

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

SAĞLIK TESİSİ PROJELERİ BAKIMINDAN
YAP-KİRALA-DEVRET MODELİ VE
FİNANSMAN SAĞLAYANLARIN MÜDAHALE HAKKI

Yüksek Lisans Tezi

Petek BARKAN TEREYAĞOĞLU

Ankara-2021

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

SAĞLIK TESİSİ PROJELERİ BAKIMINDAN
YAP-KİRALA-DEVRET MODELİ VE
FİNANSMAN SAĞLAYANLARIN MÜDAHALE HAKKI

Yüksek Lisans Tezi

Petek BARKAN TEREYAĞOĞLU

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK

Ankara-2021

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Petek BARKAN TEREYAĞOĞLU

SAĞLIK TESİSİ PROJELERİ BAKIMINDAN
YAP-KİRALA-DEVRET MODELİ VE
FİNANSMAN SAĞLAYANLARIN MÜDAHALE HAKKI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

1- Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK

2- Prof. Dr. Şebnem AKİPEK

3- Doç Dr. Yıldız ABİK

Tez Savunması Tarihi

21 Eylül 2021

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK danışmanlığında hazırladığım “Sağlık Tesisleri Projeleri Bakımından Yap-Kirala-Devret Modeli ve Finansman Sağlayanların Müdahale Hakkı” adlı yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

20/10/2021

Petek BARKAN TEREYAĞOĞLU
İmzası

.....

TEŞEKKÜR

Engin bilgi birikimiyle tezim üzerindeki paha biçilemez dokunuşlarıyla, her zaman ve her konuda değerli görüşlerine başvurduğum, bu süreçte motive edicisözleriyle manevi desteğini de hiçbir zaman esirgememiş çok kıymetli danışmanım Prof. Dr. Zarife Şenocak’a, üniversite hayatımdan bu yana mesleğini ifa edişine ve mesleki duruşuna hayranlık duyduğum ve jüri aşamasında da yeri doldurulamaz katkılarıyla çalışmama destek olan jüri üyelerinden çok değerli hocam Prof. Dr. Şebnem Akipek’e, tez çalışmama değerli katkılarını ve yardımlarını esirgemeyen jüri üyelerinden sayın hocam Doç. Dr. Yıldız Abik’e, tüm eğitim ve öğretim hayatımda olduğu gibi bu çalışmamın da her anında yanı başımda olan ve beni kariyerimde daima cesaretlendiren, beni daha ufacık yaşlarımda avukatlık mesleğinin büyüüne kaptıran, idolüm, meslektaşım, canım anneme, akademik başarılarıyla bu çalışmamda bana ilham kaynağı olmuş, mesleğine tutkuyla bağlı bilim insanı biricik ablama, tüm çabaları ve emeği sayesinde bu süreçte yalnızca tezime odaklanmamı sağlayan, bana olan inancı ve desteğiyle çalışmama sonsuz katkıda bulunan sevgili eşime en derin duygularla teşekkür ederim.

Petek BARKAN TEREYAĞOĞLU

Ekim, 2021

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR CETVELİ.....	viii
GİRİŞ.....	1
I. Konunun Takdimi ve Önemi.....	1
II. Konunun Sınırlandırılması	2

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ, SAĞLIK SEKTÖRÜNDE YAP-KİRALA-DEVRET MODELİ VE MODELİN FİNANSMANI

I. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ	5
A. Kamu Özel İşbirliği (KÖİ) Kavramı	5
B. Tanım.....	6
C. KÖİ'nin Gelişimi.....	9
II. YAP-KİRALA-DEVRET (YKD) MODELİNİN TANIMLANMASI VE BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI.....	11
A. Genel Olarak YKD Modeli.....	11
B. YKD Kavramı ve Tanımı	12
1. Mevzuatta Yer Verilen Kavram ve Tanım	12
2. Öğretide Yer Verilen Kavram ve Tanım	14
3. Yargı İçtihadında Yer Verilen Kavram ve Tanım	15
C. YKD Modeli'nin Benzer Kurumlardan Ayrılan Özellikleri.....	16
1. Yap-İşlet Modeli	16
2. Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli	17
3. İşletme Hakkı Devri.....	19

III. SAĞLIK TESİSİ PROJELERİNDE UYGULANAN YKD MODELİNİN TÜRKİYE’DEKİ MEVZUAT TARİHÇESİ.....	19
A. Ek madde 7.....	19
B. 6428 Sayılı Kanun.....	20
C. KÖİ Yönetmeliği.....	21
IV. SAĞLIK TESİSİ PROJELERİNDE UYGULANAN YKD MODELİNİN FİNANSMANI VE MODELİN TARAFLARI	22
A. Sağlık Tesisi Projelerinde Uygulanan YKD Modelinin Finansmanı.....	22
B. Sağlık Tesisi Projelerinde Uygulanan YKD Modelinin Tarafları.....	25
1. Proje Şirketi (Özel Amaçlı Şirket / Special Purpose Vehicle (SPV)).....	27
2. Yatırım Sahibi (İdare).....	29
3. Finansman Sağlayanlar (Kreditörler).....	29
4. Müteahhit Firma	31
5. İşletme ve Bakım Şirketi.....	33
6. Hissedarlar (Sponsorlar)	34
7. Danışmanlar	36
B. Sağlık Tesisi Projelerinde Uygulanan YKD Modelinde Taraflar Arasındaki İlişki	37

İKİNCİ BÖLÜM

PROJE SÖZLEŞMESİ VE DOĞRUDAN ANLAŞMA

I. PROJE SÖZLEŞMESİNİN (PROJECT AGREEMENT) TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE GENEL YAPISI	39
A. Proje Sözleşmesinin Tanımı	39
B. Proje Sözleşmesinin Başlıca Unsurları	40
1. Yapım Unsuru.....	41
2. Kira Unsuru.....	44
3. Hizmet unsuru.....	46

5. Finansman Unsuru	50
6. Diğer Unsurlar	51
C. Proje Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	52
D. Proje Sözleşmesinin Hukuksal Rejimi.....	56
1. Eksik İmtiyaz Sözleşmesi Görüşü	57
2. İdari Sözleşme Niteliği Görüşü.....	59
3. Özel Hukuk Sözleşmesi Görüşü	63
E. Tarafların Borçları.....	65
1. Proje Şirketinin Borçları	65
a. Finansman Temin Etme Borcu	65
b. Yapım Borcu	66
c. Destek Hizmetlerini İfa Etme Borcu	67
d. Devir Borcu	68
e. Ayıba Karşı Tekeffül	68
2. İdarenin Yetki ve Borçları	70
a. Tıbbi Hizmetleri İfa Etme Yetkisi	70
b. Gözetim ve Denetim Yetkisi	72
c. Kamu Arazisi Temin Etme Borcu	73
d. Kullanım Bedeli (Kira Bedeli) Ödeme Borcu	75
e. Hizmet Bedeli Ödeme Borcu.....	77
f. Zapta Karşı Tekeffül Borcu	78
F. Sözleşmenin Sona Ermesi	79
1. Sözleşme Süresinin Dolması	79
2. Karşılıklı Anlaşarak Sona Erdirme	79
3. Tek Taraflı Fesih.....	80
a. İdarenin ve Proje Şirketinin Tek Taraflı Fesih Hakkı.....	80
b. Tek Taraflı Feshin Sonuçları	83

G. Proje Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Yargı Yolu.....	84
---	----

II. FİNANSMAN SAĞLAYANLARIN DOĞRUDAN ANLAŞMASI (FUNDERS' DIRECT AGREEMENT).....	87
A. Tanımı.....	87
B. Amacı.....	88
C. Tarafları.....	90
D. Yapısı.....	91
E. Doğrudan Anlaşmalardaki Temel Düzenlemeler.....	93
1. Müdahale Hakkı	93
2. Sona Ermede Tazminat Ödeme Borcu.....	94
3. Teminata Rıza Gösterilmesi.....	97
F. Doğrudan Anlaşmaların Bağımsız Niteliği (Independent Nature).....	97
G. Doğrudan Anlaşmaların Hukuki Niteliği.....	98
H. Doğrudan Anlaşmaların Sona Ermesi.....	101
I. Uyuşmazlık Çözüm Yolları	102

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FİNANSMAN SAĞLAYANLARIN GÜVENCELERİ

VEMÜDAHALE HAKKI

I. FİNANSMAN SAĞLAYANLARA TEMİN EDİLEN GÜVENCELER	103
A. Arazi İpoteği	104
1. Üst Hakkının Sürekliliği	106
2. Üst Hakkının Bağımsızlığı.....	108
B. Pay Rehni (Share Pledge)	109
1. Proje Finansmanındaki İşlevi.....	109
2. Pay Rehninin Kurulması	110
C. Alacağın Devri (Transfer of Receivables)	112

1. Proje Finansmanındaki İşlevi.....	112
2. Alacağın Devri ve Devir Koşulları	113
D. Hesap Rehni (Account Pledge).....	115
1. Proje Finansmanındaki İşlevi.....	115
2. Hesap Rehni ve Rehnin Kurulması.....	116
II. MÜDAHALE HAKKI (STEP-IN RIGHT).....	117
A. Müdahale Hakkı (Step-in right) Kavramı ve Müdahale Hakkının Tanımı	117
1. Müdahale Hakkı Kavramı.....	117
2. Tanımı	117
3. Proje Finansmanındaki İşlevi.....	118
4. Türk Mevzuatında Müdahale Hakkı	121
B. Müdahale Hakkının Görünüş Biçimleri.....	122
1. İyileştirme Hakkı (Cure Right)	122
a. Tanımı ve Genel Özellikleri	122
b. İyileştirme Dönemi (Cure Period)	123
c. İyileştirme Döneminin Sona Ermesi.....	124
2. Müdahale Hakkı (Esas Anlamı ile) (Step-in Right in Strict Sense)	125
a. Atanmış Temsilci (Appointed Representative)	125
b. Müdahil Olma (Step-in) Döneminin Başlaması	126
c. Tarafların Yetki ve Sorumlulukları.....	127
i . Atanmış Temsilcinin (Appointed Representative) Yetki ve Sorumlulukları	127
ii. Proje Şirketinin Yetki ve Sorumlulukları.....	128
iii. İdarenin Yetki ve Sorumlulukları	129
d. Müdahil Olma Döneminin Sona Ermesi (Step-Out)	129
e. Müdahale Hakkının (Esas Anlamı ile) Hukuki Kurumlarla Karşılaştırılması	130
i. Kefalet ile Karşılaştırma	130

ii. Borca Katılma ile Karşılaştırma.....	131
iii. Sözleşmeye Katılma ile Karşılaştırma.....	132
3. Yenileme Hakkı (Novation/Substitution)	133
a. Uygun İkâmeYatırımcı (Yeni Yatırımcı)	133
b. Yenileme Hakkının Tanımı ve Genel Özellikleri.....	133
c. Yenileme Hakkının Kullanılması	134
d. Tarafların Yetki ve Sorumlulukları	135
i. Uygun İkame Yatırımcının (Yeni Yatırımcı) Yetki ve Sorumlulukları.....	135
ii. İdarenin Yetki ve Sorumlulukları	135
iii. Proje Şirketinin Yetki ve Sorumlulukları	136
iv. Diğer Proje Anlaşması Taraflarının Yetki ve Sorumlulukları	136
e. Yenileme Hakkının Hukuki Kurumlarla Karşılaştırılması	137
i. Yenileme (Tecdit) ile Karşılaştırma.....	137
ii. Borcun Üstlenilmesi ile Karşılaştırma	138
iii. Sözleşmenin Devri ile Karşılaştırma	139
SONUÇ	140
KAYNAKLAR.....	144
ÖZET	158
ABSTRACT	159

KISALTMALAR CETVELİ

AHBVÜHFD	: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.T.	: Erişim tarihi
HD.	: Hukuk Dairesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KÖİ	: Kamu özel işbirliği
m.	: Madde
RG.	: Resmi Gazete
T.	: Tarihli
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa aralığı
SDÜSBED	: Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu

TMK : Türk Medeni Kanunu

TTK : Türk Ticaret Kanunu

vd. : Ve devamı

Y. : Yargıtay

YİD : Yap-İşlet-Devret

YKD : Yap-Kirala-Devret



GİRİŞ

I. Konunun Takdimi ve Önemi

Türkiye’de 2003 yılından beri uygulanmakta olan Sağlıkta Dönüşüm Programı kapsamında, sağlık sektöründe hizmet kalitesini artırmak ve maliyeti etkin sağlık hizmeti dengesini kurabilmek amacıyla, Türkiye’nin pek çok bölgesinde şehir hastanesi, diğer adıyla entegre sağlık kampüsü projeleri hayata geçirilmektedir. Şehir hastaneleri projelerinin tasarlanma aşamasında, bu yeni ve büyük yatırımların finanse edilebilmesi için aranan alternatif kaynaklar sonucunda, pek çok yeni proje finansmanı modeli geliştirilmiştir. Bu bağlamda, şehir hastanelerinin yapımında hem kamu, hem de özel sektörün olanaklarından yararlanılmasını sağlayan kamu özel işbirliğimodelinin bir alt modeli olan yap-kirala-devretmodelinden yararlanılmıştır.

Sağlık sektöründe yap-kirala-devret modeli genel yapısı itibari ile;sağlık tesisi yapımı işleri ile ürün ve hizmet temin edilmesi işinin ihalesini kazanan yatırımcının, projeye özel olarak kuracağı bir şirket aracılığı ile finansman kredisi temin etmek suretiyle inşa edeceği sağlık tesisini,tıbbi hizmet ifa etmesi için idareye kiralaması ve kira süresi sonundatesisiidareye çalışan vaziyette bilâ-bedel devretmesi esasına dayanan bir finansman modelidir. Bu yöntem ile sağlık tesislerinin modernize edilmesi, aynı zamanda kamu ve özel sektör arasında bir yatırım, risk, sorumluluk ve kazanç paylaşımı yapılması, diğer yandan projenin finansmanına, tasarımına, yapımına ve işletilmesine özel sektörün katılımı sağlanmaktadır.

Yap-kirala-devretfinansman yöntemininTürk hukuk sisteminde henüz yeni bir model olması dolayısı ile,genel yapısının ve bu model çerçevesinde imzalanan proje sözleşmesinin niteliğinin, unsurlarının ve özelliklerinin incelenmesi Türk hukuku açısından önem arz etmektedir. Kendine özgü unsurları itibari ile diğer kamu özel işbirliği modellerinden ayrılan bu finansman yöntemininfarklılık arz eden niteliklerinin

ortaya konması, modeli analiz etmede belirleyici olacaktır. Aynı zamanda gerek içtihatla, gerekse öğretide kamu hizmeti sunma imtiyazının hangi tarafta olduğuna ilişkinisabetli olmayan yorumlamaların   n ne geçebilmek adına, çalışmamızda proje şirketi ile idarenin proje sözleşmesi çerçevesindeki yetki ve sorumlulukları detaylı şekilde incelenmiştir.

Bu tez çalışması ile amaçlanan bir diğer husus ise,Türk mevzuatında sınırlı ölçüde yer verilen ve Türkiye’de üzerinde özel bir akademik çalışmaya rastlanmamış doğrudan anlaşmaların kapsamı, hukuki niteliği ve proje finansmanındaki işlevine detaylı şekildeyer vermektir. Bu bakımdan yabancı kaynaklardan faydalanılarak Türk hukuku perspektifinden yapılan de erlendirmelerimiz, Türkiye’de doğrudan anlaşmalar özelinde yapılacak akademik araştırmalara katkı sağlayacaktır.

Aynı zamanda proje finansmanı kapsamında finansman sağlayanlara temin edilen güvencelerin Türk mevzuatı çerçevesinde de erlendirildi i bu çalışmada, bu güvencelerin teminat fonksiyonu hususunda fikir oluşması ve mevzuat içerisindeki uyarlama sorunlarına dikkat çekilmesi hedeflenmektedir. Nihayet, Türkiye’de bazı akademik eserlerde dar kapsamda incelenmiş finansman sağlayanların müdahale hakkının detaylı bir biçimde ele alınması ve benzer bazı hukuki kurumlarla karşılaştırılmasının bu konu hakkında yapılacak araştırmalara   c l k etmesi amaçlanmaktadır.

II. Konunun Sınırlandırılması

Çalışmamızda yap-kirala-devret modeli ile sağlık tesislerinin yenilenmesi hususuna yer verilmemiş, yalnızca sağlık tesislerinin yapımı özelinde bir çalışma yapılmıştır. Bunun yanı sıra, yap-kirala-devret modeli ile eğitim ve   retim tesisi yapımı ve yenilemesi konusu çalışmamızın tamamen dışında tutulmuştur.

Çalışmamızın birinci bölümünde, yap-kirala-devret finansman modelinin genel yapısı, diğer kamu özel işbirliği modellerinden ayrılan özellikleri ve Türk mevzuatındaki yeri üzerinde durulmuştur. Yap-kirala-devret modelinin bilhassa yap-işlet-devret modelinden ayrılan ve benzeyen özellikleri üzerinde durulmuştur. Ardından, proje finansmanı kapsamında idare, proje şirketi ve finansman sağlayanların arasındaki üçlü ilişki ortaya konmuştur.

İkinci bölümde, yap-kirala-devret modeli kapsamında idare ile proje şirketi arasında imzalanan proje sözleşmesi ile, finansman sağlayanlar ile imzaladıkları doğrudan anlaşmaların hukuki niteliği, kapsamı ve genel özellikleri açıklanmıştır. Proje sözleşmesi incelenirken, taşıdığı “finansman unsuru”, “üst hakkı unsuru”, “müdahale unsuru” gibi kendine özgü unsurlaravurgu yapılarak modelin kendine özgü niteliği ortaya konmaya çalışılmıştır. Bunun yanı sıra, sözleşmenin tabi olacağı hukuksal rejim detaylı şekilde irdelenmiştir. Doğrudan anlaşmalar ise, idare, proje şirketi ve finansman sağlayanlar arasındaki üçlü ilişkisi çerçevesinde incelenerek, hukuki niteliği ve proje sözleşmesinde bağımsızlığı tartışılmıştır.

Üçüncü bölümde ise, proje finansmanı çerçevesinde finansman sağlayanlara temin edilen güvenceler Türk mevzuatı çerçevesinde detaylı şekilde incelenmiştir. Son olarak finansman sağlayanların sahip olduğu müdahale hakkı; kapsamı, proje finansmanındaki işlevi ve tüm görünüş biçimleri ile ele alınarak, Türk hukukundaki kurumlarla karşılaştırılmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ, SAĞLIK SEKTÖRÜNDE YAP-KİRALA-DEVRET MODELİ VE MODELİN FİNANSMANI

I. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ

A.Kamu Özel İşbirliği (KÖİ) Kavramı

Kamu ve özel sektör arasında risk paylaşımı ve işbirliği prensibinden yola çıkılarak uygulamaya konulan KÖİ finansman yönteminin kavramsal çerçevesi oluşturulurken pek çok farklı kavrama yer verilmiştir. Yaygın olarak kullanılmakta olan “*Public Private Partnership*” ifadesinin kısaltması olan PPP (3P, P3 veya P3s¹) kavramına verilen isimler ülke ve kullanan kuruluşlara göre farklılık arz edebilmektedir. Örnek vermek gerekirse, PPI (“*Private Participation in Infrastructure*”)² terimi Dünya Bankası, PSP (“*Private Sector Participation*”)³ terimi kalkınma bankacılığı, P3 kavramı Kuzey Amerika, Britanya menşeli PFI (“*Private Finance Initiative*”)⁴ terimi Japonya ve Malezya tarafından kullanılmakta olan bir terimdir.

Kamu özel işbirliği kavramının Türkçe karşılığında da yine öğretilerde farklı kavramlara yer verilmiştir. Bunlar; “*Kamu Özel İşbirliği*” (KÖİ)⁵, “*Kamu Özel Sektör*

¹ HODGE, Graeme A., GREVE, Carsten, “*On Public-Private Partnership Performance: A Contemporary Review*”, Public Works Management & Policy, 2017, Volume 22, Number 1, ss. 55-78, s. 55-78.

² PPI hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://ppi.worldbank.org/en/ppi> (E.T. 30.07.2021).

³ TINSLEY, C. Richard, Advanced Project Financing : Structuring Risk, Second Edition, London, Euromoney Books, 2014, s. 431.

⁴ PFI hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MERNA, Anthony, CHU, Yang, AL-THANI, Faisal F., Project Finance in Construction: A Guide to Structured Assessment, 1st Edition, England, John Wiley & Sons Limited, 2010; DAVIS, Henry A., Project Finance: Practical Case Studies, 1996, England, Euromoney Books, s. 217-219; GRIMSEY, Darrin, LEWIS, Mervyn K, Public Private Partnerships The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance, First Edition, Northampton, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2004, s. 2.

⁵ KEŞLİ, Ahmet T., (Kamu Özel İşbirliği) PPP Projelerinin Hukuki Rejimi, Group Law Publishing Yayıncılık, 2012 (Kamu Özel İşbirliği), s. 41.

Ortaklığı” (KÖSO)⁶, “*Eksik İmtiyaz*”⁷, “*Kamu Özel Sektör İşbirliği*” (KÖSİ)⁸, “*Kamu Özel Ortaklığı*” (KÖÖ)⁹, “*Kamu Özel Ortaklığı Modeli*” (KÖOM)¹⁰ kavramlarıdır. Fakat bu tez çalışmasında, gerek yaygın ve bilinen bir kavram olması, gerekse de çalışmamıza esas hukuki düzenlemeler olan “6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” (6428 sayılı Kanun)¹¹ ve “Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği”nde (“KÖİ Yönetmeliği”)¹²kamu özel işbirliği teriminin kullanılmış olması sebebi ile bu model için kamu özel işbirliği terimi vekısaca KÖİ kısaltması kullanılacaktır.

B. Tanım

İçeriği üzerinde fikir birliği bulunmaması sebebi ile, KÖİ’nin birçok farklı tanımının yapıldığı görülmektedir.Örneğin, Avrupa Komisyonu tarafından Nisan 2004’te yayınlanan, KÖİ konusunda Avrupa Birliği politikasını oluşturan Kamu Özel İşbirlikleri ve Topluluk Hukukunda Kamu İhaleleri ve İmtiyazlarına İlişkin Yeşil Kitap (“Yeşil Kitap”) içerisinde KÖİ’nin tanımı; “*Bir alt yapının veya temin edilecek hizmetin finansmanı, inşaatı, yenilenmesi, yönetimi ve bakımını sağlama hedefindeki kamu idareleri ile iş dünyasının işbirliği yöntemleri...*”¹³şeklinde yapılmıştır.

⁶ ŞAHİN, Mehmet, UYSAL, Özge, “*Kamu Maliyesine Etkileri Açısından Kamu Özel Sektör Ortaklıkları Üzerine*”, Maliye Dergisi, Ocak - Haziran 2012, S. 162, ss. 155-174, s. 155.

⁷ KARAHANOGULLARI, Onur, “*Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı)*”, AÜSBFD, 2011, Cilt 6, S. 3, ss. 177-215, s. 177-215.

⁸ SARISU, Ayhan, *Kamu & Özel İşbirlikleri (Public & Private Partnerships-PPP)*, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2009 (Kamu & Özel İşbirlikleri), s. 137.

⁹ KARAHANOGULLARI, Yiğit, “*Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Mali Değerlendirmesi*”, 2012, AÜSBFD, Cilt 67, S. 2, ss. 95-125, s. 95-125.

¹⁰ KESKİN, Sabiha, *Türkiye’de Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Kamu-Özel Ortaklığı Modeli (Aygın Örneği) Yüksek Lisans Tezi*, Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, Aydın, 2011.

¹¹ RG. 9.3.2013 T., 28582 S.

¹² RG. 9.5.2014 T., 28995 S.

¹³ **European Commission**, Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, 2004, COM (2004) 327 final, s. 3.

YESCOMBEKÖİ'yi, özel sektörün kamu sektöründe veya kamu adına hizmet verdiği sözleşmeler olarak tanımlarken¹⁴, ROSSI ve STEPIC KÖİ'yi, bir kamu hizmetinin kamu ve özel sektörün ortaklığı yoluyla finanse edilmesine ve yönetilmesine dayanan, proje taraflarının yapısına münhasır bir yaklaşım olarak tanımlamıştır¹⁵. Yine ROSSI ve STEPIC'e göre KÖİ, kamu sektörünün sorumluluğu altında olarak sınıflandırılan hizmetlerin bir kısmının özel sektör tarafından ifa edildiği, kamu altyapısının ve / veya kamu hizmetlerinin her biri için ortak hedefler konusunda sağlanan mutabakat ile belirlenen orta ya da uzun vadeli sözleşme düzenlemeleridir¹⁶.

FARQUHARSON, TORRES DE MÄSTLE, YESCOMBE, ENCINAS, KÖİ modelini, hissedarların, riski kendilerine ait olmak üzere kanun gereği kurdukları proje şirketi kanalıyla yeni bir tesis inşa ettiği, işlettiği ve sözleşme süresinin sonunda bu tesisi idareye devrettiği bir proje finansmanı modeli şeklinde tanımlamıştır¹⁷.

Dünya Bankası'na göre KÖİ *“kamunun, özel sektörün kaynaklarını ve uzmanlığını kullanarak kamu altyapısı ve/veya kamu hizmeti yaptırmayı ve temin etmesi için bir mekanizma”*dır¹⁸.

Ülkemize gelindiğinde, sağlık tesisi projelerinin bu model ile hayata geçirilmesi amacıyla hazırlanan Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması Hakkında Kanun Tasarısı'nın yer aldığı 15.01.2013 tarih ve 417 sıra numaralı 6428 sayılı Kanun tasarısı ve teklifinde; *“Kamu özel işbirliği yatırım modeli, kamu ve özel sektörün altyapı ve hizmet sunumunda ortak yatırım yapmasını sağlayan, yatırım ve hizmetlerin maliyet, risk ve kazanımlarının*

¹⁴ YESCOMBE, Principles of Project Finance, Second Edition, Amsterdam, Academic Press, 2002 (Principles of Finance), s. 340.

¹⁵ ROSSI, Emanuele, STEPIC, Rok, Infrastructure Project Finance and Project Bonds in Europe, First Edition, London, Palgrave Macmillan UK, Imprint: Palgrave Pivot, 2015, s. 14.

¹⁶ ROSSI/STEPIC, s. 14.

¹⁷ FARQUHARSON, Edward, TORRES DE MÄSTLE, Clemencia, YESCOMBE, E.R., ENCINAS, Javier, How to Engage with Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets, The International Bank for Reconstruction and Development, The World Bank, 2011, s. 150.

¹⁸ The World Bank Group, “What are Public Private Partnerships?” bkz. <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/overview/what-are-public-private-partnerships> (E.T. 30.07.2021).

kamu ve özel sektör arasında paylaşılmasını hedefleyen bir modeldir. Bu modelle, kamu ve özel sektör kendilerine münhasır üstün özellikleriyle birbirlerini tamamlamakta ve kamu hizmetlerinin sunumunda karşılaşılan ekonomik zorlukların aşılmasına katkı sağlanmaktadır."¹⁹denilmiştir.

BAYTAN ve SARISU²⁰KÖİ'yi, kamu ve özel sektörün, bir altyapı işinin veya bir hizmetin ifası amacı ile, finansman, inşaat, işletme, yenileme, bakım alanlarında işbirliği yaparak, yatırım, risk, sorumluluk ve kazancı aralarında paylaşmak suretiyle kullandıkları bir finansman yöntemi şeklinde tanımlamaktadır²¹.

KEŞLİ ise, BAYTAN ve SARISU'nun tanımına ek olarak bu modeli, kamu ve özel sektörün arasındaki risk paylaşımının yönetimi için esnek sözleşme modelleri ile kurulan (sunulan hizmetin yararlananlar açısından kamunun sorumluluğunun devam ettiği) sözleşmelerin tümü²² şeklinde tanımlamıştır.

TEKİN için bu model "*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 bir üst kavram*"dır.²³

Yukarıda yaptığımız açıklamalardan anlaşılabacağı üzere, benzer ifadeler ile genel çerçeve çizilse de, bir dizi farklı sözleşme türünü ve farklı altyapı ve hizmet temini yöntemlerini barındırması dolayısı ile, KÖİ'nin tek ve basit bir tanımı bulunmamaktadır. KÖİ'yi yukarıdaki tanımlamalara benzer şekilde, kamu ve özel sektörün belirli bir altyapının yahut hizmet ifasının hayata geçirilmesi için, özel

¹⁹ Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması Hakkında Kanun Tasarısı ile Teklifi ve Bütçe Komisyon Raporu, 1/722, 2/1114 (6428 sayılı Kanun Tasarısı), s. 43.

²⁰ SARISU, Kamu & Özel İşbirlikleri, s. 26.

²¹ BAYTAN, İlhan; Özelleştirme Hukuku ve Uygulamaları, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 448; SARISU, Kamu & Özel İşbirlikleri, s. 26.

²² KEŞLİ, Kamu Özel İşbirliği, s. 46.

²³ TEKİN, Ali Güner, "Kamu-Özel Sektör İşbirlikleri - Kamu Özel Ortaklıkları (Public Private Partnership veya PPP Modelleri)", İdarecinin Sesi Dergisi, Mayıs – Haziran 2007, ss. 1-6 (KÖİ Modelleri), s. 1.

sektörün ve kamunun ehil ve yetkin oldukları hususlarda görev, maliyet ve risk paylaşımı yapmak suretiyle tesis ettikleri işbirliği olarak tanımlamak uygun olacaktır.

C. KÖİ'nin Gelişimi

İkinci Dünya Savaşı sonrası ortaya çıkan altyapı ihtiyacı ve bu altyapı hizmetlerinin hayata geçirilmesinde kamu kaynaklarının yetersiz kalması nedeni ile, dünya genelinde büyük ölçekli yatırımlara özel sektörün iştirakinin sağlandığı alternatif finansman yöntemlerinin geliştirilmesi icap etmiştir²⁴. Kamu hizmetlerinin sunulması ve altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesinde özel sektörün katılıma artan eğilim neticesinde, KÖİ modeli dünyada uzun yıllardır yaygın bir biçimde uygulanılmaya başlanmıştır. Zira, kamu özel işbirliği modeli ile hayata geçirilen projeler sayesinde; özel sektörün teknik bilgisinden ve kullandığı güncel teknoloji ile gelişmiş işletme stratejilerinin sağladığı verimlilikten yararlanılarak, kamu hizmetlerinde kalite yükselmekte, devletin altyapı alımlarında yetersiz kaldığı noktalar bu yöntem ile telafi edilmektedir²⁵.

Kamu özel işbirliği modelinin geçmişi, ilk kez İngiltere’de uygulanmaya başlanan PFI (Private Finance Initiative) modeline, Türkçe karşılığı ile Özel Finansman Girişimi’ne dayanmaktadır²⁶. Bu model özel sermayenin, devletin kontrolü altında olmaması dolayısı ile devletin ekonomik yeterliliğinden ve serbest spekülasyondan etkilenmeyeceği düşüncesi ile, ilk kez Birleşik Krallık hükümeti tarafından 1992 yılında lanse edilmiştir²⁷. Kamu altyapısı (yollar, ulaşım, kamu binaları vb.) finansmanı, özellikle 1990’ların başlarında Birleşik Krallık’ın “Özel Finansman Girişimi” modeli

²⁴ ÇINAR, Naif Fıratcan, TÜRKOĞLU, Çağdaş, TÜTÜNSATAR, Alper, “Kamu-Özel Ortaklığı/İşbirliği Modeli ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Hizmet Memnuniyetinin Ölçülmesi: Entegre Sağlık Kampüsleri (Şehir Hastaneleri) İçin Bir Araştırma”, SDÜSBED, 2017, Cilt 7, S. 29 (4), ss. 215-232, s. 215; T.C. Kalkınma Bakanlığı, Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018) Kamu Özel İşbirliği Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2014 (KÖİ Komisyon Raporu 2014), s. 5; EKER, Ali Yıldırım “Kamu Özel Ortaklıkları”, Bütçe Dünyası, 2007, Cilt 2, S. 25, ss. 59–67, s. 59.

²⁵ ROSSI/STEPIC, s. 14.

²⁶ T.C. Kalkınma Bakanlığı, On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023) Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarında Etkin Yönetim, Ankara, 2018 (KÖİ Komisyon Raporu 2018), s. 11.

²⁷ FIGHT, Andrew, Introduction to Project Finance, Oxford, Butterworth-Heinemann, 2006, s. 145.

aracılığı ile geliştirilmiş olup, bu tür projeler günümüzde PPP (KÖİ) olarak bilinmektedirler²⁸. Fakat “Özel Finansman Girişimi”, KÖİ modellerinin yalnız kamu alımı özelliği taşıyan bir kısmını ifade etmektedir²⁹.

Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere ve diğer Avrupa ülkeleri başta olmak üzere gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin³⁰ KÖİ finansman modeline duyduğu ilginin zaman içerisinde artması sebebi ile yaygın olarak kullanılmaya başlanan bu finansman modeli çerçevesinde, “Yap-İşlet-Devret” (Build-Operate-Transfer (BOT)), “Yap-İşlet” (Build-Operate (BO)), “Yap-Kirala-Devret” (Build-Lease-Transfer (BLT)), “Tasarla-Yap” (Design-Build (DB)), “Yap-Sahip Ol-İşlet-Devret” (Build-Own-Operate-Transfer (BOOT)), “Yap-Sahip Ol-İşlet” (Build-Own-Operate (BOO)) ve benzer bir çok model türetilmiştir³¹.

Ülkemizde ise, KÖİ finansman modeli 1980’li yıllardan beri altyapı sektörlerinde, üretim ve hizmetlerde uygulanmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı’nın 2018 yılına ait Kamu-Özel İşbirliği Raporu’nda açıklandığı üzere Türkiye’de KÖİ şemsiyesi³² altında; Yap-İşlet-Devret (“YİD”), Yap-Kirala-Devret (“YKD”), Yap-İşlet (“Yİ”) ve İşletme Hakkı Devri (“İHD”) modelleri yaygın olarak uygulanmaktadır³³. Türkiye’de 1980’lerin başında enerji sektöründe kullanılmaya başlanan YİD modelini daha sonra Yİ ve İHD modelleri takip etmiştir³⁴. YKD modeli ise, ülkemizde yeni uygulanmaya başlanan son KÖİ

²⁸ YESCOMBE, s. 6.

²⁹ BAYAZIT, Bahadır, Kamu-Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 5.

³⁰ Gelişmekte olan ülkelere, altyapı, üretim ve hizmetler dahil olmak üzere çeşitli sektörlerde uygulanan KÖİ modelleri hakkında detaylı bilgi için bkz. JAMALI, Dima, “Success and Failure Mechanisms of Public Private Partnerships (Ppps) in Developing Countries”, The International Journal of Public Sector Management, 2004, Volume 17, Number 5, ss. 414-430, s. 414-430.

³¹ Belirtilen finansman modelleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YESCOMBE, s. 10-11, FARQUHARSON/TORRES DE MÄSTLE/YESCOMBE/ENCINAS, s.150-151.

³² KARASU, Koray, “Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu-Özel Ortaklığı”, AÜSBFD, 2011, Cilt 66, S. 3, ss. 217-262, s. 219; BOZ, Sacit, “Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, Cilt 4, S. 2, ss. 277-332, s. 283.

³³ T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Dünyada ve Türkiye’de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler Raporu 2018, Ankara, 2018 (KÖİ Uygulamaları 2018), s. 24.

³⁴ T.C. Kalkınma Bakanlığı, Dünyada ve Türkiye’de Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler, Ankara, 2015 (KÖİ Uygulamaları), s. 14-16.

modeli olmuştur. Zira KÖİ modeli, tüm bu alt finansman modellerinin bir üst kavramı³⁵ olup, özel hukuk sözleşmeleri aracılığı ile uygulanabilen özel bir finansman yöntemidir³⁶.

II. YAP-KİRALA-DEVRET (YKD) MODELİNİN TANIMLANMASI VE BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. Genel Olarak YKD Modeli

İdarenin, bir kamu hizmetini ifa etmesi için yüksek maliyet ve yüksek teknoloji gerektiren yatırımlar yapması gerekebilir. Bu yatırımın maliyeti yüksek olduğu için ve yeterli teknik uzmanlığı haiz ekibi olmadığı için bu riski üzerinde taşımak istemeyeceğinden, idarenin bunu yapabilecek bir yapı kurması gerekir. Bunun için idare, özel sermayeye ihtiyaç duyabilir. Bu amaçla, tesisin özel şirket tarafından inşa edildiği, idarenin tesisini özel şirketten kiraladığı bir yapı kurulabilecektir.

Yatırım maliyetinin, borç servisinin, beklenen gelirler ile özel yatırımcı tarafından geri kazanılması akabinde tesisin mülkiyetinin idareye devredildiği yapı, yap-kirala-devret modelidir³⁷. YKD modeli ile hayata geçirilen projelerde yatırımcı şirket, proje konusu tesisin finansmanını temin etmekte, aynı zamanda tesisin yapımını üstlenmekte, idare ise finansmanın geri dönüşünü teminen yatırımcı şirkete işletme döneminde belirli haklar sağlamak ve risk dağıtımı için, finansman sağlayanlara ek taahhüt ve güvenceler tesis etmektedir.

³⁵ **TEKİN**, Ali Güner; "Kamu-Özel İşbirlikleri / Ortaklıkları (PPP) & Türkiye Deneyimi", Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, Mayıs 2008, <https://www.angelfire.com/ok4/aligunertekin/PPPveTürkiyeDeneyimi1.pdf>, (E.T. 19.09.2021) (KÖİ Türkiye Deneyimi), s. 3.

³⁶ Ayrıca bkz. AYM'nin 14.2.2013 T., E.2011/150, K.2013/30 sayılı kararı için bkz. RG. 25.6.2013 T., 28688 S.

³⁷ **BULJEVICH**, Esteban C., **PARK**, Yoon-Shik, Project Financing and the International Financial Markets, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1999, s. 219.

B. YKD Kavramı ve Tanımı

Türk hukukunda, genellikle “YKD” terimi yerine şemsiye kavram olarak nitelendirilen “KÖİ” veya “kiralama karşılığı” ifadelerinin benimsendiği görülmektedir. Ancak YKD modelinin, YİD ve Yİ gibi bir KÖİ alt modeli olması dolayısı ile, kavram kargaşası içerisinde hatalı yorum ve algılamaların önüne geçmek adınabu model, “KÖİ” veya “kiralama karşılığı” ifadeleri yerine “YKD” terimi altında izah edilecektir. Bunun yanı sıra, YKD modelinin yalnızca sağlık tesisi yapımına münhasır olmaması dolayısı ile, YKD modelinin tanımını doğru şekilde ortaya koyabilmek adına modelin kavram ve tanımı bu başlık altında, hem sağlık hizmeti, hem de eğitim hizmeti düzenleme ve uygulamaları çerçevesinde irdelenecektir.

1. Mevzuatta Yer Verilen Kavram ve Tanım

Sağlık tesisi yapımına ilişkin 6428 sayılı Kanun ve KÖİ Yönetmeliğive eğitim öğretim tesisleri yapımına ilişkin mevzuata³⁸ bakıldığındaYKD modelinin genel çerçevesinin oluşturulmuş olmasına karşın “YKD modeli” terimikullanılmamıştır.6428 sayılı Kanun Tasarısı’nın gerekçesinde³⁹bu modelin bir “yap-kirala-devret finansal modeli” olduğunun açık şekilde ifade edilmiş olmasına karşın, sağlık tesisi mevzuatında bu model için “KÖİ modeli”, eğitim öğretim tesisi mevzuatında ise “kiralama karşılığı” terimleri kullanılmıştır. Bunun yanı sıra, YKD modelinin düzenlendiği ilgili mevzuat hükümlerinde YKD modelinin tanımıyapılmamış ancak, modelin tanımlayıcı ve ayırt edici unsurlarıbelirlenerek modelin genel çerçevesi çizilmiştir. Lakin,4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun(“4749 sayılı Kanun”)’un 8/A maddesinde, bu model için “yap-kirala-devret” kavramı

³⁸ 652 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (“652 sayılı KHK”) için bkz. RG. 14.9.2011 T., 28054 S.; Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yapıtırılması İle Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik (“Eğitim Tesis Yönetmeliği”) için bkz. RG. 8.9.2012 T., 28405 S.; 351 sayılı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanunu (“351 sayılı Kanun”) için bkz. RG. 22.8.1961 T., 10887 S.

³⁹6428 sayılı Kanun Tasarısı, s. 6.

kullanılmıştır⁴⁰. Aynı şekilde Hazine ve Maliye Bakanlığı Tarafından Gerçekleştirilecek Borç Üstlenimi Hakkında Yönetmelik⁴¹'in 1. ve 4. madde hükümlerinde “*yap-kirala-devret*” terimi benimsenmiştir.

YKD modeli ile sağlık tesisi ve eğitim öğretim tesisi yapılmasına ilişkin mevzuat hükümleri uyarınca; yapılmasının gerekli olduğuna karar verilen sağlık ve eğitim öğretim tesisleri, kamu arazisi üzerinde özel bir şirket veya gerçek kişi tarafından kırk dokuz yılı geçmemek kaydıyla kiralama karşılığı yaptırılabilir. Bununla birlikte, Hazine tarafından proje şirketi lehine üst hakkı tesis edilecek arazi üzerindeki tüm yapılar üst hakkının sona ermesiyle, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak Hazineye intikal edecektir⁴².

YKD modeli mevzuatını temel alarak bu finansman modelinin tanımını yapmak mümkündür. O halde YKD modeli, yapılmasının gerekli olduğuna karar verilen tesislerin (sağlık veya eğitim öğretim tesisleri) inşası ve işletilmesi için belirli bir kamu hizmeti alanı olarak kullanılmak üzere ilgili kamu kurumuna tahsis edilen Hazine arazisi üzerinde, projeye özgü olarak kurulmuş özel amaçlı şirket lehine, projenin uzunluğuna paralel şekilde bedelsiz olarak üst hakkı tesis edilmesi, özel amaçlı şirketin tesisi işletme döneminde idareye kiralaması, ve bu süre zarfında esas hizmet (kamu hizmeti) haricindeki hizmetleri ifa etmesi ve ticari alanları işletmesi, işletme döneminin sonunda ise tesisi, çalışır ve kullanılabilir durumda idareye bedelsiz olarak devretmesidir⁴³.

⁴⁰ Bkz. RG. 9.4.2002 T., 24721 S.

⁴¹ Bkz. RG. 19.04.2014 T., 28977 S.

⁴² Bkz. 6428 sayılı Kanun'un 1. m. hükmü, KÖİ Yönetmeliği'nin 64/2 m. hükmü, 652 sayılı KHK'nın 23/3 (a) hükmü, Eğitim Tesisleri Yönetmeliği'nin 45/1 m. hükmü.

⁴³ Uygulamada YKD modeli ile hayata geçirilen projeleri üç ayrı evreden oluşturmaktadır. Bunlar, hazırlık dönemi, yatırım dönemi ve işletme dönemidir. Hazırlık dönemi; proje anlaşmalarının müzakere edildiği ve imzalandığı, projenin tasarlandığı, öz kaynak ve proje finansmanı kredisinin ayrılarak kullanıma hazır hale getirildiği dönemdir. Bu sürecin sonlanması itibarı ile finansman kredisinin kapanışı gerçekleşir. Yatırım dönemi; proje finansmanı kredisinin çekildiği ve inşaatın yapıldığı dönemdir. İşletme dönemi ise, projenin ticari olarak faaliyet gösterdiği ve finansman sağlayanların kredi borcunun faizini ve anapara geri ödemelerini ve yatırımcıların öz kaynak getirisini ödemek için nakit akışı yarattığı dönemdir.

2. Öğretide Yer Verilen Kavram ve Tanım

GIL'e göre YKD modeli, özel sektörün bir alt yapı tesisini tasarladığı, inşa ettiği, işlettiği ve kamu sektörüne kiraladığı bir kamu özel işbirliği modelidir⁴⁴. Benzer başka bir tanıma göre YKD modeli proje şirketinin, projeyi inşa etme ve proje süresince proje sahasını ve ilgili bina ve ekipmanı kiralamak suretiyle projenin işletilmesinden gelir elde etme yetkilerine sahip olduğu bir modeldir⁴⁵.

“Kamu özel ortaklığı” terimini tercih eden TAN, YKD modelini “...bir projenin tasarımı finansmanı, yapımı ve işletilmesi ile mevcut bir yatırımın yenilenmesi, kiralanması, geliştirilmesi, bakım onarımının yapılması ve işletilmesinde özel sektörün katılımının sağlanması” olarak tanımlamaktadır⁴⁶.

BAYAZIT'a göre ise KÖİ, “...kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde, bir eserin özel sektör tarafından finanse edilerek yapıldığı, çekirdek hizmet alanının belirli bir süre için idareye kiralandığı, gerekli hallerde yatırım kapsamındaki diğer mal ve hizmet üretim birimlerinin kısmen veya tamamen yüklenici tarafından işletildiği ve yapının mülkiyetinin, kira dönemi sonunda sözleşmede düzenlenmesi durumunda kamuya geçtiği modeldir”⁴⁷.

Yine “kamu-özel ortaklığı” terimini tercih eden GÖZLER ve KAPLAN, YKD modelini; “Kamu-özel ortaklığı (KÖÖ) sözleşmesi (*contrat de partenariat public-privé*, *contrat of public-private partnership-PPP*) bir kamu tüzel kişisi ile bir özel hukuk kişisi arasında akdedilen uzun süreli öyle bir idari 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

⁴⁴ GIL, Byungwoo, A Study on the Optimal PPP Model For Transport: The Case of Road and Rail in South Korea, Thesis for the degree of Doctor of Philosophy, April 2013, s. 24.

⁴⁵ YESCOMBE, s. 10.

⁴⁶ TAN, Turgut, İdare Hukuku, Ankara, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, 2020, s. 313.

⁴⁷ BAYAZIT, s. 138.

kişisine yer yıl belli bir miktar para (=kira) ödemeyi taahhüt eder.”⁴⁸ şeklinde tanımlamışlardır.

3. Yargı İçtihadında Yer Verilen Kavram ve Tanım

Anayasa Mahkemesi’nin 14.2.2013 tarihli kararında YKD modeli, “...özel sektörle kamu idaresi arasında, bir hizmetin tasarlanması, yapımı, kiralanması, ortaklık kurulması ve finansmanının sağlanması, işletilmesi gibi unsurların bileşiminden oluşan ve özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler üzerinden uygulanan bir işbirliği modelidir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin 01.04.2015 tarihli bir diğer kararında ise YKD modeli; “Kanun’da öngörülen KÖİ modeli esas itibarıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının projelerinin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modelidir. 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 hâlde 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 sözleşme...” şeklinde tanımlanmıştır⁴⁹. Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu kararında, YKD modelinin bir finansman yöntemi olduğu anlayışına itibar ettiği gözlemlenmektedir. Buna ek olarak, yargı içtihatlarına bakıldığında, Anayasa Mahkemesi’nin de YKD modeli kavramını benimsediğini söylemek güçtür.

⁴⁸ GÖZLER, Kemal, KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 18. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2016, s. 465.

⁴⁹ AYM’nin 1.4.2015 T., E.2013/50, K.2015/38 S. kararı için bkz. RG. 15.4.2015 T., 29327 S.

C. YKD Modeli'nin Benzer Kurumlardan Ayrılan Özellikleri

1. Yap-İşlet Modeli

Yap-işlet modeli, kamu ile özel sektör arasında yapılan Sözleşme gereğince bir eserin, özel sektör tarafından finans edilerek yapıldığı, işletildiği ve eser mülkiyetinin özel sektörde kaldığı bir modeldir⁵⁰. Bu modelde işletme hakkı devri değil, işletme hakkının verilmesi söz konusudur⁵¹.

Türkiye’de elektrik enerjisi üretiminde yararlanılmakta olan Yİ modeli⁵²; 4283 sayılı Kanun’un 2. m. hükmünde “*Elektrik enerjisi santrallerinin üretim şirketleri mülkiyetlerinde kurulmalarını, işletilmelerini, üretilen elektrik enerjisinin belirlenecek esas ve usuller çerçevesinde satışını içeren model...*” olarak tanımlanmıştır. Yİ modelinde, özel yatırımcıya kendi maliki olduğu taşınmaz üzerinde termik santral kurma ve bu santrali işletme izni verilmekte, üretilen elektrik ise devlet tarafından satın alınmaktadır. Sözleşmenin sona ermesiyle, tesis özel sektörde kalmaya devam etmektedir⁵³. Bir diğer deyişle bu model, TEAŞ’ın bir termik santralin kurulması ve işletilmesine ilişkin olarak çıktığı ihaleyi kazanan elektrik enerjisi üretim şirketinin (özel şirket), idare tarafından gösterilen taşınmaz üzerinde (taşınmazın maliki elektrik enerjisi üretim şirketi (özel şirket) olmak kaydıyla) kendisinin temin ettiği finansman ile bir elektrik enerjisi üretim tesisi (termik santral) kurması ve bu tesisi TEAŞ’ın elektrik enerjisi satın alma taahhüdü altında belirli bir süreliğine işletmesidir⁵⁴. Bu model, bir

⁵⁰ BAYAZIT, s. 137.

⁵¹ EVREN, Çınar Can, Kamu-Özel İşbirlikleri – Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Sözleşme Yoluyla Gördürülmesinin Hukuki Rejimi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 491.

⁵² Yİ modeline ilişkin mevzuat düzenlemeleri için bkz. 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun” (“4283 sayılı Kanun”) için bkz. RG. 19.7.1997 T., 23054 S.; “Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik”tir (Yap-İşlet Yönetmeliği) için bkz. RG. 29.8.1998 T., 23095 S.

⁵³ T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, KÖİ Uygulamaları 2018, s. 24.

⁵⁴ KAPLAN, İbrahim, İnşaat Sözleşmeleri Hukuk ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013 (İnşaat Sözleşmeleri), s. 300.

finansman modeli olmaktan ziyade, bir ruhsat niteliğinde değerlendirilmektedir⁵⁵. Devir unsurunun gerekli olmadığı düşüncesiyle yaratılmış bir modeldir⁵⁶.

İki KÖİ yöntemi arasındaki başlıca farklılıklar; tesisin mülkiyeti, özel şirketin işletme dönemindeki gelir yöntemi, tesisin devir durumu ve kamu hizmetinin ifası hususlarında ortaya çıkmaktadır. Yİ modelinde kurulacak tesisin mülkiyeti özel şirkette iken, YKD modelinde mülkiyet Hazine’de kalmaktadır. Bunun yanı sıra özel şirket kazancını, Yİ modelinde ürettiği elektrik enerjisini TEAŞ’a satarak sağlarken, YKD modelinde idareden aldığı hizmet ve kira ödemeleri ile sağlamaktadır. Buna ek olarak, sözleşme süresinin sonunda YKD modelinde tesisin idareye devri öngörülmekteyken, Yİ modelinde tesisin mülkiyeti özel şirkette kalmaktadır. Son olarak, Yİ modelinde kamu hizmeti özel şirket tarafından ifa edilirken, YKD modelinde kamu hizmeti olan sağlık hizmeti idare tarafından ifa edilmektedir.

2. Yap-İşlet-Devret(YİD) Modeli

YİD modeli, kamu ve özel sektör işbirliği ile bir kamu hizmeti veya bayındırlık işi için masrafları özel yatırımcının uhdesinde olmak kaydıyla bir tesisin kurulması, işletilmesi, özel yatırımcının sermayesinin amorti edilmesi ve belirli bir kâr seviyesine ulaşması sonrasında özel yatırımcının tesisi kamuya devretmesine dayanan bir rejimdir⁵⁷. YİD modeli; *“ileri 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 ödenmesidir”*⁵⁸. YİD modelinin Türkiye’de

⁵⁵ BAYAZIT, s. 137.

⁵⁶ EVREN, s. 490.

⁵⁷ BAYAZIT, s. 135.

⁵⁸ 3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun (“3396 sayılı Kanun”) m. 3 (a) için bkz. RG. 13.6.1994 T., 21959 S.

uygulama alanı bulduğu başlıca alanlar,köprü, tünel, baraj, otoyollar olarak sıralanabilir⁵⁹. Bu model aynı zamanda yatırım taahhütlü işletme hakkı verilmesi şeklinde nitelendirilmektedir⁶⁰.

