

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**BİR KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ MODELİ OLARAK
YAP-KİRALA-DEVRET SÖZLEŞMESİ**

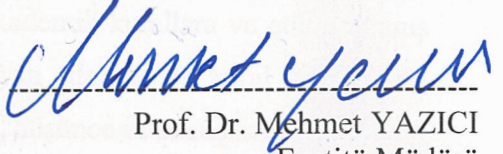
SERHAN GÖKTÜRK

**ANKARA
AĞUSTOS 2019**

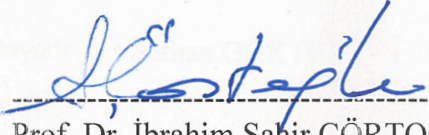
Tez Başlığı : Bir Kamu Özel İşbirliği Modeli Olarak Yap-Kirala-Devret Sözleşmesi

Tezi Hazırlayan : Serhan GÖKTÜRK

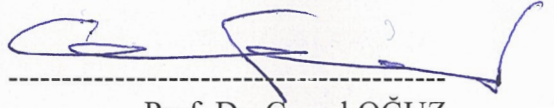
Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı:


Prof. Dr. Mehmet YAZICI
Enstitü Müdürü

Bu tezin yüksek lisans derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.


Prof. Dr. İbrahim Sahir ÇÖRTOĞLU
Özel Hukuk A.B.D. Başkanı

Bu tez, tarafımdan incelenmiş olup Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.


Prof. Dr. Cemal OĞUZ
Tez Danışmanı

Tez sınav Tarihi : 09.09.2019

Tez Jüri Üyeleri :

Prof. Dr. Cemal OĞUZ (Çankaya Üniv.)

Doç. Dr. Gamze Turan BAŞARA (Çankaya Üniv.)

Dr. Öğr. Üyesi Yasemin DURAK (Kırıkkale Üniv.)



**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ'NE**

Bu belge ile bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları bilimsel etik kurallarını gözeterek ifade ettiğimi ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.
08.11.2019

Adı Soyadı : Serhan GÖKTÜRK

İmzası :



ÖZET

Bir Kamu Özel İşbirliği Modeli Olarak Yap-Kirala-Devret Sözleşmesi

Serhan GÖKTÜRK

Yüksek Lisans Tezi

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı

Tez Yöneticisi: Prof. Dr. Cemal OĞUZ

Ağustos 2019, 90 sayfa

Bu çalışmada öncelikle, Türk Hukuk Sisteminde yeni bir kavram olan Kamu Özel İşbirliği tanımlanmaya ve bu kavram altında yer alan modellere ilişkin incelemeler yapılmış, yabancı hukukta yer alan uygulamalar ile karşılaştırmalar yapılmıştır. Öte yandan, ülkemizde daha önce uygulanmakta olan diğer kamu hizmeti görülme usulleri ile kıyaslamalar yapılmıştır. İkinci bölümde Kamu Özel İşbirliği kapsamında yer alan modellerden birisi olan Yap-Kirala-Devret metodu sözleşme hukuku bakımından, uygulamalar da dikkate alınarak incelenmiştir. Son bölümde ise sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıklar kanun ve içtihatlar kapsamında incelenmiş; uygulanması gereken hukuk normları ve metodları tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Özel İşbirliği, Yap-Kirala-Devret, Sözleşme

ABSTRACT

Build-Rent-Transfer Contract as a Public-Private Partnership Model

Serhan GOKTURK

Master Thesis

Institute of Social Sciences, Department of Civil Law

Thesis Manager: Prof. Dr. Cemal OGUZ

August 2010, 90 pages

In this study, firstly, the Public-Private Partnership, which is a new concept in the Turkish Legal System has been examined, the models under this concept have been examined, and the applications in foreign law have been compared. Also, comparisons were made with other public service procedures in Turkey. In the second part, the build-rent-transfer method, which is one of the models within the scope of Public-Private Partnership, has been examined in terms of contract law by taking into consideration the practices. In the last part, the disputes arising from the contract have been examined within the scope of laws and case-law; legal norms and methods to be applied are discussed.

Keywords: Public-Private Partnership, Build-Rent-Transfer, Contract

TEŞEKKÜR

Tez çalıőmam sűresince deęerli yardım ve katkılarıyla beni bilgilendiren ve yűnlendiren tez danıőmanım Prof. Dr. Cemal OęUZ'a; Hayatımın her alanında her alanında olduęu gibi tez çalıőmam boyunca yanımda bulunan ve űzerimde bűyűk emekleri bulunan sevgili Babam, Annem ve Aęabeyim'e; çalıőmalarımnda bűyűk katkısı bulunan Arő. Gűr. Aziz Erman BAYRAM'a; Yűksek Lisans'a girme fikrini aőılayan ve kıymetli desteklerini esirgemeyen hocam Dr. Barıő AKGŪL'e ve arkadaşlarıma teőekkűrű bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR.....	vi
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xi
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM - KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ MODELİNE GENEL BAKIŞ.....	3
1. Kamu Özel İşbirliği Kavramı, Bu Kurumun Tarihsel Gelişimi Ve Özellikleri ...	3
1.1. Kamu Özel İşbirliği Kavramı	3
1.2. Kamu Özel İşbirliğinin Tarihsel Gelişimi	6
1.3. Genel Olarak Kamu Özel İşbirliğinin Özellikleri.....	7
2. Kamu Özel İşbirliğinin Hukuki Dayanağı Ve Kamu Hizmetinin Özel Hukuk	
Kişilerince Görülmesi Usulleri İle Kıyaslanması.....	9
2.1. Genel Olarak.....	9
2.2. Kamu Özel İşbirliğinin Hukuki Dayanağı.....	10
2.2.1. Anayasal Dayanak.....	10
2.2.2. Yasal Düzenlemeler	11
2.3. Kamu Hizmetinin Özel Hukuk Kişilerince Görülmesi Usulleriyle	
Kıyaslanması.....	13
2.3.1. Görevlendirme Sözleşmeleriyle Kıyaslanması	13
2.3.1.1. İmtiyaz Sözleşmesinden Farkı.....	13
2.3.1.2. İltizam Usulünden Farkı	14
2.3.1.3. Müşterek Emanet Usulünden Farkı	15
2.3.2. Ülkemizde Uygulanan Diğer İdari Finansman Modelleriyle	
Kıyaslanması	16
2.3.2.1. Yap-İşlet-Devret Modelinden Farkı	16
2.3.2.2. Yap-İşlet Modelinden Farkı	17
2.3.3. Kamu Özel İşbirliği Modelinin Çatı Kavram Olarak Kullanılması	
Meselesi.....	17

3. Mukayeseli Hukukta Kamu Özel İşbirliği Uygulamaları Ve Uygulama Alanı	
Bulduğu Hizmet Sektörleri.....	19
3.1. Genel Olarak.....	19
3.2. İngiltere'de Kamu Özel İşbirliği Uygulamaları	19
3.3. AB Ülkeleri'nde Kamu Özel İşbirliği Uygulamaları	20
3.3.1. Yeşil Kitap Kuralları	21
3.4. ABD'de Kamu Özel İşbirliği Uygulamaları	22
4. Türk Hukukunda Ve Mukayeseli Hukukta Kamu Özel İşbirliğinin Olumlu Ve Olumsuz Yönleri	24
4.1. Olumlu Yönleri.....	24
4.2. Olumsuz Yönleri.....	25
İKİNCİ BÖLÜM - YAP-KİRALA-DEVRET SÖZLEŞMESİ.....	28
5. Sözleşmenin Hukuki Niteliği, Tarafları, Unsurları, Kurulması, Süresi Ve Benzer Özel Hukuk Sözleşmeleri İle Kıyaslanması.....	28
5.1. Genel Olarak.....	28
5.2. Sözleşmenin Hukuki Niteliği.....	29
5.3. Sözleşmenin Tarafları.....	34
5.3.1. Kamu İdaresi	35
5.3.2. Özel Hukuk Kişisi: Şirket	36
5.4. Sözleşmenin Unsurları.....	37
5.4.1. Üst Hakkı Tesis Edilmesi.....	38
5.4.2. Bir Eser Meydana Getirilmesi.....	39
5.4.3. Kiralama.....	40
5.4.4. Birden Fazla Hizmetin Şirkete Gördürülmesi.....	42
5.4.5. Meydana Getirilen Eserin İdareye Devri	43
5.4.6. Ücret/Bedel	44
5.5. Sözleşmenin Kurulması	44
5.5.1. İhale Süreci.....	45
5.5.2. Sözleşmenin İmzalanması Ve Süresi	45
5.6. Benzer Özel Hukuk Sözleşmeleri İle Kıyaslanması	46
5.6.1. Eser Sözleşmesinden Farkı	46
5.6.2. Joint-Venture (İş Ortaklığı) Sözleşmesinden Farkı.....	47
5.6.3. Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesinden Farkı.....	48

5.6.4. Hizmet Sözleşmesinden Farkı.....	48
6. Tarafların Hak Ve Yükümlülükleri	49
6.1. Genel Olarak.....	49
6.2. Şirketin Hakları Ve Yükümlülükleri	50
6.2.1. Hakları.....	50
6.2.1.1. Sözleşmede Belirtilen Ücreti Talep Etme Hakkı.....	50
6.2.1.2. Sözleşmeye Aykırılık Dolayısıyla Tazminat Talep Etme Hakkı ...	51
6.2.2. Yükümlülükleri	51
6.2.2.1. Basiretli Tacir Gibi Davranma	51
6.2.2.2. Görev Ve Talimatlara Uyuma	52
6.2.2.3. Kesin Proje Ve Uygulama Projesini Hazırlama	52
6.2.2.4. Hizmetleri Sunma Ve Ticari Faaliyetleri Yürütme	53
6.2.2.5. Tesisi Devire Elverişli Bulundurma Borcu	53
6.3. İdarenin Hakları Ve Yükümlülükleri.....	54
6.3.1. Hakları.....	54
6.3.1.1. Sözleşmede Öngörülen Edimlerin Yerine Getirilmesini Denetleme Ve Talimat Verme	54
6.3.1.2. Fesih Yetkisi.....	55
6.3.2. Yükümlülükleri	55
6.3.2.1. Onay Ve İzinlerin Gecikmeksizin Verilmesi	55
6.3.2.2. Bedellerin Zamanında Ödenmesi Ve Bilgilendirme Yükümlülüğü	55
6.3.2.3. Zapta Karşı Tekeffül Yükümlülüğü	56
6.3.2.4. Denetleme Yükümlülüğü.....	56
7. Sözleşmenin Sona Ermesi Ve Sonuçları	57
7.1. Genel Olarak.....	57
7.2. Olağan Sona Erme	58
7.3. Olağanüstü Sona Erme	59
7.4. Sözleşmenin Sona Ermesinin Sonuçları	61
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM - YAP-KİRALA-DEVRET SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ.....	62
8. Genel Olarak Yap-Kirala-Devret Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü	62

9. Yap-Kirala-Devret Modelinde Sözleşmenin İmzalanmasından Önce Doğan	
Uyuşmazlıkların Çözümü	63
9.1. Görevli Ve Yetkili Mahkeme	63
9.2. Uygulanacak Hükümün Tespiti	65
10. Yap-Kirala-Devret Modelinde Sözleşmenin İmzalanmasından Sonra Doğan	
Uyuşmazlıkların Çözümü	65
10.1. Genel Olarak	65
10.2. İdare İle Şirket Arasında Tahkim	66
11. Sözleşmenin İfasında Üçüncü Kişilerin Uğrayacağı Zararlardan Sorumluluk	67
SONUÇ	69
KAYNAKÇA	72

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	Avrupa Birliği
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz	Bakınız
C	Cilt
Çev	Çeviren
E	Esas numarası
ed	edition / bası
edt	Editör
EU	European Union / Avrupa Birliği
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu

IMF	International Monetary Fund / Uluslararası Para Fonu
İYUK	İdari Yargılama Usulü Kanunu
K	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
KÖİ	Kamu-Özel İşbirliği
KÖO	Kamu-Özel Ortaklığı
KÖSİ	Kamu-Özel Sektör İşbirliği
md	Madde
No	Numara
PPI	Private Sector Participation in Infrastructure/ Altyapıya Özel Sektörün Katılımı
PFI	Private Finance Initiative / Özel Finansman Girişimi
PPP	Public-Private Partnership(s) / Kamu-Özel İşbirliği
RG	Resmi Gazete
s	Sayfa
S	Sayı
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu

UN	United Nations / Birleşmiş Milletler
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law / Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu
US	United States of America / Amerika Birleşik Devletleri
UYAP	Ulusal Yargı Ağı Projesi
vb	Ve benzeri
vd	Ve devamı
vol	Volume / Cilt
Y	Yıl
Yİ	Yap- İşlet
YİD	Yap- İşlet- Devret
YKD	Yap- Kirala- Devret

GİRİŞ

Kamu Özel İşbirliği (KÖİ), genel anlamda kamu idaresi¹ ve özel sektörde faaliyet gösteren tüzel kişiler arasında altyapı işleri başta olmak üzere bir takım kamu hizmetlerinin² bir sözleşme çerçevesinde birlikte yürütülmesini ifade eden üst kavramdır. Doktrinde bazı kaynaklarda kamu özel işbirliğinin Yap-İşlet, Yap-İşlet-Devret (3096 sayılı kanun, 3465 sayılı kanun ve 3996 sayılı kanun) modelleri gibi idari finansman modellerin çatı kavramı olarak kullanıldığı görülmektedir.

Bununla birlikte, Kanun Koyucunun da bu kavramı aşağıda açıklayacağımız üzere kamu ve özel sektör arasındaki birtakım hizmetlerin yürütülmesi amacıyla ülkemiz hukuk sisteminde daha önceden uygulanmakta olan modellerin çatı kavramı olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde Kamu Özel İşbirliği genel olarak incelenmiş ve bu karışıklığını giderilmesi amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda daha önce ülkemiz hukuk ve iktisadi hayatında kullanılmış olan kamu hizmetinin özel hukuk kişilerince görülmesi usulleriyle kıyas yapılmış ve Kanun Koyucunun gayesi ortaya çıkarılmaya çalışılmıştır.

Kamu Özel İşbirliği kavramı çalışmamızda daha detaylı bir şekilde anlatacağımız üzere, özellikle İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere çokça defa kullanılmış ve sürekli olarak geliştirilmiş bir modeldir. Ülkemiz hukuk sistemine dahil olmasında büyük bir yeri olan bu ülke uygulamaları da incelenmiş olup kıyas yapılmaya imkan sağlanmıştır.

¹ Kamu idaresi kavramı konu dahilinde yürütme organına karşılık gelmektedir.

² Kamu hizmeti kavramı; "...bir etkinliğin bir kamu hizmeti sayılabilmesi için, organik ve maddi şartların birlikte mevcudiyeti zorunludur. Organik şart, etkinliğin bir kamu tüzel kişisi veya onun denetiminde bir özel kişi tarafından yürütülmesidir. Fonksiyonel şart ise etkinliğin kamu yararına dönük, o amaca yönelik bulunmasıdır." ZABUNOĞLU, Yahya Kazım; İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, C.1, sf. 503.

Ülkemizde başta sağlık yatırımları olmak üzere Kamu Özel İşbirliği kapsamında yer alan modellerden Yap-Kirala-Devret sözleşmesi ile kamu hizmeti özel kişilere gördürülmektedir. Bu uygulamalar ilgili kanunlarda her ne kadar Kamu Özel İşbirliği adı altında yürütülüyor ise de sözleşme kapsamı incelendiğinde Yap-Kirala-Devret modeli olduğu ortaya çıkmaktadır. Çalışmamızda bu modelin genel çerçevesi, doktrinde yer alan tartışmalar ve özellikle sözleşme kısmı incelenmiştir. Bahsi geçen sözleşmenin idare ile özel kişiler arasında imzalanmakta ve çok uzun bir döneme yayılmaktadır; bu nedenle sözleşmenin kapsamı, tarafların hak ve yükümlülükleri, sözleşmenin hukuki niteliği, unsurları ve benzer sözleşmeler ile kıyaslanması ele alınmıştır.

Yap-Kirala-Devret sözleşmesinin çok uzun süreli ve birden fazla tipte sözleşme ihtiva etmesi hasebiyle ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıklar ve bunların çözüm yollarının da incelenmesi gerekmiştir. Bu kapsamda öncelikle ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıklar örnekler ile ele alınmış ve bunların çözüm yolları tespit edilmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte sözleşme tarafları dışında kalan üçüncü kişilerin sözleşme uygulamasından ortaya çıkabilecek zararlarının kapsamı ve tarafların sorumlulukları ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM - KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ MODELİ'NE GENEL BAKIŞ

1. Kamu Özel İşbirliği Kavramı, Bu Kurumun Tarihsel Gelişimi Ve Özellikleri

1.1. Kamu Özel İşbirliği Kavramı

Ülkemiz hukuk sisteminde KÖİ kavramı, 21.02.2013 tarih ve 6428 sayılı "Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ile kavramın bir çatı kavram olarak kabul edildiğini anlamaktayız. Şöyle ki; esasen 6428 sayılı kanunda Yap-Kirala-Devret modelini temel almaktayken, kanun başlığında Kamu Özel İşbirliği kavramının kullanıldığı görülmektedir.

Ülkemiz hukuk sisteminde 2013 yılından beri uygulanıyor olması ve kavramın İngiltere'de kullanılan Public-Private Partnership (PPP) kavramından çevrilmiş olması dolayısıyla kavram konusunda henüz tam anlamıyla bir konsensüs oluşmamıştır. Doktrinde, "Kamu Özel İşbirliği"³ kavramının yanı sıra, "Kamu Özel Ortaklığı"⁴, "Kamu Özel Sektör İşbirliği"⁵, "Eksik İmtiyaz"⁶ gibi isimlendirmeler yapıldığı da görülmektedir.

³ 21.02.2013 tarih ve 6428 sayılı kanun, BOZ, Selman S.; "Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 4, Sayı: 2, 2013, EVREN, Çınar Can; Kamu-Özel İşbirlikleri, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2016, SARISU, Ayhan; Kamu & Özel İşbirlikleri (Public & Private Partnerships - PPP), Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2009.

⁴ GÜRKAN, Mehmet Fatih; Kamu Özel Ortaklığı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H.Eyüp / ÜSTÜN, Gül / TEKİNSOY, Özge Okay; İdare Hukuku, onikilevha yayınları, 6. Bası, 2016, KARAHANOGULLARI, Onur; "Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı)", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 66, No: 3, sf. 177-215, 2011, KARASU, Koray; "Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu-Özel Ortaklığı", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 66, No: 3, sf. 217-262, 2011.

⁵ KEŞLİ, Ahmet T.; (Kamu Özel Sektör İşbirliği) PPP Projelerinin Hukuki Rejimi, Group Law Yayıncılık, İstanbul, 2016.

⁶ KARAHANOGULLARI, Onur; "Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı)", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 66, No: 3, sf. 177-215, 2011.

Bu modeli ve benzeri nitelikte diğer modelleri hukuk sisteminde ilk kez uygulamaya alan ülkelerin başında gelen İngiltere örneğinde ise, genel olarak kullanılan kavramın Public Private Partnership/s⁷ (PPP/s veya P3) olduğu ve bununla birlikte; Private Sector Participation (PSP)⁸, Private Finance Initiative (PFI)⁹ şeklinde kullanıldığı görülmektedir. Görüldüğü üzere ülkemiz hukuk sisteminde olduğu gibi yabancı hukukta da alternatif model isimlerinin yer aldığı görülmektedir. Kısaca PPP olarak kullanılan modelin tanımını yapabilmek adına aşağıdaki unsurların belirtilmesinde fayda vardır. Bunlar;

“-Kamu ile özel sektörde faaliyet gösteren şirket arasında uzun süreli bir sözleşme (PPP sözleşmesi),

-Şirket tarafından tasarlanan, finanse edilen, inşa edilen, işletilen bir "tesis",

-PPP sözleşmesi süresi boyunca kamu tarafından, kamu hizmetine sunulan tesisin işletilmesi adına yapılan çalışmaların karşılığı olan ve şirkete yapılan ödemeler,

-PPP sözleşmesinin süresinin bitmesi ile kamu idaresine geri dönen tesis.”¹⁰

Öte yandan AB hukukunda Yeşil Kitap'ta (Green Paper) PPP modeline ilişkin bir tanım yapılmış olup; bu tanım, "Bir altyapının veya sağlanacak hizmetin finansmanı, inşaatını, tadilatını, yönetimini veya bakım-onarımını sağlamayı

⁷ "Kavramın doğru yazımında İngilizce açılımında en sonda "s" takısı da bulunan Partnerships şeklinde kullanımıdır. Ancak, ülkemizde ve bazı yabancı ülkelerde sonunda "s" takısı olmaksızın Public Private Partnership şeklinde kullanımına da tanık olunmaktadır. Somut bir PPP projesinden bahsedildiği zaman Public Private Partnership şeklinde kullanılması mümkün olmakla birlikte, eğer, sektörden veya bilimsel alandan bahsediliyorsa Public Private Partnerships şeklinde kullanılması gerekmektedir", KEŞLİ, Ahmet T.; (Kamu Özel Sektör İşbirliği), s: 40-41.", Ayrıca bkz; Green Paper on Public Private Partnerships and Community Law on Public. Contracts and Concessions, COM(2004) 327, Paragraph 1, "Public-Private Partnership Handbook" Asian Development Bank, p. 1; IMF: Public-Private Partnerships, Government Guarantees, and Fiscal Risk, Washington 2006, p. 4.

⁸ "Public-Private Partnership Handbook" Asian Development Bank, p. 1.

⁹ "PFI ve PF2 gibi PPP'ler, özel sektörün bir altyapı projesini tasarladığı, inşa ettiği, finanse ettiği ve işlettiği uzun vadeli sözleşmelerdir." <https://www.gov.uk/government/collections/public-private-partnerships>.

¹⁰ YESCOMBE, E.R; Public-Private Partnerships, Principles of Policy and Finance, Elsevier, First Edition, 2007, p. 3.

hedefleyen iş dünyası ile işbirliği biçimlerini işaret eder" şeklindedir. Aynı şekilde Yeşil Kitap'ta Kamu Özel İşbirliğini karakterize eden dört temel unsurunun bulunduğundan söz edilmektedir. Şöyle ki;

"Planlanmış bir projenin farklı yönlerinde, kamu ortağı ve özel ortak arasında işbirliğini gerektiren nispeten uzun süreli ilişki.

