

# KAMU-ÖZEL ORTAKLIĞI/PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP (PPP) (KAVRAM VE HUKUKSAL ÇERÇEVE)

Yrd. Doç. Dr. Abdullah Uz\*

## ÖZET

Taraflarca üstlenilen risk düzeyi ve risk paylaşımına bağlı olarak, kamu alımlarından özelleştirme uygulamalarına kadar farklı mekanizmalarla özel sektörün kamu altyapı yatırımlarına ve kamu hizmetlerine katılabileceği pek çok yöntem bulunmaktadır. Ancak; sağlık, eğitim ve diğer kamu hizmetleri gibi daha önce sadece kamu otoritelerince gerçekleştirilen kamu hizmetleri ve altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesine özel sektörün katılımını sağlamak amacıyla kamu ve özel sektör arasında imzalanan bir sözleşme olarak Kamu Özel Ortaklıkları, tam bir özelleştirme modeli olmadığı gibi, salt bir kamu alımları yöntemi olarak da değerlendirilemez. Ülkeler, ihtiyaçlarına göre çeşitli PPP modelleri uygulamakta olup, bunlar arasında Yap-İşlet-Devret (YİD-BOT), Yap-İşlet (Yİ-BO) ve Yap-Kirala-Devret (YKD-BRT) modelleri sayılabilir. Avrupa Birliği hukuku düzeyinde henüz tanımlanmış olmamakla birlikte PPP kavramı, altyapı yatırımları ya da kamu hizmetlerinde finansman, yatırımların gerçekleştirilmesi, yenilenmesi, işletilmesi veya korunması amacıyla kamu ile özel sektör arasında oluşturulan işbirliği türlerine işaret etmektedir. Bu türlerden birisi olan imtiyazın ülkemizdeki uygulaması Osmanlı İmparatorluğuna kadar giden uzun bir geçmişe sahip olmasına rağmen, Türkiye’de henüz iyi tasarlanmış tek bir PPP Kanunu mevcut değildir. Bununla birlikte, yapısal güçlükleri aşmak üzere Devlet Planlama Teşkilatı’nın öncülüğünde PPP modellerini tek bir çatı altında düzenlemek amacıyla bir Kanun Tasarısı hazırlanmaktadır.

**ANAHTAR KELİMELELER:** Public Service, Public Private Partnership, Private Finance Initiative, Concession, Built-Operate-Transfer, Public Procurement

## ABSTRACT

Depending on the level of risk and risk sharing, the variety of arrangements range from public procurement to privatization, there are numerous ways in which the private sector may involve in public infrastructure and public services. As a contractual agreement between a public sector agency and a private sector entity for the involvement of the private sector in the provision of infrastructure and

\* Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Hukuk Bilimleri ABD Öğretim Üyesi

services which were previously the exclusive domain of public authorities, such as health, education and other social services, PPPs are not a form of privatisation or a pure public procurement. There are various PPP models that are implemented by countries. Some of them are, Build- Operate- Transfer (BOT), Build- Rent- Transfer (BRT) and Build-Operate (BO) model. Not defined at community level, yet under European community law, the term refers to the forms of cooperation between public authorities and the world of business which aim to ensure the funding, construction, renovation management or maintenance of an infrastructure or the provision of a service. Although, the implementation of concessions dates back to the Ottoman Empire there is no single and well framed PPP Code yet in Turkey. A draft PPP Law has been prepared by the State Planning Organization (SPO) in order to overcome the structural difficulties in Turkey.

**KEYWORDS:** Kamu Hizmeti, Kamu Özel Ortaklığı, Özel Finansman Girişimi, İmtiyaz, Yap-İşlet-Devret, Kamu Alımları

## **I- Giriş ve Kavramsal Çerçeve**

### **A- Giriş**

Altyapı yatırımlarına duyulan ihtiyacın giderek arttığı günümüzde OECD verilerine göre, yol, demiryolu, telekom, enerji ve su alanında yıllık 1.8 trilyon dolarlık bir yatırıma ihtiyaç duyulduğu da dikkate alındığında, kamu kurum ve kuruluşlarının kendi kaynakları ile söz konusu yatırımları gerçekleştirmesi oldukça zor görünmektedir.<sup>1</sup> Örneğin, bütçe açığının resmi rakamlara göre yaklaşık 100 milyar dolar olduğu Hindistan'da hükümet, önümüzdeki beş yıl içinde yatırım ihtiyacının 500 milyar dolar olduğunu açıklamıştır.<sup>2</sup>

Bu süreçte kamu kurum ve kuruluşlarının yatırım ve hizmetlerin sunulmasında giderek daha fazla özel sektörle ortaklık içerisine girdiği görülmektedir. Bütçe kısıtları, daha doğru bir ifade ile finansman yetersizliği başta olmak üzere, özel sektörün yaratıcılığı, dinamizmi, know-how gibi etkenlerle yatırım ve hizmetlerde etkinliğin artırılması, yani finansman ve/veya etkinlik<sup>3</sup> aracı olarak kamunun özel sektörle ortaklığı söz konusu olabilmektedir. İşte bu çalışmada, yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesi için kamu ile özel sektör arasında risk paylaşımı esasına göre oluşturulan ve çok farklı uygulamaları bulunan Kamu-Özel Ortaklığı üzerinde durulacak ve bu çerçevede karşılaştırmalı bir inceleme yapılacaktır.

### **B- Kavramsal Çerçeve**

Son 25 yılda özel sektörün kamu yatırım ve hizmetlerine katılımını ifade etmek üzere kullanılan terminoloji giderek karmaşık bir hale gelmiştir. İdeolojilerin bu kavramsal gelişimde önemli bir rolü olduğu söylenebilir. Örneğin 1980'lerde İngiltere'de Thatcher hükümetinin başlattığı özelleştirme sürecinde, özelleştirme kavramına, özel sektörün kamu yatırım ve hizmetlerinde bir şekilde yer aldığı bütün formları içine alacak şekilde geniş bir anlam yüklenmiştir. Bu bağlamda, kamu teşebbüslerinin özel sektöre satılmasından, çöplerin toplanması veya temizlik hizmeti satın alınmasına kadar uzanan bir yelpazede özelleştirme kavramına müracaat edilmektedir. Halbuki diğer AB ülkelerinde örneğin yapım işleri ya da hizmet satın alınması özelleştirme olarak nitelendirilmemektedir.

<sup>1</sup> PPPs in Developing Economies: Overcoming Obstacles to Private Sector Participation, Issues, Lessons and Examples, DEPFA BANK, Dublin, August 2007, s. 8

<sup>2</sup> Ibid, s. 6-7

<sup>3</sup> Suudi Arabistan ve Birleşik Arap Emirlikleri gibi finansman sıkıntısı olmayan petrol zengini ülkelerdeki PPP uygulamalarının hedefi finansman sağlama değil, hizmet ve yatırımlarda özel sektörle işbirliğinin sağlayacağı etkinliktir.

