

BELEDİYE ŞİRKETLERİNİN ÖZELLEŞTİRİLMESİ SÜRECİNDE BAZI HUKUKİ SORUNLAR

Ali İhsan ÖZTÜRK¹

ÖZET

Belediye şirketlerinin özelleştirilmesi, konuyla ilgili özel kanun kapsamına alınmış, ancak Özelleştirme İdaresi yerine kendi organlarıyla yürütülmesi öngörülmüştür. Özelleştirme mevzuatının düzenlenmesi esnasında, gerek kanun gerekse ikincil mevzuatta, mahalli idareler dikkate alınmamıştır. Belediye şirketlerinin özelleştirilmesi uygulamasıyla ilgili yeterli tecrübe ve yargı içtihatları henüz gelişmemiştir. Bu nedenle uygulamada bir çok hukuki tereddütler oluşmaktadır. Yerel yönetimlerin idari özerkliği ilkesi çerçevesinde, konuyla ilgili yasal düzenleme yapılması gerekmektedir. Belediyelerin şirketlerdeki hisselerini özelleştirmek için özel bir kanuna gerek bulunmamaktadır. Diğer kamu mal varlıklarının satışında kullanılan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, şirket hisselerinin satışı için de uygundur. Bu kanunda yapılacak çok kısa bir düzenleme ile, kanun özelleştirme işlemlerinde de uygulanabilecektir.

Anahtar kelimeler: Özelleştirme, belediye şirketleri, kamu hizmeti.

SOME LEGAL PROBLEMS DURING THE PRIVATISATION OF MUNICIPALITY AFFILIATES

ABSTRACT

Privatisation of municipality affiliates have been regulated in general privatisation law, but instead Privatisation Administration, it have regulated to carry out by their organs. During regulating of privatisation, -in law or in secondary laws- local administration haven't been taken into consideration. There is not enough experiences about privatisation of municipality affiliates and justice interpretations. So that it coming into being a lot of local hesitations in practice. As a result, it must be making new regulations about this subject, in extent of local administration's autonomy. It is not necessary to make a special law, for privatisation of municipality affiliates. 2886 numbered State Awarding Law which using for selling other state properties, is suitable for privatisation of municipality affiliates. By making a short change in this law, it would be using privatisation procedure.

Keywords: Privatisation, municipality affiliates, public service.

¹ Dr. İstanbul Büyükşehir Belediyesi, Teftiş Kurulu Başkanlığı. ihsanozturk61@gmail.com

1. GİRİŞ

Özelleştirmeyi, iktisadi hayattaki teşebbüslerin mülkiyet ve denetimini, kamu kesiminden özel kesime aktarmak olarak tanımlayabiliriz. İnsan ihtiyaçlarının karşılanmasında, özel kişi ve kuruluşlara daha çok, kamu kurumlarına daha az dayanma olarak da ifade edilebilmektedir. (Savas, 1994:3) Özelleştirme kavramı ilk olarak 1969 yılında kullanıldığına göre, (Öztürk, 2005) sosyal bilimler terminolojisinde oldukça genç sayılabilecek bir kavramdır. Tarihin çeşitli dönemlerinde, hemen her ülkede, kamu mülkiyetindeki birimlerin, özel sektöre devri söz konusu olduğu halde, bu devirlerden hiç birisi “özelleştirme” olarak adlandırılmamıştır. Özelleştirme, basit bir mülkiyet veya yönetim transferinin ötesinde, bütün bir iktisadi organizasyonu, serbest piyasa mekanizmasına göre işleyen yapıya kavuşturmak ve bunun için gerekli dönüşümü sağlamaktır. Bütün bu unsurlar özelleştirmenin geniş anlamda tanımıyla ilgilidir. (Öztürk, 2005) Dar anlamda özelleştirme, mülkiyeti ve yönetimi kamuya ait olan iktisadi üretim birimlerinin özel sektöre devridir. Bu devir, genel olarak ya iktisadi birime ait hisse senetlerinin halka arzı, ya da iktisadi birimin bir bütün olarak (blok satış) kişi ya da kurumlara satışı yoluyla gerçekleşmektedir.

Özelleştirme, başka ülkelerde olduğu gibi, ülkemizde de son çeyrek yüzyılda gündeme damgasını vurmuş ve halen güncelliğini koruyan kavramlardandır. Belediye şirketlerinin (BİT) özelleştirilmesi, Kamu İktisadi Teşebbüslerinin (KİT) özelleştirilmesi uygulamasından daha sonra gündeme gelmiş ve daha güncel bir konudur. Belediyelerin ülke nüfusunun % 85’den fazlasına hitap etmesi ve kamu hizmeti anlayışının gün geçtikçe genişleyen bir kavram olması nedeniyle, belediyelerin hizmet türleri artmaktadır. Bu durum da hizmet sunma yöntemlerinin çeşitlenmesine ve hizmet özelleştirmesi yanında belediyelerde şirketleşme uygulamasına dinamik bir özellik kazandırmaktadır.

Bu çalışmada, ülkemizde belediyelerin sahip oldukları şirketlerdeki hisselerinin özelleştirilmesi sürecinde, karşılaşılan temel hukuki sorunlar ele alınacak ve değerlendirmelerde bulunulacaktır. Konunun akademik düzeyde ele alınarak irdelenmesi, normatif yapı ve yürütme ile yargının uygulama ve yorumlarının tartışılmasını sağlayarak, hem uygulamacılara yol gösterme hem de mevzuat düzenleyicilerin dikkatini çekerek yapılacak düzenlemelerle bu sorunların giderilmesine vesile olması açısından pratik bir önem de taşımaktadır. Ayrıca merkezi bürokrasi ve onun bir parçası durumunda olduğu görülen düzenleyici kurumların, yerel yönetimlerin özerkliği yönünde yapılan düzenlemeleri, ikincil mevzuatla nasıl etkisizleştirdiği örneklendirilmiş olacaktır.

Ülkemizde özelleştirme uygulamaları 1980’li yıllarla birlikte gündeme gelmişti. 1990’larda, sosyalist rejimden serbest piyasa ekonomisine geçen ülkeler özelleştirmelerini tamamlamasına rağmen, ülkemizde 80’li yılların başında özelleştirmeye hazır olan kuruluşların bile çeyrek asırlık süre içerisinde özelleştirmelerinin tamamlanamamasının nedeni, hukuki sorunlardı. Yani ülkemizde özelleştirme her şeyden ziyade bir hukuki sorun haline getirildi. Konunun hukuki

sorun haline getirilmesinin bir nedeni ülkemizdeki siyasi muhalefet anlayışı olsa da, (Yaşar, 2005: 87) mevzuat düzenlemelerindeki yaklaşımın buna nasıl çanak tutacak bir nitelik gösterdiği çalışmamızda ortaya konmaya çalışılacaktır.

Böylece, merkezi bürokrasinin, diğer birçok konuda olduğu gibi, özelleştirme işlemleriyle ilgili ikincil mevzuatın hazırlanmasında, belediyelerin, idari özerkliğinin engellenmesindeki etkisini irdelemeyi hedeflemekteyiz.

Çalışmamızda ele alınacak sorunlar, İl Özel İdarelerine ait şirketlerin özelleştirilmesi açısından da geçerlidir. Ancak her ne kadar İl Özel İdareleri anayasamızda mahalli idare olarak yer almış ve yeni kanunla biraz daha mahalli bir kurum olma nitelikleri artmasına rağmen, yatırımlarından bir çoğunu merkezi idareye ait kurumların bütçelerinden yapılan aktarmalarla gerçekleştirmeleri ve en önemlisi de icra organı olan valilerin merkezi bir bürokrat olması nedeniyle, ülkemizde başlangıçtan beri kabul görmüş ve istikrar kazanmış esas mahalli idare kurumunun belediyeler olduğundan, değerlendirmelerimiz belediye kurumu üzerinden yapılacaktır.

Ülkemizde belediyelerin, hizmet özelleştirmelerinde deneyimi, bazı yazarların söylediğinin aksine, (Akalin, 1994:15) diğer kurumlardan az olmamakla birlikte, şirketlerin, özelleştirme hukukuna göre satışı, yani BİT'lerin özelleştirilmesi işlemi yeni bir uygulamadır.

2. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Özelleştirme kavramının oldukça geniş bir çerçevesi bulunmaktadır. Ancak öncelikle şirket hisselerinin özelleştirilmesi ile diğer özelleştirme kavramları arasındaki farkı vurgulamak gerekmektedir. Çünkü şirketlerin özelleştirilmesi sürecinde, özelleştirmenin rekabet açısından değerlendirilmesi yapılırken, şirket hisselerinin özelleştirilmesi ile hizmetin özelleştirilmesi karıştırılarak özelleştirmeyi etkileyecek sonuçlara varılabilmektedir.

Belediyelerin şirket kurmasını bir özelleştirme yöntemi olarak kabul eden bir yaklaşım bulunmakla birlikte, (Eryılmaz-Eken,1990:68) bunun gerekçesi ortaya konulmamıştır. Belediyeleri şirket kurmaya iten nedenlerle, diğer usullerle kamu hizmetini özel sektöre gördürmenin (genel anlamda özelleştirme) nedenleri örtüşebilmektedir. Kanaatimizce bazı hizmetleri yürütmek üzere şirket kurmanın, özelleştirme yöntemi olarak değerlendirilebilmesi, belediyeler tarafından kurulan şirketlerin Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) tabi olarak faaliyet göstermeleriyle alakalıdır aynı zamanda. Oysa anonim şirket unvanıyla kurulmuş olsa da, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye (KHK) tabi olan KİT'lerle belediye şirketleri arasında fark bulunmaktadır. Belediye şirketleri, kuruluşta Bakanlar Kurulundan ön izin alınması dışında, TTK'ya tabi olarak faaliyet göstermektedir. Her ne kadar son yıllarda Kamu İhale Kanunu, Sayıştay denetimi gibi kamu kurum ve kuruluşlarının tabi olduğu statülerin birçoğu belediye şirketlerine teşmil edilmiş olsa da, belediye şirketleri TTK hükümlerine tabi olmaya devam etmektedir.