-Kısmen özel sektör ile, bazen muhtelif taraflar arasında kompleks düzenlemeler aracılığıyla projeyi finanse etme metodu. Bununla birlikte, kamu kaynakları-bazı durumlarda ciddi sayılabilecek miktarda-özel kaynaklara ilave edilebilir.

-Projenin farklı aşamalarında(tasarım, tamamlama, uygulama, finansman) yer alan ticari katılımcının önemli rolü. Kamu ortağı öncelikli olarak kamu yararı, sağlanan hizmetin kalitesi ve fiyatlandırma politikası açısından ulaşılmak istenilen amaçların tanımlanmasına odaklanmaktadır ve bu hedeflere uymayı denetleme sorumluluğunu üstlenmektedir."¹¹ şeklindedir.

Ülkemizde kamu özel işbirliği kavramının tanımı konusundaki görüşler ise,

"KÖİ, idare ile bir özel hukuk kişisi arasında uzun süreliğine akdedilen, özel hukuk kişisi tarafından bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan tesisin inşası, bakımı, onarımı ve hizmete elverişli halde bulundurulmasını konu edinen ve bunun karşılığında kamu tüzel kişisinin sözleşme süresince özel kişiye her yıl kira karşılığı belli bir miktar paranın ödenmesi taahhüdünü içeren bir sözleşmeyi ifade etmektedir."¹²

"KÖSİ uygulamaları; işbirliğindeki taraflar(kamu ve özel sektör) arasında yatırım, risk, sorumluluk ve kazancın paylaşılması ile bilinmektedir. Bu işbirliklerini varlık sebepleri değişik olmakla birlikte, genel ortak amaç; kamu altyapı ve

¹¹ Green Paper on Public Private Partnerships and Community Law on Public. Contracts and Concessions, COM (2004) 327, Paragraph 1.

¹² Anayasa Mahkemesi'nin 01.04.2015 tarihli 2013/50 E. ve 2015738 K. sayılı kararı.

*hizmetlerinin tasarlanması, finanse edilmesi, inşa edilmesi, işletilmesi ve bakımının sağlanması için en iyi finansal kaynağın en uygun finansman imkanı ile temin edilmesidir."*¹³

*-"Kamu hizmetlerinin devletçe klasik yollardan temini ile, tüm hizmet temininin özel sektör aracılığı ile yapılması arasındaki yelpazede yer alan devlet ve özel sektörün birlikte katılımını içeren tüm mal ve hizmet sağlama modellerini içeren bir "üst kavram" olarak tanımlanabilir."*¹⁴

*-"Kamu idarelerinin özel sektör ile bir altyapı projesi veya bir hizmetin gerçekleştirilmesi amacıyla, finansman, yapım, işletme, yenileme gibi alanlarda işbirliği yapması; yetki ve sorumlulukların, maliyet ve risklerin, gelir ve çıkarların, optimum olarakda kamu ve özel sektör tarafından paylaşıldığı düzenlemeler olarak da tanımlanabilen..."*¹⁵

*-"...bir kamu tüzel kişisi ile bir özel hukuk kişisi arasında akdedilen uzun süreli öyle bir sözleşmedir ki, özel hukuk kişisi bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan tesisin inşası, bakımı, onarımı ve hizmete elverişli halde bulundurulmasını, kamu tüzel kişisi de bunun karşılığında özel hukuk kişisine her yıl belli bir miktar para ödemeyi taahhüt eder"*¹⁶ şeklindedir.

1.2. Kamu Özel İşbirliğinin Tarihsel Gelişimi

Kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerince görülüş usulleri, tarihsel sürece bakıldığında hem ülkemiz hukuk sisteminde hem de mukayeseli hukuk sistemlerinde eskiden beri uygulanmaktadır. Hal böyle olunca tarihsel süreç içinde birden fazla model ortaya çıkmış ve halen de çıkmaktadır. Çalışma konumuzu oluşturan Kamu özel

¹³ SARISU, Ayhan; Kamu & Özel İşbirlikleri (Public & Private Partnerships-PPP), Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2009, sf. 26.

¹⁴ TEKİN, Ali Güner; T.C. Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, Daire Başkanı, "Kamu-Özel İşbirlikleri / Ortaklıkları (PPP) & Türkiye Deneyimi", Mayıs, 2008, ppt sunumu, www.oib.gov.tr, s.3.

¹⁵ BAYTAN, İlhan; Özelleştirme Hukuku ve Uygulamaları, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2009, sf. 448.

¹⁶ GÖZLER, Kemal-KAPLAN, Gürsel; İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 12. Baskı, Bursa, 2013, sf. 64.

işbirliği yukarıda da değindiğimiz üzere ülkelere göre birbirinden farklı tanımlara ve usullere sahiptir.

Tarihsel gelişime bakıldığında, özellikle kıta Avrupası hukuk sistemine ve cumhuriyet şeklindeki yönetim biçimine kaynaklık eden, tarihin en geniş idare aygıtına sahip devletlerinden birisi olan Roma İmparatorluğu'nda, liman, yol, pazar yeri, hamam gibi kamu hizmetlerinin görülmesine ilişkin yasal düzenlemelerin tarihinin 539 yılına uzandığı görülmektedir.

Osmanlı İmparatorluğu dönemine bakıldığında aynı Avrupa'da olduğu gibi imtiyazlar verildiği görülmektedir. Osmanlı İmparatorluğu'ndaki ilk örnekler arasında, geçmiş 1867'de İzmir Limanı, 1883'te İzmir Elektrik İmtiyazı, 1868'de İstanbul Tramvay ve Tünel¹⁷ projelerinin olduğu; ayrıca havagazı, tramvay, elektrik, tren yolları imtiyazları gibi pek çok imtiyazla kamu hizmetlerinin özel kişilerce gördürüldüğü bilinmektedir.

Görüldüğü üzere tarihsel süreçte başta imtiyaz olarak karşımıza çıkan kamu hizmetlerinin özel kişilerce görülmesi usulleri, daha sonraki dönemlerde farklı şekillere bürünmüştür. 1990'lı yıllarda İngiltere'de ortaya çıkan ve son düzenlemesi 2012'de yapılan, "Private-Finance Initiative (PFI)-Özel Finans Girişimi" olarak gündeme gelen¹⁸ ve geniş bir uygulama alanı bulan kamu özel işbirliği modelleri yukarıda da bahsettiğimiz üzere 2013 yılından beri ülkemiz hukuk sisteminde de uygulama alanı bulmuştur.

1.3. Genel Olarak Kamu Özel İşbirliğinin Özellikleri

Kavram başlığında yapılan açıklamaların ardından kamu özel işbirliklerinin, özel sektörün finansman ve iş deneyim hususları yönünden bir takım taahhütlerde bulunduğu ve idarenin de bu taahhütlerin karşılığında yani bir kamu hizmetinin

¹⁷ SARISU, Ayhan; Kamu & Özel İşbirlikleri (Public & Private Partnerships - PPP), Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2009, sf. 73.

¹⁸ SARISU, Ayhan; Kamu & Özel İşbirlikleri (Public & Private Partnerships - PPP), Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2009, sf. 27.

görülmesi karşılığında özel sektör tüzel kişiliğine sözleşmede belirtilen miktarda ödemeler yapmayı öngördüğü sözleşme temelli ilişkiler olduğu ortaya çıkmıştır. Taraflar arasındaki bu ilişkinin uzun süreli olmasının temelinde ise, yapılan yatırımların geri dönüşünü sağlama hususu yatmaktadır.

Kamu özel işbirliklerinin temelini oluşturan sözleşme ilişkisinin uzun süreli olmasının yanı sıra, sözleşmenin birden fazla unsuru ihtiva ediyor oluşu da ayırt edici özelliklerindedir. Daha sonra temel sözleşme bölümünde daha detaylıca inceleyeceğimiz üzere; sözleşme, bir eser meydana getirilmesi, kiralanması gibi birden fazla unsuru barındırır.

Kamu özel işbirliği alanında en çok bilinen ve en çok uygulanan İngiltere örneğinde PFI'nin temel ilkeleri, özel sektörün getirdiği yönetim ve diğer faydalar sayesinde daha yüksek finansman maliyetinden daha fazla verimlilik sağlamasıyla, hesaplı olması ve riski en iyi yönetecek tarafa riskin reel olarak transferinin sağlanmasıdır.¹⁹

Öte yandan modelin kullanıldığı ülkelerde uygulandığı sektörler de çeşitlilik göstermektedir. Şöyle ki; elektrik üretimi ve dağıtımı (Power generation and distribution), su ve kanalizasyon işleri (water and sanitation)²⁰, çöp toplama işleri (refuse disposal), hastaneler (hospitals), okul binaları ve eğitim-öğretim tesisleri (school buildings and teaching facilities), stadyumlar (stadiums), hava trafik kontrol hizmetleri (air traffic control), hapisaneler (prisons), demiryolları (railways), otoyollar (roads) vs.²¹ Ülkemizde 2013 tarihli 6428 sayılı kanun ile birlikte şehir hastanesi projelerinde uygulama alanı bulan KÖİ modelinin farklı sektörlerde de uygulanması ihtimali bulunmaktadır.²²

¹⁹ Simmons & Simmons Group Law Office; "İngiltere ve Galler PPP Hukuku ve Sözleşmeleri / England and Wales PPP Law & Contracts", London & İstanbul, 2008, sf. 13.

²⁰ Bkz. (The Oxford English Reference Dictionary, Second Edition, Edited by Judy Pearsall and Bill Trumble, Oxford-New York, 1996, p. 1282; "1. sanitary conditions. 2. the maintenance or improving of these. 3. the disposal of sewage and refuse from houses etc...").

²¹ "Public-Private Partnership Handbook" Asian Development Bank, p. 2.

²² Bkz, "Alarko Holding CEO'su Ayhan Yavrucu metro projeleri hakkında açıklamalarda bulundu. Yavrucu, "Biz İstanbul'daki metrolara da talibiz, gücümüzün el verdiği kadarını yap-işlet-devret modeliyle yapmak istiyoruz." dedi." Link: <http://www.haberturk.com/metro-projesi-iptal-edilen-alarko-dan-aciklama-1802325-ekonomi> (Erişim tarihi: 01.03.2018).

KÖİ projeleri ile, ilişkinin farklı taraflarını ilgilendiren yararlar ortaya çıkmaktadır. Kamu sektörü açısından sağlanan faydalar, özel sektörün bilgi ve tecrübesinden faydalanma, teknolojik gelişmelerden ve özel sektörün AR-GE kapasitesinden yararlanma, projelerin daha düşük maliyetle geliştirilmesi, riskleri onları en iyi yönetebilecek tarafça yüklenilmesi ilkesi uyarınca risklerin bir kısmının özel sektöre devredilmesi ve kamu varlıklarının daha etkin kullanımınıdır. Toplum açısından sağlanan faydalar, hizmet kalite standardının yükselmesi ve toplumsal refahın artmasıdır. Özel sektör açısından sağlanan fayda ise, daha önce yer alamadığı yeni bir alanda hizmet sunmaya başlayarak büyüme olanağı ve kâr elde etmektir.²³

Kamu Özel İşbirlikleri, özel sektörün finansmanı sağlayıp, altyapı tesislerini kurmak, bakım ve yönetimini üstlenmek, bir kısım çekirdek ve yan hizmetleri sunmak amacıyla kamuyla girdiği sözleşme temelli ilişkilere sahiptir. Taraflar arasındaki bu ilişki, özel sektörün yaptığı yatırımları geri alabilmesi için genellikle uzun sürelidir. Taraflar arasındaki bu ilişkide risk paylaşımı ve paranın karşılığının alınması önemli bir yer tutar. Genellikle uzun süreli sözleşmeler aracılığıyla kurulan bu ilişki karmaşık bir yapıda olup zaman içinde değişiklik ihtiyacı gösterebilir. Kamu-özel işbirliklerine ilişkin diğer önemli nokta da ödeme mekanizmasıdır. Özel sektör ödemelerini idareden alabileceği gibi hizmetten yararlananlardan da alabilir.²⁴

2. Kamu Özel İşbirliğinin Hukuki Dayanağı Ve Kamu Hizmetinin Özel Hukuk Kişilerince Görülmesi Usulleri İle Kıyaslanması

2.1. Genel Olarak

Kamu özel işbirliğinin en temel özelliklerinden birinin kamu kurum ve kuruluşlarının bizzat yapmakla görevli oldukları bir takım yatırım ve hizmet faaliyetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi olduğundan bahsetmiştik. KÖİ'nin kendine has bu temel prensibi yalnızca ülkemizde değil uluslararası ölçekte de aynı yöndedir. Dolayısıyla bu temel prensip yönünden temel hak ve hürriyetler bağlamında

²³ BAYAZIT, Bahar; "Kamu-Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı" İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Bölümü, Doktora Tezi, Ankara, Ocak, 2018, sf. 37.

²⁴ EVREN, Çınar Can; Kamu-Özel İşbirlikleri, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2016, sf. 51.

Anayasal çerçeveden bahsetmek gerekecektir. Bununla kapsamda KÖİ uygulamaları bakımından Anayasal çerçevede hazırlanan kanunlardan da bahsedilecektir.

2.2. Kamu Özel İşbirliğinin Hukuki Dayanağı

2.2.1. Anayasal Dayanak

Ülkemizde 13 Ağustos 1999'da Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklikle kamu hizmetlerinin gördürülmesindeki geleneksel usullerin yanında özelleştirme kapsamında yeni yöntemlerin de ortaya çıkmasına imkan tanınmış; aynı zamanda özel kişilerin bu alanda faaliyet göstermeleri Anayasal düzeyde koruma altına alınmıştır.

Anayasa'nın 47. maddesi Devletleştirme ve Özelleştirme başlıklı olup, dördüncü fıkrası ise "*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırabileceği veya devredebileceği kanunla belirlenir.*" hükmünü haizdir. Hükmünden anlaşılacağı üzere, kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesinin ön koşulu, gerekli yasal düzenlemenin yapılmasıdır.

Yukarıda belirtildiği gibi, Anayasa'nın 47. maddesi gereği, kanunlarla belirlenmek kaydıyla, KÖİ sözleşmeleri, idareler ile özel kişiler arasında özel hukuka tabi sözleşmeler olarak düzenlenebilirler. Özel hukuk sözleşmesi olmalarının gereği olarak görülen hizmet, kamu hizmeti niteliği taşıyor olsa bile kamu kurum ve kuruluşlarının özel sektör işletmecisi üzerindeki hak ve yetkilerinin kanun ve sözleşmelerin açık hükümleriyle sınırlı olması gerektiği kabul edilmelidir.²⁵

Öte yandan Anayasa'nın 128. maddesinin dördüncü fıkrasında, "*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler; memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*" denilmektedir. Anayasa'nın 128.

²⁵ T.C. Kalkınma Bakanlığı Onuncu Kalkınma Planı, 2014-2018, "Kamu Özel İşbirliği, Özel İhtisas Komisyonu Raporu", s.11.

maddesi uyarınca, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerden asli ve sürekli nitelik taşıyanların, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi zorunludur.²⁶

2.2.2. Yasal Düzenlemeler

Ülkemizde 1980'li yıllardan itibaren çeşitli yasal düzenlemeler yapılarak kamu hizmetlerinin özel sektör eliyle ve farklı modellerle gerçekleştirilmesine çalışılmıştır. Bu doğrultuda ülkemizde kısmi kamu özel işbirliği olarak kabul edilebilecek olan çeşitli yasal düzenlemeler mevcuttur(Örneğin, 04.12.1984 tarih ve 3096 sayılı "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun"; 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile 2813 sayılı Telsiz Kanunu gibi). Belirtmek gerekir ki, ülkemizde kamu özel işbirliğine ilişkin kapsamlı genel bir mevzuat bulunmamaktadır.

Bir özel hukuk sözleşmesinden doğan kamu özel işbirlikleri yönünden ülkemizce pilot hizmet olarak sağlık hizmetleri seçilmiştir. Yukarıda da değindiğimiz üzere 2013 yılında ilk kez bu yönde bir uygulamaya adım atılmış ve 21.02.2013 tarih ve 6428 sayılı "*Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*" düzenlemesi yapılmıştır. Kanunun amacı 1. madde birinci fıkrada düzenlenmiş olup, "*ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinesin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bu projeler için alınacak danışmanlık, araştırma geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir.*" şeklindedir.

²⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 01.04.2015 tarihli 2013/50 E. ve 2015738 K. sayılı kararı.

6428 sayılı kanunun birinci maddesinin ilk fıkrası ve sözleşme tanımının yapıldığı ikinci fıkrasının (ö) bendinde²⁷, sağlık kamu hizmetlerinin görülmesine ilişkin kamu özel ortaklığı sözleşmelerinin kapsamı; sağlık tesislerinin yaptırılması, mevcut sağlık tesislerinin yenilenmesi, yapılacak sağlık tesislerine alınacak danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi olarak belirlenmiştir.²⁸

Öte yandan, 09.05.2014 tarihli ve 28995 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği" de kamu özel işbirliği modeline yönelik düzenlemelerdir. Bu yönetmeliğin 1. maddesi Amaç başlıklı olup, "*Bu Yönetmeliğin amacı; ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bu projeler için alınacak danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir.*" şeklindedir.

²⁷ bkz. "Sözleşme: Yapım işlerinde özel amaçlı şirketle idare arasında; yenileme işleri ile bu Kanun çerçevesinde ihtiyaç duyulan araştırma, geliştirme, danışmanlık hizmetleri veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi için yüklenici ile idare arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılan sözleşme ve eklerini".

²⁸ GÜRKAN, Mehmet Fatih; Kamu Özel Ortaklığı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, sf. 154.

2.3. Kamu Hizmetinin Özel Hukuk Kişilerince Görülmesi Usulleriyle Kıyaslanması

2.3.1. Görevlendirme Sözleşmeleriyle Kıyaslanması

2.3.1.1. İmtiyaz Sözleşmesinden Farkı

Bir kamu idaresinin bir özel kişi(çoğunlukla bir özel hukuk tüzelkişisi) ile yaptığı bir sözleşme ile, bir kamu hizmetinin kurulup işletilmesini, o özel hukuk kişisine, kullanıcılardan alacağı hizmet karşılığında ve kar ve zararı tamamen o kişiye ait olmak üzere, tevdi edilmesi halinde, bu usul "imtiyaz usulü" ve bağtlanan sözleşme de "imtiyaz sözleşmesi" dir.²⁹ Anayasa Mahkemesinin imtiyaz usulü ve imtiyaz sözleşmelerine ilişkin tanımı ise, "*Kamu hizmetinin, sermaye kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişki olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir "idari sözleşme" uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesine İMTİYAZ denir. Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri" olarak tanımlanmaktadır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, gerek konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idari sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar.*"³⁰ şeklindedir.

Bu tanımlamalardan hareketle öncelikle imtiyaz sözleşmelerinin idari sözleşme; kamu özel işbirliği sözleşmelerinin ise 6428 sayılı kanun bağlamında özel hukuk sözleşmesi olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Dolayısı ile imtiyaz usulü idare hukuku hükümlerine tabi iken kamu özel işbirliği sözleşmesi özel hukuk hükümlerine tabiidir.

²⁹ ZABUNOĞLU, Yahya Kazım; İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, C.1, sf. 503.

³⁰ AYMK, E.1994/43, K. 1994/42-2, T. 9.12.1994.

En önemli ayrımlardan birisi de imtiyaz usulünde idare, imtiyazcının bir kusuru bulunmasa dahi imtiyazı geri alma yöntemi ile imtiyaz sözleşmesini sona erdirebilir.³¹ Ancak kamu özel işbirliği modelinde idareye bu yönde ve kapsamlı şekilde tek taraflı bir ayrıcalık tanınmamıştır.

Bununla birlikte imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcı hizmet karşılığında yararlanılardan bir bedel almakta iken kamu özel işbirliğinde sözleşmede belirlenen kira ve hizmet bedelleri idareden alınarak finanse edilmektedir.

Son olarak, kamu özel işbirliği sürecinde işletilen tesisler, imtiyaz süresinin sonunda hiçbir bedel ödenmeksizin kamu sektörüne devredilmesine karşın, kamu imtiyazlarında tesisler ancak kamulaştırma veya imtiyaz süresi sonunda satın alma yolu ile kamu sektörüne geçmektedir.³²

2.3.1.2. İltizam Usulünden Farkı

İltizam usulü bir kamu hizmetinin, idare ile özel hukuk kişisi arasında imzalanan sözleşme kapsamında, özel hukuk kişisinin idareye ödeyeceği belli bir ücret karşılığında, kar ve zararı özel hukuk kişisine ait olmak üzere, işletilmesi usulüdür. İltizam sözleşmesinin tarafı olan özel hukuk kişisi mültezim olarak adlandırılır. Mültezim idareye ödediği belli bir ücret karşılığında kurulmuş olan bir kamu hizmetinin işletilmesi hakkını elde etmektedir. Bu usulde, kamu hizmetinin işletilmesi için gerekli olan araç, gereç ve tesisat mültezime idare tarafından temin edilir.³³

İltizam, idare hukuku alanına giren kamu hizmetinin özel hukuk kişilerince gördürülmesi usullerindedir. Bununla birlikte iltizamda hizmet için gerekli olan tesis, araç ve gereçler idare tarafından karşılanırken kamu özel işbirliğinde böyle bir durum söz konusu değildir. KÖİ modelinde idare, özel hukuk kişisine tesisin yapılacağı arsa

³¹ YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H.Eyüp / ÜSTÜN, Gül / TEKİNSOY, Özge Okay; İdare Hukuku, onikilevha yayınları, 6. Bası, 2016, sf. 523.

³² TAN, Turgut; "Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap-İşlet-Devret" Modeline", http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/47/3/24_turgut_tan.pdf, sf. 319, BOZ, Selman S.; "Kamu Özel İşbirliği(PPP) Modeli", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cit: 4, Sayı: 2, 2013, sf. 297.

³³ GÖZLER, Kemal; İdare Hukuku, C.II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, sf. 363.

üzerinde üst hakkı vermektedir. Bunun haricinde herhangi bir tesis, araç ve gereç sağlamamaktadır.

İltizam usulünde mültezim, idareye sözleşme ile belirlenen götürü bir bedel öder. KÖİ modelinde idareye bu şekilde bir bedel ödenmesi söz konusu değildir.