Özellikle su sektörü ile ilgili bir kısım literatürde de, PPP ile özelleştirme birbirinin yerine kullanıldığı görülmektedir.<sup>4</sup> Halbuki dar anlamda ya da teknik anlamıyla özelleştirme (privatisation/divestiture) kamuya ait olan varlıkların ya da hisselerin kısmen ya da tümüyle özel sektöre devredilmesini ifade etmektedir. Dolayısıyla burada bir kamu-özel ortaklığından söz edilemeyeceği kanısındayız. Zira özelleştirmede söz konusu tesis ve hizmetler tümüyle özel sektöre geçerken, PPP modellerinde böyle bir durum en azından her zaman için geçerli değildir.<sup>5</sup> Ayrıca özelleştirmede ve kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde devletin üstlendiği rol de aynı değildir. Yukarıda belirttiğimiz kapsamı ile özelleştirmede, devletin rolü aktörlükten (piyasa oyunculuğundan) düzenleyen-denetleyen-yönlendiren yani regüle eden konumuna dönüşmektedir. Yani bu durumda devletin ekonomik kolluk yetkisini kullanması söz konusudur. Halbuki yatırım ve hizmetlerin özel kişilere gördürülmesinde ise hizmetin nihai sorumluluğu yine idareye ait olup, bu son durumda kamu idaresinin özel kişiler üzerinde yakın denetim ve gözetim yetkisi söz konusudur.

İşte bu tür bir kavram kargaşası içerisinde yeni bir kavram ortaya atılmıştır: Kamu –Özel Ortaklığı/Publi-Private Partnership (PPP). Aynı anlamda kullanılmak üzere özellikle Dünya Bankası tarafından, gelişmekte olan ülkeler için Private Sector Participation (PSP) kavramı geliştirilmiştir. Aslında her ikisi de hukuken ve teknik olarak kesin bir kavram değildir.<sup>6</sup> Buna karşılık daha eski bir kavram olan ve uzun bir uygulama geçmişine sahip imtiyaz (concession) hukuken daha kolay tanımlanabilir bir kavram olarak görünmektedir.

Eğer literatürde PPP, PFI, PSP, PPSP, P3s, 3P, Concession, DBOT gibi farklı terminolojilerle ifade edildiği gözlenen Kamu-Özel Ortaklığının genel bir tanımında uzlaşabilirsek, bu modellerin aslında yeni bir uygulama olmadığı, sadece yeni bir üst kavram geliştirildiği hemen görülebilecektir. Gerçekten, isimlendirme ya da seçilen formülasyon dikkate alınmazsa, amaçlar aslında değişmemiştir. Yani temel amaç kamu altyapı yatırım ve hizmetlerinin yine kamunun denetim ve gözetimi altında belli bir ölçüde özel sektöre gördürülmesidir. Modeller arasında farklılaşmayı getiren şey ise, nihai amaç değil, yapılacak işin kapsam ve niteliği ile risklerin taraflar arasında nasıl ve ne oranda paylaşılacağı ve yatırım ve hizmetlerin bedelinin

<sup>4</sup> Brendan McNallen: Fixing the Leaks in Brazil's Water Law: Encouraging Sound Private Sector Participation through Legal and Regulatory Reform, 9 GONZ. J. INT'L L. 146 (2006) <http://www.gonzagajil.org>.

<sup>5</sup> Canadian Council for Public-Private Partnerships, [www.PPPscouncil.ca/aboutpppdefinition.asp](http://www.PPPscouncil.ca/aboutpppdefinition.asp)

<sup>6</sup> Terminoloji konusunda ayrıntı için bkz. David Hall , Robin de la Motte and Steve Davies: Terminology of Public-Private Partnerships (PPPs) Public Services International Research Unit (PSIRU), March 2003 <http://www.epsu.org/r/237>

kimden (kullanıcılardan ya da kamudan) karşılanacağıdır. Dolayısıyla Eski Roma dönemine kadar götürebileceğimiz, 16-17. y.y.'da Fransa'da nehir kanalları ile ilgili olarak gerçekleştirilen imtiyaz yöntemi de, 19. y.y.' sonlarına doğru özellikle yerel kamu hizmetlerine ilişkin olarak hız kazanan yetkilendirme yöntemi de, İngiltere'nin 1992'de başladığı ama 1997'den sonra hızla uygulama alanı bulan PFI yöntemi de bir Kamu-Özel Ortaklığı modeli olup, aslında kamu yatırım ve hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinden başka bir şey değildir. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerinin öncelikle incelenmesi, Kamu-Özel Ortaklığı uygulamasını anlamamıza önemli bir katkı sağlayacaktır.

## **II- Kamu Hizmetlerinin Yürütülüş Yöntemleri**

### **A- Genel Olarak Kamu Hizmeti Kavramı**

Genel olarak idari sözleşme, kamu malı, kamu görevlisi, kamulaştırma, idari yargının görev alanı gibi idare hukukunun başlıca kavramlarının tanımlanmasında ve belirlenmesinde en önemli ölçü-referans olarak kullanılan ve bu yönüyle belki de idare hukukunun en önemli kavramı olarak nitelendirilen<sup>7</sup>, ancak tanımlanması ve somut içeriğinin belirlenmesinde büyük güçlük yaşanan *kamu hizmeti* kavramının<sup>8</sup> tarihsel süreç içerisinde “mutlakçı” (objektivist) bir anlayıştan “göreceli” (subjektivist) bir anlayışa doğru dönüşüm geçirdiği gözlenmektedir.<sup>9</sup> Artık modern idare hukukunda, mutlakçı anlayışın temsilcisi olan Duguit'nin toplumsal yaşam için mutlaka gerekli olmakla birlikte özel girişim tarafından düzenli ve sürekli bir şekilde yürütülmeyen ya da yürütülemeyen faaliyetlerin niteliği gereği kamu hizmeti olduğu ve idare tarafından yürütülmesi gerektiği fikri<sup>10</sup> doğru ama eksik bir tanımlama olarak görülmüş ve toplumsal yaşam için zorunluluk ile, özel kesimce yerine getirilmeme ya da getirilememe konusunda belirlemenin yöneticiler tarafından yapılabileceği belirtilmiş<sup>11</sup>, hatta bir faaliyete ilişkin kamu hizmeti nitelendirmesi yapılabileceğinin, o faaliyet üzerine siyasi iktidarca yapılandırılan “kamu hizmetidir” etiketi ile mümkün olduğu ifade edilmiştir.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Ali Ulusoy: “Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesine ve Bunlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme” in Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Bildiriler –Tartışmalar II, 26 Mart 2004, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, s. 59-60,

<sup>8</sup> Bu konuda ayrıntı için bkz. Onur Karahanogulları: Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim, Ankara 2002; Ali Ulusoy: Kamu Hizmeti İncelemeleri, İstanbul 2004

<sup>9</sup> Ibid

<sup>10</sup> Leon Duguit: Traite de Droit Constitutionnel, T. II, 3. Ed. Paris, 1928, s. 61

<sup>11</sup> Alain-Serge Mescheirakoff: Droit des Services Publics, 2. Ed. PUF, Paris 1997, s. 52 v.d. (nakleden Ulusoy, s. 60-61.)