Bir kamu hizmeti işletme usulü⁶¹olan YİD yöntemi,kamunun maliki olduğu arazi üzerinde özel sektöre bir tesis yapma hakkı vermesi, yatırımdaki riskin kamu ve özel arasında paylaşılması, özel sektörün tesisi belirli bir süre kendi sorumluluğunda işletmesi, bakım ve onarımını yapması, sürenin bitiminde ise işletmenin her türlü varlığını karşılıksız olarak kamuya devretmesidir⁶².Bu model bir başka ifade ile, idareye ait bir projenin yatırımını üstlenen bir özel şirketin,idareden herhangi bir bedel talep etmeksizin kendi temin edeceği finansman ile yatırım yapması, idarenin kendisine sağladığı kamu hizmeti ifa yetkisi ile tesisi işleterek tesisten yararlananlardan gelir elde etmesi ve sözleşme süresi sonunda tesisi idareye devretmesidir⁶³.

YKD ile YİD modeli arasındaki farklılıklar, özel şirketin gelir yöntemi ve kamu hizmeti ifa eden taraf bakımından belirlemektedir. Özel şirket gelirini, YİD modelinde tesis kullanıcılarından sağlarken, YKD modelinde idareden aldığı hizmet ve kira ödemelerinden sağlamaktadır. Bunun yanı sıra, hem Yİ hem de YİD modellerinde kamu hizmetini sunma konusunda özel şirkete imtiyaz sağlanırken, YKD modelinde özel şirket kamu hizmeti ifade etmemekte, yalnızca sağlık tesisinin destek hizmetlerini ifa etmektedir.

⁵⁹ YİD modelinin Türkiye’de uygulama alanı bulduğu alanlar için bkz. 3396 sayılı Kanun’un 2. m. hükmü.

⁶⁰ SARISU, Kamu & Özel İşbirlikleri, s. 275.

⁶¹ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2005, s. 462.

⁶² T.C. Kalkınma Bakanlığı, KÖİ Komisyon Raporu 2018, s.24; FARQUHARSON/TORRES DE MÄSTLE/YESCOMBE/ENCINAS; s.150, USTA, Sefa, BİLGİÇ, Erdal, “Yerel Yönetimlerde Hizmet Sunumu: Kamu Özel Ortaklığı Modeli”, SDÜSBED, 2016/1, S. 23, ss. 249-268, s. 252.

⁶³ KAPLAN, İnşaat Sözleşmeleri, s. 9.

3. İşletme Hakkı Devri

İşletme hakkının devrinde, kamu mevcut bir tesisinin işletme hakkını belirli bir süre için ve belirli bir bedel karşılığında özel sektöre devretmekte fakat tesisin mülkiyeti kamuda kalmaktadır⁶⁴.

İşletme hakkının devrini YKD modelinden farklı kılan unsur, işletme hakkının devredilmesinde özel şirkete mevcut bir tesisin işletme hakkı devredilmekte iken, YKD modelinde özel şirket yeni bir tesis inşa etmekte yahut mevcut bir tesisi yenilemekte ve tesisin işletme dönemi süresince belirli hizmetler ifa edilmektedir.

III. SAĞLIK TESİSİ PROJELERİNDE UYGULANAN YKD MODELİNİN TÜRKİYE’DEKİ MEVZUAT TARİHÇESİ

A. Ek madde 7

2005 yılında “3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu” (“3359 sayılı Kanun”) na eklenen Ek 7’inci madde ile⁶⁵, yapılmasının gerekli olduğuna karar verilen sağlık tesislerinin gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kiralama karşılığı yaptırılabilceği düzenlenmiştir⁶⁶. Ek 7. madde, Türkiye’de YKD modeline ilişkin olarak yürürlüğe konulan ilk yasal düzenleme olmuştur. Böylelikle, ülkemizde 1990’lı yıllardan bu yana uygulanmakta olan üç KÖİ modeli olan YİD, Yİ ve İHD modellerine bir yenisi eklenerek, YKD modeli dördüncü finansman modeli olarak Türk mevzuatı

⁶⁴ İşletme hakkı devrine ilişkin mevzuat düzenlemeleri için bkz. 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun (RG. 22.1.2000 T., 23941 S.), 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun (RG. 27.11.1994 T., 22124 S.), 5335 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 33. m. hükmü (RG. 27.4.2005 T., 25798 S.); EVREN, s. 479; AYANOĞLU, Taner, “İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”, İÜHF, 2007, Cilt LXV, S. 1, ss. 3-38, s. 5.

⁶⁵ RG. 15.07.2005 T., 25876 S.

⁶⁶ Ek 7. maddenin 1. fıkrasında; “Yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesisleri, Sağlık Bakanlığınca verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kırkdokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı...” yaptırılabilceği düzenlenmiştir.

içerisindeki yerini almıştır. YKD modeli ilk olarak sağlık tesisi projelerinde uygulanır hale getirilmiştir. Ek 7. maddenin yürürlüğe girmesini takiben mülga “*Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yapıtılması ile Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik*” (“Mülga KÖİ Yönetmeliği”)⁶⁷ yürürlüğe girmiştir.

Ek 7’inci maddenin dar kapsamlı tutulması itibarıyla getirilen sistem detaylandırılmamıştır. Fakat kanun kapsamına alınan sağlık tesisi projeleri için gerçekleştirilecek yatırımların “*kiralama karşılığı*” yaptırılacağı düzenlenerek modelin genel yapısı belirlenmiştir. Modele ilişkin olarak getirilen mevzuat hükümlerinde özel şirket lehine arazi üzerinde temin edilecek üst hakkının süresi ile, tesisin kiralama süresinin 49 yılı geçmeyeceği öngörülmüştür.

B. 6428 Sayılı Kanun

3359 sayılı Kanun’a eklenen Ek 7. madde ve Mülga KÖİ Yönetmeliği’nin bazı maddeleri ve aynı zamanda bu mevzuat hükümleri çerçevesinde çıkılan bazı entegre sağlık kampüsü projelerinin ihalelerinin⁶⁸ iptali istemi ile, Türk Tabipler Birliği tarafından T.C. Sağlık Bakanlığı ile Başbakanlık aleyhinde Danıştay nezdinde iptal davaları açılmıştır. Derdest davaların yanı sıra, daha kapsamlı ve güncel ihtiyaçları karşılar müstakil bir kanuna ihtiyaç duyulması nedeni ile, 6428 sayılı Kanun çıkartılmıştır. 6428 sayılı Kanun’un yürürlüğe gitmesi ile YKD modeli detaylı bir kanuni zemine oturtulmuştur.

⁶⁷ RG. 22.07.2006 T., 26236 S.

⁶⁸ Açılan iptal davaları, 30.06.2011 tarihinde yapılan “Ankara Etlik Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İş”, 16.09.2011 tarihinde yapılan “Elazığ Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ve Ürün ve Hizmet Temin Edilmesi İş”, 10.10.2011 tarihinde yapılan Ankara Bilkent Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İş” ihale işlemlerinin iptali istemine ilişkindir. Mezkur davalar süreci hakkında detaylı bilgi için bkz. SÖZER, A. Nazım, “Sağlıkta Yeniden Yapılanmanın (Özelleştirmenin) Devamı Olarak Şehir Hastahaneleri”, DEÜHFD, 2014, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, ss. 215-253, s.223-230.

6428 sayılı Kanun, sağlık tesislerinin YKD finansman yöntemi aracılığı ile yapılmasına veya yenilenmesine ilişkin usul ve yöntemleri bir bütün şeklinde düzenlemiştir. Bu kanun ile “kiralama karşılığı” kavramı terk edilmiş ve KÖİ modeli ismi ilk defa zikredilmiştir. 6428 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesi ile beraber, 3359 sayılı Kanun Ek 7. madde yürürlükten kaldırılmış ve bu maddeye yapılan her atfın 6428 sayılı Kanun’a yapılmış sayılacağı düzenlenmiştir. Sonrasında 6428 sayılı Kanun’un tamamıyla iptali ve proje şirketi tarafından ifa edilen hizmetlerin niteliği, proje sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi niteliği ve YKD modeli projelerde uygulama alanı bulan borç üstlenim mekanizması gibi, YKD modelinin temel prensiplerinin düzenlendiği yasa hükümlerinin iptali istemi ile Cumhuriyet Halk Partisi tarafından Anayasa Mahkemesi nezdinde iptal davası açılmıştır. Dava, 6428 sayılı Kanun’un iptali istemi reddedilerek ve yalnızca 6428 sayılı Kanun’un 4/4. m. hükmünde yer alan “...veya denetletir.” ibaresinin Anayasa’nın 2. m. hükmüne aykırı olduğu gerekçesi⁶⁹ ile iptal edilerek neticelenerek kesinleşmiştir⁷⁰.

C. KÖİ Yönetmeliği

KÖİ Yönetmeliği’nin Resmi Gazete’de yayımlanması ile, eski yönetmelik (Mülga KÖİ Yönetmeliği) ilga edilmiştir. Böylelikle, KÖİ Yönetmeliği ve 6428 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesi ile YKD modelinin hukuki ve finansal yapısı belirlilik kazanmıştır. KÖİ Yönetmeliği ile 6428 sayılı Kanun, mülga Ek 7. madde ile Mülga

⁶⁹AYM’nin 1.4.2015 tarihli kararında“...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 getirmediğinin 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....” denilmektedir.

⁷⁰ 6428 sayılı Kanun’un iptali istemi ile AYM nezdinde açılan dava 1.4.2015 tarihli AYM kararıyla reddedilerek, aynı zamanda Anayasa denetiminden geçmiş ve mezkur karar kesinleşmiştir (AYM’nin 1.4.2015 T., E.2013/50, K.2015/38 S. kararı için bkz. RG. 15.4.2015 T., 29327 S.).

KÖİ Yönetmeliği'nden farklı olarak üst hakkı süresini ve kira süresini azami otuz yıl olarak belirlemiştir. Aynı zamanda her iki hukuki düzenleme içerisinde, proje sözleşmesinde hâkim hukukun Türk hukuku olacağı, uyuşmazlık çözüm sürecinde Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinin yetkili olacağı düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde tahkim yetkilendirmesinin yapılması mümkün kılınmıştır. Buna ilaveten, proje şirketinin proje sözleşmesi hükümlerini ihlali durumunda idare ile finansman sağlayanların sahip oldukları haklara ilişkin genel bir çerçeve çizilmiştir. KÖİ Yönetmeliği aynı zamanda YKD modeli çerçevesinde finansman sağlayanların sahip olduğu “*müdahale hakkı*”nın kavramına yer veren ilk düzenleme olmuştur.

IV. SAĞLIK TESİSİ PROJELERİNDE UYGULANAN YKD MODELİNİN FİNANSMANI VE MODELİN TARAFLARI

A. Sağlık Tesisleri Projelerinde Uygulanan YKD Modelinin Finansmanı

T.C. Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının, şehir hastanesi projesi veya entegre sağlık kampüsü olarak da bilinen sağlık tesisi yapımı ve işletilmesine ilişkin projelerini hayata geçirmek için özel bir finansman yöntemi geliştirmesi ile, YKD modeli Türkiye’de ilk kez sağlık sektöründe uygulanmaya başlanmıştır⁷¹. Bu modelin tercih edilmesindeki sebep, yüksek maliyet gerektiren, uzun süreli ve oldukça riskli⁷² bu yatırımlar için, proje finansmanı tekniklerinin diğer finansman yöntemlerine göre daha kullanışlı bir yöntem olarak kabul görmesidir. Öz kaynak yatırım riskinin, kredi borçlanmasından daha fazla olması sebebiyle, yatırımcının taşıyacağı öz kaynak riskinin daha yüksek olacağı öngörüldüğünden, yatırımcı projeden daha yüksek bir getiri

⁷¹ Adana, Isparta, Eskişehir, Kayseri, Mersin, Yozgat, Ankara Bilkent, İstanbul Başakşehir, Manisa, Bursa, Elazığ, Konya Karatay, Tekirdağ Şehir Hastaneleri olmak üzere on üç şehir hastanesi işletme dönemine geçmiştir, <https://sygm.saglik.gov.tr/TR,33960/sehir-hastaneleri.html> (E.T. 2.9.2021).

⁷² Sağlık tesislerinin taşıdığı riskler, sözleşmeye dayalı ve yasal riskler, finansal riskler, inşaatın riski, pazar riski, işletme ve performans riski, sponsor riski, planlama, geliştirme mühendislik riski olarak gösterilebilir, bu hususta bkz. ROSSI/STEPIC, s. 43.

beklentisi içerisinde girmektedir. Bu nedenle öz kaynak temini kredi borcundan daha maliyetli olacağı için, bir proje ne kadar fazla finansman sağlayabilirse, yatırımcı için toplam fonlama maliyeti o kadar düşük olacaktır. İşte bu sebeple, bu projelerde yüksek oranda kredi temin edilebilmesi için “*proje finansmanı*” finansman modeli tercih edilmektedir. Benzer şekilde, sağlık sektöründe bu modelin uygulanması için yararlanılan finansman yöntemi ise proje finansmanıdır (project finance)⁷³. Dolayısı ile proje finansmanı ilkesine dayanan bu projelerde, proje finansmanı teknikleri kullanılmaktadır⁷⁴.

Proje finansmanı yeni bir projenin inşası yahut mevcut bir projenin geliştirilmesi için gereken finansal kaynağın yeterli ve uygun şartlar dahilinde sağlanmasıdır⁷⁵. Bir başka ifade ile proje finansmanı, büyük ölçekli projelerde projenin ileride sağlayacağı gelire odaklı, uzun vadeli bir geri ödeme mekanizması olan bir tür borçlanma yöntemidir⁷⁶. Maden, enerji ve diğer endüstriyel ve kalkınma projeleri, hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkelerde proje finansmanı ile finanse edilmektedir⁷⁷. Proje finansmanında, kredi talebinde bulunan şirkete, şirketin gelecekteki nakit akışı ve krediye teminat oluşturacak varlıkları göz önünde bulundurularak kredi sağlanmaktadır⁷⁸. Krediye teminat oluşturan varlıklara ilişkin teminat paketi (security package), projenin veya finansmanın düzgün işlememesi durumuna karşı oluşturulan bir

⁷³Proje finansmanı, bir projenin yarattığı nakit akışlarına itibar eden yatırımcıya getiri sağlayan ve finansman sağlayanların borç servisini sağlayan bir finansman tekniğidir. Bu hususta bkz. **CLEWS**, Robert, *Project Finance for the International Petroleum Industry*, First Edition, Academic Press, 2016, s. 3; Bu hususta ayrıca bkz. **GATTI**, Stefano, *Project Finance In Theory and Practice : Designing, Structuring, and Financing Private and Public Projects*, Second Edition, Academic Press, 2012; **DEWAR**, John, *Project Financing and the International Financial Markets*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

⁷⁴**BAYAZIT**, s. 46-52.

⁷⁵**TEKER LEBLEBİCİ**, Dilek, “*Sağlık Sektöründe Proje Finansman Modelleri: Türkiye İçin Bir Model Önerisi ve Bir Hastane Projesinin Fizibilite Analizi*”, *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, 2008, S. 37, ss. 1-18, s. 2.

⁷⁶**YOUNG**, s. 137, **FARQUHARSON/TORRES DE MÄSTLE/YESCOMBE/ENCINAS**, s. 54, **MADYKOV**, Murat, “*Step-in Right as a Lender Protection Mechanism in Project Financed Transactions*”, *DePaul Business and Commercial Law Journal*, 2015, Volume 13, Issue 2, Article 3, s. 274.

⁷⁷**MADYKOV**, s. 274.

⁷⁸**NASSAR**, Nagla, “*Project Finance, Public Utilities, and Public Concerns: A Practitioner’s Perspective*”, *Fordham International Law Journal*, 1999, Volume 23, Issue 6, Article 6, s. 62.

güvenceler bütünüdür. Bu güvence kredi borçlusu proje şirketi tarafından finansman sağlayanlar lehine temin edilmektedir. Teminat paketi (security package)'nin içeriği, proje şirketi hisselerinin, banka hesaplarının rehni, alacakların devri, üst hakkının ipotek edilmesi ve doğrudan anlaşmalar olarak sıralanabilir⁷⁹.

Kamuda büyük ölçekli projelerde proje finansmanının tercih edilmesindeki nedenlerden biri, proje için temin edilecek finansmandan kaynaklanan anapara, faiz ve her türlü finansman giderinin geri ödenmesinin proje şirketine ait olmasıdır. Bu modelin idare için bir diğer avantajı ise bu projelerin, devlet fon ve varlıklarına başvurmadan idareye iş fırsatları, işgücü iyileştirme, altyapı geliştirme ve diğer kazançlar sağlamasıdır⁸⁰.

Alternatif bir finansman mekanizması olan proje finansmanı, genellikle gayrikabili rücu finansman (non-course)⁸¹ ve sınırlı rücu finansman (limited recourse)⁸² olarak çeşitlendirilebilir. Finansman sağlayanların önceliği yalnızca proje ile sınırlı olup, projenin nakit akışına ve sponsorların proje şirketine proje için temin ettiği öz kaynağa itibar etmektedirler. Bir başka deyişle, kreditorler proje şirketine sağladıkları kredinin geri ödemesini proje şirketinin veya hissedarların kredilendirilebilirliğini esas alarak değil, projenin kredilendirilebilirliğini, projenin ekonomik değerini ve olası nakit akışını dikkate alarak hesap etmektedirler⁸³. Büyük ölçekli projelerde kullanılan bu finansman modelinde gelirin genellikle yüksek olması dolayısı ile, bu yöntem bir anlamda bu modellere özgülenmiştir.

⁷⁹ **GATTI**, s. 265-273.

⁸⁰ **YOUNG**, Grace Chinyere, Understanding the Legal Fundamentals of Project Finance Contracts, Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence, 2014, s. 142.

⁸¹ Gayrikabili rücu finansmanı; bir projenin borcu veya yükümlülükleri dolayısıyla projenin sponsorlarının varlıklarına rücu mekanizması olmayan bir finansman şeklidir. Bu yapıda, proje sponsorunun proje borcunu geri ödeme ya da faiz ödemesi yapma konusunda doğrudan bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Gayri kabili rücu finansmanı hakkında daha detaylı bilgi için bkz. **FIGHT**, s. 3-4; Gayrikabili rücu finansman modellerinde herhangi bir teminat vermeyen sponsorların tek finansal yükümlülüğü, proje şirketine özkaynak temin etmektir, bkz. **YESCOMBE**, s. 180.

⁸² Sınırlı rücu proje finansmanı ise, proje sponsorlarının sınırlı sorumluluk ve yükümlülüklerinin olduğu bir finansman şeklidir, bkz. **FIGHT**, s. 4; Sınırlı rücu finansmanında, sponsorlar bazı durumlarda finansman sağlayanlara belirli teminatlar sağlayabilirler. Sınırlı rücu finansmanında sponsorlar tarafından temin edilen teminatlara dair detaylı bilgi için bkz. **YESCOMBE**, s.180; **DEWAR**, s.381.

⁸³ **YOUNG**, s.137; **YESCOMBE**, s. 7.

Bu finansman yapısında sponsorlar tarafından proje finansmanı ile ilgili tüm hak ve yükümlülüklerden sorumlu olacak bir özel amaçlı şirket (proje şirketi-special purpose vehicle (SPV)) kurulmakta, bu özel amaçlı şirketinin mali durumu, ileride oluşacak nakit akışına göre belirlenmekte, finansman sağlayanların sponsorlara rücu hakkı bulunmamakta, risk analizi ve dağıtımı yapılmakta, her bir işlem için danışman desteği zorunlu olmakta, finansman sağlayanlara hesap rehni, pay rehninin de içinde olduğu bir güvenlik paketi sağlanmaktadır⁸⁴.

Proje finansmanını diğer finansman yöntemlerinden ayıran bir başka özellik, kredinin özel amaçlı bir şirket olarak kurulan ve yalnızca proje özelinde faaliyet gösteren, hukuki ve ekonomik açıdan bağımsız olan bir tüzel kişi tarafından temin edilmesidir⁸⁵. Proje şirketinin sponsorların diğer işleri ile ilgili faaliyet göstermemesi ve yalnızca proje odaklı faaliyetlerde bulunması dolayısı ile, proje süresi boyunca nakit akışında şeffaflık ve yönetimde açıklık sağlanmaktadır. Proje şirketinin ayrı bir şirket olarak kurulmasının bir diğer avantajı ise, proje şirketinin varlıklarının hissedarlarının bilançolarından tamamen ayrı olmasıdır.

B. Sağlık Tesisi Projelerinde Uygulanan YKD Modelinin Tarafları

Proje finansmanının risk transferi esasına dayanan aktarmalı sözleşme yapısı oldukça karmaşık bir yapıya sahiptir⁸⁶. Bundan ötürü, proje finansmanı genellikle “*sözleşme finansmanı*” olarak da adlandırılır⁸⁷. Proje şirketinin taşıdığı risklerin alt yüklenicilere dağıtılması ve yapının doğru şekilde kurgulanması oldukça önemlidir. Risk dağıtımı, her bir riskin sonuçlarının üstesinden gelme sorumluluğunun, sözleşmenin ilgili tarafına aktarılması veya riskle başa çıkma konusunda koruyucu bir

⁸⁴ ROSSI/STEPIC, s.12.

⁸⁵ ROSSI/STEPIC, s.8.

⁸⁶ YESCOMBE, s. 18.

⁸⁷ MERNA/CHU/AL-THANI, s. 14.

mekanizma yaratılmasıdır⁸⁸. Risk dağıtımının sağlanamaması halinde hem dokümantasyonun hem de hukuk sisteminin yetersiz kalması kreditorler bakımından yasal risk teşkil edecektir⁸⁹.

Bu yapıda, idareye karşı tek muhatap olarak kesintisiz hizmet sunacak olan ve riskin farklı alt yüklenicilere entegre edilmesi sürecini yönetecek olan taraf proje şirkettir. Projenin başarısız olması durumunda, proje sözleşmesine istinaden idarenin muhatabının proje şirketi olması sebebiyle, riski alt yüklenicilere dağıtmak proje şirketinin sorumluluğundadır. Bu nedenle finansman sağlayanlar, proje şirketinin alt yüklenicilerinin birbiri ile uyumlu olduğundan ve proje şirketinin yönetimi konusunda yeterli istihdamın sağlandığından emin olmak isterler⁹⁰.

Proje şirketi altında kurulan altyüklenici mekanizmasının bir diğer sebebine gelindiğinde proje şirketi proje sözleşmesi süresince tesisin inşa edileceği taşınmaz üzerinde üst hakkına sahip olmaktadır. Bunun sonucunda, sağlık tesisi ve bu taşınmaza ilişkin doğacak sorumluluk proje şirketine ait olacağından risk aktarımı ilkesi gereğince proje şirketinin taşıdığı bu riskler proje şirketi tarafından müteahhit firma ve işletme ve bakım şirketi gibi alt yüklenicilerine intikal ettirilir.

Projedeki altyükleniciler ve üçüncü taraflar da göz önünde bulundurulduğunda, sağlık tesisi projelerinde uygulanan YKD modelinin başlıca tarafları; proje şirketi, idare, finansman sağlayanlar, müteahhit firma, işletme ve bakım şirketi, sponsor(lar) ve danışmanlar olarak sıralanabilir

⁸⁸ GRIMSEY/LEWIS, s. 15.

⁸⁹ TINSLEY, s. 278.

⁹⁰ FARQUHARSON/TORRES DE MÄSTLE/YESCOMBE/ENCINAS, s. 58-59.

1. Proje Şirketi (Özel Amaçlı Şirket / Special Purpose Vehicle (SPV))

Proje şirketi, projeyi inşa etmek ve işletmek üzere kurulan özel amaçlı bir şirkettir⁹¹.6428 sayılı Kanun'un 1/2. m. hükmünde; *“İhale sonucunda idare ile imzalanacak sözleşmenin tarafı olan, faaliyet alanı sözleşme konusu ile sınırlı bulunan ve üzerine ihale bırakılan yüklenici tarafından kurulan anonim şirketi”* olarak tanımlanmakta olan proje şirketi, proje finansmanındaki tüm sözleşme ve finansal ilişkilerin merkezinde yer alan taraftır⁹². Diğer bir deyişle proje şirketi, projenin sahibi olan, projeyi geliştiren, inşa eden, işleten ve bakımını yapan tüzel kişidir⁹³.Kamu özel işbirliği yapısının, yalnızca kamu sektörü ile özel sektör arasındaki sözleşme ilişkisini değil, aynı zamanda özel sektör tarafları arasındaki ilişkiyi düzenleyen sözleşmeler ağını ve mevcut risklerin tahsisini de kapsaması nedeni ile proje şirketi, tüm bu ilişkiyi özel sektörde bir araya getiren araçtır⁹⁴.

Uygulamada bir sağlık kampüsünün hayata geçirilmesine yönelik olarak sağlık tesisinin tasarımı, inşası, inşaat bedelinin finansmanı, tesisin işletme dönemi süresince ifa edilecek belirli hizmetlerin temini ve ticari alanların işletilmesi için, ilgili mevzuat çerçevesinde idare tarafından çıkılan ilana icabet eden istekliler, ilana uygun olarak mesleki, teknik, ekonomik ve mali açıdan ön yeterlik değerlendirmesine tabi tutulmaktadırlar. İhaleye yerli ve yabancı yatırımcıların katılımı mümkün kılınmaktadır. Bu değerlendirme sonucunda yeterli bulunan istekliler teklif vermeye davet edilmektedirler. Bu istekliler, ihale dokümanını gözden geçirerek teknik ve finansal tekliflerini sunmakta, ihale komisyonu, en uygun teklifi tespit etmektedir. İhale komisyonu kararının onaylanmasının ardından ihaleyi kazanan istekliden, ihale dokümanında belirtilen niteliklere sahip özel amaçlı bir şirketi kurması beklenmekte ve kurulan bu proje şirketi proje sözleşmesini imzalamak üzere sözleşmeye davet

⁹¹ YESCOMBE, s. 340.

⁹² YESCOMBE, s. 39.

⁹³ YOUNG, s. 141.

⁹⁴ FARQUHARSON/TORRES DE MÄSTLE/YESCOMBE/ENCINAS, s.57-58.

edilmektedir. Sözleşmenin imzalanması ile idarenin bundan sonraki muhatabı proje şirketi olmaktadır.

Proje şirketinin genellikle projede ev sahipliği yapan ülkede kurulan bir şirket olması nedeni ile, proje şirketi kurulduğu ülkenin yasalarına tabidir. Proje şirketi, hissedarları tarafından kontrol edilen bir şirket olduğu için kontrol mekanizması şirket ana sözleşmesi (articles of association), ortaklık girişim sözleşmesi (joint venture agreement) veya hissedarlar sözleşmesi (shareholders agreement) altında düzenlenebilir veya yerel yasalara tabi tutulabilir⁹⁵. Hissedarlar genellikle proje şirketinin kurulmasını proje ile ilgili sorumluluklarını sınırlandırmak için tercih ederler. Nitekim, 6428 sayılı Kanun da proje kapsamında özel amaçlı bir şirketin kurulmasını zorunlu hale getirmiştir.

Özel amaçlı bir şirket olan proje şirketi, yalnızca belirli bir projeye özgü olarak kurulduğu için kuruluş amacı çerçevesinde yürütmesi gereken iş veya faaliyetler haricinde faaliyet gösterememektedir. Bu nedenle proje şirketi, proje ile bağlantılı faaliyetler haricinde faaliyet gösteremeyen ayrı bir tüzel kişiliktir.

Bir proje finansmanı anlaşmasında tek bir taraf bir dizi rolü üstlenebilmektedir⁹⁶. Bunun en tipik örneği proje şirketidir. Öyle ki, proje şirketitarafı olduğu her bir anlaşmaya göre farklı rollere bürünmektedir. Örneğin, proje sözleşmesi çerçevesinde idareye karşı hem müteahhit, hem kiraya veren hem de hizmet sağlayan rolündeki proje şirketi, inşaat sözleşmesi çerçevesinde müteahhit firmaya karşı iş sahibi, işletme bakım sözleşmesinde hizmet alan, kredi anlaşmaları tahtında ise, kredi verenlere karşı kredi borçlusu konumundadır.

⁹⁵ **FIGHT**, s. 11.

⁹⁶ **GATTI**, s. 7.

2. Yatırım Sahibi (İdare)

YKD modeliyle yapımı veya yenilenmesi üstlenilen sağlık tesisi projelerinde yatırım sahibi olan idare, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatlarının ilgili birimi ve taşra teşkilatlarına bağlı sağlık kurum ve kuruluşlarıdır⁹⁷. Yatırım sahibi, projenin bulunduğu yerin idaresidir. İdare, genellikle proje içerisinde izin, lisans ve yetki çıkaran, yasal sistemi ve mevzuatı ile proje için gerekli ticari ve siyasi ortamı sağlayan⁹⁸, araziye ulaşım, ısı, su gibi temel olanaklar sağlayan taraftır⁹⁹. İdare bu yapıda, çekirdek hizmet¹⁰⁰ olarak nitelendirilen sağlık hizmetini sunmakta, sağlık tesisini kullanımı karşılığında proje şirketine kira bedeli ödemekte, proje şirketine sunduğu destek hizmetleri itibari ile hizmet ödemesi yapmakta ve işletme dönemi sonunda ise sağlık tesisinin sahibi olmaktadır¹⁰¹. İdare bu projelerde esasen ihtiyaç sahibi ve sözleşmeci taraftır¹⁰².

1970’li yıllardan bu yana özelleştirme politikalarının artması ile, kamu hizmeti anlayışı değişime uğramış, idare kamu hizmetini daha verimli ve etkin ifa etmek için çözüm yolları aramıştır. Dolayısı ile idare sağlık hizmetini ifa etmek üzere proje şirketi ile işbirliği tesis ederek her iki tarafın karşılıklı katılımı ile entegre sağlık kampüsleri inşa etmek ve işletmektedir.

3. Finansman Sağlayanlar (Kreditörler)

6428 sayılı Kanun gerekçesinde değinildiği üzere, “...Kamu özel işbirliği modellerindeki, yüksek ölçekli kamu yatırımlarının finansmanının özel sektör tarafından

⁹⁷ 6428 sayılı Kanun’un 1/2 (f) m. hükmünde idare; “Bakanlık ve bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatlarının ilgili birimi ile taşra teşkilatlarına ait sağlık kurum ve kuruluşları...” şeklinde tanımlanmıştır.

⁹⁸ YOUNG, s. 142-143.

⁹⁹ YOUNG, s.142.

¹⁰⁰ KARASU, s. 226; ERBAŞ Özgür, YAVUZ, Cavit IŞIK, İLHAN, Bayazıt, Soru ve Yanıtlarla Sağlıkta Kamu Özel Ortaklığı, 1. Baskı, Ankara, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, 2012, s. 8; KARAHANOGULLARI, Onur, s. 193.

¹⁰¹ FIGHT, s. 30.

¹⁰² BAYAZIT, s. 39.

*sağlanarak hayata geçirilmesi esasına paralel olarak, madde ile, Kanun kapsamında gerçekleştirilecek her türlü yatırım için gereken finansmanın yüklenici tarafından karşılanması öngörülmüştür...*¹⁰³. Dolayısı ile sağlık tesisinin yapımı ve işletmesiharicinde proje şirketinin ifa etmekle yükümlü olduğu bir diğer edim ise finansmanı teminidir. 6428 sayılı Kanun'un 6/1. m. hükmü uyarınca; *“Yüklenici, sözleşme konusu işlerle ilgili gerekli tüm finansmanı sağlamakla yükümlüdür. Yüklenicinin bu Kanun kapsamında gerçekleştireceği yapım işleri için tahsis edeceği öz kaynak oranı, yatırım dönemi süresince sözleşmede belirtilen dönemsel yatırım tutarının yüzde yirmisinden az olamaz.”*. Görüldüğü üzere, 6428 sayılı Kanun ile proje finansmanlarında oldukça yaygın sermaye kompozisyonu olan %80 borç, %20 özsermaye oranı işaret edilmiştir¹⁰⁴.

Finansman sağlayanların proje finansmanı dâhilinde sahip oldukları hak ve yükümlülüklerle ilişkin genel esasların 6428 sayılı Kanun ve KÖİ Yönetmeliği'nin ilgili hükümlerinde değinilmiş olmasına karşın, finansman sağlayanların tanımına yer verilmemiştir. Lakin, Eğitim Tesisleri Yönetmeliği içerisinde bu tanıma yer verilerek, finansman sağlayanlar *“projenin gerçekleşmesine yönelik olarak yükleniciye finansal kaynak sağlayan kurumları”* olarak tanımlanmışlardır.

Finansman sağlayanlarprojenin finansörü olup, projenin finansmanı için gereken krediyi sağlayan taraftır¹⁰⁵. Proje finansmanında genelde birden fazla finansman sağlayanlar yer almakta, finanse edilen büyük projelerin çoğunluğu finansmanın sendikasyonunu¹⁰⁶ gerektirmektedir. Finansman sağlayanlar, ticari bankalar ve finans kuruluşlarını bir araya getirebilirler¹⁰⁷.Sendikasyon kredisi, finansman sağlayanlar tarafında birden çok kuruluşun yer aldığı ve böylelikle kredinin geri ödenmesine ilişkin

¹⁰³ 6428 sayılı Tasarısı, s. 8.

¹⁰⁴ **TEKER LEBLEBİCİ**,s. 2.

¹⁰⁵ **YOUNG**, s.142.

¹⁰⁶ **FIGHT**, s. 13.

¹⁰⁷ **FIGHT**, s. 13.

riski paylaştıkları bir kredi tedarik yöntemidir¹⁰⁸. Proje finansmanında hedef, birden çok finansman sağlayanların tek bir kredi anlaşması altında toplanmasıdır¹⁰⁹. Finansman sağlayanların, ilgili projeye ev sahipliği yapan ülkenin bankalarından seçilmesi zorunlu olmamakla birlikte, projenin niteliğine bağlı olarak, ulusal ve uluslararası bankaların ve finans kurumlarının bu sendikasyona dahil edilmesi genellikle daha faydalıdır¹¹⁰. Bankaların geniş bir ülke yelpazesinden seçilmesi sebebiyle, projeye ev sahipliği yapan hükümetin projeyi kamulaştırarak veya başka şekilde müdahale etmeye çalışarak bu ülkelerle olan ekonomik ilişkileri tehlikeye atması engellenmektedir¹¹¹. Ayrıca yabancı yatırımcılara karşı hedeflenen herhangi bir hükümet politikasının veya yerli bankaları olumsuz yönde etkileyecek gelişmelerin etkisinden kaçınmaya yardımcı olmaktadır¹¹². Ülke güvenliği maksadı ile yabancı bankalar üzerinde kısıtlamaların söz konusu olması halinde ise, projenin hayata geçirileceği ülkedeki bankalar da bu yapıya entegre edilebilmektedir¹¹³.

4. Mütcahit Firma

Proje şirketinin proje sözleşmesi çerçevesindeki yükümlölükleri; idarece onaylanan uygulama projelerine uygun olarak sağıık tesisini inşa etmek, gerekli mekanik, elektronik ve benzer sistemleri temin ve tesis etmek, sağıık tesisi ve ticari faaliyet alanlarını içeren tesislerin tefrişini yapmak, tıbbi ekipman temin etmek ve yapımı tamamlanan sağıık tesisi içerisinde işletme dönemi boyunca tıbbi hizmetler dışındaki hizmetleri ifa etmek ve ticari faaliyet alanlarını işletmektir. Proje şirketinin idareye karşı tek bir sözleşme altında borçlandığı bu edimlerinin teknolojik uzmanlık gerektirmesi nedeniyle, asıl işin bölünerek alt yüklenicilere/alt işverenlere verilmesi işin

¹⁰⁸ AKSOY, Hüseyin Can, Sendikasyon Kredisi Alacaklarının Fer'i Teminatlarla Güvence Altına Alınması, 1. Baskı, Ankara, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 9.

¹⁰⁹ YOUNG, s.142.

¹¹⁰ FIGHT, s. 13.

¹¹¹ YOUNG, s.142.

¹¹² FIGHT, s. 13.

¹¹³ FIGHT, s. 13.

doğası gereğidir. Nitekim, bu ihtiyaca paralel olarak KÖİ Yönetmeliği'nin 13. maddesi ile, proje kapsamında alt yüklenici çalıştırılmasına açık şekilde müsaade edilmiştir¹¹⁴. Üstelik finansman sağlayanlar, kredi verdikleri proje şirketinden, taşıdığı riskleri mümkün olduğu ölçüde alt yüklenicilere aktarmasını şart koşturmaktadırlar. Bu itibarla proje finansmanı kapsamında projenin korunaklı olması (hukuki ve finansal anlamda bağımsız) gerekmektedir¹¹⁵. Bu çerçevede, proje dokümantasyonu tahtında kurulan alt yüklenici mekanizması içerisinde proje şirketi, inşaat yapım işini bir müteahhit firmaya (Contractor)¹¹⁶, diğer bir ifade ile müteahhit firmaya (EPC yüklenicisine)¹¹⁷, işletme döneminde sunması gereken hizmetleri ise, işletme ve bakım şirketine (O&M Company/Operator)¹¹⁸ yaptırabilmektedir.

Proje şirketinin sponsorlarının, yapım işini ayrı sözleşmeler altında düzenleme ve taraflar arasındaki farklı sorumluluklar arasında düzen sağlama deneyimine sahip olmalarına karşın, inşaatın tek bir sorumlu aracılığı ile ifa edilmesi beklenir. Bunun nedeni, işin doğru bir şekilde yapılmaması durumunda oluşacak sorunlarda proje şirketinin, sorumlu birimi tespit gibi anlaşmazlıklar içerisinde yer almasını önlemektir. Bu nedenle, proje finansmanı ile finanse edilen projelerde inşaat sözleşmeleri genellikle proje tasarımı ve mühendislik, tesis veya ekipman tedariki veya üretimi, proje yapımı ve kurulumu şeklinde tek sözleşme altında uygulanmaktadır (örneğin, tam donanımlı ve işletmeye hazır eksiksiz bir proje teslimi için “anahtar teslimi” bir sorumluluk gibi). Bu sözleşme, mühendislik-satın alma-yapım sözleşmesi (Engineering Procurement Construction Contract) (EPC Sözleşmesi) olarak da bilinmektedir¹¹⁹.

¹¹⁴ KÖİ Yönetmeliği'nin 13/1. m. hükmü uyarınca, “İhale konusu işte alt yüklenici çalıştırılmasına izin verilip verilmeyeceği ile işin özelliği nedeniyle alt yüklenicilere yaptırılacak işlerin ve alt yükleniciler ile yapılacak sözleşmenin idarenin onayına sunulacağı ihale dokümanında belirtilir. İşlerin alt yüklenicilere yaptırılması, yüklenicinin bu işle ilgili sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.”

¹¹⁵ ROSSI/STEPIC, s.10.

¹¹⁶ İngilizce kaynaklarda kullanılan EPC contractor teriminin Türkçe karşılığı EPC yüklenicisidir.

¹¹⁷ Engineering Procurement Construction (Mühendislik, tedarik ve inşaat) - Kısaca İngilizce EPC.

¹¹⁸ İngilizce kaynaklarda kullanılan O&M company (Operation and maintenance company) teriminin Türkçe karşılığı işletme ve bakım şirkettir.

¹¹⁹ YESCOMBE, s. 106.

Bir anahtar teslimi inşaat sözleşmesi, müteahhidin proje tesislerini anahtar teslimi olarak inşa etme ve teslim etme yükümlüğünü kapsamaktadır (Bu sözleşme türü bir inşaatın, önceden belirlenmiş sabit fiyattan, belirli zamanda, şartnamelere ve iyi endüstri uygulamalarına uygun olarak teslimini öngörmektedir)¹²⁰. Bu itibarla, bu sözleşmeler bu finansman modeline en uygun yapım sözleşmeleridir¹²¹.

Sağlık tesisinin yapımı için müteahhit firma ile imzalanan anahtar teslimi inşaat sözleşmeleri kapsamında müteahhit firma, sağlık tesisinin kullanımı ve işleyişinde gerekli olan tüm tıbbi ekipman ve mefruşatı ve her türlü teknik donanımı temin etmekte ve kurmaktadır¹²². “*Anahtar teslimi sözleşme*” terimine göre teori tesis müteahhit tarafından proje şirketine teslim edildiğinde, proje şirketinin operasyona başlamak için bir anahtar çevirmekten başka bir şey yapmamasını öngörmektedir¹²³. Böylece, anahtar teslimi inşaat sözleşmesi yöntemi ile tamamlanan sağlık tesisi, inşaat dönemi sona erdiğinde işletme dönemine geçmeye hazır hale gelmektedir.

5. İşletme ve Bakım Şirketi

Sağlık tesisinin işletme döneminde ise proje şirketi, proje sözleşmesi kapsamında uhdesinde bulunan tıbbi destek ve destek hizmetlerinin ifasını, risk transferi ilkesi gereğince işletme ve bakım sözleşmesi (Operation and Maintenance (O&M) Agreement) (O&M Sözleşmesi) çerçevesinde bir şirkete devretmektedir¹²⁴. Bu şirket işletme ve bakım şirketi olup, tesisi inşaat tamamlandıktan sonra devralmakta, işletme döneminde kilit rol oynamaktadır¹²⁵. Bu şirket proje tesisini yönetme, işletme ve bakımını yapma yetkisine sahip, basiretli işletme endüstrisi uygulamaları çerçevesinde

¹²⁰Bu tür sözleşmeler, “götürü bedel”, “kesin bedel”, “sabit bedel”, “anahtar teslim bedel” olarak da bilinmektedir, bkz. EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020 (Borçlar Hukuku Özel), s. 665.

¹²¹BULJEVICH/PARK, s. 101.

¹²²TAN, Willie, Principles of Project and Infrastructure Finance, 1st Edition, London and New York, Taylor & Franchis, 2007, s. 223-225.

¹²³BULJEVICH/PARK, s. 102.

¹²⁴TAN, Willie, s. 225.

¹²⁵GATTI, s. 9.

projenin tüm işletme, yönetim, bakım ve onarım hizmetlerini ücreti karşılığında yapmayı kabul eden bir şirkettir. Diğer bir deyişle işletme ve bakım şirketi, yapımı tamamlanan tesisin operasyonel faaliyetlerini yürüten, tesisin bakımı ile işletmenin günlük destek faaliyetlerini takip etmek ile yükümlü bir şirkettir¹²⁶.

Proje şirketi ile işletme ve bakım şirketinin tarafı olduğu işletme ve bakım sözleşmesi ise, projenin yapımının tamamlanması sonrasındaki faaliyetlerin ifasının işletme ve bakım şirketine devrine ilişkin bir sözleşmedir¹²⁷. Bu anlaşma, işletme döneminde tesisin ve projenin proje şirketi adına işletilmesini ve bakımının yapılmasını öngörmektedir¹²⁸. Belirtmek gerekir ki, proje şirketinin proje sözleşmesi tahtındaki yükümlülükleri, inşaat sözleşmesi ile işletme ve bakım sözleşmesi aracılığı ile alt yüklenicilere yaptırması proje şirketinin idareye karşı sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Proje şirketinin, alt sözleşme hükümlerine binaen yüklenici şirketlere karşı rücu hakkını kullanmak suretiyle idareye karşı sorumluluğu devam etmektedir.

6. Hissedarlar (Sponsorlar)

Projenin sponsoru(ları) ise bir projenin aktif sermaye yatırımcısı(ları), projeyi bulan ve projenin gelişimini koordine eden taraftır(lardır). Finansman sağlayanların bir proje finansmanına müdahil olurken göz önünde bulundurdıkları ilk husus, projenin sponsorlarının uygun taraflar olup olmadıklarıdır¹²⁹. Proje finansmanı genellikle, proje şirketinin sermayesinin birden çok sponsor arasında bölüneceği durumlarda kullanılmaktadır¹³⁰. Bu nedenle, genellikle proje finansmanlarında birden çok sponsoryer almaktadır. Bazı projelerde sponsorlar, ortak girişim, grup şirketi veya iştirak şeklinde bir araya gelebilirler. Ancak sponsorlar hangi yapı altında bir araya

¹²⁶ BULJEVICH/PARK, s. 103.

¹²⁷ YESCOMBE, s. 9.

¹²⁸ YESCOMBE, s. 339; FIGHT, s. 10, KHAN, M. Fouzul Kabir, PARRA, Robert J, Financing Large Projects - Using Finance Techniques and Practices, Prentice Hall, 2003, s. 236.

¹²⁹ YESCOMBE, s. 34.

¹³⁰ YESCOMBE, s. 38.

gelirse gelsinler, bu birlikteliğin projeye ev sahipliği yapan ülkenin yürürlükteki mevzuatı ve finansman dokümantasyonunun tabi olduğu mevzuat kapsamında tanınan bir tüzel kişilik altında gerçekleşmesi gerekmektedir¹³¹. Sponsorlar arasında yerel bir ortağın olması, yerel yönetim ile ilişkilerin kolaylaştırılması ve belirli politik riskleri azaltmak açısından faydalı olabilmektedir¹³².

Bu noktada belirtmek gerekir ki, proje finansmanında hissedarlar projenin tamamını finanse etmemekte, finansmanın belirli bir yüzdesi çerçevesinde katkı sağlamaktadırlar. Sebebi ise, finansman sağlayanların hissedarların projeye olan bağlılığını teminen, onların da katkı sağlamalarını beklemesidir. Bu çerçevede, proje maliyetlerine katlanan taraf hissedarlar olmasa da, proje kendisini finanse ettiği için, hissedarların proje kapsamında kendi öz kaynak katkıları, sorumlulukları, riskleri ve yükümlülükleri bulunmaktadır¹³³. Buna karşın finansman sağlayanlar, projenin finansmanının esas büyük bölümü temin edilmektedirler.

YKD mevzuatında belirlendiği üzere, proje şirketi hissedarları tarafından temin edilecek öz kaynak tutarı, toplam sabit yatırım tutarının¹³⁴ yüzde yirmisinden az olmayacaktır¹³⁵. Hissedarların öz kaynak temini, genellikle sermaye artırımını ile veya hissedar kredisi ile karşılanmaktadır¹³⁶. Yatırım tutarının öz kaynaklardan karşılanmayan kısmının ise yabancı kaynaklardan karşılanması şart koşulmuştur. Öz kaynak yatırımı, “*ilk giren, son çıkar*” kaidesine dayanmaktadır. Şöyle ki, prensipte projenin maruz kaldığı tüm zararlar ilk önce yatırımcılar tarafından karşılanmakta,

¹³¹ YOUNG, s. 141.

¹³² BULJEVICH/PARK, s. 95.

¹³³ YOUNG, s.139.

¹³⁴ 6428 sayılı Kanun’un 1/2 (t)m. hükmündetoplam sabit yatırım tutarı; “yüklenici tarafından sözleşme hükümlerine göre yapılacak olan yapım veya yenileme işleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren tıbbi donanıma ilişkin olarak sözleşmede belirtilen toplam yatırım tutarı” şeklinde tanımlanmıştır.

¹³⁵ 6428 sayılı Kanun’un 6/1. m. hükmü uyarınca; “Yüklenici, sözleşme konusu işlerle ilgili gerekli tüm finansmanı sağlamakla yükümlüdür. Yüklenicinin bu Kanun kapsamında gerçekleştireceği yapım işleri için tahsis edeceği öz kaynak oranı, yatırım dönemi süresince sözleşmede belirtilen dönemsel yatırım tutarının yüzde yirmisinden az olamaz.” Burada öz kaynak ile ifade edilen; proje şirketi hissedarları tarafından proje şirketine verilen anapara tutarının tamamı ile proje şirketinin sermaye benzeri kredi olarak aldığı tüm tutarlardır.

¹³⁶ YESCOMBE, s. 262.

finansman sağlayanlar ise yalnızca öz kaynak yatırımı kaybedildiğinde zarara uğramaktadırlar¹³⁷. Öz kaynak ve finansman kredisi arasındaki oran, sektöre ve o ülkenin taşıdığı risklere göre değışkenlik arz etmektedir¹³⁸.

7. Danışmanlar

Danışmanlar projenin; farklı alanları ve aşamalarında danışmanlık hizmeti ifa etmek üzere görevlendirilen sözleşmeli gerçek veya tüzel kişi veya şirketlerdir. Danışmanlar, bu projelerde, hukuk, sigorta, çevre, mühendislik, finans gibi konularda hizmet verebilmektedirler¹³⁹. Finansman sağlayanların danışmanları, projenin özelliğine göre, hukuki ve teknik konularda ve bunun yanı sıra finans, sigorta, denetim, vergi, muhasebe ve çevresel konularda da danışmanlık hizmeti sunabilirler¹⁴⁰. Finansman sağlayanlar aynı zamanda, bağımsız teknik denetçi olarak görev yapması için bir mühendislik firmasını da projede danışmanlık vermesi için tayin edebilirler.

Yine aynı şekilde, proje şirketi de projenin geliştirilmesi için mezkûr uzmanlık alanlarında danışmanlık hizmeti alabilirler. Sektörde tanınmış belirli bir uzmanlığa sahip bir veya daha fazla finans danışmanı, projenin fizibilitesini, en uygun proje yapısını belirleme konusunda ve proje finansmanının sendikasyonu konusunda proje şirketine hizmet verebilir. Yine proje şirketi, proje ve finansman dokümantasyonunun oluşturulmasında danışmanlık hizmeti temin etmek üzere hukuk danışmanlarından destek alabilir.

Proje şirketi aynı zamanda, tasarım, mühendislik, inşaat, kabul ve projenin işletilmesi süreçlerinde teknik danışmanlık yapması için bir mühendislik firmasından danışmanlık hizmeti de temin edebilir. Bununla birlikte proje şirketi, projenin sigorta programının tasarlanması, yerleştirilmesi ve yönetilmesi için bir sigorta komisyoncusu

¹³⁷ FARQUHARSON/TORRES DE MÄSTLE/YESCOMBE/ENCINAS, s. 53.

¹³⁸ ROSSI/STEPIC, s.12

¹³⁹ YOUNG, s. 143.

¹⁴⁰ ROSSI/STEPIC, s.11.

veya risk yönetim danışmanından hizmet alabilir¹⁴¹. Dolayısı ile danışmanlar, bu modellerin ayrılmaz tarafları arasındadırlar.

B. Sağlık Tesisleri Projelerinde Uygulanan YKD Modelinde Taraflar Arasındaki İlişki

Sağlık tesisleri projelerinde kullanılmakta olan YKD modeli, çok taraflı bir sözleşmeler zinciri üzerine kuruludur. Esasında kamu, özel sektör ve finansman sağlayıcılar arasındaki üç taraflı ilişki temeline oturtulmuş bir yapıdır¹⁴². Proje finansmanı kamu projelerinin finansmanında alternatif olarak geliştirilmiş¹⁴³ kamu özel işbirliği modelinin özüdür¹⁴⁴. Bu sebeple, finansman sağlayanlar bu modelin ayrılmaz bir parçasıdır.

6428 sayılı Kanun ve KÖİ Yönetmeliği hükümleri ile çerçevelenen bu yapıda, proje şirketinin uhdesinde bulunan yükümlülükler arasında finansman temininin de yer alması dolayısı ile finansman sağlayanlar, kamu ve özel sektörün ilişkisinin vazgeçilmez bir üçüncü tarafıdır. Nitekim, 6428 sayılı Kanun ve KÖİ Yönetmeliği bu üçlü yapıyı açık şekilde ortaya koymaktadır.

Projenin sözleşme yapısı, kamu ile özel sektörün ve finansman sağlayanların ortak menfaati gözetilerek oluşturulmaktadır. Her ne kadar bu üç tarafın birbirinden farklı menfaatleri olduğu düşünülse de, idarenin amacı çalışan bir tesiste kamu hizmetinin ifasını sağlamak, finansman sağlayanların hedefi tesisin işleme dönemine geçmesiyle kredi alacaklarını tahsil etmek, proje şirketinin amacı ise işleyen bir tesis yaratmak ve kredi borcunu ödemektir. Öyleyse, bu üç tarafın ortak amacı projenin hayata geçirilmesi ve ayakta kalmasının sağlanmasıdır.

