şartlara ilişkin usul ve esaslar ile yetki devrinin geri alınmasında uygulanacak hususlar yönetmelikle belirlenir" denilmektedir.

Maddenin ilk fıkrasında belirtilen yetkilerden tohumlukların, üretimine, ithal ve ihracatına izin verilmesi, tohumlukları yetiştiren, işleyen ve satışa hazırlayan, dağıtan ve satan gerçek ve tüzel kişilerin yetkilendirilmesi ve denetlenmesi ve ticarete arz edilen tohumlukların standartlara uygunluğu ile etiket ve ambalaj bilgilerinin doğruluğunun denetlenmesi, özel idari kolluk (hizmet kolluğu) faaliyetleri, içinde yer aldığından, devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler kapsamında olup, bu tür hizmetlerin, Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur. Dolayısıyla söz konusu hizmetlerin, yetki devri yoluyla belirtilen özellikleri taşımayan kurum ve kuruluşlara gördürülmesi olanaklı değildir.

Öte yandan, Madde'nin son fıkrası ile Anayasa'nın 128. maddesi kapsamındaki hizmetleri yürüten kamu kurum ve kuruluşlarına yapılacak yetki devrinin de usul ve esaslarının Yasa'da belirlenmeyerek, bu hususun idarenin takdirine bırakılması yasama yetkisinin devri niteliğindedir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır.

Belirtilen gerekçelerle Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varılan kuralların iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Fettah OTO	Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞI OY GEREKÇESİ

Kuralda, Bakanlık tarafından yapılacağına işaret edilen denetimin Bakanlığın hangi organlarınca yerine getirileceği, kapsamının, süresinin ve sınırlarının ne olacağı konularına, yine denetimi gerçekleştirecek görevlilerin nitelikleri, görev süreleri, görevlerinin hangi nedenlerle ve nasıl sona ereceği, yerlerinin nasıl doldurulacağı gibi denetim müessesi için zorunlu olan hukuki güvencelere yer verilmemiş, bu konudaki düzenlemeler yönetmeliğe terk edilmiştir.

Denetime ilişkin esas ve usullerin temel ilkelerini belirlemeyen, denetimle ilgili konuların tamamının düzenlenmesini yönetmeliğe terk ederek yürütme organının takdirine bırakan kural, yasama yetkisinin devri niteliğindedir.

…

Kuralda, Bakanlığın gerekli göreceği hallerin ve belirlenecek şartların nelerden ibaret olduğu konusu yer almamaktadır.

Bahse konu yetkilerin sözü edilen kuruluşlara devrine ilişkin gerek duyulacak hallerin ve belirlenecek şartların temel ilkelerini gösteren usul ve esaslara dolayısıyla bu konudaki ölçü ve sınırlarının ne olacağına iptali istenen kuralda yer verilmemiş, böylece yetki kullanımı konusu sınırsız biçimde yürütme organının takdirine terk edilmiştir. Bu durum, yasama yetkisinin yürütme organına devir edildiğini açıkça göstermektedir.

Yine, aynı Kanunun yetki devri kenar başlıklı 15. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülen dördüncü fıkrasında da yetki devrinin şartlarıyla yetki devrinin geri alınmasında uygulanacak usul ve esaslar yönetmeliğe bırakılmıştır.

Bu fıkrada da yetki devrinin şartlarıyla yetki devrinin geri alınmasında uygulanacak usul ve esasların nelerden ibaret olduğu gösterilmeyerek bu konulardaki düzenlemelerin yönetmeliğe bırakılması yasama yetkisinin devri niteliğindedir.

Diğer kurallar için yukarıda açıklanan gerekçeler bu fıkra içinde geçerlidir.

Açıklanan nedenlerle Yasa'nın 8. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "ve denetlenir" ibaresiyle ikinci tümcesindeki "ve denetim" ibaresi, 15. maddesinin birinci ve dördüncü fıkraları Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olduğundan, iptalleri gerekir.

Bu yönden, belirtilen konularla ilgili redde ilişkin çoğunluk görüşüne katılamadım.