<sup>12</sup> Didier, Truchet: Label de service public et statut de service public, AJDA, 1982, s. 428

Bu bağlamda, önemli derecede kamu yararı içeren, özel sektör tarafından gereği gibi sunulmayan ya da sunulamayan faaliyetlerin özel bir hukuki rejime tabi tutularak yasama organınca kamu hizmeti nitelendirmesi yapılabileceği söylenebilir. Ancak burada kamu yararı ve özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmama koşullarının varlığının aranması gerektiği belirtilmektedir<sup>13</sup> ki bu durumda tanım ve kapsamı belirsiz olan kamu yararı kavramının kamu hizmetinde referans olarak kullanılması da sorunu iyice karmaşık hale getirmektedir.<sup>14</sup>

## B- Kamu Hizmetlerinin Yürütülme Usulleri

Kamu hizmeti nihai olarak idarenin sorumluluğunda olmakla birlikte, kamu hizmetlerinin mutlaka bir kamu otoritesi tarafından yürütülmesi gerekli değildir. Bir kamu hizmetinin, kamu hizmetlerinin işletilmesi usûllerinden hangisiyle işletileceğine karar verme yetkisinin, Anayasaya aykırı olmamak şartıyla yasama organına ve kanunlara aykırı olmamak üzere idarî makamlara ait olduğu, hangi kamu hizmetinin hangi usûlle işletileceği sorununun tamamıyla bir yerindelik sorunu olduğu, böyle bir sorun hakkında yargı organlarının değil, sorumluluğu üstlenen yasama organı ve idarenin karar vermesi gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>15</sup>

Kamu hizmetlerinin işletilmesi konusunda çeşitli usûller (*modes de gestion des services publics*) söz konusudur. Bu bağlamda; bir kamu hizmeti, bizzat o hizmetten sorumlu olan kamu otoritesince yürütülebileceği gibi, başka bir kamu tüzel kişiliği eliyle ya da sorumlu olan kamu idaresinin yakın gözetim ve denetimi altında özel kişilerce de yürütülebilir. Bu son durumda özel kişinin sorumluluğu saklı kalmak kaydıyla, hizmetin düzenli ve sürekli işletilmesinden ilgili kamu idaresinin sorumluluğu devam eder.

Doktrinde kamu hizmetlerinin yürütülüş yöntemleri bakımından emanet, müşterek emanet, ruhsat, iltizam, imtiyaz, vekalet gibi usuller sayılmakta ise de, pozitif hukukumuz bakımından kamu hizmetlerinin yürütülüş yöntemlerinin emanet usulü ve yetkilendirme usulü olarak iki başlık altında toplamak mümkündür.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Ulusoy: s. 61-62.

<sup>14</sup> Metin Günay: Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler, T.C.M.B. Eğitim Müd. Tarafından Düzenlenen “Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye Semineri Notları, s. 183 v.d.

<sup>15</sup> Kemal Gözler: İdare Hukuku Dersleri, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, Dördüncü Baskı, 2006, s.532 v.d. Fransız idare hukuku bakımından da aynı yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Nitekim Fransız Danıştay 4 Mayıs 1906 tarihli *Rubin* kararı ve daha sonraki kararlarında bir kamu hizmetinin işletilme usûlünü belirleme yetkisinin idareye ait olduğuna ve bu sorunun bir yerindelik sorunu olduğuna karar vermiştir. Örneğin Conseil d’État, 9 Ekim 1968, *Pigalle*, RDCE, 1968, s.481; Conseil d’État, 18 Mart 1988, *Loupas*, RDCE, 1988, s.975; Conseil d’État, 17 Aralık 1997, *Ordre des avocats à la cour d’appel de Paris*, RDCE, 1997, s.491 (Nakleden: Gözler: s. 532)

<sup>16</sup> Ulusoy: s. 64.69. Ayrıca bkz. Gözler: s. 532 v.d.

Bilindiği gibi emanet (régie), bir kamu hizmetinin, hizmeti üstlenen kamu idaresi tarafından bizzat işletilmesi yöntemidir. Burada, hizmetin herhangi bir kamu otoritesi tarafından yürütülmesinden değil, bizzat o kamu hizmetinin nihai sorumlusu olan kamu idaresi tarafından yürütülmesi söz konusudur. Dolayısıyla bu yöntemin Kamu Özel Ortaklığı ile bağlantısı yoktur.

Doktrin ve yargı kararlarında kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından yürütülmesi yöntemi için kullanılagelen imtiyaz (concession) kavramı, geniş anlamda “özel kişiler tarafından kamu hizmetlerinin yürütülmesi” yöntemlerinin hepsini (özel hukuk sözleşmesi-idari sözleşme ya da ruhsat usulü) kapsayacak şekilde kullanıldığı gibi, dar anlamda kamu hizmetinin idari sözleşme yoluyla özel kişilere gördürülmesini ifade edecek şekilde kullanılmaktadır.

Genel olarak “özel kişilerin kamu hizmeti yürütmekle yetkilendirilmesi” bakımından gerek kelimenin ayrıcalık ifade eden anlamı, gerekse tarihsel süreç içindeki kötü uygulamaları çağrıştırması nedeniyle imtiyaz kavramı yerine “yetkilendirme” kavramının kullanılmasının daha yerinde olacağı,<sup>17</sup> nitekim Fransa’da da 1990 lı yılların başından bu yana “kamu hizmeti imtiyazı” (concession de service public) kavramı yerine “kamu hizmeti için yetkilendirme” (délégation de service public) kavramının kullanılmaya başlandığı ifade edilmektedir.<sup>18</sup>

### **III- Avrupa Birliğinde ve Birliğe Üye Ülkelerde Kamu Özel Ortaklığı**

#### **A- Avrupa Birliğinde Kamu Özel Ortaklığı**

Avrupa Birliği düzeyinde kapsayıcı bir PPP tanımına yer verilmemiş, altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesi ya da hizmetlerin sunulması konusunda kamu otoriteleri ile özel sektör arasında gerçekleştirilen değişik sözleşme türlerini içine alacak şekilde bir tür “şemsiye kavram” olarak kullanılmıştır. Ancak Avrupa Komisyonu, hazırladığı Yeşil Kitapta tasarı niteliğinde bir PPP tanımı yapmaya çalışmıştır. Buna göre; PPP kamu ile özel sektör arasında altyapı hizmetlerinin finansmanı, yapımı, yenilenmesi, işletilmesi ve bakımı ile hizmetlerin sunulmasına ilişkin olarak gerçekleştirilen bir Ortaklığı yöntemidir. Bu tür bir Ortaklığın kapsamı değişken olmakla birlikte genelde, yatırım ve hizmetlerin finansmanı, tasarlanması, yapımı, işletilmesi ve bakımını içerir.