¹⁴¹ BULJEVICH/PARK, s. 96.

¹⁴² T.C. Kalkınma Bakanlığı, KÖİ Komisyon Raporu 2018, s. 76-77.

¹⁴³ TEKER LEBLEBİCİ, s. 3.

¹⁴⁴ 6428 sayılı Tasarısı, s. 24.

Bu ortak hedef gereği, finansman sağlayanlar proje şirketi ile kurduğu gibi, projenin esas sahibi idare ile de bir sözleşme ilişkisi kurmaktadır. İdare, finansman sağlayanlar ve proje şirketi kendi aralarında akdettikleri “doğrudan anlaşmalar” ile üçlü bir ortaklık ilişkisi kurmaktadır. Bu itibarla finansman sağlayanların YKD modelinde resmi bir taraf olduğu tescillenmiş bir husus olarak nitelendirilmektedir¹⁴⁵. Zira bunugözetin 6428 sayılı Kanun ile KÖİ Yönetmeliği, bu bağlantıyı açık şekilde ortaya koymuştur. Her ne kadar bu hususta müstakil ve detaylı hükümler içerir yasal düzenlemelerin getirilmesi gerekse de mevzuat içerisinde; proje şirketinin sözleşmeye dayalı yükümlölüklerini yerine getirememesi, başarısızlığı durumunda idare ile finansman sağlayanların birlikte çözüm arayışına girebileceklerine ve bu çerçevede sahip oldukları haklara genel hatları ile değinilmiştir. Çalışmamızın ileriki bölümlerinde bu üçlü ilişki detaylı şekilde incelenecek olup, finansman sağlayanların, proje şirketi ve idare ile akdettiği doğrudan anlaşma¹⁴⁶ ve bu anlaşma çerçevesinde sahip olduğu müdahale hakkına¹⁴⁷ bilahare yer verilecektir.

¹⁴⁵BAYAZIT, s. 41.

¹⁴⁶Finansman sağlayanların doğrudan anlaşması için bkz. s. İkinci Bölüm.

¹⁴⁷Müdahale hakkı için bkz. s. Üçüncü Bölüm.

İKİNCİ BÖLÜM

PROJE SÖZLEŞMESİ VE DOĞRUDAN ANLAŞMA

I. PROJE SÖZLEŞMESİNİN (PROJECT AGREEMENT) TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE GENEL YAPISI

A. Proje Sözleşmesinin Tanımı

Proje sözleşmeleri; özel şirkete (proje şirketi), inşa etme, sahip olma ve sözleşme sonunda imtiyaz sahibine devretme yetki ve yükümlülükleri getiren akitlerdir¹⁴⁸. Bu anlaşma, proje şirketine ticari hayattaki varlığı süresince ona gelir sağlayan bir sözleşme olarak da nitelendirilmektedir¹⁴⁹.

AYM 1.4.2015 tarihli kararında bu yatırım sözleşmelerini; *“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 hâlde 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.”* şeklinde tanımlamıştır. İlgili kararda, YKD modeli yerine KÖİ kavramı kullanılmış, sözleşmekira unsuru gözetilerek tanımlanmış ve proje şirketinin bu modelde kamu hizmeti ifa ettiği yönünde bir değerlendirme yapılmıştır.

Türk hukukunda YKD modeline yer veren ilk yasal düzenleme olan Ek 7. m. hükmünde, idare ile proje şirketi arasında akdedilen sözleşmenin tanımı yapılmamış olsa da, sözleşmenin genel çerçevesi çizilmiştir. Akabinde yürürlüğe giren 6428 sayılı Kanun, YKD modeline ait sözleşmelerin tanımını yapan ilk yasal düzenleme olmuştur. 6428 sayılı Kanun’un 1/2 (ö) m. hükmünde bu sözleşmeler; *“yapım işlerinde özel amaçlı*

¹⁴⁸FIGHT, s. 112.

¹⁴⁹YESCOMBE, s. 340.

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 ekleri” şeklinde tanımlanmıştır.

YKD modeli ile sağlık tesisi yapımı çerçevesinde imzalanan proje sözleşmelerini, mevzuat içerisinde geliştirilen tanıma uygun olarak; proje şirketinin projeye finansman sağlamak şartıyla bir sağlık tesisi inşa etmesi, tesisi idareye kiralaması vedestek hizmetleri sunması için, idarenin proje şirketi ile imzaladığı bir özel hukuk sözleşmesi şeklinde tanımlamak uygun olacaktır. Çalışmamızda, YKD sözleşmeleri için İngilizcedeki “project agreement” / “project contract” terimlerinin Türkçe karşılığı olan “proje sözleşmesi” kavramı kullanılacaktır.

B. Proje Sözleşmesinin Başlıca Unsurları

Özel hukuk sözleşmelerinin tarafları “sözleşme serbestisi” ve “tip serbestisi” ilkeleri¹⁵⁰ gereğince, hukuk düzeninin sınırları çerçevesinde, sözleşmenin tipi ve içeriğini belirleyen asli edim yükümlülükleri başta olmak üzere, sözleşmenin esaslı unsurlarını istedikleri şekilde düzenleme yetkisine sahiptirler¹⁵¹ (TBK m.26). Proje sözleşmesinin özel hukuk hükümlerine tabi olması nedeni ile taraflar proje sözleşmesini, YKD mevzuatında belirlenen asli unsurlara sadık kalmak kaydıyla ticari ve hukuki anlaşmalarına uygun olarak düzenleyebilirler.

YKD sözleşmesini isimli sözleşmelerden farklı kılan unsurlardan biri, tek tip olmaması ve uygulandığı projeye göre değişkenlik göstermesidir. Sebebi, bu sözleşme tipinin Türkiye’de yeni uygulanmakta olması ve unsurlarının her bir projenin kendi dinamiğine göre değişkenlik göstermesidir. KÖİ Yönetmeliği, proje sözleşmesinde yer

¹⁵⁰YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 17. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2021, s. 8; OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 18. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020 (Borçlar Hukuku 2020 - 1), s. 25.

¹⁵¹EREN, Borçlar Hukuku Özel, s. 18-21.

alacak hususları düzenlemektedir. Ancak bu maddelerin sözleşme içeriğinin zorunlu hususları olduğuna dair bir ibareye yer verilmemiştir. Fakat, sözleşmenin hukuki niteliğinin analizinde mevzuatın öngördüğü tüm hususların bir arada bulunduğu varsayılarak bir değerlendirme yapılacaktır.

Başta KÖİ Yönetmeliği'nin 49. m. hükmü olmak üzere YKD mevzuatının sair hükümleri uyarınca sağlık tesisi yapımına ilişkin sözleşmelerde sağlık tesisinin inşası, kiralınması, hizmet ifası, ticari alanların işletilmesi, projenin finansmanı, finansman sağlayanların müdahale hakkı, üst hakkı bu sözleşmelerin belirleyici unsurlarıdır.

1. Yapım Unsuru

Bir sağlık tesisinin yapımına ilişkin hükümler içeren proje sözleşmesi, eser sözleşmesinin bazı unsurlarını haizdir. Eser sözleşmesi, TBK'nın 470. maddesindeki tanımıyla; *"...yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir."* Eser sözleşmesi; bir inşaa eserinin meydana getirilmesi, ücret ve anlaşma unsurlarını taşımaktadır¹⁵². Rızai bir sözleşme olması ve bir inşaa eseri meydana getirme borcunu barındırması dolayısı ile, proje sözleşmesi eser sözleşmesinin iki unsurunu bulundurmaktadır.

Eser sözleşmelerinin zorunlu unsurları arasında yer alan iş sahibinin bedel ödeme borcu açısından ise (TBK m. 154), TBK'nın birebir öngördüğü yapı bu sözleşme çerçevesinde korunmamıştır. Proje şirketi, inşaatın tüm donanımını kapsayan yatırım bedelini, üçüncü bir taraf olan finansman sağlayanlardan kredi almak suretiyle temin etmektedir. Bunu sağlamak adına, 6428 sayılı Kanun ve KÖİ Yönetmeliği proje şirketinin yatırımın finansmanı sağlamasını şart koşturmuştur. Dolayısı ile, proje şirketinin katlandığı inşaat bedeli, yatırım dönemi boyunca finansman sağlayanlar tarafından temin edilen kredi ile sağlanmaktadır. Proje şirketi sağlık tesisinin inşaatını

¹⁵² DAYINLARLI, Kemal, İstisna Akdinde Mütahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2008 (İstisna Akdi), s. 6; BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 32, EREN, Borçlar Hukuku Özel, s. 596-606, YAVUZ, Cevdet, s. 544-547.

tamamlandıktan sonra sağlık tesisini işletmesi için idareye teslimisirasında ve sonrasında idare, proje şirketine inşaat bedeline ilişkin herhangi bir ödeme yapma yükümlülüğü altında değildir.6428 sayılı Kanun, idarenin yapım işinin tamamlanmasından önce proje şirketine hiçbir bedel ödemesi yapmayacağını hükme bağlamıştır¹⁵³. Eser sözleşmesinin ilke olarak para ile belirlenen karşı ediminin olmadığı bir yapı kurulduğundan eser sözleşmesindeki tipik edimleri burada karşı karşıya gelmemektedir.

YİD modelinde, yatırım sahibi olan idare, yatırımcının (proje şirketi) yatırım maliyetini, tesisin işletme hakkını yatırımcıya vererek yatırımcıya işletme gelirlerinden sermaye ve kâr alınmasına imkân verecek bir rant sağlamakta, proje şirketine herhangi bir ödeme yapmamaktadır¹⁵⁴. YKD modelinde ise, proje şirketi ticari alanlarda gösterdiği faaliyetler haricinde kullanıcılardan (sağlık tesisinden faydalanan kişiler) doğrudan herhangi birkazanç sağlamamaktadır. Bu nedenle, proje şirketine bir bedel ödeme yükümlülüğündeki tek muhatap idaredir. İdare, işletme döneminde kamu hizmetini ifa etmekle yükümlü olan taraf olarak ve proje şirketinin üzerinde üst hakkı sahibi olduğu sağlık tesisinin kiracısı sıfatı ile, proje şirketine kira bedeli ödemekle yükümlüdür.Proje şirketi, sağlık tesisi yatırım maliyetini işletme döneminde idareden düzenli aralıklarla temin ettiği kira bedeli ile sağlamakta, kredi borcunu bu şekilde ödemektedir. Belirtilen nedenlerle, YKD finansman modellerinde idarenin yapım işinden dolayı proje şirketine ödeme yapması söz konusu olmayıp, bunun karşılığında proje şirketine belirli hizmetleri ifa etme, ticari alanları işletme ve tesisi idareye kiralama avantajları sağlanmaktadır.

Bu projelerin anahtar teslimi projeler¹⁵⁵ olmaları dolayısı ile,proje şirketinin idareye taahhüdü sağlık tesisini anahtar teslimi olarak inşa etmektir. Bu yapı 6428 sayılı

¹⁵³ 6428 sayılı Kanun'un 5/2. m. hükmü; “Yapım işinin tamamlanmasından önce hiçbir şekilde bedel ödemesi yapılamaz....” ifadelerine yer vermektedir.

¹⁵⁴ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, Güzin, Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2005 (YİD Sözleşmesi), s. 163.

¹⁵⁵ “Anahtar teslimi bir proje, iş sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmede, arazinin edinimi, işin tasarımı ve üretimine ilişkin hükümlerin yer aldığı, böylelikle işsahibinin sadece ödeme yaparak, anahtarı

Kanun ile KÖİ Yönetmeliği'nin sair hükümlerinin¹⁵⁶ bir gereğidir. Proje şirketi ise, KÖİ Yönetmeliği'nin 13/1. m. hükmü uyarınca yapımını üstlendiği sağlık tesisinin inşaat yapım işlerinin tamamını, anahtar teslim eser sözleşmesi¹⁵⁷ aracılığı ile müteahhit firmaya devretmektedir¹⁵⁸. Zira bu yaklaşım, bu projelerin aktarmalı sözleşmeler zinciri modelinin bir yansımasıdır. Proje şirketi ile müteahhit firma arasında imzalanan bu anahtar teslimi inşaat sözleşmesi¹⁵⁹ (EPC Contract - EPC Sözleşmesi), sağlık tesisinin tasarımı, inşaatı, tamamlanması ve döşenmesi ve mekanik, elektronik, elektrik ve elektro-güvenlik sistemleri ve diğer ilgili benzer sistemlerin tedariki ve kurulumu ve sağlık tesislerinin döşenmesi ve tıbbi ekipman tedariki dahil, tamamlama tarihinde sağlık tesisinin anahtar teslim biçiminde işletmeye alınmasını sağlayan bir eser sözleşmesidir. Proje şirketi projenin inşaat işlerinin tamamlanması bakımından işin tamamını müteahhit firmaya devrettiğinden iş sahibi konumundadır¹⁶⁰. Proje şirketinin proje alanında işçisi ve/veya inşaat işlerine ilişkin hiçbir faaliyeti bulunmamaktadır.

çevirerek binadan içeri girebilmesidir.”, bkz.COLLIER, Keith, Construction Contracts, Third Edition, Merill Prentice Hall, 2001, s. 372.

¹⁵⁶ 6428 sayılı Kanun'un 1/2 (t) m. hükmünde toplam sabit yatırım tutarı; “...Yüklenici tarafından sözleşme hükümlerine göre yapılacak olan yapım veya yenileme işleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren tıbbi donanım ile ilişkili olarak sözleşmede belirtilen toplam yatırım tutarını, ...ifade eder...” şeklinde tanımlanmıştır. KÖİ Yönetmeliği'nin 49/1 (i) m. hükmünde; “Yapım veya yenileme işlerinde tıbbi donanım da dahil projelerde bulunan her türlü donanım ve mefruşatın özellikleri, temini, piyasa testi ile yenilenmesi, bakım ve onarımına dair hususlar.”, ifadelerine yer verilmiştir. Aynı fıkranın (k) bendinde, proje sözleşmesinde yer alması gereken hususlar arasında; “Tesis işletmeye alma, muayene ve kabul usul ve esasları.” yer almaktadır.

¹⁵⁷ “Sözleşme konusu faaliyetlerin tek bir yüklenicinin yönetimi altında gerçekleştirilmesi ve eserin, iş sahibince bir bütün olarak faydalanabileceği hale getirilmesinin taahhüt edildiği sözleşmelere “anahtar teslim inşaat sözleşmesi” denilmektedir. Burada önemli olan, işin baştan sona kadar yüklenici tarafından tamamlanmasıdır.”, bkz.Y.22.HD., 7.11.2019 T., E.2019/7271, K.2019/20566 S. kararı.

¹⁵⁸ “Anahtar teslimi sözleşme taahhüt edilen bir tesiste, kendi nam ve hesabına olmak üzere genel müteahhit, işin kaba inşaatını bir alt yükleniciye, elektrik işlerini başka bir alt yükleniciye, sıhhi tesisatı bir diğer müteahhide verebilir. Fakat işin tümünden iş sahibine karşı genel müteahhit sorumludur. Gayet doğaldır ki bu şekilde yapılacak eserin niteliği de bu işi alt müteahhide yaptırmaya uygun olmalıdır. Özellikle, böyle bir eser sözleşmesinde genel müteahhit, alt müteahhitlik sözleşmesinde iş sahibi niteliğini kazanır. İşin bu bölümünde meydana gelebilecek temerrüt, iş sahibi sıfatıyla genel müteahhit ve alt müteahhit arasında söz konusu olur. Ancak genel müteahhit, bazı eser sözleşmelerinde gerçekleştirilmesi taahhüt edilen eserin niteliği icabı işin tamamını kendisi ifa etmek zorunda kalabilir.”, bkz.DAYINLARLI, İstisna Akdi, s. 27.

¹⁵⁹ “Anahtar teslimi inşaat sözleşmesi, yüklenicinin tamamlanmış, işleyen bir tesis meydana getirmesi için gerekli her türlü görevi yerine getirdiği bir tasarım-yapım sözleşmesidir. Bilinen tasarım-yapım sözleşmelerinde yer alan yükümlülöklere ilaveten, tüm izin ve ruhsatların alınması ve ilgili tüm kalıcı makine ve ekipmanların temin ve teslim edilmesini kapsar. Tüm anahtar teslimi inşaat sözleşmeleri mutlaka tasarım-yapım olmakla birlikte, birçok tasarım-yapım sözleşmesi anahtar teslimi değildir.”, bkz.BARTHOLOMEW, Stuart H., Construction Contracting: Business and Legal Principles, Second Edition, Prentice Hall, 2002, s. 28.

¹⁶⁰ “İş sahibi, bir eser meydana getirmeyi bir başkasına tevdi eden kişidir.”, bkz. YAVUZ, Cevdet, s. 543.

Müteahhit firma inşaat işini bölerek alt yüklenicilere devretse de genel müteahhit statüsündeki müteahhit firma, yapı sahibi proje şirketi ile tek bir inşaat sözleşmesi akdetmektedir¹⁶¹. Proje şirketinin müteahhit firma ile imzaladığı sözleşme, götürü bedel anahtar teslimi sözleşme niteliğindedir. Müteahhidin yapım işi karşılığında proje şirketinden temin ettiği sözleşme bedeli, finansman sağlayanların yatırım dönemi boyunca proje şirketine temin ettiği kredi aracılığı ile ödenmekte, proje şirketi finansman sağlayanlardan temin ettiği krediyi hak ediş ilerlemesine göre müteahhit firmaya aktarmaktadır. Bu özelliği itibari ile, proje şirketi ile müteahhit firma arasında imzalanan sözleşmenin unsurları, TBK'nın eser sözleşmesi için öngördüğü yapıda bir araya gelmektedir.

2. Kira Unsuru

TBK m. 299 hükmünde yer verilen tanım uyarınca; *“Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”*. Kira sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için üç objektif esaslı unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. Bu üç unsur; kira sözleşmesinin konusu, kira bedeli ve tarafların anlaşmasıdır¹⁶². Proje sözleşmesinin rızaî nitelikte tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması sebebi ile, tarafların karşılıklı anlaşma şartı sağlanmaktadır. TBK m. 301 hükmü uyarınca kiraya veren, kiralananı sözleşmede belirlenen hükümlere uygun olarak ve kararlaştırılan tarihte teslim etmekle

¹⁶¹ “...inşaatın projesi yapı sahibi tarafından verilmişse, bu tür müteahhide veya müteahhitler topluluğuna “genel müteahhit” adı verilir. Genel müteahhit yapının tamamı için yapı sahibi ile tek bir inşaat sözleşmesi akdeder.”, bkz. KAPLAN, İnşaat Sözleşmeleri, s. 47.

¹⁶² EREN'e göre bir kira sözleşmesinin unsurları, bir şey, bir şeyin kullanılmasının belirli veya belirsiz bir süre için devri, şeyin bir bedel karşılığında devri ve tarafların anlaşmasıdır, bkz. EREN, Borçlar Hukuku Özel, s. 319-326.; Bu hususta ayrıca bkz. YAVUZ, Cevdet, s. 237-242; ARAL, Fahrettin, AYRANCI, Hasan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. Baskı, Ankara, 2012, s. 231-234.

yükümlüdür. Bu modelde kiralanan sağlık tesisi olup¹⁶³, bu projelerinin başlangıç aşamasında mevcut bir sağlık tesisi bulunmamaktadır. Bu nedenle sözleşme imza tarihinde kira konusu – yani kiralanan unsur – henüz oluşmamaktadır. Kira döneminin başlaması için sağlık tesisinin yapımının tamamlanması ve idareye teslim edilmesi gerekmektedir¹⁶⁴. Bu sebeple, sözleşmetaraflarca kira döneminin öncesinde imzalanmış olmasına karşın kira ilişkisi, işletme dönemine geçildiğinde başlamaktadır¹⁶⁵.

Bu modelde kira unsuru ve finansman unsuru arasındaki ilişki modelin temel ayırt edici özelliklerinden biridir. Sözleşmenin kira unsuru ile finansman unsuru arasındaki ilişki, idarenin sağlık tesisini kullanımı karşılığında proje şirketine ödediği kira bedelinin kredi borcu geri ödemesini sağlanmasından ileri gelmektedir. Proje şirketi, sağlık tesisinin yatırımı için finansman sağlayanlardan temin ettiği kredi borcunu bu kira bedeli ile ödemektedir. Bu model bu özelliği itibarı ile YİD modelinden ayrılmaktadır. YİD modelinde ise, projenin temel işletmeye dayalı faaliyetlerini ifa eden tarafın proje şirketi olması dolayısı ile idarenin tesisi şirketten kiralamasını gerektirir bir durum oluşmamakta, şirket, tesisin işletme hakkını kullanarak yatırım maliyetini karşılayarak kredi borcunu bu şekilde ödemektedir. Bir diğer deyişle idare, yatırımcıya tesisi işletme hakkı vererek yatırımcının tüm yatırım maliyetini karşılamasına ve kâr elde etmesine imkân tanımaktadır¹⁶⁶. Bu anlamda iki model birbirinden ayrılmaktadır.

İdarenin üst hakkı sahibiproje şirketinden yalnızca inşa edilen tesisi kiralaması dolayısı ile proje sözleşmesinin unsurlarını taşıdığı kira sözleşmesi, ürün kirası

¹⁶³ 6428 sayılı Kanun'un 1/2. (j) hükmünde kullanım bedeli; “Bedelin bir unsuru olup tesislerin kullanımı karşılığında dönemsel olarak idare tarafından yükleniciye ödenen ve sözleşmede belirlenen bedel...” şeklinde tanımlanmaktadır.

¹⁶⁴ Taraflar, teslim zamanını sözleşmede belirleyebilme hakkına sahiptir. Bu yönde bir hükme yer verilmemesi halinde karşılıklı ve aynı anda ifa etme ilkesinin uygulanması gerekmektedir, bkz. **YAVUZ**, Cevdet, s. 248. Proje sözleşmesinde tesisin ne zaman teslim edileceği ve kira bedelinin neden muaccel hale geleceği hususlarının açık şekilde düzenlenmesi gerekir.

¹⁶⁵ Proje şirketi, sağlık tesisini idareye mekanik, elektronik, elektrik ve elektro-güvenlik ve benzer sistemleri, tefrişi ve tıbbi ekipmanı ile birlikte bir bütün olarak kiralamaktadır.

¹⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, YİD Sözleşmesi, s. 161.

sözleşmesinin niteliğinde değerlendirilmektedir¹⁶⁷. Kira sözleşmesi TBK'nın 299'uncu maddesinde, “*kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde tanımlanmıştır. Ürün kirası sözleşmesi ise, TBK'nın 357. maddesinde; “*kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşme*” olarak tanımlanmıştır. T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın her yıl açıkladığı bütçe çerçevesinde T.C. Sağlık Bakanlığı'na ayrılan ödenek çerçevesinde, ilgili sağlık tesisinde sunulan sağlık hizmetlerinin T.C. Sağlık Bakanlığı'na raporlanması sonrasında, T.C. Sağlık Bakanlığı tarafından ilgili sağlık tesisine bu hizmetlerin parasal karşılığı sağlanmaktadır. Dolayısı ile idare kamu hizmeti ifa ederken kâr elde amacı gütmese de¹⁶⁸, idarenin kira konusu tesisi işletmesi karşılığında bir bedel temin ettiği tartışmasızdır. Bu itibarla ürün kirası sözleşmesinin, hasılat veren bir malın kullanılmak ve işletilmek üzere belirli bir bedel karşılığında kiracıya devredilmesine ilişkin olması dolayısı proje sözleşmesinin ürün kirası sözleşmesi unsurlarını taşıdığını söylemek isabetli olacaktır.

3. Hizmet unsuru

Proje sözleşmesinde tartışmalı olarak değerlendirilen bir diğer konu ise “*hizmet unsuru*”dur. Benzer konulardaki akademik çalışmalarda proje sözleşmesinin hizmet unsuruna değinilmemektedir. İşletme döneminde ifa edilen hizmetlere ilişkin olarak ise, temel tartışma proje şirketinin ifa ettiği hizmetlerden bazılarının kamu hizmeti niteliği

¹⁶⁷ KARAGÖZ, Dilek, Sağlık Sektöründe Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2019, s. 16.

¹⁶⁸ Bu husustaki tartışmalar için bkz. ÇAL, Sedat, “*Kamu Hizmeti Kavramı Üzerinde Kimi Düşünceler*”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2009, ss. 1829-1906, <http://www.idare.gen.tr/cal-kh-dusunceler.pdf> (E.T. 19.09.2021), s. 29; ÇAL, Sedat, “*Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*”, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, 2008, Numara 58, s. 20.

taşıyıp taşımadığı ve tesisin temel işletme faaliyetlerini ifa eden tarafın idare mi yoksa proje şirketi mi olduğu noktasında belirlemektedir.

Öğretide bu model için YİD ve Yİ modellerinin aksine “işlet” ibaresinin yerine “kiral” teriminin kullanılması sebebi, YKD modelinin belirleyici unsurunun kira unsuru olmasıdır. Bazı yazarlarca bu finansman modelinde proje şirketinin sağlık tesisini işletme yetkisini haiz olduğu değerlendirilmektedir¹⁶⁹. Oysa temel işletme faaliyetleri bu modelde kamu tarafından özel sektöre devredilmemektedir. Özel sektör yalnızca idarenin işletme faaliyetlerine katkı sağlayabilecek destek hizmetleri sunma yetkisine sahip olmaktadır.

YİD modeli altında imzalanan uygulama sözleşmelerinde, kamu hizmetini ifa etme yükümlülüğü proje şirketine bırakılmaktadır. Proje şirketi tesisi işletirken kullanıcılardan elde ettiği bedel veya ücret ile yatırım maliyetini ve kârını elde edinceye kadar tesisi işletmektedir. YKD projelerinde ise, inşaat ve proje şirketi tarafından ifa edilecek hizmetler, kamunun kendi belirlediği kurallara riayet edilerek yerine getirilmektedir. Proje şirketi bu kurallara aykırılık teşkil edecek kurallar belirleyememekte ve bu şartların dışında hizmet verememektedir¹⁷⁰. Tesiste ifa edilecek hizmetler kamunun denetim ve sorumluluk süreçlerine göre yürütülmekte, özel şirketin inisiyatifine bırakılmamaktadır¹⁷¹.

YKD modelinde, proje sözleşmesi altında belirli hizmetleri temin etmekle yükümlü olan proje şirketi sağlık tesisinden yararlananlardan herhangi bir ücret almamakta, ifa ettiği hizmetlerin karşılığında hizmet bedelini idareden sağlamaktadır. YKD modelinde YİD modelinin aksine idare işletme dönemi boyunca sahnede kalmakta, sağlık tesisinin inşaatı iş programına uygun olarak tamamlanıp, kabul süreci

¹⁶⁹ “Yaşam döngüsü maliyet riskinin özel sektöre bırakılması hususu tasarlama, kurma, bakımını yapma ve işletme görevlerinin aynı özel hukuk kişisi şirkete (ya da konsorsiyuma) verilmesiyle sağlanır.”, bkz. SARISU, Ayhan, “Bütçe Katılığına Etkisi Açısından Türk Sağlık Sektöründe Yap-Kiral-Devret Projeleri”, Tarih Okulu Dergisi, 2016, ss. 503-567 (Kısaltma: Yap-Kiral-Devret), s. 511.

¹⁷⁰ SARISU, Kamu & Özel İşbirlikleri, s. 520.

¹⁷¹ BOZ, s. 301.

tamamlandıktan sonra proje şirketi, sağlık tesisinin işletme faaliyetlerini yürütmesi için tesisi idarenin kullanımına bırakmakta ve bunun için tesisi sahip olduğu üst hakkı çerçevesinde idareye kiraya vermektedir¹⁷². Bu modelde idare, kamusal nitelikli hizmetin sağlanması üzerindeki kontrolünü kaybetmemektedir¹⁷³. Belirtildiği üzere, tesisin temel faaliyet konusu olan tıbbi hizmetleri yürüten tarafın idare olduğu gözetildiğinde, işletme hakkının idarede olduğu tartışmasızdır. Bu nedenle proje şirketinin görev ve sorumluluğu hizmetin sunulması için mal veya yapım işi gibi hususlar olup, idarenin görev ve sorumluluğu kamu hizmetinin kendisidir¹⁷⁴.

Belirtilenler ışığında hizmet unsuru incelendiğinde, hizmet sözleşmesi TBK'nın 393. maddesinde; "...işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme..." şeklinde tanımlanmıştır. Tanımda belirtildiği üzere, hizmet sözleşmesinin unsurları; iş görme, bağımlılık, süre ve ücrettir. Bir başka ifade ile bu unsurlar; işçinin bir süre işverene bağımlılık ilişkisi içinde bir hizmet görmesi veya görmeyi vaad etmesi, hizmet görülmesinin veya hizmet edimi vaaında bulunulmasının bir ivaz karşılığında olması, tarafların anlaşması veya bir karşılık ödenmesine yol açacak bir hizmet ilişkisinin varlığıdır¹⁷⁵.

Proje sözleşmesi, "iş görme" ve "ücret" unsurları bakımından incelendiğinde, 6428 sayılı Kanun'un 1/2(3) m. hükmü uyarınca, tesisin ve ekipmanların kullanılabilir şekilde muhafaza edilmesi için gerekli bakım, onarım ve benzeri hizmetlerin hizmet alımı yöntemi ile ifası karşılığında idarenin proje şirketine hizmet bedeli ödemesi yapması öngörülmüştür. Dolayısı ile proje şirketi işletme döneminde belirli hizmetler sunarak karşılığında idareden hizmet bedeli ödemesi almaktadır.

¹⁷² 6428 sayılı Kanun'un 1/2. (s) hükmü uyarınca tesis; "...Sözleşme hükümlerine göre yüklenici tarafından yapılan ve Bakanlığın ve bağlı kuruluşlarının kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle tanımlanan görev ve yetkileri ile ilgili iş ve işlemlerini yerine getirmek için kullanacağı bina ve yapılar..."dır.

¹⁷³ SARISU, Kamu & Özel İşbirlikleri, s. 520.

¹⁷⁴ BOZ, s. 319.

¹⁷⁵ YAVUZ, Cevdet, s. 481-485.

“Bağımlılık” ve “zaman” unsurları, çalışan iş gücünü belirli veya belirsiz bir süre zarfında işveren veya vekilinin buyruğunda ve denetiminde bulundurmasını kapsamakta olup, çalışan edimini bu süre zarfında buyruk ve denetim altında (bağımlılık) ifa eder¹⁷⁶. Proje şirketi, sözleşmeden doğan iş görme borcunu idarenin gözetim ve denetimi altında yani idareye bağımlı olarak ifa etmektedir. İdare, işletme dönemi boyunca proje şirketinin proje sözleşmesi kapsamında uhdesinde bulunan hizmetleri proje sözleşmesinde belirlenen “hizmet şartları”na uygun ifa edip etmediğini denetlenmekte ve gerekirse hizmet ödemelerinde kesintiler yapmaktadır¹⁷⁷. Proje şirketinin işletme dönemi boyunca idarenin gözetim ve denetimi altında hizmet ifasında bulunması, bağımlılık unsurunu oluşturmaktadır.

“Zaman” unsuru bakımından belirtmekte fayda görülen husus ise, proje finansmanının risk transferi ilkesine paralel olarak proje şirketi, uhdesinde bulundurduğu tüm hizmetleri alt yüklenici firması olan işletme ve bakım şirketine devretmektedir. Bu şirket ise, bu hizmetleri genellikle alanında uzman gerçek veya tüzel kişilere tevdi etmektedir. Piyasa testine tabi tutulacak olan her hizmet için azami hizmet süresi beş yıl olarak belirlendiğinden, proje şirketine en fazla beş seneliğine¹⁷⁸ verilen bu hizmetler alt yüklenicilere aynı süre gözetilerek devredilmektedir. Fakat piyasa testi

¹⁷⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 21.2.2018 T., E.2015/21-139, K.2018/316 S. kararı için bkz. (www.kazanci.com) (E.T. 23.05.2021).

¹⁷⁷ KÖİ Yönetmeliği Ek-1 içerisinde Kesintiler; “...Sağlık tesisinin tamamında veya herhangi bir bölümünde meydana gelen ve ilgili bölüm veya bölümlerin kullanılmasını engelleyen, sözleşmede yer alan formüle ve benzer uluslararası işlerde kullanılan esaslara, katsayılara ve temel veriler gibi parametrelere göre hesaplanacak olan kullanım hatasından dolayı kesilecek orandır. Sözleşmeyle düzenlenen kullanım ve/veya hizmet hatalarının, sözleşmede aksi belirtilmedikçe belirtilen sürelerle uygun olarak giderilmesi halinde ceza uygulanmaz. Kullanım hatası ve hizmet hatasının bir arada gerçekleşmiş olması halinde büyük olan ceza uygulanır ve ilgili dönemdeki ilgili hizmet bedelinin %20’sini aşmamak üzere hizmet bedelinden kesilir. Hesaplanan cezanın hizmet bedelinin %20’sinden büyük olması durumunda eksik kalan tutar kullanım bedelinin %10’una kadar kullanım bedelinden kesilir.” şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁷⁸ 6428 sayılı Kanun’un 1/2. (e) m. hükmünde hizmet bedeli, “...Bedelin bir unsuru olup tesisin ve ekipmanların kullanıma hazır tutulmasına yönelik bakım, onarım ve benzeri hizmetlerin bedeli ile ilgili mevzuatına göre hizmet alımı yoluyla gördürülebilecek hizmetlerin sunulması karşılığında idare tarafından yükleniciye ödenen ve beş yılı geçmemek üzere dönemsel piyasa testi ile güncellenen bedel...” şeklinde, KÖİ Yönetmeliği’nin 4/1 (i) m. hükmünde ise hizmet bedeli, “...bedelin bir unsuru olup, hizmetlerin sunulması karşılığında idare tarafından yükleniciye ödenen ve beş yılı geçmemek üzere dönemsel piyasa testi ve sözleşme hükümleri ile güncellenen bedel...” şeklinde tanımlanmıştır. Donanım ise, ihale dokümanında belirtilen süreler sonunda piyasa testi ile güncellenerek satın alınmaktadır.

sonucunda aynı alt yüklenici ile devam edilmesi de mümkün olup, herhalde tüm bu hizmetlerin süresi proje sözleşmesinin devamlılığına ve sözleşmenin hüküm ve şartlarına bağlıdır.

4. İşletme Unsuru

Bu noktada belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, ticari hizmet alanlarının işletilmesi hususudur. Ticari hizmet alanlarının işletmesinin proje şirketine bırakılıp bırakılmayacağı, tarafların ticari anlaşmasına bağlıdır. Ancak, ticari hizmet alanlarının işletilme hakkının idare tarafından proje şirketine bırakılması halinde, YKD ve YİD modelleri gelir yöntemi bakımından yalnızca bu kapsamda birbiri ile benzerlik gösterecektir. Ticari hizmet alanları kurma ve bu alanları işletme yetkisini haiz proje şirketi, elde edeceği geliri ticari faaliyet alanlarından yararlanan müşterilerden sağlayacaktır. Dolayısı ile, ticari hizmet alanları özelinde proje şirketi tesisin ticari alanlarını işletme yetkisine sahip olmaktadır.

5. Finansman Unsuru

Bir kamu hizmetinin hayata geçirilmesi maksadı ile kullanılan YKD modeli bir finansman yöntemi olduğundan, finansman temini bu sözleşmenin temel unsurlarından biridir. Buna paralel olarak, 6428 sayılı Kanun'un 4/2. m. hükmü ve KÖİ Yönetmeliği'nin 66/1. m. hükmü çerçevesinde, proje şirketi, projenin finansmanını sağlamakla yükümlü tutulmuştur¹⁷⁹. Yine aynı çerçevede, KÖİ Yönetmeliği'nin 49/1. (e) m. hükmü çerçevesinde finansman unsuru, proje sözleşmesinde yer alması gereken hususlar arasında belirtilmiştir¹⁸⁰. Finansman unsuru, özel hukuk sözleşmeleri ile

¹⁷⁹ 6428 sayılı Kanun'un 4/2. m. hükmü; "...Tesisin ve ticari hizmet alanlarının yapım işlerinin projelendirilmesinden ve finansmanının sağlanmasından, yüklenici sorumludur...", KÖİ Yönetmeliği'nin 66/1 (a) m. hükmüne göre yüklenici "...Taahhüdündeki işleri sözleşme hükümlerine göre ve belirlenen süre içerisinde projelendirmek, finansmanını sağlamak ve kullanılan finansmanı bütün finansman maliyetleri ile birlikte ödemek, ...ile yükümlüdür..." şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁸⁰ 6428 sayılı Kanun'un 49/2 (e) m. hükmü; "Yatırım ve işletme dönemi için işe başlama, bitirme ve süre ve koşulları ile finansman temin süresi, gecikme halinde uygulanacak cezai şartlar..." , yine 49/2 (j)

benzerliği bakımından değerlendirildiğinde, ayrı bir sözleşme tipi ile benzerlik göstermekten ziyade, bütün sözleşme ilişkisinin temelinde yer alan ve taraflar arasındaki menfaat dengesinin temininde belirleyici olan asli unsurdur¹⁸¹. Tip sözleşmelerde yer verilmemiş bir unsur olmasından ötürü proje sözleşmesine kendine özgü yapısını veren unsurlardan biridir.

6. Diğer Unsurlar

Proje sözleşmesinin tüm unsurlarını tespit edebilmek amacıyla bu sözleşmenin düzenlenme şeklinin ortaya konması bu anlamda belirleyicidir. Proje sözleşmesi, bir kamu hizmetinin ifasına ilişkin ve uzun süreli bir sözleşme olması dolayısı ile titizlikle düzenlenen bir sözleşmedir ve bu nedenle oldukça girift bir yapıya sahiptir. Diğer yandan proje taraflarının çeşitliliği ve bu sözleşmenin bir proje finansman yönteminin uygulanmasına dayanması sebebi ile finansman sağlayanların aradığı şartları da karşılaması gerekmektedir. KÖİ Yönetmeliğibu sözleşmelerde yer alacak hususları düzenlemektedir. Buna göre bu sözleşmeler, şirketin ve idarenin yatırım ve işletme dönemindeki yükümlölüklerine ilişkin genel esaslar, finansman temini, üst hakkı, teminatlar, sigortalar, mücbir sebep halleri, süre uzatım halleri, fesih sebep ve sonuçları ile finansman sağlayanların müdahale hakkı gibi hususları barındırmalıdır. Dolayısı ile, KÖİ yönetmeliği ile belirlenen kapsam, sözleşme unsurlarının tespitinde yönlendiricidir.

Proje sözleşmesi aynı zamanda pek çok ekten müteşekkildir¹⁸². Finansman sağlayanların doğrudan anlaşması ve üst hakkı sözleşmesi de yine bu sözleşmenin ekleri arasında yer almaktadır. Belirtilen nedenle, proje sözleşmesinin her bir eki, onun unsurlarını oluşturacak ve hukuki niteliğini belirleyecektir.

m. hükmü; “Yapım veya yenileme işlerinde tesisin yatırım ve işletme dönemlerinin finansmanı ve finansmanın yenilenmesine ilişkin usul ve esaslar...” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁸¹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, YİD Sözleşmesi, s. 125.

¹⁸² T.C. Sayıştay Başkanlığı, Sağlık Bakanlığı 2018 yılı Sayıştay Denetim Raporu, Eylül 2019, s. 25.

C. Proje Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Kişiler, sözleşme hürriyetinin bir gereği olarak diledikleri gibi sözleşme yapma hakkına sahiptirler¹⁸³. Bu sözleşmeler isimli (tipik) veya isimsiz (atipik) sözleşme şeklinde görülmektedir. TBK’da veya başka bir kanunda düzenlenen sözleşmeler isimli (tipik) sözleşmeler olup, TBK veya bir başka kanunda özel bir biçimde, az yahut çok ayrıntılı olarak düzenlenmeyen sözleşmeler ise atipik (isimsiz) sözleşmelerdir¹⁸⁴. İsimsiz sözleşmelerin bu şekilde nitelendirilmesinin nedeni kanun koyucu tarafından isim verilmemesinden kaynaklanmakta olup, işlem hayatında bunların hepsine birer isim verilmektedir¹⁸⁵. Proje sözleşmesi, ne TBK ne de başka bir kanunda düzenlemiş bir sözleşme tipi olduğundan, bu sözleşme isimsiz bir sözleşmedir¹⁸⁶. İsimsiz sözleşmelerin farklı görünümlere sahip olmasından ötürü, proje sözleşmesini kendine özgü sözleşmeler, karma sözleşmeler ve bileşik sözleşmeler çerçevesinde değerlendirmek gerekecektir.

Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler (sui generis), kanunla düzenlenmiş sözleşme tiplerinin hiçbirinde bulunmayan unsurları, kısmen veya tamamen ihtiva eden sözleşmelerdir. Bir başka ifade ile, kendine özgü yapısı olan sözleşmeler tamamen veya

¹⁸³ “...Genel olarak kişiler, özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenlerler, diledikleri konuda diledikleri kişiler ile sözleşme yapabilirler. Bu olanak, BK’nu ve TBK’nunda öngörülen sözleşme özgürlüğü (akit serbestliği) ilkesinin bir sonucudur ve bu hak irade özerkliği (sözleşme hürriyeti) prensibi ile Anayasa (m.48) tarafından teminat altına alınmıştır. Bu sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişiler kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nev’i şahsına münhasır (kendine özgü) sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek, buyurucu ve yasak koyan kurallara, ahlâk ve âdaba aykırı olmamak şartıyla Kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tipini değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde tayin etmek hakkına haizdirler. Dolayısıyla bu özgürlük, sözleşmeyi yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme ya da değiştirme, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve nihayet sözleşmenin tabi olacağı şekli belirlemeyi de kapsar...”, bkz. Y.3.HD., 18.12.2014 T., E.2014/13539, K.2014/16751 için bkz. (www.kazanci.com) (E.T. 23.05.2021).

¹⁸⁴ YAVUZ, Cevdet, s. 11.

¹⁸⁵ OKTAY, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, İÜHF, 1996, Cilt 55, S. 1-2, ss. 263-296, s. 263-294; EREN, Borçlar Hukuku Özel, s. 18.

¹⁸⁶ KARAHASAN, Mustafa Reşit., Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Cilt I, İstanbul, Beta Basım, 2002, s. 51.

kısmen kanunda öngörülmeleyen unsurlardan oluşan sözleşmelerdir¹⁸⁷. Karma sözleşmeler (mixti generis) ise, kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği şekilde bir araya getirilmesiyle kurulan sözleşmelerdir¹⁸⁸. Diğer bir deyişle kanunda düzenlenen isimli sözleşme tiplerinin en az iki unsurunu, kanunun öngörmediği şekilde kısmen veya tamamen bir araya getiren akitlerdir¹⁸⁹. Bu cümleden olarak, kanun kapsamında düzenlenen sözleşmeler, bağımsızlıklarını kaybederek bir bütün halinde tek bir sözleşme meydana getirmektedirler¹⁹⁰. Bileşik sözleşmeler ise, hukuki nitelik ve vasıfları sebebi ile birbirinden tamamen ayrı ve bağımsız sözleşmelerin, tarafların özgür iradeleriyle birbirine bağlı kılınması ile geliştirilen sözleşmelerdir¹⁹¹. Bileşik sözleşmeler, hukuki nitelik ve vasıfları itibari ile tamamen birbirinden ayrı ve bağımsız sözleşmelerin, tarafların özgür iradeleriyle birbirine bağlı hale getirilmesi yöntemi ile düzenlenmektedirler¹⁹². Bu tip sözleşmeler birden fazla bağımsız sözleşmenin, niteliklerine hâle gelmeksizin, varlıklarının ve geçerliliklerinin birbirlerine bağlı kılındığı sözleşmelerdir¹⁹³.

KÖİ'nin alt modelleri YKD ve YİD sözleşme tipleri, kendine özgü özellikleri bulunan sözleşmelerdir. Hal böyle iken bu sözleşmelerin isimsiz sözleşmelerin hangi türüne girdiği hususunda farklı görüşler mevcuttur. Öyle ki, YİD sözleşmelerinin tek bir

¹⁸⁷ YAVUZ, Cevdet, s. 16; OKTAY, s. 275; EREN, Borçlar Hukuku Özel, s. 952; ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019 (Borçlar Hukuku), s. 279.

¹⁸⁸ YAVUZ, Cevdet, s. 14, TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Cilt I/1, 6. Basım, Evrim Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 1990 (Özel Borç İlişkileri), s. 69; EREN, Borçlar Hukuku Özel, s. 951.

¹⁸⁹ Karma sözleşmeler, çifte tipli sözleşmeler, kombine sözleşmeler, çeşitli tiplere ait unsurların birbiriyle karıştığı sözleşmeler ve tipik sözleşmeye ikinci derece bir edimin eklendiği sözleşmeler şeklinde çeşitlenebilmektedir, bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 279.

¹⁹⁰ ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2003, s. 52.

¹⁹¹ ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 277.

¹⁹² YAVUZ, Cevdet, s. 10-11, EREN, Borçlar Hukuku Özel, s. 964.

¹⁹³ TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Cilt I/1, 4. Bası, Ankara, 1985 (Borçlar Özel), s. 75.

sözleşme çatısı altına sokulamayacak uzun soluklu bir finansman süreci olduğunu belirten görüşler bulunmaktadır¹⁹⁴.

SİRMEN, bir YİD sözleşmesinin ihtiva ettiği finansman, inşaat, işletme tip unsurları dolayısı ile bu sözleşmenin yapımında bileşik sözleşmelerden yararlanıldığı değerlendirilmiştir¹⁹⁵. YKD modelinde de aynı görüşün savunulabileceği düşünülse de, YKD sözleşmelerinin birbirinden ayrı ve bağımsız nitelikte sözleşmeleri ihtiva ettiğini söylemek isabetli bir değerlendirme olmayacaktır. Birleşik sözleşmelerde sözleşmeyi oluşturan sözleşme tipleri bağımsızlıklarını koruduğundan, bu sözleşme türünde (proje sözleşmesinde) tipik akitlerin birleştirildiği yönünde yapılacak bir araştırma sonuçsuz kalacaktır¹⁹⁶.

Proje sözleşmesinin hukuki niteliği incelenirken öğretideki tartışmaların odağı, bu sözleşmenin karma sözleşme mi yoksa kendine özgü yapısı olan sözleşme mi olduğu noktasında toplanmaktadır. Bazı yazarlar bu sözleşmenin TBK’da düzenlenen tip sözleşme türlerinden bir ya da birkaçını ana unsurları ile taşıması sebebi ile karma sözleşme nitelikte olduğunu belirtmektedirler¹⁹⁷. Yine Yargıtay’ın genel yaklaşımı da bu çerçevededir¹⁹⁸. Bu görüşe göre YKD sözleşmeleri TBK’da belirlenen bir isimli sözleşme olmamasına karşın, TBK’da düzenlenen isimli sözleşmelerden bazılarının birleşiminden oluşmaktadır¹⁹⁹.

¹⁹⁴ SİRMEN, Lale, “Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli”, “Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu”, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996, Yayın No: 342, ss. 11-17 (Yap-İşlet-Devret), s. 11; EREKMEKÇİ, s. 40.

¹⁹⁵ SİRMEN, Yap-İşlet-Devret, s. 11.

¹⁹⁶ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, YİD Sözleşmesi, s. 162.

¹⁹⁷ KARAGÖZ, s. 34; ÇAKIR, H. Melih, Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi, 1. Baskı, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2015, s. 468.

¹⁹⁸ Y.13.HD., 9.6.1998 T., E.1998/4614, K.1998/5241.

¹⁹⁹ KEŞLİ, Ahmet T., Kamu Özel Sektör İşbirliği Projelerinin (PPP) Hukuki Rejimi, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı, Doktora Tezi, 2009 (KÖİ Tez), s. 109.

Bir başka görüş ise, YKD sözleşmesi pek çok alt modeli içermesi ve gelişen ihtiyaçlar paralelinde zaman içerisinde gelişim göstermesi sebebi ile, bu sözleşmenin hem karma hem de kendine özgü yapısı olan sözleşme niteliğini taşıdığı yönündedir²⁰⁰.

YKD sözleşmeleri bakımından yapılan bir değerlendirme olmasa da, PEKGÜÇLÜ KARABULUT, YİD sözleşmesinde iki tipik sözleşmenin tip unsurlarının yasanın öngörmediği biçimde bir araya gelmesinden daha ötede bir hukuki yapının ortaya çıktığı görüşündedir²⁰¹. YİD sözleşmeleri için kendine özgü yapısı olan sözleşmeler şeklinde bir değerlendirme yapmaktadır²⁰².

Bize göre YKD modelinde uygulanan proje sözleşmeleri kendine özgü yapısı olan sözleşmelerdir. Bu sözleşme tümüyle kanunda öngörülmemiş değil fakat kanunda kısmen öngörülmüş unsurlardan meydana gelmektedir. Sözleşme, TBK’da düzenlenen kira, eser, hizmet, üst hakkı unsurlarını taşımaktadır fakat bu unsurları da bütünüyle kanunda öngörülmüş haliyle barındırmamaktadır. Kira, hizmet, üst hakkı sözleşmeleri bakımından üç tipik sözleşmenin üç tipik unsurunu taşıyan bu sözleşme, eser sözleşmesinin tüm unsurlarını TBK’nın düzenlediği hali ile muhafaza etmemektedir. Aynı zamanda finansman unsurunun, işletme unsurunun, doğrudan anlaşmanın taşıdığı unsurların kanundaki tip sözleşmelerde yer almamasından ötürü, bu sözleşme bütünüyle kendine özgü yapısı olan bir sözleşmedir. Sözleşmenin taşıdığı her bir unsurun ekonomik işlevinin olması dolayısı ile bu işlem ve ortaya çıkan ihtiyaçların bir

²⁰⁰ KUBİLAY, İlkay Sinem, Kamu Özel İşbirliği Projelerinde Üst Hakkı: Şehir Hastanesi Örneği, Ankara: Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Gayrimenkul Geliştirme ve Yönetim Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 63.

²⁰¹ “...yüklenicinin rizikosu kendisine ait olmak üzere bir yapının tamamını veya bir kısmını inşa ederek teslim etmeyi bir ücret karşılığında üstlenmesi olarak tanımlanabilecek olan inşa edimini, ücretini almak üzere teslim amacıyla ifa etmemekte, finansman temini taahhüdünde bulunarak inşaatını üstlendiği tesisin işletme hakkına sahip olmak suretiyle, eser sözleşmesindeki iş parasından daha fazla kar elde etmeyi hedefleyerek edimini terine getirmektedir. Yatırımcı inşa edimini ifa ederken harcadığı sermayeyi geri alabilmek ve aynı zamanda gerek inşada kullanılan emeğin gerek harcanan fonun karşılığında olacak biçimde bir kar elde edebilmek beklentisi içinde bulunduğundan, işletme ediminin kapsamı da ürün kirasından farklıdır.” PEKGÜÇLÜ KARABULUT, Güzin, Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi, Ankara, Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007 (Türk Özel Hukukunda YİD Sözleşmesi), s. 110.

²⁰² PEKGÜÇLÜ KARABULUT, Türk Özel Hukukunda YİD Sözleşmesi, s. 110.

yansıması olarak, proje sözleşmesi bir sözleşmeler bütünü haline gelmiştir. Her unsurun birbirine etkisi bulunmaktadır²⁰³.