Belediyelerin kurduğu ya da ortak olduğu şirketler için iştirak kavramı da kullanılmaktadır. Hatta belediyelerin kendi hissedar oldukları şirketlerle ilgili birimler, İştirakler yada İşletme ve İştirakler gibi unvanlarla kurulmaktadır. Norm Kadro uygulamasından sonra, İçişleri Bakanlığı'nca yayınlanan yönetmelik tarafından bu birim unvanları tespit edildiğinden, bunların dışında bir adla birim kurma imkânı da artık bulunmamaktadır. (RG, 2008) Böylece genel olarak iştirak tabiri bütün belediye şirketleri için kullanılmış olmaktadır. Bazı yazarlar iştirak tabirinin, sermayesinin yarısından fazlası belediyeye ait olmayan yada yönetimi belediyenin elinde bulunmayan şirketler için kullanılmasının uygun olacağını ileri sürmektedir. (Bozlağan, 2004: 1) Oysa bilinmektedir ki bu tanımlama, 233 sayılı KHK'nin tanımlar başlıklı 2'nci maddesinde bulunmaktadır. Buna göre, İştirak; iktisadi devlet teşekküllerinin veya kamu iktisadi kuruluşlarının yada bağlı ortaklıklarının, sermayelerinin en az yüzde onbeşine, en çok yüzde ellisine sahip buldukları anonim şirketleri ifade etmektedir. (RG, 1984) Bu yasal düzenlemenin, belediye iktisadi teşebbüslerini kapsamadığı ise çok açıktır. Ayrıca 4046 sayılı kanunun 26'ncı maddesinde de belediyelerin ticari amaçlı kuruluşları ile pay oranlarına bakılmaksızın her türlü iştiraklerindeki paylarının özelleştirilmesinin bu kanuna göre yapılacağı ifade edilirken, pay oranlarından bağımsız olarak, belediyelerin hissedar oldukları şirketlere belediye iştiraki denilmektedir. (RG, 1994a) Bu konudaki kavram kargaşasının bir nedeni de BİT'ler için kanuni bir düzenleme bulunmamasıdır.

Özelleştirmeye ilgili hukuki sorunlardan biri ve BİT'leri özelleştirmenin hukuki gerekçesi açısından değerlendirilmesi gereken önemli bir nokta da; genel olarak BİT'lerin, KİT'ler gibi kanuni bir hükme istinaden doğal tekel niteliğinde mal ve hizmet üreten kuruluşlar olmadığıdır. BİT'lere KİT'lere benzetilerek BİT denildiği halde, temel kuruluş amaç ve fonksiyonları çok farklıdır. KİT'ler, devletin temel görev ve işlevleri arasında yer almayan, ek faaliyetlerden olan, iktisadi faaliyetleri yürütmek üzere kurulmuş bulunmalarına rağmen, BİT'ler, kanuna göre belediye görevlerinden bir kısmını yürütmek üzere kurulabilmektedirler. Eski belediye kanununda, belediyeler, kamu hizmeti için şirketler kurabildiği gibi, yerel iktisadi girişimlerde de bulunabileceklerdi. Bugün, belediye görev ve hizmeti kapsamına girmeyen işletme niteliğindeki bazı belediye iştiraklerinin dayanağı da bu kanun hükmüydü.

Nitelik olarak KİT'lere benzeyen yani doğal tekel niteliğinde mal ve hizmet üreten kuruluşlar olan İSKİ, ASKİ gibi büyükşehirlerin su ve kanalizasyon idareleri ve İETT, EGO, ESHOT gibi her biri ayrı bir kanunla kurulmuş belediyelere bağlı genel müdürlük şeklindeki işletmeler de, 4046 sayılı kanunun özelleştirme mantığına uyan kuruluşlardır. (Akalin, 1994: 17) Ancak büyükşehir belediyelerinin, özel bütçeli, müstakil tüzel kişiliğe sahip bu tür bağlı kuruluşlarının kanunları kaldırılmadığı yada değiştirilmediği sürece, özelleştirilmesi mümkün değildir. 4046 sayılı kanunun 15'nci maddesine göre; kamu hizmeti gören kuruluşların mülkiyet devri suretiyle özelleştirilmesi halinde ayrı kanunlarla düzenleme yapılması gerekmektedir.

“Belediyelerin, özel hukuk hükümlerine göre kurulu bağlı kuruluşları” ibaresi, (Yasin,2007:210) hukuken doğru değildir. Özel hukuk hükümlerine göre kurulanlar kuruluş değil iştiraktır. İstanbul örneğinde İSKİ ve İETT gibi bağlı kuruluşlar, bölünebilir mal ve hizmet üreten kuruluşlar olmasına rağmen ve başlangıçtaki durumun aksine, bütün kamu idari mevzuatına (ihale, Sayıştay denetimi, memur mevzuatı vb) tabi kılınmışlardır. Oysa ilk kuruluşlarında bu mevzuata tabi olmayıp, şirket mantığına benzer şekilde düşünülüp örgütlenmişlerdi.

3. BİT'LERİ ÖZELLEŞTİRMENİN HUKUKİ ÇERÇEVESİ

Ülkemizde kamuya ait malvarlıklarının satılması hakkındaki yasal dayanaklar, özelleştirme işlemleri açısından yeterli ve geçerli kabul edilmeyerek, 1980'li yılların başında özelleştirme teşebbüsleriyle birlikte, 2983 sayılı kanunla ilk kanuni dayanak ortaya çıkmıştır. Ancak bu konuda güçlü bir irade ortaya konulamamış olması, sorunun KHK'lerle halledilmeye çalışılması ve Anayasa Mahkemesinin engelleyici yaklaşımları nedeniyle özelleştirmede sonuç alıcı bir hukuki alt yapı oluşmamıştır. (Eriş, 1995: 62)

3291 sayılı, KİT'lerin Özelleştirilmesi hakkında kanununun 3'ncü maddesiyle, kamu tüzel kişilerinin iştiraklerindeki paylarının özelleştirilmesi, ÖİB'nin teklifi ve ÖYK'nın kararına bağlanırken, mahalli idarelerin iştirakleri hariç tutulmaktaydı.

Bu arada özellikle İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin (İBB) iştirak hisseleriyle ilgili bir Bakanlar Kurulu Kararından söz etmek gerekmektedir. Migros A.Ş.'deki belediye hisselerinin satışıyla ilgili, 10.11.1993 tarih ve 1993/5003 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla, İBB'nin halka açık şirketlerinin hisselerinin satışında, 2886 sayılı kanunun uygulanmaması, aynı kanununun 89'ncü maddesine göre kararlaştırılmaktaydı. (Dilek-Koca, 1994/a:473)

Nihayet, 1994 tarih ve 4046 sayılı *Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun* (4046 sayılı kanun) çıkarılmış olup, bir takım siyasi dengeleri gözetmeyi hedeflediğinden ve Anayasa Mahkemesini de tatmin etme gayretleri yüzünden, problemler içeren bu kanun, belediye şirketlerinin özelleştirilmesini de kapsamaktadır. (Çarıkçı, 1995:56)

Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımları sonucunda, özelleştirmeye ilgili anayasal düzenleme yapılması gerekmiş ve 1999 yılında, devletleştirmeyi düzenleyen anayasa maddesine özelleştirme ilave edilmiştir. Buna göre, devlet, KİT ve diğer kamu tüzelkişilerinin işletme ve malvarlıklarının özelleştirilmesinin esas ve usulleri özel kanunla düzenlenecek olup, hizmet özelleştirmesi de kanunla düzenlenecektir. Böylece 4046 sayılı kanunun anayasal dayanağı, beş yıl sonra, kanundaki esas ve usul ibareleriyle, 4446 sayılı kanunla anayasaya eklenmekteydi.

4046 sayılı kanununun 1'nci maddesinin (e) bendindeki düzenlemeye göre; “Belediye ve il özel idarelerine ait ticari amaçlı kuruluşlar ile pay oranlarına bakılmaksızın her türlü iştiraklerindeki paylarının,” özelleştirilmesi, bu kanundaki esaslara göre yapılacaktır. Öncelikle Anayasanın 127'nci maddesine göre, mahalli idareler

üzerinde, kamu yönetiminde birlik sağlama amacıyla, kanuna istinaden düzenleme yapılabileceğinden, bu düzenlemenin anayasaya uygun olduğu rahatlıkla görülmektedir. Kamu hizmeti kuruluşlarının, ticari amaç gütmedikleri için 4046 sayılı kanun kapsamında özelleştirilemeyeceğini savunmak (Yasin,2007:210) dayanaktan yoksun bulunmaktadır. Zaten belediyelerin şirket kurabilmesi, yürütmekle sorumlu oldukları görev ve hizmetlerden bir kısmını ifa etmek amacıyla mümkün olabilmektedir. Belediye görev ve hizmeti olmayan bir işle ilgili belediyelerin şirket kurabilmeleri ya da kurulmuş şirketlere iştirak edebilmeleri artık 5393 sayılı yeni belediye kanunumuzun 70'nci maddesine göre hukuken mümkün bulunmamaktadır. Bu husus, şirket kurma konusunda izin makamı olan Bakanlar Kurulu ve Ticaret Sicil Memurluğu tarafından irdelenecek ve hukuki denetime tabi olacaktır. Yukarıda belirtilen 4046 sayılı kanundaki ticari amaçlı kuruluş ibaresi, 1580 sayılı eski Belediye Kanunu'ndaki, (RG, 1930) belediyelerin her türlü girişimde bulunabilecekleri hükmüne uygun konulmuştur.

Belediye mevzuatı açısından BİT'lerin özelleştirilmesine gelince, şirketlerden bir kısmı belediyenin tasarruf ve mülkiyetinde bulunan bazı işletme faaliyetlerini yürütmek üzere kurulmuştur. Asfalt fabrikalarını işletmek üzere kurulan ve asfalt teknolojisini üretim ve uygulama alanında geliştirmiş, bu alanda uzmanlaşmış, yada beton elemanları, şehir mobilyaları üretim tesisleri işletme ve uygulama hizmetlerinde uzmanlaşmış şirketler olabildiği gibi, bazı knowhowlara sahip teknoloji şirketleri yada belediyelerin elinde bulunan doğal tekelleri işleten şirketler olabilmektedir.

Belediyelerin şirket kurmasıyla, belediye hizmetlerinin doğrudan şirketin sorumluluğuna geçmeyeceği açıktır. Şirket kendisini belediyenin yerine koyamaz. Belediyeler, kamu hizmetlerini özel kişilere, kendilerinin kurduğu ya da ortağı olduğu şirkete gördürmek istiyorsa, bunu kanuni usullere göre gerçekleştirme durumundadır. (Ulusoy-Vural,2003:130)

Şirketlerin çoğunluğu, belli dönemler için, belediyeden, belediyenin sahip olduğu tesis ve mal varlıklarını, ihaleyle ve özel sektör firmalarıyla yarışarak kiralayan şirketlerdir. Büyükşehir Belediyeleri bazı işleri ihale yapılmaksızın şirketlerine verebilmektedir. Bunlar 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu ilk çıktığında, park ve bahçelerle sınırlı iken, 2011 yılında yapılan değişiklikle, sosyal tesisleri, hafriyat sahaları, toplu ulaşım hizmetleri de bu istisnaya dahil edilmiştir. (RG,2011) Kanuna göre işletmek üzere meclis kararıyla belirlenecek bir bedel karşılığında bu yerlerin işletilmesini, belediyeler kendilerine ait şirketlere kiralayabilmektedir.