Avrupa Birliği düzeyinde PPP ye özel bir mevzuat henüz yoktur. Ancak Avrupa Birliği düzeyinde, giderek önemi artan PPP uygulamalarının hukuki çerçevesi

<sup>17</sup> Ulusoy: s. 65-66.

<sup>18</sup> Gözübüyük-Tan: İdare Hukuku, C. I, Genel Esaslar, 2. Baskı, Ankara 2001, s. 491-493

konusunda son dönemlerde bazı çalışmalar dikkat çekmektedir. Bu bağlamda Kamu Alımları Yönergeleri PPP'nin farklı formlarına nasıl ve ne ölçüde uygulanabileceği, PPP modelleri için mevcut hukuki çerçevenin daha da netleştirilmesi ya da geliştirilmesinin gerekli olup olmadığı konusunda AB Komisyonunun girişimiyle bir platform oluşturulmuştur. Bu süreçte Komisyon 2004 yılında bir Yeşil Kitap (Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions on 30 April 2004 -IP/04/593) yayınlamıştır. Yürütülen istişare (consultation) sürecinde, yeterli rekabetin Birlik üyesi ülkelerin çoğunda sağlanamadığı tespiti yapılmış ve kamu alımları ve imtiyazlarla ilgili sorunların çözümüne yönelik alternatif politikalar ve düzenlemeler geliştirilmesi gereği vurgulanmıştır.

Topluluk Hukukuna bakıldığında, yatırım ve hizmetlerin kamu otoritelerince bizzat ya da özel sektör eliyle yürütülmesi konusunda üye ülkeleri tamamen serbest bıraktığı görülmektedir. Ancak eğer kamu otoriteleri eğer yatırım ve hizmetlerin üçüncü kişilere gördürülmesine karar verirse, bu durumda imtiyaz ve kamu alımları mevzuatı uygulama alanı bulacaktır. Bu bağlamda doktrinde ve Divan kararlarında Kamu alım sözleşmesi (public contracts) olarak nitelendirilebilecek olanların ilgili Yönergelere tabi olacağı, bayındırlık imtiyazı (works concessions) niteliğinde olanların ikincil düzenlemelerin bazı hükümlerine tabi olacağı, hizmet imtiyazı (service concessions) niteliğinde olanların ise Yönergelere tabi olmayacağı belirtilmektedir. Bununla birlikte, ikincil mevzuat kapsamında olsun ya da olmasın kamu otoritelerinin üçüncü kişilerle girişeceği yatırım ve hizmetlere ilişkin bütün sözleşmelerin, özellikle saydamlık, eşit muamele, ölçülülük ve karşılıklı tanıma ilkeleri başta olmak üzere Avrupa Topluluğu Anlaşmasının kural ve ilkelerine uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekir.

PPP modelleri Avrupa Birliği ülkelerinde, üye ülkelerin hukuki çerçeveleri ve uygulanan sektörlere göre değişkenlik göstermekle birlikte giderek yaygınlaşmaya başlamıştır. PPP uygulamaları bakımından İngiltere, Fransa ve İtalya gibi bazı ülkelerin bu alanda oldukça ilerde oldukları gözlenirken, özellikle Birliğe yeni katılan ülkelerde söz konusu uygulamaların giderek artan düzeyde kullanılmaya başlandığı görülmektedir.

AB üyesi ülkeler, PPP uygulamasının yaygınlığı ve tecrübe bakımından üç kategoride değerlendirilmektedir: Birinci grupta İngiltere, Fransa, Almanya ve İtalya gibi PPP uygulamasında ileri düzeyde olan ülkeler (advanced PPP adopters); İkinci grupta İspanya, Potekiz, bir ölçüde Hollanda gibi PPP uygulamaları orta düzeyde olanlar (Intermediate PPP adopters); son olarak da Lüksemburg, İsveç,



Belçika ve Yunanistan gibi, PPP uygulamasına -belli sektörler hariç- geç başlayanlar (latecomers)<sup>19</sup>

Birliğe yeni katılan Polonya gibi ülkelerde PPP uygulamalarında yaşanan başarısızlıklara neden olarak; yeterli deneyime sahip kamu personelinin bulunmayışı ve daha da önemlisi, başlangıçta gerçekçi olmayan bir şekilde yüksek belirlenen hizmet talebinin yeterli düzeyde gerçekleşmemesi nedeniyle, talep riskinin kamu otoriteleri üzerinde kalması ve böylece projenin kamuya maliyetindeki artış gösterilmektedir.

Üye ülkeler bakımından PPP modellerinin uygulandığı sektörler bazında bir değerlendirme yapılacak olursa, demiryolu ve yol altyapı projelerinde oldukça başarılı sonuçlar veren PPP modellerinin sağlık, eğitim, cezaevleri gibi yatırımlar bakımından uygunluğu ve iyi sonuç verip vermeyeceğine ilişkin sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi, bu alandaki uygulamaların çok eski bir geçmişe sahip olmaması nedeniyle, şu an için oldukça zor görünmektedir. Ancak İngiltere örneğinde sağlık alanındaki PPP uygulamalarının büyük ölçüde başarılı sonuçlar vermeye başladığı belirtilmektedir.

Bununla birlikte sağlık, güvenlik, eğitim gibi çekirdek kamu hizmeti alanlarında yaratıcı PPP modelleri uygulanmaya başlansa da, bu alanlarda PPP uygulanması konusu hala bir tabu olarak görülmekte ve söz konusu yatırım ve hizmetlerin kamu otoriteleri tarafından yürütülmesi yönünde üye ülkelerin vatandaşlarında yaygın bir beklenti dikkat çekmektedir. Bu bağlamda, kamu görevlileri bakımından işini kaybetme endişesi ile kamu hizmetlerinde görülebilecek aksaklıklar etkili olmaktadır. Aslında PPP modellerinin bahsi geçen sektörlerde nasıl ve ne ölçüde bir başarı ve refah sağlayacağı konusunda bir değerlendirme yapmak da henüz mümkün değildir.