Öyle ki burada uygulanacak hukukun tespiti de bu değerlendirmede belirleyici olacaktır. Zira karma sözleşmeler için benimsenen çözümler bu sözleşme yapısına uygun değildir. Öyle ki bu sözleşmedeki eser unsuruna salt eser sözleşmesi hükümleri uygulanamayacaktır. Kendine özgü yapısı olan sözleşmelerde, yaratma görüşünün uygulanması esastır²⁰⁴. Hâkim kural yaratırken, TMK m.1 hükmü çerçevesinde o işlerde yaygın ticari uygulamalar ile benzer edim tiplerini haiz sözleşmelere ilişkin tamamlayıcı kuralları, yerleşik doktrini ve mahkeme içtihadını dikkate alacaktır²⁰⁵. Diğer yandan yine bu kurallar çerçevesinde uygulanan bu sözleşmeler için oluşmuş teamüller de nazara alınacaktır²⁰⁶. Bu bakımdan sözleşmedeki her edime, ait olduğu sözleşme tipi hükümlerinin uygulanmasındansa, sözleşmenin kendi dinamiği ve özgün yapısı dolayısı ile, kendine özgü yapısı olan sözleşmelere uygulanacak hukukun burada uygulanmasının daha isabetli olacağı değerlendirilmektedir.

D. Proje Sözleşmesinin Hukuksal Rejimi

6428 sayılı Kanun'un 4/1. m. hükmünde ve KÖİ Yönetmeliği'nin 51/2. m. hükmünde proje sözleşmesinin özel hukuk hükümlerine tabi bir sözleşme olduğu düzenlenmiştir. Aynı şekilde yargı içtihadı da YKD modeli ile imzalanan proje sözleşmelerinin hukuki rejimi hususunda mutabıktır. Fakat bu husus öğretilerde tartışma konusu olmuştur.

²⁰³ YİD modelinin taşıdığı unsurlara ilişkin benzer görüş için bkz.; “Bizce YİD yatırımının kendi kendisini finanse etmesi esasına dayanan, ancak uygulandığı sektöre ve yatırım amacına göre uygulanması farklılık gösteren (tek tip olmayan) ve inşaat, garanti, işletme, abonelik ve üst hakkı sözleşmeleri gibi hiçbirisi bir diğerine göre üstün tutulamayacak olan birbirinden farklı tip ve özelliklerde sözleşme ilişkileri barındıran ve her bir sözleşmenin sürecin işleyişindeki önemi dolayısıyla da tek bir sözleşme çatısı altına sokulamayacak uzun soluklu bir proje finansman sürecidir.”, EREKMEKÇİ, s. 40.

²⁰⁴ ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 281.

²⁰⁵ ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 281.

²⁰⁶ EREN, Borçlar Hukuku Özel, s. 963.

1. Eksik İmtiyaz Sözleşmesi Görüşü

KARAHANOĞULLARI tarafından, YKD modelinde çekirdek hizmetin idarede kalarak özel şirkete hizmet alanlarının ve parçalı hizmetlerin işletilmesi imtiyazının verildiği bu sebeple proje sözleşmesinin idari sözleşme niteliğinde bir eksik imtiyaz sözleşmesi olduğu, bu sözleşme türünün kamu hizmetleri piyasa ilişkisinde dördüncü tip sözleşme olduğu ileri sürülmektedir²⁰⁷. Yazar, proje şirketine bırakılan ve proje şirketinin işleterek gelir elde edeceği hizmet alanı ile, ifa edeceği parçalı hizmetlerin kapsamını oldukça geniş, idarenin ifa edeceği kamu hizmeti kapsamını ise bir o kadar dar değerlendirdiği için kamu hizmeti alanı içerisinde proje şirketine gerçek bir imtiyaz yaratıldığını ileri sürmektedir. Ayrıca proje şirketinin, çekirdek hizmeti üretim işini idarede bırakarak müşteri bulmak ve maliyetini kendi imkânları ile çıkarmakla uğraşmayarak, maliyetin geri dönüşünü kira ile sağladığını savunmaktadır²⁰⁸. EVREN ise, proje şirketinin ifa etmekle yükümlü olduğu tıbbi görüntüleme hizmetinin kamu hizmetinden ayrı tutulmasına ilişkin fikir ayrılıkları sebebi ile YKD modelinin temelde imtiyazdan izler taşıyan bir model olduğunu ileri sürmektedir²⁰⁹.

YKD modeli çerçevesinde imzalanan bir proje sözleşmesinin, diğer KÖİ sözleşmelerinden farklı özellikler taşıması dolayısı ile dördüncü tip sözleşme niteliğinde olduğu görüşüne katılmakla birlikte, proje şirketine idare tarafından bu modelde kamu hizmeti sunma imtiyazı sağlandığı görüşüne katılmamaktayız. Zira idare, bir kamu hizmetini sunmak için ihtiyaç duyduğu teknik bilgiyi, yüksek teknolojiyi, uzman kişileri, özel sektörün sisteme katılımı aracılığı ile elde etmektedir. Bu da bu projelerin hayata geçirilmesine etken temel unsurlardandır. Bu nedenle kamu ve özelin işbirliği yalnızca ticari gelir ve menfaat ile bağdaştırılmamalıdır. Öyle ki, bu projelerde sağlık hizmetinin idare tarafından sunulması ve özel şirketin ise tesisin düzgün işleyişini

²⁰⁷ KARAHANOĞULLARI, Onur, s. 193; Benzer görüş için ayrıca bkz. BAYAZIT, s. 138.

²⁰⁸ KARAHANOĞULLARI, Onur, s. 182-183.

²⁰⁹ EVREN, s. 519.

sağlamak amacı ile birtakım destek hizmetlerini sunması ile hedeflenen, yeterli müşteri bulma sorununun idarece üstlenilmesinden ibaret değildir. “Sağlıkta Dönüşüm Projesi” kapsamında hastanelerde otel konforunda hizmet sunulmasının öncelikli eylemler arasına alınması dolayısı ile, 2012 tarihinden itibaren “sağlık otelciliği” projesini hayata geçiren T.C. Sağlık Bakanlığı, başlangıç dönemlerinde özel hastanelerin sağladığı konforlu hizmet anlayışını günümüzde tüm kamu hastaneleri için bir zaruri getirmiştir. Bu çerçevede Anayasa’nın 56. maddesine göre kamu hizmeti kapsamında olduğu hususunda hiçbir kuşku olmayan sağlık hizmetleri, YKD yöntemi ile yürütülen projelerde idare tarafından sunulmakta, proje şirketine kamu hizmetinin ifası kapsamında herhangi bir imtiyaz sağlanmamaktadır. Öyle ki, proje şirketi yalnızca kamu hizmeti niteliğindeki sağlık hizmetine yardımcı hizmetleri sunabilmekte karşılığında idareden hizmet bedeli ödemesi almaktadır.

İmtiyaz, kamu ile özel sektör arasında yapılan sözleşme uyarınca özel sektörün kamu alt yapısı kullanıcılarından alacağı ücret karşılığında kendi kâr ve zararına bir kamu altyapısını inşa edip işletmesi usulüdür²¹⁰. Bu sebeple, YKD sözleşmelerini imtiyaz sözleşmelerinden ayıran en temel özellik, proje şirketinin kullanıcılardan ücret almadığı bir yapının kurulmasıdır. Zira, kamu hizmeti sunma konusunda idare proje şirketine herhangi bir imtiyaz sağlamadığı için, kamu hizmeti sunma ve kullanıcılardan ücret temin etme unsuru bu modelde tamamen farklı bir şekle bürünmüştür. YKD modeli, imtiyaz-kamu özel işbirliği şeklinde ayırım yapılmasında etkili olmuştur. Proje şirketinin gelirini kimden alacağı bu konuda belirleyici olmuştur. Şirket geliri kullanıcıdan alınırsa, idare ve özel kesim arasında imtiyaz ilişkisi, şirket geliri idareden kira bedeli ve benzer yöntemlerle temin ederse, kamu ile özel kesim arasında kamu özel

²¹⁰GÖZLER, s. 455.

işbirliği ilişkisi vardır²¹¹. Bu bakımdan proje sözleşmesi imtiyaz sözleşmelerinden farklılık arz etmektedir.

Hizmet mekanlarının özel şirket tarafından işletilmesi hususuna gelindiğinde ise, destek hizmetlerinin ifası bir kamu hizmeti imtiyazı olmadığından taraflar arasındaki ticari anlaşma bir imtiyaz tesisi çerçevesinde değerlendirmemelidir. Dolayısı ile bu yapıda tıbbi hizmetin idare tarafından ifa sunulması, özel şirketin de eş zamanlı olarak parça hizmetleri (destek hizmetleri) sunması ve ticari alanları işletmesi eksik imtiyaz kapsamında değerlendirilmemektedir.

2. İdari Sözleşme Niteliği Görüşü

6428 sayılı Kanun'un iptali istemi ile açılan dava kapsamında AYM'nin aldığı 1.4.2015 tarihli kararda²¹², proje sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu ve bundan dolayı özel hukuk hükümlerine tabi olmasının Anayasa'ya aykırı olmadığı

²¹¹ EVREN, s. 493.

²¹²“Anayasanın 47 nci maddesinin 13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle değişik dördüncü fıkrasında, devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceğinin kanunla düzenleneceği kurallaştırılmakla ve 6428 sayılı Kanunda da sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu belirtilmekle birlikte; Anayasa Mahkemesi 28.6.1995 günlü ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararında "Anayasa yargısı alanında bir hizmetin "kamu hizmeti", bir sözleşmenin de "imtiyaz sözleşmesi" olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir. Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir." demiştir. 6428 sayılı Kanunun konusunu, sadece sağlık hizmetlerinin yükleniciler tarafından yapılacak tesislerde yürütülmesi değil; bunun yanında manyetik görüntüleme, bilgisayarlı tomografi, ameliyat üniteleri gibi ileri teknoloji veya yüksek mali kaynak gerektiren tıbbi donanımın temini ve bunlar aracılığıyla yapılacak teşhis, tanı, önleyici ve ameliyat gibi tedavi edici sağlık hizmetleri ile yardımcı sağlık hizmetlerinin gördürülmesi oluşturmakta; süresi 30 yıl gibi oldukça uzun bir süreyi kapsamakta ve eşitler arasındaki özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak idareye, sözleşme kapsamındaki yatırım ve hizmetleri yüklenici nam ve hesabına yaptırmaktan yüklenicinin ortaklık yapısını değiştirmeye, hizmet sunumuna ilişkin performans göstergeleri koyup, yüklenicinin performansını değerlendirmekten denetlemeye ve hatta yükleniciye gördürülecek hizmetlerin sunulmasına ilişkin yönetim ve organizasyon sistemi oluşturmaya varan üstün kamusal yetkiler verilmekte ve tesislerin 30 yılın sonunda idareye bedelsiz devri öngörülmektedir. Tüm bu hususlar gözetildiğinde ve Anayasa Mahkemesinin 28.6.1995 günlü ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı ile 26.3.1997 günlü ve E. 1996/63, K. 1997/40 sayılı kararı dikkate alındığında, yükleniciler ile idare arasında imzalanacak sözleşmenin, özel hukuk sözleşmesi değil, idari nitelikteki imtiyaz sözleşmesi olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.” Dava dilekçesinde, bir sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olup olmadığının kanun ile değil sözleşmenin niteliğine bakılarak tespit edilebileceği, bu itibarla tıbbi ve tıbbi destek hizmetlerinin proje şirketi tarafından sunulması ve idarenin proje şirketinin ortaklık yapısını değiştirme, hizmet sunumuna ilişkin performans göstergeleri koyma, proje şirketinin performansını değerlendirme ve denetleme yetkilerine sahip olması nedenleri ile, proje şirketinin bir özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olmadığı, idari nitelikteki imtiyaz sözleşmesi olduğu ileri sürülmüştür.

yönünde karar verilmiştir. Fakat, karar gerekçesinde bu sözleşmenin idari sözleşme niteliğini haiz olduğu belirtilmektedir. Karar içeriği incelendiğinde, proje şirketinin ifa ettiği hizmetlerin kamu hizmetiniteliğinde değerlendirildiği görülmektedir. AYM, 1.4.2015 tarihli kararında; *“KÖİ modelinde idare, özel hukuk hükümlerine göre bir kamu hizmetini özel sektöre gördürse de bu hizmetten tam olarak elini çekmemekte, kamu hizmetinin bir kısmını KÖİ sözleşmesi gereğince özel kişiye gördürürken, ayrıca kendisi de bazı hizmetleri bizzat görmeye devam etmektedir. Bu modelde, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetler özel sektörün (yüklenicinin), kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetler ise idarenin (Sağlık Bakanlığının) sorumluluğuna bırakılmaktadır.”* şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi’nin kamu hizmetinin bir kısmının özel sektöre gördürüldüğü yönündeki görüşü, YKD finansman modelinin hatalı biçimde algılandığını göstermektedir. Zira bu model, kamu hizmetinin kamu görevlileri eliyle ifa edilmesi esasına dayanmaktadır²¹³.

Bu modelde proje şirketine imtiyaz verilmesi bir yana, YKD modeli özel sektörün (proje şirketinin) hastaya dokunmaması prensibine dayanmaktadır. Proje şirketinin ifa ettiği tıbbi destek hizmetleri tamamen tıbbi hizmetlerin ifasına destek olmak amacı ile yerine getirilen yan hizmetler olup, kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi doğru olmayacaktır. Kaldı ki, bu hizmetler YKD mevzuatında ihtiyari hizmetler olarak nitelendirildiğinden, proje şirketine bu hizmetlerin devri idarenin inisiyatifine bırakılmıştır.

Buna ek olarak AYM’nin mezkûr kararında; *“Bir sözleşmenin "idari sözleşme" sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin idare olması, kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve idareye özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gerekmektedir.”* denilmektedir. AYM, aynı görüş çerçevesinde YKD modeli

²¹³ 6428 sayılı Tasarısı, s. 58.

kapsamında akdedilen bir proje sözleşmesinin “...yüklenicinin gelirinin, hizmetten yararlananlardan alınan ücretlerden değil, idare tarafından ödenen kira bedelinden oluşması ve inşa edilen tesislerin sözleşme süresinin sonunda idareye devredilmesi yönüyle imtiyaz sözleşmelerinden farklılık taşısa da özünde idari sözleşmelerin özelliklerini taşıdığı açıktır. Ancak 4446 sayılı Kanunla Anayasa'nın 47. ve 155. maddelerinde yapılan değişikliklerle, kamu hizmetlerinin hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle özel kesime gördürülebileceği hususunda kanun koyucuya geniş takdir yetkisi tanındığından idari sözleşmelerin özelliklerini taşısa da KÖİ sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi kılınmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 155. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”, yönünde karara varmıştır. YKD modeli kapsamında imzalanan proje sözleşmesinin imtiyaz sözleşmelerinden farklılık taşıdığı ve özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmekle birlikte proje sözleşmesinin idari sözleşme özelliği gösterdiği belirtilmiştir.

Bunun yanı sıra kararda proje sözleşmesine idari sözleşme niteliği arz ettiren ölçütler açık şekilde ortaya konmamıştır. Proje sözleşmesinin idari sözleşme özelliklerinesahip olduğu yönündeki AYM'nin görüşüne tam manasıyla katılmadığımızdan, sözleşmeyi bu perspektifle incelemek gerekmektedir. İdari sözleşme kriterleri, teşrii kriter ve içtihadi kriter olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Teşrii kriter, sözleşmenin nitelendirilmesinin bir kanun hükmü ile yapılmış olmasıdır. Bu nitelendirme, sözleşmenin bir kanunla doğrudan doğruya bir özel hukuk sözleşmesi veya idari sözleşme olduğunun belirtilmesi veya yine bir kanun ile sözleşmenin hukuki rejiminin belirlenmesi yahut kanun hükmü ile sözleşmeden doğacak ihtilafların tabi olduğu yargı kolunun belirlenmesi suretiyle yapılabilir. İçtihadi idari sözleşme ölçütleri ise, bir tarafın idare olması, sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin olması

(organik kriter), idarenin sözleşmedeki karşı tarafa nazaran üstün ve ayrıcalıklı konumda olmasıdır (maddi kriter)²¹⁴.

Proje sözleşmesinin bir tarafının kamu tüzel kişisi olması itibari ile organik kriter karşılanmaktadır. Maddi kriter bakımından ise, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için ya bu sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin ifasına ilişkin olması ya da bu sözleşmenin özel hukuku aşan düzenlemelere sahip olması gerekmektedir²¹⁵. Sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin doğrudan doğruya yürütülmesine ilişkin olması ölçütü ise kendi içerisinde üç alt kriteri barındırmaktadır. Buna göre sözleşme, bir kamu hizmetinin ifa yetkisi özel şirkete devrediliyorsa, ikincisi sözleşme özel sektörün bir kamu hizmetinin ifasına katılmasını öngörüyorsa ve üçüncü olarak sözleşme başlı başına bir kamu hizmetinin yürütülme usulünü oluşturuyorsa, bu durumda sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olduğu söylenebilecektir. Ancak, proje şirketinin bu sözleşme uyarınca kamu hizmeti ifa etmediği yönündeki görüşümüz paralelinde, proje sözleşmesinin bu ölçütü sağlamadığı değerlendirilmektedir.

Sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içermesi ölçütü bakımından sözleşmeyi incelediğimizde ise, 6428 sayılı Kanun'un 4/4. m.hükmünde yer verilen düzenleme gereğince, idarenin proje şirketinin sözleşme çerçevesindeki faaliyetlerini bütün aşamalarda denetleme veya denetletme yetkisini haizdir²¹⁶. Bunun haricinde, idare proje şirketinin işletme döneminde sunduğu destek hizmetleri karşılığında proje şirketine ifa ettiği hizmet ödemelerinde, sözleşme çerçevesinde belirlemiş olduğu performans göstergelerine göre kesinti yapmaktadır. İdarenin tek taraflı uyguladığı bu yaptırım esasen, sağlık hizmetlerinin ertelenemez ve ikâme edilemez niteliğine dayanmaktadır. Proje şirketi, idarenin sağlık hizmetlerini belirli bir düzeyde ve kalitede sunmasını

²¹⁴ GÖZLER, s. 381-384.

²¹⁵ Bu hususta bkz. AYM'nin 28.6.1995 T., E. 1994/71, K. 1995/23 S. kararı; GÖZLER, s. 382-385.

²¹⁶ 6428 sayılı Kanun'un 4/4. m. hükmü gereğince; "İdare, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler veya denetletir....".

sağlamak için, uhdesindeki destek hizmetlerinin sunumunda herhangi bir kesinti ve gecikme yaşanmamasını sağlamakla ile yükümlüdür. Bu bakımdan, idareye özel şirketi denetleme yetkisi verilmesi, hizmet bedeli ödemelerinde idarenin belirlediği performans kriterleri çerçevesinde kesinti yapılması, özel hukuku aşan hükümler çerçevesinde değil, hizmet unsurunun bağımlılık unsuru çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Öğretide bir sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde kabul edilebilmesi için bir görüşe göre; bir tarafın idare olması, sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin olması ve idarenin özel şirkete göre üstün ve ayrıcalıklı yetkilere sahip olması şartlarının üçünün birlikte sözleşmede yer alması gerekmektedir²¹⁷. Bir başka görüşe göre ise, taraflardan birinin idare olması ve mezkûr şartlardan birinin mevcudiyetiyeterlidir²¹⁸. Bize göre bu üç kriterin de sağlanması durumunda bir sözleşmenin idari sözleşme özelliği gösterdiği söylenebilecektir. Bu durumda idarenin yalnızca sözleşmenin tarafı olması sözleşmeye idari sözleşme niteliği kazandırmayacaktır.

3. Özel Hukuk Sözleşmesi Görüşü

Anayasa'nın 47. m. hükmüne ilave edilen dördüncü fıkra²¹⁹ ile kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gördürülmesi, kanunda yer verilecek açık düzenlemenin varlığına bağlı kılınmıştır²²⁰. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri, idarenin

²¹⁷ ÇAL, Sedat, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi”, AHBVÜHFD, 12 (2), ss. 223-274, s. 229.

²¹⁸ GÖZLER, s. 383.

²¹⁹ Anayasa'nın 47/4. m. hükmü uyarınca; “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.” Madde gerekçesi şu şekildedir; “Bu madde ile Anayasanın 47 nci maddesinin kenar başlığı, “devletleştirme” yanında “özelleştirmeye” de yer verecek şekilde değiştirilmekte ve maddeye iki yeni fıkra eklenmektedir. Önerilen değişiklikle özelleştirme konusu, ilk kez Anayasal bir dayanağa kavuşturulmaktadır. 47 nci maddeye eklenen iki yeni fıkrada bir yandan kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletmeler ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usullerin kanunla gösterilmesi, öbür yandan kamu tüzel kişilerin yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceğinin kanunla belirlenmesi öngörülmektedir.”

²²⁰ EVREN, s. 494.

özel hukuk kurallarına göre yaptığı sözleşmelerdir²²¹. Bu sözleşmeler, bireylerin kendi aralarında yaptıkları sözleşmelerden farksızdır²²².Proje sözleşmesinin teşrii kriterler bakımından bir özel hukuk sözleşmesi olduğu açıktır. Zira, 6428 sayılı Kanun içerisinde açıkça YKD modeli çatısı altında imzalanan proje sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı kanun hükmü ile emredilmektedir²²³. Bir görüş, kanun ile belirlenme şartının sağlanması durumunda sözleşmenin şekli olarak özel hukuk sözleşmesi statüsü kazanacağı fakat maddi anlamda idari sözleşme olacağı yönündedir²²⁴.

AYM'nin bu husustaki yaklaşımına bakıldığında, 1.4.2015 tarihli karar özel sektör tarafından ifa edilen kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerinin uygulandığı anlaşmalarla da gördürülebilmesinin yasal olarak mümkün olduğu, kamu özel işbirliği sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi tutulmasının Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediği yönündedir. Bu karar, AYM'nin 14.2.2013 tarihli kararı ile de örtüşmektedir. AYM'nin 14.02.2013 tarihli kararında ise, idarelerin genel kamu esasları çerçevesinde ifa etmekte oldukları asli ve sürekli görevleri haricindeki alanlardaki hizmetleri özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürmelerinin olanaklı olduğu ifade edilmektedir. Anayasa'nın 47. m. hükmünde bu sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin olarak herhangi bir sınırlandırma yapılmaması sebebi ile, kamu hizmetlerinin hangi türdeki özel hukuk anlaşmalarıyla özel kişilere gördürüleceğinin belirlenmesinin kanun koyucunun takdirinde olduğu, bununla birlikte özel hukuk sözleşmeleriyle gerçekleştirilecek yatırım ve hizmetlerin neler olduğunun kanunla belirlenmesinin zorunluluğu vurgulanmıştır.

²²¹ YALÇIN, Fatma Ceren, Kamu Özel İşbirlikleri, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2014, s. 237.

²²² TAN, Turgut, s. 308.

²²³ İlgili hükümler için bkz. 6428 sayılı Kanun'un 1/1 m. hükmü, 1/2 (ö) m. hükmü ve 4/1 m. hükmü.

²²⁴ BAYAZIT, s. 130-131.

Danıştay'ın benzer kararında, “*Kayseri Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşİ*’ ihalesi sonucunda Sağlık Bakanlığı Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı ile ... İnşaat Sanayi Ticaret AŞ- ...Sistemi ...S.P.A. iş ortaklığı arasında 10.08.2011 tarihinde imzalanan dava konusu sözleşmenin yukarıda belirtilen Yönetmelik hükmü uyarınca, özel hukuk sözleşmesi olduğu açık olduğundan, sözleşmenin iptali isteminin görüm ve çözümünün adli yargının görevinde olduğu sonucuna varılmaktadır.” ifadelerine yer verilmiştir²²⁵. O halde 6428 sayılı Kanun,kanun ile belirlenme ölçütünü sağlandığından, proje sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi olduğuna dair herhangi bir kuşku bulunmamaktadır.

E. Tarafların Borçları

1. Proje Şirketinin Borçları

a. Finansman Temin Etme Borcu

Proje şirketi, proje sözleşmesi çerçevesindeki yükümlülüklerinin ifası için gereken finansmanın temininden tek başına sorumludur. Proje şirketinin temin edeceği finansman, sağlık tesisinin yapımı için gereken sözleşme bedelini kapsamalıdır. YKD mevzuatı sağlık tesisinin yapımı tamamlanmadan idareden proje şirketine herhangi bir ödeme yapılmamasını öngördüğü için idare projenin ne şekilde finanse edileceği ile ilgilenmemektedir, fakat yine de proje finansmanına ilişkin olarak belirli sorumluluklarasahiptir.Bu kapsamda idare, finansman temini ile ilgili bilgi ve belgeleri proje sözleşmesi imzalanmadan önce veya işin her aşamasında proje şirketinden isteme hakkına sahiptir²²⁶.Diğer yandan idare, finansman sağlayanların kredi borcunun geri

²²⁵Danıştay 13.D., 22.11.2011 T., E.2011/3899, K.2011/5211 için bkz. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/> (E.T. 19.09.2021).

²²⁶ KÖİ Yönetmeliği'nin 54/1. m. hükmü uyarınca “Yüklenici, ihale konusu tesisin yenileme veya yapım işlerine ait toplam sabit yatırım tutarı ile hizmetlerin verilmesine ilişkin gerekli tüm finansmanı sözleşmede belirtilen şekilde ve sürede sağlamak, finansman maliyetleri de dahil olmak üzere süresinde geri ödemekle yükümlüdür. Yüklenicilerin bu Yönetmelik kapsamında gerçekleştireceği yapım işleri için tahsis edeceği özkaynak oranı, yatırım dönemi süresince sözleşmede belirtilen

ödemesini güvence altına almak için doğrudan anlaşmalar çerçevesinde finansman sağlayanlara bazı güvenceler temin etmektedir. Proje şirketinin finansman temin etme borcu ve modelin finansman unsuru çalışmamızın ilgili bölümlerinde detaylı bir şekilde incelendiğinden burada tekrar değinilmemektedir.

b. Yapım Borcu

Proje şirketi, bu modelde Hazine'nin maliki olduğu taşınmaz üzerinde sağlık tesisi yapma işini üstlenmektedir²²⁷. Proje şirketinin buradaki yükümlülüğü idare tarafından kullanılabilir, işletilebilir bir sağlık tesisinin meydana getirilmesidir. Bu sebeple idare, sağlık tesisinin ihtiyaçları ve mevzuat çerçevesinde projeler üzerinde değişiklik isteme hakkına sahiptir²²⁸. Özellikle YİD ve YKD modelleri iş değişiklikleri ile çalışan modeller olup, yüksek maliyet gerektiren projelerde uygulandıklarından kısa sürede tamamlanamamaktadırlar. Sağlık tesisi özelinde değerlendirildiğinde bu yapıların güncel mevzuata uygun ve güncel talepleri karşılar şekilde idareye teslim edilmeleri gerekmektedir. Dolayısı ile projenin başlangıç tarihi ile yapının teslim tarihi arasındaki zaman aralığı ve yatırım döneminde yeni ihtiyaçların ortaya çıkması ile birlikte iş değişikliklerinin olması kaçınılmazdır.

Buna ek olarak her anahtar teslimi eser sözleşmesinde olduğu gibi, tesislerin inşaatının tamamlanmasını takiben bir kabul sürecinin uygulanacağı öngörülmüştür²²⁹. KÖİ Yönetmeliği uyarınca, kabul süreci öncesinde idare ile mutabık kalınan kabul programı çerçevesinde yürütülecek süreç kabul komisyonu aracılığı ile

dönemsel yatırım tutarının %20'sinden az olamaz. Bununla ilgili bilgi ve belgeler sözleşme imzalanmadan önce veya işin her aşamasında istenebilir. Yüklenici, yapım işleri için tahsis edeceği özkaynağı zamanında ve tam olarak sağlayamazsa sözleşmenin temerrüde ilişkin hükümleri uygulanır..”.

²²⁷ Proje şirketi, sağlık tesisinin yapımının yanı sıra, ticari tesislerin yapımını da üstlenmektedir.

²²⁸ KÖİ Yönetmeliği'nin 49/1 (z) (cc) m. hükmüne göre; “Sözleşme kapsamında yaptırılacak iş artışları veya iş eksilişleri durumunda karşılıklı yükümlülükler.”.

²²⁹ KÖİ Yönetmeliği'nin 55/1. m. hükmü gereğince; “Harcama yetkilisi, sözleşme kapsamında yapılan bütün işlerin muayene ve kabulünü yapmak üzere, işin mahiyetine göre ilgili uzman kişilerden oluşan ve biri başkan olmak üzere en az üç kişilik muayene ve kabul komisyonları teşkil eder. İdarede yeterli sayıda veya işin özelliğine uygun nitelikte uzman personel bulunmaması durumunda, diğer kamu idarelerinden görevlendirme yapılabilir...”.

takip edilmektedir. Kabulü takiben taraflarca bir tamamlama belgesi düzenlenmektedir. Bu işler müteahhit firma tarafından ifa edildiği için tesis müteahhit firmadan proje şirketine, proje şirketinden idareye teslim edilmektedir. Hastanenin çalışır vaziyette teslimi için, sözleşme içeriği her türlü, ekipman, mefruşat ve sair donanımın temini ve kurulumunu da kapsamaktadır. Dolayısı ile tesisin yapım borcu içerisinde projelendirilme, mekanik, elektronik, elektrik ve benzer sistemlerin temini ve tesisi, tesisin tefrişi, ekipman temini, test, kabul ve tamamlama unsurları da yer almaktadır.

c. Destek Hizmetlerini İfa Etme Borcu

Proje şirketi tıbbi destek hizmetleri²³⁰ ve tıbbi olmayan destek hizmetleri²³¹ ifa etmekle yükümlüdür. Bu hizmetler için kendi içerisinde mecburi²³² ve ihtiyari hizmetler²³³ şeklinde bir ayırım yapılmaktadır²³⁴. Proje şirketine ifa ettiği destek hizmetleri karşılığında kullanım bedelinin haricinde idare tarafından ayrıca hizmet bedeli ödenmektedir²³⁵. Bu hizmetler, idarenin işletmekte olduğu sağlık tesisinin sistematik ve düzgün şekilde işletilmesini, tesisinin ve ekipmanın kullanıma hazır

²³⁰ Tıbbi destek hizmetleri; laboratuvar hizmetleri, görüntüleme hizmetleri, sterilizasyon ve dezenfeksiyon hizmetleri, rehabilitasyon hizmetleri, diğer tıbbi ekipman destek hizmetidir.

²³¹ Tıbbi olmayan destek hizmetleri; bina ve arazi hizmetleri, olağanüstü bakım ve onarım hizmeti (kullanım süresi değişimi), ortak hizmetler yönetimi hizmeti, mefruşat hizmeti, yer ve bahçe bakım hizmetleri, temizlik hizmetleri, hastane bilgi yönetim sistemi (hbys) uygulama ve işletme hizmeti, güvenlik hizmetleri, hasta yönlendirme ve refakat / resepsiyon / yardım masası / taşıma hizmetleri, ilaçlama hizmetleri, otopark hizmetleri, atık yönetim hizmetleri, çamaşır ve çamaşırhane hizmetleri, yemek hizmetleridir.

²³² Mecburi hizmetler, tesisinin ve ekipmanlarının kullanıma hazır tutulmasına yönelik olup bina ve arazi hizmetleri, yer ve bahçe bakım hizmetleri, olağanüstü bakım onarım hizmetleri gibi idare tarafından ihale dokümanında belirlenen, yüklenici tarafından yerine getirilmesi mecburi olan hizmetlerdir.

²³³ 6428 sayılı Kanun'da tanımlandığı üzere ihtiyari hizmetler; hizmet alımı yoluyla görülebilecek olan, yükleniciye verilip verilmeyeceği idarenin takdirinde bulunan ve ihale dokümanında belirlenen temizlik, güvenlik, otopark, laboratuvar, görüntüleme ve benzeri destek hizmetlerini ifade eder.

²³⁴ 6428 sayılı Kanun Tasarısı; "Tasarı ile düzenlenmiş olan mecburi ve ihtiyari ticari hizmet alanlarının kapsamının net bir şekilde belirtilmesine ihtiyaç duyulduğu, aksi takdirde mecburi ve ihtiyari ticari hizmet alanlarının belirlenmesine ilişkin uygulamada çeşitli sorunlarla karşılaşılacağı...", s. 47.

²³⁵ Bu yapılarda, idarenin proje şirketine ödeyeceği ücret sağlık tesisinin yapım ve işletme maliyetine bağlıdır. Bkz. ROSSI/STEPIC, s. 43.

tutulmasını sağlamak amacı ile sunulan destek hizmetlerinden ibarettir. Sağlık tesisinin yapımı tamamlandığında idare tarafından yürütülen kabul sürecinde, işletme dönemine hazırlık çerçevesinde her hizmet özelinde yapılan hazırlık ve planlamaların kontrolü için tüm destek hizmetlerinin kabulü de yapılmaktadır.

d. Devir Borcu

Bu model, idarenin ihtiyaç duyduğu tesisin özel sektör tarafından finanse edilerek tasarlanması, yapılması, belirli bir süre için idareye kiralanması ve bazı destek hizmetlerinin proje şirketi tarafından sunulabilmesi, sözleşme süresinin sona ermesiyle tüm tesislerin idareye devredilmesi esasına dayanmaktadır. Sözleşme süresinin dolmasıyla, taşınmazın üzerindeki tüm yapıların tüm borçlardan arı, temiz, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir vaziyette idareye devredilmesinden proje şirketi sorumludur. İdare sözleşmenin sona ermesiyle sağlık tesisinin sahibi ve işletmecisi olmaktadır²³⁶. Tüm tesislerin idareye devri sonrasında idare, sağlık kampüsünü işletmeye yine devam edeceğinden sağlık tesisinin sorunsuz şekilde devredilebilmesi için proje idarenin belirlediği şartlara uygun olarak inşa edilmektedir²³⁷.

e. Ayıba Karşı Tekeffül

Proje sözleşmesi kapsamında yüklenilen işlerden birinin tesisin yapımı olması ve bu nedenle sözleşmenin eser sözleşmesinin tip unsurlarını haiz olması dolayısı ile proje şirketinin ayıba karşı tekeffül borcu, proje sözleşmesi çerçevesinde TBK'nın eser sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerine uygun olarak belirlenmiştir. Ayıba karşı tekeffül borcunun oluşması için gereken şartlar, müteahhidin eserin inşasını tamamlayarak iş sahibine teslim etmesi, teslim konusu eserin ayıplı olmasıdır²³⁸. Bu durum “gereği gibi

²³⁶YOUNG, s. 143.

²³⁷YOUNG, s. 147.

²³⁸Eserin ayıplı olması, eserin sözleşme hükümleri uyarınca taşınması gereken nitelikleri taşımasıdır, bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s. 370; “Eser teslim olursa dahi fen ve sanat kurallarına uygun yapılmamış ve bu haliyle iş

ifa etmeme”, yani “kötü ifa” halidir²³⁹. Aynı zamanda eserin kabul edilmemiş olması, ayıbın iş sahibine yüklenememesi, sorumsuzluk anlaşmasının mevcut olmaması şartları da aranmaktadır²⁴⁰. TBK’nın 474/1. m. hükmü uyarınca işsahibi,eserin tesliminden sonra işlerin olağan akışına göre imkân bulduğu vakiteseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa bunu makul bir süre zarfında yükleniciye bildirmekle yükümlüdür²⁴¹.

KÖİ Yönetmeliği’nin 21/2. (o) m. hükmünde denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin hususlar proje sözleşmesi çerçevesinde yer alması gereken hususlar arasında belirtilmiştir. KÖİ Yönetmeliği’nin 55/1. m. hükmü uyarınca, proje sözleşmesi gereğince yürütülen işlerin muayene ve kabul işlemlerini yürütmek üzere bir kabul komisyonu kurulmaktadır. Muayene ve kabul komisyonları, tesisin işletme ve çalışma testlerini yürütmekte, kabule engel teşkil eden bir durumun söz konusu olmaması halinde işin kabulünü yapmaktadır. Tespit edilen kusur ve noksanlıkların kabulün yapılmasına engel olmayacak nitelikte olması halinde kabul tutanağı düzenlemektedir. Aynı zamanda eksik ve kusurlu yapılmış işlere bu tutanakta yer verilmekte, tespit edilen eksiklik ve kusurların (ayıbın giderilmesi) giderilmesi için önerilen süre de ayrıca tutanağa yazılmaktadır²⁴².Bu noktada belirtmek gerekir ki, idare tamamlanmamış işlerin varlığını dikkate almaksızın bir fiili tamamlama belgesi düzenlemektedir. Tamamlanmamış işlerin proje şirketine bildirilmesinden sonra iş sahibi konumundaki idare, kabul sürecinde tespit ettiği ayıbın giderilmesi için proje şirketine süre vermekte, proje şirketi ise verilen süre zarfında tespit edilen kusurların giderilmesini sağlamakla yükümlü tutulmaktadır.

sahibinin beklentilerini karşılar özellikleri taşııyorsa bunun sonuçlarına yüklenici, ayıba karşı tekeffül borcu nedeniyle katlanmalıdır.” Y.14.HD., 26.01.2006 T., E.2005/10188, K.2006/286 için bkz. DAYINLARLI, İstisna Akdi, s. 53.

²³⁹ KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020, s. 849; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2020 - 1, s. 506-507, EREN, Borçlar Hukuku Özel, s. 1166; KAPLAN, İbrahim, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021 (Türk Borçlar Hukuku), s. 152.

²⁴⁰ GÜMÜŞ, s. 378-379.

²⁴¹ BÜYÜKAY, s. 116-122; GÜMÜŞ, s. 374-377; DAYINLARLI, İstisna Akdi, s. 54; NOMER, Haluk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2020, s. 382-384.

²⁴² Bkz. KÖİ Yönetmeliği’nin 55/3. m. hükmü.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin teslim ettiği eserin ayıplı olması halinde, iş sahibi ayıbın giderilmesini isteme, bedelin indirilmesini isteme veya sözleşmenin feshini isteme hakkına sahiptir²⁴³.Proje sözleşmesi hükümleri uyarınca uygulamada idare, fazla masraf gerektirmediği takdirde tüm masrafları proje şirketi tarafından üstlenilmek üzere eserin bedelsiz olarak onarılmasını istemektedir²⁴⁴. Bunun yanı sıra proje sözleşmesinde yer verilebilecek bir düzenleme ile, proje şirketinin belirtilen kusurları süresinde gidermemesi durumunda ise idare, risk ve maliyeti proje şirketinde kalmak üzere kusurların giderilmesini kendi imkânları ile yönetebilecektir²⁴⁵. Kabul sürecinin tamamlanması ile proje şirketi sorumluluktan kurtulmaktadır. Fakat kasten gizlenmiş ve usulüne uygun şekilde yapılan gözden geçirme esnasında fark edilemeyecek ayıplara ilişkin olarak proje şirketinin sorumluluğu TBK genel hükümleri çerçevesinde devam edecektir. Buna göre, proje şirketinin sorumluluğutaşınmaz niteliğinde olmayan eserlerde iki yıl, taşınmazlarda beş yıl ve proje şirketinin ağır kusurunun olması durumunda ayıplı eserin niteliği gözetilmeksizin yirmi yıl süre ile devam edecektir²⁴⁶.Belirtmekte fayda var ki, proje şirketinin oluşturduğu alt yüklenici zinciri ve buna paralel sözleşme yapısı gereğince proje şirketinin, tüm risk ve sorumluluğu tamamen alt yüklenicisi müteahhit firmaya devretmektedir.

2. İdarenin Yetki ve Borçları

a. Tıbbi Hizmetleri İfa Etme Yetkisi

²⁴³ KILIÇOĞLU, s. 850; TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel İlişkileri, 5. Basım, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2010 (Borçlar Hukuku 2010), s. 176-206; YAVUZ, Cevdet, s. 569-572.

²⁴⁴ Bu hak, TBK'nın 360/f/II. m. hükmünde öngörülen eserin bir karşılık ödenmeksizin tamir ve ıslahını (ayıbın giderilmesini) isteme hakkıdır. Kimi görüş bu hakkı bir alacak hakkı olarak kimi görüş ise yenilik doğurucu hak olarak nitelendirmektedir. Bu husustaki görüşler için bkz. TANDOĞAN, Borçlar Hukuku 2010, s. 192.

²⁴⁵ "Nama ifa" hususuna ilişkin kararlar için bkz. Y.15.HD., 19.6.1996 T., 3158/3503, Y.15.HD., 19.3.2002 T., 623/1220; Bkz. DUMAN, İlker Hasan, İnşaat Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2015, s. 872-873.

²⁴⁶ TBK'nın 478. m. hükmü gereğince "Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. ".

Bu modeli YİD ve benzer modellerden ayıran en önemli unsur işletme dönemindekitemel işletme faaliyetlerinin idare tarafından ifa edilmesidir. Bu modelde kamu hizmeti kamu eliyle görülmekte, proje şirketine bu hususta bir imtiyaz²⁴⁷ verilmemektedir. İşletme döneminde tıbbi hizmetlerin idare tarafından ifa edilmesi dolayısı ile, proje şirketinin hak ve yetkileri bakımından “işletme” unsuru oluşmadığından YİD modeli kavramı dışında bir kavram arayışına girilmiştir. İmtiyazın proje şirketine verilmemesi dolayısı ile hastaneyi işleten taraf burada idaredir. Bu nedenle, bu modeldeki temel ayırt edici özellik tesisi işletme yetkisini haiz idarenin proje şirketinin kiracısı konumunda olmasıdır. Tesisin temel kullanıcısı burada proje şirketi değil, idare olduğundan proje şirketi yalnızca tesisin işleyişine destek yardımcı hizmetler ifa etmektedir. Aynı şekilde 6428 sayılı Kanun gerekçesinde sağlık hizmetlerinin idare tarafından ifa edileceğinden bahsedilmiştir²⁴⁸.

Tıbbi hizmetlerin idare tarafından ifa edilmesi dolayısı ile, proje şirketi hiçbir şekilde tıbbi hizmetlerin verilmesinden ve sonuçlarından sorumlu olmamaktadır. Bunun yanı sıra idare tıbbi hizmetlerin ifasındahil olmak üzere,kendi bünyesindeki doktor, hemşire ve diğer personelin sunacağı her türlü hizmetin verilmesinden ve bunların istihdam edilmesi ve ücretlerinin ödenmesinden ve özlük haklarından bizzat sorumlu olmaktadır.

Proje şirketinin tıbbi hizmetlerin ifasındaki katkısına değinilecek olursa, KÖİ Yönetmeliği’nin 6/2. m. hükmüdesağlık tesisi yapımı işi kapsamında proje şirketinin tesiste ihtiyari hizmetler ifa edeceğinden söz edilmektedir. Burada hizmet kavramı yerine ihtiyari hizmet kavramı kullanılmıştır. Yine KÖİ Yönetmeliği’nin4/1. m. hükmüne bakıldığında, tıbbi destek hizmetleri olan görüntüleme ve benzeri destek hizmetleri ihtiyari hizmetler kapsamında değerlendirilmiştir. Mevzuat gereğince proje

²⁴⁷ İmtiyaz, kamu hizmetlerinin özel kişilere sözleşme ile gördürülmesinin klasik yöntemidir. Bkz. **GÖZÜBÜYÜK**, Şeref, **TAN**, Turgut, *İdare Hukuku*, 12. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 672.

²⁴⁸ 6428 sayılı Kanun Tasarısı, s. 5.

şirketi tıbbi hizmetlerin ifası sırasında yalnızca görüntüleme ve laboratuvar gibi tıbbi destek hizmetlerini sunabilecektir. Fakat bu hizmetlerin proje şirketine verilip verilmeyeceği mevzuat içerisinde idarenin takdirine bırakılmıştır. Dolayısı ile proje şirketinin bu kapsamda sunacağı hizmet yalnızca destek hizmetleriyle sınırlı olup, YKD modelinin karakteristiğini oluşturan zorunlu bir unsur değildir. Bu durumda, YKD modeli tıbbi hizmetin özel hukuk kişileri tarafından yürütülmesi usulleri arasında değerlendirilemeyecektir²⁴⁹. Zira, uygulamada idarenin birçok projede tıbbi destek hizmetlerini özel şirketlerden devraldığı görülmektedir. 6428 sayılı Kanun gerekçesinde yer verilen yaklaşım da bu şekildedir²⁵⁰. Öyleyse YKD modelinde, özel sektör yalnızca sağlık tesisinin inşası, bakımı ve işletilmesi (tıbbi hizmetler dışında) ile sorumlu olmakta, kamu hizmeti olan tıbbi hizmetlerin ifasına ilişkin faaliyetler ise idare tarafından yürütülmektedir.

b. Gözetim ve Denetim Yetkisi

6428 sayılı Kanun'un 4/4. m. hükmünde ifade edildiği üzere; *“İdare, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler veya denetletir. Bakanlık, yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak bir denetim ve yönetim sistemi kurabilir.”* İdare denetim görevini kendisi ifa edebileceği gibi bu hususta yetkilendirileceği bir yüklenici kanalı ile de yaptırabilir. İdare veya denetimle yetkilendirilen yüklenici, inşaat işlerinin kesin proje ve uygulama projesine uygun olarak ifa edilip edilmediğini denetlemektedir. İdarenin sağlık tesisinin esas kullanıcısı olması nedeni ile idare, proje şirketi tarafından hazırlanan kesin proje²⁵¹ ve

²⁴⁹ ÇAKIR, s. 504-505.

²⁵⁰ 6428 sayılı Kanun Tasarısı, s. 50.

²⁵¹ 6428 sayılı Kanun kesin projeyi *“Tesisin idarece temin edilen ön projesine göre, ihale dokümanı ve temel standartlar dokümanına 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 proje...”* şeklinde tanımlamıştır.

uygulama projelerine²⁵² yorum yapma ve/veya değişiklik yapma ve onaylama yetkisini haizdir. Bu yöntem ile sahada idarenin onayladığı projelerin uygulanması sağlanmaktadır. Aynı zamanda yatırım dönemi boyunca inşaatın bu projelere uygun şekilde uygulanıp uygulanmadığının tespiti için denetim işlemleri yürütülür. İdarenin denetimi sonucunda yapılan işlerin ilgili kısım veya kısımlarının kusurlu ve/veya eksik olduğunun tespit edilmesi halinde, idare tarafından şirketten bu eksiklik ve kusurların düzeltilmesi talep edilir.

c. Kamu Arazisi Temin Etme Borcu

İdare, bu modelde kamu malını proje şirketine bedelsiz olarak kullandırmak suretiyle proje şirketine ayrıcalık sağlamaktadır. Kamu malının proje şirketine kullanılabilmesi için proje şirketi lehine üst hakkı tesis edilmesi, YKD mevzuatı tarafından emredilen bir husustur. Kamu yatırımlarında proje şirketi lehine üst hakkı tesis edilmesi, yatırımın yapılacağı kamu arazisinin özel şirket tarafından kullanılabilmesi için mülkiyet devredilmeden yatırımcıya aynı bir hak kazandırmasını sağlayan bir çözüm olarak düzenlenmiştir. Bu sayede, üst hakkı sahibi proje şirketi inşa edeceği tesisin maliki olsa da taşınmazı kamunun malı olmaya devam etmektedir. Bu nedenle, üst hakkı sona erdiğinde taşınmaz üzerindeki her türlü yapı, kendiliğinden idareye geçecektir²⁵³.

Üst hakkı, bir başkasının maliki olduğu bir taşınmaz üzerinde inşa edilen yapının maliki olma hakkını sağlayan bir irtifak hakkı olup, kişiye arazinin üstünde yahut altında bir yapı inşa ederek veya üst hakkının tesisi öncesinde inşa edilmiş bir yapıyı koruyarak bu yapının sahibi olma yetkisi veren sınırlı bir aynı haktır²⁵⁴. Üst hakkı, aynı

²⁵² 6428 sayılı Kanun uygulama projesini “*Tesise ve ticari hizmet alanlarına ilişkin olarak yüklenici tarafından hazırlanan, kesin projeye göre yapının tüm detayını gösteren ve idare tarafından onaylanan proje...*” şeklinde tanımlamıştır.

²⁵³ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, YİD Sözleşmesi, 239

²⁵⁴ OĞUZMAN, Kemal, SELİÇİ, Özer, ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 22. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020 (Eşya Hukuku), s.991; ANTALYA, Gökhan, Eşya Hukuku, Cilt IV/1, 3. Baskı,

zamanda yoğun nüfus artışı ve ekonomik büyüme etkisiyle yeni ve büyük yapılaşmalar ve altyapı gereksinimi karşısında, inşaat yapımı konusunda kolaylık sağlayan bir haktır.

Keza, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan arazilerde, son zamanlarda YİD modeli için en uygun müessese olan üst hakkı tercih edilmekte, inşaat bu şekilde sağlam hukuki temellere dayanılarak inşa edilmekte ve işletilmektedir²⁵⁵. YKD modelinin bu yapıya benzer özellikler arz etmesi dolayısı ile, kanun koyucu YKD modelinde de proje arazisi üzerinde proje şirketi lehine üst hakkı tesisi²⁵⁶ yöntemini tercih etmiştir. YKD modeli projelerde, sağlık tesisi ve ticari hizmet alanlarının inşa edileceği taşınmazlar üzerinde idare tarafından proje şirketi lehine, proje şirketi tarafından herhangi bir bedel ödenmeksizin bağımsız, sürekli ve sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmeyecek bir üst hakkının kurulması gerekmektedir (6428 Sayılı Kanun'un 1/1.m. hükmü). Böylelikle proje şirketi, üzerinde irtifak hakkı sahibi olduğu taşınmaz üzerinde sağlık tesisini yapma ve maliki olma hakkına sahip olmaktadır.

Üst hakkı tesisi finansman sağlayanlar bakımından da bir teminat niteliğindedir. Keza, tesisin inşa edileceği taşınmaz üzerinde proje şirketi lehine irtifak hakkı tesis etmek suretiyle proje şirketinin kullanım hakkının aynı hak düzeyine yükseltilmesi, proje şirketini hem idareye karşı hem de idarenin alacaklılarına karşı korurken, finansman sağlayanlar nezdinde de daha itibarlı bir konuma ulaştırmaktadır²⁵⁷.

Kamu malları üzerinde sınırlı aynı hak tesisi edilemeyeceği ilkesi gereğince, kamu malları özel hukuk irtifaklarına, ipoteklere konu olamamaktadır²⁵⁸. Fakat, bir kamu malı üzerinde irtifak hakkı kurulması için yasal bir düzenleme olması ve üzerinde

Ankara, Seçkin Yayınları, 2019 (Eşya Hukuku), s. 113; AKİPEK, Jale, AKINTÜRK, Turgut, ATEŞ, Derya, Eşya Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2018, s. 703-704.

²⁵⁵ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 993.

²⁵⁶ Proje şirketi lehine tesis edilen üst hakkının ne şekilde kazanılacağı hususu TMK içerisinde özel olarak düzenlenmediğinden, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin hükümler kıyasen uygulanmaktadır. Bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 861; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 710; SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020 (Eşya Hukuku), s. 607.

²⁵⁷ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, YİD Sözleşmesi, s. 238.

²⁵⁸ Bkz. GÖZLER, s. 566; YAYLA, Yıldızhan, “Kamu Malı Üzerinde İrtifak Tesis”, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi, 1988, Cilt 9, S. 1-3, ss. 357-364, s. 360.

tesis edilen irtifak hakkının kurulan taşınmazın niteliğine aykırı kurulmaması bu ilkenin istisnaları olarak kabul edilmektedir²⁵⁹. Aynı zamanda kamu malları üzerinde özgüleme amacına ters düşmediği sürecinde irtifak hakkı tesisinin yapılabileceği savunulmaktadır²⁶⁰. Bu çerçevede kamu arazilerinin Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı'na sağlık tesis alanı olarak kullanılmak üzere tahsis edilmesi özgüleme amacı ile bağdaştığından, belirtilen iki istisnai unsurun varlığı sebebi ile bu araziler üzerinde üst hakkı tesisinin kurulabilmesinin hukuken mümkün olduğu değerlendirilmektedir.

d. Kullanım Bedeli (Kira Bedeli) Ödeme Borcu

Bu modelde işletmesüresi boyunca proje sahası ile ilgili bina ve donanımproje şirketi tarafından idareye kiralanmaktadır²⁶¹. İdare sağlık tesisini kullanımı karşılığında üst hakkı sahibi proje şirketine dönemsel olarak kullanı bedeli²⁶² ödemekle yükümlüdür. Bu sebeple idarenin kullanım bedelini yani kira bedelini ödeme borcu, işletme döneminde ifa etmesi gereken bir edimdir.

