# Danıştay 10. D., E. 1991/2430 K. 1992/728 T. 27.2.1992

T.C. Danıştay Başkanlığı - 10. Daire
**Esas No.:** 1991/2430
**Karar No.:** 1992/728
**Karar tarihi:** 27.02.1992
Belgeyi Lexpera'da Görüntüle

**kamu malları**

KAMU MALLARI

Temyiz Edenler (Davalı) : Maliye ve Gümrük Bakanlığı

Müdahil : ..... Menkul Kıymetler Borsası Başkanlığı

Karşı Taraf (Davalı) : İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörlüğü

İstemin Özeti : Hazinenin mülkiyetinde olan Beşiktaş, Vişnezade mahallesinde bulunan 703 ada 24 parsel sayılı, Maçka Kışlası Vasıflı taşınmaz üzerinde 49 yıl süreyle ..... Menkul Kıymetler Borsası Başkanlığı lehine irtifak hakkı kurulmasına ilişkin, 16.8.1990 tarihinde Maliye ve Gümrük Bakanınca onaylanan işlemin iptali istemiyle açılan davada, İstanbul 2 Nolu idare Mahkemesince, dosyanın incelenmesinden; Beşiktaş Vişnezade Mahallesi, Maçka Caddesinde bulunan mülkiyeti hazineye ait 66 pafta, 703 ada, 24 parsel sayılı, Maçka kışlası namıyla maruf taşınmazın 13.2.1952 tarihli Maliye Bakanı onayı ile Jandarma Er Okulu olarak kullanılmak üzere içişleri Bakanlığına tahsisin yapıldığı, bilahare 1954 yılında bir teknik okul açılmak üzere tahliye edilerek İTÜ Rektörlüğüne teslim edildiği, 17.3.1977 onay tarihli 1/500 s ölçekli imar planında İTÜ Maçka Kampusu Sahasında Maden Fakültesi olarak belirlendiği, 14.5.1983 tarihli Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulu Kararı ile eski eser olarak tescil olunduğu, Maden Fakültesinin Ayazağa kampüsüne taşındığı tarihe kadar Fakülte binası olarak kullanıldığı, Rektörlükçe Mimarlık Fakültesi olarak kullanılmasına karar verilmesinden sonra binada tadilat yapılmasına ilişkin sözleşmenin Maliye Bakanlığınca 27.12.1988, Sayıştay'ca 12.1.1989 tarihinde vize edilmesinden sonra müteahhid tarafından başlanan inşaatın 24.4.1989 tarihinde 3194 sayılı Kanuna aykırılık nedeniyle Şişli Belediyesince mühürlenerek durdurulduğu, tadilat projesinin 15.6.1989 tarih ve 1217 sayılı İstanbul 3 Nolu Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurulu kararı ile onandığı, Şişli Belediyesinin 22.9.1989 tarihli yazısıyla mühürlenen kısım haricinde imar Yönetmeliğinin 8.05 maddesine göre uygulama yapılacağının bildirildiği, müteahhidin işi bırakması üzerine 28.1.1990 tarihinde yeni müteahhide işin verildiği 16.8.1990 tarihli Maliye Bakanı onayı ile içişleri Bakanlığına yapılmış tahsisin kaldırılarak taşınmaz üzerinde İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Başkanlığı lehine irtifak hakkı tesisi yolundaki dava konusu işlemin tesis edildiğinin anlaşıldığı, uyuşmazlık konusu olayda Maçka Kışlası namıyla maruf binanın, üniversite tarafından kullanılmaya başlandığı 1954 yılında katma bütçeli bir kurum olması dolayısıyla 1050 sayılı Kanunun 23. maddesi gereğince tahsis yapılmamış olmasının üniversitenin bina üzerinde o tarihten bu yana devam eden tasarrufunun niteliğinin belirlenmesini gerekli kıldığı, dosyada mevcut 14.8.1954 tarihli Maliye Bakanlığı yazısının, binanın Jandarma Genel Komutanlığına yapılan tahsisin kaldırılarak; İstanbul Teknik Üniversitesine bağlı bir teknik okul açılmak üzere Rektörlüğe Maliye Bakanlığı iradesiyle teslim edildiğini açıkça göstermesi, bu tarihten itibaren Maden Fakültesi olarak kullanılan binanın, düzenleyici işlem niteliğinde olan ve Devlet, belediye ile tüm kişiler yönünden uyulması zorunlu bulunan 1977 onay tarihli imar