Öte yandan, iltizam usulünde hizmetten yararlananlardan belli bir bedel alınır. Mültezimin idareye ödediği bedel ile hizmetten yararlananlardan alınan bedel arasındaki fark, mültezimin gelirini oluştururken KÖİ modelinde idare, özel hukuk kişisi tarafından inşa edilen tesis için kira bedeli ödemekte, bununla birlikte özel hukuk kişisi tarafından yürütülen hizmetlerin karşılığı olarak da sözleşmede belirlenen bedeli ödemektedir.

2.3.1.3. Müşterek Emanet Usulünden Farkı

Müşterek emanet usulü, iltizam ve imtiyaz usulüne benzer özellikler taşıyan bir kamu hizmeti görülme usulüdür. Müşterek emanet; *"bir kamu hizmetinin hasar ve zararı idareye ait olmak ve onu üstlenen özel hukuk kişisine gelir(hasılat) üzerinden bir pay verilmek suretiyle yürütülmesi"* usulüdür.³⁴

Müşterek emanet usulünde sermaye tamamen idareye aittir ve özel hukuk kişisi emeğiyle ve bilgisiyle kamu hizmetini yürütmekte ve masraflarını kamu hizmetinden yararlananlardan aldığı ücretin bir kısmından sağlamaktadır.³⁵ Kamu özel işbirliği sözleşmelerinde temel kamu hizmeti yönünden idarenin sorumluluğu devam etmektedir. Örneğin, şehir hastanelerinde doktor ve hemşire gibi sağlık hizmeti gören çalışanlar idarenin sorumluluğunda, hizmetin yürütülmesinde yardımcı rol gören temizlik görevlileri güvenlik görevlileri gibi çalışanlar özel hukuk kişisi sorumluluğundadır. Öte yandan kamu özel işbirliğinde sözleşmede belirlenen bedel idarece özel hukuk kişisine belirtilen dönemlerde ödenmektedir.

³⁴ YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, H.Eyüp/ÜSTÜN,Gül/TEKİNSOY, Özge Okay; İdare Hukuku, onikilevha yayınları, 6. Bası, 2016, sf. 523.

³⁵ GÜRKAN, Mehmet Fatih; Kamu Özel Ortaklığı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, sf. 24.

2.3.2. Ülkemizde Uygulanan Diğer İdari Finansman Modelleriyle Kıyaslanması

2.3.2.1. Yap-İşlet-Devret Modelinden Farkı

Ülkemizde ağırlıklı olarak enerji sektöründe, bazı havaalanları ile gümrük kapısı terminalinde ve yat limanı yapımı ve işletilmesinde uygulama örnekleri görülmekle birlikte özünde bir finansman yöntemi olan YİD modelinin³⁶ ilk yasal temeli 19.12.1984 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış olan "*Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkındaki Kanun*" oluşturmaktadır.

Öte yandan kanun koyucu tarafından 3996 sayılı "*Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun*" kanun düzenlenmiştir. Kanunda yap işlet devret modeli; "*İleri teknoloji veya yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi*" şeklinde tanımlanmıştır.

YİD modelinde taraflar belirli bir amaç dahilinde bir araya gelmekte ve bu amaç çerçevesinde karşılıklı menfaatler bir denge içinde bir araya gelmektedir. Bu denge, idare bakımından belirli bir yatırım için ortaya çıkan finansman ihtiyacının temini için elinde bulundurduğu yatırım unsurunun (yatırım arazisi) kullanımını ve yatırım konusu tesisin işletme hakkını karşı tarafa bırakması, karşı tarafın da, finansmanı kendisi temin ederek tesisi inşa etmesi ve belirli bir süre tesisi işleterek finansmanını ve kârını geri alabilmek imkanına sahip kılınması, süre sonunda da tesisi bir işletme olarak devretmesi suretiyle sağlanmaktadır.³⁷

³⁶ SARISU, Ayhan; Kamu & Özel İşbirlikleri (Public & Private Partnerships - PPP), Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2009, sf. 116.

³⁷ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, Güzin; "Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2005, sf. 95.

YİD modeli ile Kamu Özel İşbirliğini kıyaslamak pek de mümkün görülmemektedir. Şöyle ki; YİD genel olarak, yukarıda bahsettiğimiz üzere idare tarafından kamu hizmetinin gördürülmesi amacıyla yönelik bir projenin finansmanının özel şirketlere yüklendiği ve bunun karşılığı şirketlerinde projede yer alan tesisin işletilmesiyle kâr elde etmelerinin amaçlandığı modeldir. YİD modelini aşağıda daha detaylıca anlatacağımız üzere Yap-Kirala-Devret modeli ile kıyaslamak daha mümkün görülmektedir. Çünkü Kamu Özel İşbirliği bu modeller gibi finansman modellerin toplandığı bir çatı kavram niteliğindedir.

2.3.2.2. Yap-İşlet Modelinden Farkı

Yap işlet usulünün hukuki temelini halen yürürlükte olan "*Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması Ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun*" oluşturmaktadır. Kanunun ikinci maddesinde Yap İşlet Modeli; "*Elektrik enerjisi santrallerinin üretim şirketleri mülkiyetlerinde kurulmalarını, işletilmelerini, üretilen elektrik enerjisinin belirlenecek esas ve usuller çerçevesinde satışını içeren modeli*" şeklinde tanımlanmıştır. Yap işlet modelinde de hizmetin asıl sahibi ve sorumlusu kamu idaresi olup üretim şirketinin sınırsız bir işletme hakkı söz konusu olmamaktadır. İdare sürenin dolması üzerine isterse bu sürenin uzatılmasına, isterse hizmetin kendisi tarafından yürütülmesine karar verebilir. Bununla birlikte yap işlet modelinde kamu özel işbirliği modelinden farklı olarak süre sonunda bir devir söz konusu değildir. Bu yönleriyle de kamu özel işbirliği modelinden ayrılmaktadır.

2.3.3. Kamu Özel İşbirliği Modelinin Çatı Kavram Olarak Kullanılması Meselesi

Yukarıda yer alan açıklamalardan sonra Kanun Koyucunun Kamu Özel İşbirliği modelinin daha önceden ülkemiz hukuk sisteminde uygulama alanı bulmuş diğer modellerin çatı kavramı olarak uygulama saikinin bulunup bulunmadığını ve dolayısı ile çatı kavram olarak kullanılıp kullanılmayacağı hususunun da değerlendirilmesi gerekir.

Kanun Koyucunun 6428 sayılı kanun kapsamında esasen sağlık sekt6r6 alanında Yap-Kirala-Devret modelinin uygulama çerçevesini belirlediği ancak modelin çatı kavramı olarak KÖİ kavramını belirlediğinden bahsetmiştik. Bu husustan ıkarla ortaya bir karmaşa çıkmaktadır. ř6yle ki; bahsi geçen Yap-Kirala-Devret modeli yerine KÖİ modelinin çatı kavram olarak kullanılması daha 6nceden 6lkemiz hukuk sisteminde uygulama alanı bulmuş Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet gibi modellerin de çatı kavramı olarak kullanılıp/kullanılmayacağı hususu hen6z açık değildir. Bununla birlikte esas açıklığa kavuşturulması gereken konu ise bu modellerin KÖİ kapsamına alınıp; 6rneğin t6m bu s6zleşmelerin 6zel hukuk s6zleşmesi olarak mı kabul edileceği açık değildir. Kalkınma Bakanlığı tarafından hazırlanmış olan "Kamu 6zel İşbirliği Kanun Tasarısı" hen6z kamuoyuna sunulmamış olduğundan(27/03/2019 tarihi itibariyle) Kanun Koyucunun bu husustaki saikinin ne olduğu hen6z bilinmemektedir. Dolayısı ile 6ncelikle bu hususun açığa kavuşturulması gerekmektedir.

6te yandan doktrinde bu konuyla ilgili Anayasa'nın 47. ve 125. maddelerine eklenen h6k6mlere atıf yapılarak; Bu Anayasa değişiklikler ile uyum yasalarından sonra T6rkiye'de Kamu hizmetinin g6rd6r6lmesi ile ilgili 6zel kişilerle "imtiyaz s6zleşmeleri" yapılabileceği gibi, idareler ile 6zel kişiler arasında bu konuda "6zel hukuk s6zleşmeleri" de yapılabilecektir.

İmtiyaz s6zleşmesi yapılması halinde, kamu hukuku kuralları uygulanacak ve doğacak uyuşmazlıkların 6z6m yeri, idare ve karşı yan bu konuda mutabakata varmışlarsa, tahkim, hakem mahkemesi olacaktır. 6zel hukuk s6zleşmesi yapılması halinde, uyuşmazlıkların 6z6m6 adalet hukuk mahkemeleri olacaktır; ancak bu halde de, tarafların tahkimi kabul etme olanağı vardır. Sonucuna ulaşılmıştır.

3. Mukayeseli Hukukta Kamu Özel İşbirliği Uygulamaları Ve Uygulama Alanı Bulduğu Hizmet Sektörleri

3.1. Genel Olarak

1970'lerden başlayarak gelişen liberal ekonomi akımı sonucunda, özel sektörün her türlü ekonomik faaliyete katılmasının önü açılmış, böylece devletin ekonomide bizzat "yapan veya üreten" şeklinde katılım oranı gerilemeye başlamıştır. Nitekin, Dünya Bankası gibi kurumların çalışmalarında esas alınan terim "Özel Sektörün Altyapıya Katılımı-PPI"dır. Bu ifade, özel sektörün altyapı sektörlerindeki tüm faaliyetlerini dikkate almakta, altyapı sektörlerindeki özelleştirmeleri, KÖİ yöntemleriyle gerçekleştirilen projeleri ya da tamamen serbestleştirilmiş piyasalarda özel sektörün yaptığı yatırımları kapsamaktadır.

Dünya Bankası, özel sektörün altyapıya katılımı alanında yaşanan gelişmeleri 1990'lı yıllardan beri enerji, ulaştırma, telekomünikasyon, su ve atık su gibi dört ana sektör kapsamında rakamsal olarak izlemekte ve raporlamaktadır. Bu raporlara göre, 1990-2011 yılları arasında, gelişmekte olan ülkelerdeki bu dört ana sektörde, özel sektörün projenin en az %15'ini karşılayarak rol aldığı, KÖİ, hisse-varlık satışı şeklinde özelleştirme ve serbestleşmiş piyasalarda yüzde yüz özel sektör yatırımı şeklinde gerçekleştirilen işlemlerin sayısı 5.238 olup, bu işlemlerin toplam değeri 1,8 katrilyon ABD doları seviyesine ulaşmıştır.

Öte yandan, Kamu Özel İşbirliği dünya çapında ve son zamanlarda ülkemizde yaygın alanda uygulanan veya uygulanacak gibi gözükken bir model olarak karşımıza çıkmaktaysa da uluslararası düzeyde birçok projenin sonuca ulaşmadan başarısız olduğu, sözleşmelerin iptal edildiği hususlarını da gözden kaçırmamak gerekir. (Örneğin, Kanada'da başarısızlıkla neticelenen kamu özel işbirliği uygulamaları)

3.2. İngiltere'de Kamu Özel İşbirliği Uygulamaları

İngiltere, 1990'ların başlarında kamu-özel sektör işbirliklerinin (PPP) öncülerinden biriydi. Bununla birlikte, Birleşik Krallıkta spesifik bir PPP mevzuatı

yoktur. PPP projelerinin ihaleleri diğer sözleşmeler için uygulanan Avrupa ve ulusal hukuk kuralları ile yönetilir.1992'den beri, Birleşik Krallık kamu hizmetinin sunulmasında yeni bir tür PPP sistemi kullanılmaktadır: Private Finance Initiative (Özel Finans Girişimi).

İngiltere'de kamu-özel işbirliği kavramı farklı anlamlarda kullanılır. Bu anlamlardan ilki, özel sektör hisselerinin satış yoluyla kamu sermayeli işletmelere geçmesidir. İkincisi, kamunun uzun dönemli sözleşmeler uyarınca, risk özel sektörde kalmak üzere, hizmet satın almasını sağlayan PFI modelidir. Kavramın üçüncü anlamı ise, kamu hizmetlerinin daha geniş piyasalara satılması; kamunun elindeki varlıkların ticari potansiyelinden faydalanmak amacıyla özel sektörün deneyim ve finansmanından yararlandığı ortaklık düzenlemeleridir.

PPP genellikle PFI ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. İngiltere'de PFI'nin kilit hedeflerinden biri, merkezi ve yerel hükümet düzeyinde daha sıkı kamu-özel sektör ilişkilerini geliştirmek olmuştur. PFI'nin temel ilkeleri, özel sektörün getirdiği yönetim ve diğer faydalar sayesinde, daha yüksek finansman maliyetini kaldırabileceği temeline dayanılarak paranın karşılığının/değerinin elde edilmesi (Value for Money-VfM) ve riski en iyi yönetecek tarafa riskin reel olarak transferinin sağlanmasıdır.

Öte yandan, İngiltere'de 31 Mart 2017 itibariyle 699 proje operasyonel ve 16 inşaat halinde 715 PFI ve PF2 projesi mevcuttur. Bu projelerin toplam sermaye değeri 31 Mart 2016 itibariyle 59,4 milyar sterlin ile 59,1 milyar sterlindir. Bu projelerin 631'i Mayıs 2010'dan önce imzalanmış olup, 50.6 milyar sterlinlik bir sermaye değerine sahiptir (toplamın% 86'sı).

3.3. AB Ülkeleri'nde Kamu Özel İşbirliği Uygulamaları

Kamu özel işbirliği, Avrupa Birliği topluluğunda da tanımlanmış bir kavram değildir. Öte yandan, 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.³⁸

AB'de 1990-2011 dönemini kapsayan son 22 yılda gerçekleşen KÖİ projelerinin sayısının 1.536'ya toplam proje büyüklüğünün ise 290 milyar Avro'ya ulaştığı bildirilmektedir. Yıllık ortalama proje sayısı 70, ortalama proje büyüklüğü ise 189 milyon Avro olarak gerçekleşmiştir.³⁹

PPP modellerinin yaygınlaşması ve hızla gelişmesi sonucu Avrupa Komisyonu bu modellerle ilgili çalışmalar yapmış ve bunun sonucunda Nisan 2004'te kamu sözleşmeleri ve imtiyazları ile ilgili ilkelerin belirlendiği "Yeşil Kitap (Green Paper on Public Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions) ve Haziran 2004'te kamu özel işbirliği örnek olayları ile ilgili "Kaynak Kitap (Resource Book on PPP Case Studies)" yayınlanmıştır.⁴⁰

3.3.1. Yeşil Kitap Kuralları

Yukarıda Yeşil Kitap'ın Kamu Özel İşbirliklerinin nitelemesinde kullanılan dört ana unsurdan bahsetmiştik. Her ne kadar topluluk hukukunda henüz KÖİ'ler için belirlenmiş bir tanımlama mevcut olmasa da yukarıda belirtilen maddelerden KÖİ modelinin sahip olması gereken unsurları bilmekteyiz. Üye devletlerin kamu otoriteleri özellikle, ulaştırma, kamu sağlığı, eğitim ve ulusal güvenlik gibi sektörlerde KÖİ uygulamaya sıklıkla başvurumaktadırlar.

Yeşil kitap kurallarının 8. maddesi'nde topluluk hukukunda KÖİ'ler için belirlenen herhangi bir özel kuralın bulunmadığından bahsedilmektedir.⁴¹ Bununla birlikte, aynı maddede KÖİ'lerin iki çeşidi olduğu ifade edilmiştir. Bunlardan ilki,

³⁸ UZ, Abdullah; "Kamu-Özel Ortaklığı / Public-Private Partnership (PPP) (Kavram ve Hukuksal Çerçeve)", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, Sa.1-2, 2007, s. 1171.

³⁹ T.C. Kalkınma Bakanlığı Onuncu Kalkınma Planı, 2014-2018, "Kamu Özel İşbirliği, Özel İhtisas Komisyonu Raporu", sf. 18.

⁴⁰ BUTTON, Maurice, (edt.), A Practical Guide To PPP in Europe, B. 1, City & Financial Publishing, Surrey, İngiltere, 2006, sf. 212.

⁴¹ Green Paper on Public Private Partnerships and Community Law on Public. Contracts and Concessions, COM(2004) 327, Paragraph 8.

sözleşme ilişkisine dayalı olup idareyle özel sektörün sözleşme akdederek bir araya geldikleri işbirlikleridir. Diğeri ise kurumsal niteliktedir ve ayrı bir tüzelkişiliği olacak şekilde tarafların bir şirket aracılığıyla ortaklık kurmaları suretiyle oluşur. Bu durum kimi kaynaklarda şu şekilde ifade edilmektedir; AB'de iki temel yaklaşımdan söz etmek mümkün olup bunlardan ilki Fransız KÖİ modelidir(imtiyazlar). Fransız modelinde devlet ön planda olup, anayasa ve kamu hukuku geleneği etkisini sürdürür. İkinci yaklaşım ise İngiliz modelidir. İngiliz modelinde (PFI), piyasa ekonomisi ve özel sektör ön plandadır. Fransız modeli geleneksel KÖİ uygulamalarını temsil ederken, İngiliz modeli yeni nesil KÖİ uygulamalarını temsil eder.⁴² Ülkemizde 6428 sayılı kanun uygulamalarına bakıldığında ikinci yaklaşım yani İngiliz modelinin esas alındığı görülmektedir.

3.4. ABD'de Kamu Özel İşbirliği Uygulamaları

Amerika da KÖİ'lerin etkili olarak uygulandığı ülkelerdendir. 1990'lar özelleştirme, altyapının yenilenmesi ve kamu sektöründeki verimsizlikleri ortadan kaldırmakta kullanılmıştır. Özellikle California bölgesinde yaşanan enerji krizleri bazı özelleştirme çabalarının başarısızlıkla sonuçlandığını göstermiş olduğundan, ABD'de KÖİ'lerin hızla uygulanmasına yol açmıştır.⁴³

KÖİ'ler genellikle eğitim ve sağlık gibi sektörlerde uygulama alanı bulmaktadır.⁴⁴ Bununla birlikte, ulaştırma sektöründe PPP'lerin yakın zamanda daha yüksek bir profil aldıkları görülmüştür. ABD yollarının erken gelişimi, özel sektör finansmanına büyük ölçüde dayanıyordu ve 19. yüzyıla ait (ücretli) yollar yaygındı.⁴⁵ Bu ülkede kamu hizmetlerinin çok önemli bir kısmı özelleştirilmiştir. Halen yüzlerce ABD kent ve kasabasında özellikle sokak ve cadde onarımı, çöp toplama hizmetleri, ambulans hizmetleri, park düzenlenmesi, sahların bakımı ve hatta hapisane hizmetleri

⁴² ALİCAN, Nesrin; "Avrupa Birliği Mevzuatı ve Uygulamaları Işığında Kamu-Özel Sektör Ortaklıkları, Avrupa Birliği Uzmanlık Tezi, Ankara, 2008, sf. 45, EVREN, Çınar Can; Kamu-Özel İşbirlikleri, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2016, sf. 407.

⁴³ SARISU, Ayhan; Kamu & Özel İşbirlikleri (Public & Private Partnerships - PPP), Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2009, sf. 235.

⁴⁴ "Public-Private Partnerships", Harvard Law Review, Vol.121:1367.

⁴⁵ YESCOMBE, E.R; Public-Private Partnerships, Principles of Policy and Finance, Elsevier, First Edition, 2007, sf. 39.

özel sektör müteşebbislerine devredilmiş durumdadır. Arizona ve Phoenix gibi bazı kentlerin özel müteşebbislerce yürütülen itfaiye teşkilatlarını dahi bulunmaktadır. Hatta California'nın La Mirade kentindeki özelleştirme uygulamaları sonucunda sadece 55 memur ve işçi görev yapmakta olup bu kentte yaklaşık 60 farklı belediye hizmeti özel sektör müteşebbisleri tarafından gerçekleştirilmektedir. Bunun en önemli sebebi, maliyet faktörü olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁶

ABD'nin Sayıştayı olarak kabul edebileceğimiz US General Accounting Office'e göre beş tip PPP bulunmaktadır. Bunlar;

-Build-Own-Operate (Yap-Sahip Ol-İşlet); Yüklenici kamu hizmetinin yürütülmesi adına bir tesis inşa eder. Tesisin mülkiyeti özel sektör kuruluşunda kalmak kaydıyla kamu hizmeti bu tesis üzerinden yürütülür.

-Build-Operate-Transfer (Yap-İşlet-Devret); Özel ortak, kamu kurumu tarafından kararlaştırılan şartlara uygun bir tesis kurar, kurum ile yapılan özel bir sözleşme ya da franchise sözleşmesi kapsamında belirli bir süre için çalıştırır ve daha sonra sözleşmede belirtilen süre sonunda kamu kurumuna tesisi devreder. Genellikle, özel ortak finansmanın tamamını veya bir kısmını sağlar, bu nedenle sözleşme, özel ortağın yatırım üzerinde makul bir getiri gerçekleştirmesini sağlamak için yeterli uzunlukta olacak şekilde yapılandırılmıştır.

-Buy-Build-Operate (Satın Al-Yap-İşlet); Bu işlem, mevcut bir tesisin rehabilitasyonunu veya genişlemesini içeren bir varlık satışı biçimidir. Devlet, varlıkları özel sektör kuruluşuna satar ve daha sonra tesisi daha ekonomik bir şekilde işletmek için gerekli iyileştirmeleri yapar.

-Design-Build-Operate (Tasarla-Yap-İşlet); Bu işlemde, daha önce tamamlanmamış bir kamu kurumuna ait yarım kalmış bina tasarlanıp revize edilmesi amacıyla özel ortağa bir sözleşme kapsamında satılır. Daha sonra kamu hizmetinin görülmesi amacıyla özel ortak, bu tesisi işletir.

⁴⁶ SARISU, Ayhan; Kamu & Özel İşbirlikleri (Public & Private Partnerships - PPP), Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2009, sf. 237.