Finansal açıdan değerlendirildiğinde ise işletme riski, yüklenicinin işletme deneyimiyle azaltılabilecek olup, bu risk ayrıca iki şekilde bertaraf edilebilmektedir. Bunlardan ilki, işletenin sabit fiyatlı sözleşme altında işletme maliyetlerindeki dalgalanma risklerini göz önünde bulundurarak sabit bir fiyat belirlemesidir. İşleten, ancak gerçekte katlandığı maliyetlerin önceden belirlediği hizmet bedellerinden düşük kalması ile kâr elde edebilmektedir. İkincisi ise, aktarmalı sözleşme yapısı çerçevesinde işletenin sabit bir ödeme ve performans primi alması, proje şirketinin işletme maliyetlerini karşılamasıdır. Hizmet performansında öngörülen seviyelere ulaşılamazsa karşılaşılabilecek ceza kesintileri sebebi ile bu sözleşme yapısında performans

²⁵⁹Bu hususta bkz. **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, YİD Sözleşmesi, s. 239; **BAYAZIT**, s. 288.

²⁶⁰**KUNTALP**, Erden, “Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Ayni Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi”, TBBD, 1991/4, ss. 528-551 (Ayni Hak), s. 533.

²⁶¹**YESCOMBE**, s. 11-12.

²⁶² 6428 sayılı Kanun, bedeli; “Yüklenicinin, sözleşme çerçevesinde yaptığı tesislerin kullanımı ile tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması karşılığında yükleniciye ödenecek olan bedellerin toplamı...” şeklinde tanımlanmıştır.

primleri elzem derecede önem arz etmektedir²⁶³. Buna bağlı olarak kullanım bedeli özel şirketin işletme döneminde taşıyacağı riski bertaraf etmek adına tercih ettiği bir yöntemdir. Proje şirketinin sağlık tesisi yenileme işini ifa etmesi durumunda ise, idare proje şirketine kira bedeli ödemesi yapmamakta, tıbbi hizmetler dışındaki hizmetlerin ifası ve ticari tesislerin işletilmesi karşılıklılık oluşturmaktadır²⁶⁴.

KÖİ projelerinde iki ayrı ödeme seçeneği bulunmaktadır. Bunlar, yol kullanıcılarına (road user payments) ve kullanıma dayalı ödemelerdir (availability-based payments)²⁶⁵. Yol kullanıcılarına dayalı ödeme modeli YİD modelinde tercih edilen yöntem olup, imtiyaz sahibi proje şirketi işletme döneminde sunduğu hizmet karşılığında kullanıcılardan tahsil ettiği ücret aracılığı ile gelir elde etmekte²⁶⁶ dolayısı ile kâr kullanıcıdan elde edilmektedir. YİD modelinde, proje şirketi işletme dönemindeki gelirini tüketicilerden tahsil ettiği ücret ile sağlamakta olup, geliri kullanıcı ücretine dayanmaktadır. Bu modelde idare proje şirketine proje şirketinin mülkiyetindeki bir altyapının tasarımını, inşaatını (veya yenilenmesi/genişletilmesi), bakımını, işletmesini yapma ve finansmanını temin etme yetkilerini sağlamaktadır. Genellikle imtiyaz sözleşmesi olarak tabir edilen, kullanıcı ücretine dayanan bu modelin sözleşme süresi yirmi beş - otuz yıl arasında değişiklik göstermekte ve sözleşme süresi sonunda işletme sorumluluğu idareye devredilmektedir²⁶⁷. Proje şirketi, yatırım, işletme, finansman maliyetlerini ve kârını tüketicilerden aldığı kullanıcı ücretinden (örneğin; yol ücreti) karşılamaktadır. Bu nedenle, bu modelin en önemli özelliği proje şirketinin tasarım, finansman, inşaat ve işletme riskine ilaveten, mevcut işletmeye olan

²⁶³ GATTI, s. 49.

²⁶⁴ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 681

²⁶⁵ PPIF, Tool Kit For Public Private Partnerships in Roads & Highways, Module 1 : Overview and Diagnosis, March 2009, ss. 82-86, <https://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/highwaystoolkit/6/pdf-version/3-25-3.pdf> (E.T. 19.09.2021), s. 13, TOKATLIOĞLU, Mircan, ŞEN, Semih, “Kamu Hizmetlerinin Sunum ve Finansmanında Kamu Özel İşbirliği Modeli: Avrupa Birliği ve Türkiye”, International Journal of Public Finance, 2019, Volume 4, Number 2, ss. 205-235, FARQUHARSON/TORRES DE MÄSTLE/YESCOMBE/ENCINAS, s. 11.

²⁶⁶ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 681

²⁶⁷ FARQUHARSON/TORRES DE MÄSTLE/YESCOMBE/ENCINAS, s. 11-12.

talebin riskini de taşımasıdır. Buna karşın, talep riski çeşitli şekillerde dağıtılabilmektedir. Şöyle ki, idare asgari bir kullanım seviyesi belirleyerek bir taahhüt²⁶⁸ altına girebilmekte ve idare belirli durumlarda proje şirketine ödeme yapma yükümlülüğü altına girebilmektedir. Bazen de proje şirketinin daha uzun bir süre boyunca kullanıcı ücretinden faydalanabilmesi için imtiyaz sözleşmesinin süresi uzatılabilmektedir. Kullanıcıdan alınacak ücret, imtiyaz sözleşmesi çerçevesinde düzenlenecek ödeme mekanizmasında yer alan hükümlere göre belirlenebilmektedir. Bu KÖİ modeline karayolları, demiryolları, limanlar, havalimanları, enerji, su, gaz dağıtımı ve telekomünikasyon hizmetleri örnek olarak gösterilebilmektedir²⁶⁹.

YKD modeli ise kullanıma dayalı bir kamu özel işbirliği modeli olup, YİD modelinden ayrıldığı en önemli özelliklerden biri proje şirketinin işletme dönemindeki gelirinin bir kısmının kullanım bedeline dayanmasıdır. Öyleyse, YKD modelinde proje şirketi tasarım, finansman, inşaat ve hizmet ifası işlerini üstlenmektedir. Diğer bir deyişle, özel ortak kamu idaresine altyapı sağlamakta ve yönetmektedir²⁷⁰. Ne var ki, bu modelde idare proje şirketine ödeme yapmakta, *“talep veya kullanım riski idare üzerinde bırakılmaktadır.”*²⁷¹. Modelde, özel ortağa ödenen ücret ifa edilen işin veya hizmetin kullanıcıları tarafından ödenen ücretler şeklinde değil, sağlanan hizmet düzeyine bağlı olarak kamu ortağı tarafından yapılan düzenli ödemelerdir. Nispeten yeni olan bu modelde ödemeler sabit veya değişken olabilmektedir. Birleşik Krallık’ta uygulanan Özel Finansman Girişimi (PFI), kullanıma dayalı KÖİ modelleri arasındaki en bilinen modeldir²⁷².

e. Hizmet Bedeli Ödeme Borcu

²⁶⁸İdare taahhüdü gereği; yıllık doluluk oranına göre hesaplanan, idare tarafından garanti edilen yıllık miktarların altına düşüldüğünde proje şirketine sözleşme hükümleri çerçevesinde ödeme yapmak durumunda kalacaktır.

²⁶⁹FARQUHARSON/TORRES DE MÄSTLE/YESCOMBE/ENCINAS, s.12

²⁷⁰TOKATLIOĞLU/ŞEN, s. 223.

²⁷¹FARQUHARSON/TORRES DE MÄSTLE/YESCOMBE/ENCINAS, s.12

²⁷²TOKATLIOĞLU/ŞEN, s. 223.

İdarenin borçları arasında yer alan hizmet bedeli ödeme borcunun işletme döneminde ifa edilmesi gerekmektedir. Hizmet ödeme ayrıntılarını belirleyen mekanizma, proje sözleşmesi içerisinde ayrıntılı şekilde düzenlenmektedir. Dolayısı ile idare, proje şirketine, sunduğu hizmet karşılığında ihale dokümanları ve proje sözleşmesi çerçevesinde belirlenen hizmet şartlarına göre ölçülen performansına bağlı olarak hizmet hata puanı verebilmekte ve bu çerçevede hizmet ödemelerinden veya belirli hallerde kullanım bedelinden kesinti yapabilmektedir.

Aktarmalı sözleşme zinciri dolayısı ile, proje şirketinin idareye karşı ifa ettiği hizmetleruygulamada genellikle alt yüklenicilere devredildiğinden, proje sözleşmesinin arka planındabirden çok yüklenici ilehizmet alım sözleşmeleri bulunabilmektedir. Proje şirketinin işletme ve bakım sözleşmesi aracılığı ile işletme ve bakım şirketine devrettiği tüm hizmetler, alanında uzman alt yüklenicilere aktarılabilmektedir. Bundan ötürüidareden her bir hizmet için alınan ödemenin aktarmalı sözleşme yapısı aracılığı ile alt yüklenicilere aktarılması sağlanmaktadır.

f. Zapta Karşı Tekeffül Borcu

Mevzuat gereği Hazine'ye ait arazi sağlık tesisi inşası için Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı'na (idare) tahsis edilmekte, tahsil edilen arazi proje şirketinin kullanımına bırakılmaktadır. Proje şirketinin kendisine ait olmayan bu arazide yüksek finansman gerektiren bir tesis inşa edecek olması ve bu tesis için öngörülen uzun soluklu işletme dönemi nedeni ile idare, arazi mülkiyetiyle ilgili olarak ilgili resmi kurum ve kuruluşlar veya üçüncü şahıslardan gelecek taleplerden ve neticelerinden münhasıran sorumlu olacağını proje şirketine taahhüt etmektedir. Tabi bu taahhüt yalnızca arazi teslimi ve üst hakkı tesis edilene kadarki süreci kapsamaktadır. Aynı hak sahibi proje şirketi üst hakkı tesisi sonrasına dayanan bir hak iddiası karşısında kendisi üst hakkını üçüncü kişilere karşı ileri sürebilecektir. Zira, üst hakkı bir sınırlı aynı hak

olup sahibine hakkın konusu arazi üzerinde inşa edilen yapıyı muhafaza etme yetkisi sağlamaktadır²⁷³.

F. Sözleşmenin Sona Ermesi

1. Sözleşme Süresinin Dolması

6428 sayılı Kanun'un 4/1. m.hükmünde sözleşme süresinin “...tesisin özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere idarece...” belirleneceği düzenlenmektedir²⁷⁴.Proje sözleşmesinin sonunda proje şirketi yerleşkenin her türlü her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda idareye devredilmesinden sorumludur (6428 sayılı Kanun'un 4/2. m. hükmü). YİD ve yap-sahip ol-işlet-devret projelerinde ise benzer şekilde, işler tamamlandığında tesisin idareye ücretsiz olarak devri gerekmektedir. Süre ne kadar uzun olursa kredi borcu kapandıktan sonra projenin kalan yıllarında şirket hissedarları için bir o kadar nakit akışı oluşacaktır. Bu nedenle benzer KÖİ modellerinde olduğu gibi, YKD modeli sözleşmeler uzun süreli sözleşmeler şeklinde imzalanmaktadır²⁷⁵.Dolayısı ile azami otuz yılı dolduran proje sözleşmeleri kendiliğinden sona ermekte, proje şirketi ise tesisi idareye üzerinde herhangi bir borç olmaksızın çalışır ve temiz vaziyette devretmektedir. Bu devir, sağlık tesisinin tüm ekipman ve donanımını da kapsamaktadır.

2. Karşılıklı Anlaşarak Sona Erdirme

Özel hukuk sözleşmesi niteliğini haiz bu sözleşme, idari sözleşmelerde görülebilen idarenin tek taraflı fesih yetkisi gibi idareye herhangi bir imtiyaz

²⁷³ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 711.

²⁷⁴ AYM'nin 1.4.2015 tarihli kararında belirtildiği üzere; “Anayasa’da kamu hizmetlerinin gördürülmesine ilişkin sözleşmelerin ne kadar süreyle yapılabileceğine dair herhangi bir hüküm bulunmadığından dava konusu kurallarda düzenlenen KÖİ sözleşmesinin süresinin en fazla otuz yıl olarak öngörülmesi, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.”.

²⁷⁵ GATTI, s. 107.

sağlamadığından, mevzuat çerçevesinde her iki tarafın karşılıklı anlaşarak bu sözleşmeyi feshetmesi mümkün kılınmıştır²⁷⁶. Sözleşme sona erdiğinde o tarihe kadar yapılan işlerin hesaplamaları genel hükümler çerçevesinde yapılacak ve kesin teminat mektubu idareye iade edilecektir²⁷⁷. Yine taşınmaz üzerinde mevcut her türlü yapı sağlam ve çalışır halde ve bedelsiz şekilde Hazine'ye geçecektir (KÖİ Yönetmeliği'nin 63/3. m. hükmü).

3. Tek Taraflı Fesih

a. İdarenin ve Proje Şirketinin Tek Taraflı Fesih Hakkı

Proje şirketinin sözleşmeyi tek taraflı fesih hakkı, mücbir sebep ve idarenin kusurlu hareketleri hallerinde mümkündür²⁷⁸. İdarenin hangi fiillerinin kusurlu davranış sayılacağı ve sözleşmenin feshine neden olacağı YKD mevzuatında belirtilmemiştir. Fakat, idarenin üst hakkı veya sözleşme çerçevesinde almakla yükümlü olduğu izinler kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal etmesi ve bu durumun proje şirketinin sorumluluklarını olumsuz yönde etkilemesi, idarenin fiili tamamlama belgesini süresi içerisinde geçerli bir neden olmaksızın düzenlememesi, proje şirketine ödemekle yükümlü olduğu ödemeleri eksik yapması ya da gereğince yapmaması bu duruma örnek olarak gösterilebilecektir.

İdarenin sözleşmeyi tek taraflı olarak fesih hakkı ise, mevzuat hükümleri çerçevesinde yatırım dönemi ve işletme dönemi ayırımı gözetilerek düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, proje şirketinin kusur derecesine göre idarenin izleyeceği yollar da değişmektedir²⁷⁹. Feshin sona çare olması prensibinden hareketle, yapım işi çerçevesinde imzalanan proje sözleşmelerinde, derhal fesih halleri diğer sözleşmeye aykırılık

²⁷⁶Bkz. KÖİ Yönetmeliği'nin 63. m. ve 6428 sayılı Kanun'un 4/9 m. hükümleri.

²⁷⁷Bkz. 6428 sayılı Kanun'un 4/9 m. ve KÖİ Yönetmeliği'nin 63/2. m. hükümleri.

²⁷⁸Mücbir sebepler, KÖİ Yönetmeliği'nde; doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı veya savaş şeklinde düzenlenmiştir.

²⁷⁹EVREN, s. 330.

hallerinden ayrı tutulmuştur. Derhal fesih halinin oluşması durumunda, idare tek taraflı fesih yoluna başvurabilecektir. KÖİ Yönetmeliği'nin 49/1. m. hükmü uyarınca, derhal fesih halleri proje sözleşmesi çerçevesinde belirleneceğinden, bu durum projeden projeye değişiklik gösterebilecektir.

Yatırım döneminde, proje şirketinin sözleşme çerçevesindeki taahhütlerinden vazgeçmesi yahut sözleşmeye dayalı yükümlülüklerini sözleşme hükümlerine uygun şekilde ifa etmemesi halinde idare, noter aracılığı ile proje şirketine ihtara çekmek, proje şirketine gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre vermek²⁸⁰ ve eş zamanlı olarak durumu finansman sağlayanlara bildirmekle yükümlüdür. Verilen süre içerisinde proje şirketinin gereğini yapmaması halinde, finansman sağlayanlar ile idare kendi aralarında anlaşarak proje şirketinin ortaklık yapısında değişiklik yapmak suretiyle işi bir başkasına yaptırma imkânına sahiptirler. Bu durumda müdahale hakkı gündeme gelecektir. Ortaklık yapısında değişikliğe gidilememesi halinde ise, KÖİ Yönetmeliği'nin 62/2. m. hükmü uyarınca ayrıca bir bildirim veya yargı kararına gerek olmaksızın proje sözleşmesi feshedilecektir. Çalışmamızın üçüncü bölümünde müdahale hakkı detaylı şekilde incelenecektir.

Proje şirketinin yatırım döneminde sözleşmeye aykırılık teşkil eden kusur, bilerek veya ihmal sonucunda hukuka aykırılık teşkil eden davranışlarına; proje şirketinin, sözleşme kapsamında gerekli sigortaları yaptırmaması, aczi ve iflası, yapım aşamasında gerekli şartları karşılamaması, belirlenen süre sonunda tesisi işletme dönemine geçirememesi, yatırım dönemi kesin teminatını tamamlamamış olması, güvenlik, sağlık yükümlülüklerini ihlal etmesi örnek olarak gösterilebilecektir²⁸¹.

Sağlık tesisi faaliyet aşamasındayken aralıksız şekilde kamu hizmeti ifa edildiği için, proje şirketinin işletme dönemindeki temerrüdü yatırım döneminden farklı şekilde

²⁸⁰ Bu süre, sözleşme süresini etkilemeyecektir fakat, bu durumda gecikmeden kaynaklanan cezai şart uygulanabilecektir.

²⁸¹ EVREN, s. 322-323.

düzenlenmiştir. Proje şirketinin sözleşmeye dayanan yükümlülüklerini ifa etmemesi, sağlık hizmetlerinin sürdürülemeyecek durumda olması ve proje şirketinin sözleşmede belirlenen performans puanlarının altında kalması halleri olmak üzere, işletme döneminin proje şirketinden kaynaklanan temerrüt durumları üç ayrı başlık çerçevesinde düzenlenmiştir.

Proje şirketinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirmemesi durumunda idare, noter aracılığı ile proje şirketine ihtar çekerek proje şirketin mevcut aykırılığın gidermesi için işin durumuna göre tayin edeceği bir süre vermek ve eş zamanlı olarak durumu finansman sağlayanlara bildirmekle yükümlü tutulmuştur (6428 sayılı Kanun'un 4/7. m. hükmü). Burada yatırım döneminden farklı olarak, verilen süre içerisinde proje şirketinin ihtarnamede yer alan bildirime uymaması durumunda idare işi bir başkasına yaptıracaktır. İdarenin yaptıracığı iş, proje şirketinin adına (nama ifa) yaptırılacaktır. İş, idare tarafından pazarlık usulü ile yaptırılacaktır. Daha sonra idare, proje şirketinden rücu edecektir²⁸². Proje şirketinin işletme döneminde sözleşmeye aykırılık teşkil eden kusur, bilerek veya ihmal sonucunda hukuka aykırılık teşkil eden davranışlarına ise, proje şirketinin sözleşmede öngörülmüş şartlarda hizmet sunmaması, işletme dönemine ilişkin sigortaları yapmaması, işletme dönemi kesin teminatını tamamlamamış olması örnek gösterilebilecektir²⁸³.

İşletme döneminde sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hale gelmesi halinde, keyfiyet proje şirketine en hızlı vasıtalarla bildirilerek iş, idare tarafından proje şirketi namı hesabına yaptırılacaktır. Sağlık hizmetlerini sürdürülemez hale getiren durumlardan bazıları KÖİ Yönetmeliği'nin 57/3. m.hükmünde;“*Sterilizasyon ve dezenfeksiyon hizmetinin aksaması nedeniyle ameliyat hizmetlerinin yapılamaz hale gelmesi...Sterilizasyon ünitelerinde güvenlik önlemlerinin alınmaması...Bakım ve onarım hizmetlerinin yapılmaması veya hasta asansörlerinin çalışmaması nedeniyle*

²⁸²Bkz. KÖİ Yönetmeliği'nin m. 19/2 (ç)m. hükmü.

²⁸³EVREN, s. 322-323.

acil hizmetler...Ameliyathane, yoğun bakım, poliklinik ve klinik hizmetlerin verilememesi...Acil hizmetlere yönelik görüntüleme, laboratuvar ve ameliyat gibi hizmetlerin verilememesi...” şeklinde sıralanmıştır.

Yukarıda belirtilenler haricinde, idare, mücbir sebep hallerinde de sözleşmeyi fesih hakkını kullanabilecektir. KÖİ Yönetmeliği’nin 59/1. m. hükmü uyarınca mücbir sebep durumunun; “Yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması,...Taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması...Yüklenicinin makul ve basiretli davranmasına rağmen bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması...Mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması...Yetkili merciler tarafından mücbir sebebin belgelendirilmesi...” gerekmektedir.

Son olarak, proje şirketinin sözleşmede belirlenen performans puanının altında kalması halinde; finansman sağlayanlar idare ile tesis edecekleri karşılıklı mutabakat ile, proje şirketinin ortaklık yapısını değiştirebilecek, bu çerçevede projenin sürmesini sağlayabilecektir. Aksi takdirde sözleşme idare tarafından tek taraflı olarak feshedilebilecektir²⁸⁴.

b. Tek Taraflı Feshin Sonuçları

Proje şirketinin proje sözleşmesini idarenin kusurundan kaynaklanan nedenlerle feshetmesi veya sözleşmenin mücbir sebeple feshi durumunda, proje şirketinin zararının karşılanma yöntemi proje sözleşmesi çerçevesinde belirlenecektir.

Proje şirketinin kusuru dolayısı ile idarenin sözleşmeyi tek taraflı feshi neticesinde, proje şirketinin kesin teminatı Hazine’ye gelir kaydedilecektir. Mezkûr teminat, proje şirketinin borcundan düşürülmeyecektir. Aynı şekilde proje şirketi bu teminata dayanarak idareden herhangi bir hak, tazminat ya da bedel talep

²⁸⁴ ÇAKIR, s. 516.

edemeyecektir. Proje şirketinin idareye ödeyeceği tazminat, cezai şartlar proje sözleşmesi çerçevesinde ayrıca düzenlenecektir²⁸⁵.

Sözleşme taraflardan herhangi biri tarafından feshedildiği takdirde, proje şirketi ile idarenin ilişkisi sona erecektir. Bunun yanı sıra, proje sözleşmesi kapsamında ifa edilen işler, proje sözleşmesi ve genel hükümler çerçevesinde hesap edilecektir. Proje şirketinin üst hakkı ise, kendiliğinden iptal edilecek ve tapuda resen silinecektir. Bunun için herhangi bir yargı kararı gerekmeyecektir. Hazine'ye ait arazi üzerinde yer alan tüm yapı ve tesisler Hazineye geçecektir. Sağlam ve faaliyet gösterir hali ile intikali gereken tesis ve yapılar proje şirketinin herhangi bir zarar vermiş olması durumunda ise, proje şirketinden bu bedel tahsil edilecektir. Arazi üzerindeki yapı ve tesislerin mevcut durumunun tespiti için bir heyet görevlendirilecektir. Heyet mevcut durumu gösterir tespit tutanağı düzenleyecektir (6428 sayılı Kanun'un 4/10. m. hükmü).

Bir uyuşmazlık durumunda bu sözleşmeye hangi hukuk kuralının uygulanacağı noktasında hâkim, TMK'nın 1/II. m. hükmü gereğince genel ve soyut hukuk kuralı ile somut isimsiz sözleşmeye ilişkin sözleşme boşluğunu doldurmak durumundadır²⁸⁶. Bununla birlikte, nitelikleri müsaade ettiği ölçüde benzedikleri sözleşme tiplerine ilişkin kanun hükümlerinin uygulanması, bu kapsamda TBK'ya gidilmesi söz konusu olacaktır²⁸⁷. Tamamlayıcı kuralları dikkate alırken, teamüller de nazara alınacaktır.

G. Proje Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Yargı Yolu

Proje finansmanının oldukça karmaşık bir yapıya sahip olması dolayısı ile, her ülkenin yasal sistemi bu karışık yapı ile örtüşmeyebilir. Bazı ülkeler, yerli yatırımcılar için yabancı yatırım ve proje finansmanına imkân vermeyen son derece koruyucu anayasal ve kanuni rejimlere sahip olabilirler. Türkiye de buna örnek olarak

²⁸⁵ Bkz. 6428 Sayılı Kanun'un 4/10. m. hükmü ile, KÖİ Yönetmeliği'nin 62/2. m. hükmü.

²⁸⁶ GÜMÜŞ, s. 12.

²⁸⁷ YAVUZ, Cevdet, s. 16.

gösterilebilecektir. Nitekim milletlerarası tahkim usulünün YİD projelerinde uygulanamaması dolayısı ile YİD projelerinin bir süreliğine askıda kalmasından ötürü Anayasa'nın 47. ve 125. m. hükümlerine getirilen değişiklik ile, imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilen YİD sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesi imkânı getirilmiş²⁸⁸ ve bu doğrultuda milletlerarası tahkim usulü mümkün kılınmıştır.

Hem projenin hissedarları, hem de finansman sağlayanlar, proje belgeleri ve finans belgelerinden kaynaklanan veya onlara ilişkin her türlü ihtilafın tahkim yoluyla çözümlenmesi arzusunda olmaları itibari ile 1999 yılında²⁸⁹ Anayasa'nın 47. ve 125. m. hükümlerine getirilen değişiklik ile²⁹⁰, kamu hizmeti kapsamında uygulanan sözleşmelerden kaynaklanan ihtilaflarda milli yahut milletlerarası tahkim yolunun tercih edilmesi mümkün hale getirilmiştir²⁹¹.

YİD projelerinde tahkimin uygulanabilmesi için yapılan bu anayasal değişiklik ile, YKD modeli ile imzalanan proje sözleşmelerinde de tahkim şartının düzenlenebilmesi mümkün kılınmış, proje sözleşmesinin uygulanması sırasında taraflar arasında doğabilecek hukuki ihtilafların çözümünde ihtilafın esasına Türk hukukunun uygulanması kaydıyla, taraflarca tahkimin uygulanmasının kararlaştırılabileceği düzenlenmiştir (6428 sayılı Kanun'un 4 / 11. m. hükmü).

²⁸⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 11.09.2003 T., E.2003/108, K.2003/110 S. kararına göre, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunun 5 inci maddesi, "*Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir.*" biçiminde değiştirilmiş, gerekçesinde de Anayasanın 47 nci maddesi değişikliğine uyum sağlanarak, kanun kapsamındaki yatırım ve hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleri çerçevesinde yaptırılacağı belirtilmiştir. Bu açık hüküm ve gerekçesi karşısında, 3996 sayılı Kanun kapsamına giren yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında düzenlenecek sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı açıktır. Bu durumda, "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi" olarak nitelendirilmesi olanağı bulunmayan bu tür sözleşmeler üzerinde Danıştay'ın inceleme yaparak görüş bildirme görevi bulunmamaktadır. Bkz. (www.kazancı.com) (E.T. 15.04.2021).

²⁸⁹ 1994 yılında 3996 sayılı Bazı Yatırımların ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun'un idare ile sermaye şirketi arasında yapılacak sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağını öngören 5'inci maddesinin AYM tarafından iptal edilmesine ilişkin AYM'nin 28.6.1995 T., E.1994/71, K.1995/23, S. kararı için bkz. RG. 20.3.1996 T., 22586.

²⁹⁰ RG. 14.8.1999 T., 23786 S.

²⁹¹ Tahkimin bir özel hukuk müessesesi olduğu yönünde farklı görüşler için bkz. ÇAL, Sedat, "*Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi*", AÜHFD, Cilt 51, S. 2, ss. 163-197, s. 163-197.

Bunun yanı sıra, ihtilaf halinde tahkime başvurulması durumunda, idarenin projenin taraflarından biri olması dolayısı ile, projeye ev sahipliği yapan ülkedeki politik risklere karşı korunmak için tahkim merkezinin ev sahibi ülkede olması şartına sıcak bakmayan yabancı finansman sağlayanlar, uyuşmazlığın yabancı bir tahkim merkezinde görülmesi arzusundadırlar. Bu talebin nedeni, büyük ölçekli projelerin gerektirdiği büyük kredi borcunun ve bu çerçevede akdedilen finansman dokümantasyonunun o ülkenin inisiyatifine bırakmasını tercih etmemelerinden ileri gelmektedir.

Dolayısı ile, proje sözleşmesinin uygulamasıyla bağlantılı hukuki ihtilaflarda uygulanacak hukuk; Türk hukuku, görevli ve yetkili mahkemeler ise; Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri olacaktır (6428 sayılı Kanun'un 4/ 11. m. hükmü). Fakat, aynı madde içeriğinde tahkim yolu açık bırakılmış olup, 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun²⁹² ile 6428 sayılı Kanun'un 4/11. (2) cümlesinde yer alan "...ve davanın Türkiye'de görüşmesi..." ibaresi madde metninden çıkartılmıştır. Getirilen bu değişiklik ile, proje sözleşmesinden kaynaklanan bir ihtilaf durumuna karşı uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkim yolunun tercih edilmesi durumunda tahkim yerinin Türkiye olma şartı kaldırılmış, tahkim yerinin Türkiye dışında olması mümkün kılınmıştır.

AYGÜL ve ERDOĞAN'a göre, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlenmesinin bir takım hukuki riskleri bulunmaktadır. Bu görüşe göre tahkim yerinin yabancı bir ülke olarak belirlenmesi durumunda Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanması halinde, ilgili hakem kararının tenfizinin reddi söz konusu olabilecektir. 6428 sayılı Kanun'un ilgili cümlesinin emredici bir kural olduğu hususu tartışmasız olsa da, bu

²⁹²RG. 15.4.2015 T., 29327 S.

hükme uyulmamasının kamu düzenine aykırılık olarak yorumlanmaması gerektiği savunulmaktadır²⁹³.

II. FİNANSMAN SAĞLAYANLARIN DOĞRUDAN ANLAŞMASI(FUNDERS' DIRECT AGREEMENT)

A. Tanımı

Finansman sağlayanların doğrudan anlaşması (doğrudan anlaşma), finansman sağlayanların idare ve proje şirketi ile doğrudan bir ilişki tesis etmek üzere akdettiği bir sözleşme türüdür²⁹⁴. İdarenin birincil sözleşme ilişkisi proje şirketi ile, fakat bu ilişki idare ile finansman sağlayanların yapacağı bir doğrudan anlaşma ile tamamlanabilir²⁹⁵. Bu anlaşma, proje sözleşmesi tahtında gerçekleşmesi muhtemel bir temerrüt durumuna finansman sağlayanların sözleşmeye dayalı haklarını muhafaza etmek üzere, başta idare olmak üzere projenin ana tarafları ile akdettiği bir sözleşmedir²⁹⁶. PF2 Sözleşme Standardizasyonu (HM Treasury Standardisation of PF2 Contracts)'nda doğrudan anlaşma, proje şirketinin temerrüdü nedeniyle bir fesih veya fesih tehdidinin meydana gelmesinin ardından idare ile finansman sağlayanlar arasındaki ilişkiyi ele alan bir anlaşma olarak tanımlanmıştır²⁹⁷. Dünya Bankası ise bu sözleşmeyi, projenin bir kilit alt

²⁹³ **AYGÜL**, Musa, **ERDOĞAN**, Ersin, “Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Anlaşmalarından Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Dair Tahkim Düzenlemesi”, AHBVÜHFD, 2020, Cilt XXIV, S. 4, ss. 61-100.

²⁹⁴ **MADYKOV**, s. 278; Majestelerinin Hazinesi'nin Özel Finansman Girişimi sözleşmelerinin standardizasyonunun dördüncü versiyonunda (Her Majesty's Treasury Standardisation of PFI Contracts Version 4), düzenlenen sözleşme taslağında idare tarafından finansman sağlayanların projedeki statülerinin kabulü ile teminat gereği sözleşmeyi devralmalarına rıza gösterilmesi sebebi ile bu sözleşme türüne yabancı öğretilerde “kabul ve rızalar” (acknowledgments and consents) ismi de verilmektedir. Bkz. **YESCOMBE**, s. 133.

²⁹⁵ Public-Private Partnerships Reference Guide, Version 3.0, Washington 2017, s. 40.

²⁹⁶ **MADYKOV**, s. 278, **YESCOMBE**, s. 332, **FIGHT**, s. 118; Proje şirketinin, EPC sözleşmesi (inşaat sözleşmesi), O&M sözleşmesi (işletme ve bakım sözleşmesi) gibi projenin gereklilikleri çerçevesinde tarafı olduğu diğer temel proje anlaşmaları, projenin nakit akışını ve nihayetinde finansman sağlayanları etkileyen sözleşmelerdir. Bu nedenle uygulamada finansman sağlayanlar genellikle bu anlaşmaların karşı tarafı konumundaki müteahhit firma ve işletme ve bakım şirketi ile kendi lehine (dışarıdan) güvence ve sorumluluk tesis etmek amacıyla bu sözleşmeler aracılığı ile doğrudan ilişki tesis etmektedir. Bkz. **CLEWS**, s. 40; **YESCOMBE**, s. 332; **TINSLEY**, s. 418. İşletme ve bakım şirketi ile O&M doğrudan anlaşması, müteahhit firma ile EPC doğrudan anlaşması isimleri altında ayrı sözleşme ilişkileri tesis edilebilir.

²⁹⁷ **HM Treasury**, PF2 Contracts, s. 242.

yüklenicisinin, tarafı olduğu alt sözleşmeyi (proje anlaşması) feshetme veya bu sözleşmeden çekilme ihtimaline karşı, finansman sağlayanların bu sözleşme ilişkisine girebilmesini ve sözleşmeyi sürdürmesini sağlayan bir sözleşme olarak tanımlamıştır²⁹⁸.

Türk hukukunda doğrudan anlaşmanın tanımı ilk defa Eğitim Tesisi Yönetmeliği ile yapılmış olup, “...İdare tarafından gerekli görüldüğü takdirde projenin gerçekleşmesine yönelik olarak yükleniciye finansal kaynak sağlayan kurumlar ile idare arasında imzalanacak kira ödemelerinin idare tarafından beyan edileceği sözleşme...” olarak tanımlanmıştır²⁹⁹. 6428 sayılı Kanun’da bu anlaşmanın tanımı açık şekilde düzenlenmemiştir. Ancak bu kanunun gerekçesinde doğrudan anlaşmalarla bağlantılı olarak, “Sabit yatırım ve işletme dönemlerinde proje şirketi işini yapmazsa finansman sağlayanlar ile Bakanlık anlaşarak müteahhitlerin ortaklık yapısını bile değiştirme yetkisi alınmakta, adeta şirket kurtarma operasyonlarına şimdiden hazırlık yapılmaktadır.” ifadelerine yer verilmiştir³⁰⁰.

Bizce bu anlaşmayı, proje sözleşmesinin fesih riskine karşı finansman sağlayanları koruyucu hükümler içeren ve proje şirketi, finansman sağlayanlar ve idareyi ortak bir anlaşma içerisinde buluşturan üç taraflı bir sözleşme şeklinde tanımlamak uygun olacaktır.

B. Amacı

Finansman sağlayanların yatırım yapacakları projelerde aradıkları öncelikli şartın projenin kredilendirilebilirliği olması sebebiyle, projeye ait sözleşmelerin finansal ve hukuki hükümleri proje finansmanına uygun olarak yapılandırılmalıdır. Yapı, proje şirketi ve proje şirketinin ileride elde edeceği gelirlerin finansal ve hukuki çerçevede

²⁹⁸ Lender Issues – Taking Security/Step-in Rights/Government Support. Bkz. <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/framework-assessment/legal-environment/lender-issues-step-in-rights> (E.T.14.08.2021).

²⁹⁹ Tanım, Eğitim Tesisi Yönetmeliği’nin “Tanımlar” bölümünde yer alan “Finansman sağlayanların müdahale hakkı” tanımı altında yer almaktadır.

³⁰⁰ 6428 sayılı Kanun Tasarısı, s. 23.

mahfuz olacağı şekilde kurgulanmalıdır. Bu unsurların sağlanması halinde söz konusu proje, proje finansmanına uygun, diğer bir deyişle kredilendirilebilir olarak değerlendirilecektir³⁰¹.

Sözleşme ve finansman yapısı kurulurken yürütülen risk yönetimi sürecinde proje şirketinin taşıdığı riskler belirlenmekte ve bu riskler, mümkün olduğu ölçüde ilgili tüm taraflara aktarılmaktadır. Finansman sağlayanlar, tüm risklerin ilgili bütün taraflara uygun şekilde aktarıldığından emin olmak için proje şirketinin sözleşmeler ağını etraflıca değerlendirmektedirler. Uygulamada, finansman sağlayanlara kredi başvurusu öncesinde proje şirketi bir dizi ön sözleşme yoluyla halihazırda risk aktarımını gerçekleştirmiş olmakta, kalan riski de sigorta poliçeleri ile karşılayabilmektedir. Fakat, finansman sağlayanlar yine de belirli şartları yeniden gözden geçirmek veya bazı sözleşmeleri yeniden müzakere etmek arzusundadırlar³⁰².

Yabancı finansman sağlayanların, proje şirketinin taşıdığı riskin dağıtımını ve temerrüde bağlı fesih hükümleri için yerel mevzuata başvurulmasındaki tereddütleri dolayısı ile proje ve finansman anlaşmalarının bu hükümlerini kendileri belirlemek isterler³⁰³. Bununla birlikte olası bir temerrüt durumuna karşı proje şirketinin üçüncü taraflar ile olan sözleşme ilişkisine müdahalede bulunma yetkisine sahip olmak isteyen finansman sağlayanlar, müdahale hakkı ve sona ermede tazminat gibi sözleşme feshine ilişkin hususların düzenlendiği anlaşmaların akdedilmesi arzusundadırlar³⁰⁴. Böylelikle özellikle müdahale hakkının kullanılması gerektiğinde, proje şirketi pasif duruma getirilerek finansman sağlayanlar ile idare, doğrudan kuracakları iletişim ile projeye birlikte müdahale edebileceklerdir³⁰⁵. Finansman sağlayanlar bu anlaşma sayesinde, rehin veya temlik gibi dolaylı güvenceler kurmak yerine ilgili taraf ile doğrudan temas

³⁰¹ GATTI, s. 272.

³⁰² FIGHT, s. 118.

³⁰³ MADYKOV, s. 284.

³⁰⁴ FIGHT, s. 118; GATTI, s. 272.

³⁰⁵ YESCOMBE, s. 135. Uygulamada bu anlaşma genellikle finansman sağlayanlar adına finansman sağlayanların temsilcisi tarafından akdedilmektedir. Doğrudan anlaşmalar, finansman sağlayanların proje anlaşmalarında “devreye girebilecekleri” koşulları tayin eden bir sözleşme türüdür.

kurmaktadırlar³⁰⁶. Doğrudan anlaşma (direct agreement) kavramının kullanılması bu özelliğinden ileri gelmektedir.

Bu anlaşmaların proje ve finansman anlaşmaları arasında hangi sınıfta yer aldığı hususu ise belirsizliğini korumaktadır. Bu anlaşmalar genellikle proje sözleşmesi ile eş zamanlı olarak müzakere edilmekte ve proje sözleşmesinin eki olarak düzenlenmektedirler³⁰⁷. Bir görüşe göre doğrudan anlaşmalar teminat paketinin bir parçası olup, teminat belgeleri ve teminat haklarının yapısını ve işlevini açıklığa kavuşturan sözleşmelerdir³⁰⁸. Bir başka görüşe göre ise, finansman sağlayanları proje anlaşmalarına bağlayan anlaşmalardır³⁰⁹. O halde, bu anlaşma sayesinde kreditorler ile proje anlaşmaları arasında bir bağlantı kurulduğu söylenebilecektir. Doğrudan anlaşmalar, proje anlaşmalarının yan anlaşması olarak kabul edilse de, ikincil önemde kabul edilmemelidirler. Zira kreditorlerin, teminatlarının icrası için adım atmalarına sebebiyet verecek ölçüde çok büyük sorunlarla karşılaşmaları durumunda projedeki birçok paydaş, maruz kalmaları muhtemel kayıpları bu sözleşme hükümleri aracılığıyla en aza indirmenin yollarını arayacaklardır³¹⁰.

C. Tarafları

Eğitim Tesisi Yönetmeliği, doğrudan anlaşmaların yapısını idare ve finans sağlayanlar arasında imzalanan ikili anlaşmalar olarak izah etse de doğrudan anlaşmaların başlıca tarafları; idare, proje şirketi ve finansman sağlayanlardır³¹¹. Taraf sayısı itibari ile bu anlaşma üç taraflı bir sözleşmedir³¹². Doğrudan anlaşmaları daha geniş anlamda finansman sağlayanlar ve proje anlaşmalarının tarafları arasında

³⁰⁶TINSLEY, s.384.

³⁰⁷YESCOMBE, s. 133.

³⁰⁸GATTI, s. 272.

³⁰⁹YESCOMBE, s. 105.

³¹⁰DEWAR, s. 342.

³¹¹GENTILONI SILVERI, Sofia, "Direct Agreements in Public-Private Partnerships", Italian Journal of Public Law, 2014, http://www.ijpl.eu/assets/files/pdf/2014_volume_2/9.%20Gentiloni%20Silveri.pdf (E.T. 19.09.2021), s. 370.

³¹²TINSLEY, s.384, GENTILONI SILVERI, s. 370.

akdedilen sözleşmeler olarak nitelendiren görüş³¹³ ise bu sözleşmelerin taraf sayılarının daha fazla olabileceğini göstermektedir. Doğrudan anlaşmalar yalnızca idare, proje şirketi ve finansman sağlayanlar arasında akdedilen sözleşmeler olmayıp, projenin gerekliliklerine göre idarenin yerini müteahhit firmaya da işletme ve bakım şirketi alabilmektedir (EPC Doğrudan Anlaşması, O&M Doğrudan Anlaşması)³¹⁴. Fakat çalışmamızda, ağırlıklı olarak idare, proje şirketi ve finansman sağlayanlar arasında akdedilen doğrudan anlaşmalar üzerinde durulacaktır. Diğer proje anlaşmalarının kilit yüklenicileri ile imzalanan “EPC doğrudan anlaşması” ve “O&M doğrudan anlaşması”ndan yeri geldiğinde bahsedilecektir.

D. Yapısı

Türk hukukunda doğrudan anlaşmaların temel düzenlemelerine genel içerikli değinilmiş olup, bunun dışında özel bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bu nedenle doğrudan anlaşmalara ilişkin olarak milletlerarası alanda uygulanan tip sözleşme unsurlarından ve kılavuz belgelerden yararlanılmaktadır.

Bir hükümet KÖİ projelerini geliştirmek, uygulamaya koymak, genel bir çerçeve yaratmak gibi çeşitli nedenlerle müstakil bir KÖİ veya imtiyaz yasası çıkartabilir. Bunun yanı sıra bu yasalar, finansman sağlayanlara müdahale hakkı tanıyabilmek, şeffaf ve adil tedarik süreçlerini sağlayabilmek adına projeye ev sahipliği yapan ülkenin mevzuat boşluğunu doldurmak için de kullanılabilir. Bu nedenle, dünyanın genelinde her ülke kendi KÖİ mevzuatını oluşturmaktadır. Pek tabi, uluslararası platformda kabul görmüş kılavuzlar niteliğindeki ilkeler ve standart sözleşme taslakları bu sözleşmelerin oluşturulmasında yaygın olarak kullanılan kılavuz niteliğinde belgelerdir.

³¹³CLEWS, s. 40

³¹⁴YESCOMBE, s. 133.

Uluslararası platformda kabul gören bu kılavuz niteliğindeki belgelerin başlıcaları; KÖİ Kaynak Kılavuzu (Public-Private Partnership Reference Guide)³¹⁵, KÖİ/ İmtiyaz Kanunları Hakkında UNCITRAL Rehberi (UNCITRAL Guidance on PPP/ Concession Laws)³¹⁶, Modern İmtiyaz Hukuku için EBRD Temel İlkeleri (EBRD Core Principles for a Modern Concession Law)³¹⁷, Kamu-Özel Ortaklıklarının Kamu Yönetimine İlişkin OECD İlkeleri (OECD Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships)³¹⁸ olarak sıralanabilir.

KÖİ modeli için tip sözleşmelerin varlığına ihtiyaç duyulması sebebi ile, milletlerarası alanda standardizasyona gidilmesi ve yeknesak düzenlemeler yapılması adına standart sözleşme taslakları oluşturulmuştur.

Yine bu sözleşmelerin hazırlanmasında yararlanılan standart sözleşme taslakları, milletlerarası alanda standardizasyona gidilmesive yeknesak düzenlemeler yapılması adına KÖİ sözleşmelerinin tip sözleşmelerinin varlığına ihtiyaç duyulması sebebi ile bir çok ülke tarafından oluşturulmuş taslaklardır. Bu standart taslaklar arasında ise en yaygın uygulama alanı bulan sözleşme taslakları İngiltere tarafından oluşturulan taslaklardır. İngiltere 1999 yılından bu yana standart Özel Finansman Altyapı Projeleri sözleşmeleri yayınlamaktadır³¹⁹. Bu çerçevede son yayınladığı belge, Majestelerinin Hazinesi'nin 2012 yılında yayınladığı PF2 Sözleşme Standardizasyonu (HM Treasury

³¹⁵Public-Private Partnerships Reference Guide için bkz. <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/PPP%20Reference%20Guide%20Version%203.pdf> (E.T. 15.08.2021).

³¹⁶Public-Private Partnerships Laws / Concession Laws için bkz. <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/laws/ppp-and-concession-laws#International> (E.T. 15.08.2021).

³¹⁷EBRD Core Principles for Modern Concessions Law için bkz. <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/ebd-core-principles-modern-concessions-law> (E.T. 15.08.2021).

³¹⁸Bkz. Public-Private Partnerships Laws / Concession Laws için bkz. <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/laws/ppp-and-concession-laws> (E.T. 15.08.2021).

³¹⁹LIANG, Shuang, Legal aspects of Privately Financed Infrastructure Projects (PFIPs) in China—the case for international standards, Leeds: The University of Leeds School of Law, Doktora Tezi, 2013, s. 66.

Standardisation of PF2 Contracts³²⁰)’dur³²¹. Uygulamada en çok bilinen ve uygulanan tip sözleşme içeriği PF2 Sözleşme Standardizasyonuna dayandığından, çalışmamızdaki açıklama ve değerlendirmeler bu taslağa sadık kalınarak yapılacaktır.

E. Doğrudan Anlaşmalardaki Temel Düzenlemeler

Bu anlaşmalar yalnızca finansman sağlayanlara “fesih riski” karşısında koruma sağlamak maksadıyla sınırlı konuları içeren bir sözleşme olup³²², içerdiği temel düzenlemeler finansman sağlayanlara güvence getiren birkaç unsurun birleşiminden ibarettir. Bu unsurlar genellikle, müdahale hakkı, sona ermede tazminat ve teminata rıza gösterilmesi gibi finansman sağlayanlar lehine ve proje şirketinin temerrüdü ve/veya sıkıntıya düşmesi halinde projenin devam etmesini sağlayacak düzenlemelerdir³²³.

1. Müdahale Hakkı

Doğrudan anlaşma, proje sözleşmesinde proje şirketinden kaynaklı muhtemel bir temerrüt durumunda sözleşmenin feshinin askıya alınarak, finansman sağlayanlara temerrüt halini düzeltme imkânı tanıyan hükümlerden oluşmaktadır³²⁴. Müdahale hakkı

³²⁰ PF2 Sözleşme Standardizasyonu en son dördüncü versiyonu 2007 yılında yayınlanan Özel Finansman Girişimi Sözleşmelerinin Standardizasyonu (Standardisation of PFI Contracts)’nın yerine geçmiştir. Bkz. **HM Treasury**, Standardisation of PF2 Contracts, London, 2012(PF2 Contracts); Özel Finansman Girişimi Sözleşmelerinin Standardizasyonu için ayrıca bkz. HM Treasury, Standardisation of PFI Contracts, London, 2007(PFI Contracts).

³²¹ Bu standart metin ve kılavuzun bu versiyonu, kamu sektörü tarafından PF2 sözleşmeleri hazırlanırken kullanılmak üzere hazırlanmıştır. Kamu özel ortaklıkları kullanılarak altyapı ve hizmetlerin sağlanmasına yönelik projeler için kullanılacak yeni sözleşme modellerini yansıtmaktadır. <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/united-kingdom-treasury-standardisation-pf2-contracts-sopc-december-2012> Bkz. (E.T. 13.08.2021). Yine diğer ülkeler tarafından oluşturulan standardizasyon belgelerine örnek olarak, Yeni Zelanda’nın oluşturduğu KÖİ Proje Sözleşmesi Standart Formu (Standard Form Public-Private Partnership Project Agreement), Güney Afrika’nın oluşturduğu Standartlaştırılmış KÖİ Hükümleri (Standardized Public-Private Partnership Provisions), Hollanda’nın oluşturduğu Model Altyapı TYFB Sözleşmesi 2012 (Model DBFM Agreement Infrastructure 2012) gösterilebilir. Ayrıntılı bilgi ve diğer standardizasyon belgeleri için bkz. <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/standardized-ppp-contracts-and-contract-clause> (E.T. 13.08.2021).

³²² Public-Private Partnerships Reference Guide, s. 50.

³²³ Key Issues in Developing Project Financed Transactions, bkz. <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/financing/issues-in-project-financed-transactions> (E.T. 14.08.2021).

³²⁴ CLEWS, s. 40.

geniş bir hak olduğundan, bu hakkın kullanılabilmesi için sözleşme içerisinde tüm tarafların hak, yükümlülük ve yetkilerinin detaylı şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Anlaşma hükümleri; temerrüt sebebiyle proje sözleşmesinin fesih ihtimalinin ortaya çıkma durumunda idarenin “ihbarsız fesih yasağı”³²⁵ çerçevesinde finansman sağlayanlara bildirimde bulunma yükümlülüğü, finansman sağlayanların bu bildirim karşısında izleyeceği yöntem, tarafların tercih edebileceği müdahale şekilleri (iyileştirme, müdahale (esas anlamıyla) , yenileme)³²⁶, müdahale sürecinin başlangıcı ve sonlanması ile, tarafların bu süreci ne şekilde yöneteceklerini düzenlemektedir³²⁷.

2. Sona Ermede Tazminat Ödeme Borcu

YKD modeli projelerde finansman temin etme borcu proje şirketine yükletilmiş olsa da finansman temininin kolaylaştırılması için, idare tarafından mevzuat ve sözleşmeler çerçevesinde proje şirketine belirli destekler sağlanmaktadır³²⁸. Bu model çerçevesinde idare, alım ve talep garantisi, üzerinde tesisin inşa edileceği taşınmazın şirkete devri, vergi avantajı, şirketle rekabete girmeyeceği yönünde taahhüt vermek gibi proje şirketine bir takım devlet destekleri sağlamaktadır³²⁹.

Buna benzer şekilde finansman sağlayanlar, yatırım yaptıkları bu projelerin başarısız olma riskini göz önünde bulundurarak idareden, müdahale hakkı gibi belirli

³²⁵ İdare, proje sözleşmesinin feshine yol açabilecek herhangi bir durum karşısında finansman sağlayanları bilgilendirmekle yükümlüdür. Finansman sağlayanlar her türlü temerrüt durumunda haberdar edilmeli ve ihlalin önlenmesi sağlanmalıdır³²⁵. İhbarsız fesih yasağının düzenlenmesindeki amaç, idarenin finansman sağlayanlara ihbarda bulunmaksızın proje sözleşmesini feshetmesi veya proje şirketine fesih ihbarında bulunmasını engellemektir³²⁵. 6428 sayılı Kanun’un 4/6. m. hükmünde yer verilen; “...Yapım sözleşmesi imzalandıktan sonra sabit yatırım döneminde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sözleşmede belirlenen derhâl fesih hâlleri hariç olmak üzere, idarenin noter aracılığı ile yapacağı yazılı ihtarla keyfiyet açıkça belirtilerek yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verilir. Ayrıca keyfiyet, projenin finansmanına kaynak sağlayan finans sağlayıcılara da ihbar edilir...” düzenlemesi ile ihbarsız fesih yasağı yasal bir zemine kavuşturulmuştur. Bkz. **GATTI**, s. 272; **DELMON**, Jeffrey, Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and Risk, Second Edition, Walters Kluwer Law & Business, 2009, s. 82; **GENTILONI SILVERI**, s. 377.