Belediye kanunlarımıza göre BİT özelleştirilmesinde yetkili organ ve kurulların tespiti gerekmektedir. Aslında belediye kanunlarımızda belediye organlarının görevleri açıkça belirlenmiştir.

4. BİT'LERİN ÖZELLEŞTİRİLMESİNDE YETKİ

4046 sayılı kanunun, Özelleştirme Yüksek Kurulu (ÖYK) ve Görevleri başlıklı 3'ncü maddesinde, Kurulun görevleri sayılırken, (a) bendinde "Bu Kanunun 1 inci maddesinde sayılan kuruluşların "Özelleştirme kapsamına" alınmasına"... karar verme görevi Yüksek Kurula verilmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere, kanunun 1'nci maddesinde, belediye şirketlerinin bu kanuna göre özelleştirileceği düzenlenmiş olduğundan, ilk bakışta ÖYK'nun, mahalli idarelerin özelleştirme işlemlerinde de yetkili olduğu izlenimi doğmaktadır. Oysa 4046 sayılı kanunun 17. maddesinde, ÖYK'nun özelleştirme kapsam ve programına alma yetkisine sahip olduğu kuruluşlar arasında, mahalli idarelerin şirket ve teşebbüsleri bulunmamaktadır. Buna rağmen, bazen aksi yönde yargı kararı verilebilmektedir.² Kanundaki bu karmaşık düzenlemenin değiştirilmesi gerekmektedir. Bu düzenleme olmasaydı, idari işlemlerin, geri alınması, kaldırılması yada değiştirilmesinin, işlemin ilk tesis edilmesindeki usul ve süreç izlenerek yapılmasını ifade eden, *usulde paralellik ilkesi*; belediye şirketlerinin özelleştirilmesinin, şirketlerin kuruluş sürecindeki işleme benzer şekilde, Belediye Meclisi kararı ve Bakanlar Kurulu onayı ile mi olması gerekecekti? Zira Anayasa Mahkemesi, idare hukukunda geçerli olan bu ilkeyi, bir kararıyla anayasa yorumunda geçerli bir ilke olarak kabul etmektedir.(danistay.gov.tr)

5. ÖZELLEŞTİRME İLE İLGİLİ GENEL DÜZENLEYİCİ İŞLEM YETKİSİ

Anayasamızın 124. Maddesine göre, kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Buradaki görev alanları ibaresini nasıl yorumlamak gerekir? Belediyelerin özelleştirme yapması kendi görevleri arasında sayılabilir mi? Özelleştirme yapmak, Özelleştirme İdaresi dışındaki kurumlar için münhasır bir görev olmamakla birlikte, belediyelerin kendi kanunlarında, şirket kurmak ve şirket hisselerini özelleştirme görevinden bahsedilmektedir. Öte yandan, 4046 sayılı kanunun 37'nci maddesinin (b) bendinde; bu kanun hükümleri gereğince yapılacak uygulamalar ile ihale usullerine ilişkin esasların Özelleştirme İdaresince çıkarılacak yönetmeliklerle; yine alınacak danışmanlık hizmetlerine ilişkin esas ve usullerin ise Kamu İhale Kurumunun uygun görüşü üzerine ÖİB'nin çıkaracağı yönetmelikle belirleneceği ifade edilmektedir. Böylece kanunla özelleştirmenin ikincil mevzuatını düzenleme yetki ve görevi, ÖİB'na verilmiş bulunmaktadır. Aynı kanunun 26'nci maddesiyle belediye şirketlerinin özelleştirilmesine ilişkin işlemlerin bu kanundaki esaslara göre, yetkili organlarınca belirlenip yürütüleceği hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Buradaki *belirleme* yetkisi, belediyelere konuyla ilgili yönetmelik yapma hakkını verir mi? Kanaatimizce, kanunun yukarıda belirtmiş olduğumuz açık hükmü konuyla ilgili genel yönetmelikleri yapma görevini ÖİB'na vermiş bulunduğundan, anılan idare

² İDO özelleştirilmesine karşı sendika tarafından açılan davayla ilgili, İstanbul İdare Mahkemesinin karar gerekçesine bakılabilir.

mahalli idarelerin yapısını da dikkate alarak bu yönetmelikleri hazırlamak durumundadır. Belediyeler, anayasanın yukarıda ifade etmiş olduğumuz hükmüne göre kendi görev alanlarıyla ilgili yönetmelik yapabileceklerine göre, hiyerarşik bakımdan daha üst bir hukuki metin olan anayasadan alınan bu yetkiye istinaden, şirketlerin özelleştirilmesi konusunda ihtiyaç duydukları genel düzenleyici işlemleri yönetmelik çıkararak yapabilmeleri gerektiği düşünülebilir. Ancak kanun koyucunun, belli bir kuruma bir konuda ikincil düzenleme yapma yetkisi verdiği konular yine Anayasamızın 127'nci maddesindeki yönetimde birlik ve bütünlük sağlama amacıyla mahalli idareleri kapsayıcı düzenlemeleri, vesayet hukukunun bir gereği olarak yapabilme kapsamına girer. Özelleştirme gibi özellik arz eden ve kanun koyucunun da özel bir önem vererek düzenleme yaptığı bir konunun, yönetimde bütünlük sağlama çerçevesine gireceği açıktır. Dolayısıyla her mahalli idarenin ayrı ayrı yönetmelik yapması yerine, bu konuda mahalli idarelerin ihtiyaçlarını karşılayan ikincil mevzuatın, kanunla yetki verilen mütehassıs kurumca yapılması, hukuka uygun olacaktır. Fiili durumda mevcut yönetmeliklerin, aşağıda yeri geldiğinde değinileceği üzere, mahalli idarelerin yapısına ve ihtiyaçlarına uygun olmadığı ise açıktır. Bu durumda belediyelerin ÖİB'nca çıkarılan yönetmeliklere aykırı olmamak üzere ve aynı başlıkla düzenleme yapılmamasına dikkat edilerek, genel düzenleyici işlem (yönetmelik veya yönerge gibi) yaparak özelleştirme yapabilmeleri mümkün görünmektedir. Ancak bu düzenleme yetkisinin dayanağı 4046 sayılı kanunun 26'ncı maddesindeki "belirler" ibaresi değil, Anayasamızın belirtilen 124. maddesi hükmüdür.

6. BELEDİyelerCE AYNI HAK TESİSİ

4046 sayılı kanunun 18'nci maddesinde, Özelleştirme programına alınan kuruluşların özelleştirilmesine ilişkin olarak özelleştirme yöntemleri, değer tespiti ve ihale usulleri belirtilmiş olup, *Özelleştirme Yöntemleri* alt başlığını taşıyan (A) Fıkrasında; Özelleştirme programına alınan kuruluşların belirtilen yöntemlerden birinin veya birkaçının birlikte uygulanması suretiyle özelleştirileceği ifade edilmektedir. Bunlardan birisi (d) bendinde açıklanan; mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi olup; Kuruluşların mal ve hizmet üretim birimleri ile varlıklarının, mülkiyeti ilgili kuruluşa ait olmak üzere, Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen şekil ve şartlarla, malikin kullanım hakkına ilişkin bazı tasarruflara rıza gösterilmesine veya malikin mülkiyete bağlı haklarını kullanmasından vazgeçmesi sonucunu doğurmasına ilişkin hakların tesisi olarak açıklanmaktadır.

Belediyelerin mülkiyetin gayri ayni hak tesisine salahiyeti olup olmadığına gelince, 4046 sayılı kanun özel bir kanun olup, kanunun kapsamına belediye iktisadi teşebbüslerinin özelleştirmesi de girmektedir. Yine yukarıda belirtildiği üzere kanunun 26'ncı maddesine göre; Belediye şirketlerinin özelleştirilmesine ilişkin işlemler bu kanundaki esaslara göre, yetkili organlarınca belirlenip yürütüleceğine göre, özel kanundaki bu yetkiden belediyelerin faydalanarak mülkiyetin gayri ayni hak tesis edebilecekleri rahatlıkla söylenebilecektir.

7. ÖZELLEŞTİRME YETKİSİNİN MUTLAKLIĞI

7.1. Diğer Hissedarların Hisselerinin Satışı/Birlikte Satış

Kamu hukukumuzda yetki, açık bir yasal düzenleme bulunmadığı takdirde devredilememektedir. Belediye şirketlerinin, 233 sayılı KHK'ya tabi olmadığı yukarıda izah edilmişti. Kurulustaki Bakanlar Kurulu izni şartı dışında, belediyelerin şirket kurması TTK'ya tabidir. Anonim Şirketlerde en az 5 ortağın varlığı gerekmekte olduğundan, özelleştirilecek bir belediye şirketine hissesi bulunan diğer hissedarların hisselerinin birlikte satışı talep edildiği takdirde, özelleştirme sürecinde nasıl bir prosedür izlenmelidirler?

Şirketin özelleştirilmesi süreci, ihaleyi kazanan şirket ile şirket hissedarları arasında hisse satış sözleşmesi imzalanması ve bu sözleşme ile eşzamanlı olarak- eğer ihraç edilmişse- hisse senedi veya hisse senedi yerine geçmek üzere çıkarılmış nama yazılı muvakkat ilmühaberlerin ihaleyi kazanan ciro ve teslim yolu ile devredilmesiyle gerçekleştirilecektir. Esasen bu işlemleri, her ortağın, kendi tabi olduğu hukuka göre yapması gerekir. Ancak anılan işlemlerin tek elden Belediye tarafından yapılabilmesi için şirkette hissesi bulunan tüzel kişi hissedarlar, şirketin hisselerinin özelleştirileceği ihalenin sonucunda, o hissedarın şirkette bulunan hisselerinin tamamının ihaleyi kazanan devredilmesi ve hisselerin devir ve temlikleriyle ilgili her türlü işlemin yapılması hususunda, Belediye'yi yetkili kılabilirler. Pratikte, bunun için bir Yönetim Kurulu kararı alıp, bu kararın bir örneğini- bilgi odasına da konmak üzere- Belediye'ye teslim edeceklerdir. Gerçek kişi hissedarların ise aynı içeriğe sahip vekâletname düzenleyerek vekâletnamenin bir örneğini Belediye'ye teslim etmesi gerekecektir.

7.2. Özelleştirmenin Başka Kurumlarca Yapılması

Belediyeye ait bir iştirakin hisselerinin özelleştirilmesinin, 4046 sayılı kanunun 26'ncı maddesine göre, belediyelerin kendi kanunlarında öngörülen organlar eliyle ve 4046 sayılı kanun hükümleri uygulanarak yürütüleceği açıktır. Belediye meclisi tarafından özelleştirme kapsam ve programına alınan bir iştirakin özelleştirme uygulamasının ÖİB'na devredilerek yapılabilmesi mümkün müdür?