Genel olarak bir değerlendirme yapılacak olursa; kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle yürütülmesine ilişkin olarak ortaya çıkan refleksin temelinde; düzenlilik, süreklilik, değişkenlik gibi kamu hizmetlerine egemen olan temel ilkelerin aşındırılacağı ve kamu hizmetlerinin nicelik ve niteliğinde sorunlar yaşanacağı endişesi bulunmaktadır. Bu endişe Fransa'da olduğu gibi, bir ölçüde Fransa'nın etkisiyle İngiltere'de ve hatta California'da yaşanan enerji krizi nedeniyle Amerika Birleşik Devletleri'nde de söz konusudur.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Public - Private Partnerships National Experiences in The European Union DG Internal Policies of the Union 10.02.2006 *Briefing Note Ip/A/Imco/Sc/2005-160, s.2-5*

<sup>20</sup> Tim Scales and Noël Chahid-Nourai: Project finance in France International Financial Law Review <http://www.iflr.com/?Page=17&PUBID=213&ISS=16395&SID=514603&SM=&SearchStr=>

## **B- Bazı Üye Ülkelerde Kamu Özel Ortaklığı**

### **1- İngiltere: PFI (Private Finance Initiative)**

İngiltere’de dünyanın diğer ülkelerinde olduğu gibi, 1990 ların başında kamu altyapı hizmetlerini gerçekleştirmeye yetecek kamu fonlarının bulunamaması, hükümeti yenilikçi çözümlere zorlamış ve bu süreçte özel sektör finansmanına yönelik isteksizliğe son verilmiştir. Bu bağlamda geliştirilen Özel Finansman Modeli (PFI), kamu kurum ve kuruluşlarını varlıkların sahibi ve işleticisi konumundan, hizmetleri özel sektörden satın alan konumuna geçirmiştir. Aslında PFI yeni bir fikir değildir. Başta Fransa olmak üzere, İtalya, İspanya özel finansman modelini uzunca bir süredir, otoyol yapımında kullanırken, Avustralya, Yeni Zelanda ve ABD özel finansman modeli ile hapishane, yol ve hastane binalarının yapımında kullanmıştır.

Burada gözardı edilmemesi gereken husus, PFI’ın özel sektörden bir borç alma yöntemi olmadığıdır.<sup>21</sup> PFI, Value for Money yani maliyet etkin (cost-effective) bir model olarak, özel sektörün yenilikçi yaklaşımını, performans artışı getiren, etkinlik kazandıran ve böylece potansiyel olarak vergi yükümlülerine büyük faydalar sağlayan yönetim tecrübesini kamu yatırım ve hizmetlerine aktarmaktadır. Bu bağlamda özel sektör, yatırımları gerçekleştirirken, kamu da belirlenen standartlarda sunulan hizmetler için ödeme yapmaktadır.

İngiltere’de PFI modeline, resmi olarak 1992 Kasımında Norman Lamont tarafından geçilmiştir.<sup>22</sup> Bu tarihten sonra, kamu yatırımlarının özel sektöre finansmanı “Ryrie Rules” ile sınırlandırılmıştır. Özel sektör finansman modeli ile hükümet başlıca iki avantaj elde etmiştir. Öncelikle klasik tedarik yöntemlerinde sıkça karşılanan süre aşımı, yani yatırımların zamanında gerçekleştirilememesi ve maliyet aşımı, yani projenin beklenenden daha büyük bir maliyete ulaşması gibi kötü tecrübeler, PFI’ın maliyet etkin (value for Money) olması ve projelerin zamanından önce sonuçlandırılması ile artık daha az yaşanmaya başlanmıştır. İkinci olarak, risklerin optimum bir şekilde paylaşılması beraberinde etkinlik ve düşük maliyet getirmiştir.

Ancak 1992-1997 arası dönemdeki PFI uygulamalarında çeşitli aksaklıklar ortaya çıkmıştır. Buna neden olarak; gerek kamu gerekse özel sektör için PFI modelinin nasıl işleyeceği konusundaki belirsizlikler, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar

<sup>21</sup> PFI: Meeting the Investment Challenge, HM Treasury, July 2003, [www.hm-treasury.gov.uk/media/648B2/PFI604.pdf](http://www.hm-treasury.gov.uk/media/648B2/PFI604.pdf)

<sup>22</sup> Norman Lamont, Chancellor of the Exchequer, Autumn Statement, vol. 208, col. 996 (12 nov. 1992).

nedeniyle yürütülen müzakereler, istekliler tarafından ortaya konacak yenilikçi yaklaşımları sınırlandıracak ölçüde ayrıntılı olarak düzenlenen şartnameler, risk paylaşımı konusunda hükümetin gerçekçi olmayan görüşleri, küçük ölçekli projeler için PFI uygulamasının beraberinde getirdiği yüksek maliyetli ihale süreci, özel sektörün sağlayacağı katma değer konusunda kamu otoritelerinin isteksizliği gibi faktörler gösterilmektedir.<sup>23</sup>

İngiltere’de, 1997 sonrası dönemde PFI uygulamaları ile ilgili olarak çeşitli organizasyonların kurulduğu görülmektedir. Bu çerçevede Treasury Taskforce (TTF), Partnerships UK (PUK) (%51 özel sektöre, %49’u kamuya ait bir şirkettir), Office of Government Commerce (OGC) ve 4Ps (Yerel İdarelere PFI konusunda tavsiyelerde bulunmak ve yardımcı olmak amacıyla oluşturulmuştur) gibi kuruluşlar PFI uygulamalarında aktif rol oynamıştır.

Şu anda İngiltere’de PFI uygulamalarının toplam kamu yatırımları içindeki payı yaklaşık %12 düzeyindedir. Diğer bir ifade ile kamu yatırımlarının yaklaşık %12 si PFI modeli ile gerçekleştirilmektedir.<sup>24</sup>

## **2- Fransa: Contrat de Partenariat (Ortaklık Sözleşmesi)**

Başta PFI modeli ile İngiltere olmak üzere bazı AB ülkelerinde başarıyla uygulanması, kamu yatırım ve hizmetlerinin finansmanında yaşanan problemlerin aşılması, hizmetlerin özel finansman yoluyla etkin bir şekilde sunulabilmesi gibi avantajları nedeniyle alternatif bir model olarak görülen Kamu Özel Ortaklığı, Fransa için kavram olarak yeni olsa bile uygulama olarak oldukça uzun bir geçmişe sahiptir.

İmtiyaz uygulamaları konusunda oldukça uzun bir tecrübeye sahip Fransa’da yasama organı, kamu-özel sektör arasındaki yatırım ve hizmetlere ilişkin sözleşmelerin modernize edilmesi amacıyla bir düzenleme (Ordonnance) yapması için hükümete 2 Temmuz 2003 tarih ve 2003-591 sayılı yasa<sup>25</sup> ile yetki vermiş ve bu bağlamda, 17 Haziran 2004 tarihinde çıkartılan 2004-559 sayılı KHK ile Fransa yeni ve genel bir Kamu Özel Ortaklığı “Contrat de Partenariat” (Ortaklık Sözleşmesi) rejimine geçmiştir. Yine aynı düzenleme ile, Ortaklık Sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıkların

<sup>23</sup> Bastian, Heinecke: Involvement of Small and Medium Sized Enterprises in the Private Realisation of Public Buildings, Freiberg, 29 July 2002, [www.tu-freiberg.de/~wwwfak6/files/paper/winter1.pdf?PHPSESSID=863a398834670991be6196328284d366](http://www.tu-freiberg.de/~wwwfak6/files/paper/winter1.pdf?PHPSESSID=863a398834670991be6196328284d366)

<sup>24</sup> *Public-Private Partnerships*, International Monetary Fund, March 12, 2004, Appendix I, p.37.