planı ile İTÜ Maçka kampusu sahası içinde Maden Fakültesi olarak belirlenmesi; 1954 yılından dava konusu işlem tarihine kadar üniversitenin bina üzerindeki tasarrufuna ilişkin Maliye Bakanlığının herhangi bir müdahalesinin bulunmaması; binanın Mimarlık Fakültesi olarak kullanılmasına ilişkin tadilat sözleşmesinin de 27.12.1988 tarihinde Maliye Bakanlığınca vize edilmesi karşısında durumun bir haksız el atma, fuzuli işgal olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, bu itibarla, İstanbul Teknik Üniversitesinin uhdesinde bulunan yüksek öğretim hizmetinin yürütülmesini sağlamak ve bu eğitim hizmetinin mekan olarak önemli unsurunu teşkil edecek şekilde çok uzun süre kullanıldığı tartışmasız olan binanın, 1050 sayılı Yasanın 23. maddesi gereğince katma bütçeli kurumlara tahsis yapılmasına engel düzenlemenin, 13.12.1989 tarihinde yürürlüğe giren 178 sayılı KHK'nin 13. maddesi hükmüyle bertaraf edildiği de gözönüne alındığında, Maliye Bakanlığınca üniversiteye bağlı bir teknik okul olarak kullanılmak üzere amacı belirlenmiş, kamu düzeni yönünden istikrar kazanmış fiili tahsisle kamu malı niteliğini kazanmış bulunduğu, ancak, taşınmaza kamu malı niteliğini veren sebeplerin ortadan kalkması, tahsis amacı dışında kullanımı halinde tahsisin kaldırılması suretiyle devletin özel mülkiyetinde olan mal niteliğini tekrar kazanması mümkün bulunmakta ise de; 2.11.1990 tarihinde Mahkemece mahallinde yapılan keşifte saptandığı üzere, binanın birinci bodrum katında yer alan (G) anfisi ile buna bağlı kısımların dışında kalan diğer yerlerinin kullanılmasının, Maden Fakültesinin Ayazağa Kampüsüne taşınması sonucu Mimarlık Fakültesi olarak kullanılmak üzere başlanan tadilat faaliyetlerinin davacı idarenin iradesi dışında doğan sebeplerden ötürü duraksamasından kaynaklandığı anlaşılmakta olup, bu durumun da üniversiteye bağlı bir teknik okul olarak kullanılmaya münhasır tahsis amacına aykırılık teşkil etmemesi nedeniyle binanın kamu malı niteliğinin ortadan kalkmadığı sonucuna ulaştığı gerekçeleriyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare ve davalı yanında müdahil tarafından, anılan idare mahkemesince verilen 27.3.1991 tarih ve E:1990-816 ; K : 1991-805 sayılı kararın; dava konusu taşınmazın hiçbir zaman idari bir tasarrufla Üniversiteye tahsis edilmediği, taşınılması nedeniyle binanın fiilen kullanılmaz ve boş durumda olduğu, 178 sayılı KHK uyarınca Bakanlığın kuruluşlar lehine gayri ayni hak kurmak yetkisi bulunduğu, binayı aslına ve özelliğine uygun olarak onarabilecek bir kurum olan borsaya ihtiyacı bulunması nedeniyle yapılan tahsiste mevzuata aykırılık bulunmadığı öne sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Yerinde bulunmayan temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi : Emin Celalettin Özkan

Danıştay Savcısı : öcal Beningtan

Düşüncesi : Dosya içinde mevcut Maliye ve Gümrük Bakanlığı İstanbul Defterdarlığı Milli Emlak Müdürlüğünün 2.8.1990 tarih ve 22962 sayılı yazısında, İstanbul Teknik Üniversitesinden "fiilen" maden fakültesi olarak kullanılan binanın menkul kıymetler borsası başkanlığına teslimi istenmektedir.