-Build-Develop-Operate (Yap-Restore Et-İşlet); Bu ortaklık düzenlemeleri kapsamında, özel taraf bir kamu kuruluşundan mevcut bir tesisi kiralar veya satın alır, tesisi yenilemek, modernize etmek veya genişletmek için kendi sermayesine yatırım yapar ve daha sonra bunu hükümetle bir sözleşme çerçevesinde işletir.⁴⁷

4. Türk Hukukunda Ve Mukayeseli Hukukta Kamu Özel İşbirliğinin Olumlu Ve Olumsuz Yönleri

4.1. Olumlu Yönleri

KÖİ, uluslararası alanda kabul edildiği üzere karmaşık, yüksek uzmanlık gerektiren ve başarısız yönetim halinde kamu kesimi üzerine uzun yıllara yayılan yüksek mali yük riski getiren bir modeldir. Kamu Özel Ortaklığı Kanununun Tasarısı Genel Gereğesinde, KÖİ modelinin uygulanmasından ilave sermaye sağlanması, risk dağılımını ayarlamak, alternatif yönetim ve uygulama becerileri geliştirmek ve kaynakların daha etkin kullanılması gibi faydalar amaçlandığı görülmektedir.

KÖİ uygulamalarının en önemli faydası, kamu sektörünün proje temelinde bazı yükümlülükleri özel sektöre devrederek risk dağılımı yapılmasına imkan sağlıyor olmasıdır. Yeni altyapı projelerine olan ihtiyaçlar, miktar ve kalite bakımından artış göstermekte, mevcut altyapının yenilenmesi, bakımı ve işletilmesi için gereken finansal baskılar da her geçen gün artarak genişlemektedir. KÖİ uygulamaları, günümüzde hem ulusal kalkınmaya yardımcı, sosyal gelişmeyi hızlandırıcı, hem de ekonomik büyümeye işlevsel katkı araçları olarak kabul görmektedirler.⁴⁸

Bununla birlikte, Kamu özel işbirliği projeleri ile kamu hizmetinin yürütülmesinde devlete mali yük getirmeyen projeler hazırlanabiliyor ise veya devlete

⁴⁷ "For the Good of the People: Using Public-Private-Partnerships To Meet America's Essential Needs" A White Paper on Partnerships Prepared by The National Council for Public-Private Partnerships, sf. 8.

⁴⁸ SARISU, Ayhan; Kamu & Özel İşbirlikleri (Public & Private Partnerships - PPP), Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2009, sf. 237.

mali yük getirirse dahi özel finansman yolu ile daha etkin bir kamu hizmeti sunulabiliyorsa kamu hizmeti yatırımları hız kazanacaktır.⁴⁹

4.2. Olumsuz Yönleri

Kamu özel işbirliği modelinin konusunun kamu hizmetinin özel kişilerce gördürülmesi olması sebebiyle çok yönden değerlendirilmeli ve dünyada benzeri uygulamalardan çıkarılan dersler göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü finansmanı özel ortak tarafından karşılanan modelde özel ortağın finansman sağlayamaması durumunda kamu hizmetinin durması ya da aksayarak yürümesi ile neticelenmesi olumsuz sonuçlardan sadece biridir. Kaldı ki bu hususta "*Kamu özel ortaklığı, devletin yeniden yapılanması sürecinde özel sektöre ve sermayeye kamusal bazı hizmetlerin açılarak yeni karlılık alanları yaratılması sürecinin bir parçasıdır. Bu süre sağlık alanında geri dönüşümü olmayan zararlara neden olacaktır.*"⁵⁰ görüşleri de bulunmaktadır.

KÖİ projelerinin devlet harcamalarını azaltacağı söylenmekle birlikte, kamu görevlilerinin bilgi birikimi genellikle çok özneli, uzun süreli ve kompleks bir projeye başa çıkmakta yetersiz kalmakta ve danışmanlık hizmeti alınması gerekmektedir.⁵¹ Danışmanlık hizmet alımları ise maliyetleri arttırır.⁵² Nitekim bu nedenle, İngiltere'de sadece 20 milyon sterlinden büyük projelerde kamu-özel işbirliklerine başvurulmakta; daha düşük miktartlı projelerde paranın karşılığının alınamayacağı gerekçesiyle KÖİ uygulamalarına başvurulmamaktadır.⁵³

Bir başka eleştiri ise modelin esasını oluşturan temel sözleşme kapsamına giren faaliyetlerin denetleme ve denetletme konusudur. Anayasa Mahkemesi'nin 01.04.2015

⁴⁹ COLE, S.; Applied Transport Economics : Policy, Management & Decision Making, London, 2005, sf. 332.

⁵⁰ "Sağlık Alanında Kamu Özel Ortaklığı Sempozyumu/6-7 Mayıs 2011" Türk Tabipler Birliği Yayınları, 2011, sf. 274.

⁵¹ KARAHANOGULLARI, Yiğit; "Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Mali Değerlendirmesi" Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 67, No: 2, sf. 95-125, 2012.

⁵² HARTMANN, David; "Public Private Partnerships In France-The Principles And The Legal Policy Frameworks", 2006 Eur. Pub. Private Partnerships L. Rev. 36, 2006.

⁵³ HM Treasury, "PFI: Strengthening Long-Term Partnerships", March, 2006.

tarhli 2013/50 E. ve 2015/38 K. Sayılı kararında; 6428 sayılı "Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükümünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" un 4. maddesi 4. fıkrasında yer alan "*İdare, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler veya denetletir.*" ...denetletir ifadesi Anayasaya aykırı olması nedeniyle iptaline karar verilmiştir. Karar gerekçesinde özetle; "*Dava konusu kuralda, idarenin, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetimini özel kişilere yaptırabileceği belirtilmiş, ancak yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini denetleyecek kişilerin nitelikleri ile yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmedeğinin ya da usulsüzlük yapıldığının tespiti hâlinde uygulanacak yaptırım ve sonuçlarına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Maddi ve hukuki olayları tespit etmekten ibaret bir hazırlık işlemi niteliğindeki denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesi mümkün ise de denetimi gerçekleştiren kişilerin niteliklerinin neler olduğunun ve yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmemeleri ya da usulsüzlük yapmaları durumunda uygulanacak yaptırım ve sonuçlarının hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde düzenlenmemiş olması, belirsizliğe yol açacağından bu hâliyle dava konusu kuralda yer alan "...veya denetletir."* sözcükleri hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır." şeklindedir.

İdarenin, Anayasaya uygun olduğu ve yasama organının izin verdiği ölçüde kamu hizmetlerini bizzat görmesi ve özel hukuk kişilerine gördürülmesinde takdir yetkisi bulunmakta olup bunun hukukiliği değil ancak yerindeliği tartışılabilir. Hizmeti kuran kanunda hizmetin hangi usullerle görüleceğini kanun koyucu belirleyebilir ve kamu hizmetlerinde KÖİ modellerinin kullanılmasını kabul edebilir. Bu noktada önemli olan uygulanacak modelde kamu ile özel sektör arasında etkili bir risk ve maliyet dağılımı yapmak, projeleri birbirinden bağımsız ve kendi şartlarını dikkate alarak değerlendirmek, rekabetçi ihaleler yapmaktır.⁵⁴

⁵⁴ KOENIG, Christian / WETZEL, Julia; "The Relevance of EC State Aid Control For PPP Infrastructure Funding", 2007 Eur. Pub. Private Partnership L. Rev. 5, 2007, sf. 5; EVREN, Çınar Can; Kamu-Özel İşbirlikleri, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2016, sf. 50.

KÖİ sözleşmesinin şeffaflığı projelerin ve tarafların bununla birlikte hizmet alan vatandaşlar açısından önem arz etmektedir. Sözleşmenin uzun süreli olduğu düşünüldüğünde proje, personel, paydaşlar vb. gibi unsurların değişme olasılığı vardır. Bu nedenle sözleşmenin taraflarının hak ve borçlarının açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir. Ancak uygulamada, ne yazık ki sözleşmede yer alan hak ve borçlar kısmı çok genel tutulmuştur ve ilerleyen dönemlerde bu hususta uyumsuzluk çıkabileceği düşünülmektedir.



İKİNCİ BÖLÜM - YAP-KİRALA-DEVRET SÖZLEŞMESİ

5. Sözleşmenin Hukuki Niteliği, Tarafları, Unsurları, Kurulması, Süresi Ve Benzer Özel Hukuk Sözleşmeleri İle Kıyaslanması

5.1. Genel Olarak

Kamu Özel İşbirliği modellerinden hukukumuzda uygulanan modellerinden en yenisi Yap-Kirala-Devret(YKD) modelidir. Ülkemiz Hukuk sisteminde sağlık yatırımlarına ilişkin olarak düzenlenen 6428 sayılı "Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ile uygulanmaya başlanmıştır.

Öte yandan doktrinde bazı kaynaklarda 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek madde 7 hükmünü atıf yapılarak daha önce bu modelin uygulama alanı bulunduğu bahsedilmekte ise de; KÖİ bağlamında ilk defa 6428 sayılı kanun kapsamında uygulanmaya başlamıştır. Bu konuda daha önce bahsettiğimiz üzere, her ne kadar 6428 sayılı kanunun başlığı "Kamu Özel İşbirliği" olsa da, kanun temelinde uygulama modeli Yap-Kirala-Devret olarak belirlenmiştir. Yani Kamu Özel İşbirliği kavramı çatı kavram olarak belirlenmiştir.

6428 sayılı Kanun'un 1. maddesinin ilk fıkrası, sağlık alanında kamu hizmetinin görülmesinde işlevi haiz olmak üzere kamu özel ortaklığı sözleşmelerinin genel hukuki alt yapısını oluşturmuştur. Söz konusu fıkra; *"Bu Kanunun amacı; ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle*

yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bu projeler için alınacak danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir" ifade olunmuştur. Bu madde hükmünden anlaşılacağı üzere devlet uhdesinde bulunan arazi üstünde 30 yılı geçmemek kaydıyla üst hakkı tesis edilerek kurulacak şehir hastanelerinde sağlık hizmetlerinin kamu özel ortaklığı sözleşmesi ile özel hukuk kişilerine gördürülebileceği düzenlenmiştir.⁵⁵

Ülkemizde uygulanan bu yeni modelin yap-işlet-devret modelinden farklı olarak yap-kirala-devret modeli olduğunu söylemek isabetli olacaktır. Bunun nedenleri aşağıda “YKD sözleşmesinin diğer özel hukuk sözleşmeleri ile kıyaslanması” başlığı altında geniş şekilde incelenmiştir.

YKD sözleşmesinde genel olarak, idare ile özel şirket arasında akdedilen özel hukuk sözleşmesi kapsamında idare tarafından özel şirkete tahsis edilen arazi üzerinde hastanenin inşası, mekanik, elektronik, elektrik ve elektro-güvenlik vb. sistemlerin temini ve her türlü tıbbi ekipmanın temini bununla birlikte tıbbi hizmetler dışında kalan hizmetlerin şirket tarafından sunulması, hastane içerisindeki ticari faaliyetlerin(kantin, kafeterya işletmeleri gibi) şirket tarafından yürütülmesi ve sözleşme süresi sonunda inşa edilen tesisin idareye devri söz konusudur.

5.2. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Kamu Özel İşbirliği modellerinden Yap-Kirala-Devret modeline özgü sözleşmenin idarenin taraf olduğu bir özel hukuk sözleşmesidir. İdarenin sözleşmeleri, tâbi oldukları hukuki rejime göre özel hukuk ya da idari sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Doktrinde bazı görüşler bu sözleşmenin idare hukuku yanının ağır bastığından bahisle idare hukuku sözleşmesi olduğu yönünde; bazıları ise sözleşmenin kurulmasından önceki aşamanın idare hukuku alanına girdiği, bununla birlikte sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu yönündedir.

⁵⁵ ÇAKIR, Mehmet Kadir; 6428 Sayılı Kanuna Göre Kamu Özel İşbirliği Kavramı Ve Yeni Bir Model: Yap-Kirala-Devret, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2016, sf. 100.

İdari sözleşmelerin nitelendirilmesinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşlerde nitelendirmeler, farklı ikili ve üçlü ölçütlere dayandırılmaktadır. Bu ölçütlerden ilki kamu tüzel kişiliği organik ölçüte, ikincisi biçimsel ölçüte ve üçüncüsü de maddi ölçüte ilişkindir.

Bu görüşlerden ilki sözleşmenin kamu hizmetine ilişkin olması temeline dayanır. Zira organik ölçütün dayandırıldığı temel ilke yürütülen işin kamu hizmetinin ifası amacına yönelik olduğudur. İkinci görüşün dayandığı biçimsel ölçüt ise kurulan hukuki ilişkinin idarenin tek taraflı sözleşmeyi fesih hakkı gibi kamu gücü ayrıcalıklarının yanı sıra idarenin çeşitli yükümlülüklerinin bulunduğu ilişkindir. Bu anlamda biçimsel ölçüte göre yapılan değerlendirmede, taraflar arasındaki mevcut ilişkinin özel hukuku aşan nitelikte idare hukuku alanına giren bir ilişki olduğu görülmektedir. İdari sözleşmenin organik, maddi ve biçimsel ölçütü bütünlük bir yapı içerisinde olup mahkeme kararlarında ölçütlerin bulunduğu eklemli bir yapı içerisinde olup mahkeme kararlarında ölçütlerin bulunduğu eklemli bir yapı arandığından “idari sözleşmenin üçlü ölçütü” kavramının kullanılması gerekmektedir. Diğer görüşe göre ise, sözleşmenin içeriğine ilişkin olan maddi ölçüt, hem kamu hizmetine ilişkin olma, hem de özel hukuku aşan şartlar ve özel hukuku aşan rejimin varlığını içermektedir. Maddi ölçütün sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması veya sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içermesini gerektirdiği, Türk yargı içtihatlarının maddi ölçütleri kümülatif olarak aramasının eleştiriye açık olduğu belirtilmektedir.⁵⁶

Doktrinde yer alan idari sözleşme-özel hukuk sözleşmeleri ayrımında iki grup ölçütten yararlanıldığı görülmektedir. Birincisi, Yasa koyucunun kanunla koyduğu kriterler; ikincisi, yardımcı(yargısal inançlara dayalı) kriterlerdir. Yasa koyucunun kanunla koyduğu kriterlerde yine üçlü bir ayrıma gidilerek; doğrudan nitelendirme, yasanın tabi olacağı hukuksal rejimin belirlenmesi suretiyle nitelendirme ve kimi yasalarda sözleşmeden doğacak uyumsuzlıklardan hangi yargı kolunda çözümleneceği belirlenmiş olması hallerinden bahsedilmektedir. Doğrudan nitelendirme; yasama organı tarafından doğrudan doğruya ve de bir yasa hükmü ile idarenin bağlayacağı

⁵⁶ BAYAZIT, Bahar; "Kamu-Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı" İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Bölümü, Doktora Tezi, Ankara, Ocak, 2018, sf. 147.

sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi mi, yoksa idari sözleşme mi olduğu belirlenmiş olabilir. Bu durumda sorun yoktur; yasanın nitelendirilmesine uyulacaktır. Yasanın tabi olacağı hukuksal rejimin belirlenmesi suretiyle nitelendirme; kimi yasal düzenlemelerde doğrudan idarenin bağtlayacağı sözleşmenin niteliği belirlenmek yerine, bu sözleşmenin tabi olacağı hukuksal rejim ifade edilmiş olabilir. Örneğin yasada “Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir” hükmü yer almışsa, bu durumda da tartışılacak bir hal yoktur. Yasanın bu belirlemesine uyulacaktır. Kimi yasalarda sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların hangi yargı kolunda çözümleneceği belirlenmiş olması hali; gerçekten kimi yasal düzenleme örneklerinde, sözleşmenin doğrudan nitelenmesi, ya da tabi olacağı hukuksal rejimin gösterilmesi yerine bu sözleşmeden(sözleşmelerden) doğacak olan uyuşmazlıkların nerede çözümleneceği(açıkçası idari yargı yerlerinde mi yoksa adalet yargısında mı ele alınıp çözümleneceği) gösterilmiş olabilir. Bu takdirde de genellikle bir sorun olmadığı söylenebilir. Bu durumda da yasal düzenlemenin gereklerine uyulacak ve yargı kolu belirlenmesinden yola çıkılarak idarenin sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi ya da idare hukuku sözleşmesi sayılmasına göre gereği yapılacaktır.⁵⁷

Tarafımızca 6428 sayılı kanun kapsamında ilk kez uygulanmaya başlanan ve halihazırda başkaca örneği bulunmayan YKD modelinin aynı kanunda özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesi dolayısıyla bu çerçevede değerlendirme yapılacaktır. Kaldı ki hukuken sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak kabulü gerekir. Konuyu detaylıca incelemeden evvel TBK md.26'dan bahsetmekte fayda vardır.

İrade özgürlüğünün sonucu olarak "sözleşme özgürlüğü/serbestisi" kavramı ortaya çıkmıştır. TBK md. 26'da "Taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler" denilmektedir. Anayasa 48. madde "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı olup, "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir." hükmünü haiz olup, TBK 26. maddeyi destekler niteliktedir. Hukuk düzeni bu özgürlükle kişilere, sözleşmeye konu olabilecek özel hukuk, özellikle borç ilişkilerini bizzat düzenlemek,

⁵⁷ ZABUNOĞLU, Yahya K.; İdare Hukuku Cilt 1-2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, sf. 466-467.

onlara diledikleri biçimi vermek yetkisini tanımıştır.⁵⁸ Buradan, tarafların tercih ve kabul ettikleri düzenlemenin "adil(juste)" olduğu ve böyle olmasa idi bu düzenlemeyi kabul etmeyecekleri sonucu çıkarılır.⁵⁹

Anayasa Mahkemesi'nin 01/04/2015 tarihli, 2013/50 E. ve 2015/38 K. sayılı kararı; *"...anılan sağlık hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin KÖİ sözleşmesi aracılığıyla yapılması öngörülmektedir. Dava konusu kurallarda öngörülen KÖİ sözleşmesinde, yüklenici, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesisleri %20'si öz kaynak olmak üzere gerekli finansmanın tamamını sağlayarak lehine üst hakkı tesis edilen Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde inşa etme, bakım ve onarım hizmetlerini yürütme, sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere sözleşmede belirtilen süre boyunca sağlık hizmeti sunumuna elverişli halde idareye kiralama ve sözleşme dönemi sonunda da çalışılabilir ve kullanılabilir durumda idareye devretme; idare ise sözleşme süresince her yıl yükleniciye kira bedeli ödeme taahhüdü altına girmektedir.*

Anayasa'nın 47. maddesinde, kamu hizmetlerinde hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği ifade edilmekle birlikte, bu sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin herhangi bir sınırlama yapılmamaktadır. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin hangi usulle ve ne tür özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürüleceğinin belirlenmesi, anayasal güvenceler gözetilmek kaydıyla kanun koyucunun takdirindedir. Bu konuda gözönünde tutulması gereken ölçüt, kamu yararının daha kolay ve etkili bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Esasen kamu hizmetinin hangi usulle işletilmesi, bir yerindelik sorunu olup anayasallık denetiminin dışında kalmaktadır. Bu itibarla sağlık hizmetlerinin yukarıda değinilen bölümünün KÖİ modeli çerçevesinde gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine gördürülmesinde Anayasa'ya aykırı bir husus bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 14.2.2013 tarihli ve E.2011/150, K.2013/30 sayılı kararı da bu yöndedir." şeklinde olup, kamu ile özel sektör arasında kurulan YKD sözleşmesinin sözleşme serbestisi uyarınca hukuka

⁵⁸ EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2018, sf. 18.

⁵⁹ TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H.Murat; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, sf. 163.

uygun görüldüğü ve kanun koyucunun taleplerini karşılayacak şekilde düzenlenebileceği yönündedir. Anayasa Mahkemesi, sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tâbi olarak düzenlenmesinin ve sözleşmenin taraflarından özel hukuk kişinin kanunla yasaklanmamış bir konu olması dolayısı ile sözleşmeyi imzalayabileceği ve bu haliyle sözleşmenin geçerli olduğu kanaatindedir. Öte yandan bu hususta sözleşmenin diğer tarafının, idarenin yasallığı ilkesinin bir sonucu olarak, yalnızca yasaların izin verdiği konularda sözleşme imzalayabileceği⁶⁰ sonucu ortaya çıkmaktadır.

Borçlar Kanununda veya başka bir kanunda düzenlenen sözleşmeler isimli(tipik) sözleşmeler olarak anılmakta, öte yandan taraflar Borçlar Kanunu'nda veya başka bir kanunda düzenlenmemiş sözleşme tipleri yaratabilirler;⁶¹ Kanunla düzenlenmeyen bu sözleşmeler ise isimsiz(atipik) sözleşmeler olarak anılmaktadır. İsimli borç sözleşmeleri, Türk Borçlar Kanunu'nun 2. kısmında(TBK. m. 207 vd.) "özel borç ilişkileri" içinde düzenlenmiştir. Örneğin satış, bağışlama, kira, vekalet, eser, kefalet vb. sözleşmeler gibi.⁶² Öte yandan tarafların yaptıkları sözleşme, hiçbir unsuru itibariyle ya da kısmen herhangi bir kanun hükmüyle düzenlenmemiş olabileceği gibi kanunun başka sözleşme tipleri için öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya gelmesi şeklinde de olabilir.⁶³ İsimsiz sözleşmelerin yapılması, Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiş bulunan irade özerkliği, dolayısıyla sözleşme özgürlüğü ilkelerinden kaynaklanmaktadır. Bu ilkeler sayesinde taraflar kanunda düzenlenmemiş sözleşmeleri de yapabilmektedirler. Zira tip özgürlüğü gereğince taraflar, hukuk düzenine uymak şartıyla diledikleri içerikte sözleşme yapabilirler.⁶⁴ YKD uygulama sözleşmesi herhangi bir kanunda düzenlenmemiş olduğundan isimsiz(atipik) sözleşme olarak kabul edilebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

⁶⁰ BAYAZIT, Bahar; "Kamu-Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı" İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Bölümü, Doktora Tezi, Ankara, Ocak, 2018, sf. 303.

⁶¹ NOMER, Halûk N.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2017, sf. 74.

⁶² EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, sf. 207.

⁶³ YAVUZ, Cevdet; Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınları, 10. Bası, İstanbul, 2014, sf. 22-23.

⁶⁴ EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, sf. 207.

Yukarıda bahsettiğimiz üzere, YKD sözleşmesi birden fazla tipik sözleşmenin unsurlarını ihtiva etmektedir. Sözleşmede, değişik tiplere ait unsurlar, tek bir akit meydana getirecek şekilde, bir bütünlük içinde birleşirler. Çeşitli akit tiplerinin unsurlarını bünyesinde birleştiren akte doktrinde genellikle “karışık muhtevalı akit”⁶⁵ ya da “karma sözleşme”(Yavuz, Tunçomağ, Tandoğan, Eren, Bilge) adı verilmektedir. Doktrinde KUNTALP karışık muhtevalı akitlerin iki unsurundan bahsetmektedir. Birincisi, tek bir sözleşmenin varlığı,⁶⁶ ikincisi ise bu sözleşmenin, Hoeniger’e göre “kanunda çeşitli akit tiplerinde düzenlenmiş unsurları”; Schreiber’e göre ise “kanuni akit tiplerini kısmen veya tamamen” ihtiva etmesi⁶⁷ şeklindedir.