KARŞI OY YAZISI

İptali istenen kuralda öngörülen denetim yetkisi Anayasa'nın 128. maddesi anlamında mutlaka memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle gördürülmesi gereken hizmetler kapsamında değerlendirilemez. Son yıllarda kamu yönetimi ve idare hukuku alanında ki yeni anlayışlar ve gelişmeler kamu hizmeti kavramının tanımında daraltıcı yorumları beraberinde getirmiştir. Bu yorumlar sunucunda daha önce memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülen hizmetlerin özel hukuk tüzel kişilerine devri söz konusu olmaktadır. Bütün bu gelişmeler nedeniyledir ki 5553 sayılı Kanun'un 15. maddesinde ki yetki devrini öngörülen düzenlemeye benzer düzenlemeler diğer bazı kanunlarda da yer almaya başlamıştır. 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 1. maddesinin (ı) bendinde; Yapı denetim kuruluşu; *Bakanlıktan aldığı izin belgesi ile münhasıran yapı denetimi görevini yapan, ortaklarının tamamı mimar ve mühendislerden oluşan tüzel kişi* olarak tanımlanmıştır. Yine 5262 sayılı Organik Tarım Kanununun Denetim başlıklı *11.* maddesinde; *"Bakanlık gerekli gördüğü hallerde denetim yetkisini kısmen veya tamamen, akreditasyonu yapılmış; kamu kurum ve kuruluşlarına, özel sektör tüzel kişilerine ve üniversitelere devredebilir"* denilmektedir. Ayrıca 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunun 35. maddesinde; "*Araçların muayeneleri, Ulaştırma Bakanlığına ait muayene istasyonlarında veya bu Bakanlık tarafından işletme yetki belgesi ile yetki verilmesi halinde ise yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılır"* denilmiştir. Bütün bu düzenlemelerin ana nedeni Anayasa'nın 128. maddesinde yazılı kamu hizmeti niteliğinde ki asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle etkin ve verimli bir şekilde gördürülememiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Denetim; bir kuruluşun ekonomik faaliyetlerine ve olaylarına ilişkin açıklanan bilgilerin, önceden belirlenmiş ölçütlere uygunluk derecesini belirlemek ve raporlamak amacıyla bu ekonomik faaliyetlere ve olaylara ilişkin bilgilerle ilgili kanıtların tarafsızca toplanması, değerlendirilmesi ve sonucun raporlanması olarak tanımlanmaktadır. Başka bir ifade ile denetim, bir bilginin geçerliliğinden ve güvenilirliğinden emin olmak ve aynı zamanda da bir sistemin iç kontrolü için bir değerlendirme sağlamak amacıyla yapılan işlemdir. Denetimin amacı, söz konusu kişi, kurum, sistem v.s. ile ilgili, test sonucu değerlendirmelere dayanan bir fikir belirtmektir. **Denetimin kamu hizmeti niteliği literatürde tartışmalıdır. Denetimin idari kolluk anlamında bir kamu hizmeti olarak kabul edilmesi halinde dahi bu hizmetin Anayasa'nın 128. maddesinde ki memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle etkin ve verimli bir şekilde gördürülmesi gelişen kamu yönetimi anlayışına uygun değildir.**

5553 sayılı Kanun'un 15. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…özel hukuk tüzel kişilerine…" ibaresinin 8. maddedeki "denetim" yönünden iptali istenmiş ve iptal edilmiştir. Aynı maddede tohumluk sertifikasyonunun özel hukuk tüzel kişilerine devrine ilişkin bölümün de iptali de istenmiş ancak bu istem reddedilmiştir. Tohumculukla ilgili piyasa denetiminin kanunda yazılı şartlarda özel hukuk tüzel kişilerine devri ile tohumluk sertifikasyonunun kanunda yazılı şartlarda özel hukuk tüzel kişilerine devrinin kamu hizmeti açısından benzeşen bir yönü bulunmaktadır ve her ikisinde de anayasaya uygunluk açısından farklılık bulunmamaktadır. Esasen Anayasa'nın 128. maddesinde ki "*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." İbaresinde geçen kamu hizmetinin tanımını ve çerçevesini önemli ölçüde kanun koyucu belirlemektedir. Bu nedenle iptale konu düzenleme yasa koyucucunun takdir alanı içinde kabul edilmelidir.

İptale konu kuralın, Anayasa'nın 2. maddesinde ki sosyal hukuk devleti ve 7. maddesinde ki yasama yetkisinin TBMM'de olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği ve 45. maddesinde ki tarım ve hayvancılıkla uğraşanların korunması ve desteklenmesi ile ilgili hükümleriyle çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle iptal kararına katılmıyorum.

Üye

Hicabi DURSUN

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2011/27, Karar Sayısı : 2012/101, Karar Günü : 5.7.2012

İPTAL DAVASININ KONUSU : 29.12.2010 günlü, 6094 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

2- 4. maddesiyle, 5346 sayılı Kanun'un 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/C maddesinin son fıkrasının ***"…veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."*** bölümünün,

Anayasa'nın 2., 17., 56., 128. ve 166. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

IV- ESASIN İNCELENMESİ

5346 sayılı Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik üretim ve dağıtımı yapılan diğer tesislerin lisansı kapsamındaki incelenmesi ve denetlenmesi işlemlerinin kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. Nitekim, bu inceleme ve denetlemenin EPDK tarafından yapılacağı veya gerektiğinde EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılabileceği belirtilmiştir.

Hizmet satın alınarak yaptırılacak denetimde, denetim şirketlerinin yetkilerinin sınırları, söz konusu denetim sonuçlarının EPDK yönünden bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı ve bu aşamada EPDK'nın denetim yetkisinin ayrıca devam edip etmediği, lisans kapsamında yapılan 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 Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK 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.