Ankara Büyükşehir Belediyesi'nin iştiraki olan Başkent Doğalgaz Dağıtım A.Ş.'nin özelleştirilmesi işlemlerinin ÖİB tarafından yürütülebilmesi için, 25.05.2007 tarih ve 5669 sayılı kanunla 4046 sayılı kanunun Geçici 3'ncü maddesine yeni bir bent (e bendi) eklenmiştir. Anılan kanun hükmüyle, bu istisnai özelleştirme uygulamasının yapılabilmesi için bütün ayrıntılar düzenlenmiştir. (RG,2007)

Kanunda münhasır olarak düzenlenmiş görev ve yetkilerin başka kurumlara devredilebilmesi ya da sözleşme yapılarak başka kurumlara yaptırılabilmesi için, yetkiyi devreden ve devralan açısından yasal dayanak gerekmektedir. Açık bir dayanak bulunmadan yapılabilecek yetki aktarımı işlemleri hukuki açıdan tartışmalı hale gelecektir.

8. ÖZELLEŞTİRMEDE BELEDİYE MECLİSİNİN YETKİLERİ

Belediye Meclisleri, belediyelerin genel karar organı olup, belediyenin sahip olduğu gayrimenkullerin satışına karar vermenin yanında, belediye iştiraklerinin kuruluş ve özelleştirilmesine karar vermek de meclisin yetkilerindedir. 4046 sayılı kanuna göre belediyelere ait ticari amaçlı kuruluşlar ile her türlü iştiraklerindeki paylarının özelleştirilmesine ilişkin işlemler belediyelerin yetkili organlarıncaya belirlenir ve yürütülür ki, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 18/j maddesine göre bu yetkili organ Belediye Meclisidir. Belediye Meclisinin statüsü 4046 sayılı kanundaki ÖYK'na tekabül etmektedir. (Yasin,2007:211) ÖYK'nun özelleştirme ile ilgili yetkileri kanunun 3'ncü maddesinde belirtilmiştir. Buna göre ÖYK'nun görevleri, kuruluşların özelleştirme kapsam ve programına alınması, hazırlık işlemleri, eski statülerine iade, özelleştirme yöntemi ve yapılan ihalenin onayına karar vermek, kapsama alınan kuruluşun küçültülmesi, faaliyetlerinin durdurulması, kapatılması veya tasfiyesi, kıymetli evraklarının satın alınması ve satılmasına karar vermek, bir de ÖİB'nin bütçe, program ve fonla ilgili hususlar ile ilgili kararlar vermektir. Bu görevlerden, ÖİB'nin görevi dışındakilerden BİT'lerin özelleştirilmesinde gerekli olanlar Belediye Meclisi tarafından yerine getirilecektir. Kanunda ÖYK'na teklifte bulunma görevi ÖİB'na verilmiş olup, belediyeler açısından bu görev belediye idaresini temsil eden belediye başkanına aittir. Ancak belediye açısından değişiklik gösteren bir başka nokta meclis başkanı(başkan) aynı zamanda yürütme organı yani belediye başkanıdır. Belediye meclisinin kararlarını uygulama görevi belediye başkanına aittir. Dolayısıyla belediye kanunundaki meclis-başkan ilişkileri ile ÖYK-ÖİB ilişkileri farklıdır. Oysa ÖYK başkanı Başbakandır.

Belediye organları işlem tesis ederken, usulle ilgili kendi mevzuatlarına uymak durumundadırlar. Belediye kanunu ve belediye meclisi yönetmeliğine göre başkan dışında meclis üyelerinin de özelleştirme ile ilgili teklifte bulunabileceklerdir.

Özelleştirme şekline, usulüne ilişkin kararın belediye meclisi tarafından verilmesi, bu konudaki karar yetkisinin devredilmemesi gerekir.

9. BİT'LERİ ÖZELLEŞTİRMENİN HUKUKİ GEREKÇESİ

Kamu kesiminin hizmet alanları genişlemekle beraber, kamu işletmeciliğinin buna paralel olarak genişleme zorunluluğu bulunmadığı yani hizmetin belediye veya diğer kamu kurumlarının bizzat kendi personeli tarafından yürütülmesi gerekmediği açıktır. Kamu kurumları değişik usullerle hizmetin görülmesini özel sektöre devredebilmektedir.

Belediye iştiraklerinin özelleştirilmesi, belediye hizmetlerinin özelleştirilmesi şeklinde ifade edilen, yukarıda açıkladığımız, hizmetlerin özel sektöre ihale, ruhsat vb usullerle gördürülmesindeki kadar olmasa da, en azından teorik olarak dinamik bir süreçtir. Bu yüzden de bu özelleştirmenin hukuki çerçevesi iyi çizilmiş olmalıdır.

Belediyeler, yürütmekte oldukları hizmetlerden bir kısmını gerçekleştirmek üzere, şirketler kurup zamanla bunların sermaye yatırımları, ticari marka, iş tecrübesi ve

organizasyonu bir değer haline gelmesi sonrası, bu sektör veya hizmet alanında doğrudan işletmeci olarak bulunmak yerine özelleştirmeye karar verilebilir. Özel sektörün girişim anlayışına ve rekabete açılmanın yanında, belediye şirketinde oluşan bu değerın şehir ekonomisine kazandırılarak öncelikli yatırımlara aktarılması gerekebilir.

Doktrinde özelleştirme nedenleri arasında, hizmetlerin özelleştirilmesini gerektiren nedenler ve personel ve istihdamla ilgili kurallar, KPSS, sözleşmeli personel çalıştırmayla ilgili vb, kurumlara getirilen sınırlamalar sayılmaktadır. (Eryılmaz-Eken, 1990: 56)

BİT'lerin özelleştirilmesine yönelik olarak, *genel nedenlerin* yanı sıra; serbest piyasa ekonomisini güçlendirmek ve özel girişimciliği teşvik etmek, ekonomide verimliliği yükseltmek ve performans artışı sağlamak, yerel halkın alternatif firmaların hizmetlerinden yararlanmasını sağlamak, gelir dağılımını iyileştirmek, sermaye piyasasını geliştirmek, tasarrufların daha büyük oranda hisse senedine yönelmesini teşvik etmek, belediyeye gelir sağlamak, hizmetleri iyileştirmek, siyasi kayırmacılığın önüne geçebilmek, borç yükünden kurtarmak gibi özel gerekçeler de ortaya konulmaktadır. (Özdemir,2009:17)

Görüldüğü gibi, özelleştirmenin birçok iktisadi-sosyal vb nedenleri bulunmaktadır. Bu çalışmada, özelleştirmenin hukuki gerekçelerine yönelik değerlendirme yapılacak, diğer nedenler üzerinde durulmayacaktır.

Her idari işlemde olduğu gibi, özelleştirme işlemlerinde de kamu yararına uygun bir hukuki gerekçe bulunması icap etmektedir. Özelleştirme işleminin hukuki gerekçesi olarak kabul edilebilecek nedenlere bakıldığında; 4046 sayılı kanunda belirtilen özelleştirmenin amaç maddesine göre, son derece sınırlı gerekçelerle özelleştirme yapılabilecektir. Kanunun amacını düzenleyen birinci maddesinde;

-Ekonomide verimlilik artışı

-kamu giderlerinde azalma sağlamak; özelleştirmenin genel amacı olarak belirlenmiş bulunmaktadır. Bu iki genel amaç analiz edildiğinde, her özelleştirme işlemi sonucunda mutlaka ekonomide verimlilik artışı sağlanacağı iddia edilebilir. Öte yandan, kamu giderlerinde azalma, zararına faaliyet gösteren bir işletmenin elden çıkarılarak mevcut zarardan kurtulmanın yanında, muhtemel giderlerden kurtulma da bu kapsamda değerlendirilebilir. Belediyeler şirketleri eliyle yürütmekte oldukları, faaliyet zararı bulunmayan bir hizmetle ilgili yapılması gereken yeni yatırımları kamu kaynağından yapmak yerine, bu şirketi özelleştirerek yapılması gereken yatırımları özel sektöre yaptırarak ellerindeki kaynakları yatırım yapılması zaruri olan başka alanlara kaydırmaları da kamu giderlerinde azalma sağlamış olacaktır.

BİT'lerin özelleştirilmesi, değişik nedenlerle gündeme gelebilir. Bu nedenler arasında, hukuki zorunluluk da yer almaktadır. Örneğin şehir içi doğalgaz dağıtım işi yürüten belediye iştiraklerinin özelleştirilmesi, 4646 sayılı *Doğalgaz Piyasası*

Kanunu'yla bu hizmetin belediye hizmeti dışında özerk bir düzenleme kurulu denetimi altına alınmasıyla gündeme gelmiştir. Anılan kanunla doğalgaz hizmeti regüle edilip, yeni belediye kanunlarıyla belediye hizmeti olmaktan çıkarılmış oldu. 4646 sayılı kanunla belediyelerin şehir içi doğalgaz dağıtım şirketlerine asgari % 10 oranında, bedelsiz zorunlu hissedar olmaları, en fazla da % 20 oranında ortak olabilecekleri hükmü getirilmiştir. Böylece % 20'nin üzerinde ortaklığı olan belediyeler, kanunla öngörülen süreler içerisinde fazla hisseleri özelleştirmek durumundaydılar. Bunun dışında, belediyeleri iştirak hisselerini özelleştirmeye zorlayan açık bir kanuni düzenleme bulunmamakla birlikte, yeni belediye kanunlarında, belediyelere şirket kurma yetkisi, belediye hizmetlerinden bir kısmını yürütmekle sınırlı olarak verilmiştir. Önceki belediye kanunumuz döneminde, yerel ticari teşebbüsler kurabilme yetkisine dayanarak kurulan, belediye hizmeti sayılmayan, ticari faaliyetler yürüten şirketlerin yasal kuruluş gerekçesi kalmamış olduğundan, bunların özelleştirilmelerinin de özel kanuni bir dayanağı bulunmuş olmaktadır. Hatta bu tür belediye şirketlerine sermaye aktarımı yada şirketlerin zarar etmeleri nedeniyle sermaye artışı kararı verilmesinin hukuki dayanağı bulunmadığı ileri sürülebilecektir. Yeni belediye kanunlarındaki, belediyelere şirket kurma konusunda daha sınırlı bir alan tanıyan hükümlerin, daha önce farklı gerekçelerle (yerel iktisadi teşebbüsler olarak) kurulan şirketlerin hukuki dayanağını ortadan kaldıracak şekilde geçmişe yürütülemeyeceğini düşünmekteyiz. Yine rekabet hukukundaki gelişmeler, mümkün olan her türlü kamu hizmeti alanında rekabetin sağlanması suretiyle tüketici yararının ve ekonomide etkinliğin artırılmasını gerektirmektedir. Bundan yararlanacak toplum kesimleri açısından bu bir hak ve otoriteler için de yükümlülük olduğundan, sonuçta dolaylı da olsa özelleştirmeler için hukuki bir sebep sayılmak gerekir.