Yazıda kullanılan "fiilen" kullanma ibaresi önemlidir. Zira hukukumuzda "fiilen" vaziyet etme herhangi bir yasal duruma dayanmaksızın kullanma anlamına gelmektedir.

Oysaki dosya içinde mevcut diğer belgelerin incelenmesinden bahse konu binanın İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörlüğünce Maden Fakültesi olarak fiilen değil de yasal bir duruma bağlı olarak kullanıldığını açıkça ortaya koymaktadır. Şöyle ki;

28.1.1953 tarih ve 6034 sayılı "İstanbul Teknik Üniversitesine Bağlı Maden Fakültesi Binalarıyla Laboratuarlarının inşa ve Tesisi Hakkında Kanun" ile daha 1953 yılı başında, 1954, 1955, 1956, 1957 yıllarında harcama yapmaya Milli Eğitim Vekili yetkili kılınmıştır, idarenin bu kanun ile Maden Fakültesi açmaya karar verdiği her türlü izahtan açıktır. Yalnız henüz ortada bina yoktur.

idarenin bina arayışı 14.8.1954 tarihinde İstanbul Teknik Üniversitesine yazılan yazı ile sona ermiştir. Bu yazıya göre idare dava konusu binayı Maden Fakültesi olarak Rektörlüğe vermiştir. Görüldüğü gibi dava konusu bina Rektörlüğün elinde fiilen değil idarece yapılan bir işlem sonucu bulunmaktadır.

idarenin binanın rektörlüğe verilmesi yolunda beyan ettiği irade bu kadarla da kalmamıştır. 25.6.1958 tarih ve 7146 sayılı Kanunla 6034 sayılı Kanunla verilen ödenek artırılmış ve binaya 1958 yılından sonra da Maden Fakültesi olarak yatırım yapılması idare tarafından kabul edilmiştir. O zamandan günümüze kadar da yıllık bütçe kanunları ile anılan binaya Maden Fakültesi olarak ödenek tahsis edildiğinden, artık binanın rektörlük elinde maden fakültesi olarak "fiilen" bulunduğundan bahsetmek olanağı yoktur. Dava konusu bina maden fakültesi olarak rektörlüğe yasa hükümleri ile zımnen tahsislidir.

Dava konusu binanın bu günkü yasal durumu ise Kültür ve Turizm Bakanlığı Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulunun 14.5.1983 tarihli kararı ile daha da belirgin hale gelmiştir. Zira bu karar ile bina "aynen korunması gerekli eski eser" sayılmıştır. Bu şekilde korunması gerekli olan bir eski eser üzerinde sahibi olursa olsun değişiklik yapılamayacağı açıktır.

Öte yandan, şehircilik uzmanlarınca bugün şehirlerin, eğitim, öğrenim, eğlence, iş, ikametgah gibi ayrı bölümlerden meydana gelmesi kabul edilmektedir. Bu duruma göre etrafındaki çeşitli eğitim kurumları ile şehrin eğitim, öğretim bölgesi içinde yer alan binanın bir iş merkezi haline dönüştürülmesinde şehir yaşamına aykırılık da açıktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle de esasen hukuk ve yasa hükümlerine uygun olarak verilmiş olan idare Mahkemesi kararının yerinde görüldüğünden temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünüldü .

## TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince işin gereği düşünüldü :

İdare ve Vergi Mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanununun 3622 sayılı Kanun ile değişik 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı halinde mümkündür.

Bozulması istenen karar, usul ve hukuka uygun olup dilekçede ileri sürülen temyiz sebepleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddi ile bozulması islenen kararın onanmasına 27.2.1992 gününde oybirliğiyle karar verildi.

# I. T.C. DANIŞTAY 1. DAİRE E. 2004/17 K. 2004/24 T. 5.3.2004

**Hidroelektrik ve Akarsu Santralleri İle Termik Santrallerin ve TEDAŞ'a Ait Elektrik Dağıtım Bölgelerinin, Mülkiyetin Devri Suretiyle Özelleştirilmeleri Hukuken Mümkün Müdür?**

ÖZET : 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu hükümleri çerçevesinde, elektrik üretim tesislerinden hidroelektrik ve akarsu santralleri ile termik santrallerin ve TEDAŞ'a ait elektrik dağıtım bölgelerinin, mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilmelerinin hukuken mümkün olup olmadığı hakkında duraksama doğmuştur.