Dava konusu kuralda, denetimlerin EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerince yapılması halinde masrafların ilgililere ait olacağı belirtilmiştir. İnceleme ve denetimin EPDK tarafından yapılması halinde denetlenen bakımından mali bir külfete yol açmamakta iken söz konusu denetimin EPDK tarafından yetkilendirilen denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak yaptırılması halinde denetim masraflarının denetlenenden alınması sonucuna yol açan düzenleme, denetlenenler yönünden aynı hukuki konumda bulunan şirketlere farklı işlem ve yükümlülükler getirilmesi sonucunu doğurmakta ve eşitlik ilkesine de aykırı bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 7. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Hicabi DURSUN bu görüşe katılmamıştır.

Fulya KANTARCIOĞLU bu görüşe farklı gerekçeyle katılmıştır.

Kuralın Anayasa'nın 166. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

KARŞI OY YAZISI

1982 Anayasası'nın 47. maddesinin son fıkrasında 13.08.1999 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 devredilebileceğinin kanunla belirleneceği düzenlenmiştir. **Hükümde, hangi türden faaliyetlerin kamu hizmeti olarak görülebileceği düzenlenmediği gibi, hangi türden faaliyetlerin İdarece üstlenileceği veya yürütüleceği de belirtilmemiştir. Dolayısıyla bu iki noktada yasa koyucunun, Anayasa'nın diğer hükümlerini de dikkate alarak bir**

takdir hakkı bulunduğu açıktır. Bir hizmetin "niteliği gereği" kamu hizmeti olduğu anlayışı çağdaş demokratik hukuk ilkeleriyle bağdaştırılamaz. Bu itibarla somut Anayasa hükümleri dayanak gösterilerek bir Anayasal kamu hizmeti kategorisi yaratılarak ve bunların dışındaki kamu hizmetlerinin belirlenmesi veya kamu hizmeti olmaktan çıkartılması siyasi iradenin takdirine bırakılmalıdır.

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.

Bundan başka, itiraz konusu kuralda açıkça belirtildiği gibi yapılacak inceleme ve denetim "lisans kapsamı" ile sınırlı olacağından, EPDK ile denetim şirketleri arasındaki sözleşmelerde elektrik üretimi yapan tesislerin lisanslamasına ilişkin mevzuat ile lisans hükümleri de gözetilmek zorundadır. Bu itibarla EPDK ile denetim şirketleri arasında imzalanacak anlaşmaların çerçevesinin ayrıca özel bir kanunla çizilmesi zorunluluğunun Anayasal bir dayanağı bulunmamaktadır.

Kapsamında, hidrolik, rüzgar, güneş, jeotermal, biyokütle, biyogaz, dalga, akıntı enerjisi, gel-git gibi fosil olmayan enerji kaynaklarını bulunduran yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik üretilmesi amacı ile kurulacak elektrik üretim tesislerinin kuruluşundan faaliyetine kadar her aşamada mevzuatta öngörülen izin, ruhsat ve lisans dahilinde EPDK tarafından inceleneceği ve denetleneceği iptal edilen bölümün önceki kısmında yer almaktadır. İptal edilen kısım ise *"veya gerektiğinde"* ibaresiyle başlamaktadır. Yenilenebilir enerji kaynakları gibi geniş bir alanın kurum bünyesinde kurulacak denetim teşkilatı ile her zaman etkin ve verimli bir denetimin yapılabilmesi ekonomik ve rantabl değildir. Bu alandaki denetim yetkisinin EPDK'nın tekeline bırakılması da dünya gerçekleri ile örtüşmemektedir. Esasen dinamik bir kavram olan ve dünyadaki standartları sürekli değişme ve gelişme gösteren denetimin yasal çerçevesinin oluşturulmasının zorunlu olarak istenmesi durumunda dahi bunun her mümkün olamayacağı açıktır.

Sonuç olarak öteden beri bazı kamu hizmetlerinin esas itibariyle özel hukuk hükümlerine tabi olması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşün giderek Türk hukukunda benimsenmeye başlamasının bir sonucu olarak endüstriyel ve ticari nitelikteki bazı kamu hizmetlerine özel hukuk hükümleri uygulanmaya başlamış, "kamu hizmetlerinin en verimli ve etkin biçimde işletilmesi gereği"nden hareketle, kamu hizmetlerinin gördürülmesi konusunda idareye geniş bir takdir yetkisi tanıma eğilimi artmaktadır. Bu itibarla 5346 sayılı Kanun kapsamındaki üretim tesisleri ile elektrik

üretim ve dağıtımı yapılan diğer tesislerin lisansı kapsamındaki inceleme ve denetiminin EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın almak suretiyle bu şirketlere yaptırılmasına ilişkin usul ve esasların kanun ile değil de Bakanlık görüşü alınmak suretiyle EPDK tarafından çıkartılacak yönetmelikle düzenlenmesine ilişkin kuralda Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Anılan gerekçelerle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Hicabi DURSUN

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2012/6, Karar Sayısı : 2012/131, Karar Günü : 27.9.2012

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**. "

V- ESASIN İNCELENMESİ

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.

KARŞIOY YAZISI

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.

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.**

Anılan gerekçelerle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Hicabi DURSUN