5.3. Sözleşmenin Tarafları

YKD sözleşmesinde, bir yanda kamu yararını amaçlayan bir kamu tüzel kişisi, diğer yanda kişisel çıkarını yani kâr amacı güden bir özel hukuk kişisi bulunmaktadır. Kamu hukuku tüzel kişileri, kamu otoritesine sahip, kamu görevi yapan tüzel kişilerdir. Anayasanın 123. Maddesine göre, kamu hukuku tüzel kişiliği ancak kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulabilir. Bu tüzel kişilerin işleyişleri de kamu yararı göz önünde tutularak kanunla düzenlenir.⁶⁸

Bununla birlikte, özel hukuk tüzel kişileri, özel hukuk alanında bir hukuki işlem ile kurulmuş olan tüzel kişilerdir. Hangi tüzel kişilerin bu şekilde kurulabileceği kanun hükümleriyle belirlenmiştir. Kanun koyucu belirlediği tiplerin kurulmasına yönelik irade beyanlarına tüzel kişiliği kurucu bir sonuç bağlamıştır. Kanun koyucunun tüzel kişi olarak tanıyıp düzenlemediği kişi veya mal topluluklarına tüzel kişilik kazandırmak imkanı yoktur.⁶⁹

⁶⁵ KUNTALP, Erden; “Karışık Muhtevalı Akit”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 291, Ankara, 1971, sf. 23.

⁶⁶ KUNTALP’e göre, “karışık muhtevalı akit, çeşitli akitleri, müstakil niteliklerine bir zarar gelmeksizin, birbirine bağlamaz; tersine bunları o şekilde birleştirir ki, ortaya tek bir akit çıkar” KUNTALP, Erden; “Karışık Muhtevalı Akit”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 291, Ankara, 1971, sf. 26.

⁶⁷ KUNTALP, Erden; “Karışık Muhtevalı Akit”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 291, Ankara, 1971, sf. 26.

⁶⁸ OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe; Kişiler Hukuku(Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, sf. 267.

⁶⁹ OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe; Kişiler Hukuku(Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, sf. 268.

5.3.1. Kamu İdaresi

İdare, kamu hukuku tüzel kişiliğinden kaynaklanan hak ehliyetine dayanarak ve onu kullanarak genel hükümler dairesinde ve özel hukuk alanında sözleşmeler yapması mümkündür.⁷⁰

Kamu kurumlarının(kuruluşlarının) tüzelkişilikleri vardır. Her kamu kurumu(kuruluşu) bir kamu tüzel kişisidir. Kamu kurumu veya kuruluşunun “tüzelkişiliğinin” kendisi kuran(oluşturan) idare biriminin(otoritesinin) tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişilik olduğundan tüzelkişiliğin sağladığı tüm olanaklardan yararlanır ve yetkin(hak ve fiil ehliyetine sahip) bir özne olarak her türlü hukuki işlemi(ilke olarak) yapabilir: Hak sahibidir; borçlarla müzlem olabilir. Sözleşmeler bağtlayabilir. Kamu kurum ve kuruluşlarının bağtladıkları sözleşmelerin ağırlıklı kesimi, “idari sözleşme” kimlikli olabilir; ancak bu oluşumlar “özel hukuk sözleşmeleri” de bağtlayabilirler. Taahhütlerde bulunabilirler. Kamu kurum ve kuruluşlarının kendilerine özgü bir bütçelerinin bulunması da tüzel kişi olmalarının doğal bir sonucudur.⁷¹

İlgili mevzuat incelendiğinde, bağımsız idari otoriteler(5170 sayılı Yasa m3/1, 4054 m.7/2), Bakanlar Kurulu (3996 uygulama kararı m. 41/1;3096 m.3/1), Çevre ve Şehircilik Bakanlığı (ÇED Yönetmeliği m.9), Danıştay, Devlet Hava meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü(5335 m.33/1), Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı(3096 sayılı Yasa m.3/1, 3/2), Hazine Müsteşarlığı (3996 Uygulama Kararı m.46/1-b), İçişleri Bakanlığı(3152 m.11, 15), Kalkınma Bakanlığı(641 sayılı KHK m.13; ayrıca DPT'ye yapılan atıflar dolayısıyla 3096 m.3/1, 4283 m.3/3), Karayolları Genel Müdürlüğü(6001 m. 4/1), mahalli idareler(5393 m.18/1-j; 5302 m.10/1-i), Maliye Bakanlığı (3996 Uygulama Kararı m. 46/1-c, 351 m.20/8), Milli Eğitim Bakanlığı (652 sayılı KHK m.23/3), Milli Emlak Genel Müdürlüğü (178 sayılı KHK m.13), Özelleştirme İdaresi Başkanlığı/Özelleştirme Yüksek Kurulu(4046 sayılı Yasa m.3/2-c,4), Sağlık Bakanlığı(6428 m.2/1), Sayıştay, TBMM(6085 m.4 ve 45), Ulaştırma,

⁷⁰ OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe; Kişiler Hukuku(Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, sf. 268.

⁷¹ ZABUNOĞLU, Yahya K.; İdare Hukuku Cilt 1-2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, sf. 465.

Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı (655 sayılı KHK m. 15/1), Yatırım Ortamını İyileştirme Koordinasyon Kurulu (2016/1 sayılı Bakanlar Kurulu Prensip Kararı), Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu(351 sayılı Yasa m.20/6), Yüksek Planlama Kurulu (3996 m.4/3, 351 sayılı Yasa m.20/7) KÖİ projelerinde yer alabilmektedir.⁷² Halihazırda YKD uygulaması olan “şehir hastanesi” projelerine bakıldığında, sözleşmede idari taraf olarak Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı’nın yer aldığı görülmüştür.

5.3.2. Özel Hukuk Kişisi: Şirket

YKD modeli özelinde KÖİ projelerinde proje şirketi, projeyi gerçekleştirmek için kurulur. Proje şirketi, sözleşmenin başlangıcından bitiminde kadar projeden sorumlu, projenin yöneticisi, işleticisi ve imtiyazın yasal sahibi olan şirkettir.⁷³

Yürürlükte bulunan 6428 sayılı Kanun’da yüklenici, üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekli özel amaçlı şirket olarak tanımlanmış olup, özel amaçlı şirket ise ihale sonucunda idare ile imzalanacak sözleşmenin tarafı olan, faaliyet alanı sözleşme konusu ile sınırlı bulunan ve üzerine ihale bırakılan yüklenici tarafından kurulan anonim şirket olarak tanımlanmıştır.⁷⁴

Kanun maddesi(6428 sayılı Kanun 1. Md.), “*ihale sonucunda idare ile imzalanacak sözleşmenin tarafı olan, faaliyet alanı sözleşme konusu ile sınırlı bulunan ve üzerine ihale bırakılan yüklenici tarafından kurulan anonim şirket*” şeklinde olup; Kanundan farklı olarak Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yapıtırılması İle Tesislerdeki, Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmeliğin 4. Maddesinde şirket; “*3359 sayılı Kanun ve bu Yönetmelik hükümleri uyarınca imzalanacak sözleşmenin tarafı olmak, sözleşme hükümlerini ifa etmek üzere, faaliyet konusu sadece sözleşme konusu ile*

⁷² BAYAZIT, Bahar; "Kamu-Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı" İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Bölümü, Doktora Tezi, Ankara, Ocak, 2018, sf. 49-50.

⁷³ Alshawi, Mustafa: Concept And Background To Public Private Partnership (PPP)/Private Finance Initiative(PFI) UK Experience, s.4; Çeviri için Bkz.; EVREN, Çınar Can; Kamu-Özel İşbirlikleri, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2016, sf. 154.

⁷⁴ ÇAKIR, Mehmet Kadir; 6428 Sayılı Kanuna Göre Kamu Özel İşbirliği Kavramı Ve Yeni Bir Model: Yap-Kirala-Devret, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2016, sf. 113.

sınırlı olmak kaydıyla, ihale üzerine bırakılan birden fazla gerçek kişi, özel hukuk tüzel kişisi ve bunlardan müteşekkil iş ortaklığı veya konsorsiyumlarca Türk hukukuna göre kurulan sermaye şirketi” olarak belirlenmiştir.

6428 sayılı Kanun’da bahsi geçen şirket anonim şirket olarak belirlenmiştir. Anonim şirket, bir veya daha çok kişinin iktisadî amaç için belirli bir veya birden fazla konuda faaliyette bulunmak üzere yazılı sözleşme ile kurdukları, esas sermayesi belirli ve paylara bölünmüş, borçlarından dolayı sadece malvarlığı ile sorumlu tüzel kişiliği haiz bir şirkettir.⁷⁵

Öte yandan, yönetmelikte belirtildiği üzere şirketin proje kapsamındaki işin yürütülmesi amacıyla sürekli veya geçici olarak iki veya daha çok ortak/şirket tarafından kurulmuş joint venture/konsorsiyum olarak kurulmasının da ve bununla birlikte kurulan bu konsorsiyumdaki şirketlerden birinin yabancı unsurlu bir şirket olmasının da önü açılmıştır. Kaldı ki uygulamada şehir hastanelerine ait bazı KÖİ projelerinin bu şekilde yerli ve yabancı şirketler tarafından kurulmuş konsorsiyumlar tarafından yürütüldüğü sözleşmelerden anlaşılmaktadır. Proje şirketlerinin yapısı içerisinde yer alan yabancı şirketlerin varlık nedenini, yurtdışından alınan kredilere yönelik olduğu düşünülmektedir.

5.4. Sözleşmenin Unsurları

KÖİ projelerinde dünya uygulamasına bakıldığında Türk Hukuk sisteminde uygulanmaya başlanan YKD modeliyle benzer unsurların mevcudiyeti görülmektedir. YKD sözleşmesinin tarafları idare ve özel hukuk kişisi(şirket)dir. Öte yandan yukarıda detaylıca incelediğimiz üzere, birden fazla isimli sözleşmenin unsurlarını ihtiva etmektedir.

Sözleşme incelendiğinde, idarenin özel hukuk şirketine öncelikli olarak kamu hizmetinin yürütüleceği tesisin inşa edilmesi için bir arazi üzerinde üst hakkı verdiği; bunun üzerine özel şirketin bu arazi üzerinde bir tesis(eser) meydana getirdiği; daha

⁷⁵ PULAŞLI, Hasan; Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, sf. 299.

sonra tesis içerisinde birden fazla ve tabii ki tıbbi hizmetlerin dışında kalan diğerk hizmetlerin işletildiği ve bu hizmetler karşılığında idarenin şirkete kira bedeli adı altında bedel ödediği; sözleşme süresinin bitiminde ise şirketin, idareye tesisleri bedelsiz olarak devrettiği görölmektedir.

5.4.1. Üst Hakkı Tesis Edilmesi

Sağlık alanında Kamu Özel İşbirliği ile yapılan tesislerin temelinde, Hazinesinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yapılması yatmaktadır.⁷⁶

Bununla birlikte sözleşmede idarece şirkete tanınan bu aynı hakkın ücretsiz olarak tesis edilmesine yer verilmiştir. Ancak üst hakkının tapuya tescili, devri ve terkini, tesislerin inşası için ödenmesi gereken her türlü vergi, resim, harç, prim ve benzeri yükümlülükler sözleşme kapsamında şirket tarafından karşılanacaktır.

09/05/2014 tarihli resmi gazetede yayımlanan “Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği”nin 53. Maddesi “*Üst hakkı tesisi ve yer teslimi*” başlıklı olup, 1. Fıkrası “*Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazlardan, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunup tescili mümkün olan yerlerden, bu Yönetmelik kapsamında üzerinde tesis yapılmasına Bakanlıkça karar verilen ve Maliye Bakanlığınca da uygun görölenler üzerinde, yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere sözleşme süresi boyunca özel amaçlı şirket lehine bedelsiz olarak bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilir.*” Hükümünü haizdir.

⁷⁶ ÇAKIR, Mehmet Kadir; 6428 Sayılı Kanuna Göre Kamu Özel İşbirliği Kavramı Ve Yeni Bir Model: Yap-Kirala-Devret, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2016, sf. 107.

5.4.2. Bir Eser Meydana Getirilmesi

KÖİ uygulamalarında benimsenen modellerin birçoğunda ana unsurlarından biri, eser meydana getirme olarak belirtilmektedir.⁷⁷ İdare tarafından şirkete üst hakkı tesis edilen arazi üzerinde sözleşme kapsamında bir eser meydana getirilmektedir. Bu unsur tesisin idare tarafından gösterilen arazi üzerinde sıfırdan inşası şeklinde olabileceği gibi mevcut bir eserin restore edilmesi ya da genişletilmesi şeklinde de olabilir.⁷⁸

TBK md. 470'e göre *“eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”* Görüleceği üzere eser sözleşmesinin unsurları kanun tarafından belirlenmiş olup; unsurlardan ilki yüklenicinin bir eser meydana getirmesi; ikincisi ise, iş sahibinin bunun karşılığında bir bedel ödemesidir.

Eser sözleşmesi, ivazlı(karşılıklı), şekle tâbi olmayan, rızaî nitelikte tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup; Borçlar Kanununda düzenleme alanı bulmuş tip bir sözleşmedir.⁷⁹ Eser sözleşmesi ile KÖİ sözleşmesindeki yapım unsurunun birbirine benzer yönlerinin olduğundan bahsetmek mümkündür. Ancak eser sözleşmesi ile KÖİ sözleşmeleri arasında birtakım farklılıklar mevcuttur.

Sözleşmenin yapım unsurunda yüklenicinin yani şirketin borçlarına bakıldığında ise yine eser sözleşmesiyle benzerlikler bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Bunlar; işi sadakat ve özenle yapma borcu, şahsen ifa borcu, araç, gereç ve malzeme sağlama borcu, idareyi bilgilendirme ve ihbar borcu, işe zamanında başlama ve devam etme borcu, meydana getirdiği eseri teslim etme borcu ve ayıba karşı tekeffül borcudur. Şirketin borçları incelendiğinde eser sözleşmesi ile aynı nitelikte olduğu ortaya çıkmaktadır.

⁷⁷ KEŞLİ, Ahmet T.; (Kamu Özel Sektör İşbirliği) PPP Projelerinin Hukuki Rejimi, Group Law Yayıncılık, İstanbul, 2016, sf. 42.

⁷⁸ GÖKYURT, Fatih; İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, sf. 144.

⁷⁹ YAVUZ, Cevdet; Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınları, 10. Bası, İstanbul, 2014, sf. 994.

6428 sayılı kanunun 2. Maddesinin 1. Fıkrası; “*Bakanlık ve bağılı kuruluşları; ön proje, ön fizibilite raporu, temel standartlar ile ihale dokümanı ve sözleşme hükümleri çerçevesinde, Maliye Bakanlığınca yüklenici lehine bedelsiz olarak tesis edilecek bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı sözleşmesinde belirtilen şartlarla Hazinesin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde, sözleşmede belirlenecek bedel karşılığında tesis yaptırabilir.*” Hükümünü haiz olup, şirket tarafından inşa edilen tesisin bir bedel karşılığında yaptırılabilceğı şeklindedir.

Ücret unsuru bakımından, idare tarafından üç aylık dönemler içerisinde yıllık ödemeler yapacağı sözleşme ile belirlenmiştir. Tabi ki burada bahsi geçen ödemeler sadece tesisin yapılması için değil diğere hizmetleri de karşılayacak şekilde yapılmaktadır. İdarenin yapacağı ödemeler iki ana başlığa ayrılır. Bunlar, kullanım bedeli ve hizmet ödemeleridir. Dolayısıyla sözleşmenin hukuki niteliğinde belirttiğimiz üzere, eser sözleşmesinin unsurları kanunun öngörmediğı bir biçimde YKD sözleşmesi içerisinde birleşmektedir.

5.4.3. Kiralama

Ülkemizde 6428 sayılı kanun kapsamında sağlık yatırımları bakımından KÖİ modeli mevzuatımıza girmiştir. Bununla birlikte, hava alanlarında uzun dönemli kiralamaya ilişkin 5335 sayılı kanunun 33. Maddesi ile 4046 sayılı kanunda öngörülen kiralama modeli KÖİ konusunda kiralama modelinin kullanıldığı başlıca alanlardır.⁸⁰

BK 299. Maddesinde kira sözleşmesinin tanımı şu şekilde yapılmıştır; “*kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiğı sözleşmedir.*” Bu tanım hem taşınır, hem taşınmaz mallar

⁸⁰ KEŞLİ, Ahmet T.; (Kamu Özel Sektör İşbirliği) PPP Projelerinin Hukuki Rejimi, Group Law Yayıncılık, İstanbul, 2016, sf. 42.

ile kiraya konu haklar için de geçerlidir. Ancak, ürün kirası bu tanımın dışında bırakılmıştır.⁸¹

İdare ile şirket arasında akdedilen bir sözleşme dahilinde, bir eserin sözleşmede belirlenen süre için kiralanması kira ilişkisini kurmaktadır. Sözleşmenin tarafları idare ve özel şirket olarak yer almaktadır. Şehir hastaneleri örneğinde kiralayan şirket kiracı ise idare konumundadır. İdarenin şirkete yaptığı “kullanım bedeli” ise kira ücreti olarak kabul edilebilecektir.

Doktrinde bazı kaynaklarda YKD uygulamalarında yer alan kira unsurunun adı kira olabileceği gibi ürün/hasılat kirası şeklinde olabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır. Hizmet başlığında daha detaylıca inceleyeceğimiz üzere, şirketin ticari faaliyetleri kapsamında kendisine kâr elde ettirecek bir takım işletme hakkının devri söz konusudur.

Hasılat kirası, TBK md. 357’de düzenleme yeri bulmuştur. Bu kapsamda kanuni tanıma göre hasılat kirası; *“kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel bırakmayı üstlendiği sözleşmedir”*.

Hasılat kirasında sözleşmenin niteliği uyarınca kiralayan, kiracıya hasılat getiren bir malı ya da hakkı devretmekte; kiracı ise bunun karşılığında bir bedel ödemeyi ya da işletme gelirinden bir pay ödemeyi taahhüt etmektedir. Öte yandan, işletme hakkının devredilmediği bir sözleşme hasılat kirası sözleşmesi değil ve fakat adi kira sözleşmesi olması muhtemeldir.⁸²

⁸¹ ERZURUMLUOĞLU, Erzan; Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri) Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, sf. 94.

⁸² ALTAŞ, Hüseyin; Hasılat ve Şirket Kirası (BK- mad. 270-298), Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, sf. 74

5.4.4. Birden Fazla Hizmetin Şirkete Gördürülmesi

KÖİ sözleşmelerinin en önemli ve niteliği itibarıyla karışıklığa neden olabilecek unsurlarından birisi işletme hakkının şirkete verilmesi hususudur. İşletme unsurunun özel şirkete devri ile mal ve hizmet üretim birimlerinin bir bütün olarak veya kısmen özel sektörcü işletilmesi, bu sayede özel sektörün yaptığı masrafın geri dönüşünün sağlanması ve tabii ki kâr etmesi amaçlanır.⁸³

Uygulamadaki sağlık yatırımlarına ilişkin YKD sözleşmeleri incelendiğinde bu unsur, “tıbbi hizmetler dışındaki hizmetlerin şirket tarafından sunulması ve ticari faaliyetlerin şirket tarafından yürütülmesi” şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Sözleşme çerçevesinde tıbbi hizmetlerin neler olduğunu ve bunların niteliğini incelemekte fayda vardır.

Anayasa'nın 56. Maddesi “*A. Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması. Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.*” Hükmünü haizdir. Bu normatif temelde, devlete, bireylerin sağlık hizmetleri gereksinimini karşılamaya yönelik birtakım anayasal ödevler yüklenmiştir. Ancak, devletin tıbbi hizmetlerin sağlanmasındaki ödevi kendi tekelinde yürütmesi anlamında olmayıp; tüm kamu ve özel sağlık organizasyonlarını planlayıp, düzenlemeyi de kapsamaktadır (3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununu md. 3).⁸⁴ Dolayısıyla sözleşme çerçevesinde tıbbi hizmetin, sağlık tesislerinde (ve idare tarafından kullanılacak diğer alanlarda) idare tarafından istihdam edilen doktorlar, hemşireler ve diğer personel tarafından verilmesi

⁸³ KEŞLİ, Ahmet T.; (Kamu Özel Sektör İşbirliği) PPP Projelerinin Hukuki Rejimi, Group Law Yayıncılık, İstanbul, 2016, sf. 336.

⁸⁴ DEMİR, Mehmet; Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, sf. 108-109.

gereken her türlü tıbbi hizmeti ifade eder. Şirket tarafından sunulan hizmetler ise bu kapsama dahil değildir.

Sağlık yatırımlarına ilişkin YKD sözleşmelerinde şirket tarafından yürütülecek hizmetler iki ana başlık altında toplanmıştır. Bunlar; Tıbbi destek hizmeti ve destek hizmetidir. Tıbbi destek hizmetleri; Laboratuvar hizmetleri, görüntüleme hizmetleri, sterilizasyon ve dezenfeksiyon hizmetleri, rehabilitasyon hizmetleri ve diğer tıbbi ekipman destek hizmetleri. Destek hizmetleri ise; bina ve arazi hizmetleri, Olağanüstü bakım ve onarım hizmeti, ortak hizmetler yönetimi hizmeti, mefruşat hizmeti, yer ve bahçe bakım hizmetleri, temizlik hizmetleri, hastane bilgi yönetim sistemi uygulama ve işletme hizmeti, güvenlik hizmetleri, hasta yönlendirme ve refakat hizmeti, resepsiyon ve taşıma hizmetleri, ilaçlama hizmetleri, otopark hizmetleri, malzeme yönetim hizmetleri, atık yönetim hizmeti, çamaşır ve çamaşırhane hizmetleri ve yemek hizmetleridir.