Elektrik dağıtım hizmetinin götürüleceği bir alan olarak tanımlanan dağıtım bölgesinin ve bu bölgede yürütülen hizmetin mülkiyete konu olabilecek taşınır veya taşınmaz mal olarak nitelendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Kaldı ki malikin mülkiyet konusu şey üzerinde herhangi bir süre kısıtlaması olmadan her türlü tasarruf hakkı da bulunmaktadır. 4628 sayılı Kanunun hükümleri uyarınca dağıtım bölgesinin belirlendiği lisansın dağıtım şirketine verilme süresinin bir defada en çok kırkdokuz yıl olması zorunluluğu nedeniyle lisansa bağlı olarak belirlenen dağıtım bölgesinin mülkiyete konu teşkil etmeyeceği, ancak, 4046 sayılı Kanunun 18 inci maddesi uyarınca TEDAŞ'a ait dağıtım bölgelerinde işletme hakkının verilmesi suretiyle dağıtım hizmeti yapma hakkının özelleştirilmesinin mümkün olduğu, sonucuna varılmıştır.

DAVA : 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu hükümleri çerçevesinde, elektrik üretim tesislerinden hidroelektrik ve akarsu santralleri ile termik santrallerin ve TEDAŞ'a ait elektrik dağıtım bölgelerinin, mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilmelerinin hukuken mümkün olup olmadığı hususunda düşülen duraksamanın giderilmesine ilişkin Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğünün 5.2.2004 günlü ve 542 sayılı yazısına ekli Özelleştirme idaresi Başkanlığının 29.12.2003 günlü ve 11692 sayılı yazısında aynen;

""4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 14'üncü maddesinde, Bakanlık, TEDAŞ Elektrik Üretim Anonim Şirketi, bunların müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri ile varlıklarının özelleştirilmesine yönelik öneri ve görüşlerini Özelleştirme Başkanlığına bildirir. Özelleştirme işlemleri, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükümleri dairesinde Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından yürütülür."" hükmü yer almaktadır.

Bu çerçevede, 2003 yılı özelleştirme programında olan ve Dünya Bankasına ve İMF'ye verilen niyet mektubunda yer alan enerji üretim ve dağıtım tesislerinin özelleştirilmesi konusunda Özelleştirme Yüksek Kurulunun 30.05.2003 tarih ve 2003/34 sayılı kararı ile 19 adet dağıtım bölgesi, 11 adet termik, 16 adet hidroelektrik ve ayrıca akarsu santralleri özelleştirme kapsamına alınmıştır. Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 13.08.2003 tarih ve 2003/44 sayılı karar, ile, ... Elektrik Üretim A.Ş. , ... Elektrik Üretim A.Ş. ve ... Elektrik Üretim Tesisinin özelleştirme kapsam ve programına alınmasına karar verilmiştir. Özelleştirme kapsamında bulunan elektrik üretim ve dağıtım tesislerinin özelleştirilmesine yönelik hazırlıklar Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ve Enerji Piyasası Kurulunca işbirliği içerisinde yürütülmektedir.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un özelleştirme yöntemleri, değer tespiti ve ihale yöntemleri başlıklı 18. maddesinin ( A ) bendinin ( a ) alt bendinde ""Kuruluşların aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimleri ile varlıklarının mülkiyetinin kısmen veya tamamen bedel karşılığı devredilmesi..."" olarak tanımlanan ""satış"" özelleştirme yöntemleri arasında sayılmıştır. Bu maddeye göre TEDAŞ ile Elektrik Üretim Anonim Şirketinin ve bunların müessese, bağlı ortaklık, iştirak, İşletme ve işletme birimleri ile varlıklarının satış yöntemi ile özelleştirilmeleri mümkün görülmektedir.