<sup>25</sup> Loi No. 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement a simplifier le droit), JORF 3 Temmuz 2003, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

Fransız hukuku uygulanmak kaydıyla tahkim yoluyla çözümü konusunda tarafların sözleşmeye hüküm koyabilmesini öngörmüştür. Böylece ilk defa kamu kurumlarının uluslararası nitelik taşımayan sözleşmelerde tahkime gidemeyeceği genel ilkesine bir istisna getirilmiştir. Ancak bazı senatörler ve sivil toplum kuruluşlarınca, kamu kurumlarının tahkime gidemeyeceği genel ilkesinden ayrılma sonucunu doğuracak bir düzenleme konusunda yasama organı tarafından yetki verilmediği belirtilerek KHK'nın yetki kanununa aykırı olduğunu ileri sürülmüştür. Fransız Danıştay (Conseil d'Etat) 29 Ekim 2004 tarihli kararında söz konusu düzenlemenin geçerli olduğunu, ayrıca, genelde büyük yatırımları içeren uzun süreli sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceğini belirtmiştir.<sup>26</sup>

#### **IV- Türkiye’de Kamu Özel Ortaklığı ve Hukuksal Çerçevesi**

Diğer ülkelerde olduğu gibi, Türkiye’de de Kamu hizmetlerinin sunumuna özel sektörün katılımı çeşitli şekillerde gerçekleşmiş, bu bağlamda; imtiyaz, iltizam, Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ), İşletme Hakkı Devri gibi yöntemler günümüze kadar uygulanmıştır.

Türkiye, bazı Kamu-Özel Ortaklığı modellerini ilk uygulayan ülkelere biri olmasına rağmen, modelin uygulandığı yaklaşık 25 yıllık dönem incelendiğinde, özel sektör katılımının istenen seviyelere ulaşamadığı, hayata geçirilen Kamu-Özel Ortaklığı projelerinde ise başta risk paylaşımı olmak üzere çeşitli nedenlerle genelde sorunlar yaşandığı görülmektedir. Nitekim, enerji ve havayolu ulaşımı sektörlerinde gerçekleştirilen uygulamalar haricinde, Kamu-Özel Ortaklığı projelerinin yaygın bir şekilde uygulandığı ve başarılı olduğu başka bir sektör bulunmamaktadır.

Pozitif düzenlemeye bakıldığında Kamu hizmetine ilişkin imtiyazların bugün de geçerliliğini koruyan 10 Haziran 1326 (1910) tarihli Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun ile düzenlendiği görülmektedir.<sup>27</sup> Osmanlı döneminde yaygın olarak kullanılan imtiyaz yöntemine Cumhuriyet döneminde bir kaç örnek dışında başvurulmamış ve kamu hizmetleri daha çok devlet eliyle gerçekleştirilmiştir. Ancak zamanla kamu hizmetlerine duyulan ihtiyaçla birlikte kamu hizmetlerinin nitelik ve nicelik olarak gösterdiği artış, devlet tarafından yatırımlara ayrılan kaynakların yetersiz kalmasına sebep olmuş, bu kaynakların etkin bir şekilde kullanılmasında görülen eksiklikler ile klasik yönetim anlayışıyla kamu

<sup>26</sup> Ayrıntı için bkz. Pierre Heitzmann: The Contract de Partenariat: A New Form of French Public Private Partnership Allowing The Use of Arbitration to Adjudicate Disputes, The International Construction Law Review, 2006, Volume:23, Part 1, s. 20-38

<sup>27</sup> Tan’a göre, 1910 tarihli bu yasanın bugün için uygulama alanı fiilen kalmamıştır. Bkz. Tan, “Kamu Hizmeti İmtiyazından ‘Yap-İşlet-Devret’ Modeline”, AÜSBFD, C.47, S.3-4, s.321.

hizmetlerinin istenen kalite ve düzeyde gerçekleştirilememesi nedeniyle alternatif modellerin uygulanması gündeme gelmiştir. Bu çerçevede, 1980’li yıllardan itibaren çeşitli yasal düzenlemelerle, kamu hizmetlerinin özel sektör eliyle fakat imtiyaz yönteminden farklı modellerle gerçekleştirilmesine çalışılmış ancak bu yasal düzenlemeler, Anayasa Mahkemesince Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Bu bağlamda; konuyla ilgili çeşitli yasal düzenlemeler şöyle özetlenebilir:

- *4/12/1984 tarih ve 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun”la enerji sektöründe YİD modeli ile İşletme Hakkı Devri Modeline ilişkin ilk yasal düzenleme yapılmıştır.*
- *3096 sayılı Kanundan sonra, otoyolların ve üzerindeki hizmet tesislerinin yapımı, bakımı ve işletilmesi konusunda özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketlerinin YİD modeline göre görevlendirilebilmesini düzenleyen 28/5/1988 tarih ve 3465 sayılı “Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun” 2/6/1988 tarih ve 19830 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.*
- *YİD modeline bir hukuki temel kazandırmak amacıyla 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Gerçekleştirilmesi Hakkında Kanun” 13/6/1994 tarih ve 21959 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konmuştur.*
- *Enerji sektöründe 8/6/1996 tarih ve 22660 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 96/8269 sayılı “Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı” ile Yap-İşlet (Yİ) modeli düzenlenmiştir. 4283 sayılı “Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun” 19/7/1997 tarih ve 23054 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur. 4283 sayılı Kanun ile; hidroelektrik, jeotermal, nükleer santraller ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları ile çalıştırılacak santraller kapsam dışında bırakılarak; yalnızca termik santraller için, Yap-İşlet Modeli ile, üretim şirketlerine, mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere, tesis kurma ve işletme izni verilmesi ile enerji satışına dair esas ve usuller düzenlenmiştir. 4283 sayılı Kanun Anayasa Mahkemesince “imtiyaz” niteliğinde kabul edilen YİD modelinin aksine, kamu hizmetini gördürme yönteminin bir türü olan “izin (ruhsat)” sistemi çerçevesinde, Yİ modelini düzenlemeyi hedeflemiştir.*