10. ÖZELLEŞTİRME KAPSAM VE PROGRAMINA ALMA

1986 tarih ve 3291 sayılı kanun özelleştirilecek kuruluşların kapsama alınmasına yer vermişti. (RG, 1986) Ancak 4046 sayılı kanunda kapsama ve programa alma tabirleri, bunların getireceği hukuki sonuçlar ele alınarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

4046 sayılı kanunun 4/c maddesine göre, bir kuruluşun özelleştirme kapsamına alınmasına ve özelleştirme programındaki kuruluşlardan gerekli görülenlerin özelleştirmeye hazırlanmasına karar verilmesi konusunda, ÖYK'na teklifte bulunmak, ÖİB'nin görevleri arasında sayılmaktadır. Kanunun 17'nci maddesinde, özelleştirilmesi gündeme gelen kuruluşların özelleştirme kapsamına ve programına alınmasıyla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Kanunda özelleştirme kapsamı ve özelleştirme programına alınmanın bir tanımı bulunmamaktadır. Özelleştirilmesi düşünülen kuruluşların, öncelikle özelleştirme kapsamına alınabileceğinden söz edilmekte, ancak kapsama alınma programa alınmanın bir önkoşulu olarak kabul edilmiş bulunmamaktadır. Özelleştirme kapsamına alma işlemi, kuruluşlar için ayrı ayrı veya toplu olarak yapılabilecektir. Kanuna göre, Kuruluşların özelleştirme kapsamına alınmasına ilişkin Kurul kararında, bu Kuruluşlardan hangilerinin mali ve hukuki yönden özelleştirmeye hazırlık işlemine tabi tutulacağı, hangilerinin

özelleştirilmek üzere doğrudan özelleştirme programına alınacağı ve özelleştirmenin hangi yöntemle gerçekleştirileceği belirtilecektir. Ancak bütün bunların aynı kararda olması gerekmemektedir. Yani kanun metninden özelleştirme kapsamına alınma işlemi ile kuruluşun hangi yöntemle özelleştirileceği ile ilgili karar/işlem aynı işlem olacakmış gibi anlaşılabilir, bunların hepsi tek bir kararla yapılması beklenmemelidir. Çünkü özelleştirme kapsamına alınan kuruluşların bazen uzun sürecek bir hazırlık dönemi sonunda, ortaya çıkacak tabloya ve konjonktüre göre özelleştirme yönteminin belirlenmesi başarılı bir özelleştirme açısından gereklidir.

Özelleştirme kapsam ve programına alınma ile ilgili en önemli konu mahalli idarelerin özelleştirme işlemlerini ilgilendirmeyen, merkezi idareye ait özelleştirmelerde ortaya çıkabilen bir durumdur. Kanunun 17/B maddesine göre; Özelleştirmeyle ilgili hazırlık işlemleri tamamlanan kuruluşlar, Kurulun kararıyla özelleştirme programına alınır. Bu şekilde özelleştirme programına alınanlar, bedel alınmaksızın bağlı oldukları bakanlık veya kurumla ilişkileri kesilerek ÖİB'ye devredilmiş sayılmaktadır.

Böylece özelleştirme programına alınan kuruluşların hukuki bağlılıkları değişmekte ve ÖİB'na bağlanmaktadır.

Aslında kapsama alınan kuruluşların bu statüde hazırlık işlemleri yapılarak mali ve hukuki yönden hazırlık işlemlerine tabi tutulmalarına uygulamada rastlanmamaktadır. (Baytan, 2009: 326)

Kanuna göre, kapsama alınmış kuruluşun hazırlık işlemleri tamamlandıktan sonra özelleştirme programına alınması, idarenin teklifi ve ÖYK'nun onayı ile olmaktadır. Belediyeler açısından idarenin yerine Belediye Başkanının önerisi ve belediye meclisinin kararıyla bu işlem tamamlanmış olacaktır. Özelleştirme kapsam yada programına almayla ilgili karar yetkisine sahip olan makam yada kurulun, bu konuda kendisine yapılacak bir öneriyle harekete geçmesinin bir ön şart olup olmadığına bakılacak olursa, idarenin teklifine gerek olmadan ilgili kurul üyelerinin önerisiyle kendiliğinden de bu kararın alınabileceği görüşü de bulunmakla beraber, (Yasin, 2007:77) 4046 sayılı kanunun 17'nci maddesinde, bu kanuna göre yapılacak özelleştirmeler için, mahalli idarelerin iştirakleri hariç, birlikte ve/veya ayrı ayrı özelleştirme kapsamına alınmasına, İdarenin teklifi üzerine Kurulca karar verileceği düzenlenmiş bulunduğundan, idarenin teklifi kanuni bir şart haline gelmektedir. Ancak mahalli idarelerin iştirakleri bu maddede sayılmadığına göre, BİT'lerin özelleştirilmesinde Belediye Meclisinin kapsama ve programa alma kararları için belediye idaresinin teklifinin bir ön şart olup olmadığı, meclisin idareden böyle bir teklif gelmeden kendiliğinden böyle bir karar verip veremeyeceği sorunu akla gelmektedir. Özelleştirme kanununda mahalli idarelerin bu kanuna göre, kendi kanunlarındaki organları eliyle özelleştirme yapacakları düzenlenmiştir. Buna göre, belediye kanunları yetkili organları belirlemekte, özelleştirme usulü ise 4046 sayılı kanunda düzenlenmiş bulunmaktadır. Öte yandan özelleştirme kararını verecek olan belediye meclislerinin karar ve işlemleri Belediye Kanunu ve bu kanun uyarınca İçişleri Bakanlığı'na çıkarılan Belediye Meclisleri Çalışma Yönetmeliği'ne göre

yürütülmektedir. 5393 sayılı kanunun *Gündem* başlıklı 21'nci Maddesinin II'nci bendinde; Her ayın ilk toplantısında belediye başkanı ve meclis üyelerinin, belediyeye ait işlerle ilgili konuların gündeme alınmasını önerebileceği ve bu önerinin, toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla kabul edildiği takdirde gündeme alınacağı ifade edilmektedir. (RG,2005a) Yönetmeliğin 8'nci maddesinde de benzer bir hüküm yer almaktadır.(RG,2005b)

Kuruluşların özelleştirme kapsamına alınmasına ilişkin Kurul kararında, bu Kuruluşlardan hangilerinin mali ve hukuki yönden özelleştirmeye hazırlık işlemine tabi tutulacağı, hangilerinin özelleştirilmek üzere doğrudan özelleştirme programına alınacağı ve özelleştirmenin hangi yöntemle gerçekleştirileceği belirtilir

Özelleştirme kapsam ve programına alınma kavramları arasındaki en mühim fark programa alınan kuruluşların ÖİB'na bağlanması olduğu açıktır. Yukarıda işaret etmiş olduğumuz üzere, belediye iştirakleri açısından kanunla yapılmış açık bir düzenleme olmadan özelleştirilecek şirket ve kuruluşlar ÖİB'na bağlanamayacağına göre, mali ve hukuki hazırlık işlemleri yapılması gerekmeyen BİT'lerin doğrudan özelleştirme programına alınarak özelleştirme sürecinin yürütülmesi daha doğru olacaktır. (Baytan,2009:327)

Özelleştirme kapsamına alınan kuruluş, hazırlık işlemleri tamamlandıktan sonra, eğer özelleştirme kapsamından çıkarılarak eski durumuna iade edilmesi düşünülmüyorsa, özelleştirme programına alınması gerekmektedir. Belediyeler açısından düşünüldüğünde, özelleştirme programına alınmış olan şirketlerin bu programa alma kararıyla birlikte, hangi yöntemle özelleştirilmeleri gerektiği de aynı meclis kararıyla verilebilecektir. Ancak konjonktürel nedenler yada sosyal, siyasi vs nedenlerle, yöntemle ilgili karar başka bir zamana yada bazı çalışmaların tamamlanmasına bırakılabilir. Örneğin özelleştirmenin yapılacağı sektörle ilgili mevzuat çalışmaları, yada regülasyon kararları beklenmesi gerekebilir. Regülasyonla ilgili kararlar özerk regülasyon kurumlarınca verilmekteyse bu karar dışsallığı değişken olabildiği ölçüde bu zamanlama belirsizlikler içerebilmektedir. Bazen de böyle regülasyonla ilgili kararlar dışında, belediye hizmetleri ile ilgili sektörlerde yine daha çok doğal tekellerle ilgili hizmetleri ilgilendiren planlama çalışmalarının beklenmesi başarılı bir özelleştirme açısından zorunluluk gösterebilir.

Hazırlık işlemlerinden şirket bölünmeleri, ayrıştırma vs. gerektiği takdirde bu süreçlerin hızlı tamamlanabilmesi açısından 4046 sayılı kanunun tanıdığı istisnalardan belediye şirketlerinin özelleştirilmesinde de yararlanılmaması için herhangi bir neden bulunmadığı kanaatindeyiz.

Bu başlık altında temas edilmesi gereken bir husus da, özelleştirme nedeniyle, aslında belediyelere ait olan planlama yetkisinin, özelleştirilecek kuruluşlara ait gayrimenkullerin imar planlamasını yapmak üzere, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 9'ncü Maddesindeki ek fıkra ile, ÖİB tarafından yapılmasına dair düzenlemedir. Kanuna 2005 yılında yeni bir ek madde ilave edilmiş ve 2008 yılında bu ek madde değişikliğe uğramıştır. Bu fıkra ve ek madde, özelleştirilecek kuruluşa ait arsa ve

arazilerin nazım plan ve parselasyon planlarını yapma yetkisini ÖİB'na vermektedir. İlk düzenlemede planlar ÖİB tarafından hazırlanır ibaresi bulunurken, herhalde ÖİB'nın planlama yapması yerine, belediyelerde olduğu gibi bu işi uzman planlılara yaptırabilmesi için kanuni düzenleme gereği duyulmuştur. Oysa belediye kanunlarında belediyelerin ilk görevi planlama olmasına rağmen, belediyelerde plan işini kendileri yapmayıp, hizmet satınalma yoluna gitmektedirler. Aynı şeyi ÖİB'nin yapabilmesi için kanuna mutlaka, "yapar veya yaptırır" ibaresinin konulma zorunluluğu duyulması, ülkemizin içerisinde bulunduğu hukuki çıkmazın bir başka göstergesidir. Bu konu belediyelerle işbirliği yapılarak, özelleştirilecek gayrimenkullerin, kamuya daha fazla değer kazandıracak şekilde ve normal planlama sürecindeki, ilân ve askı gibi bazı prosedürleri atlayarak planlanması düzenlenebilirdi. İlk düzenlemede imar durumu verme yetkisi de ÖİB'na ait iken, sonradan ilave edilen ek maddede bu yetkiden bahsedilmemiştir. Ancak yeni madde, ilk düzenlemeyi içeren fıkrayı yürürlükten kaldırmadığına göre, bu yetkiyi ÖİB kullanmaya devam edebilecektir. İleri demokrasi olmanın ve ülkemizin de taraf olduğu sözleşmelerin gereği olan, hizmetin en yakın kurumlarca yerine getirilmesini ifade eden, yerellik ilkesinin de sonucu olarak yerel yönetimlere ait olan planlama yetkisinin ÖİB, TOKİ, vb merkezi kurumlara, belediyelere rağmen her ölçekte imar planlaması yapma yetkisi tanınması, plan bütünlüğünü bozacağı gibi, çok başlılığa da neden olacaktır. (Karasu, 2011:30)

ÖİB'na planlama yetkisini bazı prosedürleri atlayarak kullanabilirken, BİT'lerin özelleştirilmesinde, zaten planlama yetkisine sahip olan belediyelerin, belirtilen prosedürleri atlayarak, özelleştirmeyle ilgili imar planlaması yapabiliş yapamayacağına gelince, kanunda münhasıran bu istisnai yetki ÖİB'na tanındığına göre, belediyelerin kıyas yoluyla böyle bir planlama yapamayacağı, yani askı ve ilan gibi süre alan prosedürlerden müstesna olamayacağı söylenebilecektir.