Öte yandan, 3291 sayılı Kanunun, 3974 sayılı Kanunun 1'nci maddesi ile eklenen Ek 1. maddesinde;

""Türkiye Elektrik Kurumunun mevcut veya yeniden yapılanma sonucu oluşacak teşebbüslerinin özelleştirilmesine Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının önerisi ile Bakanlar Kurulunca; Kurumun mevcut veya yeniden yapılanma sonucu oluşacak müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimlerinin özelleştirilmesine ise yine Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının önerisi ile Yüksek Planlama Kurulunca karar verilir.

Bu şekilde özelleştirilmesine karar verilen teşekkül, kuruluş, müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri tamamen özelleştirilinceye kadar 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ilgileri devam eder.

Bunların hisse ve varlıklarının satılmasına ilişkin işlemler 3291 sayılı Kanun hükümlerine göre Kamu Ortaklığı İdaresince yapılır."" hükümleri yer almaktadır. Söz konusu maddenin üçüncü fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin 09.12.1994 tarih ve 1994/43 E. 1994/42-2 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararının gerekçesinde; ""... TEK""in doğal servet ve kaynakları yerinde ( mahallinde ) kullanarak ya da onlardan yerinde yararlanarak elektrik üreten teşebbüs, müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin özelleştirilmesinde Anayasa'nın 168. maddesinde öngörülen ilkelerin gözönünde bulundurulması zorunludur. 168. maddeye göre Devlet'in olan doğal servetler ve kaynakların işletme hakkı gerçek veya tüzel kişilere ancak süreli olarak devredilebilir. TEK'in doğal servet ve kaynaklardan yararlanan üretim birimlerinin varlıklarının özelleştirilmesinde bunların yararlandıkları doğal servet kaynakların mülkiyetinin gerçek ve tüzel kişilere devri olanaksızdır. TEK'in Yasa'da öngörüldüğü gibi satış yöntemiyle özelleştirilmesi durumunda, mülkiyete bağlı işletme hakkı da süresiz olarak satın alanlara geçecektir. Buna karşılık, elektriğin üretilmesinde yararlanılan doğal servet ya da kaynağın işletme hakkının devredilmediği, yalnızca santrallerin mülkiyetinin devredildiği ileri sürülebilirse de; bu biçimde elektrik üreten TEK'in teşekkül, kuruluş, müessese, işletme ve işletme birimleri ile bunların elektrik üretiminde kullandıkları ve yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların birbirinden ayrı düşünülmesi olanaksızdır. TEK'in doğal zenginlik ve kaynaklardan yararlanarak elektrik üreten teşekkül ve birimlerinin özelleştirilmesinin, bunların yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların işletme hakkının belli süreyle devri biçiminde olması zorunludur. Bunların işletme hakkının süresiz devri biçiminde özelleştirilmeleri Anayasa'nın 168. maddesine aykırı düşer."" şeklinde değerlendirmelere yer verilmiştir. Yine, Anayasa'nın 153'üncü maddesinin son fıkrasında; Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme, yargı organları ve idare makamları ile gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesi'nin 09.12.1994 tarihli kararı 3291 sayılı Kanunun -3974 sayılı Kanun ile eklenen- Ek 1'nci maddesinin üçüncü fıkrasının iptaline ilişkindir. Anayasa Mahkemesi'nin bahse konu kararından sonra 4628 sayılı Enerji Piyasası Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile; elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı, toptan satışı, perakende satışı, perakende satış hizmeti, ithalat ve ihracatı ile bu faaliyetlerle ilişkili tüm gerçek ve tüze! kişilerin hak ve yükümlülükleri ile elektrik üretim ve dağıtım varlıklarının özelleştirilmesine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Anılan Kanunun 2'nci maddesinin ( a ) bendinin 2'nci alt bendinde, ""Özel Sektör Üretim Şirketleri"" , sahip oldukları, finansal kiralama yoluyla edindikleri veya işletme hakkını devraldıkları üretim tesisi ya da tesislerinde elektrik enerjisi üretimi ve satışı ile iştigal eden özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişiler."" şeklinde tanımlanmak suretiyle özel sektör tarafından kurulacak elektrik üretim şirketlerinin hidroelektrik veya termik santral ayrımına gidilmeksizin elektrik üretim tesislerine sahip olabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Keza, 4628 sayılı Kanunun 2'nci maddesinin ( c ) bendinde; elektrik enerjisi dağıtım faaliyetlerinin dağıtım şirketleri tarafından lisanslarında belirlenen bölgelerde yürütüleceğinden bahisle, ""lisanslarında belirtilen bölgelerdeki dağıtım tesislerini işleten ve/veya sahip olan dağıtım şirketleri..."" tanımlanmasına yer verilmek suretiyle dağıtım şirketlerinin dağıtım tesislerine sahip olabilmesine cevaz verilmiştir.