- 21/4/2005 tarihli ve 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 33 üncü maddesindeki düzenleme ile Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğünün (DHMI) işletiminde bulunan hava alanları ile Yap-İşlet-Devret modeli çerçevesinde yaptırmış olduğu ve işletimini özel sektöre verdiği terminalleri ve gerekli diğer tesisleri, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Düzenlenmesine Dair Kanunda belirtilen kiralama ve/veya işletme hakkının verilmesi yöntemlerini kullanarak ihale yoluyla özel hukuk tüzel kişilerine 49 yılı geçmemek üzere devredebileceği belirtilmektedir. Kamu-Özel Ortaklığına ilişkin olarak yapılan bu düzenlemeyle YİD modelinin işletme kısmının süresi uzatılmış, ayrıca söz konusu yerlerin özel hukuk tüzel kişilerine kiralanabileceği belirtilerek, özel sektörün işletmecilik konusundaki deneyimlerinden faydalanmak ve kamu hizmetinin daha etkili ve verimli olarak görülmesini sağlamak amaçlanmıştır.
- 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile 2813 sayılı Telsiz Kanunu çerçevesinde telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapısının işletilmesi için bakanlık ve işletmeci arasında yapılan sözleşme imtiyaz kabul edilmiştir.
- 1/3/1994 tarih ve 21864 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren ve 3291 sayılı Özelleştirme Kanununa 5 ek madde ekleyen 2/2/1994 tarih ve 3974 sayılı Kanun ile; Türkiye Elektrik Kurumunun hisse ve varlıklarının satılarak özelleştirilmesi (Ek Md. 1-4) ile bu Kanuna dayanarak veya özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutların işletme haklarını devir almak için yapılacak sözleşmelerin “özel hukuk hükümlerine” bağlı olacağına ve “imtiyaz sözleşmesi” sayılmayacağına ilişkin konular düzenlenmiştir.
- 24/11/1994 tarih ve 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun özelleştirme yöntemlerini sıralayan 18. maddesi işletme hakkının verilmesini düzenlemektedir.
- 1982 Anayasasında değişiklik yapan 13/8/1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla Anayasanın 47 inci maddesine eklenen iki fıkra ile bir yandan kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usullerin kanunla gösterilmesi, öbür yandan kamu tüzel kişilerinince yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceğinin kanunla belirlenmesi öngörülmüştür. Diğer taraftan, Anayasanın 125 inci maddesinin

*birinci fıkrasına eklenen hükümle, kamu hizmeti imtiyazı şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyumsuzlukların milli ve milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesinin öngörülebileceği belirlenmiştir. Anayasanın 155 inci maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle de Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme yetkisi düşünce bildirmeye dönüştürülmüştür.<sup>28</sup>*

- *Anayasaya uyum yasaları çerçevesinde 21/1/2001 tarih ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyumsuzluklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun yürürlüğe girmiştir. Diğer taraftan 2575 sayılı Danıştay Kanunu ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda kamu hizmeti imtiyazına ilişkin gerekli değişiklikler de yapılmıştır.*
- *2005 tarih ve 5396 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun ile, yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesislerinin, Sağlık Bakanlığınca verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine 49 yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılacağı öngörülmüştür.*

Yukarıda özetlenen Kamu-Özel Ortaklığına yönelik yasal düzenlemelerin dağınıklığı, belli bir sistematik çerçevede bulunmayışı ile Anayasa Mahkemesi ve Danıştay tarafından çeşitli dönemlerde verilen iptal kararları nedenleriyle söz konusu alanın Anayasaya uygun olarak çerçeve bir kanunla düzenlenmesi ihtiyacını ortaya çıkardığı, bu doğrultuda gerçekleştirilecek düzenleme ile Kamu-Özel Ortaklığı sürecinin sağlıklı işleyebileceği istikrarlı bir yasal zeminin oluşturulması amacıyla DPT Müsteşarlığı'nın koordinasyonu ile bir kanun tasarısı taslağı hazırlanmıştır.

### **V- Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi İle Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı Üzerine**

Hazırlanan Kanun tasarısı taslağı ile, Kamu-Özel Ortaklığı kavramının tanımlanması, ilgili mevzuatının yeknesaklaştırılması, Kamu-Özel Ortaklığı modellerinin tanımlanması ve modellere esneklik getirilmesi, Mevcut Kamu-Özel Ortaklığı mevzuatı ile düzenlenmeyen eğitim, kültür ve genel idare altyapısı gibi alanların da eklenmesiyle kapsamın genişletilmesi amaçlanmıştır. Bu çerçevede

<sup>28</sup> Danıştay'a 1924 (m.51) Anayasası ile imtiyaz şartlaşmaları hakkında düşünce bildirmek, 1961 (m., 140) ve 1982 (m., 155) Anayasaları ile de "imtiyaz şartlaşmalarını incelemek" yetkisi verilmiştir.

Kamu-Özel Ortaklığı sürecine ilişkin objektif kriterler getirilmiş, Kamu-Özel Ortaklığı projelerinden sorumlu merkezi bir birim kurulması öngörülmüş ve başarılı Kamu-Özel Ortaklığı projelerinin temel unsuru olan etkin risk paylaşımına ilk olarak değinilmiştir.

Kamu-Özel Ortaklığı modelleri kamu ve özel sektör arasında paylaşılması gereken önemli riskleri içermektedir. Projenin toplam maliyetini en aza indirmek için riskler hangi tarafça en iyi şekilde çözülecekse riski o tarafın üstlenmesi gerekir. Kamu-Özel Ortaklığı projelerinde, başlıca riskler inşaat riski, işletme riski, talep riski, idari riskler, siyasi riskler ve hukuki riskler olarak sıralanabilir. Risklerin en iyi yönetebilecek tarafça üstlenilmesi esası doğrultusunda, inşaat aşamasındaki maliyet artışı ve inşaatın zamanında bitirilememesi gibi risklerden oluşan inşaat riskinin, görevli şirketin işletmeyle ilgili yükümlülüklerini yerine getirememesi ve asgari hizmet standartlarına ulaşamaması gibi riskleri içeren işletme riskinin özel sektörde üstlenilmesi gerektiği genelde kabul edilmektedir.

Uygulamalara bakıldığında, çerçevesi uygulama sözleşmesinde belirtilmek kaydıyla, talep riskinin özel sektör ve kamu arasında paylaşıldığı görülmektedir. İdari, hukuki ve siyasi riskler ise, genelde kamu tarafından alınan kararlardan kaynaklandığı için, kamu tarafından üstlenilen riskler olarak kabul görmektedir.

Anayasanın 47. maddesinin son fıkrasında yer alan “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilmesi veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” hükmü uyarınca hangi kamu hizmetlerinin özel sektör kuruluşları aracılığı ile yürütülebileceği ilgili maddelerde düzenlenmiştir. Bu çerçevede özel sektör tarafından Kamu-Özel Ortaklığı çerçevesinde ödenen beri gerçekleştirilen hizmetlerin sayılmasının yanında bilgi teknolojileri, turizm, konut, eğitim, kültür, sağlık, kentsel dönüşüm, adalet, güvenlik ve genel idare altyapısı ve araştırma-geliştirme gibi alanlar ve hizmetler de sayılmıştır. Adalet, güvenlik, sağlık ve eğitim hizmetlerinin sadece alt yapıya yönelik yatırımlarının gerçekleştirilmesinde bu kanun kapsamında Kamu-Özel Ortaklığı modellerinden yararlanılabilecektir.

Taslakta Kamu-Özel Ortaklığı modeli olarak imtiyaz usulüne yer verilmemiş ancak yap-işlet-devret, yap-işlet, yap-kirala-devret, işletme hakkının devri gibi yöntemlere yer verilmiştir.