Özelleştirme programına alınmanın hukuki sonuçlarından biri de Emekli Sandığına tabi olarak çalışan personelle ilgilidir. Bazı BİT'lerde az sayıda da olsa Emekli Sandığına tabi personel bulunduğundan, değinmemiz gerekmektedir ki, 4046 sayılı kanunun 24'ncü maddesine göre, özelleştirme programına alınan kuruluşlarda 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununa tabi personelden; hizmet süresi itibarıyla emeklilik hakkını kazananlara bu hakkı kazandıkları, çalıştıkları kuruluşun özelleştirme programına alınmasından önce emeklilik hakkını kazananlara ise bu kuruluşun özelleştirme programına alındığı tarihten itibaren iki ay içinde emekli olmayı istemeleri halinde, emeklilik ikramiyeleri yüzde otuz fazlasıyla ödenecektir. Emeklilik ikramiyesine ilave olarak ödenecek Yüzde otuz tutarındaki miktar, ödemeyi müteakip, Emekli Sandığı Genel Müdürlüğünün talebi üzerine Özelleştirme Fonundan karşılanır.

Bu maddenin BİT özelleştirilmesinde geçerli olmayacağı, Özelleştirme Fonuna yerel yönetim özelleştirme gelirlerinin tabi olmadığı gerekçesiyle ileri sürülebilecekse de, maddenin başında geçen kuruluş ibaresinin, kanunun birinci maddesinde, bu kanuna tabi tüm özelleştirilecek birimleri ifade etmek üzere kullanılmış olduğu ve çalışanların özlük haklarına ait bir düzenlemedeki haktan, aynı statüye tabi olan BİT

çalışanlarının yararlanamamasının eşitlik ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır. ancak Fona para aktarmadığından, belediyelerin, maddenin son cümlesine göre Fondan para isteyemeyeceği söylenebilir.

11. ÖZELLEŞTİRME SÜRECİNDE DANIŞMANLIK HİZMETLERİ

Siyasi, sosyal, iktisadi ve psikolojik nedenlerle ve özelleştirme ile ilgili son çeyrek yüzyılda yaşanan gelişmeler yüzünden konu son derece hassas ve ihtisas gerektiren bir özellik taşımaktadır. Bu nedenle özelleştirme işlemi danışmanlar aracılığıyla yapılmaktadır. Halka arz işlemlerinde aracı kurumların bulunması ayrıca yasal gerekliliktir. Danışmanlık hizmetlerinde, teknik, reklam vb. danışmanların ötesinde, öncelikle yatırım bankaları akla gelmektedir. Yatırım bankaları özelleştirme sürecinde, kuruluşun yeniden yapılandırılması, yatırım finansman ihtiyaçlarının belirlenmesi, rekabet, pazarlama, vergi, personel, muhasebe, maliyet, değerlendirme gibi işlemleri yerine getirir. (Yaşar, 2005:126) 4046 sayılı kanunda da özelleştirme işlemlerinde danışmanlık hizmetleriyle ilgili hükümler yer almakta ve bu iş için ikincil mevzuat düzenlenmiş bulunmaktadır. Kaldı ki bu düzenlemeler olmasaydı da kamu ihale mevzuatına göre özelleştirme işlemi için danışmanlık hizmeti alınması mümkündür. Kanunun 26/III maddesinde, Belediyelerin yapacakları özelleştirmelerde özel ihtisas gerektiren konulara ilişkin müşavirlik, araştırma, pazarlama ve teknik hizmetlerin; belediyenin talebi üzerine Özelleştirme İdaresi tarafından sağlanabileceği ifade edilmektedir. Bu hüküm belediyelerin bu işlerle ilgili danışmanlık hizmeti alamayacağı anlamına gelmemekte, Özelleştirme İdaresine bir görev vermektedir. Şüphesiz idare tarafından sağlanacak bu desteğin bedelsiz olacağını söylemekte bir sakınca yoktur.

Kanunun 37'nci maddesinde; bu Kanun hükümleri gereğince yapılacak özelleştirmeler için alınacak danışmanlık hizmetlerine ilişkin esas ve usuller, Kamu İhale Kurumunun uygun görüşü üzerine İdarece hazırlanıp ÖYK tarafından onaylanacak yönetmelikle belirlenecektir. Ayrıca bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır denilmekte olup, danışmanlık hizmeti alımında, bu kanun ve bahsi geçen yönetmelikte boşluk bulunan durumlarda hizmet alımına ilişkin kamu ihale mevzuatının uygulanacağı anlaşılmaktadır. Aslında kanunda, bu konuda alınacak danışmanlık hizmetleriyle ilgili esaslar zaten tespit edilmiş olup, yönetmelikle düzenlenecek fazla bir alan bulunmamaktadır.

Kanunda (18'nci madde); Danışman seçimine ilişkin ihale komisyonunu oluşturacak personel unvanları sayılmakta olup, bu unvanlar belediyelerin yapısı düşünülmeden ÖİB yapısına uygun olarak tanzim edilmiştir.

Danışmanlık hizmetleri ile ilgili yönetmeliğin 4'ncü maddesine göre, danışmanlık hizmet alımlarına ilişkin uygulamalarda; ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hususunda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri, diğer tüm hususlarda ise bu Yönetmelik hükümleri uygulanır. (RG,2004)

12. DEĞER TESPİTİ VE İHALE İŞLEMİ

Değer tespiti, değerlendirme olarak da adlandırılmaktadır. Değerleme bir malın, fikrin veya hizmetin kendinden bekleneni sağlama derecesini araştırmak, bir şeyin kıymetini belirlemek amacıyla, söz konusu şeyin özellikleri hakkında bir görüş bildirmektir.

Değerin subjektif ve objektif iki yönü bulunmaktadır. Subjektif değer kişilere ve özel arzulara göre değişik kriterlerle ortaya çıkan değerdir. Örneğin yatırımcının piyasada tekel olmak için rakip firmalara normalin üzerinde değer biçmesi subjektif değerlemeyi oluşturur. Objektif değerlemede ise mal ve hizmetlerin maliyet ve faydalarıyla orantılı bir değerlendirme vardır. (Yazıcı, 1997:7) Özelleştirme işlemleri öncesi değer tespiti yapılması yine kanunun amir hükümleri arasında bulunmaktadır. Kanunda Değer Tespit Komisyonu üyelerinin unvanlarına kadar ayrıntılı bir düzenleme bulunmaktadır. Yukarıda danışmanlık hizmet alımı ihale komisyonu üyeleriyle ilgili söylemiş olduğumuz hususlar değer tespitinde de tekrarlanmış, kanunda ÖİB tarafından yapılacak özelleştirmeler için öngörülen komisyonların teşekkül ve oluşumu belirlenmiş, mahalli idareler göz önüne alınmamıştır. Kanunun amir hükmü gereği ÖİB tarafından hazırlanan konuyla ilgili yönetmeliklerde de belediyeler göz ardı edilmiştir.

4046 Sayılı Kanun Özelleştirme İdaresi tarafından gerçekleştirecek özelleştirmelere ilişkin İhale Komisyonu'nun oluşumu ve çalışması hakkında çeşitli hükümler içermektedir. Kanuna göre belirlenen ihale komisyon başkan ve üyeleri ile belediyelerde buna tekabül edebilecek unvanlar şöyledir; Başkan; Proje Grubunun Bağlı Olduğu Başkan Yardımcısı (bununla ÖİB Başkan yardımcısı kastedilmektedir. Belediyelerde başkan yardımcıları bulunmakla birlikte büyükşehir belediyeleri ve özel idarelerde başkan yardımcısı bulunmaz, bunun yerine genel sekreter ve yardımcısı bulunur.) Üyelere gelince;

- İlgili Proje Grup Başkanı (ÖİB yapısında bulunmaktadır.)

-Projede Görevli Uzman (bununla kadro unvanı uzman olan kişiler değil, kamu ihale kanununda da olduğu üzere konusunda uzman kişilerin ihale komisyonlarında görevlendirilmesi esası mevcuttur. İştiraklerle ilgili birimde görevli personel bu anlamda uzman kabul edilebilir.)

-İhale Hizmetleri Daire Başkanı veya bir uzman (belediyelerin norm kadrosunda ihale hizmetleri daire başkanlığı unvanı yer almamaktadır. Büyükşehir belediyelerinde İhale işleri ile ilgili müdürlükler bulunmaktadır. İhale işleri müdürü, müdür yardımcısı veya bu birimde çalışan deneyimli bir görevli uzman olarak bu unvan altında görevlendirilebilir.)

-Hukuk Müşaviri veya Müşavirlikte görevli bir avukat (büyükşehir belediyelerinde Hukuk müşavirleri bulunmakta ancak diğer belediyelerde Hukuk İşleri Müdürü ve avukat unvanı ile çalışan görevliler mevcut olup, belediyeler açısından bu görev unvanında problem görünmemektedir.)