5.4.5. Meydana Getirilen Eserin İdareye Devri

YKD modelini diğer KÖİ modellerinden ayıran en önemli unsurlarından birisi de devir unsurudur. Tesisin işletilmesi diğer bütün modellerde görülen ortak bir özellikken devir unsuru YKD modelinin ayırt edici özelliğidir.⁸⁵

KÖİ modellerinde ilgili mevzuatta bir düzenleme yapılmamışsa sözleşme süresi sonunda tesislerin bedelsiz olarak veya sözleşmede belirlenen bir bedel karşılığında idareye devredilmesi öngörülebilir;⁸⁶ şehir hastaneleri örneğinde, sözleşme süresinin bitiminde şirket tarafından inşa edilen tesisin her türlü borç ve takyidattan ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak idareye devir ve teslimi sözleşmede belirlendiği görülmüştür. Hastanelerin kamu malı olarak görüldüğü hususu düşünüldüğünde bu unsurun bir zorunluluk olduğu ortadadır.

⁸⁵ GÖKYURT, Fatih; İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, sf. 111.

⁸⁶ GÖKYURT, Fatih; İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, sf. 112.

Yabancı literatürde, bazı tesislerin belirli bir hizmete özgülmesi(hastane, hapisane, okul gibi), bu tesislerin alternatif kullanımlarının mümkün olmaması ya da sınırlı olması veya sözleşme süresi sonunda hizmetlerin yürütülmesi için tesislere ihtiyaç duyulmasının; bununla birlikte, ömrünü tamamlamış olmasına rağmen tesislerin hazine arazilerinde inşa edilmiş olması dolayısıyla bu tesislerin de kamu malı sayıldığından idareye devrinin zorunlu olduğundan bahsedilmektedir.⁸⁷

5.4.6. Ücret/Bedel

YKD modelini diğer KÖİ modellerinden ayıran en önemli özelliklerden birisi de ücretin idare tarafından özel şirkete ödeniyor olmasıdır. Burada bahsi geçen ücret özel şirketin ticari faaliyetlerden elde ettiği gelir değil, sözleşmede idare tarafından şirkete ödeneceği belirlenen “kullanım bedeli” ve “hizmet ödemeleri”dir.

YKD modelinde bedelin idarece ödenmesi, yapım aşamasının tamamlanmasına bağlanmış olup, 6428 sayılı kanunun 5. Maddesi 2. Fıkrasında; *“Yapım işinin tamamlanmasından önce hiçbir şekilde bedel ödemesi yapılamaz.”* şeklinde düzenlenmiştir.⁸⁸ Temel kural bu yönde, aşama tamamlamaları ve kısmi hizmete alınma halinde idare tarafından yapılacak kısmi kabullere ilişkin düzenlemelerin yer aldığı sözleşme hükümlerinde ödeme yapılabilmektedir.⁸⁹

5.5. Sözleşmenin Kurulması

KÖİ projelerinin çok uzun süreli ilişkiler olduğundan bahsetmiştik. Uzun bir döneme yayılmış ve yüksek maliyetli projelere ait sözleşmelerin ne tür bir sözleşme olacağı kanuni düzenlemelerde belirlendiği gibi, sözleşme öncesi yol ve aşamalarda da saptanmaktadır. Dolayısıyla bu aşamalardan da kısaca bahsetmekte fayda vardır.

⁸⁷ HM Treasury, "Standardisation of PF2 Contracts", London, 2012, sf. 234.

⁸⁸ GÖKYURT, Fatih; İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, sf. 114.

⁸⁹ ÇAKIR, Mehmet Kadir; 6428 Sayılı Kanuna Göre Kamu Özel İşbirliği Kavramı ve Yeni Bir Model: Yap-Kirala-Devret, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2016, sf. 123.

5.5.1. İhale Süreci

KÖİ projelerinde kamu yararı dolayısıyla daha rekabetçi bir ihale süreci oluşturulması için yarışmacı müzakere veya etkileşimli ihale şeklinde ihaleye katılan özel şirketlerle daha yoğun bir etkileşimin söz konusu olduğu metotlar uygulanabilmektedir.

KÖİ uygulamalarındaki sözleşmelerin yapılış süreci açısından diğer kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülme usullerine ait sözleşmelerden ayrılan en temel özelliği, yarışmacı müzakere usulü gibi daha katılımcı mekanizmalar içermesidir.⁹⁰

6428 sayılı kanun kapsamında sağlık kampüslerinin yenileme veya yapım işlerinde 3 temel ihale usulü yer alır. Bunlar; Açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulüdür. En sık uygulanan açık ihale usulünde bütün istekliler teklif verebilmektedir. Bu usulde ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen ve idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile ihale dökümanlarında belirlenen şartlara uygun olup olmadığını incelemek ve uygun olmadığı belirlenen isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılmak suretiyle ihale sonuçlandırılır.⁹¹ Daha sonra uyuşmazlık başlığı altında daha detaylıca inceleneceği üzere; sözleşme öncesi ihale aşamalarının idari yargı alanına girdiği tartışmasızdır.

5.5.2. Sözleşmenin İmzalanması Ve Süresi

Sözleşmede belirtilen hazineye ait arazinin şirkete teslim tarihinden itibaren, projelendirme ve yapım süresi dahil yatırım süresi ve işletme süresinin toplamı⁹² ve tesisin idareye devrine kadar olan sürenin toplamı sözleşme süresidir.

⁹⁰ GÖKYURT, Fatih; İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, sf. 91.

⁹¹ ÇAKIR, Mehmet Kadir; 6428 Sayılı Kanuna Göre Kamu Özel İşbirliği Kavramı ve Yeni Bir Model: Yap-Kirala-Devret, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2016, sf. 115.

⁹² ÇAKIR, Mehmet Kadir; 6428 Sayılı Kanuna Göre Kamu Özel İşbirliği Kavramı ve Yeni Bir Model: Yap-Kirala-Devret, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2016, sf. 120.

6428 sayılı kanunun 4. Maddesinde sözleşmenin süresi “*tesisın özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere*” şeklinde belirlenmiştir.

Sağlık kamu hizmetinin görülmesine ilişkin KÖİ sözleşmeleri yönetmeliğin 48. Maddesine göre yalnızca Türkçe olarak hazırlanmakta iken; 6428 sayılı Kanunun 4. Maddesinin 12. Fıkrasında geçen “*İdare ile yüklenici arasında imzalanacak sözleşme Türkçe olarak hazırlanır. Ancak yüklenicinin talebi hâlinde sözleşme Türkçe ve İngilizce olarak iki dilde hazırlanabilir. Metinler arasında herhangi bir çelişki olması hâlinde Türkçe metin esas alınır.*” Hüküm ile sözleşme metninin İngilizce olarak da düzenlenebileceği öngörülmüştür.⁹³ Kaldı ki uygulamadaki sözleşmelerin Türkçe ve İngilizce kaleme alındığı görülmüştür.

5.6. Benzer Özel Hukuk Sözleşmeleri İle Kıyaslanması

5.6.1. Eser Sözleşmesinden Farkı

TBK md 470’de eser sözleşmesinin tanımı şu şekilde yapılmış olup; “*eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*” şeklindedir.

Eser sözleşmesinin iki tarafı bulunmaktadır. Bunlar; yüklenici ve iş sahibidir. İş sahibi, eseri ısmarlayan kişiyken yüklenici, ısmarlanan bu eseri meydana getirmeyi üstlenen kişidir. İş sahibi ve yüklenici, gerçek kişi olabilecekleri gibi, tüzel kişi, özellikle de anonim şirket, kolektif veya limited şirket gibi ticari şirketler olabilirler. Yüklenicinin adi ortaklık şeklinde ortaya çıkan bir joint venture olması da mümkündür.⁹⁴

⁹³ GÜRKAN, Mehmet Fatih; Kamu Özel Ortaklığı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, sf. 163.

⁹⁴ EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2018, sf. 584.

Görüldüğü üzere eser sözleşmesinde aslolan yüklenicinin hukuki bir bütünlüğü ve mali değeri bulunan maddi ya da maddi olmayan bir sonucu ortaya koymasındır.⁹⁵ Öte yandan eser sözleşmesi, kanunda yer alan tip sözleşmelerdendir. Unsurları ise “eser meydana getirme” ve bunun karşılığı olan “bedel”dir. Bu sözleşme, ivazlı, şekle tabi olmayan, rızai nitelikte tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme görünümündedir.⁹⁶

YKD sözleşmesinde eser sözleşmesinden farklı olarak yalnızca bir eserin meydana getirilmesi söz konusu değildir. YKD sözleşmesinde farklı olarak meydana getirilen eser üzerinden bir ya da birden fazla kamu hizmetinin 30 yılı geçmemek üzere şirket tarafından yürütülmesi söz konusudur. Dolayısıyla sadece eserin meydana getirilmesi YKD sözleşmesi için yeterli olmamaktadır.

5.6.2. Joint-Venture (İş Ortaklığı) Sözleşmesinden Farkı

Bir yandan iktisat bilimini diğer yandan hukuk bilimini ilgilendiren bir kavramdır. Joint Venture, “*hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir iş ya da süreklilik arz eden bir faaliyeti, bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklık söz konusu olmaksızın gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmeleri ve o faaliyetlerin rizikolarını her biri müteselsilen sorumluluk altına girmek suretiyle üstlenmeleri*”⁹⁷ anlamına gelir.

TBK’nun şekil serbestisi ilkesi kapsamında herhangi bir şekil şartına bağlı olmayıp kanun tarafından düzenlenmemesi dolayısıyla atipik sözleşmelerdendir. Öte yandan Joint Venture tüzel kişiliğe sahip değildir.⁹⁸

⁹⁵ ERZURUMLUOĞLU, Erzan; Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri) Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, sf. 175.

⁹⁶ YAVUZ, Cevdet; Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınları, 10. Bası, İstanbul, 2014, sf. 994.

⁹⁷ BARLAS, Nami; Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, sf.284.

⁹⁸ EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2018, sf. 606.

YKD sözleşmesinde Joint Venture'dan farklı olarak taraflardan birisi idaredir. Bu sebepten ötürüdür ki YKD sözleşmesinde idare tarafından bakıldığında amaç kâr elde etmek değildir. Yine idare açısından ticari amaçlardan yoksun bir ortaklık söz konusudur.

5.6.3. Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesinden Farkı

6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktöring ve Finansman Şirketler Kanunu'nun 18. maddesinde finansal kiralama sözleşmesinin tanımı yapılmış olup madde; “*kiralayanın, kiracının talebi ve seçimi üzerine üçüncü bir kişiden veya bizzat kiracıdan satın aldığı veya başka bir suretle temin ettiği veya daha önce mülkiyetine geçirmiş bulunduğu bir malın zilyetliğini, her türlü faydayı sağlamak üzere kira bedeli karşılığında, kiracıya bırakmasını öngören sözleşmedir*” hükmünü haizdir. Klasik kira sözleşmesinin tanımından farklı şekilde kanuni tanımda daha çok kiralayanın kira konusunu nasıl ve kimden temin ettiği vurgulanmıştır.⁹⁹

Sözleşmenin tarafları, kiralayan ve kiracıdır. Kiralayan, katılım bankaları, kalkınma bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları ya da finansal kiralama(faktöring) şirketleri olabilecektir.

Finansal kiralama sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, rızai ve sürekli borç doğuran isimli bir sözleşmedir.¹⁰⁰ Öte yandan YKD sözleşmesinin aksine leasing sözleşmesi noter tarafından düzenleme şeklinde yapılmaktadır.

5.6.4. Hizmet Sözleşmesinden Farkı

TBK md. 393'de genel hizmet sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Kanun maddesi; “*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli*

⁹⁹ ERZURUMLUOĞLU, Erzan; Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri) Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, sf. 131.

¹⁰⁰ EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2018, sf. 459-460.

olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir” hükmünü haizdir.

Hizmet sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, sürekli borç doğuran, işçinin kişiliğine bağlı¹⁰¹ bir isimli sözleşmedir.

Hizmet sözleşmesinde eser sözleşmesinin aksine işçi, bir edim sonucunu borçlanmaz. Bu sözleşmede işçi sadece bir faaliyeti, yani bir edim fiilini borçlanır.¹⁰² Öte yandan sözleşmenin en önemli özelliklerinden birisi de, işverenin hem özel hukuk kişisi hem de kamu hukuku tüzel kişisi olabilmesidir. En belirgin unsurları ise; işgörmeye, ücret, bağımlı çalışma ve zamandır. Aksine bir kural bulunmadıkça hizmet sözleşmesi özel bir şekle tabi değildir.¹⁰³

6. Tarafların Hak Ve Yükümlülükleri

6.1. Genel Olarak

KÖİ modellerinden Yap-Kirala-Devret sözleşmelerinin birden fazla tip sözleşmenin unsurlarını ihtiva eden karışık muhtevalı akitler olduğundan ve bununla birlikte karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler olduğundan bahsetmiştik.

Bu tür sözleşmelerde taraflar birbirlerine karşı hem alacaklı hem de borçlu durumundadırlar. Burada yer alan edimler birbirlerinin karşılığını ve sebebini oluşturmaktadır. Dolayısıyla edimler birbiriyle değişim içinde bulunmaktadır.¹⁰⁴ Edim hükümleri, sözleşme taraflarının birbirlerine vaad ettikleri edimlerin konusunu belirlerler. Bu hususu iki alt kategoride incelemek mümkündür. Bunlar; asli borçlar ve yan(tâli) borçlardır. Asli borçlar, bizatihi sözleşmenin niteliğinden sonuçlanırlar. Örnek olarak, sözleşme konusu şeyi teslim etme(TBK md. 304 vd.), sözleşme konusu

¹⁰¹ EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2018, sf. 539-540.

¹⁰² EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2018, sf. 535.

¹⁰³ ERZURUMLUOĞLU, Erzan; Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri) Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, sf. 149.

¹⁰⁴ EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, sf. 987.

iş i yapma(TBK md. 396 vd.), kararlaştırılan bedeli ödeme(TBK md. 232, md. 313, md. 401 vd., md. 479 vd., md. 502) borçları sayılabilecektir. Yan borçlar ise, ilgili oldukları ve tamamladıkları asli borçtan sonuçlanırlar. Bu konuda örnek olarak, teslim edilecek şeyi teslim e hazırlama(TBK md. 211/f.1), ürün kirası konusu malların defterini tutma(TBK md. 359) borçları gösterilebilecektir.¹⁰⁵ Aşağıda sözleşmenin taraflarının birbirlerine karşı olan hak ve yükümlülükleri incelenecektir.

6.2. Şirketin Hakları Ve Yükümlülükleri

6.2.1. Hakları

YKD sözleşmesi kapsamında şirketin sözleşmede belirtilen ücreti talep etme hakkı ve sözleşmeye aykırılık dolayısıyla tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır.

6.2.1.1. Sözleşmede Belirtilen Ücreti Talep Etme Hakkı

Sözleşmenin özel kişisi olan şirketin asıl amacının kâr elde etmek olduğundan bahsetmiş tik. Taraflar arasında imzalanan sözleşmede, özel şirket tarafından yerine getirilmesi gereken tesislerin tasarımı, inşası ve onarımı; hizmetlerin sağlanması ve ticari faaliyetlerin yerine getirilmesi neticesinde idare tarafından şirkete ödenecek iki türlü ücret bulunmaktadır. Bunlar; “kullanım bedeli” ve “hizmet ödemeleri” dir.

Sözleşme kapsamında idare tarafından yapılması gereken tüm ödemelerin zamanında ve gerektiği gibi yapılması için her türlü önlem idare tarafından alınacak ve her halükarda ödemenin yapılamayacağını yazılı olarak şirkete bildirmesi gerekecektir. Bu durumun neticesi olarak aşağıda daha detaylıca inceleneceği üzere şirketin tazminat talep etme hakkı doğacaktır. Bu aşamada inşa edilen eser yönünden şirketin idareden bir ücret talep edip edemeyeceği hususun da açıklanması gerekir. YKD sözleşmelerinde istisna sözleşmesinin aksine doğrudan bir ücretin söz konusu olmadığı açıktır ancak, bir ücretin geleceğe yönelik olarak elde edilebileceği imkanların yükleniciye sunulması ile ifa söz konusudur. Yüklenici bu imkanların

¹⁰⁵ YAVUZ, Cevdet; Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınları, 10. Bası, İstanbul, 2014, sf. 10.

sunulmasını ücret mahiyetinde olduğu için idareden sözleşmeye dayanarak talep edebilir. Dolayısıyla ücretini idareden talep etmiş olur.¹⁰⁶

6.2.1.2. Sözleşmeye Aykırılık Dolayısıyla Tazminat Talep Etme Hakkı

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin “edim yükümlülükleri” ile “yan yükümlülükler”i içerdiğinden bahsetmiştik. Karşılıklı borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde taraflar, bu yükümlülükleri ihlal etmemek zorundadır.¹⁰⁷ Öte yandan sözleşme konusu işlerin tamamlanmasında gecikme, hata veya olumsuzlukların olması halinde uygulanacak tazminat ve cezai şartlara sözleşmede yer verilir.¹⁰⁸

İdare tarafından sözleşme kapsamındaki açık yükümlülüklerinden herhangi birisinin şirketin veya şirket tarafının sebep olmadığı veya katkısının bulunmadığı gecikme halinde şirket, tazminat miktarı sözleşme kapsamında taraflar arasında ve tabii ki kanuna uygun oranda belirlenmek kaydıyla tazminat hakkına sahip olacaktır.

6.2.2. Yükümlülükleri

6.2.2.1. Basiretli Tacir Gibi Davranma

YKD sözleşmesi gereği şirket, sözleşme kapsamındaki sorumluluklar ile çelişmediği müddetçe veya sözleşme kapsamında açıkça bir hükme bağlanmadığı halde Türk Ticaret Kanunu uyarınca basiretli tacir gibi hareket edecektir.

TTK'nun 18. Maddesi “*Tacir olmanın hükümleri*” başlıklı olup, 2. Fıkrası; “*Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.*” Hükümünü haizdir. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmektedir. Tacir(YKD sözleşmesinde şirket)'in ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan

¹⁰⁶ KEŞLİ, Ahmet T.; (Kamu Özel Sektör İşbirliği) PPP Projelerinin Hukuki Rejimi, Group Law Yayıncılık, İstanbul, 2016, sf. 286-287.

¹⁰⁷ EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, sf. 1035.

¹⁰⁸ ÇAKIR, Mehmet Kadir; 6428 Sayılı Kanuna Göre Kamu Özel İşbirliği Kavramı ve Yeni Bir Model: Yap-Kirala-Devret, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2016, sf. 127.

beklenebilecek özeni değil aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğunu ifade eder.¹⁰⁹

6.2.2.2. Görev Ve Talimatlara Uyma

Şirket, sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini yerine getirmesine engel olmamak kaydıyla, idarenin uymakla yükümlü olduğu mevzuattan kaynaklanan ve şirkete yazılı olarak bildirilen görev ve talimatlara uygun şekilde hareket edecektir.

Bu bağlamda işin sözleşmeye uygun ifasını tehlikeye düşürecek talimatlar veren idarenin şirket tarafından uyarılması gerekecektir. Bu uyarıya rağmen idare tarafından talimat yönünde ısrar edilirse sorumluluk idareye geçebilecektir.¹¹⁰

6.2.2.3. Kesin Proje Ve Uygulama Projesini Hazırlama

Şirket sözleşme kapsamında, ön proje, teknik şartname, ihale dökümanında yer alan ilgili kısımlar, şirket ihale teklifi ve inşaaata ilişkin hususların yer aldığı sözleşme hükümlerine bağlı kalacak şekilde ve bunlarla birlikte kendi bilgi ve tecrübesi doğrultusunda kesin proje ve uygulama projesini hazırlayacaktır.

6428 sayılı kanunda kesin proje; “*Tesisin idarece temin edilen ön projesine göre, ihale dökümanı ve temel standartlar dökümanına bağlı kalınarak arazi ve zemin araştırmaları yapılan, yapı elemanları ölçümlendirilen, inşaat sistem ve gereçleri ile teknik özellikleri belirtilen ve sözleşmenin imzalanmasını müteakip yüklenici tarafından hazırlanan ve idarece onaylanan projeyi*”(6428 sayılı kanun md. 1/i) şeklinde belirtilmiştir. Uygulama projesi ise; “*Tesise ve ticari hizmet alanlarına ilişkin olarak yüklenici tarafından hazırlanan, kesin projeye göre yapının tüm detayını gösteren ve idare tarafından onaylanan projeyi*”(6428 sayılı kanun md. 1/u) şeklinde belirlenmiştir.

¹⁰⁹ ARKAN, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2011, sf.137-138.

¹¹⁰ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, Güzin; “Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk(Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2005, sf. 254.

6.2.2.4. Hizmetleri Sunma Ve Ticari Faaliyetleri Yürütme

YKD sözleşmesinde şirketin asıl amacının kâr elde etmek olduğundan bahsetmiştik. Bu bağlamda şirket tarafından yatırımda kullanılan finansmanın geri dönüşünü sağlamak amacıyla idare tarafından ileriye dönük olarak şirkete tanınan hizmetleri sunma ve ticari faaliyetleri yürütme yükümlülüğünün neticesi olarak şirket kâr elde etmektedir.

Ne var ki şirketin ticari faaliyetler yönünden yalnızca mecburi ticari hizmet alanları yönünden yükümlülüğü bulunmakta olup ihtiyari ticari hizmet alanlarında şirketin sözleşme bakımından faaliyet yürütme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

6.2.2.5. Tesisi Devire Elverişli Bulundurma Borcu

YKD sözleşmesinde hukuki aşamanın son kısmını devir oluşturmaktadır. 6428 sayılı kanunun 7. Maddesi “Devir” başlıklı olup; “*Bu kanuna göre idare ile yüklenici arasında imzalanan yapım sözleşmesi süresi sonunda yerleşke, her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer.*” Hükmünü haizdir. Bu durum, YKD sözleşmesinin ülkemizde ilk uygulamalarından olan sağlık yatırımlarına ilişkin modelinde değil devir unsuru bulunan diğer KÖİ modellerinde de aynı şekilde bedelsiz devir söz konusudur.¹¹¹

Kanunda sözleşmeye uygun olarak devrin gerçekleşmemesi ihtimaline binaen sözleşme süresinin sonunda idarece görevlendirilecek bir heyet tarafından “durum tespit tutanağı” düzenleneceği ve varsa tesisteki eksikliklerin ve arızaların şirket tarafından giderilmesi adına idarece süre verileceği; sürenin sonunda bu hususlar giderilmemişse şirkete yapılacak ödemedeki kesinti yapılacağını, bu şekilde de giderilemez ise şirkete tazmin ettirileceği hüküm altına alınmıştır(6428 sayılı kanun 7. Md).