Bu durum karşısında, Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı ile bu karardan sonra yürürlüğe giren ve özel sektör tarafından, sahip oldukları elektrik üretim tesisleri ve dağıtım bölgelerinin bu alanda hizmet vermesine olanak sağlayan 4628 sayılı Enerji Piyasası Kanunu hükümleri çerçevesinde hidroelektrik ve termik santralleri ile dağıtım bölgelerinin mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilmesi konusunda Danıştay'ın istişari görüşüne ihtiyaç duyulmuştur.

Buna göre;

1- Elektrik üretim tesislerinden;

a- Hidroelektrik santrallerinin mülkiyetinin devri suretiyle özelleştirilmesinin hukuken mümkün olup olmadığı,

b- Termik santrallerin bu tesislerde kullanılan doğal kaynağın elektrik üretim tesisinden ayrılabildiği durumlar da dikkate alınarak mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilmesinin hukuken mümkün olup olmadığı,

c- Akarsu santrallerinin mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilmesinin hukuken mümkün olup olmadığı,

2- Elektrik dağıtım tesislerinden;

TEDAŞ'a ait dağıtım bölgelerinin mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilmesinin hukuken mümkün olup olmadığı, hususunda Danıştay 1. Dairesinden istişari görüş alınması hususunu takdir ve tensiplerinize arz ederim, denilmektedir.

Dairemizce yapılan çağrı üzerine gelen Enerji ye Tabii Kaynaklar Bakanlığından Hukuk Müşaviri ..., ..., Şube Müdürleri ..., ..., Elektrik Üretim Anonim Şirketinden ..., ..., Md.Yrd...., Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünden Hukuk Müşaviri ..., Av. ..., Özelleştirme İdaresi Başkanlığından ..., Şb. Müd. ..., Uzm. ..., Av. ..., Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Başkanlığından, Av. ..., ..., ..., Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketinden ..., ..., Daire Başkanları ..., ... ile Hazine Müsteşarlığından Şb. Md. ...'ın sözlü açıklamaları dinlendikten sonra,

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

KARAR : İstem, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu hükümleri çerçevesinde, elektrik üretim tesislerinden hidroelektrik ve akarsu santralleri ile termik santrallerin ve TEDAŞ'a ait elektrik dağıtım bölgelerinin, mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilmelerinin hukuken mümkün olup olmadığı hususunda düşülen duraksamanın giderilmesine ilişkindir.

28.5.1986 günlü ve 3291 sayılı Kanuna 3974 sayılı Kanunla eklenen Ek 1 inci madde, ""Türkiye Elektrik Kurumunun mevcut veya yeniden yapılanma sonucu oluşacak teşebbüslerinin özelleştirilmesine Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının önerisi ile Bakanlar Kurulunca; Kurumun mevcut veya yeniden yapılanma sonucu oluşacak müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimlerinin özelleştirilmesine ise yine Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının önerisi ile Yüksek Planlama Kurulunca karar verilir.

Bu şekilde özelleştirilmesine karar verilen teşekkül, kuruluş, müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri tamamen özelleştirilinceye kadar 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ilgileri devam eder.