Belediyeler tarafından gerçekleştirilecek özelleştirmelerde, İhale Komisyonu'nun kimlerden oluşacağı hakkında 4046 sayılı kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Kanunda, belediyelerin bu kanundaki esaslara göre özelleştirme yapacağı, bu kanun hükümleri gereğince yapılacak uygulamalar ile ihale usullerine ilişkin esasların İdarece çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceği yukarıda izah edilmişti. Buna göre, konuyla ilgili *Özelleştirme Uygulamalarında Değer Tespiti ve İhale Yönetmeliği*, ÖİB tarafından hazırlanıp yürürlüğe konulmuştur. (RG, 2003) Yönetmelikte de, kanunda olduğu gibi, ihale komisyonunda yer alacak asıl ve yedek üyeler, ÖİB teşkilâtında yer alan bürokratların kadro unvanlarına göre düzenlenmiştir. ÖİB sadece özelleştirme yapmak üzere kurgulanmış bir teşkilât ve kadroya sahip olduğundan, bu kadro unvanlarının tam karşılığı belediyelerde bulunmamaktadır. Oysa kanun mahalli idarelerin özelleştirme uygulamalarını da kapsamakta ve kanuna göre belediyeler bu kanundaki esaslara göre iktisadi teşebbüslerini özelleştirebileceklerdi. Kanun ÖİB'ye, bu kanuna göre yapılacak özelleştirmelerle ilgili esasları düzenleme görevi vermiş olduğuna göre, ÖİB tarafından yönetmelikler hazırlanırken, mahalli idarelerin özelleştirme esaslarına da yer verilmeliydi. Bu, kanunla ÖİB'na verilen bir vesayet görevidir. Anayasamızın 127'nci maddesine göre mahalli idareler üzerinde vesayet denetimi, idarede birlik ve bütünlüğü sağlama amacına yönelik olarak kanunla düzenlenecektir. 4046 sayılı kanundaki düzenleme anayasanın bu hükmü doğrultusunda yorumlandığında, ÖİB'nın kendisine verilen bu vesayet görevini yerine getirerek, tüm mahalli idarelerin özelleştirme işlemlerinde uygulanacak bütünlük sağlayıcı genel esasları belirlemesi gerekmektedir. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin ülkemizdeki özelleştirme uygulamasının uzun süre sürüncemede kalmasına yol açan istikrarsız kararları nedeniyle, her özelleştirme için farklı bir kanun çıkarılması söz konusu olmuş, neticede mahkeme kararları doğrultusunda kanunda değişiklikler yapılarak yol alınmaya başlanmış, ancak halen Danıştay'ın özelleştirme işlemleriyle ilgili kararları tam istikrar kazanmadığından, ÖİB tarafından KİT'ler dışındaki özelleştirme işlemleri için genel esasları belirleyecek ikincil mevzuat düzenlemesi gerçekleşmemiştir.

Kanun ve yönetmelikte sayılan unvanların tam karşılığı belediyelerde bulunmadığından, ÖİB tarafından gerçekleştirilecek özelleştirmelerdeki İhale Komisyonu'nun, kıyasen BİT özelleştirmelerinde uygulanması mümkün görünmemektedir.

Yukarıda sayılan nedenlerle, Meclis, Belediye bünyesinde kendi alanında uzman, yetkili ve sorumlu kişileri kendi takdir edecek ve İhale Komisyonu Meclis'in takdir edeceği 5 asıl ve 5 yedek üyeden oluşturulacaktır. Komisyon üyeleri belirlenirken, kamu ihale mevzuatını da (özellikle 2886 sayılı kanun) göz ardı etmemek gerekmektedir. Ayrıca 5018 sayılı kanun ve mahalli idarelerin kendi kanunları hükümleri uygulanacaktır.

İhale komisyonunun encümen üyelerinden oluşturulması konusuna gelince; belediye encümen üyelerinin kendi alanlarında uzman, ihale konusunda deneyimli, yetkili ve sorumlu kişiler olduğu göz önünde bulundurulursa, encümenin bürokrat üyelerinin İhale Komisyonu üyesi olmasında hukuki açıdan herhangi bir sakınca

bulunmamaktadır. Ancak encüme meclisin kendi içerisinde seçtiği üyeler hakkında bazı tereddütler bulunabilir. Meclis denetim organı olarak da görev yapmaktadır. Bu nedenle ihale komisyonunun işlemlerini aynı komisyon üyelerinin denetlemesi uygun olmayacaktır. Yine özelleştirme ihale komisyonunun kararı meclis tarafından onaylanacağından, encümen üyesi de bulunan meclis üyesinin kendi kararını onaylaması durumu ortaya çıkacaktır. Bu nedenle Meclisin, encümen üyeleri dışındaki kişileri İhale Komisyonu üyesi olarak ataması daha uygun olacaktır.

13. İHALE KARARININ ONAYI VE KESİNLEŞMESİ

13.1. Rekabet Kurumunun Onayı

Burada, rekabet hukuku yönünden, BİT özelleştirmelerinde özellik taşıyan ve mevzuatta sorun oluşturan hususlar üzerinde durulacaktır. Rekabet hukukunun amacı özetle, rekabeti sınırlayan anlaşmalar ve hâkim durumdaki teşebbüslerin hakim durumlarını güçlendirmeleri ve bu durumlarını kötüye kullanmalarını engelleyerek tüketicinin korunması ve ekonomide etkinliği sağlamaktır. Bu amaca ulaşmak için belirli bir ciro ve/veya pazar payı eşiği üzerindeki teşebbüslerin birleşme ve devirlerini de kontrol altında tutmak gerekmektedir. Aşağıda açıklanacağı üzere, ilgili Tebliğ ile ülkemizde özelleştirmelerde rekabet denetimine tabi olacak ciro 20 milyon TL, Pazar payı da % 20'dir. Bu eşikleri aşan veya hukuki yada fiili imtiyazlara sahip teşebbüslerin özelleştirilmesi ön bildirim tabidir. Bu şartları taşımadığından ön bildirim tabi olmamakla birlikte bu Tebliğ kapsamında olan özelleştirme yolu ile devralma işlemi taraflarının ilgili ürün piyasasındaki toplam pazar paylarının %25'i veya cirolarının 25 milyon TL'yi aşması halinde; devralma işlemlerinin hukuki geçerlilik kazanabilmeleri için Rekabet Kurulundan izin alınması zorunludur.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3'ncü maddesinde, Rekabet, piyasadaki özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış, Hakim Durum ise, belirli bir piyasadaki teşebbüsün, rakip ve müşterilerden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü olarak tanımlanmaktadır. (RG, 1994b)

Kanunun 7'nci maddesi özelleştirmelerde Rekabet Kurumu'nun izin ve denetimini gerektirecek hususların genel çerçevesini çizmektedir; buna göre, teşebbüslerin hakim durum yaratmak veya güçlendirmek için, herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeler veya miras yoluyla iktisap dışındaki devralmalar hukuka aykırı ve yasaktır. Hangi tür birleşme ve devralmalar için izin alınması gerektiği Kurulca çıkarılacak tebliğlerle belirlenir.

1998 yılında yayınlanan ilk şekilde tebliğin amacı; "...Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca gerçekleştirilecek devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmeleri için Rekabet Kurumuna yapılacak ön bildirimlerde ve izin başvurularında takip

edilecek usul ve esasları belirlemek” olarak tespit edilmişti.(RG,1998a) Yani ÖİB dışındaki kurumların özelleştirme yapabilecekleri dikkate alınmamıştı. Oysa 4046 sayılı kanunda ÖİB dışındaki kuruluşların, bu arada belediyelerin de özelleştirme yapabileceği düzenlenmiş bulunmasına rağmen, Rekabet Kurumu bu kanun hükmünü göremezlikten gelmişti. Ancak kurum yaptığı hatanın farkına varmış ve aynı yıl tebliğde yapılan değişikliklerle, madde metnine; “..veya diğer kamu kurum veya kuruluşlarınca gerçekleştirilecek devirler” ibaresi eklenerek durum düzeltilmişti. (RG,1998b) Ancak tebliğin *Ön Bildirimlerde Takip Edilecek Usul* başlıklı 4’ncü maddesinde ve *İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul* başlıklı 6’ncı maddesinde özelleştirme yapacak diğer kurumlar ve bu arada mahalli idareler unutulmuş, yalnız ÖYK ve ÖİB’ndan bahsedilmektedir.

Tebliğde mahalli idarelere uygun düzenlemeleri yapmak yerine, Diğer Hükümler başlıklı 7’nci maddede yapılan değişikliklerle; ÖİB dışında diğer kamu kurum veya kuruluşlarınca yapılacak özelleştirmelerde bu Tebliğ hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. (RG,1998b)

1998/4 sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri için Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimler ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ’in (“1998/4 sayılı Tebliğ”) 4. maddesi uyarınca Rekabet Kurumu’na ön bildirimde bulunulacaktır.

Rekabet Kurumu anılan işlemi, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (*Rekabet Kanunu*) 7. maddesi ve Kurumun 1998/4 sayılı Tebliğ hükümlerine göre denetlemektedir. Burada denetlenmesi gereken husus şirketin özelleştirilmesi sonucunda hâkim durum yaratılması veya güçlendirilmesinin ve bunun sonucunda rekabetin önemli ölçüde azalıp azalmayacağı hususudur.

İlgili pazarda özelleştirmenin ne gibi sonuçlar doğuracağı, özelleştirilecek teşebbüsün varsa sahip olduğu hukuki veya fiili imtiyazların özelleştirme sonrası durumunun ne olacağı hususlarının değerlendirileceği ve bu konularda ihale şartnamesinin hazırlığına esas olacak Rekabet Kurulu Görüşü’nün alınması zorunludur.

Oysa Rekabet Kurumu zaman zaman yetkisini aşarak, şirket hisselerinin özelleştirilmesi ile kamu hizmetinin özel teşebbüse gördürülmesinin (hizmet özelleştirilmesi) karıştırmaktadır.

1998/4 No.lu Tebliğ’in 4. maddesi uyarınca ön bildirimde tabi özelleştirme yolu ile devralma işlemlerinde; özelleştirilecek teşebbüs ya da mal veya hizmet üretimine yönelik birimin ihale şartlarının kamuoyuna duyurulmasından önce, Rekabet Kurumu’na, Rekabet Kurulu’nun görüşü alınmak üzere ön bildirimde bulunulur. Rekabet Kurulu, ön bildirimde Rekabet Kurumu kayıtlarına giriş tarihinden itibaren 40 iş günü içerisinde görüşünü bildirir. Bu süre zarfında Rekabet Kurulu, 24 iş günü içerisinde oluşturulacak ilgili mesleki daire görüşü ve bu görüşe cevaben tebliğ tarihinden itibaren 6 iş günü içerisinde özelleştirmeyi yapan ilgili idareden alınacak

görüş üzerine, 10 iş günü içerisinde görüşünü oluşturur. Bu süreler % 50 uzatılabilecektir ki, bu da özelleştirme işlemlerinde gereğinden fazla gecikmeye neden olmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar uyarınca, ihale şartnamesi ilan edilmeden önce Rekabet Kurumu'na başvuruda bulunulması gerekmektedir. Başvuru hazırlık süreci ve görüşün oluşturulmasına kadar geçecek süreç ise ihale ile ilgili takvimin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

13.2. Belediye Meclisinin İhaleyi Tasdiki

Tebliğ hükümlerini belediye şirketlerinin özelleştirmesine uyarladığımızda, Satış (özelleştirme ihalesi) sonrası Rekabet Kurumu'na izin başvurusu, ihale işleminin sonuçlanmasından sonra, ihale onay makamı (Belediye Meclisi) kararından önce, Belediye Başkanlığının belediye meclisine sunacağı ve meclis karar taslağında yer alacak her teklif sahibi için bağımsız dosyalar şeklinde yapılması gerekmektedir. Şu kadar ki, karar taslağında teklif sahiplerinin sayısının üçten fazla olması halinde, ilk üç teklif sahibine ilişkin devralma işlemine yönelik Rekabet Kurulu Kararları Belediye Başkanlığına tebliğ edilmeden, diğer teklif sahiplerine ilişkin izin başvurusunda bulunulamayacaktır. İzin başvurusuna ilişkin incelemenin süratle ve sağlıklı bir biçimde sonuçlandırılmasını sağlamak amacıyla, Belediye Başkanlığı, ihale için teklif veren tüm teşebbüs ya da teşebbüs birliklerine ilişkin kendisine ulaşan bilgi ve belgeleri ihalenin sonuçlanmasını beklemeksizin Rekabet Kurumu'na iletacaktır.