³²⁶ Bu husus çalışmamızın Üçüncü Bölümünde detaylı şekilde izah edilmektedir.

³²⁷ Doğrudan anlaşmaların kapsamı için ayrıca bkz. **HM Treasury**, PF2 Contracts.

³²⁸ **EVREN**, s. 67-69.

³²⁹ **EVREN**, s. 70.

destek ve güvenceler temin ederken³³⁰, bununla bağlantılı olarak projelerin büyüklüğü ve kriz şartları sebebi ile yeni bir tür Hazine desteği anlamına gelen erken fesih halinde borç üstlenim mekanizması altında Devlet desteği temin etmektedirler³³¹. İdarenin bu güvencesi ile, erken fesih halinde finansman sağlayanların zararları idare tarafından tamamen tazmin edilmektedir. Erken feshin sonucunda, idare tarafından kreditorlere fesih nedenine göre belirlenebilir bir tazminat ödenmektedir³³².

Borç üstlenim ile Hazine garantisi aynı güvenceler değildir. Borç üstlenimi, proje sözleşmesinin süresinden önce feshedilmesi ve idareye devredilmesi durumunda, proje şirketinin temin ettiği ana kredinin ve varsa ana kredinin sağlanmasına ilişkin türev ürünlerden kaynaklananlar da dahil olmak üzere mali yükümlülüklerin belirli bir yüzdesinin idare tarafından üstlenilmesidir³³³. Hazine garantisi ise; geri ödeme, yatırım, karşı garanti ve ülke garantisi şekillerinde görülmektedir³³⁴.

YKD modeli projelerde devletin borç üstlenimi için yatırım tutarının asgari beş yüz milyon Türk Lirası olması gerekmektedir³³⁵. Hazine ve Maliye Bakanlığı Tarafından

³³⁰ BAYAZIT, s. 277.

³³¹ 16.7.2008 tarihli ve 5787 sayılı Kanunla 28.3.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kanun'a 4. maddesine eklenen Borç Üstlenim mekanizması, 13.6.2012 tarihli ve 6327 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle YKD modeli için de kullanılabilir hale getirilmiştir. Bkz. T.C. Kalkınma Bakanlığı, KÖİ Komisyon Raporu 2014, s. 32; BAYAZIT, s. 277.

³³² "...Dünyada da, Kamu-Özel İşbirliği (KÖİ) uygulamaları bağlamında, Hazine garantileri istisnai enstrümanlardır. Zira KÖİ modeli ile amaçlanan şeylerden biri de, kredi sağlayan kuruluşların projeler üzerindeki gözetim ve denetimlerinin varlığıdır. Zira kreditorler verdikleri kredilerin geri ödenmesinde bir sorun yaratmamak amacıyla proje ile yakından ilgileneceklerdir. Ancak Hazine garantisi verilmesi durumunda, projeye idarece el konulduğu takdirde (ki bu durum proje şirketinin ifasını da kapsayan çok farklı gerekçelere dayanabilir) Hazine garantisi devreye girecektir. Bu nedenle kreditorlerin verdikleri borçları tahsil etme kaygıları olmayacak ve ilgili proje KÖİ'nin özü olan "proje finansmanı" esasından çıkıp, fiilen Hazine borçlanması yoluyla yapılan bir projeye dönüşecektir." Bkz. 6428 sayılı Kanun Tasarısı s. 24.; Sona ermede tazminatın hesaplanmasında dikkate alınacak hususlar; projenin finansmanı ile bağlantılı köprü kredisi (bridge loan) dâhil olmak üzere, proje şirketinin finansman sağlayanlara ödemekle yükümlü olduğu anapara, faiz, sigorta, finansman giderleri (her türlü hedging vesair bağlı anlaşmaları ve sözleşmelerin bozma bedel ve masrafları dâhil olmak üzere)dir. Bkz. T.C. Sayıştay Başkanlığı, Sağlık Bakanlığı 2018 yılı Sayıştay Denetim Raporu, Eylül 2019, s. 35; Fesih tazminat miktarı hissedarların içerisinde bulunacağı durumu telafi edecek ölçüde olmalıdır. Bkz. DEWAR, s. 478.

³³³ BAYAZIT, s. 285; EVREN, s. 79.

³³⁴ BAYAZIT, s. 285; 4749 sayılı Kanun'un 3. maddesi çerçevesinde, idarenin dış finansman kaynağından sağlanan dış borçların geri ödenmesi hususunda Hazine geri ödeme garantisi örnek olarak gösterilebilir.

³³⁵ 6428 sayılı Kanun'un 13. m.hükmü ile 28.3.2002 tarihli ve "4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun" (4749 Sayılı Kanun)³³⁵ eklenen 8/A maddesi uyarınca "Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler tarafından 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında

Gerçekleştirilecek Borç Üstlenimi Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesi uyarınca; proje sözleşmesinin proje şirketinin kusurundan kaynaklı olarak feshedilmesi halinde ana kredi tutarının %85'i, şirketin kusuru haricindeki sebeplerle feshedilmesi halinde ise ana kredi tutarının %100'ünün idare tarafından finansman sağlayanlara ödenmesi taahhüt edilmektedir.

Finansman sağlayanlar doğrudan anlaşması, idarenin finans sağlayanlara karşı bu borç üstlenimine ilişkin hükümler içermekte, sona ermede tazminat hususu başlığı altında bu üstlenime ilişkin özel hükümler getirilmektedir. Yine bununla bağlantılı olarak idare finansman sağlayanlara ödemekle yükümlü olduğu tazminat tutarını finansman sağlayanların belirleyeceği banka hesabına ödemeyi taahhüt etmektedir³³⁶.

Sona ermede tazminat hususu aynı zamanda proje sözleşmesi içerisinde de yer verilen bir husustur. Bu düzenlemeye göre, proje sözleşmesinin erken feshi halinde idare proje şirketine; proje şirketinin projeye koyduğu öz kaynak miktarını, finansman maliyetini (kredi ödemeleri, faiz ve benzer ödemeler) ve proje şirketinin kâr kaybını ödemeyi taahhüt eder. Sözleşmenin proje şirketinin temerrüdü sebebi ile erken feshi durumunda finansman sağlayanların proje şirketine yapacağı ödeme içerisinde yalnızca proje şirketinin kâr kaybı yer almaz³³⁷. Yine doğrudan anlaşmaların sona ermede

Kanun hükümlerine göre yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan ve tutarı asgari bir milyar Türk Lirası olması öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmeleri ile 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 ve 25/8/2011 tarihli ve 652 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre yap-kirala-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan ve tutarı asgari beş yüz milyon Türk Lirası olması öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmelerinde, sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınmasının öngörülmesi hâlinde, söz konusu yatırım ve hizmetler için yurt dışından sağlanan finansmanın ve varsa bu finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerin Müsteşarlık tarafından üstlenilmesine karar vermeye, üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemeye, Cumhurbaşkanı yetkilidir...”

³³⁶ Doğrudan anlaşmalar altında ayrıca, proje sözleşmesinin karşı tarafının (idare) ödeme yapması halinde, bu ödemelerin belirli banka hesaplarına (finansman sağlayanlar lehine teminat tesis edilmiş hesaplar) veya finansman sağlayanlar tarafından belirlendiği şekilde yapılması düzenlenebilir. YESCOMBE, s. 133-135.

³³⁷ Global Public-Private Partnership (PPP) Guide, s. 230.

tazminat başlığı altında idarenin proje şirketine ödemekle yükümlü olduğu bu tazminata ilişkin belirli hükümlere yer verilmektedir.

3. Teminata Rıza Gösterilmesi

Doğrudan anlaşmalar altında düzenlenebilecek bir diğer unsur ise proje finansmanı çerçevesinde finansman sağlayanlar lehine sağlanan teminata idare tarafından rıza gösterilmesidir. Bunu sağlamak adına, finansman sağlayanlar lehine bir güvence paketi tesis eden proje şirketi, bu teminatlara ilişkin olarak idareye bilgilendirme amaçlı bir bildirimde bulunmakta, idare ise bu bildirimini aldığı teyit etmek kaydıyla bu teminat paketine ilişkin kabul ve rızasını bildirmektedir³³⁸.

Finansman sağlayanlar bir adım daha ileri giderek proje şirketini, imzaladığı tüm finansman dokümanlarını idareye sunmakla yükümlü tutmaktadır. Böylelikle, idarenin rıza gösterdiği teminatın içeriği netleştirilmekte, idarenin ileride bu paket içeriğindeki teminatlara itiraz etme riski bertaraf edilmektedir³³⁹. Teminat paketi içeriği üst hakkı ipoteği, alacakların devri, hisse rehini gibi teminat olduğundan, örneğin alacakların devrinde borçlu idarenin iyi niyet iddiası riski bertaraf edilmektedir.

F. Doğrudan Anlaşmaların Bağımsız Niteliği(Independent Nature)

YKD mevzuatı, bu model kapsamında finansman sağlayanların doğrudan anlaşmasının imzalanmasına açık şekilde salık vermekte fakat bu anlaşmaların proje sözleşmesi ile ilişkisine değinmemektedir. Her iki sözleşmenin birbiriyle olan bağılılık ilişkisini tayin etmek, her iki sözleşmenin niteliğini ortaya koymak ve hukuk düzeninin bu sözleşmeler için bağladığı sonucu tespit etmek için belirleyicidir.

YKD projesinin kurucu ve asli sözleşmesi proje sözleşmesidir. Projenin varlığı bu sözleşmenin mevcudiyetine bağlıdır. Doğrudan anlaşma ise, proje şirketinin proje

³³⁸ GENTILONI SILVERI, s. 377; HM Treasury, PF2 Contracts, s. 251; CLEWS, s. 41; KHAN/PARRA, s. 520.

³³⁹ HM Treasury, PF2 Contracts, s. 242.

sözleşmesi çerçevesinde idareye taahhüt ettiği finansman temin etme yükümlülüğüne istinaden yapılmaktadır. Bu nedenle proje sözleşmesinin imzalanması, doğrudan anlaşmaların imzalanması için bir sebep ve ön şarttır. Aynı zamanda doğrudan anlaşmalar, birçok ekten müteşekkil proje sözleşmesinin eki olarak akdedilmektedirler³⁴⁰. Bundan hareketle, proje sözleşmesi finansman sağlayanların doğrudan anlaşmasının unsurlarını da barındırmaktadır.

Finansman sağlayanlar uygulamada, doğrudan anlaşma çerçevesinde sahip oldukları haklarına halel gelmemesi için, bu anlaşmanın proje sözleşmesinden ayrı ve bağımsız olmasını sağlamak adınabelirli düzenlemeler getirebilmektedirler. Bu düzenlemeler, proje sözleşmesinin iptal edilmesi veya gelecekte geçersiz hale gelmesi durumunda doğrudan anlaşmanın geçerliliğiyle ilgili olarak idarenin itiraz etme olasılığına karşı finansman sağlayanlara karşı güvence oluşturmaktadır.

Doğrudan anlaşmanın müstakil bir sözleşme olmasından hareketle, bu sözleşmeden kaynaklanan veya sözleşmeye ilişkin her türlü ihtilaf proje sözleşmesinden bağımsız olarak dava konusu edilebilecektir. Fakat, diğer yandan doğrudan anlaşmadan kaynaklanan bir uyuşmazlık konusunun proje sözleşmesi ile de ilişkili olması durumunda her iki sözleşme birlikte dava konusu edilebilecektir. Örneğin, sona ermede tazminat hususu her iki sözleşme için ortak bir husustur. Ancak, doğrudan anlaşmalarda yer verilen bağımsızlık hükmü, Türkiye’de henüz herhangi bir mahkeme tarafından değerlendirilmemiştir. Bu nedenle, hükümlerinin geçerliliğine ve uygulanabilirliğine ilişkin birleşik bir görüş bulunmamaktadır.

G. Doğrudan Anlaşmaların Hukuki Niteliği

Doğrudan anlaşmanın yapılma sebebi, proje sözleşmesinin gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir erken fesih durumuna karşı tarafları (özellikle finansman

³⁴⁰ T.C. Sayıştay Başkanlığı, Sağlık Bakanlığı 2019 yılı Sayıştay Denetim Raporu, Eylül 2019, s. 25.

sağlayanları) koruyucu hükümler getirmektir. Bu anlaşmanın düzenlediği üç temel husus; proje sözleşmesinin fesih durumu ile bağlantılı olarak düzenlenen müdahale hakkı, sona ermede tazminat, teminata rıza gösterilmesi³⁴¹ konularıdır. Bu hususların hüküm ifade etmesi, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan erken fesih durumuna bağlanmaktadır. Bu özelliği itibari ile bu anlaşma geciktirici şarta bağlı sözleşme³⁴² niteliğindedir.

TBK'nın 170. madde hükmü, *“Bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılmışsa, sözleşme geciktirici şarta bağlanmış olur. Aksi kararlaştırılmamışsa, geciktirici şarta bağlı sözleşme, ancak koşulun gerçekleştiği andan başlayarak hüküm ifade eder.”* ifadelerine, TBK'nın 173. madde hükmü ise, *“Sona ermesi önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılan sözleşme, bozucu koşula bağlanmış olur. Bozucu koşula bağlanmış sözleşmenin hükümleri, koşulun gerçekleştiği anda ortadan kalkar.”* ifadelerine yer vermiştir. Şarta bağlı kayıt, gerçekleşmesi muhtemel bir olayın³⁴³ yaratacağı sonuca göre geciktirici veya bozucu şart niteliğinde düzenlenebilecek olup, bir hukuki işlemin etkisinin başlamasının şarta bağlanması geciktirici, sona ermesinin şarta bağlanması ise bozucu şart niteliğindedir³⁴⁴. Bir hukuki işlem veya sözleşme altında geciktirici şarta yer verilmesi, o işlem veya sözleşmenin hükümlerinin işlemeye başlamasının gelecekte gerçekleşmesi muhtemelen bir olayın gerçekleşmesine bağlanmasıdır³⁴⁵. Erteleyici koşul

³⁴¹ Teminata rıza gösterilmesindeki amaç ileride proje sözleşmesinin erken fesih riskine girmesi durumunda teminatı paraya çevirmek isteyen finansman sağlayanlara idarenin itiraz etme riski kaldırmak, iyi niyetle ifa risklerini bertaraf etmektir. Bu nedenle erken fesih riski söz konusu olmaması halinde, yine teminatın paraya çevrilmesi gündeme gelmeyeceğinden, bu husus da yine geciktirici şarta bağlı bir husustur.

³⁴² **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 25. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020 (Borçlar Hukuku Genel), s. 1290.

³⁴³ Koşul olarak belirlenen olay geleceğe ilişkin olmalı, gerçekleşmesi belirsiz olmalıdır. Bkz. **KILIÇOĞLU**, s. 967.

³⁴⁴ **SİRMEN**, Lale, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, Matbaa/Yayınevi: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1992 (Türk Özel Hukukunda Şart), s. 53-60; **NOMER**, s. 497-501; **KILIÇOĞLU**, s. 961- 963; **KAPLAN**, Türk Borçlar Hukuku, s. 324; **EREN**, Borçlar Hukuku Genel, s. 1299-1300.

³⁴⁵ **KAPLAN**, Türk Borçlar Hukuku, s. 324; Gelecekte gerçekleşmesi muhtemel olaya bağlı borca “koşula bağlı borç” da denilmektedir. Bkz. **EREN**, Borçlar Hukuku Genel, s. 1289, **SİRMEN**, Türk Özel Hukukunda Şart, s. 53.

olarak da bilinen bu düzenleme, o hukuksal işlemin hüküm ve sonuç doğurmasını geciktirmektedir³⁴⁶.

Olayın konusuna göre görünüş biçimleri farklılık arz eden geciktirici koşul, olumlu ve olumsuz geciktirici koşul olarak düzenlenebilir³⁴⁷. Gelecekteki belirsiz olayın gerçekleşmesi durumunda mevcut durum veya ilişkinin değişmesi şarta bağlanmışsa burada olumlu koşul, şartın gerçekleşmesi mevcut durumda herhangi bir değişiklik meydana getirmezse, olumsuz şart söz konusudur³⁴⁸.

Aksi kararlaştırılmadığı sürece işlem, şartın gerçekleşmesi ile hüküm ifade etmektedir³⁴⁹. Şarta bağlı sözleşmede (veya işlemde) iki aşama söz konusu olup, şart gerçekleşene kadar “hukuki işlem askıda” kalmaktadır³⁵⁰. Koşulun gerçekleşmesinden önceki aşamada hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarını meydana getirip getirmeyeceği belirsizdir³⁵¹. Bu nedenle, bu koşul gerçekleşene kadar alacaklı borcun ifasını talep edemez, çünkü borçlunun borcu doğmaz³⁵². Pek tabi, hukuki işlem veya sözleşme taraflar arasında geçerli bir şekilde kurulduğundan, hukuki işlemin veya sözleşmenin yapılması itibari koşul gerçekleşmeden önce de, taraflar yapmış oldukları işlem veya sözleşme ile bağlıdırlar³⁵³. Yalnızca, şart gerçekleşene kadar işlem veya sözleşme hükümleri işlemeye başlamayacaktır³⁵⁴. Buradaki fark, sözleşme veya işlem geçerli şekilde kurulacak fakat taraflar için herhangi bir hak ve borç doğmayacaktır³⁵⁵. Fakat bu süre zarfında borçlu, borcun gereği gibi ifasını engelleyecek her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür³⁵⁶.

³⁴⁶KILIÇOĞLU, s. 961.

³⁴⁷SİRMEN, Türk Özel Hukukunda Şart, s. 66; EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 1297-1298.

³⁴⁸SİRMEN, Türk Özel Hukukunda Şart, s. 67; EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 1298.

³⁴⁹KILIÇOĞLU, s. 972.

³⁵⁰Bu duruma “askı durumu” da denilmektedir. Askı dönemi, bekleme dönemidir. Bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 1300-13002.

³⁵¹KILIÇOĞLU, s. 961, 967.

³⁵²NOMER, s. 498; Bu hakka “Beklenen hak” ismi de verilmektedir. Bkz. SİRMEN, Türk Özel Hukukunda Şart, s. 132, 136; EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 1301; KILIÇOĞLU, s. 967.

³⁵³EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 1301.

³⁵⁴KAPLAN, Türk Borçlar Hukuku, s. 324.

³⁵⁵KILIÇOĞLU, s. 961.

³⁵⁶NOMER, s. 499; KILIÇOĞLU, s. 967.

Şartın gerçekleşmemesi halinde, sözleşme veya hukuki işlem hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Şartın gerçekleşmesi durumunda ise, askı durumu sona erecek ve sözleşme veya işlem hüküm ve sonuç doğuracağından taraflar o an itibari ile hak ve borç altına gireceklerdir³⁵⁷. Şart gerçekleştiğinde, yine borçlunun borcun ifasını etkileyecek her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğü devam edecektir³⁵⁸. Koşulun bir sözleşme içerisinde ne şekilde yer alması gerektiğine değinilecek olursa, sözleşme konusu borç tamamen şarta bağlı olabileceği gibi kısmen de şarta bağlı tutulabilecektir³⁵⁹.

Bir doğrudan anlaşmayı bu çerçevede incelediğimizde, burada gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli olan olgu; proje sözleşmesinin erken fesih riski durumudur. Sözleşmede düzenlenen hususlara ilişkin hükümlerin etkilerinin başlaması fesih riski şartına bağlandığından, bu sözleşme geciktirici şarta bağlı sözleşme niteliğindedir ve sözleşmenin tüm hükümleri şarta bağlı hususlardır. Fesih riskinin gerçekleşmesi halinde şart, mevcut durumun değişiklik göstermesine bağlandığından, buradaki şart olumlu şarttır. Öyleyse, proje sözleşmesi fesih riski ile karşılaşmadığı sürece tarafların sözleşmede belirlenen hususlar kapsamında herhangi bir borcu doğmayacak, ilgili taraf bu hususta ifa talebinde bulunamayacaktır. Fesih riski oluşana kadar doğrudan anlaşma hükümleri askıda kalacaktır. Proje sözleşmesi erken fesih riskine girmeden süresinde sona erdiğinde ise, doğrudan anlaşmanın düzenlediği bu özel düzenlemeler hüküm ve sonuç doğurmayacaktır.

H. Doğrudan Anlaşmaların Sona Ermesi

Finansman sağlayanların projeden beklentisi kredi alacaklarını proje şirketinden tahsil edene kadar devam eder. Bu bakımdan proje şirketinin haklarındaki sınırlandırma

³⁵⁷ KILIÇOĞLU, s. 971; EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 1301, 1305; SİRMEN, Türk Özel Hukukunda Şart, s. 162.

³⁵⁸ KILIÇOĞLU, s. 967.

³⁵⁹ EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 1290.

kredi borcu ödemesini tamamladıktan sonra sona ermektedir³⁶⁰.Uygulamada bu sözleşmenin sona erme tarihi genellikle proje şirketinin finansman anlaşmaları çerçevesindeki tüm borçlarının tamamen ödendiği ve bakiye borcun kalmadığı günolarak kararlaştırılmaktadır. Bir başka deyişle doğrudan anlaşmalar, proje şirketinin proje finansmanından kaynaklanan tüm borçlarınıödediği güne kadar yürürlükte kalacaktır. Yine doğrudan anlaşma standart formlarında aynı minvalde düzenlemeler öngörülmektedir³⁶¹.

I. Uyuşmazlık Çözüm Yolları

6639 sayılı Kanun ile 6428 sayılı Kanun'un 4/11. m. hükmünde yapılan değişiklik ile tahkim yerinden Türkiye şartının kaldırılması, doğrudan anlaşmaları da etkilemiştir. Doğrudan anlaşmalar altında yer verilecek tahkim kaydında, aynı şekilde tahkim yerinin yabancı ülke olarak belirlenmesi imkânı getirilmiştir. Burada belirtmek gerekir ki, 6428 sayılı Kanun'un4/11. m. hükmünün doğrudan anlaşmalar alanında uygulanabilirliği ancak doğrudan anlaşmaların bağımsız nitelikte kabul edilmemeleri ve proje sözleşmesinin eki çerçevesinde değerlendirilmeleri halinde mümkün olacaktır. Proje sözleşmesi için geçerliliğini koruyan bu kanun hükmünün ekleri için de geçerli olacağı kuşkusuzdur.

³⁶⁰ **HOFFMAN**, Scott L., The Law and Business of International Project Finance, Second Edition, Kluwer Law International, , 2001,s. 586.

³⁶¹ **HM Treasury**, PF2 Contracts, s. 252-253.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FİNANSMAN SAĞLAYANLARIN GÜVENCELERİ

VE

MÜDAHALE HAKKI

I. FİNANSMAN SAĞLAYANLARA TEMİN EDİLEN GÜVENCELER

Proje parametreleri ve ilişkiler bakımından oldukça karmaşık bir yapıya sahip olan proje finansmanı birçok finansman anlaşması aracılığı ile yönetilmektedir³⁶². Büyük ölçekli kredilerin temini için öncelikle tüm finansman sağlayıcılar ile proje şirketini bir araya getiren bir ana kredi anlaşması (Loan Agreement³⁶³ / Common Terms Agreement³⁶⁴ / Co-financing Agreement³⁶⁵) akdedilmektedir. Bu anlaşma, proje finansmanının temel pazarlık konusu, temel kontrol noktasıdır³⁶⁶. Farklı kreditorlerin üzerinde mutabık kaldığı, ortak kredi koşullarını içeren ve tüm kreditorlerin haklarını, yükümlülüklerini ve önceliklerini yöneten çok taraflı bir tür koordinasyon, şemsiyesözleşmesidir³⁶⁷. Bu anlaşma kapsamında yer verilen diğer temel hususlar ise, proje şirketi ve sponsorlar tarafından kreditorlere sağlanan “teminat paketi” (security package)³⁶⁸, “beyan ve taahhütler”³⁶⁹ (representations and warranties)³⁷⁰, “güvenceler”³⁷¹ ve vaadler” (covenants³⁷² and undertakings³⁷³)’dir³⁷⁴.

³⁶²YESCOMBE, s. 112; YOUNG, s. 144.

³⁶³TAN, Willie, s. 216; KRAMER, Adrea S., FUSARO, Peter C., Energy and Environmental Project Finance Law and Taxation, Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 755.

³⁶⁴DEWAR, s. 324; KHAN/PARRA, s. 386.

³⁶⁵DEWAR, s. 324.

³⁶⁶ Farklı ülkelerden gelen finansman sağlayıcıların kendi mevzuat ve yargı sistemlerini uygulamak istemesi sebebi ve farklı yasal sistemlerin farklı yorumlara neden olması ihtimaline karşı, finansman sağlayıcılarla ayrı ayrı sınırlı kapsamda kredi anlaşmaları imzalanmakta, akabinde en uygun mevzuat ve yargı sistemi altında bir ortak kredi sözleşmesi imzalanmaktadır. Bkz. YESCOMBE, s.325; MADYKOV, s. 277.

³⁶⁷YESCOMBE, s. 324; DEWAR, s. 280; KRAMER/FUSARO, s. 755. Yine bu şemsiye sözleşmenin altında her kreditor ile ayrı kredi anlaşmaları akdedilmektedir. Bkz. KHAN/PARRA, s. 595.

³⁶⁸BULJEVICH/PARK, s. 113. Teminat paketi, finansman sağlayıcılara, proje şirketinin temerrüde düşmesi halinde proje şirketinin yerine geçerek temerrüde bir çözüm bulana kadar belirli bir süreliğine projeyi yönetme ve imkanı vermektedir.

³⁶⁹Proje şirketinin işlem dokümanları kapsamında verdiği beyan ve taahhütler, projenin başlamasını sağlayıcı belirli koşulların halen mevcut olduğunun doğrulanmasından ibarettir. Usulüne uygun şekilde kurulduğu, projeyi ve finansmanını üstlenmek için gerekli donanımına sahip olduğu ve gerekli şirket faaliyetlerini yerine getirdiği, mevcut herhangi bir sözleşmede temerrüde gitmediği, iflas halinde

Ana kredi anlaşması altında düzenlenen teminat paketine detaylı şekilde değinmek gerekirse, üzerinde mutabık kalınan bir güvenlik paketinin oluşturulması kredinin verilmesinin ön koşullarından biridir³⁷⁵. Bunun sebebi, proje finansmanında proje şirketinin ileride yaratacağı nakit akışının ve projenin varlıklarının teminat niteliği taşımasıdır. Güvenlik paketi içerisinde genellikle yer alan başlıca teminatlar; arazi ipoteği, pay rehni, alacağın devri, hesap rehnidir³⁷⁶. Müdahale hakkı kendine özgü yapısı sebebi ile, bir sonraki bölümde detaylı şekilde incelenecektir.

A. Arazi İpoteği

Proje finansmanının teminat şartlarından³⁷⁷ biri olan ve ülkemizde de YKD ve YİD uygulamalarında tercih edilen güvencelerden biri, Hazine arazisi üzerinde proje şirketi lehine tesis edilen üst hakkının finansman sağlayanlara ipotek edilmesidir. Bu teminat yöntemi, öğretici ve Yargıtay tarafından da bir kredi alım önkoşulu olarak değerlendirilmektedir³⁷⁸. Bu teminat aynı zamanda idarenin aynı desteği olarak nitelendirilmektedir³⁷⁹.

olmadığı ve derdest veya aleyhte herhangi bir dava ihtimalinin bulunmadığı ve benzer hususlarda beyan ve taahhütlerde bulunulabilir. Proje şirketinin beyan ve taahhütleri hakkında daha detaylı bilgi için bkz., **YESCOMBE**, s. 314-315; Bu beyan ve taahhütler, taraflardan birinin diğer tarafa, geçmiş tarihteki veya beyanda bulunduğu tarihteki mevcut durum için verilmektedir. Gelecek zamana ilişkin olarak verilen beyanlar güvence kapsamında değerlendirilmektedir. Beyan ve taahhütler genellikle karıştırılmakla beraber, uygulamada bu iki terim genellikle birlikte kullanılmaktadır. Bkz. **FIGHT**, s. 117; Esasen bu beyan ve taahhütler finansman sağlayanların finansman riskini değerlendirirken dikkate almaları gereken temel unsurların bir kontrol listesi niteliğindedir. Bkz. **YESCOMBE**, s. 314.

³⁷⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için, **FIGHT**, s. 117.

³⁷¹ Finansman sağlayanlar ile üzerinde mutabık kalınan hususlar çerçevesinde proje şirketi, işlem dokümanları altında finansman sağlayanlara birçok güvence temin etmektedir. Bu güvenceler, proje şirketinin belirli şeyleri yapmak veya yapmamak konusunda finansman sağlayanlara güvence sağlanmasıdır. Nitekim, finansman sağlayanlar inşaat ve işletme süresince proje üzerindeki kontrol mekanizmalarını bu güvenceler üzerinden kurmaktadır. Proje şirketinden bu güvencelerin alınmasındaki neden, projenin finansman sağlayanlar ile anlaşıldığı şekilde inşa edilmesinin ve işletilmesinin sağlanması, proje şirketini etkileme ihtimali olan sorunlar bakımından finansman sağlayanların öncesinde uyarılmasının sağlanması ve finansman sağlayanlara güven sağlanmasıdır.

³⁷² **FIGHT**, s. 121.

³⁷³ **FIGHT**, s. 120.

³⁷⁴ **TAN**, Willie, s. 216-217; **DEWAR**, s. 324-325; **KHAN/PARRA**, s. 386; **FIGHT**, s. 118-120.

³⁷⁵ **MADYKOV**, s. 278.

³⁷⁶ **YESCOMBE**, s. 308.

³⁷⁷ **YESCOMBE**, s. 309; **NASSAR**, s. 69; **TINSLEY**, s. 381; **GATTI**, s. 382.

³⁷⁸ Bkz. Y.1.H.D. 16.09.1986 T., E.1986/07692, K.1986/09149 S. kararı; "...Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerde, son zamanlarda "yap-işlet-devret" adıyla anılan modelin işlemesi için en uygun

Üst hakkı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 826. maddesi uyarınca “*üçüncü kişi lehine bir arazi altında veya üstünde yapı yapma veya mevcut bir yapıyı muhafaza etme yetkisi veren bir irtifak hakkıdır.*”. Bu sınırlı ayni hak, başkasının arazisinin altında veya üstünde yapı inşa etme veya inşa edilmiş yapıyı koruma ve bu yapının maliki olma yetkisi sağlayan bir intifa hakkıdır³⁸⁰.

KÖİ modelinin kullanıldığı projelerde, mülkiyet hakkının devri yoluna gidilmeksizin proje şirketi lehine ayni hak tesis etmek gayesiyle, üst hakkı yöntemi tercih edilmiştir³⁸¹. Bu modelde sözleşmenin hitamı halinde tesisin idareye devrinin öngörülmesi sebebi ile, üst hakkı bu model için uygun bir hak olarak değerlendirilmiştir. Proje şirketi lehine kira hakkı gibi kişisel bir hakkın verilmemesindeki sebep ise, ayni hakların herkese karşı ileri sürülebilmesi, hak sahibine vasıtasız ve inhisarı bir hakimiyet yetkisi sağlaması, kişisel hakların ise yalnızca borçluya karşı ileri sürülebilen ve yalnızca eşyadan dolayı bir yararlanma hakkı tanıyan bir hak olmasıdır³⁸². Üst hakkı aynı zamanda teminat tesisi için hukuken uygun bir hak türüdür.

Kredi kolaylığı sağlayan teminatlar arasında arazi ve bina üzerinde ipotek tesis edilmesine³⁸³ ilişkin İngiltere uygulaması, Türk mevzuatında 6428 sayılı Kanun’un 1/1. m. hükmünde sağlık tesisinin “...*Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması...*” şeklinde düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca proje şirketi lehine üzerinde tesis edilmesi

yol üst hakkından yararlanmaktadır.”. Ayrıca bkz. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ÖZDEMİR**, Eşya Hukuku, s. 993.

³⁷⁹ **BAYAZIT**, s. 286.

³⁸⁰ **ÖZTAN**, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 803; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ÖZDEMİR**, Eşya Hukuku, s. 573; **ERTAŞ**, Şeref, Eşya Hukuku, 9. Baskı, İzmir, Barış Yayınları, 2011, s. 507; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 707; **SİRMEN**, Eşya Hukuku, s. 427-429; **ANTALYA**, Eşya Hukuku, s. 115.

³⁸¹ **BAYAZIT**, s. 287.

³⁸² **ÜNAL**, Mehmet, **BASPINAR**, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s. 57.

³⁸³ **FIGHT**, s. 137; **KHAN/PARRA**, s. 512-514; **GATTI**, s. 303; **DEWAR**, s. 356-356.

öngörülen üst hakkı, “*bağımsız ve sürekli üst hakkı*”dır. Bağımsız ve sürekli üst hakkı, uzun bir süre için kurulmuş devredilebilir bir üst hakkı türüdür³⁸⁴. Bu hak, tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilmekte, bu şekilde kaydedilmesi durumunda taşınmazlara uygulanan hükümlere tabi olmaktadır³⁸⁵. Bu yönüyle, rehnedilebilen ve devredilebilen bir hak türüdür³⁸⁶. Bu irtifak hakkının tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilebilmesi için, bağımsızlık ve süreklilik özelliklerinin bir arada bulunması gerekmektedir³⁸⁷.

Bağımsız ve sürekli üst hakkının tercih edilmesindeki sebep, bu hak türünün rehine konu olabilmesidir. Böylelikle tapuda taşınmaz olarak ayrı bir sayfaya kaydedilen üst hakkı, taşınmaz olarak işlem görebildiğinden, kreditörler lehine ipotek edilebilmektedir³⁸⁸. Alacağı ipotek ile güvence altına alınmış olan ipotek alacaklısı kreditör, alacağı ödenmediği takdirde üst hakkının paraya çevrilmesi için cebri icra yoluyla alacağını tahsil etme imkânına sahip olmaktadır. Böylelikle proje şirketine mülkiyete yakın bir koruma yaratan ve teminat olarak gösterilebilen bu hak, KÖİ modellerinde proje şirketine kredi kolaylığı sağlamaktadır³⁸⁹. Fakat, başka ülkelerden örnek alınan bu işbirliği modellerinin ülkemize uyarlanması için mevzuatta yer verilen uyarlama düzenlemelerin, Türk hukuku çerçevesinde çalışan bir mekanizma olup olmadığının değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

1.Üst Hakkının Sürekliliği

6428 sayılı Kanun’un 1/1. m. hükmü, üst hakkının otuz yılı geçmeyecek şekilde kurulmasını öngörmektedir. Fakat, bir irtifak hakkının sürekli olmasından kasıt, bu

³⁸⁴ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 708.

³⁸⁵ ANTALYA, Eşya Hukuku, s. 117; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, 709; SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 428; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 575; ÜNAL/BASPINAR, s. 315.

³⁸⁶ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 708-709.

³⁸⁷ ANTALYA, Eşya Hukuku, s. 116.

³⁸⁸ SİRMEN, Yap-İşlet-Devret, s. 15.

³⁸⁹ BAYAZIT, s. 289.

hakkın süresiz veya en az otuz yıl süreyle kurulmuş olmasıdır³⁹⁰ (TMK 826/3.m.). Aynı şekilde Tapu Sicil Tüzüğü'nün 10/1. m. hükmü; *“Süresiz veya en az otuz yıl süreli olan ve tasarrufları kısıtlanmayan ve izne tâbi kılınmayan bağımsız ve sürekli irtifak hakları, hak sahibinin yazılı istemi üzerine tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak tescil edilir.”* düzenlemesine yer vermektedir. Bu durumda, üst hakkının otuz yılın altında belirlenmesi halinde YKD mevzuatı TMK'nın emredici hükmüne aykırılık teşkil edecektir.

KUNTALP'e göre, irtifak hakkının süresinin *“süreklilik”* niteliğine haiz olması için irtifak hakkının taşınmaz olarak işlem görmesinden beklenen ekonomik yararın elde edilebilme süresinin göz önünde bulundurarak çözümlenmesi gerekmektedir³⁹¹. Aynı şekilde YKD mevzuatına göre hareket eden Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü, 2010 senesinde yayınladığı Genelge³⁹² akabinde bu belirsizliği gidermek adına tüm şehir hastaneleri projeleri için uygulanmak üzere bir talimat yayınlamıştır. 23.12.2014 tarih ve 97689 sayılı Talimat'ta; *“Medeni Kanunun 826. Maddesi ve anılan Kanunun 1. Maddesi uyarınca hazırlanan sözleşmelere istinaden, kamu işbirliği modeli çerçevesinde gerçekleştirilecek şehir hastaneleri ve entegre sağlık kampüs alanlarının hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sabit yatırım dönemi (yatırım dönemi: sözleşme imzalanıp yer teslimi yapılmasından itibaren, yüklenici tarafından*

³⁹⁰ ANTALYA, Eşya Hukuku, s. 116; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 995; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 318-319.

³⁹¹ TMK'nın bazı hakların taşınmaz olarak işlem görmesini kabul etmesindeki amaç, bu hakların yatırımlarda bir finansman aracı olarak kullanılabilmesi olanağını yaratmaktır. Bu sayede bu hakların taşınmaz olarak işlem görmesi, asıl taşınmaz rehni alanında önem kazanmaktadır. Bu hakların tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydı sonrasında, kredinin verilmesini sağlamak üzere güvence amacıyla ipotek edilmeleri mümkündür. Bu durumda, sürekli sayılabilmenin süresini, bu işlevlerin rahatlıkla yerine getirilebilmesi için gerekli olan süreye göre saptamak yerinde olacaktır. Süreklilik ile ifade edilmek istenen anlam sürenin en azından, uzun vadeli bir yatırım kredisi gereksinmesini karşılayabilecek ve kredinin vadesinden sonra da teminat değerini kısmen muhafaza edebileceği kadar uzun olmasıdır. Bkz. KUNTALP, Ayni Hak, s. 542-543.

³⁹² Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 15.06.2010 tarihli 2010/12 S. Genelgesi'nin (A) maddesinde; otuz yıldan az süreli üst hakkının, bağımsız ve sürekli hak olarak ayrı bir kütük sahifesine tescilinin mümkün olmadığı, otuz yıl ve daha fazla süreli olmasına rağmen üst hakkının tesisi sırasında, üçüncü şahıslara devredilemeyeceğine, mirasçılara intikal etmeyeceğine ve ayni hak tesis edilemeyeceğine ve bu tür tasarrufların izin alınmak suretiyle yapılabileceğine yönelik kısıtlamalar getirilmesi halinde üst hakkı artık bağımsız bir nitelik kazanamayacağından, bu tür hak tesisi taleplerinin sadece taşınmaz tapu kütüğü sahifesinin "İrtifak Hakları ve Gayrimenkul Mükellefiyetleri" sütununda irtifak hakkı şeklinde tescil edilmek suretiyle karşılanabileceği düzenlenmiştir.

sözleşme çerçevesinde yapımı ve donanımı tamamlanan ve işletmeye hazır hale getirilen tesislerin tümünün idarece teslim alındığı tarihe kadar geçen süre) hariç 30 yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesisi talep edilmesi halinde, 6428 sayılı kanun kapsamında düzenlenecek resmi senet ile proje şirketleri lehine bağımsız ve sürekli nitelikte olan üst hakkının ayrı taşınmaz mal olarak tapu kütük sayfasına tescil edilmesi gerekir.” ifadeleri yer almıştır.

Fakat, otuz yılın altında belirlenen bir üst hakkı, TMK’nın belirlediği genel kurala aykırılık oluştursa da, otuz yıl olarak belirlenen bir üst hakkının sürekliliği hususunda bir kuşku bulunmamaktadır³⁹³.

2.Üst Hakkının Bağımsızlığı

Üst hakkının ayrı bir sayfaya kaydedilmesi için gereken diğer şart ise bağımsızlıktır. İrtifak hakkının bağımsız olmasından kasıt, hak sahibi tarafından serbestçe bir üçüncü kişiye geçirilebilmesidir³⁹⁴. Bir başka deyişle, bir hakkın bağımsızlığı o hakkın taşınmaz olarak işlem görebilmesi, bir taşınmaz gibi el değiştirebilmesidir³⁹⁵. Üst hakkının bağımsız olma niteliğini sınırlandıran, üst hakkının devir kabiliyetine sınırlama ve kısıtlama getirilmesidir³⁹⁶.

YKD mevzuatında üst hakkına ilişkin düzenlemelere bakıldığında, 6428 sayılı Kanun’un 4/10. m. hükmü “Sözleşmenin feshi hâlinde sözleşme ... Maliye Bakanlığınca Hazinesin özel mülkiyetindeki taşınmaz üzerinde yüklenici lehine tesis edilen üst hakkı herhangi bir yargı kararı aranmaksızın iptal edilir ve tapu idaresince resen terkin olunur.” düzenlemesine yer vermiştir. Benzer düzenleme YİD modelinde de yer almaktadır. 3396 sayılı Kanun’un 40/4. m. hükmünde; “Uygulama sözleşmesinin

³⁹³ KUBİLAY, s. 94; KARAGÖZ, s. 69.

³⁹⁴ KUNTALP, Ayni Hak, s. 540; SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 150-153; ANTALYA, Eşya Hukuku, s. 116; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 994.

³⁹⁵ KUNTALP, Ayni Hak, s. 534.

³⁹⁶ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 860.

herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, üst hakları ve kullanma izinleri de kendiliğinden sona erer.” ifadesine yer vermektedir. Bu düzenlemeye göre uygulama sözleşmesinin sonlanması durumunda üst hakkı da aynı şekilde ortadan kalkacaktır.

Bir görüş, üst hakkının varlığının uygulama sözleşmesine bağlı kılınmasının TMK'nın emredici hükmüne aykırı olması dolayısı ile bu şekilde tesis edilen bir hakkının bağımsız nitelikte olmadığı yönündedir³⁹⁷. Bir diğer görüş ise, üst hakkındaki tasarruf kısıtlamalarının, konunun elzem olması ve bu düzenlemenin genel hükümlere aykırılık teşkil etmemesi sebebi ile üst hakkının bağımsız niteliğini etkilemediği şeklindedir³⁹⁸. Fakat, bir üst hakkına bağımsızlık niteliğini kazandıran, devir kabiliyetinin olmasıdır. Fakat burada, üst hakkının ömrü proje sözleşmesinin devamlılığına tabi tutularak devir kabiliyeti kısıtlanmaktadır.

Üst hakkının devir kaabiliyetine halel getiren bir diğer mevzuat hükmü ise, KÖİ Yönetmeliği'nin 53/2. m. hükmüdür. Mezkûr maddeye göre; “*Üst hakkı tesis edilerek yükleniciye teslim edilecek taşınmazların sözleşme süresince amacı dışında kullanılamayacağına ve özel amaçlı şirket lehine tesis edilen üst hakkının Maliye Bakanlığı ile Bakanlıktan izin alınmaksızın devredilemeyeceğine dair sözleşmelere hüküm konulur.”*

B. Pay Rehni (Share Pledge)

1. Proje Finansmanındaki İşlevi

Anonim ortaklık payı üzerinde rehin tesis edilmesi günümüzde ticari hayatta ve özellikle proje finansmanında oldukça tercih edilen bir ayni teminat türüdür³⁹⁹.

³⁹⁷ EREKMEKÇİ, s.77; SİRMEN, Yap-İşlet-Devret, s. 16-17; KARABULUT PEKGÜÇLÜ, YİD Sözleşmesi, s. 240, 244; EREKMEKÇİ, s. 98-99; BAYAZIT, s. 292.

³⁹⁸ Benzer görüşteki yazarlar için bkz. KUBİLAY, s. 94.

³⁹⁹ Danıştay 13.D., 11.07.2011 T., E. 2011/800 S. ara kararında belirtildiği şekilde, pay rehni ticari hayatta kredi temini için kredi borçluları tarafından temin edilen tipik bir teminat türüdür. “...davalı idareden istenen uyumsuzluğa konu ... tarihli Kredi Sözleşmesi ile Başbakanlık Teftiş Kurulu'na hazırlanan ... tarih ve...sayılı raporun tetkikinden, Kredi Sözleşmesinde ...USD ...tan ve ...USD ...tan olmak üzere

Uygulamada, proje şirketi hissedarları, şirketteki hisselerini kreditorlere rehnedirler⁴⁰⁰. Pay rehninde iki amaç gözetilmektedir. Birincisi, rehnin lehtar kreditorün onayı olmadan proje şirketinin paylarının üçüncü kişilere devri önlenmekte ve proje şirketinin payları kontrol altında tutulmaktadır. Finansman sağlayanların onayı olmadan payların elden çıkartmasının engellenmesiyle, proje şirketinin hissedarlığında finansman sağlayanların bilgisi dışında kontrol değişikliği yapılmasının engellenmesi sağlanmaktadır⁴⁰¹. İkincisi ise, borcun vadesinde ödenmemesi halinde rehin alacaklısı kreditorlerin hisse rehninin paraya çevrilmesi yoluyla alacaklarını tahsil edebilme imkânını sağlamasıdır.

2. Pay Rehninin Kurulması

YKD mevzuatında kural proje şirketinin bir anonim şirket olmasıdır (6428 sayılı Kanun'un 1/1 (o) m. hükmü). “Anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan şirkettir.”(TTK m. 329).Bu bakımdan anonim şirkette pay, esas sermayenin bir parçası olup, sermayenin belirli sayıda değerlere bölünmüş parçasıdır⁴⁰².

Anonim şirketlerde pay rehninin TTK kapsamında düzenlenmemiş olması sebebi ile, TMK'nın rehin müessesine ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekmektedir. Kıymetli evrak üzerinde rehin kurulması, alacaklar ve diğer haklar kapsamında yer almaktadır⁴⁰³. Bu itibarla, bu rehin için taşınır rehni hükümleri

kredi kullandırıldığı, ödemelerin 10 yıl vadeli olduğu ve faiz oranının LİBOR+... olarak öngörüldüğü, kredinin, devredilen şirketler grubuna ait varlıklar üzerinde birinci derece üst sınır ipoteği, birinci derece ticari işletme rehni, tüm grubun hisselerinin rehni, şirket alacaklarının ödemelerde kullanılmak üzere alacakların temlikinin sağlanmasına yönelik hesap blokesi ve ... grubunun yönetim kurulu başkanının hem borçlu olarak hem de müşterek ve müteselsil şahsi kefaletiyle teminatlandırıldığı; ...görülmüştür.”. Bkz. www.kazancı.com (E.T. 18.04.2021).

⁴⁰⁰ FARQUHARSON/TORRES DE MÄSTLE/YESCOMBE/ENCINAS, s. 364; KRAMER/FUSARO, s. 397; GATTI, s. 342; P'EDAMON, Catherine, “How is Convergence Best Achieved in International Project Finance?”, Fordham International Law Journal, 2000, Volume 24, Issue 4, Article 8, ss. 1277-1318, s. 1309.

⁴⁰¹ DEWAR, s. 342.

⁴⁰² POROY, Reha, TEKİNALP, Ünal, ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 439.

⁴⁰³ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 869.

uygulanacaktır. Taşınır rehninde, alacağını tahsil edemeyen alacaklı, teminat konusunu paraya çevirterek satış bedelinden alacağını tahsil edebilme imkânına sahip olmaktadır⁴⁰⁴.

Pay rehninde, pay devrinin aksine, pay sahibinin sıfatında herhangi bir değişiklik meydana gelmemektedir⁴⁰⁵. Proje şirketinin pay sahipleri, rehin sonrası yine proje şirketinin hissedarları olarak kalmaya devam etmektedirler. Rehin alacaklısı, kanunen tanınan bazı menfaatler⁴⁰⁶ haricinde yalnızca, teminat altına alınan alacağını rehin verenden tahsil edemediği takdirde rehinin paraya çevrilmesi yolu ile öncelikli olarak alacağını alma hakkına sahip olmaktadır⁴⁰⁷.

Pay rehninin kuruluş yöntemi incelendiğinde, rehin işlemi payın türüne göre değişiklik arz etmektedir. TTK'nın 484/1. m. hükmü uyarınca anonim şirket hamiline veya nama yazılı pay senedi çıkartabilir. TMK'nın 956./1. m. hükmü uyarınca, hamiline yazılı senedin rehin verilebilmesi için senetlerin rehin alacaklısına teslimi kâfidir⁴⁰⁸. Rehin sözleşmesinin imzalanmasına gerek yoktur⁴⁰⁹. Bu anlamda rehinin kurulması için zilyetliğin geçirilmesi zorunludur⁴¹⁰.

Nama yazılı pay senedinin rehni ise, TMK'nın 956/2. m. hükmü çerçevesinde yapılmakta olup, anılan madde uyarınca nama yazılı pay senedinin teslim edilmek suretiyle, ciroyla yahut yazılı devir beyanıyla rehni mümkündür⁴¹¹. Bu durumda nama yazılı pay senedinin rehni için yazılı bir rehin sözleşmesinin yapılması ve senedin rehin

⁴⁰⁴ANTALYA, Eşya Hukuku, s. 122; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 867.

⁴⁰⁵ERGÜNE, M. Serkan, "Anonim Şirket Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması", İÜHF, 2016, Cilt LXXIV, S. 2, ss. 739-755, s. 741.

⁴⁰⁶OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 1203.

⁴⁰⁷ERGÜNE, s. 741 -742; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 1202.

⁴⁰⁸OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 1200; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 869.

⁴⁰⁹OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 1041.

⁴¹⁰SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 749.

⁴¹¹AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 1201; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 869.

alana teslim edilmesi gerekmektedir (TMK 955/1 m.). Bir başka ifade ile, temlik beyanı ve senedin zilyetliğinin geçirilmesi zorunludur⁴¹².

Nama yazılı pay senedinin rehni için izlenebilecek bir diğer bir yöntem ise, TTK'nın 647/2. ve TTK'nın 689/1. m. hükümleri uyarınca pay senedinin ciro edilerek, lehine ciro yapılana teslim edilmesi ve rehnin pay defterine işlenmesidir. Rehin verenin “bedeli teminattır”, “bedeli rehindir” ibaresi veya rehnetmeyi belirten herhangi bir kayıt ile senedi ciro etmesi mümkün olmakla birlikte, senedin beyaz ciro ile rehni de mümkündür. Zira, TTK'nın 490/2. m. hükmü bakımından, nama yazılı pay senedi, ciro ve zilyetliğin geçirilmesi ile devredilmesi sebebiyle kanunen emre yazılı bir senettir. TTK'nın 683/2. m. hükmünde belirtildiği üzere, beyaz ciroda, ciranta poliçenin arkasına veya alonj üzerine sadece imzasını atarak senedi ciro edebilmektedir. Beyaz ciro, rehin alanın, rehin verilen hisseleri serbestçe üçüncü bir kişiye devretmesini ve satmasını sağlamaktadır. Bu itibarla özel satış hükümlerinin, satış hususunda kolaylık sağlaması sebebi ile, proje finansmanında pay senedinin beyaz ciro ile tesis edilmesi önerilmektedir⁴¹³. Zira uygulamada genellikle beyaz ciro tercih edilmektedir.

C. Alacağın Devri (Transfer of Receivables)

1. Proje Finansmanındaki İşlevi

Bu finansman yönteminde, proje şirketinin ileride sağlaması öngörülen gelirleri kreditorlere teminat olarak temlik edilir⁴¹⁴. Proje şirketi kredi borcunun teminatı olarak tüm alacaklarını⁴¹⁵ finansman sağlayanlara devreder. Alacağın devri, hem ticari hayatta

⁴¹²SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 749.

⁴¹³USTA OĞLU, Funda, Proje Finansmanında Türk Hukukuna Tabi Teminatlar ve Özellikle Hesap Rehni, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2019, s. 105.

⁴¹⁴YESCOMBE, s. 7; DEWAR, s. 360.

⁴¹⁵Uygulamada finansman sağlayanlara devredilen alacaklar, kullanım bedeli ve hizmet ödemeleri şeklinde iki kalemden oluşan kira ödemeleri; sona ermede tazminat dahil, proje şirketi nezdinde doğmuş veya doğacak olan alacaklar, proje şirketine ödenecek maktu zararlar, tazminatlar veya cezai

hem de bu finansman modellerinde yaygın olarak kullanılan bir teminat türüdür⁴¹⁶. Bu devir işleminde proje şirketinin doğmuş ve doğacak alacakları devredilebilmektedir⁴¹⁷. Proje finansmanında uygulanan devir bir ‘teminat amacıyla devir’ işlemidir⁴¹⁸.