¹¹¹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, Güzin; “Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk(Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2005, sf. 405.

6.3. İdarenin Hakları Ve Yükümlülükleri

6.3.1. Hakları

6.3.1.1. Sözleşmede Öngörülen Edimlerin Yerine Getirilmesini Denetleme Ve Talimat Verme

İdare, sözleşmenin uygulanmasını gözetlemek ve denetlemek yetkisine sahip olup, bu kapsamda şirketten gerekli bilgi ve belgeleri isteyebileceği gibi görev ve talimat da verebilir.¹¹²

İdarenin en temel haklarından birisi, özel hukuk kişisinden sözleşmede öngörülen edimlerin sözleşmeye uygun bir biçimde yerine getirilmesini isteme hakkıdır.¹¹³ 09/05/2014 tarihli ve 28995 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği nin 58. Maddesi; “*İdare, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamada denetler veya denetletir. İdare, yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak bir denetim ve yönetim sistemi kurabilir. Bu hususta ihtiyaç duyulması halinde dışarıdan hizmet satın alma yoluna gidilebilir*” hükmünü haizdir. Bununla birlikte, 08/09/2012 tarihli ve 28405 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yapıtırılması İle Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmeliğin 39. Maddesi; “*Bakanlık, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler veya denetletir.*” hükmünü haizdir. Görüleceği üzere idarenin denetim yetkisi mevzuat tarafından belirlenmiş olup, bu yetkiyi kendisi kullanabileceği gibi, hizmet alımı yaparak dışarıdan da temin edebilecektir.

¹¹² BAYAZIT, Bahar; "Kamu-Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı" İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Bölümü, Doktora Tezi, Ankara, Ocak, 2018, sf. 312.

¹¹³ GÜRKAN, Mehmet Fatih; Kamu Özel Ortaklığı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, sf. 123.

6.3.1.2. Fesih Yetkisi

İdare, tarafı olduğu idari sözleşmelerde sözleşmecinin kusuru olmasa dâhi fesih edebilmektedir. Bu fesih yetkisi, "hizmet yararına fesih yetkisi" olup, bu yetkiye idare sözleşmecinin hiçbir kusuru bulunmasa bile, kamu yararı gerektirdiğinden sahip bulunmaktadır.¹¹⁴ İdarenin idari sözleşmeler alanında sahip olduğu tek taraflı fesih ve sözleşme koşullarını tek taraflı değiştirme yetkilerinin, taraflarca sonradan kabul edilmediği veya sözleşme yapılırken müzakere edilip de sözleşmeye eklenmediği sürece idarenin özel hukuk sözleşmelerinde bu yönde bir yetkisinin bulunmayacağı kabul edilmektedir.¹¹⁵

YKD sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğundan bahisle, idarenin tek yanlı fesih yetkisi ancak ve ancak tarafların karşılıklı kabulü ile söz konusudur. Sözleşmede tek yanlı fesih yetkisi idareye tanınmaması durumunda şirketin sözleşme maddelerini ihlali durumunda fesih söz konusu olacaktır. Uygulamada sağlık yatırımlarına ilişkin YKD sözleşmelerinde fesih hükümlerinin özel olarak düzenlendiği ve idareye tek yanlı bir fesih hakkı tanınmadığı anlaşılmaktadır.

6.3.2. Yükümlülükleri

6.3.2.1. Onay Ve İzinlerin Gecikmeksizin Verilmesi

İdare, kamu gücünün tanıdığı yetkileri kullanarak YKD sözleşmesinde belirlenen tesisin inşası ve işletilmesi dönemlerine ilişkin olarak gerekli belgelerin hızlıca teminini sağlamakla yükümlüdür. Kanun ve sair mevzuata uygun hareket ederek ve vermeye yetkili olduğu onay ve izinleri gecikmeksizin verecek ve gerekçesi olmaksızın reddetmeyecektir.

6.3.2.2. Bedellerin Zamanında Ödenmesi Ve Bilgilendirme Yükümlülüğü

¹¹⁴ ZABUNOĞLU, Yahya K.; İdare Hukuku Cilt 1-2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, C.1; sf. 491.

¹¹⁵ BAYAZIT, Bahar; "Kamu-Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı" İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Bölümü, Doktora Tezi, Ankara, Ocak, 2018, sf. 313.

İdare, sözleşmede belirlenen bedellerin ödenmesi hususunda sorumludur. Bu sorumluluğunu yatırım yapan şirkete karşı gecikmeksizin yerine getirmesi sözleşmede belirlenen yatırıma ilişkin işin sekteye uğramaması adına önemli bir husustur.

Bununla birlikte, herhangi bir mali yükümlülüğünü yerine getiremeyeceğinin söz konusu olması durumunda şirketi derhal ve her halükarda ilgili ödemenin yapılacağı ödeme gününden önce sözleşmede belirlenen sürede yazılı olarak bilgilendirecek ve sorunun çözümü için nasıl bir yol izleneceğini yetkilisi aracılığıyla şirkete bildirecektir. Gecikme bildirimine rağmen ödemenin süresinde yapılmış olması halinde idarenin sorumluluğu doğmayacaktır.

6.3.2.3. Zapta Karşı Tekeffül Yükümlülüğü

Tesisin yapılacağı arazi üzerinde tesis edilecek aynı hak üzerinde idarenin sorumluluğu bulunmaktadır. Şirket tarafından idarenin mülkiyetinde bulunan arazi üzerinde inşa edilecek ve sözleşme süresi boyunca idareye kiralanması esnasında üçüncü kişilerin bu kullanımı engelleyen hak iddialarına karşı şirketin korunması gerektiği açıktır. Bu nedenle, arazinin ve/veya tesisin el değiştirdiği hallere karşı şirketin korunabilmesi için kendisine üst hakkı veya intifa hakkı tanınması yoluna gidilebilecektir.¹¹⁶

Uygulamada YKD modeli ile sağlık yatırımlarına ilişkin sözleşmelerde, idare tarafından şirket lehine bağımsız ve sürekli nitelikte bedelsiz olarak üst hakkı tesis edildiği anlaşılmaktadır. Bahsi geçen üst hakkı yatırım ve işletme dönemlerine kapsayacak şekilde sözleşme süresince tesis edilmektedir.

6.3.2.4. Denetleme Yükümlülüğü

YKD sözleşmesi kapsamında idarenin, mevzuat hükümleri uyarınca şirketin tüm faaliyetlerini her aşamada denetim yükümlülüğü bulunmaktadır. İdare bu

¹¹⁶ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, Güzin; “Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk(Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2005, sf. 445.

yükümlülüğünü bizzat kuracağı denetim mekanizması ile kullanabileceği gibi, bir denetim kuruluşu marifetiyle de yerine getirebilecektir.

Ancak, elbette ki idarenin bir denetim kuruluşu marifetiyle denetim yükümlülüğünü yerine getirmesine engel bir mevzuat hükmü bulunmaması bu hususta önem arz eder. Örneğin, sağlık yatırımlarına ilişkin YKD sözleşmelerinde, hastane inşası söz konusu olduğundan; Sağlık Bakanlığı'nın 16/11/2009 tarih ve 27378 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yataklı Sağlık Tesislerinde Acil Servis Hizmetlerinin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ hükümlerine göre belirlenen standartlara uygun şekilde hastane inşa edilmesi belirlendiğinden bu denetim idare tarafından yapılabilecektir.

7. Sözleşmenin Sona Ermesi Ve Sonuçları

7.1. Genel Olarak

YKD sözleşmesi, sözleşme süresinin bitmesi haricinde, şirketin kusurundan kaynaklanan nedenlerle, idarenin kusurundan kaynaklanan nedenlerle veya mücbir sebep nedeniyle sona erebilmektedir.¹¹⁷

Bunlarla birlikte, tarafların karşılıklı anlaşarak sözleşmeyi sona erdirebilmesi de mümkündür. TBK, taraflara sözleşme serbestisi kapsamında sözleşmeyi sona erdirme özgürlüğünü de tanımaktadır. Öte yandan sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması dolayısıyla tarafların ortak iradeleriyle sözleşmeyi sona erdirmelerinin kamu hizmetinin sürekliliği ilkesiyle çatışacağı ve bu nedenle ihtiyatlı yaklaşılması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır.¹¹⁸

Sözleşmenin sona erme halleri iki ana başlık altında incelenecek olup; ilki olağan sona erme, ikincisi ise olağanüstü sona erme olacaktır.

¹¹⁷ BAYAZIT, Bahar; "Kamu-Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı" İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Bölümü, Doktora Tezi, Ankara, Ocak, 2018, sf. 373.

¹¹⁸ EVREN, Çınar Can; Kamu-Özel İşbirlikleri, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2016, sf. 320.

7.2. Olağan Sona Erme

Bazı idari sözleşmeler, özellikle imtiyaz sözleşmesi gibi kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından yürütülmesine ilişkin sözleşmeler, sözleşmede öngörülen sürenin dolmasıyla sona erer.¹¹⁹ Öte yandan sözleşmenin olağan sona ermesi olan sürenin dolması ile kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla kullanılan mal varlığı idareye geçer.

6428 sayılı “Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” un 1. Maddesi; “*Bu Kanunun amacı; ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinesin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere...*” hükmünü haizdir. Hükümden anlaşıldığı üzere sözleşme süresi yatırım dönemi hariç otuz yıl olarak belirlenmiştir.

09/05/2014 tarihli ve 28995 sayılı Resmi Gazete’de ilam edilen “Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği”nin 64. Maddesi “*Sözleşmenin sona ermesiyle tesisin idareye devri*” başlıklı olup 2. Fıkrası; “*Bu Yönetmeliğe göre idare ile yüklenici arasında imzalanan yapım sözleşmesi süresi sonunda yerleşke, her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer*” hükmünü haizdir. Yukarıda 6428 sayılı kanunda belirtilen sözleşme süresinin sonunda tesislerin idareye bedelsiz olarak geçeceği hüküm altına alınmıştır.

08/09/2012 tarihli ve 28405 sayılı Resmi Gazete’de ilam edilen “Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yaptırılması İle Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet Ve Alanların İşletilmesi Karşılığında

¹¹⁹ GÖZLER, Kemal; İdare Hukuku, Cilt 1-2, Ekin Yayınevi, İkinci Baskı, Bursa, 2009, sf. 194.

Yenilenmesine Dair Yönetmelik” in 45. Maddesi “*Sözleşme süresi sonunda eğitim öğretim tesisinin Bakanlığa devri*” başlıklı olup; “*Hazinece yüklenici lehine üst hakkı tesis edilmek suretiyle devredilen taşınmazlar ile üzerine inşa edilen eğitim öğretim tesisleri, üst hakkı süresi sonunda her türlü takyidat, yükümlülük, şerh, borç, taahhütlerden âri olarak, normal aşınma ve yıpranma hariç olmak üzere, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak Hazineye intikal eder.*” Hükümünü haizdir. Bu madde ile eğitim hizmetine ilişkin kamu özel işbirliği sözleşmesinde öngörülen sürenin bitmesi ile eğitim öğretim tesislerinin idareye devrinin gerçekleşeceği¹²⁰ hüküm altına alınmıştır.

Sözleşmede ve mevzuatta sözleşmenin sona erme usulüne ilişkin detaylı hükümlere yer verilmelidir. Bu hükümlerde, hangi hallerde sözleşmenin süresinden önce sona ereceği; sözleşmenin sona ermesi halinde ödeme yapılıp yapılmayacağı, ödeme yapılacaksa şartları ve hesaplanma biçimi, tesislerin idareye devrinin esas ve usulleri; sözleşmenin tek taraflı sona erdirilip erdirilemeyeceği gibi hususların yer alması gerekmektedir.¹²¹ Uygulamada mevzuatla birlikte YKD sözleşmeleri incelendiğinde bu hususların yer aldığı; öte yandan sözleşmede idareye tek taraflı fesih hakkı tanınmadığı görülmüştür.

7.3. Olağanüstü Sona Erme

YKD sözleşmelerinde öncelikle bir kamu hizmetinin görülüyor olması ve bununla birlikte yüksek maliyetli işlerin yürütülüyor olması nedeniyle taraflarca asıl amaç sözleşmenin ifasını sağlamak ve sürenin dolması ile olağan sona erme halidir. Ancak bazı durumlarda mevzuat ve sözleşme taraflara sözleşmeyi olağanüstü sona erdirme yetkisi vermektedir.

Sözleşmenin süresinden önce sona erdirilmesi son çare olarak başvurulması gereken bir yol olup, tarafların menfaatlerini gözetebilecek farklı çözümlerin varlığı

¹²⁰ GÜRKAN, Mehmet Fatih; “Eğitim Kamu Hizmetinin Görülmesinde Kamu Özel Ortaklığı”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2013, sf. 102.

¹²¹ EVREN, Çınar Can; Kamu-Özel İşbirlikleri, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2016, sf. 321.

halinde fesihden kaçınılmalıdır. Ancak sözleşmenin sona erdirilmesinden başka bir yol söz konusu olmaması halinde tazminat sorumluluğu söz konusu olmaktadır.¹²²

YKD sözleşmelerinin ani edimli sözleşmeler değil çok uzun bir döneme yayılmış ve tarafların sürekli edimlerini ifa etmek suretiyle birleştikleri tipte sözleşmeler olduğundan yukarıda detaylıca bahsetmiştik. Bu itibarla, tarafların arasında bir güven ilişkisinin mevcudiyetinden ve bu ilişkinin çökmesi halinde olağanüstü fesih hakkı kullanılarak ilişkinin sona erdirilebileceğinden bahsetmek mümkün olacaktır.¹²³ Bahsi geçen güven ilişkisinin çökmesi halleri mevzuatta ve tabii ki sözleşmede yer alacaktır.

Uygulama incelendiğinde 6428 sayılı kanunda yazılı ihbar yapılarak sözleşmenin fesh edilmesini gerektiren durumlar; 6428 sayılı kanun 4. maddesinin 6. Fıkrası(şirketin sabit yatırım döneminde taahhüdünü yerine getirmemesi), 6428 sayılı kanunun 4. maddesinin 7. Fıkrası(şirketin kiralama döneminde taahhüdünü yerine getirmemesi), 6428 sayılı kanunun 4. maddesinin 8. Fıkrası(şirketin yenileme, araştırma-geliştirme, danışmanlık ve hizmet alım hususlarında taahhütlerinin yerine getirmemesi)¹²⁴ şeklinde belirlenmiştir.

YKD sözleşmesinde, idarenin sözleşme hükümlerini esaslı şekilde ihlal etmesi halinde şirketin sözleşmeyi askıya alma ve/veya feshetme hakkı mevcuttur. Bu bağlamda, idarenin sözleşme kapsamında en önemli yükümlülüğü olarak bulunan bedelin ödenmesi hususunda belirli bir dönem gecikilmesi durumunda şirket tarafından sözleşmenin askıya alınması mümkün olabilecektir;¹²⁵ bu durumun düzeltilmesi amacıyla idareye şirket tarafından yazılı bildirim yapılmasına rağmen düzeltilmemişse fesih söz konusu olabilecektir.

¹²² BAYAZIT, Bahar; "Kamu-Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı" İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Bölümü, Doktora Tezi, Ankara, Ocak, 2018, sf. 374.

¹²³ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, Güzin; "Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk(Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2005, sf. 482.

¹²⁴ GÜRKAN, Mehmet Fatih; "Eğitim Kamu Hizmetinin Görülmesinde Kamu Özel Ortaklığı", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2013, sf. 172.

¹²⁵ BAYAZIT, Bahar; "Kamu-Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı" İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Bölümü, Doktora Tezi, Ankara, Ocak, 2018, sf. 376.

7.4. Sözleşmenin Sona Ermesinin Sonuçları

YKD sözleşmesinin süresinden önce taraflarca feshi halinde tazminat ödenmesi söz konusu olabilecektir.

09/05/2014 tarihli ve 28995 sayılı Resmi Gazete’de ilam edilen Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinin 62. maddesinin 7. fıkrası; *“Sözleşmenin, yüklenicinin herhangi bir kusuru olmaksızın idare tarafından feshedilmesi veya idarenin kusurundan kaynaklanan nedenlerle sözleşmenin yüklenici tarafından feshi durumunda, yüklenicinin zararının ne şekilde ve ne ölçüde telafi edileceği sözleşme ile düzenlenir.”* Hükmünü haizdir.

Öte yandan, 08/09/2012 tarihli ve 28405 sayılı Resmi Gazete’de ilam edilen Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yapıtırılması İle Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet Ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmeliğin 36. maddesinin 2. fıkrası; *“Bakanlık, eğitim öğretim tesisinin yapımı aşamasında veya işletilmesi sırasında yükleniciden kaynaklanan nedenlerle meydana gelebilecek hata ve olumsuzluklara istinaden cezai müeyyideler koyma hakkını haizdir. Bu cezai müeyyidelerin hangi durumlarda ve ne şekilde uygulanacağı sözleşmede belirtilir. Sözleşmenin, yüklenicinin herhangi bir kusuru olmaksızın Bakanlık tarafından feshedilmesi veya Bakanlığın kusurundan kaynaklanan nedenlerle sözleşmenin yüklenici tarafından feshi durumunda, yüklenicinin zararın tazmininde, ilgili bütçe kalemlerinde yeterli ödeneğin tahsisi konusunda Bakanlık her türlü tedbiri alır. Söz konusu zararın ne şekilde ve ne ölçüde telafi edileceği sözleşme ile düzenlenir.”* hükmünü haizdir.

Görülebileceği üzere tazminat miktarı hususunda ölçülülük gerekmekte ve her somut olayda farklı olacağı belirtilmektedir. Tazminatın tespitinde sözleşmenin süresi, fesih sebebi, her iki taraf için sözleşmenin geçmişteki ve gelecekteki beklenen değeri ve kusur nedeniyle fesih mevcut ise ihlalin ağırlığı dikkate alınmalıdır.¹²⁶

¹²⁶ BAYAZIT, Bahar; "Kamu-Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı" İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Bölümü, Doktora Tezi, Ankara, Ocak, 2018, sf. 377.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM - YAP-KİRALA-DEVRET SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

8. Genel Olarak Yap-Kirala-Devret Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü

KÖİ modeline ilişkin sözleşmeleri ve daha özelde YKD sözleşmeleri uzun süreli ve karmaşık yapıli sözleşmelerdir. Bu nedenle sözleşmede uyuşmazlık ortaya çıkabilecek uyuşmazlık halinin çözümü için izlenecek yol ve çözüm mekanizmalarına yer verilmelidir.¹²⁷

Kamu hizmetinin görüldüğü bu sözleşme tipinde ilgili kanun, yönetmelik ve sözleşme maddelerinde idare ve şirkete uyuşmazlığın ortaya çıkmasını engellemek amacıyla birtakım yükümlülükler tayin edildiğinden yukarıda bahsetmiştik. Bu yükümlülükler sözleşmenin olağanüstü feshini engellemek amacına hizmet etmektedir.

Hukuk sistemimizde yeni kullanılmaya başlanan bu KÖİ modeli ve tez konumuz olan YKD sözleşmesinin hukuki niteliğine değindikten sonra bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünün de tayin edilmesi gerekmektedir. YKD sözleşmesi en başta bir özel hukuk sözleşmesi olup; atipik, tam iki tarafa borç yükleyen ve karma nitelikte bir sözleşmedir.

Bu aşamada atipik sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde nasıl bir yol izleneceğinin incelenmesi gerekir. Tipik bir sözleşmeyle ilgili bir sorunun çözümünde öncelikle sözleşmenin hangi sözleşme olduğu (nitelendirme) ikinci aşamada ise bu sözleşmeyle ilgili uyuşmazlıklarda hangi kuralların uygulanacağı belirlenir ve daha sonra çözüme ulaşılır. Doktrinde, kanunda düzenlenmiş ve

¹²⁷ EVREN, Çınar Can; Kamu-Özel İşbirlikleri, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2016, sf. 287.

adlandırılmış tipik sözleşmeler için geçerli olan yöntem, kanun tarafından özel olarak düzenlenmemiş olan atipik sözleşmelerde haydi haydi (afortiori) geçerli olması gerektiği¹²⁸ yönünde görüş bulunmaktadır.

9. Yap-Kirala-Devret Modelinde Sözleşmenin İmzalanmasından Önce Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü

YKD sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olduğundan bahsetmiştik. Bu özelliği itibarıyla YKD sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların özel hukuk kurallarına göre çözümleneceği aşikardır. Her ne kadar YKD sözleşmelerinin de dahil olduğu üst kavram olan KÖİ uygulamalarında imzalanan sözleşmelerin özel hukuka tabi sözleşmeler olduğu kabul edilse bile, yapılan ihale işlemi bir idari karar olması nedeniyle idari yargı denetimine tabidir.¹²⁹

İmtiyaz niteliğinde olmayan KÖİ sözleşmelerinde Anayasa'nın 155. Maddesi hükmü uygulanamayacağı dolayısıyla; sözleşme imzalanıncaya kadar idarenin icrai kararlarına karşı idare hukuku, sözleşme imzalandıktan sonra ise özel hukuk hükümleri uygulanacaktır.¹³⁰

9.1. Görevli Ve Yetkili Mahkeme

KÖİ modellerinden biri olan YKD modelinde ihale usulü, 2886 ve 4734 sayılı Kanunlara tabi kılınmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4. Maddesinde ihale; *“Bu Kanunda, yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler”* şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım itibarıyla ihale sürecinin idari işlem niteliğinde olduğu ve bu işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargılama usulüne tabi olduğu açıktır.

¹²⁸ SEROZAN, Rona ; “Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Kuralların Seçiminde İzlenecek Yol – İlginç Bir Paradigma: Üstüne Denklik Parası Ödenerek Eski Aracın Yenisiyle Trampası”, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, c.2, sf. 1226.

¹²⁹ KEŞLİ, Ahmet T.; (Kamu Özel Sektör İşbirliği) PPP Projelerinin Hukuki Rejimi, Group Law Yayıncılık, İstanbul, 2016, sf. 487.

¹³⁰ GÜRKAN, Mehmet Fatih; Kamu Özel Ortaklığı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, sf. 131.