14. ÖZELLEŞTİRME GELİRLERİNİN KULLANILMASI

4046 sayılı kanuna göre, ÖİB tarafından yapılan özelleştirmelerden elde edilen gelirler, Özelleştirme Fonu'na aktarılıp, kanunda öngörülen işlerde kullanılabilecek iken, (md.10) belediyeler tarafından yapılan özelleştirmelerden elde edilecek gelirler özel hesapta toplanarak, özelleştirme uygulamaları sonucu doğabilecek iş kaybı tazminat ödemeleri ve ilgili belediye tarafından özelleştirilecek diğer kuruluşlarda yapılacak idari, mali ve hukuki düzenlemelerin gerektirdiği harcamalarda kullanılıp, kalan miktar ilgili belediye tarafından bütçelerine gelir kaydedilebilecektir.(md.26) Bu da şüphesiz, bu kanunla merkezi idareye dayatılan bir zorlamadan belediyelerin biraz daha az hasarla kurtulmuş olduğunu göstermektedir. (Yasin, 2007: 211, Baytan, 2009: 592)

15. DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER (SONUÇ)

Belediye şirketlerinin, çoğunlukla doğal tekel niteliğinde mal ve hizmetleri üretme hakkına, yasal bir dayanakla sahip bulunan KİT'lerden farklı bir yapıya sahip olduklarından, belediye iştiraklerindeki hisselerin KİT'lerle aynı statüye tabi olarak özelleştirilmesi (satılması) doğru bir düzenleme değildir.

Son yirmi yılda özelleştirme konusu çok tartışmalı ve gerek yargı kararlarıyla gerekse kamuoyu tarafından esasından uzaklaştırılarak konu psikolojik ve ideolojik bir baskı ve önyargı çemberine alınmıştır.

Belediyeler, herhangi bir belediye iştirakindeki hisselerinden çok daha önemli varlıklarını, özel sektöre devretme (satma) ve belediye kamu hizmetlerini özel sektöre gördürme usulleri konusunda büyük tecrübe kazanmışlardır. Gerek bu tür varlık satışları, gerekse mal, hizmet ve yapım işleri ihaleleri yapmada, belediyelerin sahip olduğu deneyim, diğer tüm kamu kurum ve kuruluşlarından daha az olmayıp, şirket hisselerinin satışıyla ilgili gerekli düzenleme ve uygulamayı yürütmede başarılı olamayacaklarını düşünmek için makul bir sebep bulunmamaktadır.

Belediyeler ve İl Özel İdareleri için ayrı bir özelleştirme kanununa gerek yoktur. Esasen şirket hisselerini özelleştirmeyle ilgili özel bir kanuna gerek bulunmamaktadır. Diğer kamu mal varlıklarının satışında kullanılan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, şirket hisselerinin satışı için de uygun olup, yapılacak çok kısa bir düzenleme ile özelleştirme işlemlerinde de uygulanabilecektir.

Bu yapılmadığı takdirde, mevcut özelleştirme kanunu ya da belediye kanunu içerisinde mahalli idarelerin yapısına uygun düzenleme rahatlıkla yapılabilir. Danışmanlık hizmetleri ihalesi, değer tespiti ve özelleştirme ihale komisyonları oluşumu ve ihale onayı görev ve makam unvanları ile ilgili kanun ve yönetmeliklerdeki düzenleme, ÖİB yapısına göre öngörülmuş ve yerel yönetimler hesaba katılmamış olduğundan, bu konudaki karışıklığa son vermek amacıyla, ya unvanlarla ilgili bu düzenleme kanundan çıkarılarak özelleştirme yapacak kurumun kendi yapacağı ikincil mevzuatla veya genel hükümlere uygun olarak, yürütüleceğine dair bir düzenleme yapılmalı, ya da mahalli idarelerin şirket özelleştirmeleri için bu işlemleri yürütecek görev ve makam unvanları da kanuna eklenmelidir. Tabii kanunda bu son öneri doğrultusunda düzenleme yapılması halinde ilgili yönetmeliklerin de ona uygun olarak değiştirilmesi gerekecektir.

Bu yasal değişiklikler yapılmadığı takdirde, mevcut durumda hukuki riski ortadan kaldırmak için, belediyeler ve özellikle şirket sayısı fazla olup bununla ilgili ayrı birimleri bulunan belediyelerin, bu birimlerin iş ve işlemleriyle ilgili görev ve çalışma yönetmelikleri içerisinde bazı düzenlemeler yaparak, özelleştirme sürecinde yapılacak işlemlerin mevzuat açısından dayanaksız kalması engellenmiş olabilir. İştirakler birimi görev ve çalışma yönetmeliklerine, şirketlerin özelleştirilmesi sürecinde, danışmanlık hizmetleri alımı, değer tespiti ve ihale işlerinde komisyonların teşkili, komisyon başkan ve üyeleri, ihale sonuçlarının onayı gibi işlemlerde görev yapacak personelin unvanlarının, belediye meclisinin özelleştirme ile ilgili kararlarında belirleneceğine dair hüküm konulabilir. Böylece belediye meclislerince bu görevlilerin unvanlarıyla ilgili yönetmelik gibi genel düzenleyici işlem yapmak yerine, her özelleştirmenin özelliğine göre birel işlemlerle belirlenmesi, mevcut yasal düzenlemeye daha uygun düşecektir.

Kaynakça

Akalın, Güneri (1994), “Yerel Yönetimlerin İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi”, *Çağdaş Yerel Yönetimler*, Cilt 3, Sayı 6, Kasım 1994, ss. 15-27.

Baytan, İlhan (2009), *Özelleştirme Hukuku ve Uygulamaları*, Yetkin yayınları, Ankara.

Bozlağan, Recep (2004), “Belediye İktisadî Teşebbüslerinin Özelleştirilmesinde Temel Sorun”, *Mevzuat Dergisi*, Yıl: 7, Sayı: 73, Ocak 2004.

Çakal, Recep (1996), *Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon*, Devlet Planlama Teşkilatı, Ankara.

Çarıkçı, Emin (1995), “Türkiye’de Özelleştirme ve Beklentiler”, *Yeni Türkiye*, Yıl: 1, Sayı: 2, Ocak-Şubat 1995, ss. 51-56.

Eriş, Metin (1995), “Özelleştirmenin Dünü ve Geleceği”, *Yeni Türkiye*, Yıl: 1, Sayı: 2, Ocak-Şubat 1995, ss. 57-68.

Eryılmaz, Bilal-Musa Eken (1990), “Mahallî İdarelerde Özelleştirme Politika ve Uygulamaları”, *Türk İdare Dergisi*, Yıl 62, , Sayı 387, Haziran 1990.

http://www.danistay.gov.tr/1-personel_hukuna_iliskin_anayasal_ilkeler.htm#_ftn66

Karasu, Mithat Arman (2011), “Özelleştirme İdaresi'nin Planlama Yetkileri”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, Cilt:20, Sayı: 2, Nisan 2011, ss. 27-51.

Koca, Murat-Muzaffer Dilek (1994/a), “Mahallî İdarelerin Şirketlerde Sahip Oldukları Hisselerin Satışı (I)”, *İller ve Belediyeler*, Yıl: 50, Sayı: 589, Kasım 1994, ss. 461-474;

Koca, Murat-Muzaffer Dilek (1994/b), “Mahallî İdarelerin Şirketlerde Sahip Oldukları Hisselerin Satışı (II)”, *İller ve Belediyeler*, Yıl: 50, Sayı: 589, Kasım 1994, ss. 514-522;

Özdemir, Gürbüz (2009), “Belediye İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi”, *Sayıştay Dergisi*, Ekim-Aralık 2009, Sayı: 71 41, ss. 41-74.

Öztürk, Nursel (2005), “Özelleştirme Ders Notları”,
http://www.ydk.gov.tr/egitim_notlari/ozellestirme.htm,2005.

Resmi Gazete (RG), 14.04.1930, Sayı :1471.

Resmi Gazete, 18.06.1984, Sayı: 18435.

- Resmi Gazete, 03.06.1986, Sayı: 19126.
Resmi Gazete, 27.11.1994a, Sayı: 22124.
Resmi Gazete, 13.12.1994b, Sayı: 2214.
Resmi Gazete, 12.09.1998, Sayı: 23461.
Resmi Gazete, 18.11.1998, Sayı: 23527.
Resmi Gazete, 02.05.2001, Sayı: 24390.
Resmi Gazete, 29.11.2003, Sayı: 25301.
Resmi Gazete, 28.05.2004, sayı: 25475.
Resmi Gazete, 13.07.2005, Sayı: 25874.
Resmi Gazete, 09.10.2005, Sayı: 25961.
Resmi Gazete, 12.01.2008, Sayı : 26754.
Resmi Gazete, 12.04.2011, Sayı: 27903.
Savaş, E.S. (1994), *Daha İyi Devlet Yönetiminin Anahtarı: Özelleştirme*, Çeviren: Ergün Yener, MPM yayını, Ankara.
Ulusoy, Ahmet-Tarık Vural (2003), “Yerel Hizmetleri Özelleştirme Yöntemleri”, *Türk İdare Dergisi*, Haziran 2003, Sayı: 439, ss.119-138.
Yasin, Melikşah (2007), *Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi*, 2. Baskı Beta, İstanbul.
Yaşar, Süleyman (2005), *Özelleştirme*, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul.
Yazıcı, Kuddusi (1997), *Özelleştirmede Değerleme Yöntemleri ve Değerleme Kriterleri*, Devlet Planlama Teşkilatı, Ankara.