Proje finansmanında alacağın devri işlemlerinde görülen “ardıl alacıklılık” (subordinated debt) kavramı ise, Türk hukukuna yabancı uygulamalardan uyarlanan ve Türkiye’de zamanla kabul gören bir kavramdır. Bu kurum, birincil alacağın alacaklısının (kreditör) alacağını tahsil etmesini sağlayan ve birincil alacaklının alacağının tamamı ödenmeden ardıl alacaklıların ödemelerinin yapılmasını engelleyen bir kurumdur⁴¹⁹.

2. Alacağın Devri ve Devir Koşulları

Alacağın devri, alacaklının borçlunun rızası olmadan alacağını sözleşme yoluyla bir başkasına devretmesidir⁴²⁰. Bu hukuki işlem ile borç ilişkisindeki alacaklı taraf

ödemeler, mühendislik, tedarik ve inşaat (EPC) sözleşmesi, işletme ve bakım (O&M) Sözleşmesi gibi altyüklenici sözleşmelerinden kaynaklanan doğmuş veya doğacak olan alacaklar, tasfiye olunmuş zarar ve zararlar, telafiler ya da tazminatlar ve benzer ödemeleridir.

⁴¹⁶ Danıştay 13.D., 11.07.2011 T., E.2011/800 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com (E.T. 18.04.2021)., Ayrıca Y.11.HD., 25.03.2004 T., E.2003/8323, K.20043070 için bkz. <https://www.kararara.com/yargitay/yhdk12/yrgtyk21676.htm> (E.T. 18.04.2021).

⁴¹⁷ “Paylaşımaya konu alacak, borçlunun Ziraat Bankası Adana Şubesindeki hesabına 15.4.1999 tarihinde yatırılan “kütlü pamuk destekleme primi” alacağıdır. Davalı alacaklı 30.12.1998 tarihinde Adana 10.İcra Müdürlüğü’nün 1996/407 talimat sayılı dosyasından borçlunun Ziraat Bankası Adana şubesinde tahakkuk etmiş ve edecek olan devletten alacağı destekleme kredisi ve vergi iadelerinin haczini talep etmiştir. Bu talep müstakbel alacak haczi talebi olup, haciz sırasında bir hukuki ilişkinin veya müstakbel alacağın doğumunu ihtimal dahilinde gösteren bir hukuki temelin mevcut olması halinde haciz geçerlidir. Somut olayda davalı alacaklı vekilinin 25.12.1998 tarihli müstakbel alacak haczi talebi geçerli olduğundan ve davacı alacaklının 12.1.1999 tarihli haczinden önceki bir tarihi taşıdığından sıra cetvelinde davalı alacaklıya öncelik tanınması yerindedir.” Y.19.HD., 20.4.2000 T., E.2000/964, K.2000/2997 bkz. www.kazanci.com (E.T. 18.04.2021); Müstakbel alacaklar, devrin yapılışı esnasında mevcut bir hukuki ilişkiye dayanabileceği gibi, devir esnasında herhangi bir hukuki ilişki söz konusu olmayabilir. **TEKİNAY**, Selahattin, **AKMAN**, Sulhi, **BURCUOĞLU**, Sermet, **ALTOP**, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Basım, İstanbul, Filiz Kitapevi, s. 327; Alacağın devrinde doğmuş ve doğacak alacakların temliki mümkündür. Bkz. **EREN**, Borçlar Hukuku Genel, s. 1369; **KILIÇOĞLU**, s. 1005-1007.

⁴¹⁸ **KILIÇOĞLU**, s. 1002.

⁴¹⁹ **USTAĞLU**, s. 84.

⁴²⁰ **DAYINLARLI**, Kemal, Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2010 (Alacağın Temliki), s. 57 vd; **KAPLAN**, Türk Borçlar Hukuku, s. 168; **EREN**, Borçlar Hukuku Genel, s. 1358; **NOMER**, s. 517.

değişmektedir⁴²¹. Alacağın devrinde, borçlunun rıza ve onayına ihtiyaç duyulmaz⁴²². Bu itibarla, alacağın devrinde borçlunun rızasının alınmaması ve hatta bu durumdan haberdar edilmemesi devir işleminin geçerliliğine etki etmemektedir⁴²³.

Proje finansmanı kapsamında gerçekleşen devir işlemi sözleşme (alacağın devri sözleşmesi) aracılığı ile gerçekleştiğinden, bu hukuksal işlem bir iradi devirdir⁴²⁴. İradi devir yazılı şekle bağlı olup, adi yazılı şekilde hazırlanabilmektedir⁴²⁵. Ancak, ilerde alacaklının imzasını inkâr etmeriskini bertaraf etmek için devir sözleşmesi noter huzurunda düzenlenebilir⁴²⁶. Proje finansmanında genellikle noter huzurunda resmen düzenleme yöntemi tercih edilmektedir. Alacağın devri işlemlerinde, borçlunun iyiniyetle önceki alacaklıya borcunu ifa etmesi durumunda borçlu borcundan kurtulma hakkına sahiptir⁴²⁷. Bu riski bertaraf etmek isteyen finansman sağlayanlar, alacağın devri işlemini noter huzurunda gerçekleştirerek devir işlemini borçluya noter kanalıyla bir devir ihbarı ile bildirir. Bu yönde bir bildirim bilgi açıklaması olup şekle tabi değildir⁴²⁸. Devir ihbarının borçluya tebliğ edilmesiyle, borçluların iyi niyet iddiasında bulunma riskinin önüne geçilir⁴²⁹. Bu kapsamda uygulamada genellikle, borçlulara alacağın devri

⁴²¹ KILIÇOĞLU, s. 1001.

⁴²² KAPLAN, Türk Borçlar Hukuku, s. 168; KILIÇOĞLU, s. 1012; NOMER, s. 518.

⁴²³ Bkz. Y.14.HD., 2.2.2016 T., E.2015/10239, K.2016/1232 kararı için bkz. Corpus İçtihat Bilgi Bankası; EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 1375-1376.

⁴²⁴ EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 1362; KILIÇOĞLU, s. 1003-1004; NOMER, s. 518; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 149.

⁴²⁵ KAPLAN, Türk Borçlar Hukuku, s. 168; EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 1368; KILIÇOĞLU, s. 1011-1013.

⁴²⁶ "...Mülga Borçlar Kanununun 163. maddesi hükmüne göre alacağın devri sözleşmesi devredenle devralan arasında yazılı olarak yapılabilir. Ne var ki, alacağın devrinde aranan yazılı şekil sözleşmenin resmi şekilde yapılmasına engel değildir. Nitekim uygulamada yükleniciden şahsi hakkını devralan üçüncü kişilerin alacağın devri sözleşmelerini adi yazılı satış sözleşmesi veya noterde düzenleme şeklinde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak yaptıkları görülmektedir.", Y.14.HD., 30.11.2012 T., E.2012/12520, K.2012/13985 için bkz. Corpus İçtihat Bilgi Bankası.

⁴²⁷ Y.4.HD., 25.02.1974 T., E.1974/378, K.1974/359 kararında; "Alacağın temlik edildiği borçluya bildirilmezse, önceki alacaklıya yapılan iyi niyetli ödeme ile borçlunun borçtan kurtulacağına..." hükmedilmiştir. Bkz. <http://www.3ehukuk.com/?p=makale&id=24>; EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 1378; KILIÇOĞLU, s. 1013-1014; NOMER, s. 523.

⁴²⁸ NOMER, s. 523.

⁴²⁹ "Alacaklı vekilince sunulan Kartal Noterliği'nce onaylı 16305 yevmiye numaralı ve 14.05.2013 tarihli belge içeriğinde; Taraflar arasında 03.12.2012 tarihli alacağın devri sözleşmesiyle, alacağı devir eden, devir alana olan borçlarına mahsup edilmek üzere Kadıköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2009/1151 Esas nolu dosyasında lehine hükmedilen alacakları, tüm faiz ve fer'ileriyle birlikte temlik ettiği, bu sözleşmenin de 03.12.2012 tarihli alacağın devir sözleşmesinin tamamlayıcısı, devamı ve teyidi mahiyetinde olduğunun kararlaştırıldığı görülmektedir. İcra takibinden önce temlik alacaklısı

bildirimi yapılmakta ve borçlulardan alınacak teyit yazıları kredi kullanım ön koşulu (condition precedent) veya müteakip koşulu (condition subsequent) olarak belirlenmektedir⁴³⁰.

D. Hesap Rehni (Account Pledge)

1. Proje Finansmanındaki İşlevi

Kredi borçlarında yaygın olarak uygulanan bir diğer teminat yöntemi ise, hesap rehnidir⁴³¹. Proje şirketinin hesapları üzerinde kreditorler lehine tesis edilen rehin işlemi ile proje şirketinin nakit akışının kontrolü sağlanmaktadır⁴³². Proje şirketinin, hesapları üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlayan bu işlem, proje şirketinin elde edeceği gelirlerin ne şekilde kullanıldığının ve hissedarlara yapılan dağıtımın takibi açısından finansman sağlayanlara şeffaflık sağlamaktadır⁴³³. Dolayısı ile bu teminatın dayanağı yine proje şirketinin ileride yaratacağı nakit akışının kontrolünü sağlamaktır.

F.. T... Tic. A.Ş. tarafından borçluya gönderilen 13.12.2012 tarihli ihtarname ile alacağın 03.12.2012 de temlik edildiği, yine 14.05.2013 tarihli sözleşme içeriğinde de temliğin takipten önce yapıldığının teyit edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, takip tarihinde alacaklı sıfatı kalmayan A.. K.. Tic. Ltd. Şti.'nin başlattığı takibin iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle istemin reddi yönünden hüküm kurulması isabetsizdir.”, Y.8.HD., 16.6.2014 T., E.2013/20074, K.2014/12594 için bkz. Corpus İçtihat Bilgi Bankası.

⁴³⁰ USTAĞLU, s. 80.

⁴³¹ “Dosyaya ibraz edilen belgeler ile yapılan bilirkişi incelemelerinden asıl ve birleşen davada davalı olan banka ile dava dışı arasında imzalanan genel kredi sözleşmesine istinaden adı geçen şirkete kredi kullandırıldığı, kredi limitlerinin daha sonraki tarihlerde arttırıldığı, birleşen davada davacı olan kredi sözleşmesinin müşterek müteselsil kefil olduğu, bunun yanında asıl ve birleşen davada davalı bankadan kullandığı ve kullanacağı krediler, doğmuş ve doğacak borçlarının teminatını oluşturacak şekilde banka nezdinde bulunan mevduat hesabındaki tutarın 286.000,00 TL' lik kısmını rehin verdiği, kredi borçlarının ödenmemesi üzerine asıl borçlu şirket ile kefil ve aynı zamanda rehin veren birleşen davada davacı ve diğer kefillere ihtarname keşide edilerek hesabın kat edildiği, dava dışı şirketin bakiye borcunun birleşen davada davacının rehnettiği hesaptan tahsil edildiği anlaşılmaktadır”, bkz. Y.11.HD., 16.2.2017 T., E.2016/7898, K.2017/875. Ayrıca Y.11.HD., 17.6.2016 T., E.2015/7552, K.2016/6810 için bkz. Corpus İçtihat Bilgi Bankası; GATTI, s. 270-271.

⁴³² GATTI, s. 270-271.

⁴³³ DEWAR, s. 360.

2. Hesap Rehni ve Rehnin Kurulması

Hesap rehninin tanımına ilişkin TMK’da bir tanım ve herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Fakat, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun⁴³⁴ 3. m. hükmünde mevduatın tanımı “Yazılı ya da sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle ivazsız veya bir ivaz karşılığında, istendiğinde ya da belli bir vadede geri ödenmek üzere kabul edilen para” şeklinde yapılmıştır. Bir bankada para muhafaza edilmek istendiğinde yahut banka tarafından kredi sağlandığında, ilgili müşteri adına bir "mevduat hesabı" ya da bir "kredi hesabı" açılmaktadır. Her iki hesap da bankalar nezdinde "banka hesabı" özelliğini haizdir⁴³⁵.

Kreditör, proje şirketi ile arasındaki kredi ilişkisinden ötürü alacağını teminat altına almak adına proje şirketinin banka hesabına rehin koyarak kendi alacağını güvence altına almaktadır. Dolayısı ile bu rehin, alacaklar üzerinde kurulan bir rehin olup, bu rehin işlemi için alacaklar ve diğer haklar üzerinde rehne ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir.

Bu rehin, borçlu proje şirketi ile alacaklı kreditorler arasında imzalanacak bir yazılı bir rehin sözleşmesi ile kurulmalıdır⁴³⁶. Rehin sözleşmesinin imzalanması rehnin kurulması için yeterli bir hukuki işlemdir⁴³⁷. Sözleşmenin imzalanmasıyla, alacaklı veya rehnedenden rehni borçluya bildirebilir. Bu bildirimin yapılması ile, borçlu asıl alacaklıya veya rehin alacaklısına ancak diğerinin rızası ile ödeme yapabilir⁴³⁸. Zira, uygulamada bu bildirimin yapılması genellikle tercih edilen bir yöntemdir.

⁴³⁴RG. 1.11.2005 T., 25983 S.

⁴³⁵KAPLAN, İbrahim, “Banka Hesabı Türleri, Hesap Sahibinin ve Hesap Türlünün Tayinine Uygulanacak Kurallar”, Prof. Dr. İlhan ÖZTRAK’a Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1994, Cilt 49, ss. 273-289 (Banka Hesabı Türleri), s. 273.

⁴³⁶AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 868.

⁴³⁷AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 868; SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 748.

⁴³⁸SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 750; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 868.

Rehin alacaklısı, alacağını tahsil edemediğinde rehin konusu alacağın paraya çevrilmesini talep edebilir⁴³⁹.Rehinli hesabın açılması durumunda rehin tesis edilmiş rehinli hesaplar üzerindeki rehin, alacaklıya, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla rüçhanlı olarak ödenecektir⁴⁴⁰.

II. MÜDAHALE HAKKI (STEP-IN RIGHT)

A. Müdahale Hakkı (Step-in right) Kavramı ve Müdahale Hakkının Tanımı

1. Müdahale Hakkı Kavramı

Türk hukukunda, “*müdahale hakkı*” kavramı yalnızca YKD mevzuatı içerisinde kullanılmış bir kavramdır. Müdahale hakkı, İngilizcede kullanılan “step-in right” teriminin Türkçe karşılığıdır. Ayrıca bu terim için “*müdahale yetkisi*” kavramı da kullanılmaktadır⁴⁴¹. “Müdahale hakkı” kavramı, müdahale hakkının tüm türlerini kapsamak üzere kullanılan ortak bir kavramdır. Bu hakkın türleri; yabancı öğretide “cure right” (iyileştirme hakkı), “step in right” (in strict sense) (müdahale hakkı (esas anlamı ile)), “novation/substitution” (yenileme hakkı) şeklinde isimlendirilmektedir⁴⁴². Çalışmamızda bu terimlerin Türkçe karşılıklarına sadık kalındığından, ortak kavram ile alt türü için aynı terim kullanıldığından, müdahale hakkı kavramlarını karıştırmamak gerekmektedir.

2. Tanımı

Müdahale hakkı, finansman sağlayanların kendilerini güvence altına almak için proje sözleşmesinin temerrüdü durumunda yönetimini devralmalarını sağlayan doğrudan anlaşmalar altında düzenlenen bir haktır⁴⁴³. Bir başka ifade ile, finansman

⁴³⁹SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 751.

⁴⁴⁰KAPLAN, Banka Hesabı Türleri,s. 283.

⁴⁴¹PEKGÜÇLÜ KARABULUT, YİD Sözleşmesi, s. 223; EVREN, s. 171-174.

⁴⁴²MADYKOV, s. 273-300; CLEWS, s. 41; YESCOMBE, s. 133-135.;GENTILONI SILVERI, s. 377.

⁴⁴³YESCOMBE, s. 342.

sağlayanların, proje şirketinin yerine geçerek projenin işlerini doğrudan devralmalarını sağlayan bir haktır⁴⁴⁴.

YKD modeli ile sağlık tesisi yapımı ve yenilenmesine dair mevzuat içerisinde müdahale hakkı, proje sözleşmesi içerisinde yer alması gereken unsurlar arasında düzenlenmiş ancak bu hakkın teknik bir tanımı yapılmamıştır. Buna karşın Eğitim Tesisi Yönetmeliği'nin 4. maddesinde müdahale hakkının tanımına yer verilerek; *“İdare tarafından gerekli görüldüğü takdirde projenin gerçekleşmesine yönelik olarak yükleniciye finansal kaynak sağlayan kurumlar ile idare arasında imzalanacak kira ödemelerinin idare tarafından beyan edileceği sözleşmede, finans sağlayıcılara yükleniciyi malî, idarî ve hukukî açıdan denetim yetkisi veren ve gerekirse yüklenicinin yerine idarenin onayına bağlı olarak yeni bir yüklenicinin tayin edilmesine ilişkin düzenleme”* şeklinde bir tanım getirilmiştir.

3. Proje Finansmanındaki İşlevi

Proje finansmanında kredi kolaylığının temel şartları, kredi borçlusu proje şirketini koruyan düzenlemelere yer verilmesi ve temerrüt durumuna karşı tarafların kendi fesih rejimini düzenleyebilmesidir. Müdahale hakkı bu anlamda, projedeki olası bir temerrüt durumunda projenin devam edebilmesine imkân sağlayan bir haktır. Bu hakkın özelliği, kreditorlerin proje şirketinin yerine geçerek proje işlerini doğrudan devralabilmelerini sağlamasıdır⁴⁴⁵.

Temerrüt durumunun düzeltilememesi halinde proje değerinde ani bir düşüş yaşanacağından, bu durumda finansman sağlayanlar idarenin talepleri karşısında zor

⁴⁴⁴GATTI, s. 391.

⁴⁴⁵EESPOLD, Jane, HAMMERBERG, Reimo, EÖIELİS, Rūdolf, JONAITYTĖ, Agnė, RUDOKA, Vidas, RAMANAUSKAS, Liudas, “Possibility to Use and Enforce Lender's Step-in Rights in Baltic PPP Projects: Part One – Estonia”, Thomson Reuters, 2012, <https://www.sorainen.com/UserFiles/File/Publications/article.Possibility-to-use-and-enforce-lender%27s-step-in-rights-in-Baltic-PPP-projects-part-one-Estonia.2010-06-08.eng.pdf> (E.T. 19.09.2021), s. 1.

durumda kalacaklardır⁴⁴⁶. Bu nedenle, doğrudan anlaşmaların temel konusu müdahale hakkı, proje finansmanında en bilinen güvence yöntemlerinden biridir. Zor durumda bir projenin iyileştirilmesi için her ne kadar tüm taraflar bir araya gelerek çözüm arayışına girse de burada öncelik proje şirketinin değil, finansman sağlayanların menfaatini korumaktır. Bu sebeple finansman sağlayanların birincil talebi, proje belgeleri ve doğrudan anlaşmalar altında kendilerine müdahale hakkının tanınmasıdır⁴⁴⁷.

Müdahale hakkının iki temel amacı bulunmaktadır. Bunlar, proje anlaşmalarının (proje sözleşmesi, inşaat sözleşmesi ve işletme ve bakım sözleşmesi) mevcudiyetini korumak⁴⁴⁸ ve sözleşmelerin yönetimini devralabilmektir⁴⁴⁹. Projenin işletme sürecindeki faaliyetleri ve bununla paralel olarak elde edeceği gelirler, kredi borcunun geri ödemesi için mevcut olan tek kaynaktır. Bu sebeple, bu unsurların riske girmesi halinde kredi borcunun geri ödemesi de riske girecektir. Son derece etkin sözleşme çözümleri ve birçok teminata karşın proje şirketinin rezerv bir parasının olmaması sebebi ile proje şirketinin finansal bakımdan zorluk yaşaması kreditorlerin durumunu da tehlikeye sokacaktır⁴⁵⁰.

Diğer finansman yöntemlerinden tamamen farklılık arz eden proje finansmanında, proje ile ilgili her varlık üzerinde teminat tesis edilmektedir. Proje, devam ettiğinde ve gelir elde ettiğinde değerini koruduğundan, temerrüde girdiğinde değer kaybedecektir⁴⁵¹. Teminat altına alınan varlıkların değeri bununla paralel olarak düşecektir. Bununla birlikte kreditorler gerekli tüm satış işlemleri ile bizzat kendileri ilgilenmek durumunda kalacaklardır. Teminatın paraya çevrilmesi bu nedenle kreditorlerin tercih edeceği ilk yöntem değildir⁴⁵². Bu sebeple, finansman sağlayanların

⁴⁴⁶HOFFMAN, s. 584.

⁴⁴⁷YESCOMBE, s. 135.

⁴⁴⁸GATTI, s. 272; YESCOMBE, s. 135.

⁴⁴⁹GENTILONI SILVERI, s. 375-376.

⁴⁵⁰GATTI, s. 273.

⁴⁵¹GATTI, s. 273-274.

⁴⁵²GATTI, s. 273.

temerrüt durumunda teminatlarını icraya koyması gerçekçi bir çözüm yöntemi olarak değerlendirilmemektedir.

Proje anlaşmalarının sona erme ihtimali o projenin kredilendirilebilirliğini azaltacak dinamiklerden olduğu için kredi veren bankalar, proje şirketinin tarafı olduğu anlaşmaları kaybetme riskini bertaraf edebilmek için, projeye temerrüt halindeyken müdahalede bulunmak isterler⁴⁵³.

Müdahale hakkının ikinci amacı ise, proje şirketinin yerine yeni bir yatırımcının getirilebilmesine imkân tanınmasıdır. Proje şirketini projeden çıkartarak yerine uygun bir ikâmeyatırımcıyı getirmek kreditorlerin son çözüm yöntemi olarak nitelendirilmektedir⁴⁵⁴.

Belirtildiği üzere, temel hedef proje sözleşmesinin feshedilmesi riski karşısında projenin kontrolünü elinde tutmak isteyen finansman sağlayanlara belirli yasal hakların sağlanmasıdır⁴⁵⁵. Bu düzenleme sayesinde kreditorler, ilgili proje anlaşmasının feshine sebebiyet verebilecek her türlü durumdan haberdar olma ve gerektiği takdirde proje şirketine destek olmak için gösterecekleri bir adayı sürece geçici veya kalıcı olarak dahil etme hakkına sahip olurlar. Böylelikle, proje şirketine geçici de olsa destekte bulunup mevcut krizin ve zararın daha da ciddi bir boyut kazanmasını engelleyebilirler. Dolayısı ile bu hak finansman sağlayanların, projeyi günlük olarak takip edebilecekleri bir yol belirleyerek⁴⁵⁶ projenin durumundan ve proje anlaşmalarının olası fesih tehlikelerinden haberdar olabilmesini sağlayan bir haktır⁴⁵⁷.

Finansman sağlayanlar ile idarenin doğrudan bir sözleşme ilişkisine girmesi başlı başına bir teminat değildir. Esas önem arz eden kreditorlere müdahale hakkının verilmesidir. Esasen, projenin ayakta kalmasını sağladığı için idarenin de yararına olan

⁴⁵³ GATTI, s. 272.

⁴⁵⁴ GATTI, s. 272.

⁴⁵⁵ MADYKOV, s. 278; GATTI, s. 272.

⁴⁵⁶ DEWAR, s. 343.

⁴⁵⁷ MADYKOV, s. 281.

bu hak, aynı zamanda idarenin uygulamada izlediği sorun çözüm yöntemleri ile benzerlik arz etmektedir⁴⁵⁸.

4. Türk Mevzuatında Müdahale Hakkı

2012 yılına kadar Türk mevzuatında müdahale hakkına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamakta idi. Bu hak, Türk mevzuatında ilk kez YİD modeline ilişkin mevzuat çerçevesinde tanımlanmıştır. Eğitim Tesisi Yönetmeliği müdahale hakkını tanımlayan ilk hukuki düzenleme olmuştur (m. 4/1(10)). Eğitim Tesisi Yönetmeliği ile yaratılan kavramsal çerçeve sayesinde “müdahale hakkı” kavramı ilk kez Türk hukuk literatürüne girmiştir.

Daha sonra yürürlüğe giren 6428 sayılı Kanun ile, proje şirketinin temerrüdü halinde idare ile finansman sağlayanların anlaşarak proje şirketinin ortaklık yapısını değiştirebilme imkânından bahsedilmiştir. Yine benzer düzenlemeyi içeren KÖİ Yönetmeliği ise, müdahale hakkına ilişkin usul ve esasları proje sözleşmesinde yer alması gereken hususlar arasında düzenlemiştir.

YKD modelinde yer verilen düzenlemeleri müteakip, YİD modeli çerçevesinde Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği⁴⁵⁹ finansman sağlayanların, farklı bir tüzel kişiye lisans verilmesi isteminde bulunabileceklerini düzenlemiştir (m. 5/ 3 (ç)). Buna göre yeni lisans sahibi, mevcut şirketin sahip olduğu hak ve borçları üstlenecektir. Benzer düzenlemeyi Doğal Gaz Piyasası Lisans Yönetmeliği⁴⁶⁰ takip etmiştir.

YKD ve YİD modellerine ilişkin yukarıda belirtilen birincil ve ikincil mevzuat hükümleri ile, bu projelerde kredi kolaylığı sağlayan önemli bir hukuki zemin yaratılmıştır.

⁴⁵⁸FARQUHARSON/TORRES DE MÄSTLE/YESCOMBE/ENCINAS, 59.

⁴⁵⁹RG. 2.11.2013 T., 28809 S.

⁴⁶⁰RG. 7.9.2002 T., 24869 S.

B. Müdahale Hakkının Görünüş Biçimleri

Müdahale hakkına ilişkin hükümler, finansman sağlayanların projeye süreklilik arz edecek şekilde veya geçici olarak müdahalede bulunmalarını sağlayacak biçimde düzenlenmektedir. Müdahale sürecinin süreklilik arz etmesi için, doğrudan anlaşma hükümlerinin, proje sözleşmesinin tamamen değiştirilebilmesine imkân veren bir yenileme(novation) mekanizmasını içermesi gerekmektedir. Proje sözleşmesi hükümlerinde belirlenen hak ve borçların finansman sağlayanlar çekilene kadar askıya alınabildiği, daha sonra tekrar etkin hale getirilebildiği bir yapı oluşturulmalıdır⁴⁶¹. Belirtilen amaç çerçevesinde, finansman sağlayanlar projeye üç farklı düzeyde müdahale edebilmektedir. Bunlar; iyileştirme (cure), müdahale (esas anlamı ile) (step-in in strict sense) ve yenileme (novation) şeklindedir⁴⁶².

1. İyileştirme Hakkı (Cure Right)

a. Tanımı ve Genel Özellikleri

İyileştirme hakkı (cure right), ilgili temerrüt durumunun sonuçlarını azaltmak için hangi adımların atılacağına taraflarca karar verilmesini⁴⁶³, aynı zamanda temerrüt durumunun iyileştirilmesini sağlayan bir haktır⁴⁶⁴.

Finansman sağlayanların genellikle fesih ihbarını aldıktan sonra izleyecekleri ilk yöntem projeye müdahale etmek değildir⁴⁶⁵. Projeye müdahale etmeden önce, ne şekilde

⁴⁶¹ DEWAR, s. 344.

⁴⁶² MADYKOV, s. 281; HUSE, Joseph A., *Understanding and Negotiation Turnkey and EPC Contracts*, Second Edition, Sweet & Maxwell Limited, 2011, s. 69; NASSAR, s. 73; KHAN/PARRA, s. 520-522; ROSSI, Carla Milani Do Prado, “*Step-In Rights Mechanisms in Project Finance Transactions and Lenders- Liabilities - The English And Brazilian Legal Approaches*”, King’s College London, 2018, <file:///C:/Users/PBT/Downloads/SSRN-id3144346.pdf>, s. 4.

⁴⁶³ KHAN/PARRA, s. 521.

⁴⁶⁴ MADYKOV, s. 282.

⁴⁶⁵ Finansman sağlayanlar, müdahale haklarını kullanmaları durumunda birtakım güçlüklerle karşılaşabilecek olup, bunlar; (i) teknik deneyim eksikliği, (ii) piyasada, üstlenilmesi gereken faaliyetleri ifa edebilecek şirket sayısının az olması, (iii) finansman sağlayanların kısa sürede hissedar yahut yeni yatırımcı olmasına engel teşkil edecek hukuki düzenlemelerin mevcudiyeti, olarak gösterilebilir. CORDEIRO, Maria Ataíde, “*Banks’ Step-In Rights under the Portuguese Public*

hareket edeceklerini belirleme konusunda bir değerlendirme sürecine ihtiyaç duyarlar. Bu sebeple müdahale dönemini nasıl yönetecekleri konusunda karara varmadan önce, iyileştirme haklarını kullanırlar⁴⁶⁶. Bu süreçte kreditorler, temerrüt durumunu gidermesi için proje şirketine daha önce idare tarafından verilmiş süreye ilaveten bir iyileştirme süresi daha verirler⁴⁶⁷.

Bu hak, Türk mevzuatı hükümleri içerisinde yer almamaktadır. Mevzuat, yalnızca idarenin proje şirketine tanıyacağı iyileştirme süresine değinmekle yetinmiştir. İngiliz hukukunda yer alan doğrudan anlaşma standart formlarında da bu hakka yer verilmemiştir⁴⁶⁸. Bazı yazarlar, sınırlı bir uygulama alanına sahip olduğu için bu hakkı müdahale hakkı kapsamında değerlendirmemektedir. Buna göre, proje şirketi sözleşmeye dayalı yükümlülükleri çerçevesinde iyi performans göstermekte ise, örneğin temerrüt durumu yalnızca bir ödeme borcuna ilişkinse, proje sözleşmesinin feshine ilişkin ciddi bir tehdit olduğundan söz edilemeyecektir. Bu nedenle bu hak değerlendirme dönemi (evaluation period) olarak da nitelendirilmektedir⁴⁶⁹.

b. İyileştirme Dönemi (Cure Period)

İdarenin fesih ihbarını alan kreditorler, iyileştirme hakkını kullanıp kullanmayacaklarını idareye bildirmekle yükümlüdürler. Kreditorlerin bu hakkı kullanmaları halinde, idarenin fesih hakkı askıya alınacaktır. Aksi durumda ise fesih hakkı askıya alınmayacak⁴⁷⁰, idare proje sözleşmesinde belirlenen çözüm yollarına başvurabilecektir⁴⁷¹.

Contract Code: Exercise by Means of Transfer of Shares”, European Public Private Partnership Law Review, 2011, Volume 6, Number 3, ss. 164-170, s. 165.

⁴⁶⁶DEWAR, s. 397.

⁴⁶⁷MADYKOV, s. 278.

⁴⁶⁸HM Treasury, PF2 Contracts, 245-254.

⁴⁶⁹KHAN/PARRA, s. 521.

⁴⁷⁰HUSE, s. 69.

⁴⁷¹DELMON, s. 82.

İyileştirme dönemindeki temel amaç, idare ve proje şirketinin mevcut sorunlarını finansman sağlayanların aracılığına gerek olmaksızın kendi aralarında çözmeleridir⁴⁷². Kreditörlerin bu hakkı kullanma konusundaki karar verme sürecine etki eden temel unsur temerrüde neden olan sebeptir. Proje şirketinin görevini gereği gibi ifa etmesine karşın, temerrüt durumunun yalnızca vadesi gelen bir borcun ödenmemesinden kaynaklanması halinde, temerrüt durumunun iyileştirme süresi içerisinde düzeltilmesi mümkündür⁴⁷³. Para ödemeleri gibi finansman sağlayanların katkı sağlayabileceği daha basit konularda finansman sağlayanlar temerrüt durumunu gidererek projeyi tekrar yoluna koyabilirler. Fakat genelde ödeme konuları haricindeki temerrüt durumlarında idare ile proje şirketinin sözleşmeye aykırılık hallerini kendi aralarında çözmelerini tercih ederler.

Müdahale hakkının diğer türleri olan; müdahale (esas anlamı ile) veyenileme (novation) dönemlerinde, sürece yeni katılımcılar dahil olmaktadır. Müdahalede (esas anlamı ile) atanmış temsilci (appointed representative), yenilemede (novation) ise yeni yatırımcı sürece entegre edilmektedir. Fakat, iyileştirme döneminde yeni bir katılımcı yer almamakta, süreç mevcut taraflar arasında yönetilmektedir⁴⁷⁴.

c. İyileştirme Döneminin Sona Ermesi

İyileştirme döneminin süresi, finansman sağlayanların mevcut soruna bir çözüm bulmasına yetecek uzunlukta olmalıdır⁴⁷⁵. Bu süre, temerrüt durumunun niteliğine göre değişmekte olup, muaccel bir borcun ödenmemesi gibi durumlarda bir ya da iki hafta gibi kısa süreler ile sınırlı olabilecektir. Fakat finansman sağlayanların sorunun çözümü

⁴⁷² KHAN/PARRA, s. 521.

⁴⁷³ Örneğin, bir boru hattı inşa eden proje şirketi, boru hattı inşaat hizmetleri için yüklenicisine yapmakta olduğu ödemelerde bir gecikme yaşadığında, iyileştirme hakkı kullanılabilir. Kreditörler bu dönem içerisinde proje şirketi yerine ilgili yükleniciye ödeme yaparak durumu iyileştirebilir. Bkz. MADYKOV, s. 282.

⁴⁷⁴ Bu nedenle idare bu süre zarfında sözleşmeye dayalı yükümlülüklerini ifa etmeye devam edecek, örneğin vadesi gelen para ödemelerini ifa etmeye devam edecektir. Bkz. YESCOMBE, s. 133; Proje şirketi de aynı şekilde sözleşmeye dayalı yükümlülüklerini ifa etmeye devam edecektir.

⁴⁷⁵ MADYKOV, s. 278.

için aktif adımlar atmasını gerektirecek, projenin işletme faaliyetlerinde asgari performans seviyesine ulaşamaması gibi mali nedenlerden kaynaklanmayan temerrüt hallerinde ise, bu süre altı ay civarında hatta daha uzun sürebilmektedir⁴⁷⁶. Temerrüt durumunun ortadan kaldırılmasıyla beraber bu dönem sona erecektir. Fakat, temerrüt halinin devam etmesi durumunda müdahale (esas anlamı ile) veya yenileme (novation) haklarını kullanıp kullanmayacağına bu dönemde karar verdiklerinden, kreditorler müdahale (esas anlamı ile) veya yenileme (novation) bildirimlerini taraflara bu dönemde iletirler⁴⁷⁷. İyileştirme dönemi ilgili bildirimin yapılmasıyla son bulur⁴⁷⁸. Bu dönem ayrıca kreditorlerin teminat paketinin paraya çevrilmesi veya icrası için gerekli işlemleri başlatması ile de son bulabilir⁴⁷⁹.

2. Müdahale Hakkı (Esas Anlamı ile) (Step-in Right in Strict Sense)

a. Atanmış Temsilci (Appointed Representative)

Müdahale hakkı (esas anlamı ile); finansman sağlayanlara, proje şirketi ile birlikte hareket ederek projeye müdahalede bulunma ve ilgili ihlali düzeltip, projeyi tekrar yoluna koyma imkânı vermektedir⁴⁸⁰. Bir projede ödeme sorununun yanı sıra proje sözleşmesinin feshine ilişkin önemli risk yaratan temerrüt durumları ile de karşılaşılabilir. Bunlara örnek olarak, planlananı aşan masraflar veya projenin ciddi teknik eksiklikleri gösterilebilir. Finansman sağlayanların projeye müdahale (esas anlamı ile) müdahale ettiği bu süreç, atanmış temsilcinin (designee⁴⁸¹/appointed representative⁴⁸²) desteği ile yürütülür.

Finansman sağlayanlar uygulamada genellikle müdahale sürecini kendileri yürütmek istemediklerinden, bu süreçte proje şirketinin yanında geçici veya kalıcı

⁴⁷⁶YESCOMBE, s. 133-134.

⁴⁷⁷MADYKOV, s. 279.

⁴⁷⁸YESCOMBE, s. 133.

⁴⁷⁹KHAN/PARRA, s. 521.

⁴⁸⁰DELMON, s. 82, CLEWS, s. 41

⁴⁸¹KHAN/PARRA, s. 522.

⁴⁸²HM Tresury, s. 245.

şekilde yer alacak bir başka yüklenicinin atanmasını kararlaştırırlar⁴⁸³. Finansman sağlayanların aday göstereceği atanmış temsilci (appointed representative) bu amaç için kurulmuş özel amaçlı bir şirket olabilir⁴⁸⁴. Bunun yanı sıra; finansman sağlayanların temsilcisi, finansman sağlayanlardan ve/veya iştiraklerinden herhangi biri, finansman sağlayanlara temin edilen teminat belgeleri uyarınca atanmış olan idare memuru, kayyım veya yönetici, finansman sağlayanların temsilcisi ve/veya herhangi bir finansman sağlayanın doğrudan veya dolaylı olarak sahibi olduğu veya çoğunluk hissesine sahip olduğu bir hükmi şahıs, idarenin makul sebepler olmadıkça muhakkak ve gecikmeksizin onaylayacağı sair bir şahıs da atanmış temsilci (appointed representative) olabilecektir⁴⁸⁵.

b. Müdahil Olma (Step-in) Döneminin Başlaması

Finansman sağlayanlar, proje sözleşmesinin ihlal durumu devam ediyor ve proje şirketi aykırılık halini telafi etmiyor ise, fesih ihbarı olup olmadığına bakmaksızın iyileştirme dönemi içerisinde müdahale bildiriminde bulunarak müdahale hakkını (esas manasıyla) kullanabilirler⁴⁸⁶. Fakat, finansman sağlayanlar bu bildirimin belirli bir süre öncesinde⁴⁸⁷, müdahale bildirimini düzenleme niyetinde olduklarını belirtecekleri bir ön bildirimi idareye iletmekle yükümlüdürler⁴⁸⁸. Her hâlükârda müdahil olma dönemi, finansman sağlayanların idareye müdahale bildirimi verdiği tarih itibari ile başlayacaktır.

⁴⁸³ GATTI, s. 272, CLEWS, s. 41, DELMON, s. 81.

⁴⁸⁴ DEWAR, s. 343.

⁴⁸⁵ HM Treasury, PF2 Contracts, s. 250.

⁴⁸⁶ HM Treasury, PF2 Contracts, s. 252, MADYKOV s. 279. Uygulamadaki diğer bir seçenek ise, standart sözleşme taslaklarında tavsiye edilen süreler içerisinde (her projeye göre değişiklik gösterebilecektir) finansman sağlayanların idareye müdahale bildiriminde bulunabilmeleridir. Bkz. HM Treasury, s. 250.

⁴⁸⁷ HM Treasury, PF2 Contracts, s. 250.

⁴⁸⁸ MADYKOV, s. 278. Burada belirtmek gerekir ki, eğer bir doğrudan anlaşma içerisinde iyileştirme dönemi tanınmış ise, müdahale hakkını kullanmak isteyen finansman sağlayanlar, bildirimlerini iyileştirme dönemi içerisinde gerçekleştireceklerdir.

c. Tarafların Yetki ve Sorumlulukları

i .Atanmış Temsilcinin (Appointed Representative) Yetki ve Sorumlulukları

Atanmış temsilci (appointed representative), finansman sağlayanların müdahale hakkını (esas anlamı ile) kullandıkları dönem görevlendirilen bir üçüncü taraftır. Müdahil olma döneminin başlangıcında, müdahil olma bildirimi ile birlikte atanmış temsilcinin (appointed representative) bilgileri idareye sunulur. Atanmış temsilci (appointed representative), proje şirketinin tarafı olduğu tüm sözleşmeler çerçevesindeki hak ve yükümlülüklerini müdahil olma dönemi sona erene kadar proje şirketi ile birlikte müştereken ve müteselsilen üstlenir⁴⁸⁹. Bunun için temsilcinin (appointed representative), proje şirketinin tarafı olduğu tüm sözleşmelere taraf olarak katılımı sağlanır.

Bu sürecin kreditorlere ek bir sorumluluk getirmemesi beklenir⁴⁹⁰. Fakat, kreditorler bazı durumlarda aksi yönde taleplerle karşılaşabilirler. Buna örnek olarak “The Royal Bank of Scotland Plc ile Chandra” örneği gösterilebilir. Söz konusu örnek olayda, işlerin askıya alındığı bir otel inşası projesinde; banka, sözleşme tahtında zorunlu olarak kullandığı müdahale hakkı çerçevesinde, özel amaçlı bir şirket aracılığı ile inşaat işlerini tamamlamıştır. Fakat, davalı ile banka arasında, bankanın müdahale sürecinde inşaatı tamamlamak için yapmak durumunda kaldığı harcamaların kimin tarafından karşılanacağı hususunda bir uyuşmazlık çıkmıştır. Otel sahibi davalılar, bankanın, müteahhit ile birlikte yürüttüğü müdahale faaliyetleri dolayısıyla, kendilerinin sözleşmeye dayalı yükümlülüklerinden kurtulduklarını savunmuşlardır. Oysa Yüksek mahkeme, banka lehine karar vererek inşaatın tamamlanması için katlanılan masraf

⁴⁸⁹ HUSE, s. 69-70; HM Treasury, PF2 Contracts, s. 249, 253, MADYKOY, s. 290; YESCOMBE, s. 134; Müdahale döneminde yapılanlar eş zamanlı olarak finansman sağlayanlar tarafından kontrol edilmektedir. Bkz. DEWAR, s. 343.

⁴⁹⁰ MADYKOV, s. 279.

veyükümlülüklerden davalı otel sahiplerini sorumlu tutmuştur⁴⁹¹. İskoçya mahkemelerinde görülen bu dava örneği, bankaların müdahil olma döneminde yaptıkları masraflardan sorumlu tutulamayacağına bir emsal teşkil eder. Türk mahkemelerinde henüz doğrudan anlaşmalar ve müdahale hakkına ilişkin herhangi bir yargılama görülmediğinden, bu hususa ilişkin olarak da alınmış bir mahkeme kararı bulunmamaktadır.

Atanmış temsilcinin (appointed representative) müdahil olma döneminde ifa etmekle yükümlü olduğu edimlerden bir diğeri ise, projenin mevcut sorunlarının çözümüne yönelik bir düzeltici faaliyet programı hazırlamak ve bu programı uygulamaktır⁴⁹². Bazı durumlarda proje şirketi de bu programı hazırlayabilecek ve uygulayabilecektir. Atanmış temsilcinin (appointed representative) bir diğeri yükümlülüğü ise, müdahil olma döneminin sona ereceği vakit bu durumu idareye bildirmektir. Bu bildirim, idareye finansman sağlayanlar tarafından da verilebilir⁴⁹³.

Projenin diğeri tarafları olan üçüncü kişiler (örneğin tedarikçiler, müşteriler) ise, sözleşmeye dayalı yükümlülüklerini bu dönem boyunca proje şirketi yerine atanmış temsilciye (appointed representative) karşı da ifa etmekle yükümlüdürler⁴⁹⁴.

ii. Proje Şirketinin Yetki ve Sorumlulukları

Proje şirketi, müdahil olma dönemi boyunca finansman sağlayanların projeye müdahalesine herhangi bir engel oluşturmama yükümlülüğü altındadır⁴⁹⁵. Aynı zamanda şirket, müdahil olma döneminde proje belgeleri kapsamındaki yükümlülüklerinden muaf tutulmamakta, hem müdahil olma döneminde hem de müdahil olma dönemi sonrasında idareye, finansman sağlayanlara ve üçüncü kişilere

⁴⁹¹ Lloyd's Law Reporter; Collateral Warranties: Steping – in, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2011/192.html> (E.T. 19.09.2021).

⁴⁹² HM Treasury, PF2 Contracts, s. 243.

⁴⁹³ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, YİD Sözleşmesi, s. 223-224; HM Treasury, PF2 Contracts, s. 250.

⁴⁹⁴ MADYKOV, s. 282.

⁴⁹⁵ MADYKOV, s. 279.

karşı sorumlu kalmaya devam edecektir. Müdahale hakkını kullanan finansman sağlayanlar, temerrüt durumunu düzeltip geri çekildikten sonra, proje şirketi ilgili taraflara karşı tek başına sorumlu olmaya devam edecektir⁴⁹⁶.

iii. İdarenin Yetki ve Sorumlulukları

İdare, müdahil olma döneminin sonuna kadar proje şirketinden ziyade atanmış temsilci (appointed representative) ile muhatap olmakla yükümlüdür⁴⁹⁷. Müdahil olma döneminde idarenin fesih hakkı askıya alınmış olsa da, idarenin derhal fesih hakkı her durumda saklıdır⁴⁹⁸. Ayrıca idarenin atanmış temsilci (appointed representative) ve/veya proje şirketinin hazırlayacağı düzeltici faaliyet programına onay vermesi gerekmektedir⁴⁹⁹.

d. Müdahil Olma Döneminin Sona Ermesi (Step-Out)

Müdahale hakkının ne zaman kullanılacağı finansman sağlayanların takdirinde olduğundan, bu dönem yine projenin şartlarına göre uygun görülen bir vakitte finansman sağlayanlar tarafından sonlandırılabilir.⁵⁰⁰ Bu hususun doğrudan anlaşma içerisinde açıkça belirtilmesi gerekmektedir⁵⁰¹. Müdahil olma dönemi, finansman sağlayanların veya atanmış temsilcinin (appointed representative) idareye iletecekleri sona erme bildiriminden itibaren belirli bir sürenin geçmesi ile neticelenir⁵⁰².

Müdahil olma döneminin sona ermesi ile, atanmış temsilcinin (appointed representative) tüm hak ve borçları sona erecektir. Atanmış temsilci (appointed representative), bundan böyle sürecin başında katılmış olduğu sözleşmelerin tarafı

⁴⁹⁶MADYKOV, s. 282-2933.

⁴⁹⁷HUSE, s. 69-70; HM Treasury, PF2 Contracts, s. 253; MADYKOY, s. 290.

⁴⁹⁸HM Treasury, PF2 Contracts, s. 254.

⁴⁹⁹HM Treasury, PF2 Contracts, s. 250.

⁵⁰⁰YESCOMBE, s. 134.

⁵⁰¹MADYKOV, s. 286.

⁵⁰²Bu süre zarfına örnek teşkil etmesi için bkz. HM Treasury, PF2 Contracts, s. 250.

olmayacaktır. İdare de, bu sebeple atanmış temsilci (appointed representative) ile muhatap olmayacak, eskisi gibi proje şirketi ile muhatap olmaya devam edecektir⁵⁰³.

e. Müdahale Hakkının (Esas Anlamı ile) Hukuki Kurumlarla Karşılaştırılması

i. Kefalet ile Karşılaştırma

Kefalet sözleşmesi TBK'nin 581. maddesi ve devam maddelerinde düzenlenmekte olan bir sözleşme türüdür. Kefalet, asıl borçlunun borcunu ödememesi ihtimaline karşı kefil tarafından verilen kişisel bir teminatır⁵⁰⁴. Bu kişisel teminat ile alacaklı, borçlunun malvarlığı yanında kefilin kişisel malvarlığına yönelme hakkına sahip olur⁵⁰⁵. Kefil, borçlunun borçlusu olduğu ödemeyi alacaklıya yapmaması halinde bu borçtan kişisel olarak sorumlu olmayı taahhüt eder⁵⁰⁶. Kefalette edimin konusu, para veya buna çevrilebilen bir borçtur⁵⁰⁷. Geçerli bir kefalet sözleşmesinin kurulması için mevcut bir borcun ve yazılı şekilde yapılmış bir kefalet sözleşmesinin varlığı aranır⁵⁰⁸. Bu sözleşmenin tarafları kefil ile alacaklı olduğundan⁵⁰⁹, üç taraflı bir sözleşme ilişkisi söz konusu değildir.

Müdahale hakkında (esas anlamı ile) atanmış temsilci süregelen sözleşmelere taraf olduğundan, bu hakkın kullanımı için projenin anlaşmalarının mevcut ve geçerli olması gerekir. Ancak kefalet ilişkisinin kurulabilmesi için geçerli bir sözleşmenin değil, borcun varlığı aranır. Kefil, yalnızca kefil olduğu para veya para borcuna dönüşebilen borcun ödenmesinden sorumlu hale gelir. Bunun yanı sıra atanmış temsilci (appointed representative), proje şirketinin yanında taraf sıfatı ile proje anlaşmalarına

⁵⁰³ HM Treasury, PF2 Contracts, s. 254.

⁵⁰⁴ YAVUZ, Nihat, Öğreti ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s.5.

⁵⁰⁵ KUNTALP, Erden, “*Teminat Kavramı-Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk*”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995, ss. 263-299 (*Teminat*), s. 280 ve devamı.

⁵⁰⁶ YAVUZ, Cevdet, s. 784.

⁵⁰⁷ GÜMÜŞ, s. 502.

⁵⁰⁸ YAVUZ, Cevdet, s. 790-804.

⁵⁰⁹ KILIÇOĞLU, s. 1031.

katılması ile birlikte müdahil olma dönemi sona erene kadar taraf olma sıfatının getirdiği tüm hak ve borçlara sahip olur. Dolayısı ile, müdahale hakkının (esas anlamı ile) kullanılması durumunda atanmış temsilci (appointed representative) katıldığı sözleşmelerin tarafı olurken, kefalet ilişkisinde kefil taraf sıfatı kazanmamakta, yalnızca kefil olma sıfatına sahip olmaktadır⁵¹⁰. En temel farklılık ise, kefalette kefalet sözleşmesinin taraflarının kefil ile alacaklı olması, kefalet ilişkisinin kurulması için borçlunun rızasına ihtiyaç duyulmamasıdır. Buna karşın atanmış temsilcinin (appointed representative) sözleşmeye(lere) taraf olabilmesi için hem atanmış temsilcinin (appointed representative), hem de sözleşmenin mevcut taraflarının rızalarının alınması gerekmektedir. Belirtilen nedenlerle, müdahale hakkı (esas anlamı ile) kefalet ilişkisine benzer bir yapı olmadığından kefalet olarak nitelendirilemeyecektir.

ii. Borca Katılma ile Karşılaştırma

TBK'nın 201. maddesinde düzenlenen borca katılma, mevcut bir borç ilişkisinin dışındaki bir üçüncü kişinin alacaklı ile anlaşma yaparak, borçlunun yanında yer almak suretiyle borçlu ile birlikte müteselsil sorumlu hale gelmesidir⁵¹¹. Bu kurum alacaklıya alacağını tahsil etmek içindöğrudan borca katılana başvurma imkânı verir⁵¹². Borca katılma borçlu tarafta herhangi bir değişiklik yaratmaz, fakat borç ilişkisine yeni bir borçlunun katılımını sağlar⁵¹³. Geçerli bir borca katılma işleminin kurulabilmesi için; mevcut bir borç, alacaklı ve borca katılacak üçüncü kişi arasında kurulacak bir sözleşme ve bu sözleşmede müşterek sorumluluğa rıza gösterilmesi aranır⁵¹⁴.

Borca katılma müdahale hakkı (esas anlamıyla) ile karşılaştırıldığında, atanmış temsilci (appointed representative) proje şirketinin taraf olma sıfatına binaen haiz

⁵¹⁰ EREN, Borçlar Hukuku Özel, s. 774-776.

⁵¹¹ KILIÇOĞLU, s. 1044; EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 1390.

⁵¹² ŞENER, Oruç Hami, “Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma”, DEÜHFD, 2009, C. 11, Özel Sayı, s. 1279.

⁵¹³ ÇABRİ, Sezer, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sözleşmeye Katılma”, Legal Hukuk Dergisi, 2011, ss. 3911- 3933, s. 3913.