Öte yandan, genel olarak uygulanan ihale yöntemleri, açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulüdür.¹³¹

Sözleşmenin kurulmasından önceki işlemler ile ilgili idari yargılama hükümlerinin uygulanacağı tespit edildikten sonra görevli ve yetkili mahkemenin tayin edilmesi gerekecektir. Konu açısından önemli olan bir husus özel hukuk sözleşmelerinde, sözleşmenin yapılmasına kadar olan aşamanın tamamen idare hukukuna tâbi olduğu ve çıkacak uyuşmazlıkların da idari yargıda çözüleceğidir.¹³² Dolayısıyla bu husus idare hukuku alanına girdiğinden, görevli ve yetkili mahkeme kamu hukukuna göre tayin edilecektir.

Danıştay 10. Daire Başkanlığı'nın 05/02/2003 tarihli, 2001/5105 E. Ve 2003/358 K. Sayılı kararı; "...ihale aşaması tamamlanmadan tesis edilen işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idari yargı yerinde görüleceği, ancak ihale aşaması tamamlanıp, sözleşme imzalandıktan sonra sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği, dosyanın incelenmesinden ihale yapıldıktan ve taraflar arasında 26.03.1999 tarihinde sözleşme imzalandıktan sonra davacının kira bedelini ödemediği, idarenin işlemlerini geri alabileceği, yapımı tamamlanmamış bir yerin kiralanmasının hukuksal olmadığı öne sürülerek ihalenin iptaline karar verildiğinin anlaşıldığı, bu durumda, ihalenin kesinleşmesinden sonra taraflar arasında imzalanan sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlığın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir. Davacı, encümen kararının idari bir işlem olduğu iddiasıyla anılan mahkeme kararının temyizen incelenip bozulmasını istemektedir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa dayanılarak sözleşme aşamasına kadar idarece alınan kararlar ve yapılan işlemler yasanın kamu yasası olma niteliği nedeniyle idari niteliktedir ve bu işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların görüm ve çözümünde idari yargı görevlidir. Ancak taraflar arasında imzalanan sözleşmeden sonra sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların özel hukuk hükümlerine göre adli yargı

¹³¹ BAYAZIT, Bahar; "Kamu-Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı" İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Bölümü, Doktora Tezi, Ankara, Ocak, 2018, sf. 158.

¹³² AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil; Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, sf. 481.

yerinde görülmesi gerekmektedir. Belirtilen bu duruma göre sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilse bile sözleşmeden kaynaklanmayan sözleşmeden doğan bir hak ve alacağın takibi niteliğini taşımayan, idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis ettiği idari işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların da idari yargı yerinde görülüp çözümlenmesi zorunludur.” Şeklinde dir. Karardan da anlaşılacağı gibi sözleşme imzalandıktan sonra bile eğer sözleşmeden doğan bir hak ve alacağın takibi niteliğini taşımayan, idarenin kamu gücüne dayanarak kurduğu bir işlem söz konusu ise görevli ve yetkili mahkeme idari yargıda belirlenecektir.

9.2. Uygulanacak Hükümün Tespiti

Yukarıda idare hukuku alanına giren sözleşme öncesi işlemlerle ilgili idare hukukunun işlev kazanacağından bahsetmiştik. Bu hususta önemle belirtilmelidir ki, sözleşme sonrası işlemler kanunda belirtildiği üzere özel hukuk alanına tâbi olduğundan özel hukuk hükümlerine göre uyuşmazlık çözümü yapılacaktır. Ancak, sözleşmenin imzalanmasından önceki ihale ve bu aşamadaki işlemlerle ilgili İYUK ve KİK gibi idari kanunlar işlerlik kazanacaktır.

Bu hususta yukarıda “Görevli ve yetkili mahkeme” başlığında vermiş olduğumuz Danıştay kararına değinmekte fayda vardır. Uyuşmazlık nedeni sözleşme imzalandıktan sonra ortaya çıkmış olsa dahi, idarenin kamu gücüne dayanarak kurduğu idari bir işlem ise ve bununla birlikte sözleşmeden doğan bir hak ya da alacağın takibi niteliğini taşıyor ise, uygulanacak hüküm kamu hukuku hükümleridir. Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ise özel hukuk hükümleri geçerli olacaktır.

10. Yap-Kirala-Devret Modelinde Sözleşmenin İmzalanmasından Sonra Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü

10.1. Genel Olarak

Yukarıda idari işlemler yani ihale ile ilgili işlemlerin tabi olduğu rejimin kamu hukukuna tabi olduğundan bahsetmiştik. İhale işlemlerinin tesisinin ardından

sözleşmenin imzalanacak ve uygulamaya geçilecektir. YKD sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olarak kanun tarafından kabulü halinde sözleşmenin tümüyle özel hukuk mevzuatına tabi olacağı açıktır.

Öte yandan sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme öncesi idari işlemler ile ilgili bir iptal ya da yürütmenin durdurulması kararı verilmesi halinde sözleşmenin ne yönde etkileneceği hususunun da incelenmesi gerekir. Bu konudaki bir görüşe göre, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde iki aşama olduğu ve bu aşamalardan ilkinde yani idari işlemlerden kaynaklı bir uyuşmazlık nedeniyle yapılan özel hukuk sözleşmesi geçersizliğe uğramayacaktır.¹³³

10.2. İdare İle Şirket Arasında Tahkim

Yap-Kirala-Devret modelinde taraflar sözleşme dahilinde anlaşılabilir uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna başvurabilmektedir. Bu kapsamda sözleşmede belirtilen uyuşmazlık çözüm yollarının tüketilmesi önceliği söz konusu olacaktır.

Sözleşmede, tarafların uyuşmazlık söz konusu olduğunda uyuşmazlık konusunu yazılı olarak bildirmesi gerektiğini ve bu yazılı bildirim neticesinde uzlaşma yoluyla uyuşmazlığın ortadan kaldırılmaya çalışılacağını bunun sözleşmesel olarak bir öncelik olduğundan bahsetmiştik. Taraflar arasında bu yönde bir girişimden netice alınamaması durumunda, sözleşmede belirlenmiş olması halinde tahkim yoluna başvurulacaktır.

Uygulamaya bakıldığında, burada bahsi geçen tahkimin 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun ilgili hükümleri saklı kalmak koşuluyla Uluslararası Ticaret Odası(ICC) kuralları kapsamında yürütüleceği görülmektedir.

¹³³ BUZ, Vedat; Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, sf. 85; KEŞLİ, Ahmet T.; (Kamu Özel Sektör İşbirliği) PPP Projelerinin Hukuki Rejimi, Group Law Yayıncılık, İstanbul, 2016, sf. 512.

Bilindiği üzere, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, İdarenin taraf olduğu yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözümünün önünü açan bir kanun olup; yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanmaktadır.¹³⁴

YKD sözleşmesinde tarafların tahkim usulünü öngörmesi halinde bu başvuru yolunun kapsamı ve çerçevesinin açık ve net bir biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Uygulamaya bakıldığında ana sözleşmede yer alan tahkim şartının yer aldığı maddeler dışında müstakil bir tahkim sözleşmesinin yapıldığı görülmektedir.

11. Sözleşmenin İfasında Üçüncü Kişilerin Uğrayacağı Zararlardan Sorumluluk

YKD sözleşmesi kapsamında özel kişi eliyle yürütülen kamu hizmetlerinde ortaya çıkması muhtemel üçüncü kişilerin uğrayacağı zararlardan sorumluluğun değerlendirilmesi ve özel hukuk kapsamında risk paylaşımının yapılması gerekmektedir.

Uygulamada sağlık hizmeti yönünden işlerlik kazanmış olan YKD sözleşmelerinde bahsi geçen kamu hizmetinin tıbbi hizmet olduğu; öte yandan şirket tarafından sunulan hizmetlerin ise bu kapsamda yer almadığını belirtmiştik. Bu hususta sözleşme çerçevesinde tıbbi hizmetin, tıbbi sağlık tesislerinde(ve idare tarafından kullanılacak diğer alanlarda) idare tarafından istihdam edilen doktorlar, hemşireler ve diğer personel tarafından verilmesi gereken her türlü tıbbi hizmeti ifade etmektedir.

Sağlık yatırımlarına ilişkin YKD sözleşmelerinde şirket tarafından yürütülecek hizmetler iki ana başlık altında toplanmıştır. Bunlar; Tıbbi destek hizmeti ve destek hizmetidir. Tıbbi destek hizmetleri; Laboratuvar hizmetleri, görüntüleme hizmetleri, sterilizasyon ve dezenfeksiyon hizmetleri, rehabilitasyon hizmetleri ve diğer tıbbi ekipman destek hizmetleri. Destek hizmetleri ise; bina ve arazi hizmetleri, Olağanüstü

¹³⁴ NOMER, Engin; EKŞİ, Nuray; ÖZTEKİN GELGEL Günseli; Milletlerarası Tahkim Hukuku, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2016, C.1, sf. 17.

bakım ve onarım hizmeti, ortak hizmetler yönetimi hizmeti, mefruşat hizmeti, yer ve bahçe bakım hizmetleri, temizlik hizmetleri, hastane bilgi yönetim sistemi uygulama ve işletme hizmeti, güvenlik hizmetleri, hasta yönlendirme ve refakat hizmeti şeklindedir.

Anayasa'nın 56. Maddesinde devletin sağlık hizmetleri yönünden görevi tespit edilmiştir. İlgili madde; *“Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünden tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarının tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.*

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.” şeklindedir. 6428 sayılı kanunun 4. Maddesinin 4. Fıkrasında yer alan *“İdare, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler veya denetletir”* ifadesi yukarıda yer alan Anayasa maddesi ile aynı doğrultudadır.

Bahsi geçen maddelerden çıkarımla şirket tarafından yürütülmesi gereken faaliyetlerin, idarenin “tıbbi hizmet” leri yürütme görevinden ayrılması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bu çıkarımla daha önce de bahsettiğimiz üzere şirketin asli görevi altyapı hizmetlerinin sağlanmasıdır.

Neticeten, özel hukuk sözleşmesi kapsamında yürütülen faaliyetlerin çerçevesi anayasa ve kanunlarda düzenlenmiş olup, bu faaliyetler dolayısıyla ortaya çıkması muhtemele zararlardan dolayı özel hükümler dahilinde şirketin sorumluluğuna gidilebilecektir. Ancak idare tarafından yürütülmesi gereken tıbbi hizmetler nedeniyle ki bunlar; doktor, hemşire ve idari personel eliyle yürütülen faaliyetler dolayısıyla ise idari hükümler işlerlik kazanacaktır.

SONUÇ

Tüm dünyada devletlerin özel kişiler eliyle kamu faaliyetlerini yürütmesine olanak sağlamak amacıyla geliştirilen Kamu özel işbirliği kavramı ülkemizde yeni yeni kullanılmaya başlanmıştır. Bu nedenle daha önce ülkemiz hukuk sisteminde uygulanmış ve uygulanmakta olan birçok benzer kavramla karıştırılmaktadır. Kavramın bu tarz bir karışıklığa el vermemesi amacıyla bir çatı kavram olarak kullanılması doğru bir yaklaşım olur.

Kamu Özel İşbirliği kavramı, genel anlamda kamu idaresi ve özel sektörde faaliyet gösteren tüzel kişiler arasında altyapı işleri ki bunlar kamu hizmetinin görüleceği tesislerin yapımı ve tadilatı; bu tesislerdeki ticari faaliyetlerin yürütülmesi ve daha geniş anlamda idarenin Anayasadan kaynaklı, kendisinin yürütmesi gerekli olan kamu hizmetleri haricinde kalan hizmetlerin bir sözleşme çerçevesinde birlikte yürütülmesini ifade eden üst kavramdır. Bu tanımdan yola çıkarak çalışmamızda Kanun Koyucunun bu kavramı hukuk ve iktisadi hayatımıza dahil etmesindeki saikinin belirlenmesi amaçlanmıştır.

Bilindiği üzere ülkemiz hukuki ve iktisadi yaşamını doğrudan etkileyebilecek seviyede uygulama örneklerine sahip bir modeldir. Bu model kapsamında çok büyük yatırımlar ile “Şehir Hastaneleri” inşa edilmiş ve birçok ilimizde bu hastaneler faaliyete geçmiştir. Bu yatırımlar Yap-Kirala-Devret modeli çerçevesinde imzalanmış ana sözleşme ve ek sözleşmeler ile yürütülmektedir. Araştırmamızda değindiğimiz üzere, şu an için bu sözleşme tipi büyük çoğunlukla sağlık ve eğitim kamu hizmetlerinin görülmesinde uygulanmakta; fakat çok yakın bir gelecekte ulaşım vb. diğer kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle gördürülmesine önyak olacağı ortadadır. Bu kapsamda sözleşmenin ilk ve en büyük örneklerinden birisi olan sağlık yatırımlarında uygulama alanı bulmuş YKD sözleşmeleri çalışmamızda daha büyük oranda incelenmiştir.

Anayasa'nın 47. Maddesi gereği kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri eliyle ve yine bir özel hukuk sözleşmesiyle gördürülmesi ve düzenlenmesi, bu konuda açık bir yasal dayanağın varlığına bağlanmıştır. 6428 Sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun bu amaca hizmet etmektedir.

YKD sözleşmelerinin literatürde hukuki niteliği, unsurları ve kurulması gibi alanlarda inceleme alanı bulmuş bilimsel çalışmalar henüz bulunmamaktadır. Bu kapsamda çalışmamızda bu yönde incelemeler yapılmış olup; bu eksikliği kapatmak hedeflenmiştir. Çalışmamızda belirttiğimiz üzere; bu sözleşme, yeni kullanılmaya başlanan kapsamlı, uzun süreli ve kanunda belirli bir tipe sahip olmayan; kira sözleşmesi, hizmet sözleşmesi ve eser sözleşmesi gibi birden fazla tip sözleşmeyi içeren karışık muhtevalı akit tiplerindedir. Bu sözleşmenin 29 yıl gibi uzun süreli olarak imzalanması doktrinde "eksik sözleşme" olarak tanımlanmasına yol açmaktadır.

Çalışmamızda incelediğimiz YKD sözleşmesi idare ve özel hukuk kişisi arasında imzalanan özel hukuk sözleşmesidir. Bu kapsamda taraflara kanun, yönetmelik ve sözleşme kapsamında tanınmış hak ve yükümlülükler söz konusudur. Çalışmamızın "Yap-Kirala-Devret Sözleşmesi" başlıklı ikinci bölümünde bu kapsamda tarafların hak ve yükümlülükleri kapsamlı bir şekilde incelenmiştir. Öte yandan, sözleşmenin sona ermesi halleri ve sonuçları da ortaya konulmuştur. Bu kapsamda sözleşmenin olağan ve olağanüstü sona erme sebepleri bulunmaktadır. Olağan sona erme sebepleri; sözleşme süresinin dolması ve tarafların anlaşması halidir. Ancak sözleşmenin tarafların anlaşması ile sona ermesi haline, kamu hizmetinin yerine getirilmesi söz konusu olduğundan ihtiyatla yaklaşılmaktadır. Olağanüstü sona erme sebepleri ise tarafların kusuru ya da mücbir sebep gibi nedenler olarak görülmektedir. Ancak tabi ki bu halde bile sözleşmenin sona erdirilmesi son çare olarak kabul edilmelidir.

YKD sözleşmelerinin uzun süreli ve kapsamlı olması; bununla birlikte taraflardan birinin idare olması dolayısıyla ortaya çıkabilecek uyuşmazlık hallerinde

yargılamanın sözleşmenin imzalanmasından öncesi ve sonrası durumlarında incelenmesi gerekmiştir. Bu kapsamda sözleşmeye konulan tahkim şartı incelenmiş ve yargılama sürecinden bahsedilmiştir.

Bu çalışmada ülkemiz hukuk sisteminde yer alan tip sözleşmelerden olmayan ve 2013 yılından beri uygulanan bu sözleşme tipi ne yazık ki literatürde henüz kapsamlı bir şekilde inceleme alanı bulamamıştır. Hukuk sistemimizi ve iktisadi hayatımızı olumlu ya da olumsuz etkilemesi kuvvetle muhtemel bu sözleşme tipinin detaylıca incelenmesi olası uyuşmazlıkların değerlendirilmesi ve kamu hizmeti görülmesi gibi önemli bir amaca dayalı olarak uygulama alanı bulan bu sözleşme tipi ve bağlı bulunduğu çatı kavram olan Kamu Özel İşbirliği'nin olumlu ve olumsuz yanlarının tespiti amacıyla daha fazla incelenmesi faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

ALİCAN, Nesrin; "Avrupa Birliği Mevzuatı ve Uygulamaları Işığında Kamu-Özel Sektör Ortaklıkları, Avrupa Birliği Uzmanlık Tezi, Ankara, 2008

ALSHAWİ, Mustafa; Concept And Background To Public Private Partnership (PPP)/Private Finance Initiative(PFI) UK Experience, <http://www.oecd.org/mena/47562550.pdf>

ALTAŞ, Hüseyin; Hasılat ve Şirket Kirası (BK- mad. 270-298), Yetkin Yayınları, Ankara, 2009

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil; Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016

ARKAN, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2011

BARLAS, Nami; Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016

BAYAZIT, Bahar; "Kamu-Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı" İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Bölümü, Doktora Tezi, Ankara, Ocak, 2018

BAYTAN, İlhan; Özelleştirme Hukuku ve Uygulamaları, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2009

BOZ, Selman S.; "Kamu Özel İşbirliği(PPP) Modeli", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cit: 4, Sayı: 2, 2013

BUTTON, Maurice; A Practical Guide To PPP in Europe, B. 1, City&Financial Publishing, Surrey, İngiltere, 2006

BUZ, Vedat; Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007

COLE, S.; "Applied Transport Economics : Policy, Management&Decision Making, London, 2005

ÇAKIR, Mehmet Kadir; 6428 Sayılı Kanuna Göre Kamu Özel İşbirliği Kavramı Ve Yeni Bir Model: Yap-Kirala-Devret, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2016

DEMİR, Mehmet; Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018

EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015

EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2018

ERZURUMLUOĞLU, Erzan; Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri) Yetkin Yayınları, Ankara, 2018

EVREN, Çınar Can; Kamu-Özel İşbirlikleri, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2016

TEKİN, Ali Güner; T.C. Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, Daire Başkanı, "Kamu-Özel İşbirlikleri /Ortaklıkları(PPP)&Türkiye Deneyimi", Mayıs, 2008, ppt sunumu, www.oib.gov.tr

GÖKYURT, Fatih; İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018

GÖZLER, Kemal; İdare Hukuku, Cilt 1-2, Ekin Yayınevi, İkinci Baskı, Bursa, 2009

GÖZLER, Kemal-KAPLAN, Gürsel; İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 12. Baskı, Bursa, 2013

GÜRKAN, Mehmet Fatih; "Eğitim Kamu Hizmetinin Görülmesinde Kamu Özel Ortaklığı", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2013

GÜRKAN, Mehmet Fatih; Kamu Özel Ortaklığı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014

HARTMANN, David; "Public Private Partnerships In France-The Principles And The Legal Policy Frameworks", 2006 Eur. Pub. Private Partnerships L. Rev. 36, 2006

KARAHANOGULLARI, Onur; "Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz(Kamu-Özel Ortaklığı), Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 66, No: 3, sf. 177-215, 2011

KARAHANOGULLARI, Yiğit; "Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Mali Değerlendirmesi" Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 67, No: 2, sf. 95-125, 2012

KARASU, Koray; "Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu-Özel Ortaklığı", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 66, No: 3, sf. 217-262, 2011

KEŞLİ, Ahmet T.; (Kamu Özel Sektör İşbirliği) PPP Projelerinin Hukuki Rejimi, Group Law Yayıncılık, İstanbul, 2016

KUNTALP, Erden; "Karışık Muhtevalı Akit", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 291, Ankara, 1971

NOMER, Engin; EKŞİ, Nuray; ÖZTEKİN GELGEL Günseli; Milletlerarası Tahkim Hukuku, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2016

NOMER, Halûk N.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2017

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe; Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe; Kişiler Hukuku(Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016

PEKGÜÇLÜ KARABULUT, Güzin; “Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk(Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2005

PULAŞLI, Hasan; Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017

SARISU, Ayhan; Kamu&Özel İşbirlikleri (Public & Private Partnerships-PPP), Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2009

SEROZAN, Rona ; “Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Kuralların Seçiminde İzlenecek Yol – İlginç Bir Paradigma: Üstüne Denklik Parası Ödenerek Eski Aracın Yenisiyle Trampası”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002

Simmons&Simmons Group Law Office; "İngiltere ve Galler PPP Hukuku ve Sözleşmeleri/England and Wales PPP Law&Contracts", London&İstanbul, 2008

TAN, Turgut, "Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap-İşlet-Devret" Modeline", link:http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/47/3/24_turgut_tan.pdf (uygun mu? soralım)

TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H.Murat; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016

UZ, Abdullah; "Kamu-Özel Ortaklığı/Public-Private Partnership(PPP) (Kavram ve Hukuksal Çerçeve)", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, Sa.1-2, 2007

YAVUZ, Cevdet; Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınları, 10. Bası, İstanbul, 2014

YESCOMBE, E.R; Public-Private Partnerships, Principles of Policy and Finance, Elsevier, First Edition, 2007

YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, H.Eyüp/ÜSTÜN,Gül/TEKİNSOY, Özge Okay; İdare Hukuku, onikilevha yayınları, 6. Bası, 2016

ZABUNOĞLU, Yahya K.; İdare Hukuku Cilt 1-2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013

T.C. Kalkınma Bakanlığı Onuncu Kalkınma Planı, 2014-2018, "Kamu Özel İşbirliği, Özel İhtisas Komisyonu Raporu"

"Sağlık Alanında Kamu Özel Ortaklığı Sempozyumu/6-7 Mayıs 2011" Türk Tabipler Birliği Yayınları, 2011

HM Treasury, "PFI: Strengthening Long-Term Partnerships", London, 2006

"Public-Private Partnerships", Harvard Law Review, Vol.121:1367

"Public-Private Partnership Handbook" Asian Development Bank

Green Paper on Public Private Partnerships and Community Law on Public. Contracts and Concessions, COM(2004) 327

IMF: Public-Private Partnerships, Government Guarentees, and Fiscal Risk, Washington 2006

"For the Good of the People: Using Public-Private-Partnerships To Meet America's Essential Needs" A White Paper on Partnerships Prepared by The National Council for Public-Private Partnerships

www.kazanci.com

www.mevzuat.gov.tr

<http://www.haberturk.com/metro-projesi-iptal-edilen-alarko-dan-aciklama-1802325-ekonomi>