Bunların hisse ve varlıklarının satılmasına ilişkin işlemler 3291 sayılı Kanun Hükümlerine göre Kamu Ortaklığı İdaresince yapılır."" hükmünü içermektedir. Maddenin son fıkrası, Anayasa Mahkemesinin 9.12.1994 günlü, E: 1994/43, K: 1994/42-2 sayılı kararıyla diğer iptal gerekçeleri yanında, ( Anayasa'nın 168. maddesinde ""Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzel kişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir."" denilmektedir. Maddeye göre, Anayasa'da doğal servetlerin ve kaynakların Devlet'in hüküm ve tasarrufu altında olduğu kabul edilerek bunların mülkiyetinin gerçek ya da tüzel kişilere devri yasaklandığı gibi, bunları arama ve işletme hakkına da sahip olan Devlet'in bu hakkını ancak belli bir süre için gerçek veya tüzelkişilere Yasa'nın açık oluru ile devredilebileceği öngörülmektedir. Anayasa'da doğal servetler ve kaynaklar için öngörülen bu hukuksal durum bunların sosyal, ekonomik ve stratejik önemlerinin doğal sonucudur.

TEK'in, doğal servet ve kaynakları yerinde ( mahallinde ) kullanarak ya da onlardan yerinde yararlanarak elektrik üreten teşebbüs, müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin özelleştirilmesinde Anayasa'nın 168. maddesinde öngörülen ilkelerin gözönünde bulundurulması zorunludur. 168. maddeye göre Devlet'in olan doğal servetler ve kaynakların işletme hakkı gerçek veya tüzelkişilere ancak süreli olarak devredilebilir. TEK'in doğal servet ve kaynaklardan yararlanan üretim birimlerinin varlıklarının özelleştirilmesinde bunların yararlandıkları doğal servet ve kaynakların mülkiyetinin gerçek ve tüzelkişilere devri olanaksızdır.

TEK'in Yasada öngörüldüğü gibi satış yöntemiyle özelleştirilmesi durumunda, mülkiyete bağlı işletme hakkı da süresiz olarak satın alanlara geçecektir. Buna karşılık, elektriğin üretilmesinde yararlanılan doğal servet ya da kaynağın işletme hakkının devredilmediği; yalnızca santrallerin mülkiyetinin devredildiği ileri sürülebilirse de; bu biçimde elektrik üreten TEK'in teşekkül, kuruluş, müessese, işletme ve işletme birimleri ile bunların elektrik

üretiminde kullandıkları ve yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların birbirinden ayrı düşünülmesi olanaksızdır.

TEK'in doğal zenginlik ve kaynaklardan yararlanarak elektrik üreten teşekkül ve birimlerinin özelleştirilmesinin, bunların yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların işletme hakkının belli süreyle devri biçiminde olması zorunludur. Bunların işletme hakkının süresiz devri biçiminde özelleştirilmeleri Anayasa'nın 168. maddesine aykırı düşer.

Ek 1. maddenin üçüncü fıkrasıyla 3291 sayılı Yasa kurallarında, TEK'in satış, kiralama ve işletme hakkının devri gibi özelleştirme yöntemleriyle buna uygun ilkelere kamu varlığının değerini belirleme biçimlerine ve özelleştirme yöntemlerinde uygulanacak hiçbir kurala yer verilmemiştir.

Bu nedenlerle, ek 1. maddenin son fıkrası ile ek 4. maddeye göre TEK'in doğal zenginlik ve kaynaklardan yararlanarak elektrik üreten teşebbüs, teşekkül, kuruluş, müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimlerinin satışında bunların yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların da işletme hakkının süresiz devredilmesine olanak verildiğinden Anayasa'nın 168. maddesine aykırıdır. İptallerine karar verilmesi gerekir, gerekçesiyle iptal edilmiştir.

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun, 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının ( a ) bendinin 4 numaralı alt bendinde, lisansların bir defada en çok kırk dokuz yıl için verileceği, 14 üncü maddesinde, özelleştirme işlemlerinin 4046 sayılı Kanun hükümleri dairesinde Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından yürütüleceği hükmü öngörülmüş, 4046 sayılı Kanunun 18 inci maddesinde, mülkiyetin devri sonucunu doğuran satış yönteminin yanında işletme hakkının verilmesi özelleştirme yöntemleri arasında gösterilmiş, 2 nci maddesinin birinci fıkrasının ( h ) bendinde de, tabii kaynakların belli bir süre için sadece işletme hakkının verilmesi suretiyle özelleştirileceği ilkesine yer verilmiştir.

Yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararı ile yasa hükümleri çerçevesinde istişari düşünce istemine ilişkin hususlar incelendiğinde;

1. Hidroelektrik ve akarsu santrallerinin elektrik üretiminde yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynaklardan ayrı düşünülmesi olanaksızdır. Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere Anayasanın 168 inci maddesi hükmüne göre devletin hüküm ve tasarrufu altında olan doğal servetler ve kaynakların mülkiyetlerinin devri sözkonusu olamaz, ancak bunların işletme hakkı gerçek ve tüzelkişilere süreli olarak verilebilir. Bu nedenle doğal servet ve kaynaklardan olan sudan yararlanarak üretim yapan hidroelektrik ve akarsu santralleri doğal servet ve kaynaklardan ayrı düşünülemeyeceğinden bunların mülkiyetin devri yoluyla özelleştirilmelerinin mümkün olmadığı,

2. Termik santrallerin enerji üretiminde kullandıkları doğal kaynaklardan olan madenlerin, Anayasanın 168 inci maddesine göre Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu, bunların 3213 sayılı Maden Kanunu hükümlerine göre işletilebileceği, yine bu Kanunun 4 üncü maddesine göre de, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan madenlerin, içinde bulundukları arzın mülkiyetine tabi olmadığı vurgulanmıştır. Bu durumda, madenler üzerinde hiçbir gerçek kişi, özel hukuk tüzelkişisi veya kamu tüzelkişisinin mülkiyet hakkının bulunması mümkün değildir. Bu nedenle, içinde bulunduğu arzın mülkiyetine tabi olmayan madenin, bu madeni kullanan termik santralin mülkiyetine dahil olduğunu kabul etmek olanaklı değildir. Başka bir deyimle termik santral ile kullandığı doğal kaynağın mülkiyetlerinin birbirleriyle ilgisi

olmadığından, termik santrallerin doğal kaynaktan ayrı olarak mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilmelerinde hukuka aykırılık bulunmadığı,

3. 3096 sayılı Kanunla elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımına ilişkin hizmetlerin Bakanlar Kurulunca önceden belirlenen bölgelerde görevlendirilen şirketlerce yürütüleceği öngörülmüştür. 4628 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin dördüncü fıkrasının ( c ) bendinde, elektrik enerjisi dağıtım faaliyetlerinin, dağıtım şirketleri tarafından lisanslarında belirlenen bölgelerde yürütüleceği, 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının ( a ) bendinin ( 4 ) numaralı alt bendinde, lisanların bir defada en çok kırkdokuz yıl için verileceği hükme bağlanmış, Elektrik Piyasası Dağıtım Yönetmeliğinde de dağıtım bölgesinin, bir dağıtım lisansında tanımlanan bölgeyi ifade ettiği belirtilmiştir.

SONUÇ : Bu hükümlere göre, elektrik dağıtım hizmetinin götürüleceği bir alan olarak tanımlanan dağıtım bölgesinin ve bu bölgede yürütülen hizmetin mülkiyete konu olabilecek taşınır veya taşınmaz mal olarak nitelendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Kaldı ki malikin mülkiyet konusu şey üzerinde herhangi bir süre kısıtlaması olmadan her türlü tasarruf hakkı da bulunmaktadır. 4628 sayılı Kanunun yukarıda açıklanan hükümleri uyarınca dağıtım bölgesinin belirlendiği lisansın dağıtım şirketine verilme süresinin bir defada en çok kırkdokuz yıl olması zorunluluğu nedeniyle lisansa bağlı olarak belirlenen dağıtım bölgesinin mülkiyete konu teşkil etmeyeceği, ancak, 4046 sayılı Kanunun 18 inci maddesi uyarınca TEDAŞ'a ait dağıtım bölgelerinde işletme hakkının verilmesi suretiyle dağıtım hizmeti yapma hakkının özelleştirilmesinin mümkün olduğu, sonucuna varılarak dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 5.3.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.