⁵¹⁴ KILIÇOĞLU, s. 1044-1045; EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 1390.

olduğu tüm hak ve borçlarasahip olur. Fakat borca katılmada borca katılan, yalnızca borçtan sorumlu hale gelmekte, alacak hakkına katılamamaktadır. Dolayısı ile, atanmış temsilci (appointed representative) sözleşme tarafı olurken, borca katılmada borca katılan yalnızca müteselsil borçlu olur. Buna ek olarak, borca katılmada alacaklı ile borca katılan arasında yapılacak bir sözleşme yeterli olup, ilk borçlu tarafın katılımı zorunlu değildir⁵¹⁵. Buna karşın atanmış temsilcinin (appointed representative) sözleşme tarafı olabilmesi, atanmış temsilci (appointed representative), idare ve diğer proje anlaşması tarafları ve proje şirketi arasında bir anlaşma sağlanması gerekir. Belirtildiği üzere, hukuki şart ve sonuçları bakımından borca katılma ve müdahale hakkı (esas anlamı ile) birbirlerinden farklılık arz etmektedirler.

iii. Sözleşmeye Katılma ile Karşılaştırma

TBK'nın 206. maddesinde düzenlenen sözleşmeye katılma kurumu, bir veya birden çok kişinin bir sözleşmeye katılmak suretiyle, mevcut borç ilişkisindeki taraflardan birinin yanında yer alması ve bu katılımın ilgili tarafın alacaklılık ve/veya borçluluk durumunda herhangi bir değişiklik yaratmamasıdır⁵¹⁶. Geçerli bir sözleşmenin mevcut olmaması halinde geçerli bir katılma işlemi gerçekleştirilemeyecektir⁵¹⁷. Bu kurum aynı zamanda, sözleşmeye katılma hususunda tarafların mutabakatını şart koşmaktadır. Tüm sözleşme taraflarının katılımının sağlandığı bir üç taraflı anlaşma ise, sözleşmeye katılmanın bir diğer şartıdır⁵¹⁸. Dolayısı ile sözleşmeye katılma konusunda tarafların anlaşması bu işlemin kurucu unsurları arasında yer almaktadır⁵¹⁹. Sözleşmeye katılma işleminin geçerli şekilde kurulması ile birlikte, katılan ile yanında yer aldığı taraf diğer tarafa karşı müştereken ve müteselsilen alacaklı ve borçlu hale gelir⁵²⁰.

⁵¹⁵ KILIÇOĞLU, s. 1044-1045; ÇABRİ, s. 3914-3915; EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 1390.

⁵¹⁶ EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 1392.

⁵¹⁷ KILIÇOĞLU, s. 1055.

⁵¹⁸ KILIÇOĞLU, s. 1056-1057; KAPLAN, Türk Borçlar Hukuku, s. 172.

⁵¹⁹ ÇABRİ, s. 3913.

⁵²⁰ KAPLAN, Türk Borçlar Hukuku, s. 170.

Müdahale hakkı (esas anlamı ile) kullanıldığında proje şirketi sözleşmedeki mevcudiyetini koruyarak taraf sıfatını devam ettirmektedir. Dolayısı ile atanmış temsilcinin (appointed representative) mevcut sözleşmelere taraf olması, bu sözleşmelerin taraf sayısında artış yaratır. Atanmış temsilcinin (appointed representative) proje anlaşmalarınakatılması ile,proje anlaşmalarının mevcut taraflarının birbirlerine karşı sorumlulukları herhangi bir değişiklik olmaksızın devam eder.Atanmış temsilci (appointed representative) ise, proje şirketinin hak ve borçlarının tamamına tıpkı onun gibi sahip olur, bu anlamda proje şirketinin sözleşmeye dayanan sorumluluklarını proje şirketi ile birlikte paylaşır. Müdahale hakkının (esas anlamı ile) sözleşmeye katılma kurumu ile birebir benzerlik arz etmesi sebebi ile, bu hakkın uygulaması sözleşmeye katılma kurumunun birebir yansımasıdır.

3. Yenileme Hakkı (Novation/Substitution)

a. Uygun İkâmeYatırımcı (Yeni Yatırımcı)

Uygun ikâme yatırımcı, yenileme (novation) hakkının kullanması halinde projeye sonradan dahil edilen bir üçüncü taraftır. Yenileme (novation), proje şirketinin tüm hisselerinin, bir uygun ikâme yatırımcıya (yeni yatırımcı) devredilmesine ilişkindir. Uygun ikâme yatırımcı, proje şirketinin hisselerinin tamamını veya şirketin proje anlaşmaları çerçevesindeki tüm hak ve yükümlülüklerini devralma hususunda yasal ehliyet, yetki ve izne sahip olan; proje şirketinin yeniden organize edilmesi ve yapılandırılması ve tüm proje anlaşmaları çerçevesindeki yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için gerekli olan uygun kaynak, vasıf, deneyim ve teknik yeterliliğe sahip olan, idarenin, makul sebepler olmadıkça muhakkak ve gecikmeksizin, onaylayacağı şahıs veya şahısları ifade eder⁵²¹.

b. Yenileme Hakkının Tanımı ve Genel Özellikleri

⁵²¹HM Treasury, PF2 Contracts, s. 247.

Yenileme hakkı (novation right), asıl yüklenicinin (proje şirketinin) hak ve borçlarının uygun bir ikâme yatırımcı devrine imkân veren bir haktır⁵²². Bir başka tanıma göre bu hakproje sözleşmesi altında düzenlenen hak ve borçların, sözleşmedeki mevcut tarafın(ların) muvafakati ile üçüncü bir tarafa (uygun bir ikâme yatırımcı) devrini mümkün kılan bir haktır⁵²³.

6428 sayılı Kanun ve KÖİ Yönetmeliği içerisinde bu haktan açık şekilde bahsedilmiş, fakat kavramsal bir çerçeve çizilmemiştir. 6428 sayılı Kanun ve KÖİ Yönetmeliği'ne göre, proje şirketinin temerrüdü durumunda idare ile finansman sağlayanlar kendi aralarında anlaşarak proje şirketinin ortaklık yapısında değişikliğe gidilebilir. Yenileme(novation) hakkına ilişkin bir diğer yasal düzenleme ise, 6428 sayılı Kanun'un 4/5. m. hükmüdür. Buna göre, proje sözleşmesinden doğan tüm hak ve yükümlülükleridarenin onayı alınmak kaydıyla aynı şartlaradevredildiğinde, diğer sözleşmeler de yeni yatırımcıya devredilmiş sayılacaktır⁵²⁴.

c. Yenileme Hakkının Kullanılması

Müdahale hakkının (esas anlamı ile) kullanılmasına rağmen temerrüt durumunun hala devam etmesi veya kredinin geri çağırılması halinde kreditörleridare ile anlaşarak yenileme (novation)haklarınıkullanabilirler. Müdahale hakkı kapsamında en son çare olarak değerlendirilen bu hak, mevcut proje şirketi ile devam edilemeyeceğine kanaat getirildiğinde gündeme gelen bir haktır.Bu yola başvurmak isteyen kreditörler, proje şirketinin tüm hak ve yükümlülüklerinin bir uygun ikâme yatırımcıya devredilmesini idareye teklif edebilirler⁵²⁵. Bu teklif, müdahil olma dönemi içerisinde yapılabilir. İdare, önerilen yeni yatırımcının uygunluğuna ilişkin değerlendirmelerini

⁵²² GENTILONI SILVERI, s. 377; CLEWS, s. 41.

⁵²³ YESCOMBE, s. 343.

⁵²⁴ 6428 sayılı Kanun'un 4/5. m. hükmü uyarınca; "Yüklenici, sözleşmeden doğan tüm hak ve vecibelerini, aynı şartlarla ve bu Kanunda belirtilen şartları haiz başka bir gerçek veya özel hukuk tüzel kişisine idarenin onayı ile devredebilir. Sözleşmenin bu şekilde devri hâlinde diğer sözleşmeler de devralan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisine devredilmiş sayılır."

⁵²⁵ HM Treasury, PF2 Contracts, s. 254.

kreditörlere bildirmekle yükümlüdür⁵²⁶. Aynı zamanda bu husustaki kararını makul nedenler olmadıkça geciktiremeyecektir⁵²⁷. Proje şirketinin yerine yeni bir yatırımcı tayin edilerek, yenileme (novation) hakkının kullanılması halinde projedeki müdahale süreci de sona erecektir⁵²⁸.

d. Tarafların Yetki ve Sorumlulukları

i. Uygun İkame Yatırımcının (Yeni Yatırımcı) Yetki ve Sorumlulukları

Yeni yatırımcı, proje şirketinin tarafı olduğu tüm anlaşmaları devralmasıyla proje şirketinin bu kapsamdaki tüm hak, yetki, yükümlülük ve sorumluluklarını devralır⁵²⁹. Yeni yatırımcı, yalnızca proje sözleşmesinin değil, inşaat sözleşmesi, işletme ve bakım sözleşmesi ve doğrudan anlaşma da dahil olmak üzere proje şirketinin tarafı olduğu tüm sözleşme ve belgelerin tarafı haline gelir⁵³⁰. Yeni yatırımcının sürece katılımı ile, fesih ihbarına sebebiyet veren sözleşmeye aykırılık hallerinin makul sürede giderilmesi beklenir.

ii. İdarenin Yetki ve Sorumlulukları

Devrin yürürlük kazanması ile birlikte, idare bundan böyle tarafı olduğu sözleşmelere dayalı yükümlülüklerini yeni yatırımcıya karşı yerine getirmekle yükümlüdür. Bundan böyle, proje sözleşmesinin tarafı yeni yatırımcı olacağından, idare tüm taleplerini yeni yatırımcıya yöneltme hakkına sahip olur. Yeni yatırımcının katılımı ile, pek tabi idarenin, bu defa yeni yatırımcının tarafı olacağı bir yeni doğrudan anlaşma yapması gerekir⁵³¹.

⁵²⁶ **HM Treasury**, PF2 Contracts, s. 254; İdare, uygun ikâme yatırımcının finansal ve teknik kapasitesi ile yakinen alakadar olacak ve finansman sağlayanlar ile bu hususta mutabık kalmak isteyecektir. Bkz. **CLEWS**, s. 41; **YESCOMBE**, s. 133-135, **KHAN/PARRA**, s. 520-521.

⁵²⁷ **HM Treasury**, PF2 Contracts, s. 254.

⁵²⁸ **YESCOMBE**, s. 133-135.

⁵²⁹ **MADYKOV**, s. 290; **KHAN/PARRA**, s. 522.

⁵³⁰ **HM Treasury**, PF2 Contracts, s. 255.

⁵³¹ **HM Treasury**, PF2 Contracts, s. 255.

Yeni yatırımcının projeye müdahil olması ile birlikte, proje sözleşmesinin fesih ihbarına sebep teşkil eden ve süregelmekte olan sebebin hükmü kalmayacak ve idarenin finansman sağlayanlara göndermiş olduğu fesih ihbarı kendiliğinden iptal olacaktır. Bununla birlikte, söz konusu tarih öncesinde ortaya çıkan hata puanları iptal edilecektir⁵³².

iii. Proje Şirketinin Yetki ve Sorumlulukları

Proje şirketinin tarafı olduğu tüm anlaşmaların devir işlemlerinin yürürlük kazanması ile, proje şirketi tarafı olduğu bütün anlaşmalar çerçevesindeki tüm yükümlülüklerinden muaf hale gelecek, proje ile ilişkisi kesilecektir. Proje şirketinin taraf sıfatını kaybetmesi ile, devir tarihinden itibaren doğacak yükümlülüklerden yeni yatırımcı sorumlu olacaktır⁵³³. Dolayısı ile, proje şirketi devir işleminden sonra doğacak borç ve yükümlülüklerden kural olarak sorumlu tutulamayacaktır.

iv. Diğer Proje Anlaşması Taraflarının Yetki ve Sorumlulukları

Finansman sağlayanların yenileme (novation) hakkını kullanmaları durumunda, yeni yatırımcının katılımı için diğer proje anlaşmalarının taraflarının da rıza veya onaylarının alınması gerekmektedir⁵³⁴. Bunun sebebi, yeni yatırımcı proje sözleşmesinin yanı sıra diğer proje anlaşmaları olan inşaat ile işletme ve bakım sözleşmelerini de devralacak olmasıdır⁵³⁵. İstenilen rıza veya onay verilmedikçe kreditorlerin yenileme bildirimi geçerlilik kazanmayacaktır. Yenilemenin yürürlük kazanmasıyla yeni yatırımcı, öncesinde de bu anlaşmaların tarafıymış gibi proje

⁵³²HM Treasury, PF2 Contracts, s. 255.

⁵³³HM Treasury, PF2 Contracts, s. 255.

⁵³⁴MADYKOV, s. 283.

⁵³⁵Yeni yatırımcı, proje şirketinin tarafı olduğu tüm sözleşmeleri devralacağından, bu sözleşmeler yalnızca proje anlaşmaları ile sınırlı değildir. Mevzuat hükümlerine uygun olarak, diğer sözleşme taraflarının da rızalarının veya onaylarının alınması gerekecektir (yahut tek sözleşme ile de bu süreç yürütülebilecektir). Burada yalnızca inşaat ile işletme ve bakım sözleşmelerine referans verilmesinin sebebi, bu anlaşmaların proje anlaşmaları kapsamında olmaları ve bu nedenle kreditorler için kilit alt sözleşmeler olmalarıdır.

şirketinin tüm hakları, menfaatleri, yetkileri ve yükümlülüklerini devralarak proje şirketinin yerine geçecektir.

e. Yenileme Hakkının Hukuki Kurumlarla Karşılaştırılması

i. Yenileme (Tecdit) ile Karşılaştırma

TBK'nın 133. maddesinde borç ilişkisini sona erdiren sebepler arasında düzenlenen yenileme kurumu, var olan borcun yeni bir borç yaratılmak suretiyle ortadan kaldırılmasıdır⁵³⁶. Yenileme (tecdit) koşulları, tarafların “yenileme” iradesine sahip olması, yeni ve geçerli bir borcun yaratılması ve mevcut borcun sona erdirilmesidir⁵³⁷. Bu kuruma göre borç ilişkisinde taraf değişimi yenileme (tecdit) olarak değerlendirilememektedir⁵³⁸. Yeni sözleşme aynı taraflar arasında yapılmakta, taraflara ilişkin bir yenileme yapılmamaktadır⁵³⁹. Burada değişiklik yapılan, sözleşmedir. Dolayısı ile yenilemede (tecdit) hukuki sebebin ya da alacağın asıl konusunun değişmesi gerekmektedir. Yenilemede (tecdit), eski sözleşmeden doğan tüm etkiler kaldırılmakta, yeni borç yaratılmaktadır. Aynı içerikte bir sözleşme imzalanırsa dahi, yeni bir sözleşme meydana getirilir⁵⁴⁰. Yenilemenin(tecdit)ile, eski sözleşmeden kaynaklanan tüm yan haklar, def'i ve itirazlar da sona erer.

TBK hükümleri altında düzenlenen yenileme (tecdit) ile finansman sağlayanların yenileme (novation) hakkıkarşılaştırıldığında, her iki kurumun ortak özelliği tarafların iradesine ilişkindir. Yenilemede (tecdit),TBK'nın 133/2. m. hükmü uyarınca tarafların yenilemeye ilişkin açık iradesi yenilemenin kurucu unsurudur. Aynı şekilde yenileme

⁵³⁶TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 989; KOYUNCUOĞLU, s. 50; REİSOĞLU, s. 349; KILIÇOĞLU, s. 1067; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2020 - 1, s. 583; EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 1399.

⁵³⁷REİSOĞLU, s. 349-351; KILIÇOĞLU, s. 1068-1070; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2020 - 1, s. 585-587.

⁵³⁸KILIÇOĞLU, s. 1067-1068; Aksi yönde görüş için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2020 - 1, s. 585; REİSOĞLU, s. 350; EREN, Borçlar Hukuku 2020 - 1, s. 1401.

⁵³⁹AYRANCI, Hasan, Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri), Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s. 79; EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 1400.

⁵⁴⁰AYRANCI, s. 78.

(novation) hakkında hem proje şirketinin hem idarenin (diğer proje anlaşması tarafları da dahil olmak üzere) hem de yeni yatırımcının yenileme içinaçık rızaları aranır. Yenilemede (novation) bunu sağlamak adına, proje sözleşmesi ve doğrudan anlaşmalarda bu minvalde hükümlere yer verilir.

Yenileme (tecdit) ile,yenileme (novation) hakkıkarşılaştırıldığında, kavram benzerliği itibari ile her iki kurum bir diğerinin yansıması gibi görünse debirbirlerinden birçok yönden farklılık arz ederler.Yenileme (tecdit) kurumunda, eski sözleşme tüm etkileri ile ortadan kaldırıldığı için, eski borca ilişkin def'iler ve yan haklar yeni borçluya karşı ileri sürülemez⁵⁴¹. Oysa,yenileme (novation) hakkıkapsamında, eski sözleşmeye ait tüm hak ve yükümlülükler yeni sözleşme kapsamına alınmaktadır. Dolayısıyla yeni yatırımcı, eski borç ilişkisine ait tüm hukuki durumu yüklenmektedir.

Bunun yanı sıra, TBK'da düzenlenen yenileme (tecdit) kurumunda, taraf değişikliği yenileme olarak değerlendirilmezken,yenilemede (novation) esas amaç taraf değişikliğidir. Yenileme (novation) ile borcun muhtevasında değişiklik hedeflenmez. Yenileme (novation) hakkının, müdahale hakkı kapsamında başvurulabilenson çare olduğu gözetildiğinde, bu hakkın kullanılmasındaki esas amacın proje şirketinin projeden çıkartılarak yerine bir başka yatırımcının getirilmesi olduğu açıktır. Müdahale hakkının temel amacının mevcut temerrüt durumunu düzeltip, müdahale sürecinden çekilmek olduğu göz önünde bulundurulduğunda, temerrüt durumundaki proje şirketine mevcut aykırılık hallerini düzeltmesi için birçok imkân tanıyan finansman sağlayanlar, projenin mevcut proje şirketi ile devam edemeyeceğini değerlendirmeleri durumunda taraf değişikliği yoluna yönelirler. Bu sebeple, yenileme (tecdit) ile,yenileme (novation) birbirlerinden tamamen farklı iki ayrı hukuki yoldur.

ii. Borcun Üstlenilmesi ile Karşılaştırma

⁵⁴¹REİSOĞLU, s. 351.

TBK'nın 195. madde ve devamı hükümlerinde düzenlenen borcun üstlenilmesi kurumu, bir borç ilişkisindeki mevcut borçlunun yerine yeni bir borçlunun getirilerek borçlu tarafta değişiklik yapılmasıdır⁵⁴². Borcun üstlenilmesi kurumunda temel ilke, borçlu ve borcu üstlenen kişinin (borcun iç yüklenilmesi) ve borcu üstlenen kişi ile alacaklının (borcun dış üstlenilmesi) birbirinden ayrı sözleşmeler yapmasıdır. Bu kurum kapsamında iki farklı sözleşmenin yapılması gerekmektedir⁵⁴³. Borcun iç üstlenilmesi bir taahhüt işlemi olup, borcun dış üstlenilmesi ise bir tasarruf işlemidir. Borcun üstlenilmesinin gerçekleşmesiyle, borç tüm yan haklarla birlikte borcu üstlenen şahsa geçer ve asıl borçlu borcundan kurtulur⁵⁴⁴.

Borcun üstlenilmesi ile yenileme (novation) karşılaştırıldığında, borcun üstlenilmesinde borcu üstlenentarafta yalnızca borç devredilirken, yenilemede (novation) yeni yatırımcıya taraf olma sıfatı ile beraber proje şirketinin tüm hak ve borçları da devrolunur. Bir diğer farklılık ise, borcun üstlenilmesindeki iki aşama ve iki anlaşma zorunluluğudur. Oysa yeni yatırımcının mevcut sözleşmelere taraf olabilmesi için, sözleşmede kalan idarenin veya diğer proje anlaşması taraflarının, önceden verebilecekleri izin veya sonradan verecekleri onay yeterli kabul edilmiştir. Yahut her bir sözleşmenin devri tek sözleşme ile de gerçekleştirilebilmektedir.

iii. Sözleşmenin Devri ile Karşılaştırma

TBK'nın 205. maddesinde düzenlenen sözleşmenin devri kurumunun tanımı, iki farklı şekilde yapılabilmektedir. Sözleşmenin devri sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler açısından tanımlandığında, üçüncü bir tarafın mevcut bir sözleşme ilişkisindeki tüm hak ve borçları devralması ve sözleşmeye taraf olmasıdır⁵⁴⁵. Borç

⁵⁴² KILIÇOĞLU, s. 1027; EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 1378; NOMER, s. 526.

⁵⁴³ REİSOĞLU, s. 410; EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 1379-1383.

⁵⁴⁴ OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005 (Borçlar Hukuku 2005), s. 965; EREN, Borçlar Hukuku Genel, s. 1386.

⁵⁴⁵ Y.3.HD., 10.2004 T, E.2004/9625, K.2004/10945 S. kararı uyarınca; "Sözleşmeyi devralan (yüklenen) taraf, devreden taraf nasıl hak sahibi ve yükümlü ise, sözleşmenin diğer tarafına karşı aynı şekilde

ilişkisi bakımından tanımlandığında ise; bir borç ilişkisinin bir tarafının bu ilişkiden ayrılması ve yerine üçüncü bir kişinin geçmesidir⁵⁴⁶. Bir diğer ifade ile sözleşmenin devrinde, sözleşmedeyalnızca taraf değişikliği yaşanmamakta, sözleşme bir bütün olarak el değiştirmektedir⁵⁴⁷. Sözleşmenin devrinin gerçekleşmesi için geçerli bir sözleşme ilişkisinin bulunması, sözleşmenin tarafları ile devir alan arasında bir devir sözleşmesinin akdedilmiş olması ve devir sözleşmesinin,devredilen sözleşmenin bütün hak ve borçlarını kapsaması gerekmektedir⁵⁴⁸. Fakat devir sözleşmesinin mutlaka devreden, devralan ve sözleşmede kalan diğer tarafça aynı anda akdedilmesi şartı aranmamaktadır. TBK'nın 205/II. m. hükmüne göre; *“Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izine dayanan veya sonradan onaylanan anlaşmada, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir”*⁵⁴⁹. Öğretide, sözleşmede kalan tarafın vereceği izin ve onayın şekil şartına bağlı olmadığı kabul edilmekle birlikte, ispat sorunu dolayısı ile bu husus belge ile ispat kuralına tabidir⁵⁵⁰. İzah edilen ortak özellikler itibari ile yenileme (novation), sözleşmenin devri kurumunun bir yansımasıdır.

SONUÇ

Türkiye’de dördüncü tip kamu özel ortaklığı modeli olarak son yıllarda uygulanmaya başlanan yap-kirala-devretmodeli, sağlık tesislerinin yapımı özelinde incelenmiştir. Bu modelin en belirgin özelliği kamu tarafındanözel şirkete kamu hizmeti sunma konusunda herhangi bir imtiyaz tanınmamasıdır. Modelde kamu hizmetini ifa

sorumlu ve hak sahibidir. Sözleşmeyi devralan taraf, devredenin sahip olduğu bütün hak ve borçları yüklenir”.

⁵⁴⁶ **AYRANCI**, s. 39 vd; **EREN**, Borçlar Hukuku Genel,s. 1391; **NOMER**, s. 515; **KAPLAN**, Türk Borçlar Hukuku, s. 190.

⁵⁴⁷ **KILIÇOĞLU**, s. 1051; **EREN**, Borçlar Hukuku Genel, s. 1392.

⁵⁴⁸ **KILIÇOĞLU**, s. 1053-1055; **EREN**, Borçlar Hukuku Genel, s. 1392; **NOMER**, s. 517.

⁵⁴⁹ **KILIÇOĞLU**, s. 1053-1054.

⁵⁵⁰ **OĞUZMAN**, Kemal, **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 15. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020 (Borçlar Hukuku 2020 - 2), s. 640-641.

eden tarafın idare olması dolayısı ile idare,proje şirketinin inşa ettiği sağlık tesisini, işletme döneminde kamu hizmeti sunmak üzere proje şirketinden kiralamaktadır. Bu anlamda modelin kira unsuru, modelin en temel ayırt edici özelliğidir.

Fakat yap-kirala-devret modelinin Türkiye’de henüz yeni uygulanmaya başlanan bir model olması, mevzuat, içtihat, öğreti ve uygulamada yap-işlet-devret modeline daha aşına olunması ve aynı zamanda yap-kirala-devret modeline en yakın kamu özel işbirliği modeli olarak yap-işlet-devret modelinin benimsenmesinden ötürü, yap-kirala-devret modeline ilişkin değerlendirmelerde yap-işlet-devret modeline ilişkin görüşlerin tam anlamı ile terk edilemediği düşünülmektedir. Bu nedenle içtihat ve öğretilerde yap-kirala-devret modelinin niteliğinin ve ayırt edici unsurlarının net bir şekilde ortaya konulmadığı değerlendirilmektedir. Modele ilişkin nitelendirmelerdeki belirsizlik, bu model kapsamında yapılan sözleşmelerin de hatalı biçimde yorumlanmasına sebebiyet vermektedir. Bu sebeple, çalışmamızda yap-kirala-devret modelinin, başta yap-işlet-devret modeli olmak üzere, diğer kamu özel işbirliği modellerinden ayrılan özellikleri detaylı şekilde ortaya konulmuştur.

Çalışmamızda aynı zamanda, proje finansmanının bu modeldeki görünümü üzerinde durulduğundan sağlık tesisi projelerinin kilit aktörleri olan finansman sağlayanlar, idare ve proje şirketi arasındaki ilişki ve bu ilişkinin tüm proje ve finans dokümantasyonuna olan etkisine değinilmiştir.

Çalışmamızda konu edilen bir diğer husus ise, idare ile proje şirketi arasında akdedilen proje sözleşmesidir. Bu kapsamda, proje sözleşmesinin hukuki niteliği, hukuki rejimi ve unsurları üzerinde durulmuştur. Bu inceleme esnasında özellikle yap-işlet-devret modeli uygulama sözleşmeleri ile kıyaslama yapılarak, yap-kirala-devret modeli sözleşmelerinin hukuki nitelik ve unsur farklılıklarına dikkat çekilmiştir. Proje sözleşmesinin, finansman unsuru, üst hakkı ve müdahale hakkı gibi tip sözleşmelerde

yer verilmeyen kendine özgü unsurları barındırması ve kanunda belirlenen tip sözleşme yapısına birebir sahip olmaması sebebi ile, bu sözleşmenin kendine özgü yapısı olan sözleşme niteliğinde olduğu kanaatine varılmıştır. Sözleşmenin hukuki rejimine ilişkin olarak ise, özel hukuk sözleşmesi görüşü savunulmuş, karşı görüşlerin aksini ileri süren değerlendirmelerimiz kapsamlı şekilde ele alınmıştır.

Çalışmada detaylı şekilde ele alınan bir diğer husus ise, yap-kirala-devret modeli çerçevesinde idare, finansman sağlayanlar ve proje şirketini ortak bir sözleşme çatısı altında buluşturan doğrudan anlaşmalar olmuştur. Bu anlaşma türüne ilişkin olarak Türk mevzuatında belirli düzenlemelere yer verilmesine karşın, doğrudan anlaşmaların niteliği ve kapsamına ilişkin detaylı hükümlere yer verilmemiştir. Türkiye’de bu anlaşmalara ilişkin özel bir akademik çalışmaya rastlanmamış olması ve henüz doğrudan anlaşmalara ilişkin olarak herhangi bir mahkeme tarafından yapılmış bir değerlendirilmenin olmaması bu anlaşmaların yorumlanmasında ve uygulanmasında sorun yaratabilecektir. Bu anlamda öncü bir çalışma olması adına, doğrudan anlaşmaların hukuki niteliği, yapısı ve kapsamı yabancı kaynaklardan faydalanılarak ortaya konmaya çalışılmıştır. Yapılan değerlendirmeler neticesinde, bir doğrudan anlaşmanın gelecekte gerçekleşmesi muhtemel fesih ihtimaline binaen yapılması itibarı ile bu anlaşmanın geciktirici şarta bağlı bir sözleşme niteliğinde olduğu değerlendirilmiştir. Bu anlaşmanın proje sözleşmesi ile hukuki bağımlılık ilişkisi vurgulanmış fakat bu hususta henüz verilmiş bir mahkeme kararının bulunmadığına değinilmiştir.

Bunun yanı sıra, finansman kredisinin sağlanması için finansman sağlayanlara temin edilen Türk hukukuna tabi güvencelerin proje finansmanındaki işlevi ve teminat fonksiyonları Türk mevzuatı çerçevesinde incelenmiştir. Özellikle proje finansmanı çerçevesinde şart koşulan güvencelerden biri olan üst hakkı ipoteği konusuna ilişkin

olarak, bu yöndeki mevzuat uyarlamalarında Türk hukukunun emredici hukuk kurallarına sadık kalınmasının önemine değinilmiştir.

Son olarak bu projelerde yaşanabilecek sorunların giderilmesine yönelik olarak geliştirilen bir mekanizma olan finansman sağlayanların müdahale hakkı, Türk hukuku bakımından incelemiştir. Müdahale hakkının Türkiye’de az sayıda akademik eserde oldukça dar kapsamda incelenmesi, Türk mevzuatı içerisinde kısıtlı ve genel ifadelerle düzenlenmiş olması ve bu düzenlemelerde uygulama yöntemlerine değinilmemesi ve yine bu hakkın konu edildiği herhangi bir Türk mahkemesi kararının bulunmaması sebepleri ile, yabancı kaynaklar yardımı ile bu hakkın kapsamı, genel yapısı ve görünüş biçimleri irdelenmiş ve benzer kurumlar ile karşılaştırması yapılmıştır. Müdahale hakkının görünüş biçimleri, benzer Türk hukuku kurumları ile karşılaştırıldığında, müdahale hakkının (esas anlamı ile) sözleşmeye katılma kurumunun, yenileme hakkının (novation) ise sözleşmenin devri kurumunun bir yansıması olduğuna kanaat getirilmiştir.

Sonuç olarak, çıkış noktası Türk hukuku olmayan proje finansmanı ve yap-kirala-devret modelinin Türkiye’de zamanla artan uygulamaları ve birçok şehir hastanesi projesinin halihazırda uygulanmakta olduğu göz önünde bulundurulduğunda, Türk mevzuatı bu yaşayan projelerin uygulaması için yetersiz kalmaktadır. Bazı düzenlemelerde ise uyarlama sorunlarının olduğu değerlendirilmektedir. Bu nedenle, Türk hukuk sistemine uyarlanmaya çalışılan proje finansmanı güvencelerine ve anlaşmalarına mevzuat içerisinde genel içerikli olarak değinilse de, bu uyarlamaların detaylandırıldığı müstakil mevzuat düzenlemelerinin getirilmesi ve bu düzenlemelerin emredici hukuk kurallarına riayet edilerek yürürlüğe konulması son derece önem arz etmektedir.



KAYNAKLAR

AKİPEK, Jale, AKINTÜRK, Turgut, ATEŞ, Derya, **Eşya Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2018.

AKSOY, Hüseyin Can, **Sendikasyon Kredisi Alacaklarının Fer'i Teminatlarla Güvence Altına Alınması**, 1. Baskı, Ankara, Onİki Levha Yayıncılık, 2019.

ANTALYA, Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt V/1, 1, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019 (**Borçlar Hukuku**).

ANTALYA, Gökhan, **Eşya Hukuku**, C. IV/1, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019 (**Eşya Hukuku**).

ARAL, Fahrettin, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 5. Baskı, Ankara, 2003.

ARAL, Fahrettin, AYRANCI, Hasan, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 19. Baskı, Ankara, 2012.

AYANOĞLU, Taner, “*İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri*”, **İÜHFM**, 2007, Cilt LXV, S.1, ss. 3-38.

AYGÜL, Musa, ERDOĞAN, Ersin, “*Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Anlaşmalarından Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Dair Tahkim Düzenlemesi*”, **AHBVÜHFD**, 2020, Cilt XXIV, S.4, ss. 61-100.

AYRANCI, Hasan, **Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.

BARTHOLOMEW, Stuart H., **Construction Contracting: Business and Legal Principles**, Second Edition, Prentice Hall, 2002.

BAYAZIT, Bahadır, **Kamu-Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.

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

BOZ, Sacit, “*Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli*”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, Cilt 4, S.2, ss. 277-332.

BULJEVICH, Esteban C., PARK, Yoon-Shik, **Project Financing and the International Financial Markets**, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1999.

BÜYÜKAY, Yusuf, **Eser Sözleşmesi**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

CLEWS, Robert, **Project Finance for the International Petroleum Industry**, First Edition, Academic Press, 2016.

COLLIER, Keith, **Construction Contracts**, Third Edition, Merill Prentice Hall, 2001.

ÇABRİ, Sezer, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sözleşmeye Katılma”, **Legal Hukuk Dergisi**, 2011, ss. 3911- 3933.

ÇAKIR, H. Melih, **Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi**, 1. Baskı, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2015.

ÇAL, Sedat, “Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi”, **AÜHFD**, Cilt 51, S. 2, ss. 163-197.

ÇAL, Sedat, “Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü”, **Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği**, 2008, Numara 58.

ÇAL, Sedat, “Kamu Hizmeti Kavramı Üzerinde Kimi Düşünceler”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2009, ss. 1829-1906, <http://www.idare.gen.tr/cal-kh-dusunceler.pdf>.

ÇAL, Sedat, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi”, **AHBVÜHFD**, 12 (2), ss. 223-274.

ÇINAR, Naif Fıratcan, TÜRKOĞLU, Çağdaş, TÜTÜNSATAR, Alper, “Kamu-Özel Ortaklığı/İşbirliği Modeli ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Hizmet

Memnuniyetinin Ölçülmesi: Entegre Sağlık Kampüsleri (Şehir Hastaneleri) İçin Bir Araştırma”, **SDÜSBED**, 2017, Cilt 7, S. 29 (4), ss. 215-232.

CORDEIRO, Maria Ataíde, “*Banks’ Step-In Rights under the Portuguese Public Contract Code: Exercise by Means of Transfer of Shares*”, **European Public Private Partnership Law Review**, 2011, Volume 6, Number 3, ss. 164-170.

DAYINLARLI, Kemal, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2008 (**İstisna Akdi**).

DAYINLARLI, Kemal, **Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2010 (**Alacağın Temliki**).

DELMON, Jeffrey, **Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and Risk**, Second Edition, Walters Kluwer Law & Business, 2009.

DEWAR, John, **Project Financing and the International Financial Markets**, Oxford, Oxford University Press, 2011.

DUMAN, İlker Hasan, **İnşaat Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2015.

European Commission, **Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions**, 2004, COM(2004) 327 final.

EESPOLD, Jane, HAMMERBERG, Reimo, EÕIELİS, Rûdolfs, JONAİTYTĒ, AgnĒ, RUDOKA, Vidas, RAMANAUSKAS, Liudas, “*Possibility to Use and Enforce Lender's Step-in Rights in Baltic PPP Projects: Part One – Estonia*”, **Thomson Reuters**, 2012, <https://www.sorainen.com/UserFiles/File/Publications/article.Possibility-to-use->

[and-enforce-lender%27s-step-in-rights-in-Baltic-PPP-projects-part-one-Estonia.2010-06-08.eng.pdf.](#)

EKER, Ali Yıldırım “*Kamu Özel Ortaklıkları*”, **Bütçe Dünyası**, 2007, Cilt 2, S. 25, ss.59–67.

ERBAŞ Özgür, YAVUZ, Cavit IŞIK, İLHAN, Bayazıt, **Soru ve Yanıtlarla Sağlıkta Kamu Özel Ortaklığı**, 1. Baskı, Ankara, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, 2012.

EREKMEKÇİ, Müge, **Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı**, 1. Basım, Ankara, Vedat Kitapçılık, 2013.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020 (**Borçlar Hukuku Özel**).

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümleri**, 25. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020 (**Borçlar Hukuku Genel**).

ERGÜNE, M. Serkan, “*Anonim Şirket Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması*”, **İÜHFİM**, 2016, Cilt LXXIV, S. 2, ss. 739-755.

ERTAŞ, Şeref, **Eşya Hukuku**, 9. Baskı, İzmir, Barış Yayınları, 2011.

EVREN, Çınar Can, **Kamu-Özel İşbirlikleri– Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Sözleşme Yoluyla Gördürülmesinin Hukuki Rejimi**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016.

FARQUHARSON, Edward, TORRES DE MÄSTLE, Clemencia, YESCOMBE, E.R., ENCINAS, Javier, **How to Engage with Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets**, The International Bank for Reconstruction and Development, The World Bank, 2011.

FIGHT, Andrew, **Introduction to Project Finance**, Oxford, Butterworth-Heinemann, 2006.

GATTI, Stefano, **Project Finance In Theory and Practice : Designing, Structuring, and Financing Private and Public Projects**, Second Edition, Academic Press, 2012.

GENTILONI SILVERI, Sofia, “*Direct Agreements in Public-Private Partnerships*”, **Italian Journal of Public Law**, 2014, http://www.ijpl.eu/assets/files/pdf/2014_volume_2/9.%20Gentiloni%20Silveri.pdf.

GIL, Byungwoo, **A Study on the Optimal PPP Model For Transport: The Case of Road and Rail in South Korea**, Thesis for the degree of Doctor of Philosophy, April 2013.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2005.

GÖZLER, Kemal, KAPLAN, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, 18. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2016.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, TAN Turgut, **İdare Hukuku**, 12. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.

GRIMSEY, Darrin, LEWIS, Mervyn K, **Public Private Partnerships The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance**, First Edition, Northampton, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2004.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020.

HM Treasury, **Standardisation of PFI Contracts**, London, 2007(**PFI Contracts**).

HM Treasury, **Standardisation of PF2 Contracts**, London, 2012 (**PF2 Contracts**).

HODGE, Graeme A., GREVE, Carsten, “*On Public–Private Partnership Performance: A Contemporary Review*”, **Public Works Management & Policy**, 2017, Volume 22, Number 1, ss. 55-78.

HOFFMAN, Scott L., **The Law and Business of International Project Finance**, Second Edition, Kluwer Law International, 2001.

HUSE, Joseph A., **Understanding and Negotiation Turnkey and EPC Contracts**, Second Edition, Sweet & Maxwell Limited, 2011.

JAMALI, Dima, “*Success and Failure Mechanisms of Public Private Partnerships (Ppps) in Developing Countries*”, **The International Journal of Public Sector Management**, 2004, Volume 17, Number 5, ss. 414-430.

KAPLAN, İbrahim, **İnşaat Sözleşmeleri Hukuk ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013 (**İnşaat Sözleşmeleri**).

KAPLAN, İbrahim, “*Banka Hesabı Türleri, Hesap Sahibinin ve Hesap Türünün Tayinine Uygulanacak Kurallar*”, Prof. Dr. İlhan ÖZTRAK’a Armağan, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 1994, Cilt49, ss. 273-289 (**Banka Hesabı Türleri**).

KAPLAN, İbrahim, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021 (**Türk Borçlar Hukuku**).

KARAHANOGULLARI, Onur, “*Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı)*”, **AÜSBFD**, 2011, Cilt 6, S. 3, ss.177–215.

KARAHANOGULLARI, Yiğit, “*Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Mali Değerlendirmesi*”, 2012, **AÜSBFD**, Cilt 67, S. 2, ss. 95-125.

KARAHASAN, Mustafa Reşit, **Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, Cilt I, İstanbul, Beta Basım, 2002.

KARASU, Koray, “*Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu-Özel Ortaklığı*”, **AÜSBFD**, 2011, Cilt 66, S. 3, ss. 217-262.

KEŞLİ, Ahmet T., **(Kamu Özel İşbirliği)PPP Projelerinin Hukuki Rejimi**, Group Law Publishing Yayıncılık, 2012 **(Kamu Özel İşbirliği)**.

KEŞLİ, Ahmet T., **Kamu Özel Sektör İşbirliği Projelerinin (PPP) Hukuki Rejimi**, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı, Doktora Tezi, 2009 **(KÖİ Tez)**.

KHAN, M. Fouzul Kabir, PARRA, Robert J, **Financing Large Projects - Using Finance Techniques and Practices**, Prentice Hall, 2003.

KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020.

KRAMER, Adrea S., FUSARO, Peter C., **Energy and Environmental Project Finance Law and Taxation**, Oxford, Oxford University Press, 2010.

KUBİLAY, İlkay Sinem, **Kamu Özel İşbirliği Projelerinde Üst Hakkı: Şehir Hastanesi Örneği**, Ankara: Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Gayrimenkul Geliştirme ve Yönetim Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2019.

KUNTALP, Erden, “*Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Ayni Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi*”, **TBB**, 1991/4, ss. 528-551 (*Ayni Hak*).

KUNTALP, Erden, “*Teminat Kavramı-Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk*”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları**, 1995, ss. 263-299 (*Teminat*).

MADYKOV, Murat, “*Step-in Right as a Lender Protection Mechanism in Project Financed Transactions*”, **DePaul Business and Commercial Law Journal**, 2015, Volume 13, Issue 2, Article 3.

MERNA, Anthony, CHU, Yang, AL-THANI, Faisal F., **Project Finance in Construction: A Guide to Structured Assessment**, 1st Edition, England, John Wiley & Sons Limited, 2010.

NASSAR, Nagla, “*Project Finance, Public Utilities, and Public Concerns: A Practitioner’s Perspective*”, **Fordham International Law Journal**, 1999, Volume 23, Issue 6, Article 6.

NOMER, Haluk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2020.

OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005 (**Borçlar Hukuku 2005**).

OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 18. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020 (**Borçlar Hukuku 2020 - 1**).

OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, 15. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020 (**Borçlar Hukuku 2020 - 2**).

OĞUZMAN, Kemal, SELİÇİ, Özer, ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, 22. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020(**Eşya Hukuku**).

OKTAY, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, **İÜHFM**, 1996, Cilt 55, S. 1-2, ss. 263-296.

ÖZTAN, Bilge, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.

P'EDAMON, Catherine, “How is Convergence Best Achieved in International Project Finance?”, **Fordham International Law Journal**, 2000, Volume 24, Issue 4, Article 8, ss. 1277-1318.

PEKGÜÇLÜ KARABULUT, Güzin, **Türk Özel HukukundaYap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi**, Ankara:Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler EnstitüsüÖzel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2005 (**YİD Sözleşmesi**).

PEKGÜÇLÜ KARABULUT, Güzin, **Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi**, Ankara, Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007 (**Türk Özel Hukukunda YİD Sözleşmesi**).

POROY, Reha, TEKİNALP, Ünal, ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**,10. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.

ROSSI, Emanuele, STEPIC, Rok, **Infrastructure Project Finance and Project Bonds in Europe**, First Edition, London, Palgrave Macmillan UK, Imprint: Palgrave Pivot, 2015.

ROSSI, Carla Milani Do Prado, “Step-In Rights Mechanisms in Project Finance Transactions and Lenders- Liabilities - The English And Brazilian Legal

Approaches”, **King’s College London**, 2018, <file:///C:/Users/PBT/Downloads/SSRN-id3144346.pdf>.

PPIF, Tool Kit For Public Private Partnerships in Roads & Highways, **Module 1 : Overview and Diagnosis**, March 2009, ss. 82-86, <https://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/highwaystoolkit/6/pdf-version/3-25-3.pdf>.

Public-Private Partnerships Reference Guide, Version 3.0, Washington 2017.

Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması Hakkında Kanun Tasarısı ile Teklifi ve Bütçe Komisyon Raporu, 1/722, 2/1114 (6428 sayılı Kanun Tasarısı),

SARISU, Ayhan, “*Bütçe Katılığına Etkisi Açısından Türk Sağlık Sektöründe Yap-Kirala-Devret Projeleri*”, **Tarih Okulu Dergisi**, 2016, ss. 503-567 (Kısaltma: Yap-Kirala-Devret).

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

SİRMEN, Lale, **Eşya Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020 (**Eşya Hukuku**).

SİRMEN, Lale, “*Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli*”, “*Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu*”, Ankara, **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, 1996, Yayın No: 342, ss. 11-17 (*Yap-İşlet-Devret*).

SİRMEN, Lale, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara, Matbaa/Yayınevi: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1992 (**Türk Özel Hukukunda Şart**).

SÖZER, A. Nazım, “*Sağlıkta Yeniden Yapılanmanın (Özelleştirmenin) Devamı Olarak Şehir Hastahaneleri*”, **DEÜHFD**, 2014, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, ss.215-253.

ŞAHİN, Mehmet, UYSAL, Özge, "*Kamu Maliyesine Etkileri Açısından Kamu Özel Sektör Ortaklıkları Üzerine*", **Maliye Dergisi**, Ocak -Haziran 2012, S. 162, ss. 155-174.

ŞENER, Oruç Hami, “*Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma*”, **DEÜHFD**, 2009, C. 11, Özel Sayı.

LIANG, Shuang, **Legal aspects of Privately Financed Infrastructure Projects (PFIPs) in China—the case for international standards**, Leeds: The University of Leeds School of Law, Doktora Tezi, 2013.

TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, 9. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020.

TAN, Willie, **Principles of Project and Infrastructure Finance**, 1st Edition, London and New York, Taylor & Franchis, 2007.

TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Cilt I/1, 4.Bası, Ankara, 1985 (**BorçlarÖzel**).

TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, Cilt I/1, 6.Basım, Evrim Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 1990 (**Özel Borç İlişkileri**).

TANDOĞAN, Haluk,**Borçlar Hukuku Özel İlişkileri**, 5. Basım, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2010 (**Borçlar Hukuku 2010**).

T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, **Dünyada ve Türkiye'de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler Raporu 2018**, Ankara, 2018 (**KÖİ Uygulamaları 2018**).

T.C. Kalkınma Bakanlığı,**Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018)Kamu Özel İşbirliği Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, Ankara, 2014 (**KÖİ KomisyonRaporu 2014**).

T.C. Kalkınma Bakanlığı,**On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023)Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarında Etkin Yönetim**, Ankara, 2018 (**KÖİ Komisyon Raporu 2018**).

T.C. Kalkınma Bakanlığı,**Dünyada ve Türkiye’de KamuÖzelİşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler**, Ankara, 2015(**KÖİ Uygulamaları**).

T.C. Sayıştay Başkanlığı, **Sağlık Bakanlığı 2018 yılı Sayıştay Denetim Raporu**, Eylül 2019.

TEKER LEBLEBİCİ, Dilek, “*Sağlık Sektöründe Proje Finansman Modelleri: Türkiye İçin Bir Model Önerisi ve Bir Hastane Projesinin Fizibilite Analizi*”, **Muhasebe ve Finansman Dergisi**,2008, S. 37, ss. 1-18.

TEKİN, Ali Güner, “*Kamu-Özel Sektör İşbirlikleri - Kamu Özel Ortaklıkları (Public Private Partnership veya PPP Modelleri)*”, **İdarecinin Sesi Dergisi**, Mayıs – Haziran 2007, ss. 1-6(**KÖİ Modelleri**).

TEKİN, Ali Güner; “*Kamu-Özel İşbirlikleri / Ortaklıkları (PPP) & Türkiye Deneyimi*”, **Özelleştirme İdaresi Başkanlığı**, Mayıs 2008, <https://www.angelfire.com/ok4/aligunertekin/PPPveTürkiyeDeneyimi1.pdf>, (**KÖİ Türkiye Deneyimi**).

TEKİNAY, Selahattin, AKMAN, Sulhi, BURCUOĞLU, Sermet, ALTOP, Haluk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Basım, İstanbul,Filiz Kitapevi, 1993.

TINSLEY, C. Richard, **Advanced Project Financing : Structuring Risk**, Second Edition, London, Euromoney Books, 2014.

TOKATLIOĞLU, Mircan, ŞEN, Semih, “*Kamu Hizmetlerinin Sunum ve Finansmanında Kamu Özel İşbirliği Modeli: Avrupa Birliği ve Türkiye*”, **International Journal of Public Finance**, 2019, Volume 4, Number 2, ss. 205-235.

USTA, Sefa, BİLGİÇ, Erdal, “*Yerel Yönetimlerde Hizmet Sunumu: Kamu Özel Ortaklığı Modeli*”, **SDÜSBED**, 2016/1, S. 23, ss. 249-268.

USTAOĞLU, Funda, **Proje Finansmanında Türk Hukukuna Tabi Teminatlar ve Özellikle Hesap Rehni**, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2019.

ÜNAL, Mehmet, BAŞPINAR, Veysel, **Şekli Eşya Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018.

YALÇIN, Fatma Ceren, **Kamu Özel İşbirlikleri**, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2014.

YAVUZ, Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 17. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2021.

YAVUZ, Nihat, **Öğreti ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.

YAYLA, Yıldızhan, “*Kamu Malı Üzerinde İrtifak Tesis*”, **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, 1988, Cilt 9, S.1-3, ss. 357-364.

YESCOMBE, E.R., **Principles of Project Finance**, Second Edition, Amsterdam, Academic Press, 2002 (**Principles of Finance**).

YOUNG, Grace Chinyere, **Understanding the Legal Fundamentals of Project Finance Contracts**, Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence, 2014.

İNTERNET KAYNAKLARI

Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com

Uyap, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>

Corpus, <https://www.corpus.com.tr/>

Royal Bank Of Scotland Plc V
Chandra, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2011/192.html>

<https://www.kararara.com/yargitay/yhdk12/yrgtyk21676.htm>

<http://www.3ehukuk.com/?p=makale&id=24>

<https://ppi.worldbank.org/en/ppi>

<https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/overview/what-are-public-private-partnerships>

<https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/framework-assessment/legal-environment/lender-issues-step-in-rights>

<https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/PPP%20Reference%20Guide%20Version%203.pdf>

<https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/laws/ppp-and-concession-laws#International>

ÖZET

Bu tez çalışması ile amaçlanan, bir kamu özel işbirliği alt modeli olan yap-kirala-devret modelinin kendine özgü yapısının ortaya konmasıdır. Diğer yandan finansman sağlayanların, yap-kirala-devret modeline proje finansmanı ilişkisi

kapsamındaki rolü, idare ve proje şirketi ile ilişkileri ve finansman kredisi temini için şart koştuıkları proje ve finans dokümantasyonunun Türk hukuk sistemine ne şekilde yansıtıldığının detaylı şekilde incelenmesi hedeflenmiştir.

Model, sağlık tesisi projelerinin yapımı özelinde incelenmiştir. İlk olarak, yap-kirala-devret modelinin başta yap-işlet-devret modeli olmak üzere diğer kamu özel işbirliği modellerinden ayrılan özellikleri izah edilmiştir. İkinci olarak bu model çatısı altında imzalanan proje sözleşmeleri ve doğrudan anlaşmalar Türk hukuku tahtında detaylı şekilde incelenmiştir. Çalışmamız ile ayrıca, Türk hukukuna tabi proje finansmanı teminatları yap-kirala-devret modeli ve Türk hukuku çerçevesinde ele alınmış, proje finansmanındaki işlevleri ortaya konmuştur. Son olarak, finansman sağlayanların müdahale hakkının Türk hukuk sistemindeki yeri yabancı öğretideki çalışmalar ışığında analiz edilmiş, müdahale hakkı uygulamalarının Türk hukuku kurumları ile ilişkisi ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kamu özel işbirliği, yap-kirala-devret, proje finansmanı, doğrudan anlaşma, müdahale hakkı, proje sözleşmesi, şehir hastaneleri.

ABSTRACT

The aim of this thesis is to reveal the unique structure of build-lease-transfer model, which is a sub-model of public-private-partnership. In addition, it is aimed to examine the role of the lenders within the scope of the relation between build-lease-

transfer model and project finance, their connection with administration and project company and how the project and finance documentation, required for obtaining financial loans, is reflected in the Turkish legal system.

The model has been analyzed specifically for the construction of health facility projects. First, explained the features of the build-lease-transfer model which differ from other public-private cooperation models, especially from build-operate-transfer model. Secondly, the project agreements and direct agreements signed under this model are examined in detail under Turkish law. In our study, the project finance guarantees which are subject to Turkish law are handled within the framework of build-lease-transfer model and Turkish law, and their functions in project finance are revealed. Finally, assessed the place of step-in right of the lenders in the Turkish legal system in the light of the studies in foreign doctrine, and discussed the relationship between the step-in right implementations and Turkish law institutions.

Keywords: Public private partnership, build-lease-transfer, project finance, direct agreement, step-in right, project agreement, city hospitals.