Öte yandan Kamu kuruluşları tabii oldukları mevzuatları çerçevesinde Kamu-Özel Ortaklığı modeli kapsamında, kamunun sermaye payı %49’u geçmeyecek şekilde özel sektör ile ortaklık kurulabilecektir. Taslağa göre, Kamu-Özel Ortaklığı modellerinde, açık ihale, belli istekliler arasında ihale, rekabetçi diyalog ve müzakere



usullerinden birisi kullanılabilir. Böylece Avrupa Birliği Müktesebatı ile uyumlu olarak, Kamu-Özel Ortaklığı ihalelerinde uygulanmak üzere ilk defa, rekabetçi diyalog usulü getirilmiştir. Buna göre, işin tahsisinde rekabetçi diyalog usulünün kullanılabilmesi için, öncelikle projenin karmaşık olması gerekmektedir. Bilindiği üzere, hukuki ve mali unsurların belirlenmesi Kamu-Özel Ortaklığı projelerinin en önemli sorunlarından birisidir. Örneğin, yap-işlet-devret projelerinde sadece projenin yapım maliyeti değil, işletim ve bakım maliyetleri de yer almaktadır. Bunun yanı sıra, hizmetin kalitesi, standardı, düzenliliği, sürdürülebilirliği ve fiyatı da başlangıçta garanti altına alınmalı ve bu sorumlulukları en iyi taşıyacak istekli seçilmelidir. Bu tür durumlarda rekabetçi diyalog daha uygun sonuç üretebilme potansiyeline sahiptir.

Diğer taraftan, Kamu-Özel Ortaklığı projelerinde düzenlenecek ilanlarda şikayetlerin incelenmesi konusunda Kamu İhale Kurumu yetkili kılınmış ve şikayetlerin incelenme usullerinin bu Kanun hükümleri doğrultusunda hazırlanacak yönetmelikte belirleneceği düzenlenmiştir.

Öte yandan yapılacak sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ve yapılacak sözleşmelerin süresinin hiçbir şekilde 49 yılı geçemeyeceği öngörülmüş, taraflar arasında doğabilecek hukuki ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinin görevli ve yetkili olduğu hükme bağlanmış ancak ihtilafların çözümünde sözleşmede yer almak kaydıyla daha hızlı bir yöntem olan tahkime de başvurulabileceği bu durumda Türk Hukukuna göre hüküm verileceği belirtilmiştir.

Kamu-Özel Ortaklığı sürecini, proje seçimi aşamasından projelerin kamuya devrine kadar geçen süreçte, projeleri koordine edecek, izleyecek ve değerlendirecek, kamunun finansal yükümlülüklerini dikkate alacak merkezi bir birimin olmaması, bu sebeple uygulamada bazı aksaklıkların görülmesi ve uluslararası örneklerde merkezi bir birimin varlığı gibi nedenlerle bu süreci etkin bir şekilde yönetecek bir birimin oluşturulması öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere hazırlanan taslak son 20 yıldır yaşanan sorunları ortadan kaldırma iddiası ile ortaya çıkmış olsa da başlı başına bir inceleme konusu yapılabilecek bir kısım problemleri içinde barındırmaktadır. Ancak Kamu-Özel Ortaklığı konusunda var olan mevzuat dağınıklığını ortadan kaldırması ve Anayasanın 47. maddesi uyarınca kamu yatırım ve hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi ya da devredilmesi ile ilgili bazı önemli hususları ayrıntılı olarak düzenlemesi bakımından olumlu bir gelişme olarak nitelendirilebilir.

## **VI- Sonuç Yerine**

Bütçe kısıtları, daha doğru bir ifade ile finansman yetersizliği başta olmak

üzere, özel sektörün yaratıcılığı, dinamizmi, know-how gibi etkenlerle yatırım ve hizmetlerde etkinliğin artırılması, yani finansman ve/veya etkinlik aracı olarak kamunun özel sektörle ortaklığı söz konusu olabilmektedir.

Özellikle altyapı yatırımlarının, yatırımlara ayrılan geleneksel kamu fonlarını büyük ölçüde tükettiği gelişmekte olan ülkelerde, altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesi için gerekli finansman ihtiyacı, bu modellere olan ilgiyi giderek artırmaktadır. Söz konusu altyapı projeleri için kullanılması gereken fonların büyüklüğü, finansmanı, projelerin tasarımı, inşaatı, bakımı ve işletilmesi konularında karşılaşılan güçlüklerin yanı sıra bu tür projelerin sahip olduğu karmaşık yapılar idarenin karar ve uygulama aşamalarında önemli değişiklikleri gerekli kılmaktadır. Bu amaçla çeşitli ülkeler mevzuatlarını Kamu-Özel Ortaklığı modeline uygun şekilde güncelleştirme yoluna gitmiş ve sadece modellere yönelik faaliyet gösteren özel birimler kurmuşlardır.

Kamu-Özel Ortaklığı modelleri başlangıçta, ülkelerin altyapı yatırımlarının karşılanması için ihtiyaç duyulan finansmanı sağlamak üzere kullanılmakla birlikte, günümüzde özel sektörün verimli işletmecilik becerilerinden yararlanılacağı, kamunun ise yatırımların koordinasyonu, genel planlama, denetleme ve politika belirleme gibi alanlarda odaklaşmasının sağlanacağı bir model olarak görülmektedir.

Avrupa Komisyonu, Kamu-Özel Ortaklığı modelinin sunduğu daha düşük ömür boyu proje maliyeti, daha etkin risk dağılımı, yatırımların gerçekleşme hızında artış, artan hizmet kalitesi, kaynakların kullanımında etkinlik, yeni gelir kaynaklarının yaratılması, daha etkin kamu yönetimi anlayışı gibi sağladığı avantajları dikkate alarak Kamu-Özel Ortaklığı uygulamalarına bazı temel misyonlar yüklemektedir. Bunlar; ilave finansman sağlama, alternatif yönetim ve uygulama becerileri geliştirme, tüketiciye ve toplumun geneline daha yüksek değer sağlama, ihtiyaçların daha doğru şekilde belirlenmesini ve kaynakların daha etkin kullanılmasını sağlama olarak özetlenebilir.

Bununla birlikte, Kamu-Özel Ortaklığı-PPP mucize yaratan bir araç değildir. Yani her bir proje için, ilgili hizmet ya da yatırım bakımından gerçek bir katma değer sağlayıp sağlamayacağı, diğer geleneksel sözleşmelerle karşılaştırılarak (PPP Comparator) tespit edilmelidir. Ülkemiz bakımından, bu alanda hazırlık süreci devam eden mevzuatın, yukarıda belirtilen hususlar da göz önünde bulundurularak ve olumsuz tecrübeler de dikkate alınarak kaleme alınması, Kamu-Özel Ortaklığı uygulamalarındaki başarı için oldukça önemlidir.